

Consiglio di Stato, Sez. V, 10 novembre 2010, n. 7996

Contratti della P.A. – Gara – Raggruppamento temporaneo di imprese *costituendo* – Mancata produzione della dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento – Esclusione – Legittimità.

N. 07996/2010 REG. DEC.

N. 08326/2009 REG. RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 8326 del 2009, proposto da:
Ditta Biacos S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Reggio D'Acì, Nicola Guggia e Massimo Carlin, con domicilio eletto presso Andrea Reggio D'Acì in Roma, via F. Confaonieri 5;

contro

Comune di Muggia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Manzi e Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

nei confronti di

Cok & C. Srl, in proprio e quale capogruppo dell'ATI costituita con Milic Impianti di Dario Milic e Idrosystem di Skerk Paolo;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA – TRIESTE: SEZIONE I n. 00284/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI ADEGUAMENTO IMPIANTISTICO E NORMATIVO SCUOLA MEDIA – RIS.DANNI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Muggia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2010 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Manzi e Reggio D'Acì;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno dichiarato l'irricevibilità del ricorso proposto dalla società Biacos S.r.l., in qualità di capogruppo mandataria della Associazione Temporanea di Imprese costituenda con la società Sice S.r.l., avverso gli atti relativi alla procedura di gara relativa all'affidamento dei lavori di adeguamento impiantistico e normativo della Scuola Media N. Sauro 2° lotto", procedura culminata nell'aggiudicazione in favore dell'A.T.I. tra COK & C. S.r.l., Milic Impianti di Dario Milic e Idrosystem di Skerk Paolo, capeggiata dalla mandataria capogruppo COK & C. S.r.l..

L' A.T.I. ricorrente era stata esclusa dalla procedura per non aver prodotto l'impegno a rilasciare un mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una componente del raggruppamento per il caso di aggiudicazione.

Con l'appello in epigrafe specificato Biacos s.r.l. contesta gli argomenti posti a fondamento del decisum di prime cure e ripropone le censure articolate con il ricorso introduttivo.

Resistono la stazione appaltante e l'Ati controinteressata.

All'udienza del 28 maggio 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1.L' infondatezza nel merito delle censure riproposte in appello consente al Collegio di non approfondire la questione della tempestività del ricorso di primo grado su cui si è soffermato il Primo Giudice.

2. Le Imprese Biacos S.r.l. e Sice S.r.l. hanno chiesto di partecipare alla gara "come A.T.I. di tipo verticale" da costituirsi in caso di aggiudicazione.

In sede di prequalifica, le due ditte ricorrenti hanno chiarito che avrebbero partecipato in A.T.I. verticale, l'una, Biacos S.r.l., come "capogruppo mandataria" e l'altra, Sice S.r.l., come "mandante".

E' pacifico in atti che nella documentazione prodotta in sede di partecipazione alla gara Sicer s.rl. non ha tuttavia prodotto l'impegno a conferire il mandato irrevocabile a Biacos S.r.l. ai fini della costituzione del raggruppamento.

3. Tali essendo le coordinate fattuali della vicenda che occupa il Collegio, si deve convenire circa la doverosità del provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante.

5- L'art. 37, comma 8, del D.Lgs. n. 163 del 2006 impone ai soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lett. d) ed e), l'impegno, in sede di offerta, a rilasciare un mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una componente del raggruppamento per il caso di aggiudicazione.

La formulazione di tale impegno è una componente indefettibile dell'offerta richiesta da una norma primaria puntuale che non necessita della mediazione data dalla *lex specialis*.

Va rammentato che l'impegno a conferire il mandato collettivo speciale con rappresentanza e, quindi, a costituire il raggruppamento, ha natura negoziale, ed è elemento essenziale della «espressione della volontà contrattuale» del concorrente in sede di gara.

Segnatamente, se la sottoscrizione congiunta dell'offerta risponde all'esigenza di assicurare la contitolarità del rapporto contrattuale tra le imprese concorrenti, l'esigenza che, nell'ipotesi di imprese associate, queste si presentino unitariamente nei confronti della controparte pubblica, resterebbe insoddisfatta in difetto dell'impegno, da assumere contestualmente all'offerta, a rilasciare un mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse per il caso di aggiudicazione» (così Consiglio Stato, sez. V, 19 giugno 2003, n. 3657).

In definitiva, detto impegno mira a garantire alla stazione appaltante la serietà della partecipazione alla procedura di raggruppamenti formalmente non ancora costituiti, in guisa da garantire la stazione appaltante in ordine all'effettiva costituzione del soggetto collettivo chiamato alla stipulazione del contratto a seguito dell'aggiudicazione. Il soddisfacimento di tale interesse richiede, in definitiva, l'assunzione di un impegno formale giuridicamente vincolante nei termini richiesti dalla normativa primaria –ossia un contratto preliminare di mandato condizionato all'aggiudicazione- come tale non sostituibile con dichiarazioni di altro tenore che consentano di desumere aliunde l'intenzione di costituire il raggruppamento temporaneo senza avere eguale portata giuridicamente impegnativa.

Va soggiunto che detto impegno non è stato prodotto neanche in sede di prequalifica e che, vertendosi in tema di deficienza sostanziale di un documento teleologicamente essenziale e non di mera irregolarità della documentazione, non sussistono, alla luce del principio della *par condicio*. i presupposti per la regolarizzazione della documentazione mediante il cd. dovere di soccorso amministrativo.

3. L'appello va, in definitiva, respinto.

La sentenza gravata deve essere confermata pur se con diversa motivazione.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Respinge l'appello e conferma, con diversa motivazione, la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2010 con l'intervento dei Signori:

Calogero Piscitello, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Roberto Chieppa, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/11/2010

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

Il Dirigente della Sezione