

TAR Veneto, sez. I, 7.7.2023 n. 1012

Massime (segue testo alla pagina successiva)

“La modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese potrebbe operare soltanto nel caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione (cfr. Cons. St., A.P., 25 gennaio 2022, n. 2) , ma non anche quando i suddetti requisiti non fossero già in possesso di ciascuna delle imprese raggruppate al momento della presentazione dell’offerta: in questa particolare eventualità, infatti, si prospetta un’originaria carenza dei requisiti di partecipazione, la quale è di per sé preclusiva dell’ammissione alla gara; in tal caso, dunque, l’Amministrazione (diversamente dall’ipotesi in cui la perdita dei requisiti sopravvenga all’ammissione alla procedura) non è tenuta a interpellare il raggruppamento (anche se questo non abbia già manifestato la propria volontà) in ordine all’intenzione di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno al fine di rendere possibile la partecipazione”

Pubblicato il 07/07/2023

N. 01012/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01551/2022 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 1551 del 2022, proposto da Adapta s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Scacchi e Riccardo Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Veritas s.p.a. – Veneziana Energia Risorse Idriche Territorio Ambiente Servizi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arianna Dall'Asta, Mario Barioli e Elisabetta Lacalamita, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Barioli in Venezia - Mestre, Riviera XX Settembre n. 60; A.S.V.O. Ambiente Servizi Venezia Orientale s.p.a., Net s.p.a., non costituiti in giudizio;

nei confronti

Lavanderie dell'Alto Adige s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difeso dagli avvocati Giacomo Graziosi, Francesco Fersini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del “provvedimento di esclusione ai sensi dell'art. 29 del D.lgs. 50/2016” adottato da Veritas s.p.a. il 29 novembre 2022, con il quale è stata disposta l'esclusione del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra Adapta s.p.a. e Audes Group s.r.l. dalla gara BS 357-21/AF con codice 8596048 (CIG 9267983584), avente ad oggetto “Servizio di noleggio e lavaggio indumenti da lavoro e D.P.I.”;
- della comunicazione di esclusione del 30 novembre 2022, inviata nella medesima data da Veritas s.p.a. ad Adapta s.p.a., mediante piattaforma telematica;
- del verbale del 28 novembre 2022 del Seggio di gara, nella parte in cui viene disposta l'esclusione dalla gara avente ad oggetto “Servizio di noleggio e lavaggio indumenti da lavoro e D.P.I.”, del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra Adapta s.p.a. e Audes Group s.r.l.;
- ove occorra, del disciplinare di gara e relativi allegati (in particolare istanza di partecipazione) inerenti la procedura aperta dianzi indicata e del capitolato tecnico;
- ove occorra, della determina di indizione della gara non conosciuta;
- di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale a quelli sopra menzionati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Veritas s.p.a. – Veneziana Energia Risorse Idriche Territorio Ambiente Servizi e di Lavanderie dell'Alto Adige s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2023 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 e DIRITTO

1. Adapta s.p.a. (in seguito, Adapta), mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Audes Group s.p.a. (in seguito, Audes), ha impugnato il provvedimento di esclusione, di cui in epigrafe, dalla procedura indetta da Veritas s.p.a. per l'affidamento triennale del *“servizio di noleggio e lavaggio indumenti di lavoro e d.p.i. per le esigenze di approvvigionamento della Veritas S.p.a., ASVO S.p.a. e NET S.p.a.”*.

L'esecuzione dell'appalto prevedeva, in particolare, *“l'acquisto del vestiario di proprietà della VERITAS ed attualmente in uso”* nonché *“il servizio di noleggio, lavaggio, sanificazione e manutenzione degli indumenti da lavoro e DPI per il personale aziendale del Gruppo Veritas”* (art. 3 del capitolato speciale). Il prezzo di acquisto del vestiario veniva quantificato in € 400.000,00, importo che avrebbe dovuto essere detratto dal corrispettivo previsto per il noleggio annuale.

Adapta e Audes dichiaravano di presentare un'offerta congiunta per la procedura *“in costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese Verticale ai sensi del citato art. 48 del D.Lgs. 50/2016”*. I due operatori precisavano, in tale sede, che l'80% delle quote sarebbe stato attribuito ad Adapta e il restante 20% ad Audes, specificando quali attività sarebbero state affidate a ciascuna. Audes, in particolare, avrebbe provveduto alla fornitura del vestiario.

In data 3 novembre 2022, l'Amministrazione attivava il soccorso istruttorio, chiedendo *“chiarimenti riguardo la partecipazione in costituendo RTI di tipo verticale considerato che l'appalto prevede solo una prestazione principale e non sono presenti prestazioni secondarie”*.

Gli operatori economici, nel rendere i chiarimenti richiesti, sollecitavano la stazione appaltante a interpretare la dichiarazione resa come diretta a manifestare l'intenzione di costituire un raggruppamento in forma orizzontale; facevano presente, in proposito, che *“la forma di partecipazione in raggruppamento Temporaneo di imprese formulata dalle scriventi società deve intendersi quale ATI orizzontale”*.

Dopo aver preso atto delle deduzioni formulate dalle due imprese, con provvedimento del 29 novembre 2022 – oggetto del gravame – la stazione appaltante escludeva il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, osservando che *“il disciplinare di gara, all’art. 3 – OGGETTO DELL’APPALTO, IMPORTO, nella Tabella n. 1 individua un’unica prestazione (principale) costituita dal servizio di lavanolo, CPV 98310000-9. Il disciplinare di gara non indica nessuna prestazione secondaria”*; inoltre, *“ai sensi dell’art. 48, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 e della costante giurisprudenza, la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, di ammetterli ad una gara) può avvenire solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, l’esistenza di prestazioni “principali” e di prestazioni “secondarie” (Consiglio di Stato, sez. V., 24/05/2021, n. 3994; Consiglio di Stato, sez. V, 24/02/2020, n. 1381; Consiglio di Stato, sez. V, 7/012/2017, n. 5772; TAR Campania, Salerno, 22/05/2020, n. 575; TAR Lazio, Roma, sez. III quater, 19/09/2019, n. 11104)”*. Sennonché *“nel presente appalto, non individuando la legge di gara prestazioni secondarie, l’unico raggruppamento consentito deve ritenersi quello di tipo orizzontale, in quanto è precluso al concorrente procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie, onde ripartirle all’interno di un raggruppamento di tipo verticale (Consiglio di Stato, sez. V, 24/02/2020, n. 1381, cit.; Consiglio di Stato, sez. V, 7/012/2017, n. 5772, cit.)”*. Tuttavia, *“le dichiarazioni prodotte in sede di gara da ADAPTA e da AUDES Group, nei rispettivi DGUE e nell’impegno congiunto a costituire RTI, sembrano chiare ed inequivocabili, tali da non dare adito a dubbi interpretativi sulla volontà espressa di costituire, in caso di aggiudicazione, un*

raggruppamento di tipo verticale". Pertanto, "la chiara dichiarazione di volontà espressa dai concorrenti rende ininfluente, nel caso di specie, il fatto che le singole società facenti parte dell'RTI siano o meno in possesso dei requisiti previsti dalla *lex specialis* per partecipare alla gara anche in forma orizzontale, in quanto (come osservato dal Consiglio di Stato, sez. V, 5/04/2019, n. 2243, cit.) non si tratta di stabilire in astratto la possibilità di tali imprese di partecipare alla gara, bensì di verificare la ritualità della modalità, evidentemente immutabile (trattandosi di elemento essenziale, anche a mezzo del soccorso istruttorio), con cui esse vi anno partecipato in concreto"; e del resto, "se accolta, l'istanza formulata dall'O.E., in risposta al soccorso istruttorio, e cioè di considerare il costituendo RTI come orizzontale e non verticale, andrebbe quindi a sostituire in toto le dichiarazioni prodotte in sede di gara, modificando da un punto di vista sostanziale la domanda di partecipazione alla gara, violando il principio di immutabilità dell'offerta, di autoreponsabilità dei partecipanti, nonché di perentorietà del termine di presentazione delle offerte"; invero, "ammettere la rettifica ovvero sostituzione delle dichiarazioni rese in sede di gara, così come risultanti dal DGUE di entrambi gli O.E. partecipanti e la parimenti dichiarazione congiunta di impegno a costituire Associazione Temporanea di Imprese, successivamente al termine di presentazione dell'offerta, determinerebbe anche la violazione del principio di *par condicio competitorum*".

2. Avverso tale provvedimento insorge la ricorrente (in proprio e nella dichiarata veste di mandataria del costituendo R.T.I.) sulla base dei seguenti motivi:

(1) *violazione e falsa applicazione degli artt. 48 e 83 del d.lgs. n. 50/2016 e del principio di massima partecipazione, strumentalità delle forme, tassatività delle clausole di esclusione - eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti, sviamento, contraddittorietà interna ed esterna. L'esclusione del RTI Adapta è del tutto illegittima, orientata ad un vacuo formalismo e manifestamente in contrasto, tra l'altro, con le disposizioni di cui all'art. 48 del Dlgs 50/2016. I requisiti di capacità e di idoneità non sarebbero stati distribuiti in forma verticale fra le ditte partecipanti al costituendo raggruppamento, che andrebbe qualificato come orizzontale, secondo*

la definizione di cui all'art. 48, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016. Non depone in senso contrario la formale indicazione delle parti di esecuzione del servizio che ciascun operatore avrebbe eseguito in caso di aggiudicazione: si tratterebbe di una mera descrizione delle attività che rispettivamente le ditte intenderebbero svolgere, senza individuare prestazioni secondarie ovvero principali.

(2) sotto diverso profilo, violazione e falsa applicazione degli artt. 48 e 83 del d.lgs. n. 50/2016 e del principio di massima partecipazione, strumentalità delle forme, tassatività delle clausole di esclusione - eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti, difetto di motivazione ed istruttoria, sviamento, contraddittorietà interna ed esterna. Le due imprese facenti parti del raggruppamento sarebbero in possesso di tutti i requisiti d'idoneità e capacità prescritti dalla legge di gara. Quando però fosse ritenuto che soltanto una delle due imprese facenti parte del raggruppamento fosse in possesso dei requisiti d'idoneità e capacità necessario, essa avrebbe potuto rimanere in gara, optando per la riduzione prevista dall'art. 48, commi 19 e 19 *ter*, del d. lgs. n. 50 del 2016.

3. Costituitesi in giudizio, Veritas e la controinteressata Lavanderie dell'Alto Adige hanno resistito nel merito.

4. Chiamata infine all'udienza pubblica dell'8 marzo 2023 (dopo che, con ordinanza n. 25 del 2023, era stata accolta la domanda cautelare al solo fine di consentire la partecipazione della ricorrente alla procedura), la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Il ricorso è infondato in relazione a ciascuno dei motivi.

5.1 Quanto al primo profilo di impugnazione, ritiene innanzitutto il Collegio che il raggruppamento temporaneo di imprese, in via di costituzione tra Adapta e Audes, non possa che essere qualificato come verticale, secondo quanto dichiarato dalle due imprese.

“La distinzione tra A.T.I. orizzontale e A.T.I. verticale, di cui all'art. 48 d.lg. 18 aprile 2016 n. 50, - ha da tempo chiarito la giurisprudenza – poggia sul contenuto delle competenze (e responsabilità) portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione ad una determinata gara: in particolare, mentre l'A.T.I. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili, nell'A.T.I. orizzontale gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione” (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 16 maggio 2022, n. 6099).

In un raggruppamento di tipo orizzontale, infatti, le imprese associate o associate devono risultare portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto del contratto, dal momento che gli operatori economici raggruppati (a differenza di quanto avviene nei raggruppamenti di tipo verticale) svolgono – seppure in diversa misura - tutte le attività oggetto del servizio (Cons. St. A.P. 13 giugno 2012, n. 22).

Ciò non si è verificato nel caso in esame.

Il disciplinare di gara (doc. 4 depositato da Veritas il 7 gennaio 2023) aveva stabilito che il servizio oggetto di appalto fosse costituito da un'unica prestazione (il c.d. “servizio di lavanolo”; p. 6, par. 3), consistente nel “*noleggior, lavaggio, sanificazione e manutenzione degli indumenti da lavoro e DPI per il personale aziendale*”, indumenti che il contraente è tenuto ad acquisire a titolo oneroso presso Veritas (sicché l'oggetto dell'appalto non comprende, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, anche la fornitura della dotazione iniziale del vestiario, proprio perché tale dotazione è quella trasferita, già in possesso della stazione appaltante).

Ma nella “*dichiarazione congiunta di impegno a costituire Associazione Temporanea di Imprese*” compilata da Adapta e Audes (vd. doc. 10), le attività costituenti il servizio di lavanolo sono assegnate esclusivamente alla prima, mandataria del costituendo

R.T.I., comprese anche quelle accessorie declinate in via esplicativa dal paragrafo 3 del capitolato speciale d'appalto.

Ad Audes viene invece affidata la sola *“Fornitura di vestiario, indumenti da lavoro e DPI in conformità alle Specifiche Tecniche riportate nell'allegato 1 “Specifiche Tecniche” del Capitolato Speciale d'Appalto e successive Integrazioni - Schede revisionate del Capitolato, nonché tutti i chiarimenti e/o integrazioni forniti dalla Committente in sede di risposte ai quesiti”*, fornitura che non costituisce tuttavia una prestazione scorporabile dal servizio oggetto dell'appalto.

5.2 Nel quadro descritto, occorre dunque osservare che *“un raggruppamento di tipo verticale è ammesso alla gara in quanto ciò sia previsto dalla lex specialis, attraverso la distinzione tra prestazioni prevalenti o principali e prestazioni scorporabili o secondarie, ai sensi dell'art. 48, commi 1 e 2, d.lg. n. 50 del 2016”* (Cons. St., Sez. V, 21 dicembre 2021, n. 8485).

Nel caso in esame, non emerge, tuttavia, tale distinzione tra *“prestazioni prevalenti o principali e prestazioni scorporabili o secondarie”*, sia perché essa non è stata *formalmente* delineata nella *lex specialis* di gara, sia e ancor più dal momento che il servizio, da un punto di vista *sostanziale*, non può – benché attuato attraverso più operazioni scoordinate - essere suddiviso in una pluralità di prestazioni autonome, costituendone la prestazione tipica il noleggio degli indumenti e dei dispositivi di protezione; dunque, il loro acquisto iniziale – presso la stazione appaltante - identifica soltanto un necessario prerequisito anteposto alla successiva esecuzione del lavanolo (si tratta, in altri termini, della presa in carico del magazzino delle divise e dei dispositivi) ma non anche una prestazione riferibile direttamente allo svolgimento del servizio e da questo suscettibile di scorporo.

Di conseguenza, il raggruppamento temporaneo d'impresе costituitosi tra Adapta e Audes non avrebbe potuto essere ammesso, perché inequivocabilmente strutturato in forma verticale (mentre la legge di gara consentiva la partecipazione alle sole

A.T.I. orizzontali), mediante la scorporo dal servizio di una prestazione (la fornitura degli indumenti, ascritti alla sfera di Audes), che – come detto - non fa parte dell’oggetto del lavanolo e che, in quanto tale, non può essere giuridicamente ed economicamente separata al fine di individuare l’ambito pertinente ad uno degli operatori raggruppati (in questo caso, destinato a ricoprire il ruolo di mandante).

5.3 Ma la conclusione non muterebbe neppure se alla ripartizione tra le prestazioni - rispettivamente assegnate ad Adapta e Audes – fosse attribuito mera rilevanza interna all’organizzazione del raggruppamento temporaneo, e quest’ultimo fosse conseguentemente considerato come orizzontale.

Invero, nei raggruppamenti orizzontali – a prescindere dalla ripartizione delle prestazioni tra le imprese raggruppate - ciascun operatore economico “*deve possedere i requisiti di idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale previsti dal disciplinare (vale a dire quelle caratteristiche soggettive essenziali per la valutazione della capacità del concorrente di realizzare la commessa), a pena di esclusione dell’intero raggruppamento, a nulla rilevando che il requisito sia posseduto da un’altra impresa o dal raggruppamento nel suo insieme (Adunanza plenaria n. 6 del 2019; in termini, Consiglio di Stato, sezione VII, sentenza n. 4425 del 2022)*” (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 13 ottobre 2022, n. 6286).

Audes, tuttavia, è priva del requisito di capacità tecnica e professionale previsto dall’art. 6.3, lett. e), del disciplinare (certificazione di conformità del “*sistema di controllo della biocontaminazione nel lavaggio dei prodotti tessili*”, per il cui possesso fa esplicito rinvio ai requisiti posseduti da Adapta), sicché (indipendentemente dall’accertamento dell’effettiva coerenza dell’attività esercitata dall’impresa con l’oggetto dell’appalto, coerenza contestata dalla controinteressata), non sussisterebbero in ogni caso i presupposti per ammettere alla gara il raggruppamento temporaneo, ancorché riqualificato come orizzontale.

5.4 Parte ricorrente lamenta, infine, di avere partecipato alla gara in forma di raggruppamento verticale, perché tratta in inganno dalla modulistica messa a disposizione dalla stazione appaltante, in cui sarebbe stato inserito un ambiguo riferimento anche a tale particolare figura.

Il rilievo è da considerare inammissibile, dal momento che, come appena osservato, le due imprese non avrebbero neppure potuto presentarsi in gara riunite in un raggruppamento orizzontale, posto che una delle due (la mandante, Audes) risultava comunque mancante di un indefettibile requisito di partecipazione.

Nel merito, va in ogni modo ricordato che la legge di gara non prevedeva alcuna distinzione tra prestazione principale e secondaria, sicché tale circostanza si sarebbe dimostrata *ictu oculi* preclusiva della costituzione del raggruppamento in forma verticale.

5.5 Altrettanto infondato è il secondo motivo di gravame.

La modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese potrebbe operare soltanto nel caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione (cfr. Cons. St., A.P., 25 gennaio 2022, n. 2) , ma non anche quando i suddetti requisiti non fossero già in possesso di ciascuna delle imprese raggruppate al momento della presentazione dell'offerta: in questa particolare eventualità, infatti, si prospetta un'originaria carenza dei requisiti di partecipazione, la quale è di per sé preclusiva dell'ammissione alla gara; in tal caso, dunque, l'Amministrazione (diversamente dall'ipotesi in cui la perdita dei requisiti sopravvenga all'ammissione alla procedura) non è tenuta a interpellare il raggruppamento (anche se questo non abbia già manifestato la propria volontà) in ordine all'intenzione di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno al fine di rendere possibile la partecipazione.

6. Per quanto precede il ricorso deve essere respinto.

Le spese devono essere compensate, tenuto conto della particolarità della questione esaminata.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Mielli, Presidente FF

Nicola Bardino, Primo Referendario, Estensore

Filippo Dallari, Referendario

L'ESTENSORE
Nicola Bardino

IL PRESIDENTE
Stefano Mielli

IL SEGRETARIO