

Appalto integrato: può essere causa di esclusione il fatto che il progettista non abbia sottoscritto l'offerta?

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Partendo dal presupposto giuridico che l'offerta, ove presentata da un raggruppamento costituendo, debba essere sottoscritta da tutte le imprese che entreranno a far parte dell'associazione (e ciò in quanto, mancando allo stato un soggetto che rivesta la qualità di mandatario, l'imputazione degli effetti giuridici e la responsabilità per la presentazione dell'offerta stessa deve far capo, unitariamente ed indistintamente, a tutti coloro che si propongano di costituire un'ATI), deve altresì evidenziarsi che, laddove si sia in presenza di un appalto "integrato" e, conseguentemente, sia consentito associare ad un'impresa singola e/o ad un raggruppamento (costituito e/o costituendo) un professionista incaricato dello svolgimento dell'attività di progettazione, la regola sintetizzata al precedente alinea non trova ulteriore espansione.: ciò in quanto il professionista non entra a far parte del raggruppamento (costituendo), ma il relativo ambito funzionale e di responsabilità è astretto nei limiti dell'incarico di progettazione al medesimo affidato dalle imprese raggruppande; non assumendo conseguentemente il professionista stesso alcuna responsabilità - relativamente alla presentazione dell'offerta - diversa e/o ulteriore rispetto a quella strettamente inerente alla prestazione (predisposizione dell'elaborato progettuale) al medesimo demandata.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 3305 del 17 aprile 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

< Nell'appalto integrato di cui all'art. 19 della legge 109/1994, infatti, assume qualità di "concorrente" il solo appaltatore che (individualmente o in forma associata, ancorché costituenda) partecipa alla gara, il quale deve dimostrare nell'offerta il possesso dei requisiti professionali previsti dal bando per la redazione del progetto esecutivo, e ciò anche mediante l'eventuale ricorso a professionisti esterni; con la conseguenza che, a differenza delle gare per incarichi di progettazione, i progettisti non assumono la qualità di concorrenti, né quella di titolari del rapporto contrattuale con l'Amministrazione in caso di eventuale aggiudicazione, trattandosi di semplici collaboratori esterni delle imprese partecipanti alla gara.

Nel rammentare come conclusioni omogenee a quelle precedentemente esposte siano già state da questo

Tribunale affermate (si confronti, in termini, la sentenza n. 2394 del 19 marzo 2007, resa dalla Sezione II, nella quale si afferma l'illegittimità della clausola del bando di gara che prescriva all'impresa concorrente la firma dell'offerta da parte non dei soli progettisti formalmente associati, ma anche di quelli dalla stessa indicati al fine di avvalersi della loro attività, ex art. 19, comma 1, lett. b) e comma 1-ter della legge 109/1994, in quanto tale clausola determina è priva di giustificazione logica, stante la responsabilità del solo appaltatore nei riguardi della stazione appaltante, ex art. 19, comma 1-ter, della citata legge), deve conclusivamente escludersi che le proposte doglianze rivelino condivisibili profili di fondatezza.>

Si legga anche:

In caso di Ati, la fideiussione provvisoria deve essere intestata a tutte le partecipanti

La polizza fideiussoria, tramite la quale viene prestata la cauzione provvisoria da parte di una costituenda associazione temporanea di imprese, deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, perché diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capo gruppo mandataria; pertanto il fideiussore è tenuta a richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, singolarmente identificate, e deve dichiarare altresì di garantire con la cauzione provvisoria non solo la sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

La recente giurisprudenza ha affermato il principio che nel caso di partecipazione ad una gara di una costituenda associazione temporanea di imprese, ciascuna delle imprese firmatarie dell'offerta congiunta, mantenendo la propria autonomia, resta pienamente ed autonomamente legittimata ad impugnare singulatim gli atti di gara, fermo restando che l'eventuale accoglimento del ricorso proposto da una sola impresa gioverà anche alle altre., atteso che la mancata impugnativa degli atti di gara da parte delle altre imprese partecipanti all'ati costituenda non comporta ex se lo scioglimento automatico del sottostante rapporto giuridico di mandato

Il Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 2394 del 21 marzo 2007, in tema di ammissibilità dell'appello

proposto anche da una singola partecipante all' Ati, ci insegna che:

<una simile conclusione a maggior ragione vale per il caso in esame di proposizione del ricorso incidentale da parte solamente dell'impresa mandataria del raggruppamento aggiudicatario, in quanto è incontestabile la sussistenza tra quest'ultima e le altre componenti dell'ati di un rapporto giuridico di mandato, formalizzatosi dopo l'aggiudicazione>

in tema di persona obbligata a rilasciare le dichiarazioni di cui all'articolo 75 del dpr 554/99 merita segnalare che:

<le dichiarazioni di cui al richiamato art.75 non dovevano essere tutte prestate sia dal titolare dell'impresa che dal responsabile tecnico, stante che quest'ultimo era tenuto a rendere unicamente le dichiarazioni aventi ad oggetto dati riferibili alla sua persona, vale a dire quelli indicati nei punti b) e c) della menzionata disposizione>

in tema di discrezionalità della pa a richiedere ulteriori adempimenti oltre a quelli richiesti dalla Legge, l'adito giudice romano, afferma che:

<la p.a
nella predisposizione del bando esercita un potere attinente al merito amministrativo laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo ex lege previsto; queste ultime, quindi, saranno censurabili in sede giurisdizionale, solo allorché appaiano viziate da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara>

relativamente alla (presunta) responsabilità della pa, proponiamo il seguente passaggio:

<Da rigettare è, invece, la richiesta di condanna della resistente amministrazione comunale al

risarcimento del danno per equivalente, atteso che nella fattispecie in esame non è dato individuare la sussistenza dell'elemento soggettivo costituito dalla colpa dell'amministrazione.

Infatti, come chiarito dalla giurisprudenza consolidata (), nessun comportamento negligente può essere ascritto all'amministrazione in sede di adozione di un atto illegittimo allorché la stessa è incorsa in un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Ora è indiscutibile che all'epoca dei fatti di cui in controversia (secondo semestre 2003) la problematica concernente l'intestazione della polizza fideiussoria in caso di costituendo raggruppamento di imprese non poteva in alcun modo ritenersi pacifica, tant'è che è dovuta intervenire due anni dopo l'Adunanza Plenaria al fine di dirimere i contrasti giurisprudenziali, per cui la mancata esclusione dell'ati aggiudicataria non può in alcun modo essere imputata a un comportamento negligente del comune.>

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.

Reg. Sent.

Anno 2008

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

N. 1907 Reg. Ric.

Anno 2003

Sezione I

ha pronunciato la seguente

Sentenza

sul ricorso n. 1907 del 2003, proposto da ALFA. s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e *****, presso lo studio del primo elettivamente domiciliata, in Roma, via Giovanni Antonelli n. 45

contro

il Ministero degli Affari Esteri, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è elettivamente domiciliato, in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12

e nei confronti di

BETA S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. *****, presso il cui studio è elettivamente domiciliata, in Roma, viale Mazzini n. 11

per l'annullamento

-

del provvedimento con il quale è stata disposta l'aggiudicazione all'BETA S.p.A., in associazione temporanea con le imprese BETA BIS e BETA TER, dell'appalto avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di completamento del terzo piano dell'Ambasciata d'Italia a Berlino;

-

del verbale di gara, nella parte in cui la predetta associazione è stata ammessa alla gara;

-

nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e della predetta parte controinteressata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 2 aprile 2008 il dr. *****; uditi altresì i procuratori delle parti come da verbale d'udienza.

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

Fatto

Con bando del 18 ottobre 2002 il Ministero degli Affari Esteri ha indetto una gara per l'affidamento dell'appalto relativo alla progettazione esecutiva ed ai lavori di completamento del terzo piano dell'Ambasciata italiana a Berlino.

Nell'osservare come l'incanto come sopra indetto avesse ad oggetto un appalto integrato ex art. 19, comma 1, lett. b), della legge 109/1994, assume parte ricorrente che la costituenda associazione temporanea di imprese BETA - BETA BIS - BETA TER avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la relativa offerta economica non era stata sottoscritta da tutti i componenti della stessa ATI.

Insorge ora parte ricorrente avverso l'aggiudicazione, comunicata con nota del 24 gennaio 2003, e rassegna i seguenti argomenti di censura:

Violazione dell'art. 13, comma 5, della legge 11 febbraio 1994 n. 109. Violazione della par condicio fra i concorrenti, effetti della violazione sia sul piano formale che sul piano sostanziale.

Ribadisce parte ricorrente che l'offerta economica, laddove presentata da una costituenda associazione temporanea di imprese, debba essere necessariamente sottoscritta da tutti i componenti della stessa, come previsto dalla normativa di riferimento e nella fattispecie ribadito dalla prescrizione dettata al punto 10 del bando di gara.

Tale obbligo, secondo parte ricorrente, non avrebbe carattere meramente formale, ma sarebbe preordinato a garantire l'assunzione di responsabilità - quanto all'offerta economica - in capo a tutti i soggetti componenti della costituenda ATI: per l'effetto assumendosi che la mancata osservanza di siffatta prescrizione comporti una violazione del principio della par condicio.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Sollecita ulteriormente parte ricorrente il riconoscimento del pregiudizio asseritamente sofferto a seguito dell'esecuzione dell'atto impugnato, con riveniente accertamento del danno (in misura pari al 10% dell'importo dei lavori al netto del ribasso offerto dalla ricorrente) e conseguente condanna dell'Amministrazione intimata alla liquidazione della somma a tale titolo spettante.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Analoghe considerazioni sono state esposte dalla controinteressata BETA S.p.A., parimenti costituitasi in giudizio.

La domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, dalla parte ricorrente proposta in via incidentale, è stata da questo Tribunale respinta con ordinanza n. 1240, pronunciata nella Camera di Consiglio del 12 marzo 2003.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 2 aprile 2008.

Diritto

Come indicato in narrativa, assume parte ricorrente l'illegittimità della partecipazione alla gara del controinteressato raggruppamento costituito fra BETA S.p.a e G. BETA BIS Costruzioni Generali S.p.A., in quanto l'offerta economica da quest'ultimo presentata - in ragione della quale è stata disposta, in favore dello stesso, l'aggiudicazione della procedura di selezione - non sarebbe stata sottoscritta da tutti i soggetti partecipanti all'associazione temporanea di imprese.

L'indagine rimessa al Collegio a fronte delle censure proposte con il mezzo di tutela all'esame non può non prendere avvio dall'individuazione della connotazione - e composizione - del raggruppamento (odierno controinteressato) proclamato aggiudicatario della gara per la progettazione esecutiva ed i lavori di completamento del terzo piano dell'Ambasciata d'Italia a Berlino.

Con atto notarile in data 10 dicembre 2002 l'Impresa ***** ed BETA S.p.A. hanno:

-

dichiarato l'intendimento di riunirsi in associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale, ai sensi dell'art. 13 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni e degli artt. 93 e seguenti del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 per la realizzazione delle opere di cui all'anzidetto appalto;

-

di associare, ai sensi dell'art. 19, comma 1-ter, della stessa legge 109/1994, l'ing. ***** (libero professionista qualificato ai sensi della citata normativa) per la redazione del progetto esecutivo;

-

di nominare capogruppo, a tutti gli effetti, BETA S.p.A.

Ciò preliminarmente osservato, si rileva come l'art. 10 del bando di gara prevedesse l'ammissione alla procedura di selezione dei "concorrenti di cui all'art. 10, comma 1, della legge 109/94 ... costituiti da imprese singole di cui alle lettere a), b) e), o da imprese riunite o consorziate di cui alle lettere d), e) ed e-bis), ai sensi degli artt. 93, 94, 95, 96 e 97 del D.P.R. 554/1999, associate a professionista qualificato ai sensi dell'art. 19, comma 1-ter, in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dagli artt. 51 e 52 del medesimo D.P.R. 554/1999 e dall'art. 12 del D.Lgs. 157 del 1995, ovvero da imprese che intendano riunirsi e consorziarsi ai sensi dell'art 13, comma 5, della legge 109/94 ... associate a professionista qualificato ai sensi dell'art. 19, comma 1-ter ...".

Quanto alla disciplina di riferimento, va rammentato che l'art. 13, comma 5, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (sostituito dall'articolo 9, comma 24 della legge 18 novembre 1998, n. 415.) stabiliva che "è consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all' articolo 10, comma 1, lettere d) ed e),

anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta e qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti”.

Il successivo art. 19, comma 1-ter (aggiunto dall'articolo 7 della legge 1 agosto 2002, n. 166) prevedeva che “l'appaltatore che partecipa ad un appalto integrato di cui al comma 1, lettera b), deve possedere i requisiti progettuali previsti dal bando o deve avvalersi di un progettista qualificato alla realizzazione del progetto esecutivo individuato in sede di offerta o eventualmente associato; il bando indica l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva comprese nell'importo a base di appalto ed i requisiti richiesti al progettista, in conformità a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione”.

Le anzidette disposizioni (ora abrogate dall'art. 256 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, ma *ratione temporis* operanti quanto alla dedotta controversia) postulano:

-

senz'altro che l'offerta, ove presentata da un raggruppamento costituendo, debba essere sottoscritta da tutte le imprese che entreranno a far parte dell'associazione (e ciò in quanto, mancando allo stato un soggetto che rivesta la qualità di mandatario, l'imputazione degli effetti giuridici e la responsabilità per la presentazione dell'offerta stessa deve far capo, unitariamente ed indistintamente, a tutti coloro che si propongano di costituire un'ATI);

-

ma che, laddove si sia in presenza di un appalto “integrato” e, conseguentemente, sia consentito associare ad un’impresa singola e/o ad un raggruppamento (costituito e/o costituendo) un professionista incaricato dello svolgimento dell’attività di progettazione, la regola sintetizzata al precedente alinea non trova ulteriore espansione.

Ciò in quanto il professionista non entra a far parte del raggruppamento (costituendo), ma il relativo ambito funzionale e di responsabilità è astretto nei limiti dell’incarico di progettazione al medesimo affidato dalle imprese raggruppande; non assumendo conseguentemente il professionista stesso alcuna responsabilità - relativamente alla presentazione dell’offerta - diversa e/o ulteriore rispetto a quella strettamente inerente alla prestazione (predisposizione dell’elaborato progettuale) al medesimo demandata.

Se, quindi, il tenore letterale della disposizione di cui al citato art. 13 (laddove si stabilisce che “l’offerta deve essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi”) non autorizza alcuna opzione ermeneutica volta ad ampliarne il contenuto dispositivo anche a soggetti (quali i professionisti incaricati della progettazione) che non rivestono qualità “imprenditoriale” (e che non entreranno, in quanto tali, a far parte del costituendo raggruppamento), anche la ratio della disposizione all’esame esclude che possa pervenirsi all’accoglimento della prospettazione esplicitata dalla ricorrente.

Nell’appalto integrato di cui all’art. 19 della legge 109/1994, infatti, assume qualità di “concorrente” il solo appaltatore che (individualmente o in forma associata, ancorché costituenda) partecipa alla gara, il quale deve dimostrare nell’offerta il possesso dei requisiti professionali previsti dal bando per la redazione del progetto esecutivo, e ciò anche mediante l’eventuale ricorso a professionisti esterni; con la conseguenza che, a differenza delle gare per incarichi di progettazione, i progettisti non assumono la qualità di concorrenti, né quella di titolari del rapporto contrattuale con l’Amministrazione in caso di eventuale aggiudicazione, trattandosi di semplici collaboratori esterni delle imprese partecipanti alla gara.

Nel rammentare come conclusioni omogenee a quelle precedentemente esposte siano già state da questo Tribunale affermate (si confronti, in termini, la sentenza n. 2394 del 19 marzo 2007, resa dalla Sezione II, nella quale si afferma l’illegittimità della clausola del bando di gara che prescriva all’impresa concorrente la firma dell’offerta da parte non dei soli progettisti formalmente associati, ma anche di quelli dalla stessa indicati al fine di avvalersi della loro attività, ex art. 19, comma 1, lett. b) e comma 1-ter della legge 109/1994, in quanto tale clausola determina è priva di giustificazione logica, stante la responsabilità del solo appaltatore nei riguardi della stazione appaltante, ex art. 19, comma 1-ter, della citata legge), deve conclusivamente escludersi che le proposte doglianze rivelino condivisibili profili di fondatezza.

L’impugnativa all’esame deve, conseguentemente, essere respinta; tuttavia rilevando il Collegio la presenza di giusti motivi per compensare fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione I - respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 2 aprile 2008, con l'intervento dei seguenti magistrati:

***** - Presidente

***** - Consigliere, relatore, estensore

***** - Consigliere

IL PRESIDENTE

IL MAGISTRATO ESTENSORE

<https://www.diritto.it/appalto-integrato-puo-essere-causa-di-esclusione-il-fatto-che-il-progettista-non-abbia-sottoscritto-l-offerta/>