

La Corte del Lussemburgo ha confermato la piena legittimità, a livello comunitario, della disciplina normativa nazionale che abiliti le singole imprese componenti di un'ATI a proporre autonomo ricorso avverso gli atti di aggiudicazione di una gara di un p

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Il mandato conferito al difensore dal legale rappresentante della sola mandataria è da ritenersi sufficiente ai fini della proposizione del ricorso avverso gli atti di una procedura ad evidenza pubblica a cui ha partecipato la costituenda Ati?

La risposta è affermativa in quanto nel caso di impugnativa di una procedura per l'aggiudicazione di un appalto con la pubblica amministrazione sussiste la legittimazione attiva dell'impresa singola facente parte di un raggruppamento temporaneo di imprese sia che quest'ultimo si sia già costituito al momento di presentazione dell'offerta, sia che debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione, atteso che il conferimento del mandato speciale all'impresa capogruppo non preclude la facoltà delle singole imprese di agire singulatim, mancando una espressa previsione in tal senso nella normativa sia comunitaria che nazionale

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 5773 del 25 novembre 2008, inviata per la pubblicazione in data 28 novembre 2008, ci insegna che:

Nella specie, il mandato difensivo in calce al ricorso è stato rilasciato dall'amministratore unico e legale rappresentante p.t. della società ALFA & ***** (capogruppo e mandataria della costituenda A.T.I.) perché la difendesse nella controversia di cui si discute; ciò che chiarisce l'interesse diretto della stessa alla proposizione del gravame.

Per tali motivi la sentenza appellata è da ritenersi erronea ed il ricorso di primo grado,

conseguentemente, ammissibile e da esaminarsi in questa sede, avendo la società interessata qui ribadito le originarie censure.

A cura di *****

N.5773/08

Reg.Dec

N. 8278 Reg.Ric

ANNO

2003

Disp.vo 601/2008

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Sezione Sesta

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 8278/2003, proposto dalla società ALFA & *****, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti *****, ***** e ***** e presso il primo elettivamente domiciliata in Roma, via G. Paisiello n. 55,

contro

la società ***** e Servizi s.p.a. (già Azienda Multiservizi Goriziana - *****), in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e ***** e presso il secondo elettivamente domiciliata in Roma, via Archimede n. 44,

e nei confronti

dell'A.T.I. BETA Consulting/SGI s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., e dell'*****, non costituitisi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Friuli Venezia Giulia
22 marzo 2003, n. 123;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della società ***** e Servizi s.p.a. (già Azienda Multiservizi Goriziana - *****) e la memoria dalla stessa prodotta a sostegno delle proprie difese;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, alla pubblica udienza del 21 ottobre 2008, il Consigliere *****;

uditi, per le parti, gli avv.ti ***** e *****;

visto il dispositivo n.
601 del 2008.

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) - Con il ricorso di primo grado la società odierna appellante ha chiesto al TAR l'annullamento del verbale di aggiudicazione alla controinteressata della trattativa privata per l'affidamento dei servizi di progettazione definitiva ed esecutiva e di prestazioni accessorie relativi al potenziamento dell'impianto di depurazione dei liquami fognari sino a 60.000 abitanti equivalenti, previa gara ufficiosa ai sensi dell'art. 6, 17° comma, della L.R. 3 luglio 2000, n. 1.

Con la sentenza in forma semplificata qui gravata i primi giudici hanno ritenuto che il gravame proposto dalla società ricorrente tramite il suo legale rappresentante, non in proprio ma, come risultante dalla procura in calce, quale "capogruppo e mandataria della costituenda A.T.I. ALFA & C. s.r.l./MWH s.p.a." fosse inammissibile; ciò in quanto non risultava, per tabulas, detta A.T.I. costituita al momento della proposizione del ricorso; con la conseguenza che la medesima non poteva risultarne capogruppo né mandataria, non potendo agire in giudizio in base a qualificazioni che non le erano state attribuite dal raggruppamento, all'epoca non esistente; e che, pertanto doveva ritenersi insussistente la legittimazione a ricorrere della ricorrente in quella veste; con la conseguente inammissibilità del ricorso.

2) - Per l'appellante società la sentenza sarebbe erronea in quanto il mandato conferito al difensore dal legale rappresentante della sola mandataria era da ritenersi sufficiente ai fini della proposizione del ricorso.

La censura è fondata.

3) - Nel caso di impugnativa di una procedura per l'aggiudicazione di un appalto con la pubblica amministrazione sussiste, infatti, la legittimazione attiva dell'impresa singola facente parte di un raggruppamento temporaneo di imprese sia che quest'ultimo si sia già costituito al momento di presentazione dell'offerta, sia che debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione, atteso che il conferimento del mandato speciale all'impresa capogruppo non preclude la facoltà delle singole imprese di agire singulatim, mancando una espressa previsione in tal senso nella normativa sia comunitaria che nazionale (cfr. sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6689; 23 ottobre 2007, n. 5577).

Può aggiungersi, al riguardo (cfr. la decisione della Sezione 23 luglio 2008, n. 3652), che la Corte del Lussemburgo ha confermato la piena legittimità, a livello comunitario, della disciplina normativa nazionale che abilita le singole imprese componenti di un'ATI a proporre autonomo ricorso avverso gli atti di aggiudicazione di una gara di un pubblico appalto (cfr. ord. 4 ottobre 2007 resa nella causa C-492/06).

Nella specie, il mandato difensivo in calce al ricorso è stato rilasciato dall'amministratore unico e legale rappresentante p.t. della società ALFA & ***** (capogruppo e mandataria della costituenda A.T.I.) perché la difendesse nella controversia di cui si discute; ciò che chiarisce l'interesse diretto della stessa alla proposizione del gravame.

Per tali motivi la sentenza appellata è da ritenersi erronea ed il ricorso di primo grado, conseguentemente, ammissibile e da esaminarsi in questa sede, avendo la società interessata qui ribadito le originarie censure.

4) - Lo stesso originario ricorso, peraltro, è infondato nel merito.

Va premesso, in punto di fatto, che al n. 9 della lettera d'invito del 25 marzo 2002, n. 3220 (modalità di partecipazione alla trattativa privata), era precisato, con riguardo al plico C, recante l'offerta economica (lettera C.1), che questa doveva recare "l'indicazione della percentuale di ribasso sugli importi risultanti dall'applicazione delle tariffe di cui al D.M. Giustizia 4 aprile 2001, tenendo conto che l'aliquota massima di riduzione era quella prevista per opere pubbliche (20%)".

Veniva, inoltre, segnalato, nella stessa missiva, che sarebbero state escluse "le offerte non conformi alle prescrizioni contenute nella presente lettera d'invito..." e che la Commissione di Gara avrebbe potuto "richiedere ogni utile chiarimento in merito all'offerta ovvero documentazione a integrazione di quella già presentata".

Essendosi avveduta dell'esigenza di rettificare parzialmente la predetta lettera d'invito, la stazione appaltante, con nota inviata alle concorrenti in data 4 aprile 2002 (n. 3629), segnalava, tra l'altro, con riferimento al predetto punto 9.C.1, che "nell'offerta economica dovrà essere indicata anche la percentuale di ricarico sull'onorario netto, che sarà ammessa nella misura massima del 30 %, quale rimborso spese forfetarie di cui al D.M. Giustizia 4 aprile 2001".

Nella propria offerta in data 12 aprile 2002 l'A.T.I. controinteressata dichiarava che avrebbe espletato tutte le attività oggetto della gara: "c.1) con un ribasso, sugli importi risultanti dall'applicazione delle tariffe di cui al D.M. Giustizia 4.4.2001, pari al 20%".

Con successiva nota in data 6 maggio 2002, n. 4664, la stazione appaltante segnalava alla stessa ATI controinteressata (poi risultata aggiudicataria) che, "con riferimento alla vostra offerta economica....con la presente siamo a richiedere di esplicitare la percentuale di ricarico sull'onorario netto, ammessa nella misura massima del 30%, quale rimborso spese forfetarie.....ovvero se la sua omissione debba considerarsi non applicazione dello stesso".

Rispondeva l'A.T.I. ora detta con nota in data 9 maggio 2002, nella quale le imprese associande "ribadiscono che la percentuale di ricarico sull'onorario netto, ammessa nella misura massima del 30% dall'art. 3 del D.M. Giustizia 4.4.2001, quale rimborso spese forfetarie, deve considerarsi pari a 0 (zero)".

Per l'originaria ricorrente e odierna appellante l'ATI risultata aggiudicataria avrebbe dovuto, invero, essere esclusa dalla gara in quanto, non avendo indicato la detta percentuale, richiesta con la citata nota integrativa del 4 aprile 2002, avrebbe violato la *lex specialis* della gara che implicava l'esclusione delle offerte ad essa non conformi, avendo reso, al riguardo, una dichiarazione incompleta.

5) - Tale assunto non può essere condiviso in quanto, anzitutto, la nota integrativa del 4 aprile 2002 non recava la stessa precisazione contenuta nella lettera d'invito in merito alla esclusione delle offerte non conformi, sicché non poteva la Commissione valutatrice, in assenza di una specifica norma di gara regolante il punto in questione, pervenire alla esclusione dell'offerta dell'ATI BETA, l'allontanamento dalla gara, per la sua gravità, potendo essere disposto solo in presenza di univoche clausole di esclusione; laddove l'indicazione della percentuale in questione, nei termini in cui era stata richiesta (percentuale di ricarico ammessa "nella misura massima" del 30%), era da ritenere, invero, facoltativa, trattandosi, appunto, di percentuale "massima", ciò che non escludeva la possibilità per l'impresa di rinunciare del tutto ad essa; ciò che ha fatto l'ATI aggiudicataria che non ha fornito indicazioni al riguardo e che ha, poi, su sollecitazione dell'amministrazione, chiarito il punto con la nota del 9 maggio 2002.

Né la stazione appaltante, nel richiedere il chiarimento in questione con nota del 6 maggio 2002, ha violato la par condicio tra le concorrenti e ciò in quanto, nella lettera d'invito, essa stessa si era riservata, come si è visto, di chiedere "ogni utile chiarimento in merito all'offerta"; e ciò ha fatto invitando l'ATI BETA a chiarire, sul punto in questione, la portata della propria offerta (né risulta o è stato dedotto, del resto, che l'aggiudicazione sia avvenuta a beneficio della medesima proprio nella specifica considerazione dell'omessa richiesta di assegnazione della detta percentuale di ricarico); così operando, è stato dato modo a tale concorrente di precisare gli esatti contenuti della propria offerta.

In particolare, dal momento che il silenzio da essa serbato in relazione alla nota del 4 aprile 2002, in quanto riferibile ad una scelta facoltativa (giusta la specifica disciplina di gara), ben avrebbe potuto e dovuto essere interpretato nel senso del mancato esercizio della facoltà stessa, sicché la nota dell'amministrazione del 6 maggio 2002 è valsa solo a rimuovere una situazione dalla stessa P.A. ritenuta dubbia, senza, peraltro, incidere sui contenuti dell'offerta dell'ATI BETA che, in assenza di altre indicazioni, non poteva essere interpretata se non nel senso fatto proprio dalla Commissione valutatrice.

Né rileva il fatto che la richiesta di chiarimenti del 6 maggio 2002 sia intervenuta in un momento in cui le offerte erano ormai note nella loro interezza; ciò in quanto l'offerta stessa non è stata modificata, ma solo chiarita nei suoi esatti contenuti, peraltro in precedenza già rilevabili direttamente dalla Commissione.

Se, poi, la richiesta, da parte della stazione appaltante, dell'indicazione della percentuale di ricarico di cui si tratta nella misura massima fosse o meno conforme al citato d.m. del 4 aprile 2001, è questione che avrebbe potuto essere addotta solo in sede di puntuale impugnativa della nota del 4 aprile 2002, che non risulta, invero, oggetto di puntuale gravame; né avrebbe potuto, del resto, essere disapplicata la specifica disciplina di gara, mentre il carattere eventualmente equivoco della stessa non avrebbe potuto, comunque, comportare la legittima esclusione del concorrente da essa, in ipotesi, indotto in errore.

6) - Neppure può condividersi, infine, l'assunto dell'appellante secondo cui la controinteressata, nell'indicare una percentuale di ricarico sull'onorario netto a titolo di rimborso spese forfetario pari a zero, non avrebbe rinunciato, in effetti, a chiedere il rimborso spese integrale, con la conseguenza che avrebbe poi potuto chiedere detto rimborso integrale presentando tutti i preventivi di spesa, per un

importo, in ipotesi, persino superiore alla predetta percentuale massima del 30%; donde il carattere sostanzialmente indeterminato dell'offerta che ne avrebbe dovuto comportare l'esclusione.

Con la propria nota del 9 maggio 2002 la controinteressata ha, infatti, confermato che la percentuale in questione era, per la stessa, pari allo zero; e ciò, a ben vedere, in un range corrente dallo 0 al 30%; in altre parole, è stata così chiarita la percentuale di ricarico richiesta, ciò che, tenuto conto di ordinari principi di interpretazione secondo buona fede, inibiva, per la stessa (non diversamente dalle altre concorrenti che avevano indicato percentuali superiori allo zero) la possibilità stessa di richiedere, in avvenire, rimborsi fondati sui preventivi di spesa.

7) - Per tali motivi la Sezione, pronunciando sull'appello, respinge il ricorso di primo grado.

Tenuto conto dei contenuti della controversia, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, pronunciando sull'appello, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione sesta, nella camera di consiglio del 21 ottobre 2008 con l'intervento dei Signori:

GIOVANNI

-

Presidente

***** _

Consigliere
est.

DOMENICO CAFINI

-

Consigliere

*****_

Consigliere

-

Consigliere

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/11/2008

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

<https://www.diritto.it/la-corte-del-lussemburgo-ha-confermato-la-piena-legittimita-a-livello-comunitario-della-disciplina-normativa-nazionale-che-abilita-le-singole-imprese-componenti-di-un-ati-a-proporre-autonomo-ricorso/>