



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.3942 del 2011 proposto da Uniter Consorzio Stabile a r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Gianluigi Pellegrini e Antonietta Sgobba ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Roma, Corso Rinascimento n.11;

contro

ANAS spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi n.12, è domiciliataria;

nei confronti di

- Tecnimont spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Marco Annoni e Andrea Segato ed elettivamente domiciliata presso lo

studio del primo in Roma, Via Udine n.6;

- C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria del rti costituito con la spa Impresa Ghella, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Arturo Cancrini e Claudio De Portu presso il cui studio in Roma, Via G. Mercalli n.13, è elettivamente domiciliata;

per l'annullamento:

a) della disposizione n.56 del 4.4.2011 con cui il Presidente dell'Anas ha determinato "in considerazione della rinuncia evidenziata in premessa" l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva al rti costituito dal Consorzio ricorrente in qualità di mandante e dall'intimata Tecnimont spa, in qualità di mandataria, della gara ASR 18/08 di importo di € 502.761.177,60 a base d'asta e di disporre l'affidamento dei lavori de quibus in favore del rti secondo classificato costituito dalla C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi e dalla spa Impresa Ghella;

b) di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, così come indicati nell'epigrafe del gravame.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soc Anas Spa e di Soc Coop Muratori e Braccianti di Carpi Cmb e di Soc Impresa Ghella Spa e di Soc Tecnimont Spa;

Visto l'intervento ad opponendum proposto dal Consorzio Stabile

Sis scpa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso anche disgiuntamente dal prof. avv. Angelo Clarizia e dall'avv. Giuseppe Rusconi ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Roma, Via Principessa Clotilde n.2;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 dicembre 2011 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio ricorrente ha partecipato come mandante di una costituenda ati con la spa Tecnimont alla gara indetta dall'intimata Anas spa per l'affidamento dei lavori di ammodernamento ed adeguamento dell'autostrada A3 Salerno-Reggio Calabria dal km 153,400 al km 173,900 macrolotto 3° parte 2^, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In esito alle operazioni di gara, essendosi l'offerta presentata dal consorzio Uniter collocata al primo posto della relativa graduatoria, davanti quella dell'ati odierna controinteressata e quella del Consorzio Stabile Sis, la stazione appaltante con determinazione dell'11.6.2009 ha provveduto ad aggiudicare i lavori de quibus al costituendo rti Uniter-Tecnimont.

Essendo stato il provvedimento de quo impugnato dalla seconda

classificata con ricorso n.6702/2009, nelle more del suddetto contenzioso l'Anas rinviava la stipula del contratto fino alla data di definizione nel merito dello stesso.

In tale lasso di tempo, avendo Tecnimont con nota del 13.10.2010 comunicato alla stazione appaltante di "volersi sciogliere da ogni vincolo con l'amministrazione aggiudicatrice ai sensi e per gli effetti dell'art.11, comma 9, del D.lgvo n.163/2006", quest'ultima con determinazione del 4.4.2011 annullava la prima aggiudicazione e contestualmente aggiudicava l'appalto in questione a favore del rti C.M.B.-Ghella.

Alla luce dell'adozione del nuovo provvedimento di aggiudicazione la Sezione con sentenza n.3310 del 15.4.2011 dichiarava improcedibile il ricorso n.6702/2009, avendo le parti all'udienza pubblica del 6.4.2011 fatto presente di non aver più alcun interesse alla definizione della controversia.

Tuttavia con il proposto gravame, ritualmente proposto e notificato alle parti resistenti dopo la pubblicazione della citata sentenza n.3310/2011, il Consorzio Uniter ha impugnato la determinazione del 4.4.2011, deducendo a tal fine i seguenti motivi di doglianza:

- 1) Violazione di legge ed eccesso di potere. Carezza assoluta del presupposto. Violazione per falsa applicazione dell'art.11, comma 9, del D.lgvo n.163/2006. Violazione ed errata applicazione degli artt.3, 34 e 37, comma 8, del D.lgvo n.163/2006;
- 2) Violazione di legge ed eccesso di potere;

- 3) Violazione sotto ulteriore dell'art.11, co.9, del D.lgvo n.163/2006;
- 4) Violazione della L. n.241/1990;
- 5) Violazione e mancata applicazione del punto D.1.5. della lettera di invito. Eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta.

Si sono costituite sia Anas spa che Tecnimont spa prospettando l'inammissibilità sotto svariati profili del proposto gravame e contestando nel merito la fondatezza delle dedotte doglianze.

Si è costituito anche il rti secondo classificato il quale:

- a) ha eccepito l'inammissibilità del proposto gravame ed ha confutato le prospettazioni ricorsuali;
- b) ha proposto ricorso incidentale, riproponendo in gran parte le medesime doglianze formulate con il ricorso n.6702/2009 e contestando la mancata esclusione dalla gara de qua dell'offerta Uniter-Tecnimont.

Ha proposto intervento ad opponendum il Consorzio Stabile Sis, classificatosi al terzo posto nella graduatoria della gara de qua, il quale ha giustificato il proprio interesse sul presupposto che con ricorso n.3908 del 2011 aveva impugnato il secondo provvedimento di aggiudicazione intervenuto a favore dell'ati CMB-Ghella.

Alla pubblica udienza del 7.12.2011 il gravame è stato assunto in decisione.

DIRITTO

Con il proposto gravame è stata impugnata la determinazione in epigrafe indicata con cui l'intimata Anas ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione a favore del rti Consorzio Uniter-Tecnimont spa dell'appalto avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di ammodernamento ed adeguamento dell'autostrada A3 Salerno-Reggio Calabria dal km 153,400 al km 173,900 macrolotto 3° parte 2^, e l'affidamento dei suddetti lavori al rti odierno controinteressato.

In ordine logico deve essere per prima esaminato il ricorso incidentale proposto dal rti secondo classificato a cui favore è intervenuto il nuovo provvedimento di aggiudicazione gravato in via principale, atteso che l'eventuale accoglimento dello stesso, comporterebbe l'esclusione dell'offerta del consorzio ricorrente dalla gara de qua, con conseguente inammissibilità per difetto di interesse del ricorso principale.

Al riguardo, in linea con quanto osservato dall'odierno istante, il Collegio dichiara inammissibile il gravame incidentale, atteso che:

a) come si evince dall'art.42 del cpa il ricorso incidentale può essere proposto a tutela di un interesse che sorge in dipendenza della domanda formulata in via principale, in quanto, come chiarito dalla giurisprudenza, la proposizione del ricorso incidentale veicola un interesse ad opporre censure nei confronti del ricorrente principale ed ha carattere accessorio rispetto al ricorso principale in quanto esprime interessi che divengono attuali e concreti solo in seguito alla

proposizione di quest'ultimo, con la conseguenza che un interesse legittimo che fosse sorto in conseguenza dell'emanazione di precedenti atti da parte dell'amministrazione non legittimerebbe il soggetto che si avvale di tale posizione giuridica soggettiva ad impugnare tardivamente i provvedimenti pregressi suscettibili di contestazione in via autonoma e diretta;

b) poichè nella fattispecie in esame l'interesse attualmente fatto valere dalla ricorrente incidentale ben poteva ritenersi sorto in conseguenza della prima aggiudicazione intervenuta a favore dell'offerta Uniter-Tecnimont, come è testimoniato dalla circostanza che l'ati CMB-Ghella aveva impugnato in via principale la citata aggiudicazione contestando la mancata esclusione dell'offerta vincitrice, ne discende, de plano, che la proposizione del ricorso incidentale risulta in palese contraddizione con il menzionato principio che non consente di impugnare con tale mezzo provvedimenti autonomamente lesivi.

Passando all'esame del ricorso principale in primis devono essere vagliate le eccezioni di inammissibilità sollevate da Anas, Tecnimont e dal raggruppamento controinteressato.

In merito è stato fatto presente che:

I) anche a voler considerare la rinuncia espressa da Tecnimont come non in grado di impegnare la mandante Uniter, tuttavia, è escluso che quest'ultima potrebbe risultare aggiudicataria dell'appalto de quo, in quanto è pacifico che non possiede i requisiti richiesti per

partecipare autonomamente alla gara;

II) il Consorzio ricorrente in data 2 maggio 2011 è stato posto in liquidazione volontaria e, conseguentemente, considerati i limiti operativi derivanti dalla liquidazione, tra i quali il compimento di nuove operazioni, in cui è da ricomprendere la stipula di un contratto di appalto, ne discende che anche per tale aspetto Uniter non potrebbe mai ottenere, pur in caso di esito positivo del presente giudizio, la stipula del contratto.

In relazione alla prima eccezione deve essere fatto presente che è ben individuabile l'interesse di Uniter a non essere assoggettato all'escussione della cauzione prestata che la stazione appaltante è tenuta ad effettuare in relazione alla mancata stipula del contratto derivante della rinuncia effettuata da Tecnimont, se quest'ultima fosse riferibile a tutte le imprese componenti l'ati; in sostanza è ben individuabile in capo all'odierno istante un interesse a scindere la propria responsabilità per la mancata stipula del contratto da quella di Tecnimont onde non sottostare alle conseguenze di ordine patrimoniale derivanti dalla stessa, e, tale interesse ha una sua autonomia giuridica rispetto a quello su cui si basa l'eccezione in esame relativo alla capacità del ricorrente di effettuare, anche dopo la rinuncia della mandataria, i lavori de quibus.

Nè a sostegno della dedotta eccezione può essere addotta la circostanza che nella fattispecie in esame l'Anas non avrebbe mai potuto procedere all'escussione della cauzione in quanto doveva

ritenersi applicabile l'art.11, comma 9, del D.lgvo n.163/2006 il quale prevede che " Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto".

In merito deve essere rappresentato che entrambe le parti avevano accettato una proroga dei termini per la stipula del contratto fino alle definizioni del giudizio instaurato dalla seconda classificata, fissato per la trattazione nel merito alla pubblica udienza del 27.10.2010, per cui ne consegue che la nota del 13.10.2010 con cui Tecnimont aveva comunicato la propria volontà di sciogliersi da ogni vincolo con la stazione appaltante ex art.13, non poteva in alcun modo impedire all'Anas di procedere all'escussione della cauzione.

Per quanto concerne la seconda eccezione la stessa è palesemente contraddetta dalla delibera di messa in liquidazione del Consorzio stesso; nella suddetta delibera, infatti, è stato esplicitamente fatto presente che rientravano tra le attività , comunque in corso, del

Consorzio in liquidazione tutte quelle riguardanti oltre i contratti in essere e descritti in senso al verbale del 2.5.2011 anche tutti i lavori aggiudicati e/o oggetto di contenzioso tra i quali quelli oggetto della presente controversia.

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, entrambe le sollevate eccezioni non sono suscettibili di favorevole esame.

Nel merito l'ubi consistam della presente controversia ha ad oggetto l'ambito di estensione dei poteri della mandataria di un rti costituitosi dopo l'aggiudicazione ed, in particolare, se rientra nei suddetti poteri anche quello di rinunciare all'aggiudicazione.

Al riguardo il Consorzio ricorrente sostiene che tale potere di rinuncia non rientra tra quelli conferiti alla mandataria nella procura, in assenza di una esplicita previsione nella stessa, che nella fattispecie in esame è pacifico che non sussisteva.

A sostegno di tale interpretazione ha richiamato il disposto dell'art.37, comma 16, del D.lgvo n.163/2006 il quale testualmente prevede che " Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto".

Secondo la tesi ricorsuale tale rappresentanza esclusiva deve essere limitata unicamente a tutti gli atti meramente consequenziali ed applicativi dell'aggiudicazione, quale è la stipula del contratto, per cui

essendo la rinuncia all'aggiudicazione palesemente estranea a tale categoria di atti, non può, in assenza di un'esplicita previsione, rientrare tout court nell'ambito dei poteri conferiti dalla legge alla mandataria, con la conseguenza che tale atto per essere valido ed efficace deve essere firmato da tutte le imprese che avevano firmato le offerte ovvero deve essere indicato esplicitamente nell'ambito della procura conferita alla capogruppo.

La fondatezza della prospettazione di parte ricorrente è stata contestata da tutte le parti resistenti; al riguardo è stato fatto presente che:

a) giusta quanto affermato dalla giurisprudenza il mandato conferito ex art.37 è "un mandato con rappresentanza gratuito ed irrevocabile che legittima l'impresa capogruppo a compiere nei rapporti con l'amministrazione ogni attività giuridica connessa o dipendente dall'appalto e produttiva di effetti giuridici direttamente nei confronti delle imprese mandanti sino all'estinzione del rapporto;

b) in tale contesto ne discende che l'impresa individuata quale mandataria del raggruppamento diviene, dunque, l'unico referente dell'amministrazione e, conseguentemente, l'unico soggetto in grado di manifestare all'amministrazione ogni volontà e determinazione negoziale del raggruppamento (e dunque anche delle singole mandanti) inerente il rapporto contrattuale (pag. 8 della memoria conclusionale Tecnimont).

La tesi di parte resistente è stata avallata dal Consiglio di Stato il

quale con ordinanza n.3277/2011, nel riformare l'ordinanza della Sezione n.2049/2011, ha affermato che " a norma dell'art.37 del codice dei contratti pubblici rientra nei poteri della mandataria di associazione temporanea di imprese rinunciare all'aggiudicazione, tenuto conto che in virtù della connessa procura rilasciata a detta mandataria quest'ultima agisce anche in nome e per conto della mandante nell'ambito di un rapporto di mandato avente natura collettiva speciale ed irrevocabile, rilasciato anche nell'interesse della mandataria e della stazione appaltante e non soltanto della mandante".

Così precisati i termini della controversia il Collegio osserva in primis che il menzionato art.37 nel far riferimento testualmente a tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, individua i poteri della mandataria con riferimento alla fase successiva all'avvenuta stipula del contratto di appalto, per cui non sembra automaticamente riferibile a quella fase procedurale che va dall'aggiudicazione alla stipula del contratto.

Relativamente a tale fase deve essere fatto presente che:

- I) l'aggiudicazione è disposta a favore di tutti i componenti del raggruppamento temporaneo i quali hanno firmato l'offerta;
- II) ne discende che la rinuncia alla stipula del contratto risolvendosi in una sorta di rinuncia all'aggiudicazione, sulla base del principio della forma del *contarius actus* deve provenire da tutti i soggetti del rti, i quali, peraltro, a tal fine possono esplicitamente attribuire il

suddetto potere alla mandataria.

In tale contesto si tratta di vedere, quindi, se il menzionato potere di rinuncia debba essere ritenuto implicitamente sussistente nell'ambito dei poteri conferiti dalla legge alla mandataria in sede di costituzione dell'ati che era risultata aggiudicataria, in assenza di un esplicito riferimento allo stesso, come è dato individuare nella fattispecie in esame.

Il Collegio sottolinea che il suddetto atto non rientra nell'ambito dei poteri della mandataria, atteso che la costituzione del rti, una volta intervenuta l'aggiudicazione, è finalizzata alla stipula del contratto, per cui ben può ritenersi, come evidenziato dal consorzio ricorrente, che i poteri concessi alla capogruppo si estendono per legge a tutte quelle attività conseguenti e successive a tale ultimo provvedimento e finalizzate unicamente a consentire la stipula del contratto.

Ad adiuvandum deve essere evidenziato che se la finalità della nomina della mandataria, come correttamente sottolineato dalla Tecnimont, è quella di avere per la stazione appaltante un unico referente per il rti, tuttavia, ciò non può mai comportare che la suddetta impresa venga ad essere titolare di poteri diversi ed ulteriori rispetto a quelli che ordinariamente sono ricompresi dalla legge nella procura o che i mandanti le hanno attribuito con tale atto, con la conseguenza che essendo la rinuncia all'aggiudicazione estranea ai poteri conferiti dalla legge alla mandataria, se pronunciata dalla mandataria in assenza di una esplicita previsione nella procura non

può impegnare le altre imprese componenti dell'ati, con l'ulteriore conseguenza che la stazione appaltante è tenuta formalmente ad accertare se sussistono ancora gli estremi per procedere alla stipula del contratto, al fine di adottare i conseguenziali provvedimenti nei confronti delle imprese dell'ati aggiudicatrice che con il loro operato ne hanno impedito la stipula.

Ciò premesso, i primi due motivi di doglianza sono fondati, ed il ricorso pertanto, deve essere accolto con assorbimento delle altre censure dedotte.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 3942 del 2011, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per gli effetti, annulla il gravato provvedimento.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)