



**RIVISTA GIURIDICA
DELL'EDILIZIA
2004**



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE



n. 205 ha confermato che la giurisdizione esclusiva, anche quando riguarda gli appalti strumentali alla gestione di un pubblico servizio, è limitata alla fase pubblicistica dell'aggiudicazione del contratto.

Non sembra esatto poi che le domande proposte siano state introdotte quali domande risarcitorie consequenziali al richiesto annullamento degli atti impugnati (fermo amministrativo ed atti presupposti) poiché il ricorso originario al punto III testualmente introduceva tali domande «in considerazione della giurisdizione esclusiva riservata in materia...».

In ogni caso attesa la legittimità degli atti impugnati in giurisdizione di legittimità l'azione interpretata nel senso voluto dall'appellante sarebbe infondata. (*Omissis*).

L'associazione temporanea di imprese: natura della responsabilità nei confronti dell'Amministrazione alla luce dell'istituto del fermo amministrativo.

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale. — 2. Il fermo amministrativo: natura e presupposti. — 3. La responsabilità solidale delle imprese riunite nell'associazione temporanea. Il quadro normativo e le diverse teorie dottrinali. — 4. La soluzione del Consiglio di Stato.

Con la sentenza qui commentata, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato affronta la questione, molto dibattuta e variamente risolta, sia in dottrina che in giurisprudenza, della natura della responsabilità solidale delle imprese riunite nell'associazione temporanea nei confronti dell'amministrazione. Il percorso argomentativo seguito dal Supremo Consesso giurisdizionale amministrativo muove — opportunamente ed efficacemente — da una ricostruzione dell'istituto del fermo amministrativo, nella fattispecie disposto a carico di tutte le imprese facenti parte dell'A.T.I., pur se diverse da quella nei cui confronti l'amministrazione aggiudicatrice affermava di vantare una ragione di credito. I giudici di Palazzo Spada hanno, quindi, passato in rassegna le diverse teorie propugnate dalla dottrina in ordine alla questione della natura della solidarietà passiva delle imprese raggruppate nell'A.T.I., pervenendo ad una statuizione conclusiva che, sul punto, si segnala, non solo per la completezza della disamina effettuata, ma anche per la presenza di importanti elementi di novità, sui quali ci si soffermerà al punto *sub* 4 che segue.

1. *La vicenda processuale.*

1.1. Con contratto del 12 agosto 1994, il Ministero dei lavori pubblici (oggi Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) affidava ad un'A.T.I., composta, oltre che dalla ricorrente, dalle società Sailem (mandataria capogruppo), Gambogi e Cogei, i lavori di completamento delle strutture del porto di Bari.

Nel corso dell'appalto la Sailem veniva dichiarata fallita e la Gambogi veniva fusa per incorporazione nella Soc. Ferrocemento, che conferiva l'intero ramo d'azienda — Costruzioni in appalto — alla Soc. Condotte d'acqua.

Il Ministero chiedeva alle restanti imprese la disponibilità a proseguire nell'esecuzione dell'appalto, richiesta prontamente — e positivamente — riscontrata.

Dalle conseguenti verifiche effettuate emergeva che, a favore della Sailem, erano stati contabilizzati e liquidati lavori mai eseguiti. Tale circostanza veniva denunciata all'Amministrazione appaltante, mettendo altresì in moto un procedimento penale, che portava a numerosi arresti.

Nel frattempo, con provvedimento in data 13 settembre 1999, il Ministero procedeva alla rescissione del contratto.

Infine, con provvedimento del 10 ottobre 2001, successivo a d. min. del 1° ottobre, di accertamento di un preteso debito del raggruppamento temporaneo di imprese, l'Amministrazione, assumendosi creditrice della Soc. Icla, disponeva il fermo amministrativo di tutti

i crediti vantati da quest'ultima (fino alla concorrenza di una cifra superiore ai 22 miliardi).

Tale provvedimento di fermo amministrativo veniva impugnato da parte della società Icla, in uno con l'anzidetto decreto ministeriale e con la richiesta di rimborso avanzata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in data 11 ottobre 2001.

1.2. Il T.A.R. Lazio, con la sentenza impugnata, in epigrafe indicata, rigettava il gravame, disattendendo le censure mosse dalla ricorrente società Icla, volte ad evidenziare, da un lato, l'omesso avviso di avvio del procedimento, con conseguente violazione dell'art. 7 della l. n. 241 del 1990, nonché, dall'altro, la violazione ed errata applicazione dell'art. 69 della legge di contabilità dello Stato 18 novembre 1923, n. 2440, atteso che la ricorrente stessa si dichiarava del tutto estranea alla vicenda (tanto più che l'Amministrazione aggiudicatrice aveva manifestato l'intenzione di continuare ad avvalersi delle sue prestazioni, dopo il fallimento della Sailem, per il completamento dell'appalto).

1.3. La società Icla ha interposto appello, riproponendo i motivi del ricorso di primo grado e censurando la sentenza del T.A.R. Lazio. In particolare, l'appellante ha sostenuto che l'Amministrazione non avrebbe dato contezza dei presupposti di una misura così onerosa per il destinatario; né sarebbe da ignorare la circostanza che proprio le inadempienze — dolose o, quantomeno, colpose — dei funzionari ministeriali, nell'attività di controllo e di contabilizzazione, avrebbero favorito l'illecito comportamento della Sailem, di talché la responsabilità solidale delle altre imprese riunite nell'associazione temporanea andrebbe esclusa, dal momento che il fatto dannoso è imputabile, oltre che ad una di esse, anche alla committenza, in ragione del suo comportamento gravemente colpevole. In tal caso, si delinerebbe la responsabilità solidale fra il committente ed il singolo coobbligato, ai sensi dell'art. 2055 c.c., nei confronti dei soggetti danneggiati. In ogni caso, ove dovesse farsi valere una responsabilità accanto o a prescindere da quella per danno da inadempimento, andrebbe comunque considerato che, ai sensi dell'art. 1227 c.c., il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, e, nel caso di specie, sarebbe di tutta evidenza che se l'Amministrazione avesse compiuto in modo diligente i controlli di cui era tenuta ed avesse effettuato in modo corretto la contabilità per i singoli lavori, il danno non si sarebbe prodotto.

1.4. L'Amministrazione si è costituita in giudizio sostenendo l'irrelevanza della eventuale responsabilità o corresponsabilità dei propri funzionari e che, comunque, l'eventuale dolo dei funzionari medesimi interromperebbe il c.d. nesso organico ed impedirebbe il riferimento alla sfera giuridica dell'Amministrazione dei comportamenti dei suoi agenti.

2. Il fermo amministrativo: natura e presupposti.

Il fermo amministrativo, disciplinato dall'art. 69, sesto ed ultimo comma, della legge di contabilità generale dello Stato (r.d. 18 novembre 1923 n. 2440), costituisce una misura di natura cautelare (assimilabile al sequestro) e dal carattere provvisorio, eccezionale ed atipica, riconducibile all'autotutela amministrativa, che ha lo scopo di legittimare la sospensione del pagamento di un debito, liquido ed esigibile, da parte di un'Amministrazione dello Stato, a salvaguardia della eventuale compensazione legale di esso, con un credito, anche se non attualmente liquido ed esigibile, che la stessa od altra Amministrazione statale pretenda di avere nei confronti del suo creditore(1).

(1) L'art. 69, comma 6, del r.d. n. 2440 del 1923 stabilisce che: «*Qualora un'Amministrazione dello Stato che abbia, a qualsiasi titolo, ragione di credito verso aventi diritto a somme dovute da altre amministrazioni, richieda la sospensione del pagamento, questa deve essere eseguita in attesa del provvedimento definitivo*». La Corte costituzionale, con sentenza 19 aprile 1972 n. 67, in *Foro it.*, 1972, I, 1146, si è espressa a favore della conservazione della norma, dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 6, r.d. n. 2440 del 1923, in riferimento agli artt. 3, 25, comma 1, e 102, comma 1, Cost., definendo il fermo amministrativo come peculiare «*misura di autotutela*» accordata all'amministrazione dello Stato allo scopo di assicurare la regolarità contabile e la realizzazione delle entrate dello Stato e, quindi, come «*strumento necessario alla protezione del pubblico interesse connesso alle esigenze finanziarie dello Stato*».

La giurisprudenza ha da tempo elaborato alcuni principi in tema di fermo amministrativo che possono ormai ritenersi consolidati.

Anzitutto, l'adozione del provvedimento di fermo amministrativo non esige il definitivo accertamento del credito, ma solo una ragionevole apparenza di fondatezza, ovvero un mero *fumus boni juris* (2).

Invero, il concetto di «ragione di credito», di cui all'art. 69 del r.d. n. 2440 del 1923, è insuscettibile di una definizione rigorosa, collocato come è nel limbo che va dalla pretesa creditoria pura e semplice (pertanto anche arbitraria e temeraria) al credito certo, liquido ed esigibile. L'una, come è ovvio, insufficiente in sé e per sé a radicare il potere di fermo (ché altrimenti ne conseguirebbe un inammissibile arbitrio); l'altro, eccedente i requisiti richiesti dalla legge, perché di per sé idoneo a far realizzare i fini cui l'istituto del fermo è preordinato (la compensazione) senza bisogno della tappa intermedia di natura cautelare.

Conseguentemente, l'unico termine idoneo a qualificare la pretesa come atto a radicare il potere di fermo sembra potersi mutuare dal processo civile e, come detto, è il c.d. «*fumus boni juris*», cioè la ragionevole apparenza di fondatezza.

Il fermo amministrativo è, quindi, destinato a produrre effetti interinali, fino all'emanazione di un'eventuale provvedimento di revoca o alla pronuncia giurisdizionale che accerti l'esistenza e l'ammontare del credito erariale, onde consentirne la compensazione legale con la somma oggetto di fermo. La P.A. può, infatti, disporre, con successivo provvedimento definitivo, l'effettivo incameramento delle somme dovute dallo Stato al privato e, di conseguenza, la compensazione legale dei debiti con i crediti dello Stato, ma tale potere discrezionale può intervenire soltanto dopo l'accertamento dell'esistenza di eventuali debiti nei confronti del terzo da parte di Amministrazioni statali, dell'importo, del titolo e della relativa scadenza.

Tuttavia, se le ragioni del credito dovessero risultare arbitrarie o temerarie o comunque inesistenti — per cui viene a configurarsi un vero e proprio illecito da parte dell'Am-

(2) In questo senso, si veda, da ultimo, T.A.R. Lazio, Sez. II, 26 aprile 2002 n. 3627, in *Foro amm.*, 2002, 1303: «Per l'adozione della misura cautelare del fermo amministrativo non è necessario che il credito vantato dall'Amministrazione sia liquido ed esigibile, ma solo che vi siano fondate ragioni di credito nei confronti del privato»; parimenti, Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2002 n. 1909, secondo cui «Il provvedimento di fermo amministrativo ha natura cautelare ed è assistito, per definizione, da motivi di urgenza, in quanto rivolto a sospendere, in presenza di ragioni di credito, eventuali pagamenti dovuti, la cui mancata erogazione, altrimenti, sarebbe ascritta a mora dell'Amministrazione debitrice; proprio per la sua natura cautelare e intrinsecamente provvisoria, può essere adottato non solo quando il diritto di credito a cautela del quale è disposto sia già definitivamente accertato, ma anche quando il credito sia contestato, ma sia ragionevole ritenere l'esistenza, posto che suo presupposto normativo, ai sensi dell'art. 69 r.d. n. 2440 del 1923, è la mera ragione di credito e non la provata esistenza del credito stesso»; si vedano, altresì, in *terminis*, T.A.R. Lazio, Sez. II-ter, 11 settembre 2000 n. 7010, in *T.A.R.*, 2000, I, 3580; Cons. St., sez. IV, 14 gennaio 1999 n. 23, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Atto amministrativo*, n. 54; Cons. St., Sez. IV, 27 febbraio 1998 n. 350, *id.*, *Rep.* 1998, voce *Contratti della P.A.*, n. 444, che così recita: «Il fermo amministrativo è provvedimento di autotutela cautelare, che, proprio per la sua natura cautelare ed intrinsecamente provvisoria, può essere adottato non solo quando il diritto di credito a cautela del quale è disposto sia stato definitivamente accertato, ma anche nei casi in cui il credito sia contestato e tuttavia sia ragionevole sostenerne l'esistenza, posto che presupposto normativo del fermo è la mera ragione di credito e non la provata esistenza del credito stesso, ovvero l'accertamento giudiziale del medesimo»; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 13 gennaio 1997 n. 43, *ibid.*, voce *Contabilità di Stato*, nn. 43, 44 (ove si afferma che si deve escludere che per l'assunzione del provvedimento cautelare di fermo l'amministrazione debba aver promosso — ovvero debba promuovere contestualmente — un giudizio innanzi al giudice ordinario in ordine alla fondatezza del presunto credito); T.A.R. Lazio, Sez. III, 14 marzo 1990 n. 410, in *T.A.R.*, 1990, I, 1373, secondo cui «Il fermo amministrativo, in quanto misura cautelare offerta all'amministrazione pubblica allo scopo di consentirle in maniera rapida ed efficace di conservare le garanzie del debitore in ordine a crediti non ancora esigibili e per i quali non sia ancora possibile agire con le ordinarie procedure di autotutela, ha un ambito di applicazione che non può essere circoscritto alle sole situazioni in cui, pur essendo già stato accertato il credito, non ne sia possibile attualmente l'erogazione (com'è il caso dei crediti sottoposti a condizione o a termine ovvero non ancora quantificabili), ma deve ritenersi esteso a tutte le ipotesi in cui la stessa sussistenza del credito sia oggetto di contestazione, purché appaia ragionevole prevederne l'effettivo venire in essere o se ne prospetti non agevole la realizzazione». Da segnalare, altresì, Corte d'Appello Napoli, 14 novembre 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2956, con nota di S. CIMINI, la quale afferma che, «(...) salvi i casi di certezza, liquidità ed esigibilità del credito (nel qual caso deve procedersi direttamente alla prevista compensazione)», l'amministrazione non può restare inerte a tempo indeterminato, limitandosi a far valere l'esistenza e gli effetti del fermo amministrativo (senza revocarlo e senza richiedere l'accertamento dell'esistenza della propria ragione di credito), ma è «tenuta ad attivarsi al fine di ottenere che la propria ragione di credito si tramuti in credito vero e proprio».

ministrazione costituente lesione di diritti soggettivi — il fermo amministrativo può essere impugnato davanti al giudice ordinario (3).

Altro principio sancito dalla giurisprudenza è quello secondo cui il fermo amministrativo è adottabile solamente da parte delle Amministrazioni dello Stato in senso stretto, con esclusione, pertanto, degli enti territoriali e delle Amministrazioni pubbliche non statali (4).

La giurisprudenza si è occupata del fermo amministrativo anche sotto altri profili. Ad esempio, la giurisprudenza dominante ritiene che, in considerazione della natura cautelare del fermo amministrativo, non sia necessaria la comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 della l. 7 agosto 1990 n. 241 (5), né che sia necessaria una specifica motivazione in ordine a tale omissione (6).

Per quanto interessa il diritto tributario, provvedimento assimilabile all'istituto in parola si riscontra in tema di rimborsi delle eccedenze di imposta risultanti da dichiarazioni dei redditi. Fin dalla Circolare n. 20 del 9 settembre 1987 (Istruzioni di servizio per la gestione della procedura di ausilio all'effettuazione dei rimborsi manuali relativi ai modd. 740, 750 e 760), infatti, il Ministero delle finanze ha impartito istruzioni al Centro di Servizio, autorizzandolo espressamente ad annullare i rimborsi di imposta laddove, in esito al parere richiesto all'Esattore ed agli Enti esterni, forse risultato un debito del contribuente (7).

Pertanto, per concludere, l'istituto del fermo amministrativo, anche alla luce della surriportata giurisprudenza, dovrebbe scontare i seguenti presupposti: a) il credito, che

(3) Sull'idoneità del fermo amministrativo, legittimamente adottato (cioè in presenza del relativo potere), a degradare ad interesse legittimo la posizione di diritto soggettivo del creditore, si vedano, tra le altre, Cass. civ., Sez. un., 4 novembre 2002 n. 15382, in *Dir. e giust.*, 2002, f. 41, 66; Cass. civ., Sez. un., 7 febbraio 2002 n. 1733, in *Fisco*, I, 2002, 2298; Cass. civ., Sez. un., 29 luglio 1998 n. 7414, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Contabilità dello Stato*, n. 37; nonché Cons. St., Sez. VI, 8 marzo 1996 n. 375, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Atto amministrativo*, n. 111. Come precisato dalla stessa giurisprudenza, tale affievolimento del diritto soggettivo del privato avviene, però, limitatamente al profilo dell'esigibilità della prestazione alla scadenza prevista e non a quello dell'accertamento dell'obbligazione, di talché le controversie sulla legittimità del fermo appartengono, di norma, alla giurisdizione amministrativa. La giurisdizione ordinaria entra in gioco soltanto nei casi in cui la posizione del privato mantiene natura e consistenza di diritto soggettivo; il che si verifica allorché il provvedimento di fermo sia stato emanato in assoluta carenza di potere (come si dirà nella successiva nota n. 4) e sia, pertanto, inidoneo ad affievolire la posizione del privato, che potrà adire il giudice ordinario per l'accertamento della sua posizione creditoria, nonché, eventualmente, per il risarcimento dei danni derivanti dal ritardo con cui, in dipendenza del fermo, ha conseguito le somme dovute (cfr. Cass. civ., Sez. un., 25 gennaio 1989 n. 23, in *Foro it.*, 1989, I, 1099, con nota di C.M. BARONE).

(4) Si vedano, in questo senso, Cass. civ., Sez. un., 29 luglio 1998 n. 7414, cit. e Cass. civ., Sez. un., 7 marzo 1983 n. 1673, *id.*, Rep. 1983, voce cit., n. 41, secondo le quali l'istituto *de quo* non può essere legittimamente utilizzato da parte delle Regioni neanche quando vi sia un generale rinvio operato con disposizione di legge regionale alle norme di contabilità generale dello Stato; si confrontino, *in terminis*, T.A.R. Liguria, 25 giugno 2001 n. 738, in *Foro amm.*, 2001 e Cass. civ., Sez. un., 4 novembre 2002 n. 15382, cit.; secondo quest'ultima, in particolare: «L'istituto del fermo amministrativo, di cui all'art. 69, comma 6, r.d. n. 2440 del 1923, è riferito esclusivamente ad Amministrazioni statali, e non può pertanto essere direttamente utilizzato da parte delle province, in quanto la traslazione di tale strumento al di fuori dell'alveo legislativamente assegnatogli ed il suo inserimento nell'ordinamento contabile di enti diversi dallo Stato può ammettersi soltanto in presenza di un'espressa ed inequivoca disposizione normativa. Ne consegue, per un verso, che i provvedimenti dispositivi di tale rimedio emessi dalla provincia, risultando deliberati in totale carenza di potere, sono inidonei ad affievolire la posizione di diritto soggettivo del privato e, per altro verso, che la controversia sulla sussistenza e sulla esigibilità del credito del privato appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario».

(5) Così, *ex pluribus*, T.A.R. Lazio, Sez. III, 7 agosto 2002 n. 7052, in *Foro amm.*, 2002, 2535; T.A.R. Lazio, Sez. II, 26 aprile 2002 n. 3726, cit.; T.A.R. Lazio, Sez. II, 21 marzo 2001 n. 2235, in *Dir. e giur. agr.*, 2002, 67.

(6) Si vedano, fra le altre, T.A.R. Lazio, Sez. II-ter, 11 settembre 2000 n. 7010, cit., e Cons. St., Sez. IV, 27 febbraio 1998 n. 350, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Atto amministrativo*, n. 205.

(7) Numerose sono le circolari emanate dal Ministero del tesoro (oggi, Ministero dell'economia e delle finanze) in merito all'emissione dei fermi amministrativi; si vedano le circolari ministeriali n. 38, prot. 113578 del 13 marzo 1959; n. 18, prot. 177644 del 24 marzo 1969; prot. 122240 del 9 aprile 1980; n. 32, prot. 127440 del 28 aprile 1982; n. 24, prot. 126711 del 4 aprile 1987; n. 35, prot. 14702 del 4 agosto 1988; n. 51, prot. 169077 del 30 novembre 1988; ed infine, al fine di fornire alle Amministrazioni interessate un'aggiornata raccolta organica di tutte le istruzioni inerenti l'argomento, la circolare n. 21 del 29 marzo 1999, emanata dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (in *Gazzetta Ufficiale*, 9 aprile 1999 n. 82).

un'amministrazione vanta verso creditori di un'altra amministrazione, deve avere una ragionevole apparenza di fondatezza, tale cioè da poterlo comunque classificare, dal punto di vista contabile, fra i crediti «certi»; senza tale requisito, l'emissione del fermo amministrativo concretizzerebbe un «comportamento senza potere», eventualmente causativo di danno risarcibile (in proposito, va, comunque, ribadito che non è necessario che il credito sia liquido ed esigibile, in quanto entrambi tali ulteriori requisiti devono assistere il credito della P.A. soltanto nel momento conclusivo in cui viene richiesto il versamento della somma fermata); *b*) il credito colpito deve appartenere all'Amministrazione statale che dispone il fermo (non si possono colpire cespiti di cui lo Stato è semplice intermediario); il provvedimento di fermo va rivolto alle sole Amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo; ciò in coerenza col principio del carattere unitario della personalità dello Stato (esso, infatti, non trova applicazione fra persone giuridiche distinte, in relazione a quanto disposto dall'art. 1243 c.c., cui si ispira il provvedimento cautelare in esame); *c*) l'Amministrazione creditrice dev'essere diversa da quella debitrice. Quando trattasi di amministrazione che nello stesso tempo sia creditrice e debitrice e sempre che il suo debito non sia inferiore al credito da essa vantato, non ricorre la necessità di un particolare provvedimento cautelativo di carattere temporaneo — quale è quello di cui all'art. 69 del r.d. n. 2440 del 1923 — potendosi direttamente e più celermente addivenire alla compensazione tra debiti e crediti, purché — s'intende — sussistano i requisiti di cui all'art. 1243 c.c. e cioè l'omogeneità dei termini, nonché la liquidità ed esigibilità dei crediti che vi entrano a far parte.

3. *La responsabilità solidale delle imprese riunite nell'associazione temporanea. Il quadro normativo e le diverse teorie dottrinali.*

Com'è noto, l'istituto dell'associazione temporanea di imprese tende a realizzare una particolare forma di coordinazione e di collaborazione tra imprese, grazie alla quale esse possono integrare (in senso orizzontale o in senso verticale) (8) le proprie risorse tecniche e

(8) Le associazioni orizzontali si caratterizzano per l'omogeneità di specializzazione e di competenza tra imprese che, in vista dell'aggiudicazione e dell'esecuzione di un'opera tecnicamente non complessa, assommano le loro risorse individuali, sicché la suddivisione dei lavori ha natura meramente o prevalentemente quantitativa. Le associazioni di tipo verticale sono invece intese all'esecuzione coordinata di un'opera tecnicamente complessa che richiede varie specializzazioni, sicché la suddivisione dei lavori avviene su linee qualitative, secondo le peculiarità delle varie componenti dell'opera (cfr. CIANFLONE-GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè ed., 2003, 317). Altrimenti detto, le imprese partecipanti al secondo tipo di A.T.I., in quanto specializzate ciascuna in una determinata categoria di lavori, assicurano l'esecuzione delle singole parti specialistiche di cui si compone l'opera. La definizione di associazioni di tipo verticale è contenuta nell'art. 13, comma 8, della l. n. 109 del 1994: «Per associazione temporanea di tipo verticale si intende una riunione di concorrenti di cui all'art. 10, comma 1, lett. d), nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della o delle categorie prevalenti; per lavori scorporabili si intendono i lavori non appartenenti alla o alle categorie prevalenti e così definiti nel bando di gara, assumibili da uno dei mandanti». In giurisprudenza, si veda, anzitutto, *ex pluribus*, Cons. St., Sez. V, 4 novembre 1999 n. 1805, in *Foro amm.*, 1999, 2440: «Negli appalti di opere pubbliche, non sussiste di regola alcuna incompatibilità tra un'associazione di imprese di tipo "orizzontale" (ossia quella in cui ciascuna impresa riunita è responsabile verso la stazione appaltante dell'esecuzione dell'intera opera e la distribuzione del lavoro tra le imprese non rileva all'esterno) e un'associazione di tipo "verticale" (ossia quella in cui l'impresa, che sia capace per la categoria prevalente, s'associa con altre imprese provviste della capacità per le opere scorporabili). Pertanto, negli appalti di opere che prevedano, oltre ai lavori della categoria prevalente, pure parti scorporabili, è consentita la partecipazione di associazioni temporanee riunite di entrambi i tipi»; «L'associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale è caratterizzata da specializzazioni omogenee e comunque implicanti una distribuzione meramente quantitativa del lavoro appaltato, con iscrizione all'albo nazionale dei costruttori di ciascuna impresa per classifica corrispondente ad un quinto dell'importo dei lavori appaltati (purché la somma degli importi per i quali le imprese sono iscritte sia almeno pari all'importo complessivo dell'appalto) e responsabilità solidale di ciascuna associata per l'intero appalto nei confronti dell'appaltante, mentre l'associazione verticale presuppone una specializzazione diversificata delle associate e, quindi, una suddivisione qualitativa del lavoro ed è ammissibile solo quando nel bando di gara sono previste opere scorporabili con indicazione del relativo importo» (T.A.R. Valle d'Aosta, 16 settembre 1999 n. 124, in *T.A.R.*, 1999, I, 4309); secondo Cass. civ., Sez. III, 18 aprile 2001 n. 5669, in *Urb. e appalti*, 2001, 751; «L'aggiudicazione di appalto di lavori pubblici ad un'associazione temporanea di imprese comporta — salvo che vi sia evidenza che talune delle imprese mandanti si fosse impegnata ad eseguire unicamente parti scorporabili dell'opera, indicate nel bando o nell'avviso di gara — la responsabilità solidale di tutte e non solo della capogruppo per le obbligazioni assunte dall'associazione; al che il fideiussore che ha garantito per

finanziarie in vista dell'aggiudicazione e dell'esecuzione di un appalto. Il raggruppamento di imprese, tuttavia, non è un'impresa in senso tecnico-giuridico, ma uno strumento utilizzabile occasionalmente e temporaneamente per consentire a più imprese di presentare un'offerta unitaria in gare di appalto alle quali singolarmente non avrebbero potuto partecipare⁽⁹⁾ o non avrebbero partecipato per mancanza di requisiti tecnici e finanziari o per evitare un rischio eccessivo.

Ne consegue che l'associazione temporanea di imprese non costituisce un soggetto giuridico autonomo e distinto dalle singole imprese partecipanti⁽¹⁰⁾.

L'istituto è stato introdotto dall'art. 20 della l. 8 agosto 1977 n. 584, che ha ammesso «a presentare offerte», per gli appalti contemplati dalla legge stessa, nonché per gli appalti di opere pubbliche in genere, da eseguirsi a cura delle Amministrazioni e degli enti pubblici, dei loro concessionari o da cooperative o da consorzi ammessi a contributo o concorso finanziario dello Stato o di enti pubblici «imprese riunite che abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, qualificata capogruppo, la quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e delle mandanti», inizia e intrattiene ogni rapporto con l'Amministrazione e tutte le rappresenta, anche processualmente.

La previsione dell'art. 20 della l. n. 584 del 1977 è stata poi riprodotta dall'art. 22 del d. legis. 19 dicembre 1991 n. 406. Da ultimo, l'art. 10, comma 1, lett. d), della l. 11 febbraio 1994 n. 109, ha inserito le associazioni temporanee di imprese tra gli organi soggetti ammessi a partecipare alle procedure per l'affidamento dei lavori pubblici, fissandone all'art. 13 la regolamentazione di massima, mentre l'ulteriore disciplina di dettaglio è stata posta dal d.p.r. 21 dicembre 1999 n. 554, specialmente agli artt. 93 e segg.

La legittimazione a concorrere a gare di appalto di opere pubbliche e, quindi, a costituirsi parte del relativo contratto, da parte delle associazioni temporanee di imprese è riconosciuta sia in caso di pubblici incanti, licitazione privata e appalto-concorso, sia in caso di trattativa privata⁽¹¹⁾.

*tutte, ha regresso contro ciascuna delle imprese per ripetere integralmente ciò che ha pagato all'amministrazione committente»; «Negli appalti di opere pubbliche le imprese consorziate hanno, così come pure le associazioni temporanee di imprese, responsabilità solidale nel caso di integrazioni di ogni tipo orizzontale mentre invece ogni impresa risponde soltanto dei propri lavori nelle integrazioni di tipo verticale» (Cons. St., Sez. VI, 24 ottobre 2000 n. 5679/E, in *Giur. bollettino legisl. tecnica*, 2001, 80); si veda, infine, T.A.R. Lazio, Sez. I, 6 giugno 1997 n. 852, in *T.A.R.*, 1997, I, 2195, secondo cui «L'associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale è caratterizzata da specializzazioni omogenee e comunque implicanti una distribuzione meramente quantitativa del lavoro appaltato, con iscrizione all'albo nazionale costruttori di ciascuna impresa per classifica corrispondente ad un quinto dell'importo di lavori appaltati (purché la somma degli importi per i quali le imprese sono iscritte sia almeno pari all'importo complessivo dell'appalto) e responsabilità solidale di ciascuna associata per l'intero appalto nei confronti dell'appaltante, mentre l'associazione verticale presuppone una specializzazione diversificata delle associate e quindi una suddivisione qualitativa del lavoro ed è ammissibile solo quando nel bando di gara sono previste delle opere scorporabili con indicazione del relativo importo». Può anche darsi l'ipotesi di un'associazione di tipo misto, in cui, ferma restando l'associazione di tipo verticale per le opere scorporabili, le opere della categoria prevalente possono essere eseguite, oltre che da una singola impresa mandataria, da un'associazione esclusivamente di tipo orizzontale; così, Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 3 febbraio 2000 n. 36, in *Giur. bollettino legisl. tecnica*, 2000, 112, secondo cui «È ammissibile la partecipazione a gara d'appalto di opera pubblica di un'associazione temporanea di imprese di tipo misto composta, oltre che in ogni caso dalla impresa mandataria, da più imprese in associazione orizzontale per l'esecuzione dei lavori della categoria prevalente e da altre imprese (mandanti) — per l'esecuzione delle opere scorporabili — in associazione verticale con le precedenti».*

(9) Secondo Cons. St., Ad. Plen., 27 novembre 1990 n. 10, in *Riv. corte conti*, 1990, fasc. 6, 190, «Il raggruppamento di imprese non è un'impresa in senso tecnico e giuridico, ma è uno strumento messo in opera, di volta in volta, per consentire a più imprese, risalenti ad una capo-gruppo, di presentare un'offerta unitaria in gare di appalto alle quali non avrebbero potuto partecipare o non avrebbero partecipato per mancanza dei requisiti tecnici e finanziari o per evitare un rischio eccessivo»; cfr., in terminis, Cons. St., Sez. V, 4 dicembre 1996 n. 1476, in *Foro amm.*, 1996, 3301; T.A.R. Lazio, Sez. I, 6 giugno 1997 n. 852, in *T.A.R.*, 1997, I, 2195 e T.A.R. Umbria, 3 marzo 1997 n. 97, in *Foro amm.*, 1997, 2829.

(10) Così, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 7 agosto 1985, in *T.A.R.*, 1985, I, 3356: «L'associazione temporanea di imprese prevista dalla l. 8 agosto 1977 n. 584 ai fini della presentazione di offerte nelle gare di appalto non (costituisce) una nuova figura soggettiva distinta dalle singole imprese partecipanti alla riunione, le quali mantengono integra la loro individuabilità ed organizzazione, assumendo soltanto una responsabilità solidale che riveste particolare rilevanza nella mandataria capogruppo».

(11) Sulla legittimazione delle associazioni temporanee di imprese ad addvenire alla stipula di contratti ad evidenza pubblica mediante gara a trattativa privata si era già pronunciato T.A.R. Toscana, Sez. I, 30 maggio 1991 n. 314, in *Foro amm.*, 1992, 140: «È legittima la conclusione di una trattativa privata con una

Nel vigore della l. n. 584 del 1977 si era ritenuto che non fosse possibile procedere alla costituzione del raggruppamento successivamente all'aggiudicazione. In seguito, l'art. 22, comma 4, del d. legisl. 19 dicembre 1991 n. 406 aveva espressamente vietato il raggruppamento concomitante (ovvero anteriore all'aggiudicazione, ma posteriore all'offerta) o successivo all'aggiudicazione. Analogamente disponeva l'art. 13 della l. n. 109 del 1994, nella sua originaria formulazione. L'art. 9, comma 24, della l. n. 415 del 1998, però, modificando il comma 5 dell'art. 13 della l. n. 109 del 1994, ha stabilito che «è consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'art. 10, comma 1, lett. d) e e), anche se non ancora costituiti. In tal caso, l'offerta deve essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione delle gare, le stesse imprese conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta e qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti».

Come giustamente è stato fatto rilevare⁽¹²⁾, il punto centrale della disciplina in materia di A.T.I. è costituito proprio dall'utilizzazione dell'istituto del mandato speciale collettivo, ovvero, di quel tipo di mandato che si individua per il fatto di essere conferito da più persone con un unico atto e per un affare di interesse comune, di talché, a' sensi dell'art. 1726 c.c., «la revoca non ha effetto qualora non sia fatta da tutti i mandanti, salvo che ricorra una giusta causa».

L'impresa capogruppo esprime l'offerta anche in nome e per conto proprio, oltreché delle mandanti; il mandato in questione, pertanto, oltre ad essere collettivo, è anche *in rem propriam*; perciò, esso, ai sensi dell'art. 1723, comma 2, c.c., non si estingue per revoca da parte del mandante «salvo che sia diversamente stabilito, o ricorra una giusta causa di revoca».

Entrambe le fattispecie — mandato collettivo e mandato *in rem propriam* — sono casi di c.d. irrevocabilità assoluta, perché se la revoca non è fatta da tutti i mandanti, ovvero se non ricorre una giusta causa, il mandato non si estingue.

Il mandato, che è un negozio di gestione, ha effetto esclusivamente tra le imprese mandanti e l'impresa mandataria. Ciò che ha effetto nei confronti della stazione appaltante è invece la procura, che è un negozio unilaterale, ed essenzialmente revocabile, in quanto autonomo rispetto al negozio gestorio sottostante⁽¹³⁾.

Come accennato all'inizio del presente paragrafo, ciascuna delle imprese riunite mantiene integra la propria individualità; ognuna di esse, inoltre, «conserva la propria autonomia ai fini della gestione degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali» (art. 95, comma 7, del regolamento n. 554 del 1999), ferma restando la loro responsabilità solidale nei confronti del soggetto appaltante.

Invero, secondo quanto disposto dal secondo comma dell'art. 13, comma 2, della l. n. 109 del 1994, la proposizione di un'offerta da parte di concorrenti associati ne determina la responsabilità solidale nei confronti della committente⁽¹⁴⁾.

Dunque, le imprese partecipanti alla riunione sono solidalmente responsabili di fronte all'amministrazione dell'adempimento dell'intero contratto, indipendentemente dalla ripartizione del lavoro fra loro. Tale responsabilità l'Amministrazione può far valere direttamente verso le imprese mandanti (art. 95, comma 6, del d.p.r. n. 554 del 1999)⁽¹⁵⁾.

La differenza tra i tipi strutturali delle associazioni orizzontali e di quelle verticali si coglie soprattutto nel regime della responsabilità.

Come detto, nelle associazioni orizzontali, l'offerta delle imprese riunite determina la loro responsabilità solidale nei confronti dell'Amministrazione.

associazione temporanea di imprese, in base ai principi generali, nonché ad una interpretazione estensiva dell'art. 1 l. 28 febbraio 1983 n. 53, sulla linea successivamente esplicitata dall'art. 23 l. 10 maggio 1989 n. 183». Si veda ora l'art. 93, comma 2, del d.p.r. n. 554 del 1999.

(12) CIANFLONE-GIOVANNINI, *op. cit.*, 320.

(13) Mentre l'irrevocabilità, prevista dall'art. 1723, comma 2, c.c., attiene al negozio gestorio medesimo e si esaurisce nel rapporto interno fra il mandante ed il mandatario. In tal senso, l'art. 95, comma 5, del d.p.r. n. 554 del 1999 stabilisce che la revoca per giusta causa del mandato non ha effetto nei confronti della stazione appaltante.

(14) Così, in precedenza, l'art. 23, comma 7, del d. legisl. n. 406 del 1991 e, prima ancora, l'art. 21, ultimo comma, della l. n. 584 del 1977, nel testo sostituito dall'art. 9 della l. 8 ottobre 1984 n. 687.

(15) Così, in precedenza, l'art. 23, comma 9, del d. legisl. n. 406 del 1991 e, prima ancora, l'art. 22, comma 2, della l. n. 584 del 1977.

Nelle associazioni verticali, invece, è esclusa dalla responsabilità solidale l'impresa as-suntrice delle opere scorporate, ai sensi dell'art. 13, comma 2, della l. n. 109 del 1994 (in precedenza, l'art. 23, comma 7, del d. legisl. n. 406 del 1991 e, prima ancora, l'art. 21, comma 2, della l. n. 584 del 1977, modificato dall'art. 9 della l. n. 687 del 1984): «*Per gli assuntori di lavori scorporabili la responsabilità è limitata all'esecuzione dei lavori di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario o del capogruppo*».

Si tratta di una disciplina piuttosto scarna, che certo non aiuta a chiarire la questione di fondo della natura della responsabilità solidale delle imprese riunite. Il dubbio maggiore riguarda il caso delle associazioni di tipo verticale e, nell'ambito di queste (ove, per espressa disposizione di legge, la garanzia è accollata alla sola capogruppo), la posizione delle imprese mandanti.

La dottrina, sul punto, si è divisa.

C'è, anzitutto, una teoria secondo cui, per lo meno per quanto concerne l'impresa capogruppo, non si tratterebbe di obbligazione (accessoria) di garanzia di tipo fideiussorio, ma di coobbligazione solidale nell'esecuzione della prestazione (primaria) dedotta nell'oggetto del contratto d'appalto (16). La responsabilità delle imprese riunite nell'associazione di tipo orizzontale e della capogruppo nelle associazioni verticali sarebbe, pertanto, una responsabilità di carattere *primario*, implicando, in caso di mancato adempimento di una delle imprese, l'obbligo di eseguire direttamente la prestazione dovuta.

C'è, poi, una seconda corrente di pensiero che ritiene trattarsi di una responsabilità di carattere *accessorio*, implicando, invece, l'obbligo di tenere indenne l'amministrazione dalle conseguenze dannose derivanti dall'inadempimento di una delle imprese riunite. In altri termini, si tratterebbe di un'obbligazione *fideiussoria ex lege*, come quella cui viene ricondotta la responsabilità — solidale con quella dell'associazione non riconosciuta prevista dall'art. 38 c.c. — delle persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione medesima (17).

4. La soluzione del Consiglio di Stato.

Come accennato al punto *sub* 1. che precede, la società appellante aveva rilevato, come primo motivo di impugnazione, poi riproposto in secondo grado, che, nella fattispecie, l'amministrazione non avrebbe dato contezza dei presupposti legittimanti l'adozione del fermo amministrativo; essa, infatti, sarebbe stata del tutto estranea alla vicenda sottostante.

Orbene, i giudici di Palazzo Spada hanno respinto le doglianze dell'appellante e, muovendo da una puntuale ed articolata ricostruzione di quella misura cautelare, dei suoi

(16) Così, CIANFLONE-GIOVANNINI, *op. cit.*, 332, argomentando dagli artt. 10, lett. *d*) della l. n. 109 del 1994 e 94, comma 2, del d.p.r. n. 554 del 1999 (in precedenza artt. 22, comma 1, e 25, comma 2, del d. legisl. n. 406 del 1991 e, prima ancora, art. 21, ultimo comma, come modificato dall'art. 9 della l. n. 587 del 1984); in particolare, secondo la disposizione del regolamento di attuazione della legge-quadro in materia di lavori pubblici da ultimo citata: «*In caso di fallimento di una delle imprese mandanti, ovvero, qualora si tratti di un'impresa individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del suo titolare, l'impresa capogruppo, ove non indichi altra impresa subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuta alla esecuzione, direttamente o a mezzo delle altre imprese mandanti, purché queste abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire*».

(17) Così, LORIA, *Le riunioni temporanee di imprese: natura della solidarietà nei confronti dell'amministrazione*, in Atti convegno CERISOP, 219; sulla natura della responsabilità solidale *ex art. 38 c.c.* si veda, da ultimo, Cass. civ., Sez. III, 6 agosto 2002 n. 11759, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1475: «*La responsabilità solidale prevista dall'art. 38 c.c. per colui che ha agito in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta non concerne, neppure in parte, un debito proprio dell'associato, ma ha carattere accessorio, anche se non sussidiario, rispetto alla responsabilità primaria dell'associazione stessa; consegue che l'obbligazione, avente natura solidale, di colui che ha agito per essa è inquadrabile fra quelle di garanzia *ex lege*, assimilabili alla fideiussione, e che il diritto del terzo creditore è assoggettato alla decadenza di cui all'art. 1957 c.c. secondo i principi riguardanti la fideiussione solidale, per cui non si richiede la tempestiva escussione del debitore principale ma, ad impedire l'estinzione della garanzia, è indispensabile che il creditore eserciti tempestivamente l'azione nei confronti, a sua scelta, del debitore principale o del fideiussore*»; conforme, Corte d'Appello Roma, 18 giugno 2002, in *Giur. merito*, 2002. Si confrontino, altresì, in *terminis*, Cass. civ., Sez. lav., 27 dicembre 1991 n. 13946, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, f. 12 e Cass. civ., Sez. lav., 26 febbraio 1985 n. 1655, in *Foro it.*, 1985, I, 2672.

presupposti, della motivazione che la deve assistere e delle funzioni che deve svolgere, hanno poi affrontato ed efficacemente spiegato i termini della discussa questione della natura della responsabilità solidale delle imprese riunite nell'associazione temporanea.

Anzitutto, il Supremo Consesso della giustizia amministrativa ha dato atto dell'esistenza di due diverse teorie: quella secondo cui la responsabilità solidale delle imprese riunite nei confronti della P.A. appellante, determinata dalla loro offerta unitaria (art. 13, comma 2, della l. n. 109 del 1994), sarebbe una responsabilità di carattere *primario*, comportando, in caso di inadempimento di una delle imprese l'obbligo delle altre di eseguire la prestazione dovuta e, dunque, la parte dell'opera rimasta ineseguita; e quella secondo cui tale responsabilità sarebbe, invece, di carattere *accessorio*, implicando l'obbligo di tenere indenne l'Amministrazione dalle conseguenze dannose derivanti dall'inadempimento di una delle imprese riunite.

Ciò premesso, la Sezione sesta del Consiglio di Stato, argomentando dal carattere inderogabile delle regole sui requisiti di idoneità, ha preferito aderire alla seconda delle surricordate tesi, così ascrivendo la responsabilità delle imprese riunite nei confronti dell'amministrazione al genere della fideiussione *ex lege*.

Ebbene, tale decisione appare senz'altro condivisibile.

Invero alla configurazione della responsabilità solidale delle imprese riunite nei confronti dell'amministrazione in termini di coobbligazione solidale nell'esecuzione della prestazione dedotta nell'oggetto del contratto d'appalto, come sostiene una parte della dottrina, sembrano essere di ostacolo proprio le norme sui requisiti di idoneità, che sarebbero chiaramente eluse se le imprese riunite fossero tenute ad eseguire direttamente la prestazione dovuta.

Le norme pubblicistiche stabiliscono una precisa correlazione tra requisiti di idoneità delle imprese ed opere l'esecuzione delle quali è assumibile dalle stesse; correlazione che costituisce la ragione stessa dell'associazione temporanea di imprese.

Le deroghe, poi, sono espresse dalle norme con formulazioni esplicite. Ad esempio, l'obbligo di adempimento gravante sull'impresa capogruppo in caso di fallimento di un'impresa mandante, oltre a far fronte ad evenienze particolari, è espresso in maniera esplicita: «(...) è tenuta all'esecuzione, direttamente o a mezzo delle imprese mandanti (...)» (art. 94, comma 2, d.p.r. n. 554 del 1999); come si vede, la deroga rispetto alle norme sulla corrispondenza tra requisiti di idoneità ed opere assumibili non è formulata in termini di responsabilità, ma, viceversa, attraverso la puntuale individuazione del comportamento dovuto.

D'altra parte, una prestazione come quella di cui all'art. 93, comma 4, del d.p.r. n. 554 del 1999, secondo cui «*le imprese riunite in associazione temporanea devono eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento*», individua la prestazione delle singole imprese, rendendo rilevante all'esterno e, dunque, anche nei confronti della stazione appaltante, la misura di partecipazione all'attuazione collettiva della prestazione dovuta.

Sono tutti elementi che sembrano ostare a che la responsabilità solidale delle imprese riunite nelle associazioni orizzontali e dell'impresa capogruppo in quelle verticali implichi l'obbligo di eseguire direttamente la prestazione dovuta in caso di mancata attività produttiva di una delle imprese riunite. In tali casi, ove l'impresa riunita non adempiente non sia sostituita da altra impresa idonea, le imprese riunite o, rispettivamente, l'impresa capogruppo sono obbligate a tener indenne l'Amministrazione dalle conseguenze derivanti dall'inadempimento.

Ma la decisione in commento va salutata con favore anche perché, con essa, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare, in termini di assoluta novità, come il vincolo solidale che, dal lato passivo, unisce le imprese riunite nell'A.T.I. (e che, come detto, per il Supremo Collegio si contraddistingue quale garanzia fideiussoria *ex lege*) si estenda alle obbligazioni restitutorie *ex art. 2033 c.c.* nascenti da fatti avvenuti nell'ambito e nel corso dell'esecuzione del contratto e, quindi, anche in caso di pagamento indebito di stati di avanzamento dei lavori a favore di una delle imprese riunite.

Peraltro, discostandosi da quanto statuito in modo più netto dal giudice di prime cure — il quale, infatti, aveva escluso *tout court* che potesse rilevare in qualche modo la circostanza che una delle imprese avesse eventualmente agito con dolo al momento della ricezione del pagamento indebito — i giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che gli stati soggettivi della capogruppo e delle altre imprese associate, pur non essendo comunque mai

tali da escludere la responsabilità solidale, a fronte di un indebito di carattere oggettivo, possono però influire sulla decorrenza degli interessi, atteso che l'art. 2033 c.c. dispone che «chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato» e ha diritto «(...) agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda».

Il Consiglio di Stato, inoltre, conformemente alla giurisprudenza della Corte di Cassazione (18), ha aggiunto che, allorché, nell'esecuzione del contratto, sia intervenuto un fatto illecito, la questione della gravità delle colpe di ciascuna delle imprese riunite nell'associazione temporanea e delle rispettive conseguenze che ne sono derivate può essere oggetto di esame da parte del giudice del merito solo se una di esse ha esercitato l'azione di regresso nei confronti dell'altra, o in vista del regresso, abbia chiesto espressamente tale accertamento in funzione della ripartizione interna del peso del risarcimento con i corresponsabili.

In particolare, il giudice amministrativo di secondo grado, pur ammettendo la possibilità di una prova liberatoria per l'impresa estranea ai fatti sottostanti all'emanazione del provvedimento di fermo amministrativo (prova che, nel caso in cui il fatto illecito sia da riportare ad un inadempimento contrattuale, sarebbe quella relativa all'esistenza di una causa non imputabile che rende impossibile la prestazione, a' sensi dell'art. 1218 c.c.), ha, però, precisato che, «(...) in forza dei principi generali in tema di mandato, in ipotesi di A.T.I., l'esistenza di un dovere di vigilanza delle mandanti sull'operato della mandataria e degli altri componenti il raggruppamento incaricati di eseguire di volta in volta prestazioni o parti dell'opera (...), unitamente alla responsabilità ex lege delle associate per le obbligazioni contrattualmente assunte, determina una presunzione di colpa in vigilando ed in elidendo delle altre imprese che può superarsi in concreto solo provando di non aver potuto, come gruppo, impedire l'evento esterno determinante l'inadempimento (...) ossia di non essere stata in grado di prevenirlo in alcun modo (...)»; ribadendo, comunque che tali valutazioni possono rilevare solo «(...) nella definizione nel merito dell'assetto giuridico della fattispecie, non certo nella fase cautelare dell'adozione del provvedimento di fermo amministrativo (...)».

Secondo la società appellante, il T.A.R. non avrebbe dovuto trascurare la circostanza che proprio le inadempienze — dolose o, quantomeno, colpose — dei funzionari ministeriali, nell'attività di controllo e di contabilizzazione, avrebbero favorito l'illecito comportamento dell'*accipiens* (capogruppo mandataria), di talché la responsabilità solidale delle altre imprese riunite nell'associazione temporanea avrebbe dovuto essere esclusa, dal momento che il fatto dannoso sarebbe stato imputabile, oltre che ad una di esse, anche dalla stessa committenza, in ragione del suo comportamento gravemente colpevole. In tal caso, si sarebbe potuta delineare la responsabilità solidale fra il committente ed il singolo coobbligato, ai sensi dell'art. 2055 c.c., nei confronti dei soggetti danneggiati. In ogni caso, poi, ai sensi del comma secondo dell'art. 1227 c.c., il risarcimento non sarebbe dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, e, nel caso di specie, sarebbe di tutta evidenza che se l'Amministrazione avesse compiuto in modo diligente i controlli cui era tenuta ed avesse effettuato in modo corretto la contabilità per i singoli lavori, il danno non si sarebbe prodotto.

Sul punto, il Supremo Collegio ha evidenziato che, poiché la ragione del credito azionata è di tipo restitutorio (essendo legata alla corresponsione di somme, erogate in corso d'opera per lavori mai eseguiti), non sarebbe applicabile l'art. 1227, comma 2, c.c., che riguarda il risarcimento danni.

Inoltre, il Consiglio di Stato, ai fini della responsabilità diretta dell'Amministrazione, ha ammesso la riferibilità dell'eventuale fatto doloso del funzionario alla stessa P.A.; e ciò, allorché sussista un nesso di occasionalità necessaria tra il comportamento dell'impiegato e le incombenze allo stesso affidate: nesso che va accertato considerando non solo lo specifico comportamento dell'impiegato pubblico costituente abuso, ma il complesso dell'attività nella quale esso si inserisce (19).

(18) Cfr. Cass. civ., Sez. I, 12 dicembre 2001 n. 15687, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 2137; Cass. civ., Sez. III, 10 dicembre 1996 n. 10987, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, n. 1708; Cass. civ., Sez. III, 8 giugno 1994 n. 5546, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, f. 6 e Cass. civ., Sez. III, 29 novembre 1994 n. 10201, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, f. 11.

(19) Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 20 giugno 2000 n. 13048, in *Cass. pen.*, 2002, 1417 e Cass. civ., Sez. III, 14 maggio 1997 n. 4232, in *Rass. Avv. St.*, 1997, I, 139.

Sennonché, nel caso concreto, i giudici di Palazzo Spada hanno escluso la possibilità di una tale verifica, atteso che la stessa appellante non aveva chiarito se le condotte dei funzionari fossero dovute a colpa grave (che non interrompe il nesso organico con la P.A.) o a dolo (che può interromperlo in caso di non riferibilità dell'azione, per la sua palese abnormità, all'amministrazione) e poiché, sul punto, erano ancora in corso i procedimenti penali relativi alle ipotesi di falso.

MASSIMO RAGAZZO

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, 5 agosto 2003, n. 4451 — Pres. TROTTA — Est. TROIANO — Comune di Benevento (avv. Pagano) c. Pisano e Serino (avv. De Chiaro).

(*Conferma T.A.R. Campania, Napoli, 26 aprile 1994 n. 144*).

Piani di zona per l'edilizia residenziale pubblica - Procedimento - Adozione - Parziale occupazione temporanea di aree per la costruzione di alloggi ex lege n. 457 del 1978 - Opere di urbanizzazione e infrastrutture attuative del piano - L. 3 gennaio 1978 n. 1 - Inapplicabilità - Conseguente competenza del Sindaco per l'adozione del provvedimento di occupazione d'urgenza e obbligatorietà del preventivo stato di consistenza.

Ove l'Amministrazione comunale disponga la parziale occupazione d'urgenza di aree per la costruzione di alloggi ai sensi della l. n. 457 del 1978 nell'ambito di un piano di zona per l'edilizia economica popolare, e le opere di urbanizzazione e infrastrutturali, pur rispondendo per la loro natura anche ad interessi più generali, sono connotate nell'ambito del procedimento come interventi attuativi del peep a carico del concessionario privato, non è applicabile la disciplina della l. 3 gennaio 1978 n. 1, che si riferisce solo alle opere pubbliche in senso proprio e non anche alle procedure di occupazione in via d'urgenza preordinate alla realizzazione, da parte di soggetti privati, di interventi di edilizia economica e popolare; conseguentemente la competenza ad adottare il provvedimento di occupazione temporanea di urgenza spetta al Sindaco e non alla Giunta municipale e lo stato di consistenza delle aree deve essere redatto prima dell'immissione nel possesso(1).

(*Omissis*). — DIRITTO. — 1. L'appello è infondato.

Il comune di Benevento propone gravame avverso la decisione del tribunale amministrativo regionale per la Campania di annullamento della deliberazione 3 aprile 1990 n. 1317, con cui la Giunta municipale di Benevento disponeva l'occupazione temporanea in via d'urgenza di un fondo di proprietà degli odierni appellati. Il giudice di prime cure ha annullato il provvedimento impugnato perché, trattandosi di un atto diretto alla realizzazione di un PEEP:

(1) Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 6 febbraio 1990 n. 1, in *Foro amm.*, 1990, I, 313, citata in motivazione, che ha affermato — con riferimento agli interventi di edilizia agevolata e convenzionata realizzati da soggetti privati in regime di superficie ai sensi dell'art. 35 della l. n. 865 del 1971 — l'inapplicabilità della procedura di cui all'art. 3 della l. 3 gennaio 1978 n. 1, in quanto riferibile alle sole ipotesi di realizzazione di opere propriamente pubbliche nelle quali non rientrano tali interventi.