

N. 06944/2024REG.PROV.COLL.

N. 03621/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3621 del 2024, proposto da Ldf Appalti s.r.l. in proprio e quale mandataria del raggruppamento con le mandanti Ge.Co.S s.r.l. e Icem s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9752224DD2, 99403414E4, rappresentati e difesi dagli avvocati Silvia Lanzaro e Carlo Tack, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Silvia Lanzaro in Roma, piazza Epiro, 36;

contro

Comune di Latina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandra Muccitelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Ats Monte Maggiore soc. coop in proprio e quale consorziata di Conscoop-Consortio, Cler Soc. Coop. -Cooperativa Lavoratori Elettrici Romani in proprio e

quale consorziata di Conscoop-Consortio, S.C.A.F. Società Cooperativa Appaltatori Foggia in proprio e quale consorziata di Conscoop - Consortio, non costituiti in giudizio;

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ministero dell'interno, Ministero dell'economia e delle finanze, Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Conscoop Consortio fra cooperative di produzione e lavoro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Fata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Effebi s.r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) n. 175/2024,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Latina, del Ministero dell'interno, del Ministero dell'economia e delle finanze e di Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Conscoop Consortio fra cooperative di produzione e lavoro e di Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2024 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Lanzaro, Muccitelli e Fata.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la procedura negoziata indetta dal Comune di Latina per l'affidamento dei lavori *“PNRR - PNC - M5C2.2.1, Progetto di rigenerazione urbana - Intervento di riqualificazione del Parco Urbano “Falcone Borsellino” per il miglioramento della qualità del decoro urbano e la promozione di attività culturali e educative”*, CUP B27H20013280006, CIG 9752224DD2 (servizi tecnici) e 99403414E4 (lavori).

2. Conscoop Consorzio fra cooperative di produzione e lavoro (di seguito: “Conscoop”) ha impugnato (ricorso n. 627 del 2023) l’aggiudicazione al raggruppamento fra la mandataria LDF Appalti s.r.l. (di seguito: “LDF”) e le mandanti GE.CO.S s.r.l. e Effebi s.r.l. (di seguito rispettivamente: “GECOS” e “Effebi”), disposta con determinazione n. 1828 del 28 settembre 2023, oltre a:

- il verbale di gara n. 2, con il quale è stata proposta l’aggiudicazione della gara al raggruppamento controinteressato;

- il provvedimento 16 ottobre 2023 n. 163091, con il quale è stata ritenuta non fondata la richiesta del ricorrente di annullamento/revoca in autotutela dell’aggiudicazione del 13 ottobre 2023;

- ogni altro atto e/o provvedimento, anche se non conosciuto, presupposto, concomitante e/o consequenziale.

Con il medesimo ricorso è stato chiesto il risarcimento del danno in forma specifica, attraverso la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente sottoscritto dall’Amministrazione resistente con il consorzio controinteressato e del

conseguente subentro del ricorrente, ovvero, nella denegata ipotesi detta richiesta non fosse soddisfatta, per equivalente monetario.

3. LDF, in proprio e quale mandataria del raggruppamento con le mandanti con le mandanti GECOS e ICEM s.r.l., che ha sostituito Effebi (in tal senso si intende la locuzione “*in qualità di mandante sostituita dell’originaria impresa Effebi*”), con ricorso al Tar n. 732 del 2023), ha impugnato:

- il provvedimento di “*annullamento parziale in autotutela della determinazione dirigenziale n. 1828 del 28 settembre 2023*”, con contestuale esclusione del raggruppamento ricorrente giusta determinazione 3 novembre 2023 n. 2099;
- in via derivata, il successivo provvedimento di aggiudicazione della procedura in oggetto in favore di Conscoop di cui alla Determinazione n. 2191 del 14 novembre 2023, adottata dal Comune di Latina successivamente alla suddetta Determinazione di esclusione n. 2099/2023;
- ove occorra, tutti gli atti inerenti alla verifica dei requisiti condotta nei confronti del RTI ricorrente e, in particolare, della nota prot. 171010 del 26 ottobre 2023 (non in possesso delle ricorrenti);
- ove occorra, tutti i verbali di tutte le sedute, pubbliche e riservate, tenutesi in sede di gara, nella parte in cui risultino lesivi nei confronti del RTI ricorrente;
- ove occorra, gli atti indittivi della procedura di affidamento, bando e disciplinare di gara e di ogni altro atto, provvedimento o comportamento presupposto, connesso e consequenziale adottato dal Comune di Latina, nella parte in cui risultino pregiudizievoli per la posizione del RTI ricorrente in relazione alla posizione giuridica soggettiva vantata rispetto alla predetta procedura di gara.

Con il medesimo ricorso è stata chiesta:

- la dichiarazione di invalidità e comunque di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con l'operatore economico successivamente individuato quale aggiudicatario (dichiarandosi, ad ogni effetto, la disponibilità della ricorrente a subentrare nell'esecuzione dell'appalto ai sensi di quanto previsto dall'art. 122 c.p.a.);
- la conseguente condanna della stazione appaltante a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa.

4. Il Tar Lazio – Latina, con sentenza 5 marzo 2024 n. 175, ha respinto il ricorso n. 732 del 2023, proposto da LDF, e ha dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso n. 627 del 2023, proposto da Conscoop.

5. La sentenza è stata appellata da LDF, in proprio e quale mandataria del raggruppamento con le mandanti GECOS e ICEM s.r.l. (di seguito: “ICEM”), con ricorso n. 3621 del 2024.

Conscoop ha presentato appello incidentale.

6. Nel corso del giudizio di appello si è costituito il Comune di Latina.

7. All'udienza del 20 giugno 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

8. L'appello di LDF è infondato.

L'appello incidentale di Conscoop è improcedibile.

9. Si riassumono per sommi capi i fatti della presente controversia.

Conscoop, classificato al secondo posto nella graduatoria finale, ha impugnato l'aggiudicazione disposta in favore del costituendo raggruppamento avente come mandataria LDF di cui alla determinazione n. 1828 del 28 settembre 2023, lamentando la mancanza dei requisiti di partecipazione da parte del costituendo raggruppamento avente come mandataria LDF, con particolare riferimento al

requisito richiesto per la categoria scorporata (OG10, per un importo di euro 557.282,23), essendo in possesso della relativa iscrizione SOA per il solo importo di euro 258.000, non potendosi in proposito ritenere rilevante la dichiarazione di voler subappaltare la quota di euro 299.282,2 (per violazione dell'art. 68 e dell'Allegato II.12 art. 1, 2 e 30 del d. lgs. n. 36 del 2023).

Nelle more il Comune di Latina ha disposto, con determinazione 3 novembre 2023 n. 2099, l'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione e l'esclusione del raggruppamento avente come mandataria LDF per gravi violazioni fiscali definitivamente accertate riguardanti la mandante Effebe.

Con determinazione 14 novembre 2023 n. 2191 il Comune di Latina ha disposto l'aggiudicazione nei confronti dei secondi graduati e odierni controinteressati.

LDF ha impugnato detti ultimi atti, che hanno determinato il venir meno dell'aggiudicazione a proprio favore e hanno disposto l'aggiudicazione a favore di Conscoop.

10. Il Collegio principia lo scrutinio dall'appello di LDF.

11. L'esito del giudizio esime il Collegio dal valutare l'eccezione di inammissibilità dell'appello proposto da LDF per carenza del requisito della specificità dei motivi di cui all'art. 101 comma 1 c.p.a., dedotta dall'Amministrazione con memoria depositata il 21 maggio 2024.

12. Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha respinto il primo motivo del ricorso presentato da LDF in primo grado.

Con detto mezzo LDF ha lamentato che il Comune di Latina non ha consentito la sostituzione della Effebe, nei confronti della quale è emersa la sussistenza di

violazioni fiscali, con la ICEM, violando l'art. 97 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023, nonché il principio di proporzionalità e l'art. 63 della direttiva 2014/14/UE.

L'appellante ha rappresentato, in particolare, come *“la questione giuridica alla base del presente motivo di appello verte sulla possibilità di applicare il meccanismo sostitutivo previsto dall'art. 97, comma 2, del D.lgs. 36/2023 nell'ipotesi in cui il RTI nel suo complesso abbia INCOLPEVOLMENTE avuto conoscenza della causa di esclusione riguardante una delle sue mandanti soltanto in sede di verifica dei requisiti”*.

12.1. Il motivo è infondato.

12.2. L'argomentazione che supporta la decisione è articolata in una pluralità di profili:

- il provvedimento non integra la fattispecie rimediale di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023;
- le pronunce della Corte di giustizia richiamate dall'appellante non consentono di superare il dettato normativo;
- i principi di parità di trattamento e di autoresponsabilità, oltre che l'istituto del raggruppamento per le modalità di funzionamento e la *ratio*, supportano tale conclusione;
- la valutazione della stazione appaltante, connotata da discrezionalità tecnica, supera il vaglio di legittimità (rispetto alle censure dedotte).

12.3. Si premette in fatto che la causa escludente riscontrata a carico di Effebe è quella delle *“violazioni definitivamente accertate e non, nei confronti dell'impresa EFFEBI S.r.l., (“associata mandante” del RTI) di importo complessivo superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602”* (così dalla determina di ritiro dell'aggiudicazione n. 2099 del 2023), cioè di *“importo superiore a cinquemila euro”*: si tratta della causa escludente automatica per

violazione fiscale grave definitivamente accertata di cui all'art. 94 comma 6 del d. lgs. n. 36 del 2023 (e all'Allegato II.10 dello stesso decreto).

In particolare, l'attestazione dell'Agenzia delle entrate 6 ottobre 2023 dà conto di violazioni definitivamente accertate, derivanti da cartelle di pagamento relative all'omesso versamento di tributi inerenti gli anni d'imposta 2018/2021, notificate nelle date del 1 gennaio 2023 (debito residuo di euro 8.063,96), 25 novembre 2022 (debito residuo di euro 7.432,89), 13 dicembre 2022 (debito residuo di euro 271,57) e 14 luglio 2023 (debito residuo di euro 211,83), oltre a violazioni non definitivamente accertate.

La circostanza è rilevata dal Comune di Latina con nota 26 ottobre 2023 n. 171010 e non è contestata né da Effebi con nota 27 ottobre 2023, con la quale la stessa ha piuttosto manifestato l'intenzione di pagare le somme dovute in base a dette cartelle, né da LDF con la nota 28 ottobre 2023 (su dette note *infra*).

Con la qui impugnata determina di ritiro dell'aggiudicazione n 2099 del 2023 il Comune ha qualificato le violazioni fiscali definitivamente accertate come gravi in quanto di "*importo complessivo superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602*", così come prescritto dall'art. 94 comma 6 del d. lgs. n. 36 del 2023.

Il punto, cioè la sussistenza della causa escludente *de quo* nei confronti di Effebi, non è controverso.

La fattispecie escludente delle gravi violazioni fiscali definitivamente accertate si è perfezionata a carico di Effebi prima del termine di presentazione dell'offerta (18 settembre 2023, così il punto 13 della lettera di invito). Il fatto emerge dalla richiamata attestazione dell'Agenzia delle entrate 6 ottobre 2023, che fa riferimento a cartelle di pagamento di cui l'ultima è stata notificata il primo gennaio 2023 e quindi

in tempo utile, in mancanza di impugnazione (non eccepita da alcuno), per divenire definitiva prima del termine per la presentazione delle offerte (*“Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti a impugnazione”*, così l’art. 1 comma 1 dell’Allegato II.10 al d. lgs. n. 36 del 2023).

Né in sede processuale è negato il fatto che la causa escludente si è verificata a carico di Effebi prima della presentazione dell’offerta, mancando così *ab origine* un requisito di ordine generale. L’appellante si è infatti limitato ad affermare, con locuzione generica, che le violazioni fiscali sarebbero state *“definitivamente accertate nel corso dell’anno 2023”*, senza che l’allegazione di detta circostanza contrasti con quanto ritenuto dall’Amministrazione nel provvedimento di ritiro, cioè che le violazioni fiscali gravi si sono perfezionate prima della presentazione dell’offerta (18 settembre 2023).

Quanto al diverso profilo della tempistica con la quale la stazione appaltante ha svolto la verifica sulle dichiarazioni rese in gara dal raggruppamento, risulta dalla determina 28 settembre 2023 n. 1828 che *“la presente aggiudicazione diverrà efficace con specifico verbale di presa d’atto, dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti, ai sensi commi 5 e 6 dell’art. 17 del D.Lgs. n.36/2023, che, tra l’altro, dispongono che l’aggiudicazione “non equivale ad accettazione dell’offerta”; a cura del Servizio “Relazioni istituzionali e con la città. Appalti e contratti” a cui la presente viene trasmessa per le attività di competenza”*.

Nell’ambito della verifica svolta dal Servizio relazioni istituzionali è emersa la sussistenza delle violazioni fiscali definitivamente accertate (*“con nota protocollo n. 170098 del 25/10/2023 il Servizio Relazioni Istituzionali e con la città. Appalti e contratti ha trasmesso l’esito delle verifiche sulle dichiarazioni rese ai sensi degli artt. 94 e 95 D.lgs. 36/2023”*), così la determina di ritiro dell’aggiudicazione 3 novembre 2023 n. 2099).

In primo grado LDF ha censurato la tempistica della verifica, *“effettuata successivamente all’adozione del provvedimento di aggiudicazione, in contrasto con quanto previsto dall’art. 17, comma 5, del D.lgs. 36/2023”*. Il Tar non ha ravvisato la violazione dell’art. 17 comma 5 del d. lgs. n. 36 del 2023 in quanto agli appalti PNRR si applica l’art. 8 comma 1 lett. a) del d.l. n. 76 del 2000.

Detta statuizione è contestata dall’appellante in quanto se *“tale verifica fosse stata compiuta precedentemente, la carenza del requisito in capo a Effebe S.r.l. sarebbe venuta alla luce “PRIMA” dell’aggiudicazione e non vi sarebbe stata la asserita preclusione temporale prospettata dal Comune di Latina nel provvedimento impugnato”*.

Nel provvedimento impugnato si legge che *“riguardo all’eventuale applicabilità dell’art. 97 comma 2 del D.lgs 36/2023, le misure adottate dal raggruppamento, sono ritenute intempestive, in quanto si posizionano a valle della presentazione dell’offerta e denunciano un mancato riguardo rispetto alla veridicità delle dichiarazioni rese in sede di offerta”*.

Pertanto il dato temporalmente rilevante è costituito dal termine di presentazione delle offerte, atteso che, in base a ciò che emerge dal provvedimento di ritiro, il raggruppamento non ha comunicato la sussistenza della causa escludente in sede di presentazione dell’offerta (denunciano un *“mancato riguardo rispetto alla veridicità delle dichiarazioni rese in sede di offerta”*), neppure quindi ha comprovato di avere adottato misure rimediali, pure in presenza di un motivo escludente verificatosi prima di detta presentazione (così come l’art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, su cui *infra*), sicché la censura (relativa all’asserita tardività delle verifiche svolte sui requisiti da parte della stazione appaltante, che avrebbe impedito al raggruppamento di porvi rimedio prima dell’aggiudicazione) risulta a tal fine irrilevante.

Sicché la censura (relativa all’asserita tardività delle verifiche svolte dalla stazione appaltante sui requisiti da parte della stazione appaltante, che avrebbe impedito al

raggruppamento di porvi rimedio prima dell'aggiudicazione) risulta a tal fine irrilevante.

Si aggiunge nel merito di detta censura che, a tacer d'altro, la *lex specialis* prevede il seguente procedimento di aggiudicazione:

- *“il RUP/seggio di gara formulerà la proposta di aggiudicazione in favore del concorrente che ha presentato la migliore offerta, chiudendo le operazioni di gara e trasmettendo al RUP tutti gli atti e documenti della gara ai fini dei successivi adempimenti”*;
- *“Il RUP procede, laddove non effettuata in sede di verifica di congruità dell'offerta”* a svolgere verifiche sul ccnl applicato e sull'attendibilità degli specifici impegni assunti dall'aggiudicatario e ivi specificati;
- *“La stazione appaltante, previa verifica ed approvazione della proposta di aggiudicazione, aggiudica l'appalto”*;
- *“trattandosi di procedura afferente agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR, di cui all'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59 (PNC) l'aggiudicazione diventa efficace all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti prescritti e a seguito dell'approvazione della stessa da parte del Dirigente del Servizio proponente l'affidamento”*;
- *“In caso di esito negativo delle verifiche, la stazione appaltante procederà alla revoca dell'aggiudicazione, alla segnalazione all'ANAC nonché all'incameramento della garanzia provvisoria”* (lettera di invito, punto 22).

La stazione appaltante ha seguito la procedura indicata nella *lex specialis*, verificando i requisiti dopo l'adozione dell'aggiudicazione e ritirando l'aggiudicazione in esito al riscontro negativo delle verifiche.

Dal momento che la *lex specialis* non è stata specificamente censurata, la stazione appaltante non può essere criticata per averne seguito le prescrizioni.

12.4. Acquisiti i dati di fatto appena esposti, dai quali risulta che la violazione è stata commessa prima della presentazione delle offerte, il caso qui controverso integra la fattispecie di cui alla lett. a del comma 1 dell'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, che è connotata dal fatto che la causa escludente si verifichi *“prima della presentazione dell'offerta”*.

L'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023 ammette infatti, a certe condizioni, che il raggruppamento possa sostituire o estromettere i propri componenti, nella prospettiva comunque dell'unitarietà e dell'immodificabilità dell'offerta (è *“fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata”*, così il comma 2).

In tal modo l'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023 (così come il *self cleaning* di cui all'art. 96 del d. lgs. n. 36 del 2023) istituisce una modalità di superamento della regola generale, dettata dall'art. 96 comma 1 del d. lgs. n. 36 del 2023, in base alla quale *“le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95”*.

L'art. 97 è volto all'attuazione dell'art. 63 par. 1 comma 2 della direttiva n. 2014/24/UE, in base al quale l'Amministrazione:

- *“impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione”*;
- *“può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione”*.

La Grande Sezione ha richiamato l'art. 63 par. 1 della direttiva n. 2014/24/UE, laddove richiama l'istituto della sostituzione, con riferimento a un raggruppamento, nel decidere un caso di *“esclusione da qualsiasi procedura di aggiudicazione di appalti pubblici*

*nei confronti di tutti i membri di tale raggruppamento” (Cgue, Grande sezione, 7 settembre 2021, C-927/2019, su cui *infra*).*

Richiamata la disciplina eurounitaria di riferimento, il comma 1 dell’art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023 (che ne costituisce l’attuazione) prevede che *“il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri:*

a) in sede di presentazione dell’offerta:

1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell’offerta e il venir meno, prima della presentazione dell’offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato;

2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l’impossibilità di adottarle prima di quella data;

b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell’aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell’offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell’offerta”.

Il successivo comma 2 dispone che *“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”.* Le misure prese sono valutate dalla stazione appaltante e *“se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d’appalto”* mentre *“Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l’operatore economico è escluso con decisione motivata”* (sempre il comma 2).

Pertanto nel caso, come quello di specie, in cui la causa escludente si verifichi “*prima della presentazione dell’offerta*”, e risulti quindi integrata la fattispecie di cui alla lett. a del comma 1 dell’art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, 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 (n. 1) e a comprovare le misure adottate ai sensi del comma 2, cioè l’estromissione o la sostituzione con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l’immodificabilità sostanziale dell’offerta presentata, o l’impossibilità di adottarle prima della presentazione dell’offerta (n. 2). Che detta prescrizione non sia stata osservata dal raggruppamento avente come mandataria LDF (come risulta anche dalla determina di ritiro dell’aggiudicazione n. 2099 del 2023) non è in contestazione: il raggruppamento avente come mandataria LDF non ha comunicato la causa escludente in sede di presentazione delle offerte e non ha comunicato il motivo dell’impossibilità di farvi fronte prima di detta presentazione.

12.5. La dichiarazione di LDF, in base alla quale “*il RTI odierno appellante NON era a conoscenza della situazione di irregolarità fiscale in capo alla mandante Effebe S.r.l.*” e “*il RTI nel suo complesso abbia INCOLPEVOLMENTE avuto conoscenza della causa di esclusione riguardante una delle sue mandanti soltanto in sede di verifica dei requisiti*”, non è di per sé sola sufficiente per supportare la declaratoria di illegittimità della decisione di ritirare l’aggiudicazione disposta a favore del raggruppamento avente come mandataria la stessa società neppure considerando le pronunce della Corte di giustizia richiamate dall’appellante.

L’appellante non ha infatti apportato alcun ulteriore elemento a supporto dell’asserita non conoscenza, da parte del raggruppamento, delle violazioni fiscali di Effebe. La difesa di LDF si appunta piuttosto sulla mancata comunicazione, da parte

della mandante, della violazione fiscale, dando per scontato che, in sede di presentazione dell'offerta, potessero bastare le rassicurazioni di Effebi non accompagnate dalla comprova di quanto dichiarato.

L'appellante ha infatti dedotto che, *“nel caso di specie, oltre al fatto che le odierne appellanti non avevano motivo di dubitare del pieno possesso dei requisiti di partecipazione in capo alla mandante Effebi, esse nemmeno avrebbero potuto conoscere la situazione di irregolarità emersa successivamente, posto che la stessa si sarebbe potuta evincere soltanto dal Certificato che viene rilasciato soltanto alle stazioni appaltanti in sede di verifica dei requisiti”*. Dal che si desume che in sede di preparazione dell'offerta l'appellante ha fatto esclusivo affidamento sulla dichiarazione della mandante, senza richiedere alcun elemento a comprova (che la società interessata avrebbe potuto ottenere direttamente, senza che quindi colga nel segno l'assunto in forza del quale la mandataria non avrebbe potuto accedere alla documentazione non avendo i poteri della stazione appaltante).

Tuttavia, in base a quanto di seguito considerato, si presume che il raggruppamento conosca la situazione dei propri componenti e quindi presenti una domanda di partecipazione che tenga conto della situazione di ciascuno.

Non ostano a tal fine le due pronunce della Corte di giustizia richiamate dall'appellante, Cgue, Grande sezione, 7 settembre 2021, C-927/2019 e Cgue, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/2020, al fine di supportare la tesi dell'irrilevanza della causa escludente riguardante un componente del raggruppamento nel caso in cui questi ignori detta condizione espulsiva.

La questione qui controversa non è infatti sovrapponibile ai casi sui quali si è espressa la Corte di giustizia. Anzitutto, la presente controversia riguarda una causa automatica di esclusione in ragione delle gravi violazioni fiscali definitivamente accertate, mentre le pronunce della Corte di giustizia si riferiscono alla causa

escludente delle false dichiarazioni (con conseguente applicabilità del *self cleaning*, non ammesso con riferimento alle violazioni fiscali in base all'art. 57 par. 6 della direttiva n. 2014/24/UE e art. 96 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023). In secondo luogo, la pronuncia della Grande Sezione, che pure ha richiamato l'istituto della sostituzione con riferimento a un raggruppamento, si riferisce a un caso nel quale la questione concreta rimessa alla Corte era la possibilità di pronunciare un provvedimento di esclusione da successive procedure di aggiudicazione di appalti pubblici nei confronti di tutti i membri di tale raggruppamento (punti 149 e 158), in ragione di una falsa dichiarazione resa in una gara da un singolo componente del raggruppamento, all'insaputa degli altri, con conseguente esclusione del raggruppamento dalla gara de quo, esclusione della cui compatibilità eurounitaria il giudice a quo non aveva affatto dubitato.

In particolare, in base a quanto riferito al punto 65, il giudice del rinvio ha chiesto *“se, qualora un operatore economico, parte di un contratto di attività comune, abbia fornito informazioni eventualmente false, i suoi partner, con i quali ha presentato l'offerta comune, debbano parimenti essere iscritti, in forza dell'articolo 46, paragrafo 4, punto 4, e dell'articolo 52 della legge sugli appalti pubblici, nell'«Elenco dei fornitori che hanno presentato informazioni false», iscrizione che di conseguenza vieta loro di partecipare, per un anno, a gare d'appalto pubblicate da altre amministrazioni aggiudicatrici”*.

I dubbi di incompatibilità con il diritto eurounitario della normativa nazionale si riferivano quindi non alla disciplina dell'esclusione dalla gara *de quo* del raggruppamento a causa di false dichiarazioni rese da un componente di esso, ma alla disciplina della esclusione del raggruppamento da future gare.

Invero, nella decisione di rinvio pregiudiziale presentata dal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania) con provvedimento 17 dicembre 2019, si chiede se la disciplina

eurounitaria osti a una normativa nazionale che “*preveda sanzioni aggiuntive (oltre all’esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell’appalto) in caso di presentazione di informazioni false, tali sanzioni possono essere applicate solo sulla base della responsabilità personale, in particolare ove le informazioni inesatte in fatto siano state presentate solo da una parte di coloro che hanno partecipato congiuntamente alla procedura d’appalto pubblico (per esempio, uno tra vari partner)*”.

Si discute quindi degli effetti di un vincolo (escludente) maturato da un componente del raggruppamento nel corso della partecipazione dello stesso a una gara sulle sorti individuali dei singoli soggetti che hanno fatto parte del raggruppamento in quella gara nel futuro, rispetto alla partecipazione ad altre gare.

L’unitarietà dell’offerta presentata nella gara precedente da parte del raggruppamento non si rinviene nella prospettiva delle gare future, dove riemergono le posizioni individuali, così da venire a mancare il vincolo di unitarietà che connota i raggruppamenti (su cui *infra*).

Il caso qui controverso è del tutto diverso in quanto si tratta di valutare l’impatto di una causa escludente di uno dei componenti del raggruppamento sull’offerta (unitaria) presentata da quest’ultimo.

L’altra pronuncia, Cgue, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/2020, ha applicato l’istituto della sostituzione a una fattispecie di causa escludente (per false dichiarazioni) riguardante un’impresa ausiliaria nell’ambito di un rapporto di avvalimento. L’ipotesi di causa escludente che riguarda una impresa ausiliaria è all’evidenza diversa dall’ipotesi, rilevante nel presente giudizio, di una causa escludente che riguarda l’operatore economico concorrente.

In tale contesto, secondo la Corte di giustizia, il primo presupposto dell’applicabilità della fattispecie sanante (basata sull’estromissione o la sostituzione dell’ausiliaria

interessata dalla causa di esclusione) è il fatto che l'offerente ignorasse l'esistenza del motivo espulsivo (*“senza che i suoi partner abbiano avuto conoscenza di tale falsa dichiarazione”*) al momento della presentazione della domanda di partecipazione (quando è stata resa la falsa dichiarazione).

In secondo luogo l'Amministrazione, per verificare la possibilità di sostituzione dell'ausiliaria, è tenuta a effettuare una *“valutazione concreta e individualizzata dell'atteggiamento del soggetto interessato”* (Cgue, Grande sezione, 7 settembre 2021, C-927/2019), prendendo in considerazione i *“mezzi di cui l'offerente disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in capo al soggetto sulle cui capacità intendeva fare affidamento”* (Cgue, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/2020).

In particolare la Corte di giustizia ha condizionato la possibilità di sanare la posizione attraverso la sostituzione dell'ausiliaria alla prova che la mancata conoscenza della situazione impeditiva non sia addebitabile a mancanza di diligenza da parte dell'offerente (operatore economico ausiliato): *“se il giudice del rinvio confermasse l'affermazione dell'RTI Del Debbio secondo cui la condanna penale del dirigente dell'impresa ausiliaria sulle cui capacità esso aveva inteso fare affidamento non figurava nell'estratto del casellario giudiziale consultabile dai soggetti privati, cosicché la normativa italiana non consentiva all'RTI Del Debbio di venire a conoscenza di tale condanna, non gli si potrebbe addebitare una mancanza di diligenza”*, con la conseguenza che, in tali circostanze, *“sarebbe contrario al principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, impedire la sostituzione del soggetto interessato da una causa di esclusione”* (Cgue, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/2020).

Pertanto, perché, nell'ambito di un rapporto di avvalimento, una causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta (ed emersa in gara) possa essere sanata attraverso il meccanismo rimediale di cui all'art. 63 par. 1 della direttiva n.

2014/24/UE (e all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023) non è sufficiente, in base alla suddetta pronuncia della Corte di giustizia, l'ignoranza del motivo di esclusione ma è altresì necessario che detta ignoranza non sia addebitabile a mancanza di diligenza, e quindi non sia colposa.

E la valutazione della mancanza di diligenza presuppone, secondo l'impostazione della Corte di giustizia, non solo che l'offerente non abbia fatto fede solo su quanto dichiarato dal soggetto colpito dal motivo espulsivo ma anche che la verifica di quanto dichiarato sia avvenuta sulla base di un dato oggettivo, l'estratto del casellario giudiziale poi risultato interessato dalla condanna penale nel caso esaminato dalla Corte, che l'offerente si presume abbia consultato (prima della presentazione dell'offerta).

Pertanto, solo in presenza di un dato oggettivo che deve essere comprovato dall'offerente questi può eventualmente richiedere che sia considerato il proprio affidamento incolpevole, così essendo ammesso alla sostituzione dell'ausiliario.

In tale prospettiva deve essere interpretato anche il riferimento al fatto che la stazione appaltante, rispetto alla sostituzione del soggetto interessato dalla causa escludente, deve porre attenzione *“ancora più elevata qualora l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'offerente non per una violazione ad esso imputabile, bensì per una violazione commessa da un soggetto sulle cui capacità egli intende fare affidamento e nei confronti del quale non dispone di alcun potere di controllo”* (Cgue, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/2020, così anche Cgue, sez. II, 30 gennaio 2020, C-395/18, pure richiamata dall'appellante sul punto). Detta affermazione, peraltro resa con riferimento a un rapporto di avvalimento e connessa alla precisazione che detta attenzione è richiesta *“nell'applicare motivi di esclusione facoltativi”*, non ha impedito alla stessa Corte, nella stessa pronuncia, di pronunciarsi nel senso anzidetto.

12.6. La situazione dei componenti del raggruppamento si connota e di differenzia da quella dell'impresa ausiliaria, sulla quale si è pronunciata la Corte di giustizia.

Infatti l'impresa ausiliaria non è l'offerente, e quindi l'offerente potrebbe non conoscere la reale situazione e quindi l'esistenza di cause escludenti. Invece, chi fa una offerta in gara, sia esso operatore singolo o un raggruppamento, è tenuto a conoscere le cause di esclusione che lo riguardano.

Il raggruppamento, pur composto da varie soggettività giuridiche, presenta infatti un'offerta unitaria, con la conseguenza che la stazione appaltante si interfaccia con un'unica realtà giuridica e che il raggruppamento nel suo insieme si assume la responsabilità dell'offerta presentata, senza potersi fare scudo della posizione individuale dei partecipanti allo stesso, che hanno ritenuto di non partecipare singolarmente ma di presentare un'offerta unica insieme ad altre soggettività giuridiche.

La disciplina dei raggruppamenti d'impresa in materia di contratti pubblici è infatti finalizzata a consentire, attraverso il cumulo dei requisiti, la partecipazione congiunta di una pluralità di operatori economici anche di ridotte dimensioni a gare di appalti di notevole entità e, al contempo, a consentire la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante attraverso la valorizzazione dell'unione delle risorse e delle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie di più imprese, con ampliamento delle garanzie per la stessa stazione appaltante.

Nella prospettiva privatistica e imprenditoriale l'istituto è diretto a garantire alle imprese un ampio margine di libertà di organizzazione dei fattori produttivi, alla quale corrisponde una non predeterminata possibilità giuridica di delineare le modalità con le quali i componenti dei raggruppamenti intendono relazionarsi fra loro. E infatti i raggruppamenti *“non possono essere obbligati dalle amministrazioni*

aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione” (art. 19 par. 2 della direttiva n. 2014/24/UE e art. 68 comma 3 del d. lgs. n. 36 del 2023) e “la volontà del legislatore dell’Unione, conformemente agli obiettivi di cui ai considerando 1 e 2 della medesima direttiva, consiste nel limitare ciò che può essere imposto a un singolo operatore di un raggruppamento, seguendo un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine di incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche” (Cgue, sez. IV, 28 aprile 2022, C642/20).

Il legislatore richiede il vincolo contrattuale del mandato collettivo fra la pluralità di soggettività (così l’art. 68 comma 1 del d. lgs. n. 36 del 2023), al fine di assicurare alla controparte pubblica l’unicità dell’offerta e del centro di imputazione dei relativi interessi e responsabilità.

L’unicità dell’offerta poggia quindi sul mandato collettivo, che richiede non solo che l’incarico venga conferito da più persone per il medesimo atto, ma anche che il conferimento congiunto venga disposto per un affare d’interesse comune: il connotato del mandato collettivo *“non può farsi derivare dalla mera presenza di un unico atto di conferimento dell’incarico, ma è necessario dimostrare che la volontà di ciascun mandante sia legata alla volontà degli altri e che, di conseguenza, ognuno di essi si sia determinato al conferimento dell’incarico in ragione dell’adesione degli altri, in vista del compimento dell’affare unico, indivisibile ed indistinto”* (Cass. civ., sez. II, 6 ottobre 2011 n. 20482), che nel caso di specie è rappresentato dall’unicità dell’offerta.

E ciò indipendentemente dalla forma giuridica che consente la presentazione unitaria dell’offerta e dal fatto che *“il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali”* (art. 68 comma

8), che dà conto dei rapporti interni fra i componenti del raggruppamento (su cui *infra*).

L'istituto pertanto, pur nella connotazione contrattuale avente causa non associativa e che quindi non assicura la creazione di un'unica soggettività giuridica (proprio in ragione della scelta eurounitaria di non intervenire su questo aspetto, considerate anche i variegati ordinamenti giuridici nazionali con i quali si confronta), si caratterizza per l'idoneità a veicolare un'unica offerta.

Nell'ottica del rapporto di diritto pubblico con l'Amministrazione il raggruppamento costituisce quindi un operatore economico unitario (*“Rientrano nella definizione di operatori economici [...] i raggruppamenti temporanei di concorrenti”* in base all'art. 65 comma 2 lett. e del d. lgs. n. 36 del 2023), così agevolando l'Amministrazione e gli interessi pubblici sottesi alla commessa. Né si ritiene che possa desumersi diversamente in ragione del fatto che la Corte di giustizia ha utilizzato l'espressione *“membro di un raggruppamento di operatori economici”*, così riferendo la nozione di operatori economici ai componenti del raggruppamento in quanto essa risulta piuttosto descrittiva della variegata realtà imprenditoriale che caratterizza il mercato unico e non vale a superare il rilievo che il raggruppamento si presenta come operatore economico unitario che presenta l'offerta, come evidente dall'art. 2 par. 1 n. 10 della direttiva n. 2014/24/UE, che definisce l'operatore economico (che presenta l'offerta ai sensi del successivo n. 11) come *“una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/ o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/ o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”*, laddove è evidente che il raggruppamento in quanto tale costituisce l'operatore economico offerente.

Del resto, la Corte di Giustizia ha specificato che il raggruppamento deve “*trasmettere all'amministrazione aggiudicatrice, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, un documento di gara unico europeo (DGUE) con il quale tale operatore afferma che egli stesso e i soggetti alle cui capacità intende affidarsi non si trovano in una delle situazioni di cui all'articolo 57 di tale direttiva, che deve o può comportare l'esclusione di un operatore economico, e/o che il criterio di selezione interessato è soddisfatto*” (Cgue, Grande sezione, 7 settembre 2021, C-927/2019): l'unicità del dgue al quale fa riferimento la Corte di giustizia con decisione riguardante un raggruppamento rende evidente la prospettiva unitaria di partecipazione alla gara.

E che l'unitarietà dell'offerta prevalga sulla pluralità delle soggettività giuridiche che danno vita a quell'unitarietà è reso evidente da una pronuncia della Corte di giustizia che ha ritenuto che la stazione appaltante che “*autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da tale ente a presentare offerte, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, alla procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico*” non viola il principio di “*identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici preselezionati e quelli che presentano le offerte*”, purché siano rispettate le condizioni ivi previste (Cgue, Grande Sezione, 24 maggio 2016, n. C-396/14).

Nella prospettiva pubblicistica il principio della neutralità della forma giuridica è dettato al fine di agevolare la partecipazione, da un lato, ma assicurando comunque all'Amministrazione, dall'altro lato, di scrutinare un'unica offerta e relazionarsi con un unico offerente. E infatti la regolamentazione dei profili di responsabilità dell'agire gestorio (di cui al mandato collettivo) è delineata in termini di responsabilità solidale dei componenti del raggruppamento (“*l'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della*

stazione appaltante”, così l’art. 68 comma 9 del d. lgs. n. 36 del 2023). Detta tipologia di responsabilità garantisce l’Amministrazione circa il fatto che tutti i partecipanti al raggruppamento rispondano dell’attività compiuta senza possibilità di distinguere le singole posizioni soggettive, così delineando la forma di responsabilità che più si avvicina a quella prevista per le soggettività giuridiche singole che partecipano alla gara e ottengono la commessa.

L’Amministrazione si interfaccia quindi con il raggruppamento in quanto tale, prescindendo dai rapporti interni, ed è proprio tale circostanza che lo caratterizza, costituendone la *ratio*.

Il vincolo di unitarietà che lega i componenti del raggruppamento è quindi funzionale all’interesse imprenditoriale, consentendo agli stessi di partecipare a una gara alla quale (probabilmente) non avrebbero potuto partecipare singolarmente.

Nel contempo esso presidia le prerogative pubblicistiche in una duplice prospettiva: consente la realizzazione dell’appalto nell’interesse della stazione appaltante attraverso la valorizzazione dell’unione delle risorse e delle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie di più imprese, con ampliamento delle garanzie per la stessa stazione appaltante nel perseguimento dell’interesse pubblico alla stessa intestato, e presenta effetti pro-concorrenziali, atteso anche il generale principio del *favor participationis* che connota la disciplina delle procedure a evidenza pubblica.

Il funzionamento dell’istituto e la *ratio* dello stesso (cioè gli interessi imprenditoriali e pubblici che lo stesso presidia) presuppongono pertanto l’unicità dell’offerta e del centro di imputazione della relativa responsabilità, così non potendosi ammettere, se non nei casi espressamente previsti, di infrangere detta unitarietà.

Il raggruppamento non può infatti, frattanto che beneficia dell'opportunità imprenditoriale dell'istituto, sconfessarne la portata, non assumendosi la responsabilità della scelta unitaria effettuata: chi beneficia di un'opportunità ne sopporta anche le conseguenze, a meno che il legislatore non preveda diversamente. Del resto, i rapporti interni fra i componenti del raggruppamento si muovono in ambito privatistico e in quell'ambito ricevono tutela.

La disciplina pubblicistica non si inserisce infatti nel rapporto interno fra i componenti del raggruppamento, che conservano la propria autonomia, pur interfacciandosi in modo unitario con l'Amministrazione, così come desumibile dal richiamato art. 68 comma 1 del d. lgs. n. 36 del 2023 (il rapporto di mandato "*non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali*").

I rapporti interni fra i componenti del raggruppamento non si riverberano quindi, di norma, sul rapporto di diritto pubblico (se non nei casi espressamente previsti).

Che, altrimenti, l'istituto del raggruppamento, anziché rappresentare un volano per la concorrenza nel settore delle commesse pubbliche, diviene un elemento ostativo, idoneo a ritardare e paralizzare gli affidamenti, anziché ad assicurarne una migliore efficienza.

Ne deriva che le problematiche interne a detti rapporti e la trasparenza degli stessi non si riverberano sulla stazione appaltante, la cui posizione è presidiata dall'unicità dell'offerta e dalla responsabilità solidale, in linea con la sopra richiamata *ratio* dell'istituto.

Neppure coglie nel segno, pertanto, l'assunto in base al quale il provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione non tiene conto del fatto che "*la responsabilità è per sempre 'personale' e, dunque, per definizione riferita al singolo*".

Rispetto ai raggruppamenti, infatti, la responsabilità personale deriva dalla presentazione di un'offerta unitaria, accompagnata dalla responsabilità solidale dei componenti del raggruppamento, nei termini già sopra esposti.

Si può quindi affermare che si presume che il raggruppamento conosca la situazione dei propri componenti e possa così utilizzare lo strumento rimediabile di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023 nel rispetto delle relative prescrizioni procedurali.

La disciplina nazionale, nello stabilire che l'operatore economico conosce (è tenuto a conoscere) le cause di esclusione che lo riguardano, sicché va escluso se alla data di scadenza del bando vi sono cause di esclusione non debitamente dichiarate, senza ammettere scusanti per i componenti del raggruppamento che ignoravano una causa di esclusione di uno dei componenti, appare pertanto del tutto ragionevole e pienamente conforme al diritto europeo. Né essa crea alcuna discriminazione dato che si applica anche agli operatori economici nazionali.

Inoltre, anche a volere, in via di pura astrazione, seguire il ragionamento di parte appellante e ritenere che la presunzione che il raggruppamento conosca le cause di esclusione che riguardano i suoi componenti non sia assoluta ma relativa, e ammetta una prova contraria, ciò non di meno nel caso specifico non si ravvisa alcuna violazione del diritto eurounitario. Infatti, la presunzione, se anche fosse relativa, potrebbe essere superata solo sulla base di dati oggettivi (così la stessa Corte di giustizia sopra richiamata, comunque relativa a un caso diverso), che debbono essere comprovati dallo stesso raggruppamento, mentre, come già detto, l'appellante non ha apportato alcun elemento (oggettivo) a supporto dell'asserita non conoscenza, da parte del raggruppamento, delle violazioni fiscali di Effebe. Invero, non basterebbe certo provare il mero fatto storico della "ignoranza", perché così ragionando si avrebbe una completa deresponsabilizzazione dei raggruppamenti, con aggravio

degli adempimenti di gestione delle gare da parte delle stazioni appaltanti e irragionevole regime di favore per i raggruppamenti rispetto agli operatori economici individuali. Piuttosto, andrebbe comprovata la “incolpevole ignoranza”, e cioè che i componenti del raggruppamento hanno fatto ogni sforzo richiesto dalla diligenza professionale per acclarare preventivamente che nessuno dei propri componenti fosse colpito da cause di esclusione.

La suddetta impostazione non solo è foriera di una maggiore efficienza dell'intero sistema ma compulsa una maggiore diligenza anche rispetto ai singoli componenti del raggruppamento, che sono indotti a richiedere le certificazioni da presentare ai *partners*, così avvedendosi di eventuali ragioni escludenti che possono superare.

Nel caso di specie Effebe (come si vedrà *infra*) ha infatti dichiarato di non essersi avveduta per errore dell'omesso pagamento delle cartelle. Se avesse chiesto la certificazione o avesse dovuto provare di avere adempiuto agli obblighi fiscali, si sarebbe avveduta dell'errore, evitando a monte la causa dell'esclusione, il procedimento di ritiro e finanche l'instaurazione della controversia.

Né può essere chiamato in causa, come fa l'appellante, il principio della fiducia di cui all'art. 2 del d. lgs. n. 36 del 2023 al fine di ritenere che il raggruppamento fosse legittimato a fidarsi delle dichiarazioni di Effebe.

Se è pur vero che la fiducia è declinata “*nell'azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici*”, e quindi con un canone di reciprocità, essa, rispetto agli operatori economici, riguarda il rapporto fra operatori economici e Amministrazione e non i rapporti fra i privati (che fanno parte di un raggruppamento) ed è posta alla base di “*molti istituti del codice, anche di derivazione europea (dal soccorso istruttorio al c.d. self-cleaning)*”, i quali “*presuppongono, d'altronde, la fiducia dell'ordinamento giuridico anche verso i soggetti privati che si relazionano con la pubblica*

amministrazione”: la fiducia non costituisce quindi una modalità di superamento della disciplina positiva degli istituti, essendo “*legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione legittimità dell’azione amministrativa*” (così la Relazione al d. lgs. n. 36 del 2023 con riferimento al relativo art. 2).

Posto dunque che in concreto non risulta in ogni caso comprovata la incolpevole ignoranza, in capo al raggruppamento, della causa escludente relativa a un componente del raggruppamento stesso, difetta in radice il presupposto della rilevanza per una eventuale remissione alla CGUE di una questione pregiudiziale circa la compatibilità eurounitaria della disciplina nazionale, pure a voler in via di mera astrazione condividere l’assunto, che sembra adombrato dall’appellante, che sussista siffatto dubbio di compatibilità.

12.6. Le suddette considerazioni, unitamente ai principi di parità di trattamento e di autoresponsabilità, supportano la conclusione in merito al fatto che il raggruppamento non può farsi scudo della posizione individuale dei partecipanti allo stesso che hanno ritenuto di non partecipare singolarmente ma di presentare un’offerta unica insieme ad altre soggettività giuridiche, dovendo sopportare le conseguenze della scelta imprenditoriale effettuata.

Mina infatti lo stesso principio di parità di trattamento consentire ai partecipanti del raggruppamento di ovviare alla mancanza dei requisiti di ammissione attraverso la semplice dichiarazione di non essere a conoscenza del motivo escludente del soggetto con il quale hanno presentato la domanda in quanto fa venir meno la cogenza degli obblighi dichiarativi connessi alla domanda di partecipazione, che costituiscono espressione della *par condicio* e richiedono l’esercizio dei doveri di autoresponsabilità. E ciò in quanto la dichiarazione costituisce un’attività agevole

per chi la rende (priva di costi, di ogni tipo), nonché effettuabile a posteriori da parte del soggetto, il raggruppamento, che può beneficiare delle conseguenze positive di detta affermazione e che, anche per tali motivi, non costituisce uno strumento idoneo ad assicurare la tutela di quelle situazioni particolari che meritano di essere attenzionate.

Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, che *“costituiscono la base delle norme dell'Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici”*, con lo *“scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese”*, presuppongono infatti che gli offerenti *“devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono la base delle norme dell'Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici”* (Cgue, Grande Sezione, 24 maggio 2016, n. C-396/14).

La Corte di giustizia ha stabilito, con riferimento al soccorso istruttorio ma intercettando un'analogha problematica, che *“la portata del diritto dell'amministrazione aggiudicatrice di consentire all'aggiudicatario di completare o chiarire successivamente la sua offerta iniziale dipende dal rispetto [...] dei requisiti derivanti dal principio della parità di trattamento”* e che detti requisiti impediscono di *“ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione fosse richiesta dai documenti dell'appalto, dovendo l'amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati”* (Cgue, Grande sezione, 7 settembre 2021, C-927/2019).

Il principio di autoresponsabilità richiede che il partecipante produca, a corredo della propria istanza di partecipazione, documentazione completa e veritiera, sopportandone, in caso contrario, le conseguenze sfavorevoli: *“grava sull'offerente l'obbligo di presentare un'offerta certa, seria, completa e immutabile, che il concorrente è gravato*

dall'obbligo di diligenza ex art. 1176 c.c. e che sussiste nei suoi confronti il principio di autoresponsabilità, non potendo liberamente modificare quanto ha dichiarato in sede di gara adducendo errori "di distrazione", in quanto al momento della presentazione, l'offerta si cristallizza e, quindi, non può essere variata" (Cons. St., sez. III, 20 marzo 2020 n. 1998).

Per quanto di interesse in questa sede si legge nella relazione di accompagnamento all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023 che la facoltà di sostituire o estromettere l'operatore è stata riconosciuta per le cause escludenti che si verificano prima della gara *"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 del candidato di partecipare alla gara, sacrificando la posizione di colui che non ha posto rimedio per tempo alla causa (pur potendolo fare) a favore della parità di trattamento con gli altri offerenti"*.

Il contemperamento effettuato dal legislatore del 2023 offre la possibilità al raggruppamento di partecipare alla gara pur in presenza di un componente interessato da una causa escludente. E rispetta, da un lato, la *par condicio*, che richiede ai partecipanti di essere in possesso dei requisiti alla data di presentazione dell'offerta. E, dall'altro lato, assicura le esigenze pubbliche di finalizzazione della gara all'esecuzione della commessa attraverso una procedimentalizzazione della sequenza del subprocedimento rimediabile che garantisca il rispetto della tempistica dell'affidamento della commessa e dell'esecuzione della stessa in tempi compatibili con i programmi pubblici, nel rispetto del principio del risultato. E ciò ancor più laddove si tratta di appalti coinvolgenti fondi erogati dal PNRR, come nel caso di specie.

12.8. Considerato quanto sopra la stazione appaltante non può essere rimproverata per avere applicato la disciplina contenuta nell'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023 senza

valorizzare l'asserita ignoranza del raggruppamento in merito alle violazioni fiscali compiute da Effebi.

Innanzitutto in sede procedimentale (come si vedrà *infra*) LDF, pur avendo richiamato la modalità attraverso la quale ha avuto notizia della violazione fiscale a carico di Effebi (cioè di avere appreso da una nota della stazione appaltante *che "la mandante Effebi srl, si troverebbe nella condizione di cui all'art. 94, c.6, del Codice dei contratti a causa del mancato pagamento di n. 4 cartelle di pagamento, non più impugnabili"*), nelle proprie osservazioni difensive si è limitata a fare riferimento al pagamento delle cartelle fiscali da parte della mandante e all'istituto di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, sostituendo detta mandante, senza articolare difese in ordine alla propria condizione di ignoranza della causa escludente in capo alla mandante.

Dal canto suo Effebi, con nota 27 ottobre 2023, ha dichiarato di non essere a conoscenza essa stessa delle cartelle di pagamento non adempiute, posto che la stessa ha affidato a un professionista la presentazione dell'istanza di condono per tutte le cartelle di pagamento a carico della stessa, e che *"detto professionista, per mera dimenticanza, non ha inserito"* le stesse in detta istanza, impegnandosi a pagarle nella stessa data.

Nondimeno la stazione appaltante, in presenza del riferimento alla sopravvenuta conoscenza, da parte del raggruppamento, della posizione di Effebi e in mancanza di uno specifico e oggettivo dato dal quale eventualmente superare la presunzione di conoscenza della posizione dei componenti del raggruppamento, ha fatto un uso della discrezionalità tecnica che connota la valutazione dei motivi di esclusione idonea a superare il vaglio di legittimità in relazione alle censure dedotte.

In presenza di una causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta non può non ritenersi che la condotta trasparente del raggruppamento (di disvelamento delle condizioni di esclusione) riguardi l'affidabilità dello stesso.

L'obiettivo della sostituzione del soggetto che coadiuva (in qualsiasi forma) l'offerente è infatti *“quello di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di garantire l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti e, di conseguenza, la mancata cessazione del rapporto di fiducia con l'operatore economico interessato”* (Cgue, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/2020, che richiama Cgue, sez. IV, 3 ottobre 2019, C267/18).

L'accertamento dei presupposti di applicazione delle cause escludenti è espressione di discrezionalità tecnica (non amministrativa) dal momento che, una volta riscontrati, *“le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto”* gli offerenti che integrano i presupposti di fattispecie.

La sussistenza degli elementi della fattispecie è apprezzabile dalla stazione appaltante sulla base di conoscenze che non attribuiscono certezza all'accertamento svolto, essendo basate sulla valutazione di plurime circostanze, passibili di non univoca interpretazione e oggetto pertanto di un'attività connotata da discrezionalità tecnica, basata sul giudizio di verosimiglianza, sindacabile da questo Giudice per manifesta irragionevolezza o difetto dei presupposti di fatto.

Si legge nell'impugnato provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione che, *“sebbene il nuovo codice agevoli una maggiore flessibilità in ordine alla sostituzione, in gara o in esecuzione, del soggetto, per carenze di requisiti inerenti cause di esclusione automatica o non automatica o dal venir meno di un requisito di qualificazione, tale possibilità è chiaramente limitata dall'art. 97 comma 1, alla condizione di aver adempiuto all'onere "in sede di presentazione dell'offerta, di aver comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta, nonché il soggetto che ne è interessato, nonché di aver comprovato le misure adottate ai*

sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data (presentazione dell'offerta)" mentre *"nel caso specifico, si tratta di un raggruppamento in fase di costituzione, che prima della presentazione dell'offerta, si trovava nelle chiare condizioni di poter e dover prioritariamente comporre una compagine di partecipazione dotata di tutti i requisiti di ordine generale e speciale"*.

In tale contesto non è censurabile che la stazione appaltante abbia ancorato il giudizio alla posizione del raggruppamento e all'onere di presentare un'offerta (unitaria) corredata dalla sussistenza dei necessari requisiti, che si presume vengano assicurati dal raggruppamento in quanto tale, considerando le singole posizioni individuali.

Del resto, in termini generali, l'ordinamento tutela l'affidamento quando è incolpevole: *"non vi è affidamento meritevole di tutela se è stato quest'ultimo ad avere indotto «dolosamente o colposamente in errore» l'amministrazione"* (Ad. plen. 29 novembre 2021 n. 20) e si è già detto che non si ravvisa una condotta diligente (ravvisandosi quindi una condotta colposa) in caso di omesso riscontro oggettivo del possesso dei requisiti generali in capo ai componenti del raggruppamento.

12.9. Pertanto, come attestato dall'impugnato provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione, non risulta integrata la fattispecie sanante di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023.

Né depone in senso contrario la giurisprudenza richiamata dall'appellante:

- Tar Lazio - Roma, 10 novembre 2023 n. 16775 si limita a richiamare l'istituto di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023;

- Tar Sicilia - Palermo, 22 gennaio 2024 n. 218, nell'applicare l'istituto di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, affronta la questione dell'applicabilità dello stesso *"all'ipotesi della mancanza del requisito della regolarità fiscale o previdenziale"*;

- Tar Lazio – Roma, 17 giugno 2024 n. 12296, nell'applicare l'istituto di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, ha deciso un caso nel quale, a tacer d'altro, *“il Consorzio ricorrente prima di procedere alla designazione in gara delle consorziate e prima di presentare l'offerta (con p.e.c. del 18 ottobre 2023), aveva verificato il possesso dei requisiti di queste ultime, compresa la regolarità fiscale e contributiva, accertando che anche la consorziata designata, - OMISSIS- era in possesso di DURC regolare”*.

Considerato quanto sopra in merito alla mancata integrazione dei requisiti della fattispecie sanante di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023 risulta assorbito il profilo del contenuto e dell'eshaustività delle misure sostitutive adottate dal raggruppamento. Il provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione è infatti motivato, come sopra già illustrato, in ragione dell'intempestività (rispetto alla presentazione dell'offerta) della declaratoria di sussistenza della causa escludente e del rimedio sostitutivo adottato. Eventuali ulteriori ragioni del provvedimento, quale il riferimento alla mancanza dei requisiti di partecipazione in capo ai componenti del raggruppamento rimasti nello stesso, *“anche qualora si volesse considerare il recesso senza sostituzione”*, non risultano di per sé determinanti in quanto costituiscono al più ragioni ulteriori a supporto della decisione.

13. Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto che *“i rilievi svolti da parte ricorrente nell'ambito della memoria ex art. 73 c.p.a. (sintetizzati al superiore punto 9.1), in quanto diretti ad evidenziare ulteriori profili di illegittimità del provvedimento impugnato e, tuttavia, veicolati con modalità inidonee all'ampliamento del thema decidendum (e cioè tramite un atto non notificato alle altre parti del giudizio), non possono costituire oggetto di esame nella presente sede”*.

Secondo l'appellante il riferimento, contenuto nella memoria ex art. 73 c.p.a., all'asserita disparità di trattamento rispetto al Consorzio controinteressato, la cui

compagine, (in tesi) parimenti colpita da un sopravvenuto difetto dei requisiti, sarebbe stata comunque beneficiata dal “*mantenimento dell’aggiudicazione*”, non introduce un motivo nuovo ma costituisce un argomento a supporto della censura dedotta con il primo motivo (e oggetto in appello del primo mezzo, già sopra scrutinato).

13.1. Il motivo non è conducente, non apportando elementi che consentono di riformare la decisione di primo grado in ordine al primo motivo del ricorso introduttivo.

Anche a ritenere da riformare la decisione di inammissibilità del suddetto rilievo sull’asserita disparità di trattamento, comunque l’argomento non è fondato, mancando i presupposti dell’asserita disparità di trattamento.

L’Amministrazione, con provvedimento 5 dicembre 2023 n. 2506, ha consentito al “*Consorzio fra cooperative di produzione e lavoro Conscopp*”, proprio in quanto consorzio di cooperative, l’estromissione della consorziata rispetto alla quale è emersa la causa escludente, con la volontà di “*eseguire le lavorazioni con le restanti consorziate*”.

Il caso non è quindi paragonabile a quello qui controverso, che riguarda la sostituzione di un componente del raggruppamento. E ciò anche in ragione del fatto che al consorzio di cooperative non si applica l’art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, come si evince dal fatto che non viene richiamato nel comma 3. E ciò in quanto il consorzio di cooperative costituisce una persona giuridica (art. 4 della legge n. 422 del 1909), è l’unica controparte del rapporto di appalto, sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto, e, in relazione alle singole consorziate, opera sulla base di un rapporto di tipo organico (Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024): “*l’attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi*” (Ad. plen., 20 maggio 2013

n. 14). La giurisprudenza ha altresì affermato che *“proprio tale autonoma soggettività giustifica anche la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice, ove per motivi sopravvenuti la prima designata non fosse in condizione di svolgere la prestazione”* (così la Relazione al d. lgs. n. 36 del 2023).

14. Con il terzo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha respinto il secondo mezzo del ricorso presentato da LDF in primo grado.

Con detto mezzo LDF ha lamentato che il Comune di Latina avrebbe violato il contraddittorio nei confronti della odierna appellante, alla quale l'Amministrazione non avrebbe trasmesso la dovuta comunicazione, limitandosi ad interloquire con la sola Effebi.

14.1. Il motivo è infondato.

14.2. A seguito delle verifiche compiute sulle dichiarazioni presentate il Comune di Latina, con nota 26 ottobre 2023 n. 171010, ha comunicato a Effebi di avere rilevato la sussistenza di violazioni definitivamente accertate, chiedendo alla stessa di fornire controdeduzioni sul punto.

Effebi, con nota 27 ottobre 2023, inviata al Comune di Latina e per conoscenza a LDF, ha rappresentato di non essere a conoscenza di tali cartelle di pagamento e che tutti gli importi delle cartelle *“sarebbero stati regolarmente pagati nella stessa data”*.

LDF, in data 28 ottobre 2023, ha inviato, oltre a una missiva a Effebi, una nota al Comune di Latina.

In detta nota si legge che la società *“riscontra la nota di codesta Amministrazione del 27.10.2023”*, avendo quindi ricevuto, o comunque avuto notizia, della nota inviata dall'Amministrazione a Effebi (il riferimento non può che essere rivolto alla nota della stazione appaltante datata 26 ottobre 2023, considerato anche il contenuto ivi

richiamato) e del relativo contenuto, cioè della problematica emersa a carico della mandante. La stessa società mandataria ha infatti precisato che *“La scrivente L.D.F. Appalti srl ha appreso, dalla nota a riscontro, che la mandante Effebi srl, si troverebbe nella condizione di cui all’art. 94, c.6, del Codice dei contratti a causa del mancato pagamento di n. 4 cartelle di pagamento, non più impugnabili, nonché nella condizione di cui all’art. 95, c. 2, a causa del mancato pagamento di imposte e tasse”*.

Con detta nota LDF ha poi rappresentato al Comune di Latina le circostanze favorevoli alla posizione del raggruppamento, osservando che:

- *“pare che la Effebi abbia provveduto al pagamento delle quattro cartelle inoppugnabili e abbia affermato che così facendo avrebbe rimosso la causa di esclusione”*;
- *“se tale condotta rientri o meno tra quelle di cui all’art. 96, c. 3 del Codice è valutazione rimessa, ovviamente, a codesta Amministrazione”*;
- *“la scrivente, dal canto suo, con nota che si allega, ha esercitato, a condizione che codesta Amministrazione ritenga inidoneo il pagamento effettuato dalla Effebi a rimuovere la causa di esclusione, il proprio potere di estromissione della Effebi dal RTP”*.

La conclusione di LDF è stata nel senso che *“ai sensi dell’art. 97, c. 3, del Codice dei contratti la L.D.F. Appalti dichiara, nel caso in cui codesta Amministrazione dovesse ritenere che la mandante Effebi srl si trovi in una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95, di estromettere la mandante e di sostituirla con la I.C.E.M. srl (piva: 12421651006), dotata di adeguata qualificazione SOA (che si allega)”*.

Effebi stessa, con la già richiamata nota 27 ottobre 2023, ha dichiarato di non essere a conoscenza delle cartelle di pagamento non adempite, posto che la stessa ha affidato a un professionista la presentazione dell'istanza di condono per tutte le cartelle di pagamento a carico della stessa, e che *“detto professionista, per mera*

dimenticanza, non ha inserito” le stesse in detta istanza, impegnandosi a pagarle nella stessa data.

Il raggruppamento ha poi inviato la nota 6 novembre 2023 a Effebi e per conoscenza al Comune, con la quale ha comunicato l'estromissione di Effebi e la sostituzione con ICEM.

Il Comune di Latina, con determinazione 3 novembre 2023 n. 2099, ha ritirato l'aggiudicazione a favore del raggruppamento aggiudicatario, dando conto specificamente della nota difensiva inviata da LDF non solo attraverso uno specifico riferimento alla stessa (*“con nota ricevuta al prot. 172212 del 30/10/2023 la L.D.F. Appalti S.r.l. “capogruppo mandataria” dell’ATI, comunicava alla associata mandante EFFEBI S.r.l., di essere venuti a conoscenza della mancanza in capo a quest’ultima, del requisito fondamentale ai fini della partecipazione alla gara, e dichiarava l’intenzione di esercitare la previsione contenuta all’art. 97 comma 2 di estromissione della EFFEBI S.r.l. e di sostituzione con altra impresa”*) ma anche motivando in ordine ai motivi per i quali il raggruppamento non avrebbe potuto avvalersi dell’istituto di cui all’art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, cioè di quanto proposto con la nota inviata da LDF al Comune una volta venuta a conoscenza del motivo di esclusione riguardante Effebi.

Il Comune ha quindi motivato nel senso anzidetto (con riferimento al primo motivo d'appello).

Gli elementi di fatto sopra richiamati danno conto di un contraddittorio effettivamente svoltosi in quanto LDF è comunque venuta a conoscenza della nota che il Comune ha inviato a Effebi e del contenuto dello stesso, come espressamente affermato nella nota che LDF ha inviato al Comune il 28 ottobre 2023.

LDF ha poi presentato le proprie osservazioni.

Posto quanto sopra, LDF non può lamentare di non essersi potuta difendere all'interno del procedimento: l'appellante ha infatti inviato al Comune le proprie osservazioni difensive dopo avere conosciuto la comunicazione di avvio del procedimento.

Neppure può dolersi in sede processuale di quanto avrebbe potuto argomentare in sede procedimentale in quanto in detta ultima sede LDF ha proposto le osservazioni che ha ritenuto utili al fine di tutelare la propria posizione.

Le osservazioni presentate da LDF sono state riscontrate in quanto, nella motivazione della determina di ritiro dell'aggiudicazione, si legge la (sopra richiamata) ragione, scrutinata con riferimento al primo motivo d'appello, dell'impossibilità per il raggruppamento avente come mandataria LDF di sostituire Effebi avvalendosi dell'istituto rimediale di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, che costituisce il principale portato della nota difensiva presentata in sede procedimentale dall'appellante.

Pertanto nel caso di specie non si pone un problema di violazione del contraddittorio in quanto, indipendentemente dal mancato invio della comunicazione di avvio del procedimento a LDF, la comunicazione è stata comunque conosciuta dall'appellante. Detta comunicazione è infatti funzionale a sollecitare il contraddittorio: se quest'ultimo è comunque stato esercitato, anche in mancanza dell'invio della comunicazione di avvio del procedimento, non si pone un tema di violazione del contraddittorio.

Né l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento presenta un contenuto formale che prescinde dall'esigenza sostanziale che veicola, cioè quella del contraddittorio. E ciò anche in ragione dell'art. 21-*octies* comma 2 secondo periodo della legge n. 241 del 1990 (*“Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata*

comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato") che rende evidente come l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento non abbia una rilevanza in sé ma solo in quanto funzionale a consentire lo svolgimento di un procedimento in contraddittorio, che possa svolgere una qualche influenza sul provvedimento che lo conclude.

E' quindi infondata la censura di violazione del contraddittorio, senza che sia necessario valutare la sufficienza della comunicazione alla mandante, e non alla mandataria, dell'avvio del procedimento e senza che si debba argomentare in ordine alla natura vincolata o discrezionale del potere esercitato.

15. In considerazione di quanto sopra l'appello di LDF è infondato.

16. L'appello incidentale presentato da Conscoop diviene quindi improcedibile in quanto l'appellante incidentale ha espressamente condizionato la propria impugnazione all'accoglimento del gravame di LDF (*"A fronte dell'appello principale sorge, pertanto, l'interesse di Conscoop ad impugnare la predetta sentenza del Tar Latina, nella parte in cui ha dichiarato improcedibile il ricorso per difetto di interesse, condizionando il gravame all'accoglimento dell'impugnazione di LDF"*). Ciò esime il Collegio dal valutare non solo il merito dell'appello incidentale ma anche le eccezioni di rito dedotte nei confronti di detta impugnazione da LDF in quanto l'appellante incidentale, *"condizionando il gravame all'accoglimento dell'impugnazione di LDF"*, ha sottratto al potere cognitorio di questo Giudice, in caso di infondatezza dell'appello principale, l'esame del ricorso incidentale impedendo a questo Giudice di conoscere quel ricorso anche solo per valutarne le eccezioni in rito.

17. In conclusione l'appello di LDF va respinto e l'appello incidentale di Conscoop va dichiarato improcedibile.

18. Le novità delle questioni giuridiche sottese alla presente controversia giustificano la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale proposto da LDF Appalti s.r.l. e dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto da Conscoop Consorzio fra cooperative di produzione e lavoro, confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO