

(art.10, primo comma, lett. c) del D.Lgs. n. 460 del 1997), dal divieto di distribuire, anche in modo indiretto utili ed avanzi di gestione, nonché fondi o riserve di capitali durante la vita dell'organizzazione - dall'obbligo di reimpiegare utili o avanzi di gestione per la realizzazione di attività istituzionali, nonché dall'obbligo, in caso di scioglimento, di devolvere il patrimonio ad altre organizzazioni non lucrative (lett. c),d), ed f) della medesima disposizione).

Non sembra sia revocabile in dubbio la possibilità di ricomprendere tali cooperative, ove abbiano le caratteristiche sopra riferite, tra gli enti privati senza scopo di lucro di cui al Codice Urbani, tanto più che, che tra i settori ritenuti rilevanti ai fini del D.L.gs. n. 460 del 1997 rientrano proprio le specifiche finalità di tutela, promozione e valorizzazione delle cose di interesse artistico e storico di cui alla legge n. 1089 del 1939, ivi comprese le biblioteche e i beni di cui al DPR n. 1409 del 1963.

Resta, per contro, confermata l'esclusione dalla categoria degli enti senza finalità di lucro delle società cooperative costituite ai sensi dell'art. 2511 c.c. ove prive delle caratteristiche proprie delle ONLUS istituite ai sensi del D.Lgs. n. 460 del 1997.

I beni appartenenti a queste ultime, pertanto, saranno sottoposti a regime di tutela solo ove presentino un interesse particolarmente importante ex art. 10 comma terzo del D.Lgs. n. 42 del 2004 e previa notifica del provvedimento di dichiarazione, sottoposto al regime di trascrizione e, dunque, dotato di opponibilità ai terzi, ex art. 15 del medesimo decreto legislativo.

Sulle questioni di cui al suesteso parere è stato sentito il Comitato Consultivo il quale si è espresso in conformità».

**A.G.S. - Parere del 17 dicembre 2009 prot. n. 380132** - Opere pubbliche. Rapporti tra stazione appaltante e Raggruppamento Temporaneo di Imprese: deroghe al principio di immodificabilità soggettiva dei componenti (avv. Marco Stigliano Messuti - AL 33638/2009).

«Codesta società ha chiesto di conoscere l'avviso della scrivente in ordine alla possibilità o meno di autorizzare, in seno ad un raggruppamento temporaneo di concorrenti partecipanti ad una procedura di gara, il recesso di una mandante ed il conseguente subentro della mandataria nella titolarità della quota di pertinenza della mandante.

\*\*\*

In fatto: l'impresa Aleandri spa nella qualità di mandataria dell'ATI con l'impresa Sar.Co.Bit. si aggiudicavano la procedura di evidenza pubblica relativa ad i lavori di costruzione del collegamento veloce tra Sassari - Alghero

- Aeroporto.

Con atto notarile del 16 aprile 2009 veniva stipulato con la committente Anas il relativo contratto di affidamento dei lavori.

Con atto notarile del 15 settembre 2009 la mandante dichiarava di recedere dall'ATI conferendo la propria quota pari al 20 % alla mandataria Aleandri che prestava il consenso al recesso ed al subentro nella quota di lavori da eseguire.

Con nota del 16 settembre 2009 la capogruppo, Aleandri spa chiedeva all'Anas di consentire il recesso della mandante ed il subentro nella titolarità della quota del 20 % allo stato di pertinenza della mandante.

\*\*\*

Preliminarmente va rappresentato che la normativa in vigore non disciplina la fattispecie del recesso dell'impresa mandante, e che pertanto l'analisi è il frutto della sola interpretazione data sul punto dalla giurisprudenza della Cassazione (in particolare Cass., sezione I, 11 maggio 1998 n. 4728) e del Consiglio di Stato.

Al riguardo è opportuno tenere distinti due aspetti del problema in quanto occorre avere riguardo al momento temporale in cui interviene il recesso della mandante.

1) recesso volontario di un impresa mandante dalla compagine associativa partecipante ad una gara nella fase intercorrente tra la fase di prequalifica e la presentazione dell'offerta.

2) recesso volontario dalla compagine associativa della mandante che interviene, successivamente alla stipula del contratto di appalto con il RTI risultato aggiudicatario della gara.

\*\*\*

Con riferimento all'ipotesi sub 1) si è oramai consolidato un orientamento giurisprudenziale favorevole all'ammissibilità del recesso.

Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, disciplinato dall'art. 37, comma 9, Dlgs 163/2006, deve intendersi, in particolare, giustificato dall'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, al precipuo fine di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti ed all'ulteriore scopo di impedire che tale verifica venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive, in corso di gara, delle imprese candidate. Così definita la *ratio* del divieto in esame, si deve, allora, rilevare, in conformità con la finalità della disposizione (per come appena individuata), che lo stesso deve leggersi come inteso ad impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'a.t.i. e non anche a precludere il recesso di una o più imprese dall'associazione.

Mentre, infatti, nella prima ipotesi (aggiunta all'a.t.i., in corso di gara, di

un'impresa o sostituzione di un'impresa con un'altra nuova) resta impedito all'amministrazione un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della nuova compagine associativa, con grave ed irreparabile pregiudizio dell'interesse pubblico alla trasparenza delle procedure finalizzate alla selezione delle imprese appaltatrici ed alla affidabilità, capacità, serietà e moralità di queste ultime, nella seconda (recesso di un'impresa dall'a.t.i. ed intestazione della sua quota di partecipazione all'impresa o alle imprese rimanenti che siano ovviamente titolari da sole dei requisiti di partecipazione e qualificazione) le predette esigenze non risultano in alcun modo frustrate (cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, 13 maggio 2009 n. 2964; sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101; Tar Liguria, 9 gennaio 2009 n. 39 e Tar Calabria, sezione di Reggio Calabria, 26 gennaio 2009 n. 56).

\*\*\*

Con riferimento all'ipotesi sub 2) la fattispecie va considerata sotto una diversa visuale atteso che il vincolo obbligatorio tra la committente e il RTI è consacrato e regolato dalla intervenuta stipula del contratto con tutte le conseguenze civilistiche che ne derivano.

L'associazione temporanea di due o più imprese nell'aggiudicazione ed esecuzione di un contratto di appalto pubblico (art. 34, lettera d), Dlgs 163/2006) è fondata su di un rapporto di mandato con rappresentanza, gratuito ed irrevocabile, conferito da una o più imprese (mandanti), collettivamente, ad altra impresa (mandataria) "capogruppo" legittimata a compiere, nei rapporti con l'amministrazione, ogni attività giuridica connessa o dipendente dall'appalto. Essa soltanto, infatti, presenta l'offerta, sottoscrive il contratto, riscuote i pagamenti, fornisce le necessarie cauzioni e fidejussioni, provvede all'iscrizione delle riserve e sottoscrive gli atti di gestione dell'appalto e il certificato di collaudo, compiendo un'attività che produce direttamente effetti giuridici nei confronti delle imprese mandanti fino all'estinzione del rapporto.

Il vincolo contrattuale che lega il RTI alla committente comporta che la revoca del mandato (*rectius* il recesso della mandante), consentita solo per giusta causa quando si tratti di mandato collettivo (art. 1726 cod. civ.), benché accettata dalla mandataria, attiene ai rapporti interni del contratto di mandato e conseguentemente non produce effetti nei confronti del soggetto appaltante, che può mantenere vincolate al contratto ciascuna delle imprese riunite (Cass., sezione I, 11 maggio 1998 n. 4728).

Sotto il profilo della responsabilità (art. 37, comma 5, Dlgs 163/2006) i raggruppamenti di tipo orizzontale determinano la responsabilità solidale di tutte le imprese partecipanti - mandanti e mandataria - (Consiglio di Stato, sezione V, n. 5679/2000). Nel caso di raggruppamenti verticali, per effetto della suddivisione ben individuata dell'esecuzione dell'appalto tra le associate, la responsabilità delle mandanti non è solidale, ma è limitata alle parti scorporate di opere da esse assunte, ferma restando la responsabilità solidale del manda-

tario.

In ragione delle suesposte considerazioni, il recesso della mandante, che pur deve ritenersi consentito, attenendo alle vicende interne delle imprese associate, non è opponibile nei confronti della committente che può mantenere vincolate al contratto ciascuna delle imprese riunite.

L'irrevocabilità del mandato si configura, infatti, come assoluta solo nei confronti della Amministrazione e non fa venir meno la qualifica di mandataria dell'impresa capogruppo e la continuazione della sua attività gestoria, ma non impedisce l'estinzione del rapporto fra mandante e mandataria.

In applicazione della disciplina dettata dall'art. 1726 cod. civ. nel caso di mandato collettivo, la situazione non muta nell'ipotesi di associazione di due sole imprese, poiché anche in tal caso l'impresa capogruppo è tenuta a continuare, da sola o previa sostituzione dell'impresa receduta, l'esecuzione del contratto nei confronti dell'Amministrazione, trattandosi di mandato conferito non solo anche nell'interesse del mandatario, ma pure in quello, preminente, dell'Amministrazione committente (art. 1723, 2 comma cod. civ.).

Per contro, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario per l'intera esecuzione del contratto, sia nell'ATI orizzontale che verticale, la circostanza che il recesso della mandante non è opponibile alla stazione appaltante, legittima quest'ultima a mantenere vincolate al contratto tutte le imprese riunite e ad esigere comunque la prestazione per l'intero da parte della mandataria capogruppo.

Conclusivamente:

Il recesso della mandante dal RTI e il completamento dell'opera (anche per la quota della mandante) da parte della mandataria, che vi è obbligata in solido, attenendo ai rapporti interni del vincolo associativo devono ritenersi consentiti.

La committente, per contro, nei cui confronti il recesso non produce alcun effetto, non è tenuta a prestare il proprio consenso né al recesso della mandante (in quanto ad essa non opponibile), né al "subentro" della mandataria nella quota di lavori della mandante (trattandosi in realtà di mero adempimento dell'obbligazione solidale gravante sulla mandataria stessa), potendo mantenere vincolate al contratto tutte le imprese riunite, e ferma restando l'opportunità di una verifica interna da parte della committente sull'eventuale configurarsi delle condizioni di cui all'art. 1461, c.c..

In tal caso, nell'ipotesi di riunione "orizzontale", mandante/i e mandataria rispondono solidalmente dell'esecuzione integrale del contratto, che resta unico e indivisibile.

Nell'ipotesi invece di riunione "verticale", la mandataria in virtù del vincolo di solidarietà è responsabile per tutte le obbligazioni scaturenti dal contratto e per la sua integrale esecuzione, e quindi anche della quota di competenza della mandante receduta, che rimane comunque obbligata limita-

tamente alle parti scorporate di opere da essa assunte.

Facendo corretta applicazione dei suddetti principi alla fattispecie in esame ne consegue:

- il recesso della mandante Sarcobit accettato dalla mandataria Aleandri produce i suoi effetti limitatamente al rapporto interno di mandato;

- la stazione appaltante non deve esprimere alcun consenso in ordine al recesso, che è improduttivo di effetti nei suoi confronti potendo pretendere l'esecuzione integrale della prestazione relativa alla quota di lavori della mandante receduta sia dalla mandataria Aleandri (solidalmente obbligata), sia dalla mandante Sarcobit;

- la stazione appaltante deve, in risposta all'istanza di autorizzazione formulata dalla capogruppo, comunicare che sia la mandante che la mandataria rimangono comunque vincolate nei suoi confronti all'adempimento degli obblighi contrattuali;

- ovviamente, per quanto riguarda le modalità di esecuzione della quota di lavori oggetto di recesso, è onere di mandante e mandataria, obbligate in solido, di trovare un accordo al fine di coordinarsi e garantire l'esatto e tempestivo adempimento degli obblighi contrattuali.

Sul presente parere si è espresso in conformità il Comitato consultivo nella seduta del 16 dicembre 2009».

**A.G.S. - Parere del 22 dicembre 2009 prot. n. 385978** - Sull'indennità di missione *ex art. 1* della L. 18 dicembre 1973, n. 836 (avv. Lucrezia Fiandaca - AL 32118/09).

«Codesta Amministrazione chiede alla Scrivente di formulare un parere in ordine all'istanza veicolata in data 23 gennaio 2009 dal (omissis), magistrato amministrativo presso il T.A.R. Lazio, concernente la corresponsione dell'indennità di missione per la partecipazione alle singole riunioni del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, presso il quale ha svolto le funzioni quale componente elettivo a far data dal (omissis).

In particolare, l'istante deduce che, essendo stato autorizzato a risiedere in una sede diversa da quella ordinaria di servizio (omissis), giusta provvedimento del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, emesso in data 11 aprile 2003, ai sensi dell'art. 9 del Regolamento interno per il funzionamento del Consiglio di Presidenza (provvedimento del 6 febbraio 2004), al medesimo spetti l'indennità di missione per la partecipazione alle sedute del citato organo, quando non coincidenti con i giorni di udienza del T.A.R. Lazio.

A sostegno dell'assunto l'istante cita alcune pronunce, e in particolare la sentenza del Consiglio di Stato n. 8522/03 (Cons. Stato, 24 dicembre 2003, n.