

T.A.R. Lombardia–Milano – Sez. III - Sentenza 18 gennaio 2006, n. 99



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA

(Sezione III)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2381/2005 proposto da C.E.I.T. Impianti s.r.l. e Elettrica System s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avv.ti Maurizio Zoppolato e Angela Canta nello studio dei quali sono elettivamente domiciliati in Milano, via Dante n. 16;

contro

AEM Elettricità s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Franco Ferrari e Alberto Solci ed elettivamente domiciliata nello studio del primo in Milano, C.so Vittorio Emanuele II n. 15;

per l'annullamento

a) del provvedimento n. AFG/SLS/ATG/2005/AS/983/mt in data 4 luglio 2005 con cui la società AEM:

- ha negato alla mandante Elettrica System s.r.l. dell'ATI capeggiata dalla società C.E.I.T. la possibilità di concedere in subappalto a terzi le opere di propria competenza;
- ha implicitamente subordinato la stipulazione del contratto di noleggio "a caldo" di mezzi con l'impresa 3M Group s.r.l. per l'importo di euro 6000,00 all'autorizzazione di cui all'art. 18, comma 9, della legge n. 55/90, qualificando lo stesso come subappalto;

b) di tutti gli atti connessi,

e per la condanna

della stazione appaltante al risarcimento dei danni subiti sia in forma specifica che per equivalente.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio della AEM Elettricità s.p.a.;

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

VISTI gli atti tutti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 1° dicembre 2005 il Ref. Daniele Dongiovanni;

Uditi, ai preliminari, l'avv. Zoppolato per le ricorrenti e l'avv. Ferrari per la società resistente;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

La società Elettrica System ha partecipato in ATI con C.E.I.T. s.r.l. (capogruppo

mandataria) alla procedura negoziata indetta dalla società AEM per la realizzazione e la manutenzione di reti di distribuzione elettrica ed impianti di illuminazione nel Comune di Milano e territori limitrofi.

Il predetto raggruppamento, al quale la società Elettrica System ha partecipato in qualità di mandante, è risultato aggiudicatario della gara tanto che nel dicembre 2004 ha stipulato il relativo contratto.

Durante l'esecuzione dei lavori, Elettrica System s.r.l. ha comunicato alla stazione appaltante, tramite la capogruppo CEIT, l'intenzione di procedere alla stipulazione del contratto di "nolo a caldo" di mezzi con l'impresa 3M Group, per un importo complessivo di euro 6000,00 (seimila).

A fronte di tale comunicazione, la stazione appaltante:

- in via generale, ha negato la possibilità per la mandante di un'ATI di stipulare contratti della specie con imprese terze;
- ha, implicitamente, subordinato tale adempimento alla necessità di ottenere l'autorizzazione di cui all'art. 18, comma 9, della legge n. 55/90, qualificando il rapporto come contratto di subappalto.

Avverso tale atto, ed ogni altro a questo connesso, presupposto e consequenziale, hanno proposto impugnativa le società interessate (C.E.I.T. e Elettrica System), chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, e conseguente condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni (anche in forma specifica) per i seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 23, comma 11, del D.lgs n. 158/95; violazione dei principi in

materia di associazione temporanea di imprese esecutrici di lavori pubblici; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione dei principi comunitari in materia di libera subappaltabilità delle prestazioni.

La stazione appaltante ha negato alla mandante dell'ATI aggiudicataria (società Elettrica System) la possibilità di stipulare subcontratti sull'erroneo presupposto che *"essendo la sola mandataria, ancorché nell'interesse dell'ATI, titolare del contratto di appalto con il committente nessun altro soggetto può essere legittimato a concedere subappalto a terzi, non potendo detto soggetto disporre di un diritto su cui non esercita alcun titolo"*.

Al riguardo, si precisa che la possibilità di ricorrere al subappalto nei contratti pubblici è riconosciuto a livello comunitario mentre, dalle norme in materia di ATI, non può derivare una limitazione a tale facoltà, che deve essere espressamente prevista dalla legge.

Al riguardo, va poi osservato che con l'ATI non viene a costituirsi un soggetto giuridico nuovo rispetto ai suoi componenti i quali continuano, invece, a mantenere la loro indipendenza ed autonomia.

Ciò è confermato dalla normativa che regola la costituzione delle ATI secondo cui, nonostante l'esistenza del rapporto di mandato, le società conservano la propria autonomia ai fini della gestione e degli altri adempimenti previsti a livello normativo (vgs art. 23, comma 11, D.Lgs n. 158/95).

In conseguenza, anche le mandanti, in ragione dell'autonomia ad esse riconosciute, hanno la facoltà di stipulare subcontratti (come avvenuto nel caso di

specie);

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 18, comma 9, della legge n. 55/90; violazione per mancata applicazione dell'art. 18, comma 12, ultima parte, della legge n. 55/90.

La fattispecie in esame, poi, non è soggetta alla preventiva autorizzazione della stazione appaltante in quanto non ricade nella definizione di subappalto di cui all'art. 18, comma 12, della legge n. 55/90.

Trattandosi, invero, di un contratto di euro 6000,00 (e, comunque, inferiore al 2% del valore dell'intero appalto pari a sette milioni di euro), non rientra neanche nella previsione di cui all'art. 18, comma 9, della legge n. 55/90 che prevede una procedura accelerata per il rilascio della autorizzazione di che trattasi.

Il contratto stipulato, quindi, dalla società Elettrica System, non rientrando nella nozione di subappalto previsto dall'art. 18, comma 12, della legge n. 55/90, non è soggetto a preventiva autorizzazione della stazione appaltante ma a semplice comunicazione.

Si è costituita in giudizio la società AEM eccependo, dapprima, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e chiedendo, comunque, il rigetto del ricorso perché infondato nel merito.

Con ordinanza n. 2198/05, è stata accolta la domanda di sospensiva.

In prossimità della trattazione del merito, le parti hanno depositato memorie insistendo nelle loro rispettive richieste.

Alla pubblica udienza del 1° dicembre 2005, la causa è stata trattenuta dal

Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. È infondata l'eccezione di difetto di giurisdizione del Tribunale sollevata dalla società resistente.

Risulta, invero, condivisibile quanto affermato dalla ricorrente secondo cui, nella vicenda in esame, si tratta di verificare se AEM s.p.a. abbia correttamente esercitato i poteri autoritativi ad essa riconosciuti dalla legge ed, in particolare, dall'art. 18 della legge n. 55/90 nella parte in cui attribuisce alle stazioni appaltanti la possibilità di concedere o meno l'autorizzazione a stipulare contratti di subappalto.

Ora, il fatto che si verta nella fase di esecuzione dei lavori non è ostativa alla giurisdizione del giudice amministrativo in quanto, nel caso di specie, l'amministrazione aggiudicatrice, nell'esercitare i poteri di vigilanza posti dalla normativa citata a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, riveste una posizione di supremazia che, pertanto, è soggetta alla verifica di legittimità del T.A.R..

2. Passando al merito, il Collegio ritiene di dover esaminare dapprima il secondo motivo in quanto le censure ivi contenute precedono logicamente quelle prospettate con il primo mezzo.

Al riguardo, la Sezione è dell'avviso che il contratto stipulato dalla ricorrente Elettrica System (del valore di euro 6000,00 e, quindi, inferiore ad euro 100.000,00 e, altresì, al 2% al valore dell'appalto, secondo quanto previsto

dall'art. 18 della legge n. 55/90) non sia soggetto alla preventiva autorizzazione della stazione appaltante (di cui all'art. 18, comma 9, della legge n. 55/90) bensì alla semplice comunicazione di cui all'ultima parte del successivo comma 12 (condividendo, quindi, quanto affermato, seppure in sede di cognizione sommaria, dal Consiglio di Stato, sez. VI, nell'ordinanza del 31 maggio 2005, n. 2584).

Ed invero, sulla base dell'interpretazione del combinato disposto dei commi 9 e 12 dell'art. 18 della legge n. 55/90, deve ritenersi che il rapporto concluso dalla ricorrente vada inquadrato nell'istituto del subcontratto e non del subappalto. Da ciò consegue che la società interessata è tenuta a comunicare l'intervenuta stipula del contratto senza necessità di attendere l'autorizzazione della stazione appaltante.

Al riguardo, va precisato che:

- l'art. 18, comma 12, della legge n. 55/90 definisce il subappalto come quel contratto che richiede *“l'impiego di manodopera... se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori affidati o di importo superiore a 100.000 ECU e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare”*;
- l'art. 18, comma 9, della legge n. 55/90 prevede altresì che *“...La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione entro trenta giorni dalla relativa richiesta... Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per*

cento dell'importo dei lavori affidati o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà”;

- l'ultima parte del predetto art. 18, comma 12, della legge n. 55/90 sancisce, poi, che “...È fatto obbligo all'appaltatore di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i sub-contratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del subcontraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati”.

Dalle norme citate si ricava che, in ragione del valore economico dei suddetti rapporti, sussistono tre tipologie di contratti:

- il primo, di importo superiore sia a 100.000,00 che al 2% del valore dell'intero appalto (art. 18, comma 12, della legge n. 55/90), soggetto ad autorizzazione da rilasciare nel termine di 30 giorni dalla richiesta, ai sensi dell'art. 18, comma 9, della legge n. 55/90;
- il secondo di importo inferiore al 2% dei lavori e superiore, quindi, a euro 100.000,00 (ovvero il contrario) per il quale i tempi di rilascio della relativa autorizzazione sono ridotti a 15 giorni (sempre ai sensi dell'art. 18, comma 9, della legge n. 55/90, ultima parte);
- il terzo, di importo inferiore sia a 100.000,00 che al 2% del valore dell'intero appalto, inquadrabile, per esclusione, nell'istituto del subcontratto e, pertanto, soggetto all'obbligo di semplice comunicazione alla stazione appaltante (ai sensi dell'art. 18, comma 12, della legge n. 55/90, ultima parte).

Ciò posto, risulta condivisibile la tesi sostenuta dalle ricorrenti nel secondo motivo.

3. Le suesposte osservazioni sarebbero di per sé sufficienti a soddisfare la pretesa avanzata dalla deducente, atteso che la fattispecie in esame non è soggetta ad alcuna autorizzazione da parte della stazione appaltante.

Per completezza, il Collegio ritiene tuttavia di farsi carico dell'esame delle censure contenute nel primo motivo riguardanti la possibilità per la mandante dell'ATI di concludere, in autonomia, subcontratti nonostante il negozio principale (di appalto) sia stato stipulato dalla capogruppo mandataria.

La doglianza è fondata.

Appare, invero, difficile negare, nel caso di specie, la possibilità per le imprese mandanti di un'ATI di concludere subcontratti durante l'esecuzione dei lavori in quanto la forma organizzativa del raggruppamento temporaneo di imprese non limita il potere delle stesse di porre in essere rapporti negoziali con soggetti terzi.

La costituzione in ATI, infatti, sebbene attribuisca alla capogruppo designata il potere (tra l'altro) di rappresentare le imprese mandanti nei rapporti con la stazione appaltante, non fa comunque perdere autonomia soggettiva a queste ultime nella gestione delle loro attività.

Con l'accordo di costituirsi in ATI non si dà luogo alla costituzione di una nuova impresa ma si regolano solamente diritti ed obblighi reciproci con riguardo alla collaborazione relativa alla realizzazione delle opere.

A ciò si aggiunga che il rapporto di mandato esistente tra le imprese del

raggruppamento temporaneo non determina di per sé organizzazione o associazione tra le stesse in quanto ognuna di esse conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali, autonomia che si esplica anche attraverso la possibilità di stipulare, in autonomia, contratti come quello in argomento.

Il rapporto di mandato (con rappresentanza) determina, altresì, che, sebbene il contratto di appalto sia stato sottoscritto dalla sola capogruppo, il rapporto costituito sia direttamente imputato alla società mandante che diventa parte sostanziale del negozio.

A fronte di ciò, non risulta quindi condivisibile quanto affermato sul punto dalla stazione appaltante (secondo cui *“essendo la sola mandataria, ancorché nell’interesse dell’ATI, titolare del contratto di appalto con il committente nessun altro soggetto può essere legittimato a concedere subappalto a terzi, non potendo detto soggetto disporre di un diritto su cui non esercita alcun titolo*) e, pertanto, la mandante Elettrica System è legittimata a concludere subcontratti che traggono la propria fonte dal fatto che la società da ultimo citata è parte (sostanziale) del negozio principale.

4. In conclusione, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento dell’atto impugnato.

5. Alcuo danno è, comunque, configurabile in capo alle ricorrenti in quanto, con l’ordinanza cautelare n. 2198/05 del Tribunale, è stata sospesa l’efficacia del provvedimento di diniego impugnato con conseguente ripristino della situazione

giuridica che la società Elettica System ha assunto essere stata lesa.

In ogni modo, le ricorrenti non hanno addotto alcun elemento da cui desumere l'esistenza di ulteriori profili di danno da ristorare e, pertanto, la richiesta risarcitoria va dichiarata inammissibile (sul punto, cfr *ex multis Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2002, n. 416*, in cui si ribadisce che incombe al danneggiato la prova di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito).

6. Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. III, pronunciando sul ricorso in epigrafe, così dispone:

- lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
- dichiara inammissibile la richiesta di risarcimento dei danni.

Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 1° dicembre 2005, con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio - Presidente

Gianluca Bellucci – Primo Referendario

Daniele Dongiovanni – Referendario est.