

N. 00091/2013 REG.PROV.COLL.
N. 01600/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 1600 del 2012, proposto da:

Acs-Alveare Societa' Cooperativa Sociale Onlus, rappresentato e difeso dagli avv. Rocco Demitri, Giovanni Ferasin, Fabio Sebastiano, con domicilio eletto presso Filippo Cazzagon in Venezia-Mestre, piazza Ferretto, 84;

contro

Azienda Ulss N. 14 Chioggia, rappresentato e difeso dagli avv. Erika Zanierato, Vittorio Miniero, con domicilio eletto presso Erika Zanierato in Mestre, Galleria Teatro Vecchio, 15;

nei confronti di

Alfa Telematica Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Sala, Patrick Grendene, con domicilio eletto presso Gabriele De Gotzen in Venezia-Mestre, viale Garibaldi, N. 1/I;

per l'annullamento

della deliberazione del Direttore Generale dell'Asl 14 con la quale è stato

aggiudicato definitivamente l'appalto del servizio di manutenzione/gestione globale delle infrastrutture delle reti fonia-dati, di realizzazione degli interventi per l'aggiornamento tecnologico delle reti e di realizzazione dei lavori per l'ampliamento delle stesse nelle varie sedi della Asl per un periodo di trentasei mesi (con facoltà di rinnovo per ulteriori ventiquattro mesi); nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ulss N. 14 Chioggia e di Alfa Telematica Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Alfa Telematica S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Sala, Patrick Grendene, con domicilio eletto presso Gabriele De Gotzen in Venezia-Mestre, viale Garibaldi, N. 1/I;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella [camera](#) di consiglio del giorno 16 gennaio 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.;

ritenuto

A.- che il ricorso incidentale – che, essendo diretto a censurare la legittimazione al gravame proposto dal ricorrente principale attraverso rilievi volti a contestare il titolo in capo a questi alla partecipazione alla gara, va esaminato in via prioritaria – risulta infondato alla stregua delle considerazioni che seguono:

1.- premesso che sono tenuti alla dichiarazione di cui all'art. 38, I comma del codice dei contratti esclusivamente i soggetti che, in relazione ai poteri loro conferiti, sono in grado di determinare gli obiettivi dell'impresa, dalla documentazione in atti emerge che i poteri attribuiti ai procuratori speciali

ing. Paolo Penzo e sig.ra Monica Zattra (e cioè, nel contesto degli appalti a cui l'amministrazione abbia deciso di partecipare, stipulare contratti, costituire associazioni temporanee o consorzi d'impresе, prestare avvalimenti, acquistare e vendere merci, incassare somme, sottoscrivere gli stati di avanzamento dei lavori, la documentazione economica e amministrativa e le perizie, effettuare sopralluoghi, presenziare alle gare, etc.) consentono attività meramente consequenziali ed esecutive delle scelte imprenditoriali adottate dagli amministratori e che, comunque, producono, nella sfera giuridica della società, effetti di carattere "conservativo" (e non "modificativo") dell'impianto gestionale dell'impresa: nè, dunque, ai sensi della legge di gara, né ai sensi delle norme del codice dei contratti i predetti procuratori dovevano rendere la dichiarazione prevista dall'art. 38, I comma, lett. c) del DLgs n. 163/2006;

2.- che nel caso di specie il requisito oggetto di avvalimento (fatturato relativo all'anno 2008) consiste in una condizione soggettiva - la fattispecie in esame è da ricondurre al cosiddetto avvalimento di garanzia, figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata ampliando lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto (ausiliaria ed ausiliata sono, infatti, solidalmente responsabili in relazione alla prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare) -, del tutto disancorata dalla messa a disposizione di risorse materiali o gestionali (che, pertanto, non possono e non devono essere indicate): l'avvalimento di garanzia dispiega la funzione di assicurare alla stazione appaltante un "partner" commerciale che goda di una (complessiva) solidità patrimoniale proporzionata ai rischi dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento della prestazione dedotta nel contratto di appalto (cfr. TAR Veneto, I, 23.3.2012 n. 416 e 8.3.2012 n. 319). Corretto ed idoneo, pertanto, si configura il contratto di avvalimento prodotto dalla ricorrente e finalizzato alla dimostrazione della capacità

finanziaria e tecnica;

3.- quanto, infine, all'asserita, mancata dimostrazione del requisito di ammissione di cui all'art. 3, punto 1.E del capitolato, è sufficiente osservare che la norma prevedeva di dimostrare di aver svolto nell'arco del triennio "almeno un servizio" della tipologia ivi precisata che fosse "di importo annuo almeno pari a quello posto a base di gara": ebbene, a fronte della prescritta necessità di dimostrare lo svolgimento di un servizio nel triennio di importo pari a € 305.000,00, l'aggiudicataria ha comprovato di aver eseguito contratti per gli importi di € 532.575,19 e 560.329,00;

B.- che può ora passarsi ad esaminare il ricorso principale:

1.- in disparte, in quanto irrilevante, la questione dell'assimibilità o meno dell'affitto d'azienda alla compravendita, è infondata la doglianza con cui la ricorrente denuncia la mancata dichiarazione ex art. 38, I comma, lett. c) del DLgs n. 163/2006 da parte degli amministratori dell'azienda acquisita (in affitto) dall'odierna ricorrente: se è vero, infatti, che con sentenza Ap n. 10/2012 è stato stabilito che la cessione di azienda o di un ramo d'azienda implica la trasmissione all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia, sicché è configurabile una continuità tra la precedente e la nuova gestione imprenditoriale (e, dunque, il cessionario di azienda o di un ramo d'azienda ha l'onere di presentare la dichiarazione relativa alla insussistenza di cause di esclusione anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno lavorato presso la cedente nell'ultimo triennio), è altresì vero che con la successiva sentenza Ap n. 21/2012 è stato precisato che "in considerazione dei contrasti giurisprudenziali riguardanti l'ambito di applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, i concorrenti - che prima della pubblicazione [avvenuta il 4.5.2012] della sentenza della Adunanza Plenaria n. 10 del 2012 - non abbiano reso la dichiarazione di cui alla stessa lettera c) relativamente agli amministratori delle società

partecipanti al procedimento di fusione o incorporazione - possono essere esclusi dalle gare solo se il bando abbia esplicitato tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione; in caso contrario, l'esclusione risulta legittima solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali". Ebbene, nel caso di specie la legge di gara, pubblicata precedentemente alla pubblicazione di Ap n. 10/2012, non aveva previsto il predetto onere né vi è prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali, sicchè la mancata dichiarazione non costituisce motivo di illegittimità;

2.- è invece fondata, per violazione del principio sancito dall'art. 84, u.c. del DLgs n. 163/2006 e, comunque, per difetto di motivazione, la censura di illegittimità della determinazione 11.9.2012 con cui il direttore generale dell'ASL convenuta ha nominato, successivamente alla ripresa delle operazioni di gara, una nuova commissione giudicatrice in luogo di quella originaria. La regola che si evince dalla richiamata norma è, infatti, quella che si deve mantenere l'originaria commissione giudicatrice anche nell'ipotesi di rinnovazione delle operazioni di gara a seguito di annullamento giurisdizionale: fatta eccezione, naturalmente, per il caso - non ricorrente nella fattispecie (ove era stata rilevata la mancata verbalizzazione della sospensione prima, e della ripresa poi, dei lavori della commissione dovuta alla momentanea, reiterata assenza di un commissario) - in cui la commissione sia impossibilitata a funzionare per pregiudizi e/o contrasti dei e tra i singoli componenti che non consentano un serio e sereno contraddittorio. La "ratio" è evidente, si vuole impedire che, attraverso l'espedito del mutamento della commissione, si possa condizionare l'esito del giudizio;

che, dunque, il ricorso principale è fondato, rimanendo assorbite le ulteriori censure;

C.- che, conclusivamente, per le suesposte considerazioni il ricorso incidentale è infondato, mentre è fondato e va accolto il ricorso principale; che le spese possono essere compensate in ragione della particolarità della controversia;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) respinge il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere, Estensore

Silvia Coppari, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2013

IL SEGRETARIO

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