

Pubblicato il 04/02/2020

N. 01466/2020 REG.PROV.COLL.

N. 12054/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12054 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Reco Appalti S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Arturo Cancrini in Roma, piazza di San Bernardo, 101;

contro

Acea S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Brunetti, Paolo Valensise, Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di esclusione della Reco Appalti S.r.l. dalla procedura ristretta fra operatori iscritti ad un sistema di qualificazione per l'affidamento dei lavori di impiantistica tecnologica e termica sugli immobili del gruppo Acea SpA Lotto unico comunicato da Acea S.p.A. con nota prot. n. 6285 del 1.8.2019, alla stessa non allegato;

- ove occorra, della lettera di invito e del disciplinare di gara, nella parte in cui possano essere interpretati nel senso fatto proprio dalla Stazione appaltante;- dell'operato della Stazione appaltante nonché di tutti i verbali di gara, ed in particolare dei verbali dell'11.7.2019 e del 22.7.2019 nella parte in cui dispongono l'esclusione della deducente impresa per asserito collegamento sostanziale con la Socomi S.p.A.;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti a quelli formalmente gravati ancorché attualmente non conosciuti, ivi compresa la relazione dell'1.8.2019,

PER LA DECLARATORIA DI INEFFICACIA DEL CONTRATTO,

eventualmente nelle more stipulato, con l'illegittimo aggiudicatario,

PER LA CONDANNA DELL'ENTE INTIMATO

a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati, con conseguente riammissione in gara della Reco Appalti S.r.l., e con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro per equivalente monetario dei danni che dovesse patire il ricorrente in conseguenza degli illegittimi provvedimenti impugnati.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da RECO APPALTI S.R.L. il 9/10/2019 :

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA ADOZIONE DELLE OPPORTUNE MISURE CAUTELARI,

del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara emarginata in favore del Consorzio Artek comunicato con nota del 1.10.2019 e alla stessa non allegato;

PER LA DECLARATORIA DI INEFFICACIA del contratto eventualmente nelle more stipulato con l'illegittimo aggiudicatario;

PER LA CONDANNA dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante riammissione alla procedura selettiva controversa ed eventuale aggiudicazione dell'appalto con subentro nel contratto qualora nelle more stipulato;

E CON RISERVA di chiedere, in separato giudizio, il ristoro per equivalente monetario dei danni che dovesse patire il ricorrente in conseguenza degli illegittimi provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Acea S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2019 la dott.ssa Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, parte ricorrente impugna il provvedimento con cui essa è stata esclusa, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), del D.lgs. 50/2016, dalla procedura ristretta fra operatori iscritti ad un sistema di qualificazione per l'affidamento dei lavori di impiantistica tecnologica e termica sugli immobili del gruppo Acea SpA Lotto unico comunicato da Acea S.p.A. con nota prot. n. 6285

del 1.8.2019. Detta procedura era da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso (cfr. punto 6 del disciplinare di gara)..

Nel caso di specie, la stazione appaltante ha riscontrato la ricorrenza di numerosi indizi dell'esistenza di una situazione di fatto tale da far ritenere che le offerte" di Reco Appalti e di SO.CO.MI. "provengano da un unico centro decisionale". Si tratta della circostanza della parziale coincidenza di alcuni dei soggetti apicali investiti di funzioni di vigilanza tanto in Reco Appalti che in Socomi (la coincidenza del soggetto che ricopre la carica di Membro Unico dell'Organismo di Vigilanza; la coincidenza del soggetto cessato dalla carica di Membro Unico dell'Organismo di Vigilanza) nonché l'utilizzo del medesimo indirizzo IP per scaricare la documentazione di gara ed inserire gli elementi dell'offerta, nonché l'offerta economica stessa; l'appartenenza delle due imprese ad un'aggregazione tra imprese aderenti al medesimo contratto di rete ("INFRASTRUTTURE -RETE DI IMPRESE"); la circostanza che le rispettive sedi legali si trovano nello stesso comune.

Parte ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione deducendo le seguenti censure:

1) violazione dell'art. 80, comma 5, lett. m, n. 50/2016, della direttiva UE 24/2014/UE e dei principi di buon andamento e imparzialità ex art. 7 della Costituzione; eccesso di potere per irragionevolezza, ingiustizia manifesta, abnormità procedimentale, difetto di istruttoria e di motivazione.

Sostiene in particolare la ricorrente che il provvedimento di esclusione per collegamento sostanziale deve essere supportato da adeguata motivazione circa i contenuti delle offerte, non essendo sufficiente l'esistenza di un centro unico di interessi. La direttiva 24/2914/UE prevede infatti che l'esclusione dalla gara in questi casi possa essere giustificata solo in caso di esclusione della concorrenza e che l'operatore economico possa offrire prova contraria, evidentemente in contraddittorio.

Inoltre, occorre un sempre un previo subprocedimento in contraddittorio con gli operatori coinvolti, mentre nel caso in esame nessuna partecipazione è stata garantita. Se vi fosse stato il necessario contraddittorio procedimentale, la ricorrente avrebbe potuto provare che essa semplicemente apparteneva alla medesima organizzazione di rete, senza alcuna incidenza nella formulazione delle offerte.

2) violazione e falsa applicazione dei principi di concorrenza e libera circolazione, violazione dell'art. 80, comma 5, lett. m, n. 50/2016, violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa, eccesso di potere per difetto dei presupposti di fatto e di diritto, contraddittorietà, sviamento, perplessità, difetto di motivazione e di istruttoria, erronea valutazione dei fatti.

La formulazione della lett. m. comma 5 dell'art. 80 è stata adottata in pedissequa applicazione della sentenza della Corte di giustizia CE del 19.5.2009 nella causa C-538, richiedendo che vi sia prova di accordi tra gli operatori economici volti a falsare la concorrenza. Nel caso di specie, nessun elemento a riprova di un concreto pregiudizio della concorrenzialità sarebbe stato dato. Né vi è alcun divieto per due imprese partecipanti al medesimo contratto di rete di partecipare alla stessa gara. Va infatti rilevato che lo stesso contratto di rete, all'art. 4.7. dispone che: "ove più imprese aderenti alla Rete vogliono partecipare, in modo indipendente, alla stessa gara, la gestione di tutte le attività relative alla preparazione della gara e alla elaborazione delle offerte tecniche ed economiche non può essere affidata alle risorse comuni della rete."

La circostanza che il membro unico dell'organismo di vigilanza di reco Appalti e di SACOMI sia il medesimo non rileva ai fini della sussistenza di un unico centro decisionale, non trattandosi di soggetto con funzioni gestionali. L'uso del medesimo indirizzo IP nulla dice circa la violazione del principio di segretezza delle offerte e di autonomia decisionale, come dimostrato dalla relazione DM soluzioni (doc. 8) del consulente informatico in atti. Peraltro, l'attività di acquisizione di documenti sulla piattaforma Pleiade, l'attività di inserimento di documenti di gara sul portale non sono idonee a pregiudicare la riservatezza e segretezza delle informazioni inviate. In ogni caso poi, gli utenti hanno operato dalle loro postazioni con accessi riservati.

ACEA si è costituita e ha depositato una memoria per chiedere il rigetto del ricorso.

Parte ricorrente ha, con ricorso per motivi aggiunti, impugnato l'aggiudicazione, nel frattempo intervenuta, proponendo tutte doglianze di illegittimità derivata.

Il controinteressato, consorzio AREK, aggiudicatario della gara, ha eccepito in via preliminare la carenza di interesse alla impugnazione della aggiudicazione, per carenza della c.d. prova di resistenza. Nel merito ha chiesto il rigetto del ricorso e dei relativi motivi aggiunti.

Tanto ACEA che la ricorrente hanno depositato memorie ex art. 73 c.p.a. e memorie di replica, in vista dell'odierna udienza, in cui la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e pertanto esso deve essere accolto.

In materia di collegamento sostanziale, la giurisprudenza, dopo la nota pronuncia della Corte di giustizia CE del 19 maggio 2009, è consolidata nel senso che: *“L'onere della prova del collegamento tra imprese ricade sulla stazione appaltante o, comunque, sulla parte che ne affermi l'esistenza, al fine della loro esclusione dalla gara, dimostrazione che deve necessariamente fondarsi su elementi di fatto univoci — non suscettibili cioè di letture alternative o dubbie — desumibili sia dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti (ossia dal loro assetto interno, personale o societario — cd. aspetto formale), sia dal contenuto delle offerte dalle stesse presentate (cd. aspetto sostanziale); ai fini della predetta esclusione non è sufficiente una generica ipotesi di collegamento « di fatto », essendo necessario che per tale via risulti concretamente inciso l'interesse tutelato dalla norma, volta ad impedire un preventivo concerto delle offerte, tale da comportare un vulnus al principio di segretezza delle stesse.”* (Consiglio di Stato sez. V, 04/01/2018, n.58)

Inoltre, recentemente in alcune pronunce si è riconosciuta l'irrilevanza di per sé, ai fini del riconoscimento di un collegamento sostanziale, della circostanza che i due operatori economici partecipino al medesimo contratto di rete (v. TAR Salerno, sez. I, 03/06/2019, n.927).

In tale quadro, ritiene il Collegio che gli elementi posti dalla S.A: a supporto della valutazione circa la sussistenza di un centro unico decisionale non siano convincenti in quanto non idonei a provare l'esistenza di una alterazione della concorrenza o dei principi di segretezza delle offerte. Si tratta infatti di elementi estrinseci rispetto alla definizione del contenuto delle offerte.

L'identità del membro unico dell'organismo di vigilanza tra le due società non denota alcuna interferenza tra i due operatori economici nella elaborazione delle offerte, ma si spiega appunto con l'adesione di entrambi al medesimo contratto di rete e rileva comunque solo su un piano formale.

Analogamente, l'uso degli stessi indirizzi IP per operazioni compiute sulla piattaforma Pleiade, in presenza delle documentate e comprovate spiegazioni tecniche (v. relazione del consulente informatico) non adeguatamente contestate da parte resistente, non consente di ritenere provata l'esistenza di alcun accordo nella redazione delle offerte né della violazione del principio di segretezza. Anzi, l'esistenza del contratto di rete spiega proprio le ragioni dell'uso degli stessi indirizzi IP. Dunque, tale elemento non può costituire, in tale frangente, un indice presuntivo idoneo a comprovare l'esistenza di un unico centro decisionale, in quanto esso trova appunto un'altra logica spiegazione: l'uso da parte di entrambi gli operatori delle strutture messe a disposizione in esecuzione del contratto di rete.

In conclusione, per le ragioni sopra svolte, il secondo motivo di ricorso va accolto, pretendendosi così assorbire la doglianza di natura procedimentale di cui al primo motivo.

L'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse, formulata dalla controinteressata, in relazione al ricorso per motivi aggiunti, volto a contestare l'aggiudicazione della gara, deve essere invece accolta. Trattandosi di procedura da aggiudicarsi con il metodo del prezzo più basso, la ricorrente, ancorché richieda la rinnovazione della gara, avrebbe tuttavia dovuto fornire la cd. prova di resistenza, ossia dimostrare che in ragione del proprio ribasso avrebbe potuto ottenere l'aggiudicazione della procedura in luogo di Artek. Trattandosi infatti di procedura da aggiudicarsi con metodo matematico, la rinnovazione della gara conseguente all'annullamento dell'esclusione non può prescindere dalla valutazione del punteggio che l'offerta economica presentata dall'operatore ingiustamente escluso avrebbe avuto se esso fosse stato correttamente valutato. Dunque, in questi casi, se il ribasso offerto in sede di gara esso non supera la prova di resistenza, l'impugnativa dell'aggiudicazione non risulta sorretta da idoneo interesse al ricorso.

Permane invece l'interesse allo scrutinio della legittimità del provvedimento di esclusione in quanto atto presupposto al provvedimento di sospensione dagli elenchi dei fornitori, impugnato in altro giudizio.

All'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti consegue l'inammissibilità della conseguente domanda di declaratoria di inefficacia del contratto.

Le spese possono essere compensate, stante la soccombenza reciproca tra le parti e la sussistenza di giusti motivi per la peculiarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, integrato da motivi aggiunti, così provvede:

accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione impugnato;

dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti.

compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere

Maria Laura Maddalena, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Laura Maddalena

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO