



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1361 del 2013, proposto da:
Saste Servizi Ecologici, rappresentato e difeso dagli avv. Silvia Viario, Giovanni
Sellitto, con domicilio eletto presso Silvia Viario in Venezia, Piazzale Roma, 468/B;

contro

Azienda U.L.S.S. N. 17 Monselice (Pd), rappresentato e difeso dagli avv. Franco
Zambelli, Andrea Leoni, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-
Mestre, via Cavallotti, 22; Asl 115 - Cittadella, Istituto Zooprofilattico
Sperimentale delle Venezie;

nei confronti di

Coopservice Soc.Coop. Per Azioni, rappresentato e difeso dagli avv. Ermes
Coffrini, Marcello Coffrini, Annamaria Tassetto, con domicilio eletto presso
Annamaria Tassetto in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22; Hafner Service S.r.l.,
Coopservice Soc.Coop. Per Azioni;

per l'annullamento

della deliberazione n. 776 del 02.09.2013, a firma del Direttore Generale dell'ULSS n. 17 con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura ristretta per il servizio di raccolta e trasporto per il conferimento allo smaltimento dei rifiuti sanitari in acquisto unificato tra la ULSS n. 17, la ULSS n. 15 Alta padovana e l'Istituto Zooprofilattico sperimentale delle Venezie in favore della Coopservice Soc. Coop. per Azioni; della Deliberazione n. 712 del 05.08.2013, sempre di aggiudicazione definitiva della gara di cui è causa; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda U.L.S.S. N. 17 Monselice (Pd) e di Coopservice Soc.Coop. Per Azioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2013 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

considerato

che la tesi sostanzialista, confortata da taluni arresti giurisprudenziali (cfr. CdS, VI, 16.2.2010 n. 842; V. 10.9.2010 n. 6546; IV, 6.7.2010 n. 4332) che ammette, dopo l'aggiudicazione, il recesso o l'estromissione di una o più imprese raggruppate ove quelle rimanenti siano in possesso dei necessari requisiti di qualificazione (e ciò in quanto il divieto posto dall'art. 37, IX comma del DLgs n. 163 del 2006 riguarderebbe solo l'aggiunta o la sostituzione di componenti, non anche il venir meno, senza sostituzione, di alcuni di essi: questa tesi trae giustificazione e fondamento dalla considerazione che lo scopo perseguito dalla norma in questione sarebbe quello di consentire alla stazione appaltante di verificare il possesso dei

requisiti idoneativi dei concorrenti e, correlativamente, di impedire modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, suscettibili di vanificare l'anzidetta verifica preliminare, fermo restando che la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo non deve avvenire per eludere la disciplina di gara, per evitare cioè la sanzione di esclusione dalla procedura concorsuale per difetto dei requisiti a carico del componente rinunciatario. A tal riguardo deve osservarsi che Ap 4.5.2012 n. 8, richiamata dall'ASL resistente, si è occupata marginalmente di tale questione ove, pur affermando di condividere l'orientamento estensivo, ha rilevato che nel caso in esame “la sostituzione dell'impresa esecutrice avrebbe sanato ex post il difetto di un requisito di partecipazione, in violazione della par condicio, e pertanto era inammissibile”) si scontra inevitabilmente, ed apertamente, con la prescrizione contenuta nell'art. 12, I comma delle preleggi al codice civile che, nel determinare i criteri di interpretazione della legge, stabilisce la prevalenza e la precedenza del criterio letterale: orbene, il chiaro disposto dell'art. 37, IX comma cit. - che prevede che “salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta” - preclude inequivocabilmente interpretazioni volte a consentire ipotesi di modificazione diverse da quelle indicate, e ciò risulta ulteriormente confermato dalla circostanza che il medesimo legislatore ha provveduto espressamente ad individuare le eccezioni al regime del divieto, eccezioni che trovano esclusiva giustificazione nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della stessa (CdS, V, 20.4.2012 n. 2328). Diversamente opinando, infatti, si svolgerebbe “una operazione non già di interpretazione normativa, bensì di (non consentita) integrazione della norma, di per sé compiutamente disciplinante il caso considerato. Tale operazione non già di interpretazione ma di (non consentita) integrazione normativa, risulta viepiù non condivisibile, laddove si rileva che la

stessa non si limita ad escludere contra legem le modificazioni per riduzione dei partecipanti dal divieto, ma distingue i casi di riduzione per esigenze organizzative, da ritenersi ammessi, dai casi di riduzione dei partecipanti per così dire “elusivi” di cause di esclusione, da ritenere vietati, in tal modo affidando – in modo estemporaneo ed in assenza di previsione normativa, anzi in presenza di esplicito divieto – all’amministrazione, e successivamente al giudice, una analisi delle ragioni del recesso dell’impresa dal raggruppamento” (così CdS, IV, 14.12.2012 n. 6446); che, dunque, una volta che un raggruppamento abbia partecipato ad una gara e ne abbia ottenuto l’aggiudicazione, non è possibile alcuna modifica della composizione dichiarata in sede di domanda di partecipazione (l’<impegno presentato in sede di offerta> di cui al IX comma dell’art. 37): con la conseguenza che nel caso di componente rinunciatario l’Amministrazione deve procedere ai sensi dell’art. 37, X comma annullando l’aggiudicazione o dichiarando la nullità del contratto, fermo ogni ulteriore profilo di (eventuale) responsabilità dell’impresa nei confronti della stazione appaltante;

che, pertanto, per le suesposte argomentazioni il ricorso – va precisato, peraltro, che nel caso di specie non vi è stata (solo) una modifica soggettiva della costituenda ATI successivamente all’aggiudicazione provvisoria, ma la mancata costituzione dell’ATI stessa da parte delle due imprese aggiudicatrici, che in tal senso si erano formalmente impegnate (cfr. l’istanza di partecipazione: doc. 21 della ricorrente) – è fondato e va accolto;

che le spese possono essere compensate in ragione della particolarità della controversia, escluso il contributo unificato che va posto a carico delle parti resistenti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, contestualmente disponendo il risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione della gara alla ricorrente.

Spese compensate, eccetto il contributo unificato che va posto (pro quota) a carico dei resistenti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere, Estensore

Roberto Vitanza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/11/2013

IL SEGRETARIO

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