

Raggruppamento Temporaneo di Imprese e pubblici appalti: il potere di rinuncia all'aggiudicazione della "capogruppo"

(Nota a T.A.R. Lazio, Sez. Terza, sentenza 11 gennaio 2012 n. 260)

*Carlo Bellesini**

La sentenza in commento ha ad oggetto l'ambito di estensione dei poteri spettanti alla mandataria in un raggruppamento temporaneo di imprese, costituitosi dopo l'aggiudicazione, con particolare riferimento al potere di sciogliersi da ogni vincolo con la Stazione Appaltante ai sensi dell'articolo 11, comma 9, del Decreto Legislativo n. 163/2006.

E la pressoché totale assenza di precedenti giurisprudenziali sul tema fa acquisire alla pronuncia in questione maggiore rilevanza (1).

Nel caso di specie, un raggruppamento temporaneo di imprese (da ora: RTI) è risultato aggiudicatario di una gara indetta per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici. Tuttavia, visti i notevoli ritardi della Stazione Appaltante nell'addvenire alla stipula del relativo contratto, la capogruppo mandataria del suddetto RTI ha esercitato il potere di rinunciare all'aggiudicazione di cui all'articolo 11, comma 9, del Decreto Legislativo n. 163/2006 (2). Dunque, la Stazione Appaltante, annullata la prima aggiudicazione, ha provveduto ad affidare la suddetta commessa alla seconda classificata.

Una delle imprese mandanti del RTI *de quo* ha, quindi, impugnato il suddetto provvedimento dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale chiedendone l'annullamento. Secondo la tesi ricorsuale, in particolare, la rappresentanza esclusiva conferita dalle mandanti alla mandataria capogruppo del RTI deve essere limitata unicamente a tutti gli atti meramente consequenziali ed applicativi dell'aggiudicazione, restando esclusa la rinuncia all'aggiudicazione.

L'adito T.A.R. ha accolto il ricorso, rilevando che: "*l'art. 37, comma 16, del Decreto legislativo n. 163/2006, nel far riferimento testualmente a tutte le*

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) Sul medesimo tema si registra, oltre alla sentenza in commento, anche l'ordinanza n. 3277/2011 del Cons. St. la quale verrà in seguito approfondita.

(2) Il comma 9 dell'art. 11 del D.lgs. n. 163/2006, rubricato "*Fasi delle procedure di affidamento*", 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*".

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”.

In particolare, il Collegio ha sottolineato che *“la rinuncia all’aggiudicazione non rientra neanche implicitamente nell’ambito dei poteri conferiti per legge alla 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”.*

Ebbene, tale pronuncia non pare aver dato una corretta interpretazione della disciplina fornita dai commi 14, 15 e 16 dell’articolo 37 del Decreto Legislativo n. 163/2006 in materia di raggruppamenti temporanei di imprese (3).

Focalizzando l’attenzione sul titolo costitutivo e sulla natura giuridica del RTI, alla luce della disciplina del Codice dei Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, si ha modo di evidenziare, infatti, l’erroneità della suesposta sentenza. Preliminarmente, è opportuno rilevare che il RTI costituisce uno schema negoziale teso a creare rapporti di cooperazione fra più imprese, diretti al coordinamento delle rispettive attività in vista dell’adempimento di prestazioni per così dire *“unitarie”* (4).

Più specificamente, si tratta di una forma di collaborazione temporanea e occasionale tra operatori economici, volta alla partecipazione congiunta ad una gara per l’affidamento di appalti pubblici (5)(6).

(3) L’articolo 37, del D.lgs. n. 163/2009, rubricato *“Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti”*, prevede, al comma 14, che: *“Ai fini della costituzione del raggruppamento temporaneo, gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, detto mandatarario”*; al comma 15: *“Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata. La relativa procura è conferita al legale rappresentante dell’operatore economico mandatarario. Il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca per giusta causa non ha effetto nei confronti della stazione appaltante”*; al comma 16: *“Al mandatarario 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. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti”.*

(4) CAPO, *In tema di qualificazione del modello “legale” dell’associazione temporanea di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2003, 2, 136.

(5) SANTORO, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2005, 777-8.

(6) Il fenomeno della partecipazione associata, inizialmente visto con scarso favore nel nostro ordinamento si affermò sotto la spinta del legislatore comunitario, che - al contrario - ne riconobbe la funzione antimonopolistica, tesa a consentire l’aggiudicazione di grandi appalti anche a imprese che singolarmente non avrebbero potuto accedervi, con ciò ponendo un argine al predominio delle grandi imprese: sul punto vd. MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei d’imprese tra tutela della concorrenza e tutela dell’interesse pubblico*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 2003, 182 e ss.

A riguardo, i problemi teorici in ordine alla figura del R.T.I. discendono soprattutto dal suo atteggiarsi a “*fenomeno giuridico bifronte*”, suscettibile di essere considerato sia nei suoi rapporti interni tra le imprese riunite sia da quello esterno con la Stazione Appaltante (7).

Più precisamente, con riferimento alla natura giuridica del RTI, infatti, si oscilla, in dottrina, tra chi qualifica l'accordo tra le imprese raggruppate come un contratto associativo atipico (8) e chi, evidenziando l'assenza di molti aspetti caratteristici della categoria dei contratti associativi, ritiene che al più possa trattarsi di un'ipotesi di *contratti di cooperazione con comunione di scopo tout court* (9); non manca anche chi rileva l'indifferenza del legislatore verso l'assetto interno dei rapporti tra gli operatori riuniti, in quanto ciò che rileva sarebbe unicamente la garanzia di stabilità della compagine e la semplificazione dei rapporti con la Stazione Appaltante in caso di aggiudicazione. E ciò troverebbe conferma nel tenore del medesimo articolo 37: il legislatore usa il più anonimo termine di “*raggruppamento*” in luogo di associazione.

Secondo tale ultima tesi, in altre parole, il fenomeno del RTI integrerebbe una fattispecie complessa, articolata secondo il principio del collegamento negoziale e caratterizzata dal dato formale esterno del mandato collettivo e da una struttura sottostante variabile in funzione delle diverse tipologie negoziali utilizzabili dalle imprese riunite (10).

Tale tesi risulta, a parere di chi scrive, la più condivisibile: e la sua correttezza sta nel voler dare una qualificazione giuridica al fenomeno del RTI proprio muovendo dal suo titolo costitutivo *ex lege*, ossia dal contratto di mandato.

Ai sensi del comma 14 del suddetto articolo 37, infatti, è previsto che “*ai fini della costituzione del raggruppamento temporaneo, gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di esse, detto mandatario*”.

Pertanto, l'elemento fondativo del Raggruppamento Temporaneo di Imprese è dato da un particolare mandato, conferito ad un impresa (mandataria), detta capogruppo, da parte delle altre imprese riunite (mandanti).

In particolare, dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel qualificare tale mandato come: a) collettivo *ex att.* 1126 c.c., essendo conferito dalle imprese

(7) DALLARI, *Sulla soggettività giuridica delle associazioni temporanee di imprese*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 2, 1260 e ss.

(8) BONVICINI, *Associazioni temporanee di imprese*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1988, 7 e BENATTI, *Associazioni temporanee di imprese*, in *Dizionario di diritto privato*, a cura di IRTI, vol. I, Milano, 1980, 89.

(9) CAPO, *In tema di qualificazione del modello “legale” dell'associazione temporanea di imprese*, *op. cit.*

(10) BACCARINI, *Le associazioni temporanee di imprese*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di VILLATA, Padova, 2005, 222 e ss; CARDARELLI, *I raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari di concorrenti*, 1148 e ss.

mandanti con unico atto e per un affare di interesse comune; b) *in rem propriam* perché conferito anche nell'interesse della mandataria e dell'amministrazione committente, e non solo in quello delle mandanti; c) speciale, attribuendo poteri rappresentativi limitatamente a una specifica gara d'appalto o a più gare specificamente individuate; d) gratuito, in deroga alla presunzione di onerosità posta dall'art. 1709 c.c.; e) irrevocabile in quanto, in deroga agli artt. 1123 e 1726 c.c., la revoca per giusta causa non produce effetti nei confronti dell'amministrazione committente, al fine di garantire stabilità e certezza al rapporto con la stazione appaltante (11).

Peraltro, dal combinato disposto dei successivi commi 15 e 16 del medesimo articolo 37, si evince che, nella costituzione del RTI, il mandato deve essere necessariamente accompagnato da una procura speciale con la quale viene attribuita al legale rappresentante dell'impresa mandataria la rappresentanza esclusiva (anche processuale (12)) di ciascuna impresa mandante per ogni attività relativa a quello specifico appalto, a partire dalla formazione dell'offerta fino all'estinzione di ogni rapporto con la Stazione Appaltante.

Dunque, in forza di tale atto, l'impresa mandataria è abilitata a concorrere alla gara in nome e per conto di tutte le imprese raggruppate, assumendo la piena ed esclusiva rappresentanza delle stesse nei confronti della Stazione Appaltante per tutta la durata dell'appalto e, dunque, non solo nella fase della gara, ma anche nelle fasi successive, e fino all'estinzione del rapporto contrattuale con la P.A.

In particolare, ai sensi del comma 16 dell'articolo 37 D.lgs. n. 163/2007, è previsto 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*”.

Più precisamente, nella locuzione “*operazioni e atti di qualsiasi natura*”, rientra ogni azione comunque ricadente nella complessiva gestione del rapporto: come promesse, accettazioni, impegni, dichiarazioni di presa visione,

(11) MAZZONE - LORIA, *Le associazioni temporanee di imprese*, Roma, 1990, 94 ss.; RAGAZZO, *L'associazione temporanea di imprese: natura della responsabilità nei confronti dell'amministrazione alla luce dell'istituto del fermo amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, I, 285 ss.; in termini, anche Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, Deliberazione 18 luglio 2001, n. 15.

(12) Un profilo pratico rilevante discendente dalla natura giuridica del RTI riguarda la legittimazione processuale attiva: in particolare, la giurisprudenza del Consiglio di Stato è nel senso che legittimata ad impugnare gli atti di gara sia anche la singola impresa riunita (oltre che il medesimo raggruppamento in persona della capogruppo) in quanto portatrice di un autonomo e distinto interesse al legittimo svolgimento della procedura concorsuale; tale legittimazione sussiste sia quando il raggruppamento risulti già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia quando esso debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione: si vd. Cons. St., sez. V, 30 agosto 2004, n. 5646 in www.giustizia-amministrativa.it; vd. anche Cons. St., sez. V, 7 novembre 2003, n. 7112, in *Foro amministrativo*, 2003, 3368; Cons. St. sez. VI, 23 gennaio 2002, n. 937, Cons. St. sez. V, 18 marzo 2004, n. 1411, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

sottoscrizioni di verbali e contratti etc. (13)

Pertanto, la “*capogruppo*” è legittimata 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 (14).

Alla luce di questi rilievi, ferma restando la carenza di autonoma soggettività del raggruppamento, è tuttavia evidente che per effetto del mandato collettivo viene a costituirsi un tendenziale centro autonomo di imputazione giuridica nei confronti dell’amministrazione appaltante: e ciò trova conferma in una recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, dove è stato detto che: “*in tema di associazioni temporanee di imprese, il potere di rappresentanza di cui all’articolo 37, comma 16, del D.lgs. n. 163/2006, spetta all’impresa mandataria “capogruppo”, esclusivamente nei confronti della Stazione Appaltante, per tutte le operazioni e gli atti dipendenti dall’appalto*” (Cass., 20 maggio 2010, n. 12422).

Ricostruiti *ratio* e confini del fenomeno dei RTI, appare allora evidente come, nel caso *de quo*, tra i poteri spettanti alla mandataria ai sensi dell’articolo 37 comma 16 D.lgs. n. 163/2006 rientri anche quello di rinunciare alla aggiudicazione *ex* articolo 11, comma 9, del D.lgs. n. 163/2006: ed è, parimenti, indubbio che gli effetti scaturenti dall’esercizio del suesposto potere si riverberino sulla mandante.

Dunque, l’affermazione compiuta dal T.A.R. nella sentenza in commento, secondo cui 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, con l’esclusione del suddetto potere di rinuncia all’aggiudicazione, pare essere frutto di un’errata interpretazione dell’articolo 37 D.lgs. n. 163/2006 nonché della disciplina civilistica in materia di mandato con rappresentanza.

A riguardo, l’articolo 11 comma 9, nel prevedere i termini per la stipulazione del contratto di appalto, stabilisce che questa debba avere luogo entro il termine massimo di sessanta giorni dal momento in cui l’aggiudicazione definitiva sia divenuta efficace. Si tratta di un termine legale che opera ogni qualvolta non sia stato diversamente stabilito nel bando o nella lettera di invito e/o non sia stato diversamente pattuito tra le parti. Oltre questo termine, si prevede che l’aggiudicatario possa sciogliersi dal vincolo discendente dall’aggiudicazione, ottenendo il rimborso delle spese sostenute per la partecipazione alla gara, mentre viene negata espressamente la spettanza di qualsiasi forma di indennizzo o di risarcimento danni (15).

La suddetta norma è evidentemente finalizzata a tutelare gli interessi dell’aggiudicatario (16), il quale non corre così il rischio di vincolarsi alla propria offerta a tempo indeterminato e di subire le conseguenze pregiudizievoli eventualmente discendenti nelle more della sottoscrizione del contratto da

parte dell'Amministrazione Pubblica (17).

Venendo al RTI, essendo la capogruppo "mandataria" il soggetto preposto *ex lege* alla cura dell'interesse delle mandanti, essa deve vantare tra gli altri anche il potere di rinunciare all'aggiudicazione: altrimenti, verrebbe meno la *ratio* sottesa all'articolo 11, comma 9 del D.lgs.n.163/2009.

Per completezza, va rilevato che parte della dottrina (18) ha escluso la sussistenza del potere di rinunciare all'aggiudicazione in capo alla mandataria nel caso specifico del RTI cosiddetto "costituendo".

In particolare, l'articolo 37, comma 8, del D.lgs. n. 163/2006 consente di rinviare la costituzione del raggruppamento temporaneo ad un momento successivo alla presentazione dell'offerta, ma comunque prima della sottoscrizione del contratto: e, in tali casi, l'offerta deve essere firmata da tutte le partecipanti del futuro raggruppamento.

Secondo tale tesi, dunque, in caso di rinuncia all'aggiudicazione, il relativo atto deve assumere la forma del *contrarius actus*, e deve essere, quindi, firmato da tutte le imprese partecipanti al raggruppamento, salvo il potere di rinuncia non sia stato conferito alla mandataria con procura speciale.

Tuttavia, alla luce delle suesposte argomentazioni, tale assunto non risulta condivisibile.

Ai sensi del medesimo articolo 37 comma 8, infatti, anche in tale fattispecie i concorrenti devono comunque assumere l'impegno di conferire in caso di aggiudicazione della gara, mandato speciale con rappresentanza ad uno di essi indicato in sede di offerta: devono, in altre parole, provvedere alla costituzione del RTI. Pertanto, anche nelle ipotesi di "R.T.I. costituendo", sempre nel mandatarario si identifica l'esclusivo ed immutabile "interfaccia" della stazione appaltante e/o del concedente: è, dunque, il mandatarario il solo soggetto che può rapportarsi con il proprio dante causa, svolgendo ogni attività negoziale si renda necessaria nel corso dell'intera procedura di affidamento: compresa la rinuncia all'aggiudicazione.

(13) Cons. St., sez. V, 17 marzo 2003. Cfr., anche TAR Toscana, Firenze, sez. I, 4 ottobre 1991, n. 499.

(14) Cfr. Cass. 17 settembre 2005, n. 18441.

(15) DE NICCOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, op. cit., t. I, 87.

(16) L'espressa previsione, contenuta nel comma 9 del suddetto articolo 11, del rimedio dello scioglimento del vincolo da parte dell'aggiudicatario sorto per effetto della natura irrevocabile dell'offerta evidenzia, dunque, come il termine per la stipulazione del contratto è posto nel suo interesse: in particolare, si tratta di un potere espressione di un diritto potestativo a favore dell'aggiudicatario e rispetto al quale la posizione della Stazione Appaltante appare di mera soggezione, nel senso che, a ricorrere dei presupposti sostanziali individuati dalla norma, la committente non potrà che prendere atto dello scioglimento del vincolo: cfr. Cons. St., Sez. V, 29 novembre 2004, n. 7772, CS, I, 2004, 2492.

(17) Si veda il contributo di VAIANO D., *Commento all'art. 11* in GAROFOLI, FERRARI, *Codice degli Appalti Pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Roma 2011, 147 e ss.

(18) Sul punto, si vd. DI ROSA, *L'associazione temporanea di imprese: il contratto di joint venture*, Milano: Giuffrè, 1998, pagg. 55 e ss.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. Terza, sentenza dell'11 gennaio 2012 n. 260 - Pres. Amoroso, Est. Sapone - Uniter Consorzio Stabile a r.l. (avv.ti G. Pellegrini e A. Sgobba) c. ANAS (avv. gen. Stato) ed altri.

(*Omissis*)

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 giugno 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 ottobre 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 aprile 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 aprile 2011 dichiarava improcedibile il ricorso n. 6702/2009, avendo le parti all'udienza pubblica del 6 aprile 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 aprile 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 dicembre 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 alla definizione del giudizio instaurato dalla seconda classificata, fissato per la trattazione nel merito alla pubblica udienza del 27 ottobre 2010, per cui ne consegue che la nota del 13 ottobre 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 maggio 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 consequenziali 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.