



spia al diritto

Direttore scientifico

Prof. Giuseppe Amarelli

Comitato scientifico

Alessandro De Santis

Fabio Maffei

Ugo Torsi

01 / 2026 [GENNAIO – MARZO]

RIVISTA TRIMESTRALE

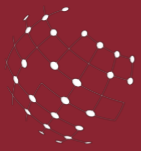
Anno I

ISSN 2281-6402

www.spiaaldiritto.it

All'interno

- Occupazione *sine titulo*,
- Lo statuto della giustizia riparativa,
- L'illegittimità del diritto di prelazione nel *project financing*,
- La partecipazione alla gara ad evidenza pubblica dei raggruppamenti temporanei d'impresa,
- FOCUS: Referendum costituzionale, le ragioni del sì e del no.



“SPIA AL DIRITTO” è una rivista trimestrale di scienze giuridiche

Registrata presso il Tribunale di Napoli al n. 77 del 03/12/2012

Anno I, n. 1, aprile 2026

Direttore responsabile e scientifico: Professore Giuseppe Amarelli.

Comitato scientifico: Alessandro De Santis, Fabio Maffei, Ugo Torsi.

Editore: M&C Militerni – Polo di Biodiritto, Via Arangio Ruiz 83, Napoli (NA).

ISSN 2281-6402

Luogo di pubblicazione: Napoli (NA) 80122, Via Arangio Ruiz 83.

E-mail: redazione@spiaaldiritto.it

Sito web: www.spiaaldiritto.it

© 2026 M&C Militerni – Polo di Biodiritto. Tutti i diritti riservati. È vietata la riproduzione, anche parziale, con qualsiasi mezzo effettuata, senza l'autorizzazione scritta dell'editore.

La partecipazione alla gara ad evidenza pubblica dei raggruppamenti temporanei di imprese: le novità introdotte dal d.lgs. n. 36/2023¹

DOTTORE ALESSANDRO DE SANTIS

Il raggruppamento temporaneo di imprese costituisce una particolare forma di cooperazione tra imprese finalizzata all'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico: i singoli operatori economici raggruppati devono conferire un mandato collettivo con rappresentanza ad uno di essi, che formula l'offerta in nome proprio e per conto dei mandanti.

L'art. 65 contiene un richiamo alla definizione di operatore economico contenuta nell'art. 1, lett. l), dell'allegato I.1, dove viene sancito il principio di neutralità delle forme giuridiche. Inoltre, il successivo co. 2 sostanzialmente ripropone l'elenco di cui al co. 2 dell'art. 45 del D.Lgs. n. 50/2016; letto in combinazione con il successivo art. 68, co. 1, contempla anche la possibilità che l'offerta venga formulata da RTI e consorzi costituenti, in tal modo mostrando un atteggiamento legislativo ispirato al principio del *favor participationis*, ammettendo alla presentazione delle offerte anche imprese di piccola dimensione che abbiano avviato le operazioni funzionali alla creazione del raggruppamento.

Ciò posto, il nuovo codice contiene ulteriori rilevanti novità nella disciplina dei raggruppamenti temporanei di imprese, che possono considerarsi complessivamente orientate dal medesimo principio. Infatti, non può omettersi di rilevare che l'istituto persegue l'obiettivo specifico di consentire alle imprese medio-piccole di partecipare alla gara aggregandosi tra loro e cumulando i rispettivi requisiti tecnico-operativi ed economico-finanziari, onde soddisfare le richieste contenute nel bando; e ciò senza dover necessariamente sopportare i costi e le difficoltà derivanti dalla creazione di una struttura societaria, che, peraltro, sopravviverebbe alla singola gara; al contrario, il raggruppamento vede dissipati i suoi effetti una volta completata l'esecuzione della prestazione dovuta. Possono quindi evidenziarsi le seguenti novità rispetto alla previgente disciplina:

a) In primo luogo, si segnala il superamento della distinzione tra RTI di tipo orizzontale e verticale di cui al co. 2 dell'art. 48 del D. Lgs. 50/2016. L'art. 68, D.Lgs. n. 36/2023 non ripropone tale distinzione, lasciando alle imprese maggiore autonomia organizzativa anche quanto all'individuazione della prestazione (o della porzione di prestazione) alla cui esecuzione ciascuna di esse è obbligata, pur

¹ Intervento tenuto al convegno organizzato dalla Prefettura di Salerno il 12.12.2025 (convegno dal titolo "Procedure di affidamento degli enti locali e principi contabili: i controlli della Corte dei conti"), da Alessandro De Santis, Magistrato della Corte dei conti.



risultando queste tenute ad indicare, all'interno dell'offerta, le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati.

Ciò nondimeno, la stazione appaltante è salvaguardata dalla previsione di cui all'art. 68, co. 9, secondo cui tutti gli operatori economici facenti parte del raggruppamento sono solidalmente responsabili nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Inoltre, si prospetta la possibilità, per le stazioni appaltanti, di prescrivere modalità esecutive specifiche per i raggruppamenti e le imprese partecipanti. Ancora, ai sensi del co. 4, lett. a) dell'art. 68, possono imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dello stesso.

b) Si rammenta che, in base all'art. 48, co. 9, D.Lgs. n. 50/2016, era vietata qualsiasi modificazione della composizione dei RTI e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta. Infatti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (nn. 9 e 10/2021) aveva chiarito che, durante la gara o in sede di esecuzione, la sostituzione di un singolo componente del raggruppamento che fosse stato colpito da una causa di esclusione poteva avvenire solo attraverso l'estromissione del mandante e senza consentire l'ingresso di soggetti esterni.

L'art. 97, co. 2, del nuovo Codice risulta fortemente innovativo sul punto, posto che prevede la possibilità per il raggruppamento, in ipotesi di esclusione di un componente, di dimostrare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto.

Detta facoltà di sostituzione è stata riconosciuta per le cause escludenti che si verificano in corso di gara e per le cause che si verificano in precedenza per le quali l'offerente abbia comprovato l'impossibilità di farvi fronte prima della presentazione dell'offerta, così ritenendo di contemperare il principio di par condicio con la pretesa di massima apertura della gara. Tuttavia, in ossequio alle coordinate ermeneutiche tracciate da CGUE, 3 giugno 2021, C-210/20, il legislatore si è premurato di precisare che è fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata, che dovrà rimanere identica nei suoi elementi caratterizzanti, onde evitare che tale procedura sostitutiva possa costituire l'occasione per bypassare il meccanismo di gara.

Tale possibilità sussiste anche per i componenti dei consorzi ordinari, nonché per i componenti dei consorzi fra imprese artigiane e dei consorzi stabili, limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono.



c) Il legislatore mostra una maggiore flessibilità anche nel dettare la disciplina della crisi di impresa, fermo restando il necessario coordinamento con il D.Lgs. n. 14/2019 (cd. Codice della crisi di impresa).

Il nuovo Codice appalti procede a positivizzare la soluzione elaborata da Cons. St., Ad. Plen., n. 9/2021: l'art. 94, co. 5, prevede l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che sia stato sottoposto a concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per l'accesso a una di tali procedure, fermo restando quanto previsto dall'art. 95 del Codice della Crisi di impresa. Tale ultima disposizione prevede che "i contratti in corso di esecuzione, stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto del deposito della domanda di concordato"; e, inoltre, che, successivamente al deposito della domanda di concordato preventivo "la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato. ... l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale" (co. 5, così modificato dal D.Lgs. n. 36/2023).

d) Infine, l'art. 68, co. 14 del Codice apre anche alla partecipazione alla gara della singola impresa raggruppata o consorziata, prospettando la possibilità di escludere la stessa soltanto se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, co. 1, lettera d), ossia laddove sussistano "rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara".

Se da un lato, quindi, la nuova disciplina apre ai raggruppamenti, favorendo la partecipazione in forma aggregata alle procedure di appalto, dall'altro, viene comunque tutelato l'interesse della stazione appaltante, cui vengono attribuiti adeguati poteri di incidenza sull'organizzazione del raggruppamento e sulle modalità esecutive dell'appalto, in guisa tale da assicurare il raggiungimento del risultato finale. Il Codice persegue tale obiettivo anche attraverso l'ampliamento della discrezionalità di cui dispone la stazione appaltante nel valutare le modalità di esecuzione delle prestazioni e la struttura organizzativa da imporre al raggruppamento, nonché la riconducibilità delle più offerte ad un unico centro decisionale, e tanto in ossequio al principio della fiducia.

e) La stazione appaltante è salvaguardata anche dalla previsione della responsabilità solidale degli operatori economici facenti parte del RTI o del consorzio.



Il vecchio codice, all'art. 48, prevedeva che “l'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori”; tuttavia, per gli assuntori di lavori scorporabili e/o di prestazioni secondarie, la responsabilità risultava limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario.

Il nuovo art. 68 supera la distinzione tra raggruppamenti verticali ed orizzontali, con la conseguenza che la posizione degli operatori economici è più gravosa, poiché rispondono sempre in via solidale tutti i partecipanti al raggruppamento.

La nuova disciplina è ispirata (come tutto il codice) al rafforzamento dell'interesse pubblico all'efficiente adempimento delle obbligazioni assunte.

Tuttavia, si osserva che tale regime giuridico produce conseguenze a tratti paradossali, dal momento che, in un “appalto integrato” per la realizzazione e per la gestione di una opera pubblica, rende responsabili in solido le imprese raggruppate per fasi completamente diverse delle loro attività disomogenee. Ad esempio, l'operatore economico futuro gestore di un ospedale si trova responsabile in solido con il costruttore dell'opera per una fase dell'appalto su cui neppure può incidere. Criticità che potrebbe scoraggiare la partecipazione al raggruppamento e, in ultima analisi, danneggiare lo stesso interesse pubblico².

Alcune questioni controverse sono state affrontate proprio dalla Sezione regionale per la Campania della Corte dei conti attraverso delibere emesse nell'ambito di esercizio del controllo preventivo di legittimità. L'eliminazione della distinzione tra RTI orizzontale e verticale è stata valorizzata dalla Sezione regionale di controllo per la Campania, attraverso la delibera n. 150/2025 (riguardante una gara bandita dalla Prefettura di Salerno), per affermare l'orientamento secondo il quale non può ritenersi che ciascuna singola impresa debba possedere tutti i requisiti richiesti dalla lex specialis per l'esecuzione integrale della prestazione. Si tratterebbe di una impostazione interpretativa che rinnega la ratio fondante della disciplina dei RTI, da rintracciare nel principio del favor participationis, nell'ottica dell'ampliamento della partecipazione alla gara delle piccole e medie imprese che, individualmente considerate, non dispongono di tutti i requisiti necessari. Non è dunque corretto affermare che la disomogeneità e la differenziazione delle capacità e dei requisiti posseduti dai componenti del raggruppamento dia necessariamente vita ad un raggruppamento di tipo verticale, risultando tale disomogeneità compatibile con la natura orizzontale del raggruppamento, purché ciascuna impresa posseda i requisiti oggettivi richiesti dal bando di gara per

² M.C. FIMMANÒ, *La responsabilità solidale dei “consorziati” nella esecuzione degli appalti pubblici*, in Riv. corte conti, 6, 2024, 63.

l'esecuzione della specifica attività assunta ove si tratti di appalto di lavori o il possesso individuale sia richiesto dalla *lex specialis* della gara.

Con la delibera n. 226/2025, che dispone invece la ricusazione del visto, la Sezione chiarisce che negli appalti di servizi e forniture non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della *lex specialis* della gara; rientra pertanto nella discrezionalità della stazione appaltante sia stabilire il fatturato necessario per la qualificazione delle imprese, sia la fissazione delle quote che devono essere possedute dalle imprese partecipanti ai raggruppamenti.

Tale orientamento, sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa sotto la vigenza del vecchio codice, non è smentito dalla attuale formulazione testuale dell'art. 68, co. 2 e 11, D.Lgs. n. 36/2023, letto in combinato disposto con gli artt. 2, co. 2, e 30, co. 2, dell'Allegato II.12 al medesimo D.Lgs. Infatti, solo in relazione agli appalti di lavori il combinato disposto degli articoli 68, comma 2, e 100, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 definisce il criterio direttivo di ordine partecipativo secondo cui la partecipazione stessa alla gara da parte dell'impresa associata in r.t.i. può avvenire solo a condizione del possesso, da parte sua, di requisiti di qualificazione corrispondenti alla quota di esecuzione dei lavori per essa prevista. Tale criterio viene ribadito anche negli articoli 2, comma 2, e 30, comma 2, dell'Allegato II.12 al codice, ma solo in riferimento agli appalti di lavoro (cfr. anche Tar Campania, Salerno, n. 1471/2025; contra Tar Lazio, Roma, n. 9111/2025). Inoltre, ad avviso della Sezione, mentre secondo la disciplina previgente (art. 48, co. 19) l'esercizio del diritto potestativo di recesso doveva essere sorretto da specifiche esigenze organizzative, la nuova disciplina recepisce il principio di libera recedibilità *ad nutum* dal raggruppamento, ragionevolmente orientato dalla volontà di ampliare gli spazi operativi dell'autonomia negoziale degli operatori partecipanti alla gara anche in riferimento alla configurazione organizzativa del raggruppamento, con l'obiettivo – che si staglia evidente sullo sfondo del nuovo Codice – di stimolare la partecipazione in forma aggregata alle procedure di appalto ed il dispiegamento della libera iniziativa economica delle imprese ed incrementare il numero di offerte sottoposte alla valutazione della stazione appaltante.

In tal senso pare deporre anche la lettura congiunta del summenzionato art. 68, co. 17, D.Lgs. n. 36/2023 e del successivo art. 97, co. 2, a tenore del quale “se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura

d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata”.

Tale norma è piuttosto chiara nell'ammettere l'estromissione dal raggruppamento dell'operatore economico che risulti essere non in possesso dei requisiti di ordine speciale di cui all'art. 100, quale misura volta specificamente ad evitare l'esclusione del raggruppamento stesso dalla procedura di appalto, della quale non può quindi affermarsi la natura elusiva ed illegittima, proprio perché legittimata dal dato normativo. Tuttavia, ove la causa escludente si verifichi prima della presentazione dell'offerta, il raggruppamento è tenuto a comunicare alla stazione appaltante, in sede di presentazione dell'offerta, la causa escludente e il soggetto che ne è interessato e a comprovare le misure adottate ai sensi del comma 2; ma ciò fatto salva l'eventuale impossibilità di farvi fronte prima della presentazione.

Da ultimo, con delibera n. 277/2025, la Sezione ha chiarito gli effetti prodotti dalla ricusazione del visto in sede di controllo preventivo di legittimità, ove avente ad oggetto il decreto approvativo di un contratto pubblico.

In tal caso, le opzioni operative spettanti all'amministrazione variano a seconda del contenuto della delibera di ricusazione del visto:

a) ove la ricusazione sia fondata sul riscontro di un vizio che riguarda esclusivamente il contratto e che non discende dagli atti della gara, l'Amministrazione può limitarsi a prendere atto dello scioglimento dello stesso (ex art. 18, co. 8, d.lgs. n. 36/2023), eventualmente procedendo alla stipula di un nuovo contratto non viziato, il cui decreto approvativo potrà, proprio in virtù della rimozione del vizio, ottenere la successiva registrazione da parte della Corte;

b) ove, al contrario, la ricusazione sia fondata sul riscontro di un vizio derivante dagli atti di gara – poi rifluito nel decreto approvativo contratto che su di essi si basa quale presupposto – l'Amministrazione non può limitarsi a prendere atto della ricusazione del visto e dello scioglimento del contratto. Invero, ove si limitasse a stipulare un nuovo contratto lasciando intatti gli atti viziati della procedura, tale contratto sarebbe a sua volta inesorabilmente viziato, con conseguente nuova ricusazione del visto da parte della Corte dei conti a seguito della trasmissione del relativo decreto approvativo. In tal caso, l'Amministrazione dovrà doverosamente ritirare in autotutela gli atti viziati della procedura – altrimenti permanendo nel mondo giuridico atti che non possono fruttuosamente confluire nella stipula di un contratto efficace – o, in alternativa, chiedere la registrazione con riserva del decreto approvativo del contratto che, seppur viziato, verrà portato ad esecuzione nel perseguimento di un superiore interesse pubblico.