

N. 06366/2011REG.PROV.COLL.  
N. 04392/2004 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4392 del 2004, proposto dal Comune di Alezio, in persona del Sindaco “pro tempore”, rappresentato e difeso dall'avv. Gabriella Spata, con domicilio eletto presso Luigi Gardin in Roma, via Laura Mantegazza, 24;

*contro*

Antico Francesco, Potenza Carlo e Toscano Giovanni, rappresentati e difesi dall'avv. Giovanni Gabellone, con domicilio eletto presso Rosalba Grasso in Roma, viale Mazzini, 113; Margherito Luigi, Bramato Francesco, n. c. ;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – SEZIONE STACCATA DI LECCE, SEZIONE I, n. 1365/04, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO DI INCARICO PER LA PROGETTAZIONE, DIREZIONE LAVORI, COORDINAMENTO SICUREZZA RELATIVAMENTE A LAVORI DI ADEGUAMENTO A NORME DI SICUREZZA DI EDIFICI SCOLASTICI, AI SENSI DELL'ART. 17, COMMA 12, L. N. 109/94  
.-RISARCIMENTO DANNI ;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;  
vista la memoria di costituzione in giudizio degli appellati;  
viste le memorie difensive prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;  
visti tutti gli atti della causa;  
relatore nell'udienza pubblica del 15 novembre 2011 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Spata e D'Agostino, per delega dell'avv. Gabellone;  
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1.1.- In data 26.5.2003 i ricorrenti, riuniti in raggruppamento temporaneo tra professionisti, con l'ing. Carlo Stasi come capogruppo, presentavano al Comune di Alezio domanda per l'affidamento dell'incarico in epigrafe indicato.

Con determina in data 11.7.2003 il Comune affidava l'incarico, tranne il coordinamento sicurezza, in modo congiunto all'ing. Luigi Margherito e al geom. Francesco Bramato, mentre al solo ing. Margherito conferiva l'incarico di coordinamento sicurezza.

I ricorrenti impugnavano l'atto di conferimento dell'incarico dinanzi al TAR di Lecce deducendo, in particolare, con le prime due censure, la violazione dell'art. 13 della l. n. 109/94, e dell'avviso pubblico del 13.5.2003, in particolare laddove si afferma che "possono presentare istanza anche raggruppamenti temporanei di tecnici. In tal caso l'eventuale incarico sarà conferito in forma congiunta con specifica unica e in solido": la determina impugnata, nell'affidare l'incarico non a tutto il raggruppamento temporaneo ma solo al geom. Bramato, avrebbe leso le disposizioni suddette visto che il soggetto che ha manifestato l'interesse all'incarico è il solo raggruppamento temporaneo tra professionisti e che il geom. Bramato non ha avanzato alcuna istanza di partecipazione

individuale; né avrebbe potuto fare ciò, visto il divieto di cui al citato art. 13. Con il terzo motivo è stato dedotto il vizio di difetto di motivazione, anche in relazione al disposto di cui all'art. 17, comma 12, della l. n. 109/94.

I ricorrenti hanno chiesto al TAR di annullare la determinazione impugnata sostituendola con un provvedimento diretto ad assegnare l'incarico all'intero raggruppamento temporaneo composto dai professionisti Stasi, Antico, Toscano, Potenza e Bramato, anche congiuntamente all'ing. Margherito, e di condannare la stazione appaltante al risarcimento del danno.

1.2.- Con la sentenza in epigrafe il TAR ha giudicato fondati il primo e il secondo motivo di ricorso osservando, in sintesi, che il Comune, nell'affidare l'incarico a uno solo dei componenti del raggruppamento temporaneo di tecnici, ha violato l'art. 13 della l. n. 109/94 poiché, nell'aggiudicare l'incarico, è stato scisso il raggruppamento che aveva invece partecipato come tale alla procedura. Il Comune ha inoltre violato la "lex specialis" di gara giacché, nel conferire l'incarico a uno solo dei partecipanti al raggruppamento, in presenza di una domanda presentata da un raggruppamento temporaneo, è stata scelta una soluzione esclusa dall'avviso pubblico. In ogni caso -ha soggiunto il TAR-, sussiste difformità tra la domanda congiunta, alla quale ha partecipato il geom. Bramato, e la domanda di partecipazione esclusiva in proprio, come singolo, che il Comune ha ritenuto di poter desumere dalla domanda presentata. Il TAR ha inoltre accolto il terzo motivo, incentrato sul vizio di difetto di motivazione e sulla violazione dell'art. 17, comma 12, della l. n. 109/94, rilevando che nel provvedimento impugnato manca la benché minima motivazione in ordine alla scelta fatta a favore del geom. Bramato. Dopo avere rilevata la inammissibilità della domanda diretta a sostituire l'atto impugnato "disponendo che si proceda all'affidamento dell'incarico

... nei confronti del raggruppamento temporaneo”, potendo i ricorrenti far valere, contro la determina, solo censure strumentali alla riedizione del potere amministrativo, il TAR ha accolto in parte la domanda di risarcimento del danno statuendo che il Comune è incorso in responsabilità precontrattuale, riconducibile alla violazione dell’art. 1337 cod. civ. (v. pagine 17 e 18 sent.), e sancendo, a favore dei ricorrenti, il diritto al rimborso delle spese sostenute per la partecipazione alla selezione, mediante un calcolo fatto moltiplicando le ore impiegate da ciascuno dei ricorrenti per la partecipazione alla selezione per il numero dei ricorrenti per l’importo della tariffa professionale oraria, ottenendo in tal modo la somma di € 852, oltre IVA e Cassa.

1.3.-Il Comune ha proposto appello deducendo la erroneità della sentenza per due ragioni:

-in primo luogo il TAR, nell’accogliere il primo e il secondo motivo, per l’asserita violazione degli articoli 13 e 17 della l. n. 109/94, ha preso le mosse da un presupposto erroneo, vale a dire quello secondo cui i ricorrenti, con il Bramato e lo Stasi, avrebbero costituito un raggruppamento temporaneo di professionisti e, come tali, avrebbero presentato la domanda al Comune. Così invece non è, dato che né all’atto della presentazione della domanda, né successivamente, i professionisti risultano avere costituito il raggruppamento temporaneo secondo le forme previste dalla legge. E se è vero che l’art. 13 della l. n. 109/94 consente la presentazione di offerte anche se i raggruppamenti non sono ancora costituiti, è vero anche che in tale ipotesi l’offerta, o la domanda, deve contenere l’impegno che, in caso di aggiudicazione, gli stessi soggetti conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza a uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come capogruppo, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti. Nella specie, soggiunge l’appellante, l’art. 13, comma 5, della l. n. 109/94 trova

applicazione nella sua interezza e il ricorso dev'essere dunque dichiarato inammissibile perché i cinque professionisti non hanno presentato la dichiarazione contenente l'impegno di cui al citato art. 13, quinto comma. Correttamente quindi il Comune non ha preso in considerazione la domanda congiunta e ha deciso di assegnare l'incarico al geom. Bramato: di qui la inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione e di interesse, per la parte sia impugnatoria sia risarcitoria;

-in secondo luogo, e in ogni caso, la sentenza andrebbe riformata nella parte in cui è stato riconosciuto ai ricorrenti un danno di 852 euro. "Non si comprende, e comunque non viene specificato –scrive l'appellante- perché nell'era dei computers, per redigere una domanda di una facciata, una dichiarazione di un'altra facciata e un curriculum che ogni professionista serio dovrebbe avere, ci vogliono ben cinque ore".

Con ordinanza n. 2785 del 2005 la Sezione ha sospeso l'esecutività della sentenza del TAR.. giudicando l'appello assistito da consistenti ragioni di fondatezza specie con riferimento alle censure inerenti le modalità consociative dei professionisti e i poteri dell'Amministrazione risultanti dal bando.

Resistono gli appellati.

2.- L'appello è fondato e va accolto.

Dalla documentazione prodotta in giudizio risulta evidente la presentazione di una domanda congiunta dei cinque professionisti, riuniti in raggruppamento temporaneo. Nella domanda congiunta viene infatti indicato ciascun componente il raggruppamento, e risulta designato un capogruppo, individuato nell'ing. Claudio Stasi. L'indicazione di un capogruppo e la sottoscrizione congiunta di tutti e cinque i professionisti, i quali dichiarano di presentarsi riuniti in raggruppamento temporaneo, non fa dubitare della intenzione dei partecipanti di ottenere il conferimento dell'incarico in forma associata.

Senonché i cinque professionisti, né in calce alla domanda, né con separato atto, né con la dichiarazione allegata alla domanda hanno formulato l'impegno di cui all'art. 13, comma quinto, della l. n. 109/94, come sostituito dall'art. 9, comma 24, della l. n. 415/98, vigente all'epoca della procedura in contestazione; non hanno cioè formulato l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi professionisti avrebbero conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza a uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificare come capogruppo, il quale avrebbe stipulato il contratto in nome e per conto proprio e dei professionisti mandanti. Correttamente il Comune ha quindi ritenuto di non prendere in considerazione la domanda congiunta.

E il rilievo difensivo degli appellati secondo cui la suesposta argomentazione del Comune appellante sarebbe stata sollevata tardivamente poiché non prospettata negli scritti difensivi di primo grado è infondato giacché il divieto di jus novorum non concerne le difese non proposte in primo grado dal resistente per respingere le pretese del ricorrente (conf. Cons. St. , 2200/06, p. 3.1. e 2990/02, p. 5; v. anche CdS, VI, n. 641/99, ivi rif. ).

Tornando all'esame della fattispecie, è vero che l'avviso pubblico, al p. 1. , non imponeva in modo esplicito, ai soggetti che intendessero costituire un raggruppamento temporaneo di professionisti, di formulare, a pena di esclusione, l'impegno a conferire mandato collettivo speciale ai sensi dell'art. 13, comma 5 cit. . Peraltro, come è stato segnalato di recente dalla giurisprudenza della Sezione (v. dec. n. 7996 del 2010, cui si rinvia anche ai sensi degli articoli 60, 74 e 88/d) del cod. proc. amm.), la formulazione di detto impegno è componente indefettibile della offerta, è richiesta da una norma di legge –si veda, adesso, l'art. 37, comma 8, del d. lgs. n. 163/06- e non necessita della mediazione data dalla “lex specialis”. Inoltre, a ben guardare, l'avviso pubblico richiama l'art. 17 della l. n. 109/94 il quale, a

sua volta, fa richiamo all'art. 13 della legge stessa nella sua interezza; e la lex specialis richiama inoltre l'art. 12, comma 4, della l. reg. n. 13/01, il quale rimanda alle norme statali vigenti in materia, prevedendo l'esclusione per l'ipotesi di dichiarazione incompleta. Correttamente, dunque, il Comune ha ritenuto di non prendere in considerazione la domanda congiunta.

Di qui la carenza di legittimazione dei ricorrenti alla impugnazione in primo grado, diretta a censurare il mancato affidamento dell'incarico al raggruppamento temporaneo, conclusione che rende irrilevante il rilievo degli appellati secondo cui l'appello non censura il capo della sentenza relativo alla illegittimità dell'atto impugnato per difetto di motivazione, in relazione a quanto dispone l'art. 17, comma 12, della l. n. 109/94.

L'appello va dunque accolto e, per l'effetto, il ricorso in primo grado dev'essere dichiarato inammissibile.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese e gli onorari del doppio grado, avuto riguardo alle peculiarità della controversia, sia in fatto sia in diritto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 15 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/12/2011

IL SEGRETARIO

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