

N. 01462/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01130/2014 REG.RIC.



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 1130 del 2014, proposto da:

W.T.E. Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Le Pera, con domicilio eletto presso Gianni Solinas in Venezia - Mestre, Via Brenta Vecchia, 8;

contro

Polesine Acque Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Pavanello, con domicilio eletto presso Gherardo Bianchini in Venezia, San Marco, 5278;

nei confronti di

Fertitalia Srl, Nuova Amit Srl;

per l'annullamento

Del provvedimento 2 luglio 2014 prot. 8 2.7.2014, con la quale la parte resistente ha revocato l'aggiudicazione provvisoria in

favore della ricorrente (Lotti A e C) per il servizio di prelievo-trasporto-recupero/smaltimento finale dei fanghi derivanti dal trattamento delle acque reflue urbane prodotti dagli impianti di depurazione, gestiti da Polesine Acque Spa; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Polesine Acque Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2014 il dott. Roberto Vitanza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente, dopo l'aggiudicazione provvisoria del : “servizio di prelievo-trasporto-recupero/smaltimento finale dei fanghi derivanti dal trattamento delle acque reflue urbane prodotti dagli impianti di depurazione” gestiti da Polesine Acque s.p.a., è stata esclusa dalla gara con determinazione del 2/7/2014 prot. 8 02 lug 2014 perché, in sede di verifica, non ha dimostrato la “disponibilità di almeno un ulteriore sito di appoggio per lo smaltimento della tipologia e quantità di rifiuto oggetto di appalto”, così come richiesto nella legge di gara.

Il Collegio ha respinto la richiesta misura cautelare.

All'udienza del 5 novembre 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Preliminarmente deve essere accolta l'eccezione pregiudiziale svolta dalla resistente circa la improcedibilità del ricorso nella parte in cui, la ricorrente, contesta le previsioni del bando.

E' agli atti che tale censura è stata sollevata con il ricorso principale avanzato contro la esclusione dalla predetta per difetto del requisito richiesto dalla legge di gara.

E' opinione pacifica che le previsioni della legge di gara pregiudizievoli, come nel caso di specie, della situazione giuridica soggettiva devono essere immediatamente e singolarmente contestate senza attendere l'esito della gara.

Nel merito.

Consta dagli atti che la ricorrente, in sede di offerta, ha dichiarato la disponibilità, senza precisarne l'ubicazione, dell'ulteriore sito per lo smaltimento dei rifiuti per cui è gara.

In realtà, come detto, in sede di verifica la stessa non è stata in grado di dimostrare la titolarità del sito secondario indicato nella offerta di partecipazione, tanto che la stessa ha prodotto un contratto di avvalimento, intervenuto dopo la scadenza del bando, con il quale la stessa indicava la ditta GEDIT Srl, proprietaria dell'ulteriore sito di smaltimento dei rifiuti, quale società ausiliare all'esecuzione del servizio.

Non è in contestazione che tale contratto sia stato stipulato e prodotto successivamente all'aggiudicazione provvisoria.

E' insegnamento giurisprudenziale pacifico e costante che i requisiti richiesti per la partecipazione alle gare ad evidenza pubblica debbono essere posseduti al momento della domanda, ovvero alla scadenza del bando, così come l'offerta deve essere

conforme alla legge di gara sin dal momento della domanda di partecipazione alla gara e, comunque, non oltre la scadenza del bando.

Infatti, la giurisprudenza amministrativa ha ripetutamente affermato che: “costituisce principio generale ... quello di piena corrispondenza tra oggetto della prestazione richiesta nella lex specialis e contenuto dell’offerta” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 giugno 2007, n. 362).

Non solo : “legittimamente viene esclusa l’offerta non conforme ai requisiti minimi richiesti dalla stazione appaltante” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 luglio 2007, n. 3939) e che “anche in mancanza di un’espressa previsione della lex specialis di gara, l’offerta tecnica mancante anche di uno solo dei requisiti minimi richiesti deve essere esclusa” (Tar Lazio, Sez. III, 5 novembre 2007, n. 10852).

In altri termini, la P.A., nei limiti della realizzazione dell’interesse pubblico, una volta individuate e sanzionate nella legge di gara le caratteristiche del servizio, sia sotto il profilo funzionale che in relazione ai suoi requisiti strutturali, stabilisce un inderogabile autovincolo al suo operato, finalizzato, proprio, a perseguire la migliore utilità pubblica senza poter legittimamente derogare a tale scelta, se non in sede di annullamento e/o revoca del bando nei limiti normativamente previsti.

E’, altresì, agli atti, il fatto che al momento della domanda di partecipazione alla gara la ricorrente non ha dichiarato di avvalersi di altre società ausiliarie.

E' insegnamento pacifico che nei contratti ad evidenza pubblica il negozio di avvalimento deve essere prodotto già in sede di domanda di partecipazione alla gara proprio per permettere alla stazione appaltante di poter esaminare le clausole negoziali convenute tra ausiliario ed ausiliato ed accertare se sussiste una reale cessione di mezzi e risorse tra ausiliaria e concorrente.

E', infatti, interesse della stazione appaltante valutare esattamente il contenuto dell'accordo anche per individuare i rispettivi obblighi delle parti, ferma restando la responsabilità solidale tra ausiliare ed ausiliato.

L'impresa ausiliaria non è, all'evidenza, terzo rispetto alla gara (Cons. Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956).

I suoi impegni riguardano sia l'impresa ausiliata, che la stazione appaltante.

Pertanto, l'ausiliato è tenuto a produrre il contenuto del contratto di avvalimento al momento stesso di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Al riguardo, l'art. 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) recita : "Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto".

Il secondo comma della stessa disposizione prevede che, «ai fini di quanto previsto nel comma 1», il concorrente allega, «oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria», tra l'altro:

– una sua dichiarazione, «attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria» (lettera a);

– «una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente» (lettera d);

– in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto (lettera f)).

Queste disposizioni contemplano un procedimento complesso composto dai atti unilaterali del concorrente (lettera a)), dell'impresa ausiliaria (lettera d)) indirizzati alla stazione appaltante, nonché da un contratto tipico di avvalimento (lettera f)) stipulato tra il concorrente e l'impresa ausiliaria.

Emerge quindi dalla complessa lettura della norma riportata che tali incumbenti devono essere svolti e comunicati alla stazione appaltante in uno con la domanda di partecipazione alla gara da parte del concorrente.

Diversamente opinando verrebbe compromessa la stessa par condicio degli aspiranti al servizio, alla fornitura e/o al lavoro. Ciò perché è necessario che risulti con chiarezza e tempestività che l'ausiliaria presti : “le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti) “ (Cons. Stato, VI, 13 giugno 2013, n. 7755; Cons. Stato, III, 18 aprile 2011, n. 2344).

Pertanto il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite che complessivamente liquida in euro 2.500,00 (duemila cinquecento), oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Alessio Falferi, Primo Referendario

Roberto Vitanza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/12/2014

IL SEGRETARIO

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