

I Raggruppamenti Temporanei di Impresa nelle procedure ad evidenza pubblica: tra struttura interna e rapporto con la P.A.

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 7-1-2025

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. 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.

Nell'ottica del rapporto di diritto pubblico con l'Amministrazione il raggruppamento costituisce un operatore economico unitario, così agevolando l'Amministrazione e gli interessi pubblici sottesi alla commessa. 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.

Pubblicato il 12/11/2024

N. 09032/2024REG.PROV.COLL.

N. 03796/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 3796 del 2024, proposto da

Lattanzio Kibs s.p.a. in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento con associazione riconosciuta Programma Sviluppo e The Huh Bari s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A01C1277CA, rappresentato e difeso dagli avvocati Gennaro Terracciano e Annunziata Abbinente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Gennaro Terracciano in Roma, piazza San Bernardo, n. 101;

contro

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosa Cioffi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Fabio Caiaffa in Roma, via Nizza n.53;
Informa s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Cozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Rti Consorzio Mestieri Puglia Soc. Coop., Rti Associazione Unisco-Network per Lo Sviluppo Locale, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 411/2024, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Bari e di Informa s.c. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2024 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Gennaro Terracciano, Annunziata Abbinente, Fabio Caiaffa in delega dell'avv. Rosa Cioffi e Filippo Lattanzi in delega dell'avvocato Giuseppe Cozzi.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la procedura di gara per l'affidamento dell'appalto per la “*Gestione integrata del servizio di front office, accoglienza, formazione e orientamento di Porta Futuro Bari*” (CIG A011277CA).

2. Lattanzio Kibs s.p.a. (di seguito: “Lattanzio”) ha partecipato alla gara in qualità di

mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con l'associazione riconosciuta Programma Sviluppo e The Hub Bari s.r.l.

3. All'esito delle valutazioni della Commissione giudicatrice, il costituendo raggruppamento si è classificato primo.

4. In occasione della comunicazione da parte del Comune di Bari, con nota 12 gennaio 2024 n. 15166, dell'intenzione di procedere all'avvio d'urgenza del servizio nelle more dell'aggiudicazione definitiva della gara, i componenti del costituendo raggruppamento, con nota del 23 gennaio 2024, hanno comunicato che *“la Società mandataria Lattanzio KIBS Spa è stata raggiunta da un provvedimento della Directorate - General for Neighbourhood and Enlargement Negotiations (DG NEAR) di esclusione, a far data dal 14 dicembre 2023 fino al 26 aprile 2024, dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione disciplinate dal Regolamento (UE. EURATOM) 2018/1046 e dal Regolamento (UE) 2018/1877 o dall'essere selezionati per l'attuazione dei fondi disciplinati dai suddetti Regolamenti”*.

5. Con nota 29 gennaio 2024 n. 35617 il Comune di Bari ha comunicato ai componenti del raggruppamento l'integrazione, da parte della Lattanzio, della fattispecie escludente di cui all'art. 94 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 36 del 2023 e la possibilità di avvalersi dell'istituto rimediabile di cui all'art. 97 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023, comunicando tempestivamente le misure adottate.

6. Lattanzio ha impugnato il provvedimento 29 gennaio 2024 n. 35617, l'eventuale provvedimento di aggiudicazione, ancorché non conosciuto, laddove nelle more intervenuto, e tutti gli atti presupposti connessi e/o consequenziali, ancorché non conosciuti.

Con il medesimo ricorso ha chiesto altresì l'accertamento del *“diritto all'aggiudicazione della procedura di gara in capo al costituendo RTI tra Lattanzio KIBS (mandataria), Associazione Riconosciuta Programma Sviluppo e The Hub Bari s.r.l. (mandanti) e, previa declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato con il controinteressato costituendo RTI Informa s.c.a.r.l. (mandataria) Associazione Unisco – Network per lo Sviluppo Locale e Consorzio Mestieri Puglia soc. coop. (mandanti), al subentro dell'odierna ricorrente nel contratto dichiarato inefficace nella parte non ancora eseguita”*, nonché la condanna dell'Amministrazione, in caso di parziale inefficacia del contratto, al risarcimento per equivalente del danno che potrà emergere in corso di causa per la sola eventuale parte residua, ovvero, qualora il Collegio si determini al mantenimento in vita del contratto eventualmente stipulato, la condanna all'integrale risarcimento per equivalente del danno che potrà emergere in corso di causa e che comunque sin d'ora si quantifica nell'importo corrispondente al mancato utile e al danno curriculare.

7. Il Tar Puglia – Bari, con sentenza 5 aprile 2024 n. 411, ha dichiarato il ricorso inammissibile per carenza di *“interesse a ricorrere avverso il provvedimento di esclusione da una gara alla quale non potrebbe comunque partecipare in ragione dell'avvenuta estromissione in via negoziale dal costituendo r.t.i.”*.

8. Lattanzio ha appellato la sentenza con ricorso n. 3796 del 2024.

9. Nel corso del giudizio di appello si sono costituiti il Comune di Bari e Informa s.c. a r.l., in proprio ed in qualità di mandataria del raggruppamento costituito con il Consorzio Mestieri Puglia s.c.s. e con la Associazione Unisco – Network per lo sviluppo locale.

10. All'udienza del 10 ottobre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

11. L'appello è infondato, pur dovendosi accogliere una censura (in rito).

12. Con il primo motivo del ricorso in appello Lattanzio ha dedotto l'erroneità della sentenza per avere dichiarato il ricorso inammissibile per carenza di interesse, per poi riproporre, con il secondo motivo, le doglianze contenute nel ricorso introduttivo e non esaminate dal Tar.

13. Il primo motivo è composto da quattro censure.

14. Con la prima censura contenuta nel primo motivo l'erroneità della pronuncia di inammissibilità è stata argomentata muovendo dalle seguenti circostanze:

- l'azione intrapresa dall'odierna appellante è finalizzata ad ottenere l'annullamento del provvedimento 29 gennaio 2024 n. 35617, *“con il quale il Comune di Bari ha disposto la esclusione dalla gara della Lattanzio”*;

- l'annullamento di tale atto è finalizzato allo scopo di ripristinare *“la situazione quo ante (rispetto al provvedimento impugnato) e dunque la aggiudicazione nei confronti del RTI costituendo nella composizione che ha partecipato alla gara (oltre che il risarcimento del danno in forma specifica o comunque, in subordine, per equivalente)”*;

- *“l'interesse a ricorrere dell'odierna appellante non può essere negato, privando la stessa di tutela giurisdizionale, in ragione delle successive condotte, consequenziali all'illegittimo provvedimento”*.

14.1. Con la quarta censura contenuta nel primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza per aver il Tar ritenuto che il difetto d'interesse, *“sotto altro aspetto, deriva anche dall'esclusione dell'offerta dal raggruppamento temporaneo nella sua configurazione attuale”*, essendo *“improprio”* sostenere che sia intervenuta estromissione *“in via negoziale”*. E ciò in quanto *“la verifica della permanenza dei requisiti sui due rimanenti componenti del RTI è stata, infatti, richiesta – e poi svolta - dal Comune di Bari in ragione della impugnata esclusione”* e contestualmente ad essa: con il medesimo provvedimento la S.A. ha invitato a fornire la prova della permanenza dei requisiti in capo al costituendo RTI”.

14.2. Il qui gravato provvedimento 29 gennaio 2024 n. 35617 non ha prodotto l'effetto di escludere la Lattanzio dal raggruppamento di imprese che ha partecipato alla gara indicandola come mandataria.

Piuttosto, con il provvedimento impugnato, il Comune di Bari ha comunicato ai componenti del

raggruppamento l'integrazione, da parte della Lattanzio, della fattispecie escludente di cui all'art. 94 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 36 del 2023 (riguardante *“l'operatore economico destinatario della sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, o di altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81”*) e la possibilità di avvalersi dell'istituto rimediabile di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, comunicando tempestivamente le misure adottate per superare la causa di esclusione che interessa uno dei componenti del raggruppamento (commi 1 e 2 dell'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023).

La non riconducibilità della conseguenza di escludere Lattanzio dal raggruppamento di cui era aggiudicataria si desume innanzitutto dal provvedimento gravato, ed è confermata da altri atti.

La motivazione del provvedimento 29 gennaio 2024 è infatti tesa a dimostrare l'integrazione, da parte della Lattanzio, della causa escludente di cui all'art. 94 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 36 del 2023 e la conseguenza di detto accertamento è la comunicazione non dell'esclusione della Lattanzio ma dell'integrazione da parte della stessa della causa escludente, con conseguente invito al raggruppamento nel suo complesso ad adottare i rimedi indicati nell'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023.

Non può desumersi il contrario dal fatto che l'amministrazione concluda la propria determinazione comunicando di escludere la Lattanzio e chiedendo le intenzioni del raggruppamento in ordine all'adozione dei rimedi di cui all'art. 97 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023. E ciò in ragione del fatto che il provvedimento impugnato segue temporalmente la precedente nota 23 gennaio 2024, con la quale Lattanzio, Programma Sviluppo e The Hub Bari s.r.l. hanno comunicato all'amministrazione che, *“laddove codesta Amministrazione dovesse ritenere che il suddetto provvedimento possa configurare un impedimento, anche momentaneo, della Lattanzio KIBS S.p.a. alla prosecuzione della presente procedura”*, la Lattanzio è disponibile *“ad autosospendersi da rendere attività sul progetto sino al 27/04/2024, ovvero ad autoescludersi dal costituendo raggruppamento ai sensi dell'art. 97, commi 1 e 2, del D.lgs. n. 36/2023 (Nuovo Codice degli appalti), stante il possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai estanti membri del costituendo RTI e contestualmente a fare ogni altra azione nelle sue possibilità utili ad agevolare la situazione per permettere all'Amministrazione di raggiungere i propri obiettivi”*.

Da tale ultima nota si desume che nel caso in cui la situazione della Lattanzio fosse giudicata dall'Amministrazione ostativa alla partecipazione della stessa alla gara, la Lattanzio stessa si è resa disponibile ad autosospendersi o a ad autoescludersi.

Sicché l'amministrazione, ritenuta integrata la condizione posta dai componenti del raggruppamento per l'attualizzarsi dell'"autosospensione" o autoesclusione della Lattanzio (cioè della fattispecie escludente di cui all'art. 94 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 36 del 2023, la cui integrazione è stata accertata con qui gravato provvedimento 29 gennaio 2024 n. 35617), ha esplicitato la conclusione che è stata decisa dagli originari componenti del raggruppamento: la nota del 23 gennaio 204 è infatti sottoscritta da tutti e tre, compresa la Lattanzio, che quindi ha comunicato l'intento di "autoescludersi" ed è stata richiamata, con trascrizione proprio

della parte relativa alla decisione di autoesclusione, nel provvedimento qui gravato.

Né può ravvisarsi un qualche profilo di incertezza in ragione del fatto che nella nota del 23 gennaio 2024 si fa riferimento all'alternativa fra l'"autosospensione", in via cautelativa, o l'estromissione, atteso che la normativa di settore non conosce il primo istituto.

14.3. Del resto l'amministrazione non è intestataria del potere di escludere un componente del raggruppamento. Pertanto il provvedimento impugnato non può essere interpretato nel senso che produca un effetto non previsto dall'ordinamento.

L'impossibilità di procedere all'esclusione della Lattanzio deriva direttamente dalla disciplina recata dall'art. 65 del d. lgs. n. 36 del 2023.

La stazione appaltante esercita i propri poteri, anche escludenti, nei confronti dei partecipanti alla gara. Nel caso in cui alla gara partecipa un raggruppamento, come nel caso di specie, l'amministrazione può adottare atti nei confronti del medesimo.

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.

La disciplina dei raggruppamenti d'impresa in materia di contratti pubblici è 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, indipendentemente dalla forma giuridica, posto 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, conformemente all'art. 2 par. 1 n. 10 della direttiva n. 2014/24/UE), così agevolando l'Amministrazione e gli interessi pubblici sottesi alla commessa.

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.

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.

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*.

14.4. Dal momento che l'Amministrazione non ha escluso la Lattanzio, le decisioni sulla sorte della medesima all'interno del raggruppamento sono da ascrivere ai componenti del raggruppamento, così come confermato dalla nota 30 gennaio 2024.

Con detta nota le originarie mandanti del raggruppamento (Associazione Programma Sviluppo e The Hub Bari s.r.l.), in allegato alla comunicazione della documentazione richiesta per la prosecuzione della procedura (protocollata il 31 gennaio 2024 con n. 38647) hanno sintetizzato il contenuto della sopra richiamata nota 29 gennaio 2024 n. 35617, nel senso che l'Amministrazione ha, con essa, comunicato che “quanto rappresentato dalla Lattanzio Kids S.p.A. fosse d'impedimento alla sua partecipazione alla procedura di gara, per cui ha chiesto alle restanti componenti del costituendo raggruppamento di comunicare le misure adottate ai sensi dell'art. 97, comma 2, del D. Lgs. n. 36 del 2023”. E' quindi evidente che Associazione Programma Sviluppo e The Hub Bari s.r.l. hanno recepito che la stazione appaltante ha ritenuto integrata, da parte della Lattanzio, la causa escludente di cui all'art. 94 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 36 del 2023, dovendo esse stesse comunicare se e come eventualmente rimediare all'impedimento (estromettendo o sostituendo Lattanzio con altro soggetto munito dei necessari requisiti), così dovendo tra l'altro comunicare la sussistenza dei presupposti per l'ottenimento dell'aggiudicazione e l'intenzione quindi dei due componenti di un interesse a continuare a partecipare alla gara.

Con la medesima nota le suddette due partecipanti hanno quindi comunicato che, “*a seguito dell'estromissione della Lattanzio Kids S.p.A., il Raggruppamento sarà costituito dall'Associazione Riconosciuta Programma Sviluppo al 65%, con il ruolo di mandataria/capogruppo, e dalla The Hub Bari S.r.l. al 35% (mandante), atteso che le stesse sono munite di tutti i necessari requisiti di partecipazione tecnico-professionali ed economico-finanziari prescritti dal Disciplinare di gara nonché di una stabile organizzazione aziendale in grado di assicurare la corretta e completa esecuzione, anche in via d'urgenza, del servizio oggetto della procedura di gara alle medesime condizioni indicate nell'offerta presentata in sede di gara*”.

L'estromissione della Lattanzio dal raggruppamento non è quindi da ascrivere alla stazione appaltante neppure secondo Associazione Programma Sviluppo e The Hub Bari s.r.l., che hanno risposto al provvedimento 29 gennaio 2024, interpretandolo (per come riassunto nella stessa nota 30 gennaio 2024) non nel senso che l'amministrazione abbia disposto l'estromissione ma nel senso che abbia ritenuto integrata nei confronti di Lattanzio la causa impeditiva alla partecipazione alla gara.

Del resto, l'Amministrazione neppure avrebbe potuto disporre l'estromissione della mandataria del raggruppamento in quanto non è titolare, per i motivi già sopra illustrati, del potere di intervenire nei rapporti privatistici fra i componenti del raggruppamento.

Posto che non sono riconducibili al provvedimento impugnato le conseguenze dell'esclusione e dell'estromissione, l'annullamento dello stesso non potrebbe in ogni caso ripristinare *“la situazione quo ante (rispetto al provvedimento impugnato) e dunque la aggiudicazione nei confronti del RTI costituendo nella composizione che ha partecipato alla gara”*.

In tale prospettiva la domanda di annullamento di quest'ultimo non è quindi assistita dall'interesse a ricorrere, dovendosi confermare l'inammissibilità della stessa.

14.5. Le censure sono quindi infondate.

15. Con la seconda censura contenuta nel primo motivo l'appellante ha dedotto la sussistenza dell'interesse a ricorrere quanto meno in riferimento all'accertamento della ricorrenza della causa di esclusione automatica dalla gara di cui all'art. 94 comma 5 del d. lgs. n. 36 del 2023 in ragione della decisione della DGNEAR di *“esclusione, a far data dal 14 dicembre 2023 fino al 26 aprile 2024, dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione disciplinate dal Regolamento (UE. EURATOM) 2018/1046 e dal Regolamento (UE) 2018/1877 o dall'essere selezionati per l'attuazione dei fondi disciplinati dai suddetti Regolamenti”*.

15.1. Non sussiste interesse all'annullamento del provvedimento 29 gennaio 2024 n. 35617 in relazione all'accertamento della causa escludente in capo alla Lattanzio.

15.2. In ragione di quanto sopra la partecipazione alla gara di Lattanzio, per il tramite del raggruppamento di cui era mandataria, è venuta meno.

Da quel momento il partecipante alla gara è costituito dal raggruppamento avente come mandataria Associazione Programma Sviluppo e mandante The Hub Bari s.r.l. Invero, atteso che l'offerta oggetto della partecipazione di quest'ultimo è (ovviamente) l'offerta già presentata dal raggruppamento avente come mandataria Lattanzio, la presenza in gara del raggruppamento formato dalle sole Associazione Programma Sviluppo e The Hub Bari s.r.l. (peraltro poi escluso con decisione definitiva) è incompatibile con la partecipazione (anche) del raggruppamento avente come mandataria Lattanzio, sicché detto raggruppamento, nella composizione a tre, ha cessato di partecipare alla gara allorché le due componenti residue hanno comunicato di formare esse sole il raggruppamento offerente.

Peraltro, il raggruppamento composto esclusivamente da Associazione Programma Sviluppo e

The Hub Bari s.r.l. è stato escluso dalla gara con nota primo febbraio 2024 n. 40769.U per mancanza in capo alla nuova mandataria del requisito di capacità tecnico professionale richiesto dal bando e detto ultimo provvedimento è stato impugnato da Associazione Programma Sviluppo e The Hub Bari s.r.l. davanti al Tar, che ha respinto il ricorso con sentenza 13 marzo 2024 n. 337, non impugnata. Sicché l'offerta presentata dal raggruppamento avente inizialmente tre partecipanti, fra i quali la mandataria Lattanzio, poi ridotto a essere composto da due soli partecipanti, è stata definitivamente esclusa.

Essendo incontrovertibile in questa sede sia l'estromissione della Lattanzio (in quanto non derivante dal provvedimento amministrativo qui impugnato, anche in ragione dell'esito del primo motivo di scrutinio), sia l'esclusione dell'offerta riconducibile al raggruppamento (composto prima da tre partecipanti, fra i quali l'appellante, e poi da i due rimanti componenti), Lattanzio non può aspirare a "rientrare" in gara in seguito alla caducazione del provvedimento con il quale l'Amministrazione ha accertato il ricorrere della causa di esclusione nei confronti della stessa.

L'utilità anelata dall'appellante, cioè il superamento dell'impossibilità della stessa (a continuare) a partecipare alla gara, non si appunta quindi sul preteso annullamento del provvedimento impugnato.

15.3. Pertanto, anche in tale prospettiva l'appellante non è titolare di interesse a ricorrere avverso la domanda di annullamento del provvedimento 29 gennaio 2024, non potendo comunque partecipare alla gara.

La censura è quindi infondata.

16. Con la terza censura contenuta nel primo motivo l'appellante ha riproposto domanda di risarcimento per equivalente del danno patito.

16.1. La censura è fondata.

16.2. Si premette che non viene in evidenza l'art. 34 comma 3 c.p.a., che rileva nei casi di proposizione di domanda caducatoria, sopravvenuta carenza di interesse all'annullamento dell'atto e residuale sussistenza di interesse rispetto alla domanda di accertamento dell'asserita illegittimità del provvedimento impugnato.

Lattanzio ha infatti proposto, nel presente giudizio, domanda risarcitoria, come ammesso dichiarato dalla stessa appellante nell'incipit della censura in esame ("la ritenuta inammissibilità del ricorso è erronea anche tenuto conto della formulazione in giudizio, da parte della società, della domanda di risarcimento per equivalente del danno patito").

16.3. In funzione risarcitoria non si può escludere l'interesse dell'appellante all'accertamento dell'asserita illegittimità del provvedimento. Ciò in quanto l'accertata impossibilità, da parte di questo Giudice (nell'ambito dello scrutinio della prima e della quarta censura contenute nel primo motivo di appello), di ripristinare "*la situazione quo ante (rispetto al provvedimento impugnato) e dunque la aggiudicazione nei confronti del RTI costituendo nella composizione*

che ha partecipato alla gara” attiene alla possibilità di fruire della tutela reale.

Nondimeno residua alla parte la possibilità di accedere alla tutela per equivalente monetario.

Sicché deve essere dichiarata l'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno.

17. A tale esclusivo fine si pone quindi il tema di esaminare le doglianze contenute nel ricorso introduttivo e non esaminate dal Tar, ritualmente riproposte dall'appellante con il secondo motivo d'appello, e tese a dimostrare l'illegittimità del provvedimento impugnato.

17.1. Senonché il Collegio rileva che, sulla base della ragione più liquida, che la domanda risarcitoria proposta avverso la stazione appaltante è comunque infondata.

17.2. Non possono infatti essere imputate all'Amministrazione le conseguenze sfavorevoli asseritamente subite dalla Lattanzio, senza che sia necessario valutare nel merito la fondatezza delle tesi di illegittimità del provvedimento impugnato quanto all'accertamento dell'integrazione, da parte della Lattanzio, della causa escludente di cui all'art. 94 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 36 del 2023.

Innanzitutto, la stessa Lattanzio, con nota 23 gennaio 2024, ancor prima di conoscere la valutazione dell'Amministrazione, ha comunicato la propria disponibilità ad autoescludersi, sottoponendola alla condizione che *“codesta Amministrazione dovesse ritenere che il suddetto provvedimento possa configurare un impedimento, anche momentaneo, della Lattanzio KIBS S.p.a. alla prosecuzione della presente procedura”*: la condizione è formulata in modo tale che la Lattanzio è disponibile ad escludersi al verificarsi della sola possibilità di un impedimento temporaneo, senza richiedere la certezza, né la definitività di detto impedimento.

Sicché la condizione si è verificata al momento della ricezione del qui gravato provvedimento del 29 gennaio 2024, senza che rilevino le successive vicende, anche processuali.

In tale contesto è addebitabile innanzitutto alla Lattanzio la conseguenza sfavorevole alla quale la stessa è andata incontro (mancata partecipazione alla gara quale mandataria del raggruppamento con le due mandanti Associazione Programma Sviluppo e The Hub Bari s.r.l.).

E' così integrata la causa di esclusione di cui all'art. 30 comma 3 c.p.a. (il giudice, *“comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare, usando l'ordinaria diligenza”*).

In secondo luogo, anche a ritenere che sussista il nesso di causalità fra la condotta dell'amministrazione (che ha accertato l'integrazione della fattispecie escludente avverso la Lattanzio) e la conseguenza della mancata partecipazione alla gara da parte della Lattanzio, in ogni caso si interpone in esso, interrompendolo, la condotta di Associazione Programma Sviluppo e The Hub Bari s.r.l., che hanno ritenuto senza soluzione di continuità di partecipare alla gara estromettendo Lattanzio (o comunque prendendo atto dell'autoesclusione della stessa). E ciò non solo con la nota 23 gennaio 2024, sottoscritta da tutte e tre le partecipanti al

raggruppamento, ma anche in ragione degli eventi successivi.

In particolare con la già richiamata nota 30 gennaio 2024 Associazione Programma Sviluppo e The Hub Bari s.r.l., facenti parte dell'originario raggruppamento avente come mandataria Lattanzio, hanno, fra l'altro, comunicato che, a seguito dell'estromissione di quest'ultima, il raggruppamento è costituito dalla mandataria Associazione Programma Sviluppo e dalla mandante The Hub Bari s.r.l., in possesso dei necessari requisiti per proseguire nella partecipazione alla gara con l'offerta già presentata.

Successivamente detto raggruppamento, in tale nuova configurazione, è stato escluso dalla gara con nota primo febbraio 2024 n. 40769.U per mancanza in capo alla nuova mandataria del requisito di capacità tecnico professionale richiesto dal bando e detto ultimo provvedimento è stato impugnato da Associazione Programma Sviluppo e The Hub Bari s.r.l. davanti al Tar (che ha respinto il ricorso con sentenza 13 marzo 2024 n. 337, non impugnata), così confermando l'interesse a partecipare alla gara nel raggruppamento a due sole partecipanti.

Ne deriva che, in ogni caso, non è addebitabile all'amministrazione la conseguenza sfavorevole alla quale Lattanzio è andata incontro.

Quanto sopra esime il Collegio dal valutare nel merito i vizi di legittimità del provvedimento impugnato, così come riproposti dall'appellante.

18. In conclusione, l'appello, benché sia fondata una delle censure in rito (nei termini sopra specificati), è comunque infondato nel merito e deve quindi essere respinto.

19. La particolarità e la novità della questione 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, lo respinge.

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 10 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Guida alla lettura

La pronuncia n. **9032** dello scorso 12 novembre offre l'occasione per il Supremo Consesso di Giustizia amministrativa di **delineare con precisione la partecipazione alle procedure di gara da parte dei Raggruppamenti temporanei di impresa (RTI)**, istituto finalizzato ad ampliare la partecipazione nel rispetto del principio di *par condicio*.

Come precisato dalla Corte, infatti, la disciplina dei raggruppamenti d'impresa in materia di contratti pubblici è **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**.

L'istituto del RTI può essere scrutinato sotto una doppia visuale: **prospettiva privatistica** e rapporto pubblicistico.

Sotto il primo profilo, **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”* (Corte Giust. UE, Sez. IV, 28 aprile 2022, in causa C-642/20).

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**, al di là della forma giuridica.

Sotto il differente **profilo pubblicistico**, 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. gs. n. 36 del 2023**, conformemente all’**art. 2, par. 1, n. 10 della direttiva n. 2014/24/UE**), così agevolando l’Amministrazione e gli interessi pubblici sottesi alla commessa.

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*” (Corte Giust. UE, Grande sezione, 7 settembre 2021, in causa C-927/2019): **l’unicità del DGUE**, al quale fa riferimento la Corte di giustizia, **rende evidente la prospettiva unitaria di partecipazione alla gara**.

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, come visto, **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, cit. (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*”).

Ed invero, opinando diversamente, ovvero permettendo alla P.A. di interferire all’intero della struttura organizzativa del RTI, **l’istituto del raggruppamento, anziché rappresentare un volano per la concorrenza nel settore delle commesse pubbliche, diverrebbe 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 - come più volte innanzi sostenuto - è presidiata dall’unicità dell’offerta e dalla responsabilità solidale, in linea con la sopra richiamata *ratio* dell’istituto.

