

Anche prima della costituzione dell'associazione temporanea di impresa e del conferimento della rappresentanza alla capogruppo mandataria, ciascuna impresa mandante ha il diritto di proporre ricorso avverso le determinazioni della procedura di gara che provochino una lesione dei propri interessi.?

Dal versante comunitario, emerge che sono compatibili con la direttiva ricorsi alcune previsioni del diritto nazionale che circoscrivono la legittimazione al ricorso nel caso di raggruppamenti di impresa, limitando la proponibilità della domanda ai soli casi in cui vi sia una decisione unanime di tutti i componenti del futuro raggruppamento: ma ciò non impedisce affatto che le regole interne possano stabilire una legittimazione al ricorso ancora più ampia ed estesa, riferendola a ciascuna delle singole imprese facenti parte della costituenda ATI

In tema di legittimità di un'impresa facente parti di un'Ati a proporre singolarmente ricorso, merita di essere segnalata la decisione numero 5577 del 23 ottobre 2007 emessa dal Consiglio di stato

<Dal punto di vista dell'ordinamento nazionale, invece, la legittimazione delle singole imprese che compongono i raggruppamenti in itinere va determinata in conformità ai principi generali, segnati dalle regole ordinarie del processo amministrativo.

In tale prospettiva, il collegio, pur prendendo atto della esistenza di alcune posizioni differenziate, ritiene preferibile l'opinione secondo cui, anche prima della costituzione dell'associazione temporanea di impresa e del conferimento della rappresentanza alla capogruppo mandataria, ciascuna impresa mandante ha il diritto di proporre ricorso avverso le determinazioni della procedura di gara che provochino una lesione dei propri interessi.>

Ma non solo

< In senso contrario, non vale obiettare che mancherebbe, in concreto, qualsiasi certezza in ordine alla effettiva costituzione soggettiva del raggruppamento.

Al riguardo, va replicato, in primo luogo, che la legittimazione al ricorso si riferisce alla situazione soggettiva fatta valere al momento della proposizione della domanda. In tale prospettiva, la presentazione dell'offerta rappresenta un titolo di legittimazione specifico e differenziato, indipendentemente dai possibili successivi eventi riguardanti la mancata costituzione del raggruppamento.

In secondo luogo, non è esatto affermare che la mancata costituzione dell'ATI priverebbe la singola impresa mandante dell'interesse ad ottenere una pronuncia favorevole. Infatti, non si può escludere la rilevanza dell'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera gara.

Inoltre, l'interesse alla pronuncia di annullamento potrebbe collegarsi alla possibilità di far valere nei confronti delle altre imprese l'eventuale responsabilità per la mancata costituzione dell'ATI.>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA N. 5577/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 2558 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2558/2007 proposto dal comune di Sessa Aurunca, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli Avvocati Antonio Nardone e Giuseppe Ceceri ed elettivamente domiciliato presso lo studio Gagliardi in Roma, Via F.S. Nitti, n. 11.

CONTRO

ALFA Engineering s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli Avvocati Luigi Medugno, Ernesto De Maria e Luca Migliore ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo, in Roma, Via Panama, n. 58.

Impresa Dott. Ing. H.C. Pasquale BETA, in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandatario capogruppo dell'Associazione Temporanea di Imprese, rappresentata e difesa dagli Avvocati Michele Di Fiore e Giuseppe Romano, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Manolo Iengo, in Roma, Via Sistina 121.

Ing. Mariano M., Arch. Fernanda M. non costituitisi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Ottava Sezione, 14 febbraio 2007, n. 1111.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti appellate;

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

Visto il decreto cautelare presidenziale 16 aprile 2007, n. 1851;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 3 luglio 2007, il Consigliere Marco Lipari;

Uditi gli avv.ti Iaccarino per delega di Nardone, Mazzarelli per delega di Medugno, D'Aimo per delega degli avv.ti Fiore e Romano come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La sentenza impugnata, in accoglimento del ricorso proposto da ALFA Engineering s.r.l. (di seguito "ALFA"), ha annullato gli atti della gara bandita dal comune di Sessa Aurunca, concernenti l'aggiudicazione all'ATI capeggiata dall'Impresa Dott. Ing. H.C. Pasquale BETA (di seguito "BETA") dell'appalto lavori per il recupero, restauro conservativo e rifunionalizzazione del Castello ducale, nonché per la realizzazione del Museo civico in Sessa Aurunca I e II lotto.

Il comune contesta nel merito la sentenza impugnata, deducendo l'inaammissibilità dell'originario ricorso.

ALFA resiste al gravame e propone un appello incidentale, mentre BETA aderisce all'appello principale.

DIRITTO

ALFA, ricorrente in primo grado, nella veste di mandante della costituenda ATI con la società Cooperativa Archeologica a r. l., ha partecipato alla gara per pubblico incanto per l'affidamento dell'appalto dei lavori per il recupero, il restauro conservativo e la rifunzionalizzazione del Castello ducale, nonché per la realizzazione del Museo civico, indetto con determinazione del dirigente del settore utilizzazione del territorio del Comune di Sessa Aurunca, n. 417 del 2 maggio 2006.

Il comune ha escluso ALFA dalla gara e, all'esito, ha aggiudicato l'appalto a BETA.

La sentenza appellata, disattendendo due eccezioni preliminari sollevate dal comune, ha accolto il solo motivo di ricorso concernente il vizio di incompetenza della giunta, che ha nominato i componenti della commissione di gara.

Il comune appellante afferma, in primo luogo, l'inammissibilità dell'originario ricorso, sostenendo che esso avrebbe dovuto essere proposto da tutte le imprese destinate a far parte della costituenda ATI e non dalla sola ALFA.

La pronuncia appellata ha respinto l'eccezione, sostenendo che "la possibilità di una futura costituzione di un soggetto diverso, l'ATI appunto, non priva i singoli partecipanti della propria legittimazione attiva (in particolare, sull'affermazione che nelle gare per affidamento di appalti pubblici, ciascuno dei soggetti che hanno chiesto di partecipare dichiarando di volersi riunire in associazione temporanea in caso di aggiudicazione, è legittimato, come portatore di un interesse proprio riconosciuto dall'ordinamento, ad impugnare l'aggiudicazione ad altro concorrente, vedi Consiglio di Stato V, 19 aprile 2005, n. 1805)"

Il comune appellante richiama l'orientamento del giudice comunitario (Corte di Giustizia, Sez. II, 8 settembre 2005, in causa C-129/04), secondo cui "l'art. 1 della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che non osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto unicamente da tutti i membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica – che ha partecipato, in quanto tale, ad una procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto – e non da uno solo dei membri della detta associazione a titolo individuale".

La tesi dell'appellante non è condivisibile, per le ragioni di seguito specificate.

Dal versante comunitario, emerge che sono compatibili con la direttiva ricorsi alcune previsioni del diritto nazionale che circoscrivono la legittimazione al ricorso nel caso di raggruppamenti di impresa, limitando la proponibilità della domanda ai soli casi in cui vi sia una decisione unanime di tutti i componenti del futuro raggruppamento. Ma ciò non impedisce affatto che le regole interne possano stabilire una legittimazione al ricorso ancora più ampia ed estesa, riferendola a ciascuna delle singole imprese facenti parte della costituenda ATI.

La ratio della direttiva n. 665/89 è quella di rendere efficaci le procedure di ricorso, definendo la piattaforma minima delle garanzie giurisdizionali, offerte alle imprese che concorrono alle procedure per l'affidamento di pubblici appalti. Questa finalità non è certamente contraddetta da disposizioni con cui i singoli Stati membri introducano regole volte ad allargare le opportunità del sindacato giurisdizionale sulla corretta applicazione del diritto comunitario.

La conferma definitiva di questo esito interpretativo (ritenuto pressoché scontato dalla migliore dottrina processualistica) dovrà essere fornita dalla stessa Corte di Giustizia, chiamata a decidere la questione pregiudiziale sollevata da questa Sezione (ordinanza 14 novembre 2006 n. 6677, diretta ad appurare "Se l'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, debba essere interpretato nel senso che osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto a titolo individuale da uno solo dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, che ha partecipato

in quanto tale ad una procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto”.

Dal punto di vista dell'ordinamento nazionale, invece, la legittimazione delle singole imprese che compongono i raggruppamenti in itinere va determinata in conformità ai principi generali, segnati dalle regole ordinarie del processo amministrativo.

In tale prospettiva, il collegio, pur prendendo atto della esistenza di alcune posizioni differenziate, ritiene preferibile l'opinione secondo cui, anche prima della costituzione dell'associazione temporanea di impresa e del conferimento della rappresentanza alla capogruppo mandataria, ciascuna impresa mandante ha il diritto di proporre ricorso avverso le determinazioni della procedura di gara che provochino una lesione dei propri interessi.

In senso contrario, non vale obiettare che mancherebbe, in concreto, qualsiasi certezza in ordine alla effettiva costituzione soggettiva del raggruppamento.

Al riguardo, va replicato, in primo luogo, che la legittimazione al ricorso si riferisce alla situazione soggettiva fatta valere al momento della proposizione della domanda. In tale prospettiva, la presentazione dell'offerta rappresenta un titolo di legittimazione specifico e differenziato, indipendentemente dai possibili successivi eventi riguardanti la mancata costituzione del raggruppamento.

In secondo luogo, non è esatto affermare che la mancata costituzione dell'ATI priverebbe la singola impresa mandante dell'interesse ad ottenere una pronuncia favorevole. Infatti, non si può escludere la rilevanza dell'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera gara.

Inoltre, l'interesse alla pronuncia di annullamento potrebbe collegarsi alla possibilità di far valere nei confronti delle altre imprese l'eventuale responsabilità per la mancata costituzione dell'ATI.

Il comune appellante ripropone, in secondo luogo, l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, per omessa censura della determinazione di esclusione adottata dalla commissione di gara, basata su distinte e autonome ragioni.

In particolare, il comune evidenzia che l'interessata non ha proposto alcuna doglianza nei riguardi della determinazione con cui la stazione appaltante ha disposto l'esclusione della concorrente, in quanto “una delle autodichiarazioni contenente lo stato fallimentare resa dall'ing. La Regina Guglielmo, in qualità sia di amministratore unico nonché direttore tecnico non riporta la firma del dichiarante”.

Il motivo di appello è fondato.

Secondo il tribunale, “tale preliminare eccezione va respinta. È certamente vero che il provvedimento di esclusione determina l'interesse a ricorrere del soggetto (ed anche la decorrenza del termine per proporre l'impugnazione, da ultimo Consiglio di Stato IV, 31 gennaio 2006, n. 341), ma ciò non implica che le censure deducibili attengano unicamente questo atto, in quanto ciò verrebbe a sottrarre gli altri atti del procedimento al sindacato giurisdizionale, in palese contrasto con la normativa costituzionale. Vero è, invece, che la eventuale mancanza di censure sull'atto di esclusione è vicenda ex se neutra che va calata nella questione più generale, ossia nel *petitum*, ed è, in questo frangente, del tutto ininfluenza in quanto sono fondate proprio le censure che riguardano intrinsecamente la procedura.”

La tesi esposta dal tribunale non è condivisibile, per diverse ragioni.

Va premesso che la ricorrente di primo grado ha proposto alcune censure riguardanti la procedura nel suo complesso, con particolare riferimento alla legittimità della composizione dell'organo che ha disposto l'esclusione dalla gara. Quindi, l'eventuale accertamento dell'illegittimità della nomina dei componenti della commissione sarebbe idonea a determinare un effetto di travolgimento automatico dell'atto di esclusione (che segna per tale soggetto, l'atto conclusivo del procedimento), pur in mancanza di una deduzione della illegittimità derivata dell'atto.

Tuttavia, l'eventuale reiterazione delle operazioni di gara compiuta dalla nuova commissione di gara nominata dall'organo ritenuto competente risulterebbe comunque condizionata dall'accertata sussistenza di una causa di esclusione non tempestivamente contestata dall'interessata.

Inoltre, il provvedimento di esclusione si basa sull'applicazione puntuale di una prescrizione del bando, che prevede, in termini espliciti, i requisiti di partecipazione alla gara (la mandante “risulta composta da quattro soci contravvenendo, pertanto, a quanto riportato dal disciplinare di gara che, alla pagina sei,

stabilisce sia per le società di ingegneria che per i professionisti, il numero dei soci o dei dipendenti non inferiore a sei”).

Dunque, in presenza, di una chiara “clausola escludente”, prevista dalla lex specialis di gara, la ricorrente di primo grado aveva l’onere di impugnare tempestivamente il bando, senza attendere la conclusione del procedimento.

In mancanza di tale rituale impugnazione, la concorrente non ha più interesse a proporre censure contro gli ulteriori atti della procedura di gara, adottati dopo la pubblicazione del bando di gara.

L’accoglimento dell’indicato motivo di appello rende superfluo l’esame degli ulteriori motivi articolati nell’impugnazione principale e condiziona anche l’esame delle censure articolate con l’appello incidentale.

Infatti, la mancata contestazione tempestiva del bando di gara, nella parte in cui stabilisce i requisiti soggettivi di ammissione alla selezione, rende inammissibili anche le ulteriori censure disattese dal tribunale.

In ogni caso, sono condivisibili le argomentazioni espresse dal tribunale, il quale ha dichiarato inammissibili le censure sotto un altro profilo: “Per entrambe, infatti, la ricorrente non deduce il profilo lesivo che la riguarderebbe, limitandosi ad accampare da un lato, la disparità di trattamento tra i partecipanti liberi professionisti e le società, e dall’altro la riserva in favore degli architetti del tipo di lavorazioni richieste in bando. In assenza di un fondamento lesivo, le censure paiono astratte e quindi non corredate di quel requisito di concretezza che le rende valutabili nel giudizio amministrativo”.

In definitiva, quindi, l’appello deve essere accolto, con la conseguente dichiarazione di inammissibilità dell’originario ricorso di primo grado.

Le spese possono essere compensate, considerando la complessità delle questioni giuridiche trattate.

Per Questi Motivi

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello, compensando le spese;

per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado;

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 3 luglio 2007, con l'intervento dei signori:

Aldo Fera - Presidente f.f.

Marco Lipari - Consigliere Estensore

Caro Lucrezio Monticelli - Consigliere

Marzio Branca - Consigliere

Giancarlo Giambartolomei - - Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Marco Lipari f.to Aldo Fera

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/10/2007

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

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale

N°. RIC. 2558-07

RA