

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE III, SENTENZA 2 OTTOBRE 2015, N. 4620.

In caso di raggruppamento costituendo, la mancanza della dichiarazione di impegno, prevista dall'art.37, comma 8, del d.lgs. n.163/2006, comporta l'esclusione dalla gara.

Con bando del 17/07/2011 il Ministero dell'Interno e l'Agenzia del Demanio, stazione appaltante congiunta, bandivano una gara di appalto, con procedura aperta, per l'affidamento del servizio di recupero, custodia ed acquisto di veicoli oggetto di provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'art. 214 bis del d.lgs. n. 285/92, per l'ambito provinciale di Reggio Calabria.

Dalla gara veniva esclusa la società "XXXX S.r.l." mandataria capogruppo di un costituendo R.T.I., con provvedimento del 13/12/2013, in quanto mancava la dichiarazione attestante l'impegno a conferire, in caso di aggiudicazione, il mandato collettivo speciale con rappresentanza all'impresa designata quale mandataria, per stipulare il contratto in nome e per conto delle mandanti.

Avverso tale decisione la ditta propone ricorso al Tar del Lazio, che con sentenza n.10833 del 13/12/2013 respinge il ricorso ritenendo legittima l'esclusione effettuata dalla commissione di gara, in conformità sia della lex specialis che della normativa vigente. La ditta propone un ulteriore ricorso al Consiglio di Stato.

Considerato:

-che l'art. 37, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, prevede che, in caso di partecipazione ad una pubblica gara da parte di raggruppamenti temporanei non ancora costituiti, *"l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti"*;

-che, come risulta evidente, la suddetta disposizione normativa chiede espressamente, unitamente all'offerta, che i soggetti che andranno a costituire il R.T.I., con un'apposita dichiarazione, assumano *"l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi (...) conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi"* – mandatario- *"il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti"*;

-che, conformemente alla previsione normativa suindicata, il disciplinare di gara, al punto X.2, stabilisce espressamente, "a pena di esclusione", la produzione della dichiarazione attestante il su citato impegno;

-che si tratta di una dichiarazione non avente unicamente valore formale, trattandosi di negozio giuridico, che esprime una precisa volontà delle imprese del costituendo raggruppamento temporaneo ;

Tale dichiarazione è il documento che contiene l'impegno delle imprese mandanti a conferire il mandato collettivo speciale con rappresentanza alla mandataria, nel caso di specie, ad avviso del Collegio, non trova applicazione (secondo il regime vigente all'epoca) l'invocato primo comma dell'art.46 DLGS 163/2006 (che consente l'integrazione di documentazione incompleta), ma il comma 1 bis, che commina l'esclusione dell'offerta, ove la stazione appaltante rilevi il "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti".

"D'altra parte è innegabile che, in caso di raggruppamento costituendo, soltanto la dichiarazione di impegno, prevista dall'art.37, comma 8, del D. LGS. n.163/2006, è idonea a perfezionare in capo alle imprese cointeressate il vincolo negoziale nei confronti della mandataria, che consentirà, poi, alla stazione appaltante di rivolgersi alla mandataria del raggruppamento per l'esatto adempimento di tutti gli obblighi derivanti dall'aggiudicazione .

Pertanto, come ha correttamente affermato la sentenza TAR, la natura negoziale della dichiarazione di cui trattasi, che esprime l'impegno delle imprese del costituendo RTI a conferire alla mandataria il mandato con rappresentanza, comporta che *"l'Amministrazione non potesse fare ricorso al soccorso istruttorio, invocato, invece, dalla ricorrente)"*.

In conclusione, Il consiglio di Stato respinge l'appello e conferma la sentenza del TAR Lazio.

Sintesi a cura del Presidente della Commissione Monitoraggio Bandi LL.PP. e rapporti con A.N.AC.