

L'art. 23, comma 2, lettera a) del D.Lgs. 17.3.1995 n. 158 : l'unica interpretazione della norma, compatibile con la direttiva 93/38/CEE, è quella di ritenere sufficiente ai fini dell'ammissibilità dell'offerta il conferimento da parte delle imprese riunite del mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, qualificata capogruppo, la quale esprima l'offerta in nome e per conto proprio e delle mandanti, senza la necessità che il raggruppamento di imprese sia costituito prima della sua partecipazione.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 2556 del 9 maggio 2006 merita di essere segnalata, in quanto, nel conferma il giudizio di primo grado, ci propone un importante insegnamento in tema di raggruppamenti d'imporese nei settori speciali:

<Il giudice di primo grado ha innanzitutto rilevato che negli appalti aventi ad oggetto i cc.dd. settori esclusi è necessario, per la partecipazione in forma associata, che prima della presentazione dell'offerta le imprese riunite abbiano rilasciato alla capogruppo un mandato collettivo speciale con rappresentanza e che tale disciplina si distingue da quella ordinaria in materia di lavori e servizi pubblici (art. 11, comma quarto del D.Lgs. 17.3.1995 n. 157), in cui la costituzione dell'associazione può avvenire anche successivamente all'aggiudicazione della gara, per la partecipazione alla quale, dunque, è sufficiente una semplice dichiarazione di volontà di associarsi in caso di esito favorevole, oltre che la presentazione dell'offerta in forma congiunta.

Il Tar ha poi ritenuto che nel caso di specie, l'associazione temporanea d'imporese doveva ritenersi effettivamente costituita per il solo fatto dell'avvenuto rilascio del mandato collettivo speciale con rappresentanza in favore della capogruppo, da considerarsi sufficiente ai fini della costituzione sulla base del chiaro disposto dell'art. 23 del D. Lgs. n. 158/95; che non assumeva comunque rilevanza la riserva di costituzione dell'associazione in caso di aggiudicazione (dichiarazione contenuta nel mandato conferimento alla capogruppo).>

Per il Supremo giudice amministrativo infatti:

<Ogni diversa interpretazione, o applicazione, del citato art. 23 si porrebbe in contrasto con il principio comunitario, secondo cui non può essere richiesta una forma giuridica predeterminata per la presentazione delle offerte (art. 33 delle Dir. 93/38/CEE).>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.2556/ANNO 2005

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla Circumvesuviana s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall' avv.to Domenico Sica, ed elettivamente domiciliato presso lo studio Migliaccio, in Roma, via F. Corridoni, n. 19;

contro

*** s.r.l., , in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maurizio Ciaffarri e Maurizio Cerchiara, ed elettivamente domiciliato presso il primo, in Roma, via della Giuliana, n. 32;

e nei confronti

*** s.p.a. e ATI *** s.r.l. - ***, non costituitesi in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione I, n. 1608/2005 pubblicata il 4-3-2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso in appello incidentale proposto dalla *** s.r.l.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 20-12-2005 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. Ciaffarri e l'Avv. Cerchiara;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. La società Circumvesuviana s.r.l. indiceva una procedura aperta per l'affidamento dell'indagine per il calcolo del numero dei viaggiatori delle proprie linee, la stima di elementi caratterizzanti il trasporto ed il monitoraggio della customer satisfaction. Il servizio sarebbe stato aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 24, lettera b) del D.lgs. 17.3.1995 n. 158.

Alla gara partecipava anche la società *** s.r.l. in qualità di mandataria di un costituendo raggruppamento di imprese con la società ***.

Tale società non veniva ammessa alla gara, perché il raggruppamento di imprese non era stato costituito prima dell'aggiudicazione.

Con l'impugnata sentenza il Tar ha accolto il ricorso proposto avverso il provvedimento di esclusione ed ha respinto la domanda di risarcimento del danno.

Il giudice di primo grado ha innanzitutto rilevato che negli appalti aventi ad oggetto i cc.dd. settori esclusi è necessario, per la partecipazione in forma associata, che prima della presentazione dell'offerta le imprese riunite abbiano rilasciato alla capogruppo un mandato collettivo speciale con rappresentanza e che tale disciplina si distingue da quella ordinaria in materia di lavori e servizi pubblici (art. 11, comma quarto del D.Lgs. 17.3.1995 n. 157), in cui la costituzione

dell'associazione può avvenire anche successivamente all'aggiudicazione della gara, per la partecipazione alla quale, dunque, è sufficiente una semplice dichiarazione di volontà di associarsi in caso di esito favorevole, oltre che la presentazione dell'offerta in forma congiunta.

Il Tar ha poi ritenuto che nel caso di specie, l'associazione temporanea d'impresе doveva ritenersi effettivamente costituita per il solo fatto dell'avvenuto rilascio del mandato collettivo speciale con rappresentanza in favore della capogruppo, da considerarsi sufficiente ai fini della costituzione sulla base del chiaro disposto dell'art. 23 del D. Lgs. n. 158/95; che non assumeva comunque rilevanza la riserva di costituzione dell'associazione in caso di aggiudicazione (dichiarazione contenuta nel mandato conferimento alla capogruppo).

La domanda di risarcimento del danno veniva invece respinta, perché non proposta nel ricorso principale e introdotta solo con memoria non notificata.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso in appello la Circumvesuviana s.r.l. deducendo:

a) il vizio di ultrapetizione da cui sarebbe affetta la decisione di primo grado;

b) la violazione dell'art. 23 del D. Lgs. n. 158/95, non potendo ritenersi l'ATI costituita prima dell'aggiudicazione.

La *** ** s.r.l. ha proposto appello incidentale, contestando la statuizione relativa al risarcimento del danno.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Con il primo motivo del ricorso in appello principale si sostiene che il Tar sarebbe incorso nel vizio di ultrapetizione, avendo ritenuto l'ATI ricorrente già costituita prima dell'aggiudicazione, mentre questa aveva solo sostenuto che non serviva la previa costituzione dell'associazione temporanea di imprese.

Il motivo è infondato.

Con il ricorso di primo grado la *** ** s.r.l. aveva dedotto che l'unico requisito da tenere in considerazione ai fini dell'ammissione alla gara era il conferimento del mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una delle imprese.

Il giudice di primo grado ha rilevato proprio la sussistenza di tale requisito e per questo ha accolto il ricorso, fornendo la propria interpretazione della norma invocata sempre dalla ricorrente (art. 23 del D. Lgs. n. 158/95), senza quindi incorrere nel vizio di ultrapetizione.

3. E' infondata anche l'ulteriore censura relativa alla violazione dell'art. 23 del D. Lgs. n. 158/95, non potendo – secondo l'appellante - ritenersi l'ATI costituita prima dell'aggiudicazione.

L'art. 23, comma 2, lettera a) del D.Lgs. 17.3.1995 n. 158 stabilisce che “si considerano associazioni di imprenditori: a) le imprese riunite, individuali, commerciali o artigiane... che , prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, qualificata capogruppo, la quale esprima l'offerta in nome e per conto proprio e delle mandanti”.

L'unica interpretazione della norma, compatibile con la direttiva 93/38/CEE, è quella di ritenere sufficiente ai fini dell'ammissibilità dell'offerta il conferimento da parte delle imprese riunite del mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, qualificata capogruppo, la quale esprima l'offerta in nome e per conto proprio e delle mandanti.

Il giudice di primo grado ha rilevato l'esistenza di tale conferimento e ciò ha costituito elemento sufficiente per ritenere illegittima l'esclusione, a nulla rilevando l'apposizione, verificatasi nel caso di specie, della riserva di costituzione dell'associazione in caso di aggiudicazione.

Tale riserva non era infatti idonea a travolgere la chiara volontà manifestata dalle imprese di partecipare alla gara conferendo il predetto mandato collettivo.

Ogni diversa interpretazione, o applicazione, del citato art. 23 si porrebbe in contrasto con il principio comunitario, secondo cui non può essere richiesta una forma giuridica predeterminata per la presentazione delle offerte (art. 33 delle Dir. 93/38/CEE).

Il ricorso in appello principale deve quindi essere respinto.

4. Va respinto anche il ricorso in appello incidentale, proposto dalla SIS *** s.r.l. con riferimento alla domanda risarcitoria.

Il Tar correttamente non ha esaminato tale domanda perché non proposta con atto notificato alla controparte (la pronuncia di rigetto della domanda deve intendersi come di inammissibilità della stessa non essendo stata esaminata nel merito la richiesta).

La domanda risarcitoria non è stata proposta con il ricorso introduttivo del giudizio, in cui la SIS *** s.r.l. si è solamente "riservata di chiedere l'accertamento del danno subito"; né è stata proposta con i motivi aggiunti, in cui è stata solo confermata tale riserva.

L'unico atto con cui tale domanda è stata effettivamente proposta è la memoria del 26-11-2004, non notificata e depositata il 10-12-2004 in prossimità dell'udienza di discussione del 22-12-2004.

Costituisce principio pacifico quello secondo cui la domanda risarcitoria può essere proposta anche nel corso del giudizio per l'annullamento dell'atto che ha causato il danno, purché con atto notificato alla controparte, (e non con semplice memoria depositata) nel rispetto dei principi di difesa e del contraddittorio. (Cons. Stato, VI, 29 novembre 2002, n. 6575, in cui è stata ritenuta inammissibile una domanda risarcitoria formulata con memoria non notificata in primo grado e poi con il ricorso in appello).

Rispetto a tali principi non assume rilievo la riserva di proporre l'azione risarcitoria, apposta nel ricorso introduttivo, in quanto con tale riserva la domanda non è stata proposta e la ricorrente non era quindi esonerata dal proporla con le uniche modalità consentite (atto, anche di motivi aggiunti, notificato).

Le norme del codice di procedura civile citate dalla appellante incidentale riguardano la riserva di impugnazione di una sentenza e sono del tutto irrilevanti ai fini della presente questione.

Né vale invocare, come anche fatto dalla SIS *** s.r.l., il principio dell'economia processuale e il fatto che l'esercizio dell'azione risarcitoria, da proporsi con separato giudizio, sarebbe troppo difficile.

Infatti, è pacifico che la domanda risarcitoria possa essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento, sia autonomamente dopo aver impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo ed aver coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento (Cons. Stato, Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4); ma tale scelta è rimessa al ricorrente e quest'ultimo non se ne può dolere quando non abbia ritualmente introdotto in giudizio l'azione risarcitoria.

Né infine può essere richiamato il principio del raggiungimento dello scopo ex art. 156 c.p.c., in quanto non risulta agli atti alcuna espressa accettazione del contraddittorio su tale questione, che sia idonea a sanare il vizio della mancata notificazione della domanda risarcitoria.

La domanda risarcitoria non può quindi essere esaminata e potrà eventualmente essere riproposta in separato giudizio.

5. In conclusione, devono essere respinti sia il ricorso in appello principale che il ricorso in appello incidentale.

Ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello principale indicato in epigrafe e respinge il ricorso in appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 20-12-2005 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il...09/05/2006