

Publicato il 29/10/2019

N. 00450/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00177/2019 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 Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 177 del 2019, proposto da Ecogest S.p.a. e Pojer S.r.l., ciascuna in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Antonio Barone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gianna Di Danieli in Trieste, via G. Bruni n. 5;

contro

Autovie Venete S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianni Zgagliardich, Elisa Adamic e Romea Bon, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Seggio di Gara (nominato dal Presidente e Amministratore Delegato pro tempore di Autovie Venete) non costituito in giudizio;

nei confronti

Sever S.r.l. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione del 15/05/2019 Atti/1662, firmato dal Presidente ed Amministratore delegato di S.p.a. Autovie Venete, pubblicato il 15.5.2019;
- della nota prot. n. 15/5/2019 U/0020791, trasmessa a mezzo pec in data 15.5.2019, con cui il Responsabile U.O. Gare e Contratti di S.p.a. Autovie Venete ha comunicato l'esclusione di Ecogest s.p.a. in r.t.i. (costituendo) con Pojer S.r.l. dalla procedura di gara "Italia-Trieste: Servizi di piantagione e manutenzione di zone verdi" - 2019/S 026-057898 – Servizio di manutenzione delle aree a verde lungo l'intera rete autostradale in concessione, le bretelle di collegamento di competenza e le relative pertinenze suddiviso in tre lotti – CIG Lotto 1: 77659318FD; CIG Lotto 2: 7765955CCA; CIG Lotto 3: 7765974C78;
- del III° verbale di procedura aperta del seggio di gara del 13/5/2019 con cui viene determinata la esclusione di Ecogest S.p.a. in r.t.i. (costituendo) con Pojer S.r.l.;
- di ogni altro atto - anche sconosciuto - preparatorio, presupposto, connesso e consequenziale a quelli espressamente impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autovie Venete S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2019 il dott. Nicola Bardino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

a. Le società Pojer S.r.l. ed Ecogest S.p.a., rispettivamente mandante e mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, prendevano parte alla procedura di gara, indetta da Autovie Venete S.p.a, avente ad oggetto il servizio di

manutenzione delle aree a verde lungo la rete autostradale in concessione, le bretelle di collegamento di competenza e le relative pertinenze.

Con nota del 18 aprile 2019, il responsabile unico del relativo procedimento ne comunicava l'ammissione con riserva, richiedendo, in sede di soccorso istruttorio, alla sola Ecogest (destinataria della nota in questione) e non anche (almeno esplicitamente) alla mandante Pojer, *“un chiarimento in ordine alla natura del costituendo R.T.I. nonché in ordine alle attività che i singoli operatori economici raggruppandi andranno a svolgere in quanto la dichiarazione resa nella scheda 1 appare estremamente generica ed equivoca e non consente al seggio di gara di individuare le parti di servizio che saranno svolte da ciascun operatore economico”*.

Ecogest dava riscontro alla richiesta con lettera del 24 aprile 2019 (doc. 6 del ricorrente).

Chiariva che, nell'ambito del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese (da qualificarsi come misto), essa *“di fatto”* avrebbe svolto, benché in quota parte (90%), la totalità delle lavorazioni. Precisava, inoltre, quanto alla gestione dei rifiuti, che ne avrebbe eseguito, oltre alla raccolta manuale, il solo trasporto per il quale risulta necessaria l'iscrizione alla categoria 1 e 2 *bis* all'Albo Nazionale Gestori Ambientali.

Dichiarava, infine, che Pojer avrebbe anch'essa svolto, per la propria quota (10%), tutte le lavorazioni previste, eseguendo *“in via esclusiva rispetto ad Ecogest s.p.a. unicamente l'attività di trasporto rifiuti per cui è necessaria l'iscrizione alla categoria 4 classe F”*.

Pojer, tuttavia, non produceva alcuna comunicazione, né sottoscriveva la nota di riscontro inoltrata da Ecogest.

b. Quest'ultima circostanza veniva evidenziata dal seggio di gara (verbale del 14 maggio 2019), che proponeva l'esclusione delle ricorrenti, considerando che entrambe, componenti di un raggruppamento temporaneo non ancora costituito, avrebbero dovuto offrire riscontro alla richiesta istruttoria, sottoscrivendo

ciascuna, e non la sola Ecogest, la dichiarazione concernente le parti del servizio che sarebbero andate a svolgere.

In conformità a tale indicazione, il Presidente ed Amministratore delegato di Autovie Venete S.p.a. adottava la determinazione oggetto del presente gravame, con la quale veniva infine disposta l'esclusione di Ecogest in costituendo r.t.i. con Pojer, perché *“dopo essere stato invitato ad integrare la documentazione prodotta in sede di gara a causa di una dichiarazione equivoca in merito alla suddivisione delle prestazioni oggetto dell'appalto tra i due componenti il costituendo R.T.I. (resa nella scheda 1), ha prodotto una comunicazione corretta nei contenuti ma sottoscritta esclusivamente dalla capogruppo mandataria Ecogest s.p.a. e non da Pojer s.r.l. In considerazione del fatto che il raggruppamento non risulta costituito, la dichiarazione doveva essere sottoscritta da entrambi gli operatori economici formanti il costituendo R.T.I.”*.

c. Avverso tale provvedimento sono proposti i seguenti motivi:

- I. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 14 del disciplinare di gara; violazione del principio di favor participationis; eccesso di potere per contraddittorietà e travisamento dei fatti; incompetenza; violazione e falsa applicazione dell'art. 31, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 e delle linee guida ANAC n. 3;* (a) sotto un primo profilo, le ricorrenti ritengono che la comunicazione di riscontro sia stata legittimamente sottoscritta dalla sola Ecogest, quale mandataria del raggruppamento temporaneo d'impresa, in quanto quest'ultimo andrebbe considerato un unico centro di interessi, titolare di un'autonoma soggettività, anche quando, come nel caso di specie, esso sia stato dichiarato come *costituendo*; (b) sotto un secondo profilo, si assume che il provvedimento di esclusione avrebbe potuto essere adottato esclusivamente dal RUP, il quale, dopo aver invitato l'operatore economico ad offrire i chiarimenti richiesti, del pari avrebbe dovuto valutare la congruità della dichiarazione ricevuta e disporre, se del caso, ogni conseguente determinazione. Il provvedimento

adottato dal Presidente di Autovie Venete, pertanto, risulterebbe viziato da incompetenza.

- II. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 14 del disciplinare di gara; violazione del principio di favor participationis*; ai sensi dell'art. 14 del disciplinare di gara, all'accertamento dell'affermata irregolarità della dichiarazione sarebbe dovuta conseguire l'ulteriore richiesta di chiarimenti e la prefissione di un termine perentorio finalizzato alla sanatoria del vizio rilevato;

- III. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016; violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione; violazione del principio di proporzionalità*; la mancata sottoscrizione di un documento da parte di entrambi i componenti del costituendo R.T.I. in fase di gara, e soprattutto in fase di soccorso istruttorio, non sarebbe comunque prevista a pena di esclusione né dal D.Lgs. n. 50 del 2016 né dalla *lex specialis* di gara.

d. Costituitasi in giudizio, Autovie Venete ha resistito nel merito, svolgendo ampie deduzioni e producendo documentazione.

e. Infine, chiamata nella pubblica udienza del 9 ottobre 2019, la causa è stata quindi trattenuta in decisione

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato in relazione al primo motivo, nella parte in cui entrambe le ditte eccepiscono l'incompetenza del Presidente ed Amministratore delegato di Autovie Venete ad adottare l'avversato provvedimento di esclusione, in luogo del RUP (punto b), motivo da ritenersi logicamente anteposto ai restanti profili di doglianza, il cui scrutinio appare perciò superfluo, dovendo il procedimento regredire alla fase antecedente all'esercizio del potere.

2. Con la censura in esame, le ricorrenti sostengono che la determinazione in merito alla congruità della dichiarazione, resa in sede di soccorso istruttorio da

Ecogest, avrebbe dovuto essere adottata dal responsabile unico del procedimento, in conformità alle indicazioni contenute nelle linee guida ANAC n. 3 (paragrafo 5.2) e non anche, come invece avvenuto nel caso di specie, dal Presidente di Autovie Venete.

Osservano che, sulla base delle suddette linee guida, il RUP “*adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate*” dal seggio di gara in ordine al controllo della documentazione amministrativa delle imprese ammesse alla procedura, con la conseguenza che la determinazione di esclusione, proprio perché fondata su una situazione di irregolarità a carico della dichiarazione resa dalle ditte partecipanti (l’omissione della sottoscrizione da parte di Pojer), avrebbe dovuto essere pronunciata esclusivamente da tale soggetto.

Evidenziano inoltre che l’art. 31, comma 3, del D. Lgs. n. 50 del 2016 individua nel RUP il soggetto titolare di tutti i compiti relativi alla procedura, salva l’esplicita attribuzione di specifiche competenze ad altri soggetti. Tale disposizione, come suggerito da conforme giurisprudenza, delineerebbe quindi le competenze del RUP in termini residuali, cosicché esse si estenderebbero anche all’adozione dei provvedimenti di esclusione, provvedimenti che, infatti, la *lex specialis* di gara non avrebbe esplicitamente assegnato agli altri organi della procedura.

3. Gli assunti esposti dalle ricorrenti sono condivisi dal Collegio.

Il richiamato art. 31, 3° comma, D. Lgs. n. 50 del 2016, individua nel RUP il soggetto deputato a svolgere “*tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti*”.

La più recente giurisprudenza amministrativa, nel dare applicazione alla disposizione in esame, ha ben chiarito che le attribuzioni del responsabile unico del procedimento sono definite come residuali, precisando che esse si estendono

“anche all'adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara” (così testualmente T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 695 del 2018).

Tale conclusione, del resto, reperisce il proprio ineludibile riscontro nell'indirizzo stabilmente assunto dal Consiglio di Stato, il quale, riguardo ad una questione analoga a quella ora in esame, ha invero ritenuto che *“la doglianza con la quale l'appellante sostiene che il responsabile del procedimento non è competente in ordine all'esclusione delle partecipanti alla gara deve essere respinta essendo la tesi sostenuta in contrasto con orientamento pacifico del Consiglio di Stato (Sezione Quinta, 6 maggio 2015, n. 2274, 21 novembre 2014, n. 5760) che il Collegio condivide e al quale fa riferimento ai sensi dell'art. 74 del codice del processo amministrativo”* (Cons. Stato, Sez. III, n. 2983 del 2017).

Senza ancora considerare come proprio l'attribuzione al RUP delle competenze afferenti all'adozione dei provvedimenti di esclusione trovi piena corrispondenza nel particolare ruolo attribuito a tale figura, nel contesto della gara, e alle funzioni di garanzia e di controllo che ad esso sono intestate (cfr. Cons. Stato, Comm. spec., 25 settembre 2017, n. 2040), anche in ragione dei tempi e delle modalità della sua preposizione, che è sempre anteposta (anche logicamente) all'avvio della procedura di affidamento (art. 32, comma 1), così da collocarlo in una posizione di originaria terzietà e separazione nel corso dell'intero ciclo dell'appalto (condizione che si rileva sia rispetto agli organi deputati allo svolgimento delle valutazioni tecniche - costituiti invece solo *“dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte”*, ai sensi dell'art. 77, comma 7, D. Lgs. n. 50 del 2016, sia riguardo all'organizzazione della stazione appaltante, quanto meno fino alla formulazione, da parte del RUP, della proposta di aggiudicazione *“soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti”* – art. 33, 1° comma).

Emerge, da questa prospettiva, un ulteriore profilo di illegittimità, anch'esso evocato dalle ricorrenti e meritevole di favorevole considerazione.

Esse contestano, in effetti, come, a dispetto del ruolo assegnato al RUP dalla normativa, nonché delle funzioni di garanzia da esso esercitate, questi sia rimasto del tutto estraneo all'avversato provvedimento e ciò anche indipendentemente dal circostanza che la decisione escludente sia stata formalmente intestata al Presidente di Autovie Venete.

Anche tale profilo di doglianza (da declinarsi nell'alveo della figura dell'eccesso di potere, piuttosto che dell'incompetenza) appare fondato, dovendosi ravvisare l'illegittima rinuncia, da parte del RUP, all'esercizio dei propri compiti di controllo e verifica, poteri che avrebbero dovuto costituire il necessario antecedente logico della determinazione con la quale è stato accertato e sanzionato, mediante la comminatoria di esclusione, l'asserito inadempimento all'invito ad integrare la documentazione di gara formulato in sede di soccorso istruttorio.

4. Né tali conclusioni sono contraddette dal rilievo, esposto dalla resistente, secondo cui la *lex specialis* di gara, introducendo una disposizione di matrice organizzativa, avrebbe assegnato la competenza all'adozione dei provvedimenti di esclusione direttamente alla stazione appaltante (e quindi al Presidente di Autovie Venete), così da escludere l'intervento del RUP.

Si deve infatti osservare, in proposito, come la formulazione dell'art. 20, comma 4, lett. d) del capitolato speciale di gara, evocato dalla resistente, nella parte in cui esso richiede "*la trasmissione degli atti al Responsabile Unico del Procedimento affinché la Stazione appaltante possa adottare il provvedimento di ammissione ed esclusione*", non consente di ravvisare alcuna chiara deroga rispetto al riparto delle competenze sancito dall'art. 31 del D. Lgs. n. 50 del 2016, ben potendo la locuzione adottata essere riletta in senso diametralmente opposto a quello suggerito, ossia come riaffermazione della competenza del RUP (destinatario della trasmissione degli atti) quale organo preposto all'adozione delle determinazioni conseguenti, in quanto unico *dominus* della procedura in seno all'organizzazione della stazione appaltante.

A ciò aggiungasi come l'impostazione suggerita dalla resistente non sarebbe comunque idonea a dare conto (specie sotto il profilo del rilevato eccesso di potere) del mancato esercizio delle attribuzioni di garanzia e controllo, giuridicamente intestate in capo alla figura del RUP, che lo scarno dato testuale, desumibile, dalla disposizione del capitolato, non consentirebbe in ogni caso di disattendere.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso deve dunque essere accolto in relazione al profilo esaminato, con il conseguente annullamento dell'impugnata esclusione e con assorbimento degli ulteriori motivi di gravame, rimanendo intatto il potere dell'Amministrazione di rideterminarsi, previa la regressione del procedimento alla fase immediatamente antecedente all'adozione del provvedimento gravato e ferma l'osservanza dei principi poc'anzi enunciati.

6. Le spese di lite possono essere integralmente compensate tra le parti, considerato il circoscritto profilo di accoglimento nonché in ragione delle specificità e delle risultanze della vicenda procedimentale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio dei giorni 9 e 23 ottobre 2019 con l'intervento dei Magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoi, Consigliere

Nicola Bardino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Nicola Bardino

IL PRESIDENTE
Oria Settesoldi

IL SEGRETARIO