



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

sul ricorso numero di registro generale 879 del 2013, proposto da:
Eu-Building Costruzioni Generali Srl, rappresentato e difeso dagli
avv. Stefano Baciga, Antonio Sartori, con domicilio eletto presso
Antonio Sartori in Venezia-Mestre, Calle del Sale, 33; A.G.S.E.L. Srl,
rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Baciga, con domicilio eletto
presso Antonio Sartori in Venezia-Mestre, Calle del Sale, 33;

contro

Comune di Albaredo D'Adige, rappresentato e difeso dagli avv.
Nicola Maragna, Luigi Carponi Schittar, Giuseppe Giacon,
Emanuele Ghiotto, con domicilio eletto presso Luigi Carponi
Schittar in Venezia-Mestre, via Filiasi, 57;

per l'annullamento

del verbale di gara n. 2 del 10 maggio 2013, con il quale la

Commissione di gara ha escluso la A.G.S.E.L. srl e, conseguentemente, l'ATI di cui la stessa fa parte, dalla procedura avente ad oggetto l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva nonché la realizzazione e la gestione di un forno crematorio presso il Cimitero della Frazione di Coriano Veronese, oltre al servizio di illuminazione votiva dei cimiteri comunali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Albaredo D'Adige;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2014 la dott.ssa Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, Eu-Building costruzioni generali s.r.l. e A.G.S.E.L. s.r.l. hanno impugnato la decisione adottata il 10 maggio del 2013 di escludere quest'ultima società (e, conseguentemente, l'Associazione Temporanea di Imprese di cui la stessa fa parte) dalla procedura indetta dal Comune di Albaredo d'Adige per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva e della realizzazione e gestione di un forno crematorio presso il

Cimitero di Coriano Veronese, oltre al servizio di illuminazione votiva dei cimiteri comunali.

2. A fondamento del gravame, le ricorrenti deducono la violazione dell'art. 38, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 163 del 2006 sotto un triplice profilo.

2.1. In primo luogo, poiché l'esclusione risulterebbe disposta per supposti errori professionali commessi dalla società Gestioni Nicoli s.r.l., ridenominata A.G.S.E.L. s.r.l. a seguito di modifica dell'atto costitutivo, nell'ambito di rapporti contrattuali intrattenuti con una stazione appaltante diversa da quella precedente.

2.2. In secondo luogo, per il difetto di istruttoria e motivazione del provvedimento di esclusione con riferimento agli illeciti contestati a Gestioni Nicolini s.r.l. poiché la stazione appaltante si sarebbe limitata a recepire sul punto i verbali trasmessi dalla Procura della Repubblica competente in ordine alla contestazione dei reati di cui agli artt. 256, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 152 del 2006 (per aver effettuato la gestione illecita di rifiuti di natura cimiteriale), 256, comma 2, del d.lgs. n. 152 del 2006 (per aver depositato in modo incontrollato rifiuti pericolosi di varia natura), 674 c.p. (per aver prodotto emissioni moleste), art. 410 c.p. (per aver depositato resti umani in un container esposto al sole non refrigerato). E ciò senza condurre alcun autonomo approfondimento.

2.3. In terzo luogo, poiché sarebbe mancata qualsivoglia motivazione in ordine alla valutazione della gravità dell'errore professionale, non

essendo stato adeguatamente considerato né la posizione secondaria rivestita dalla società AG.S.E.L. s.r.l. (che ricoprirebbe il ruolo di mandataria) nell'ambito dell'ATI concorrente, né le effettive caratteristiche dell'oggetto di gara. In particolare risulterebbe del tutto contraddittoria la posizione assunta dal Comune che ha escluso l'associazione temporanea d'impresе di cui fa parte AG.S.E.L. s.r.l. ma non ha ritenuto di revocare l'aggiudicazione a favore di quest'ultima del servizio cimiteriale in atto a favore del medesimo Comune.

3. Si è costituito in giudizio il Comune di Alberedo d'Adige eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione individuale in capo alle ricorrenti (in assenza di un espresso mandato in tal senso) ad impugnare gli atti della gara o a proporre ricorso a tutela delle ragioni della costituenda ATI; nel merito, l'infondatezza delle censure tenuto conto della puntuale e argomentata motivazione posta a base della disposta esclusione, essendo senz'altro rilevante tutta l'attività professionale dell'impresa precedentemente svolta ai fini della valutazione della sussistenza o meno dei requisiti di capacità e affidabilità professionale a fornire determinate prestazioni, così come affermato da questo stesso TAR con sentenza n. 703 del 2012.

4. Con ordinanza cautelare n. 328 del 2013 adottata nella camera di consiglio del 3 luglio 2013 veniva accolta la richiesta di sospensione cautelare avanzata dalle ricorrenti considerato che «la motivazione

posta a sostegno del provvedimento di esclusione non sembra aver dato adeguatamente conto (ai fini della ritenuta carenza del requisito ex art. 38, comma 1, lettera f)) della valutazione della condotta tenuta da parte della società (A.G.S.E.L.) nell'ambito di rapporti contrattuali, aventi ad oggetto servizi analoghi (servizi cimiteriali), in atto con la medesima Amministrazione».

5. In vista dell'udienza fissata per la discussione del merito, le parti depositavano memorie difensive e di replica.

6. All'udienza pubblica del 16 gennaio 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

7. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso.

7.1. L'eccezione è infondata.

7.2. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale condiviso dal Collegio, alla singola impresa in associazione – sia essa mandante o mandataria e sia che il raggruppamento sia stato già costituito al momento dell'offerta o debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione – deve essere riconosciuta la legittimazione ad agire in giudizio (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2013 n. 714; Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2012, n. 3314; Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4931).

7.3. Il raggruppamento temporaneo di imprese non istituzionalizza, infatti, un soggetto diverso dalle singole imprese che aggregano le proprie potenzialità economiche, con capacità di rappresentanza

degli interessi del gruppo a mezzo di organi all'uopo costituiti. La singola impresa è, quindi, titolare in corso di gara di una posizione di interesse legittimo al regolare svolgimento della procedura, che può tutelare anche in caso di inerzia delle altre imprese associate a proporre congiunta impugnativa.

7.4. Il gravame proposto dalla singola impresa o, come nel caso di specie, da due sole imprese in associazione non è, inoltre, sfornito di interesse al ricorso.

La presentazione dell'offerta da parte del raggruppamento da costituire reca invero l'impegno reciproco delle imprese in associazione, in caso di aggiudicazione della gara, a conferire mandato ad una di esse, qualificata come capogruppo, alla stipula del contratto. In caso di esito favorevole dell'impugnativa, l'assolvimento di un tale obbligo è esigibile nei confronti delle altre imprese associate, e, in caso di inadempimento, l'impresa che aveva prestato il consenso alla costituzione dell'a.t.i. è esposta a possibili pretese risarcitorie.

7.5. Deve pertanto affermarsi la legittimazione delle singole imprese odierne ricorrenti a proporre ricorso avverso la disposta esclusione.

8. Passando all'esame del merito, il ricorso è fondato con riguardo al terzo motivo di censura in base a quanto di seguito osservato.

8.1. La stazione appaltante ha motivato l'esclusione ritenendo che sulla base dei verbali di polizia giudiziaria trasmessi dalla Procura emergessero a carico della ditta Nicolini Gestioni s.r.l. condotte e

irregolarità tali da «configurare il grave errore professionale nell'esercizio della propria attività» con conseguente venir meno del rapporto di fiducia che dovrebbe connotare ogni rapporto contrattuale pubblico.

8.2. In particolare la Commissione ha rilevato che «l'affidamento di un servizio del tutto nuovo e diverso dai servizi cimiteriali richiede che la fiducia nell'offerente non sia ab origine deficitaria Ed il fatto che in altri Comuni, compreso Albaredo d'Adige, non si siano verificati o accertati errori gravi professionali, non significa che l'attribuzione di un nuovo servizio non debba avere quale presupposto l'assenza di gravi errori comunque e dovunque commessi dalla ditta partecipante» (cfr. verbale del 10 maggio 2013 oggetto di impugnazione).

8.3. Orbene i principi posti a fondamento della motivazione dalla stazione appaltante, in sé incontestabili, non si attagliano alla fattispecie concreta.

8.4. È ben vero, come già affermato da questa stessa Sezione con sentenze n. 703 del 2012 e n. 96 del 2013, che il disposto di cui all'art. 38, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui non consente l'affidamento di appalti pubblici a coloro che «hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante», consente l'esclusione per difetto del requisito soggettivo in parola, pur in mancanza di un accertamento

giurisdizionale dei fatti ritenuti rilevanti per la formulazione del giudizio negativo in ordine all'attività professionale svolta dalla concorrente medesima.

8.5. Del pari, è altrettanto vero che con le pronunce citate si è affermato che il comportamento oggetto di valutazione, in tale specifica ipotesi, non deve afferire necessariamente ad un precedente rapporto contrattuale intrattenuto con la «stessa stazione appaltante», ben potendo essere acquisito aliunde, ed accertato dall'Amministrazione, appunto, «con qualsiasi mezzo di prova». Sicché l'«errore grave» a tal fine rilevante può dunque venire in considerazione in relazione a tutta l'attività professionale dell'impresa precedentemente svolta, in quanto elemento sintomatico della perdita dei requisiti di capacità e affidabilità professionale a fornire determinate prestazioni, dirette al soddisfacimento degli interessi di rilevanza pubblica di volta in volta perseguiti dalla stazione appaltante.

8.6. Tuttavia deve rilevarsi che la motivazione dell'esclusione in concreto adottata risulta del tutto contraddittoria nel momento in cui la stazione appaltante dà rilievo escludente alle condotte addebitate alla ditta Nicolini nell'ambito dell'indagine penale che la riguarda (richiamando l'iter logico delle pronunce n. 703 del 2012 e n. 96 del 2013) e, al contempo, ritiene di non revocare i servizi cimiteriali tuttora in corso con la medesima ditta.

8.7. Non appare infatti né logico né coerente che la stessa stazione

appaltante che abbia rapporti contrattuali di durata in atto con una determinata impresa, evidentemente ritenendo il permanere dei requisiti soggettivi di capacità e affidabilità professionale necessari per il corretto adempimento delle prestazioni, rilevi invece il venir meno di tali requisiti per l'affidamento di servizi sostanzialmente analoghi a quelli in atto (*i.e.*: servizi di tumulazione, estumulazione, inumazione ed esumazione nei cimiteri del medesimo Comune d'Albaredo d'Adige), sulla base di condotte intervenute nell'esecuzione di rapporti contrattuali con altri soggetti.

8.8. Tale contraddittorietà risulta vieppiù marcata se si considera che l'esclusione disposta non si limita a colpire l'impresa Nicolini, oggi A.G.S.E.L., ma l'intera ATI di cui essa fa parte, senza prendere in considerazione i ruoli assegnati a ciascuna impresa in associazione nella realizzazione dei servizi e dei lavori oggetto di appalto.

8.9. Dal progetto presentato in gara, infatti, A.G.S.E.L., che ricopre il ruolo di mandataria, si sarebbe dovuta occupare delle sole operazioni concernenti la cremazione, rispetto al cui adempimento vengono in considerazione standards di diligenza del tutto assimilabili rispetto a quelli richiesti per l'adempimento dei servizi cimiteriali attualmente in corso con lo stesso Comune.

9. Tenuto conto di tali circostanze, dunque, la motivazione della disposta esclusione risulta carente, irragionevole e intrinsecamente contraddittoria con conseguente accoglimento del terzo motivo di censura e assorbimento degli ulteriori profili di censura sollevati.

10. Tuttavia, considerata la peculiarità della questione sollevata, sussistono giusti motivi per compensare le spese ad eccezione del contributo unificato che va posto a carico della resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate, eccetto il contributo unificato che va posto a carico della parte resistente.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

Enrico Mattei, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2014

IL SEGRETARIO

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