

Pubblicato il 04/02/2020

N. 01467/2020 REG.PROV.COLL.

N. 11763/2019 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 11763 del 2019, 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., Acea Ato2 S.p.A. non costituiti in giudizio;
Acea S.p.A. in proprio ed in Qualità di Mandataria di Acea Ato 2 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;

nei confronti

Tierre S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione della Reco Appalti S.r.l. dalla procedura ristretta fra operatori iscritti ad un sistema di qualificazione per l'affidamento di accordo quadro suddiviso in 4 Lotti omogenei aventi ad oggetto lavori di manutenzione edile e civile degli impianti del ciclo idrico integrato. rif. Gara n. 880000/676/LTE comunicato da Acea S.p.A. con nota prot. n. 5763 del 15.7.2019, 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;

- per quanto di ragione, del provvedimento aggiudicazione definitiva del Lotto 1 della gara emarginata in favore della Tierre S.r.l. comunicato con nota del 22.7.2019 e alla stessa non allegato;

- dell'operato della Stazione appaltante nonché di tutti i verbali di gara, 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; per la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato con l'illegittimo aggiudicatario, giusta comunicazione del 10.9.2019;

per la condanna dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati, con conseguente ripristino dell'aggiudicazione alla società ricorrente e subentro, ex art. 122 c.p.a., nell'esecuzione del contratto medio tempo stipulato con la società controinteressata; 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 e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Acea S.p.A. in proprio ed in Qualità di Mandataria di Acea Ato 2 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 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 manutenzione edile e civile degli impianti del ciclo idrico integrato (4 Lotti omogenei) rif. Gara n. 880000/676/LTE comunicato da Acea S.p.A. con nota prot. n. 5763 del 15.7.2019. Il disciplinare di gara prevede come criterio di aggiudicazione quello dell'offerta più vantaggiosa (v. pag. 9 del disciplinare in atti).

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 che entrambi i concorrenti avevano utilizzato erroneamente il "Modello requisiti generali e speciali – subappaltatore" al posto del "Modello requisiti generali – Ed. settembre 2018", 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"); i plichi contenenti i primi giustificativi erano stati consegnati contemporaneamente da entrambi gli operatori economici, come da protocollo di accettazione di Acea delle ore 12.00 del 14/06/2019, (ii) i plichi contenenti le integrazioni ai giustificativi risultavano di analoga fattura, come dimostrato altresì dalle immagini accluse.

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 24/2014/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.

La circostanza che entrambe le società abbiano utilizzato un modello di autodichiarazione errato non è significativa, in quanto il contratto di rete prevede che la predisposizione della documentazione amministrativa sia affidata ad un ufficio comune della rete.

Del pari irrilevante sarebbe la circostanza che i plichi contenenti i primi giustificativi siano stati consegnati contemporaneamente da entrambi gli operatori economici e che fossero confezionati in modo uguale, in quanto è coerente con il modello organizzativo del contratto di rete che si usi lo stesso personale amministrativo per la consegna dei plichi e che si usi lo stesso materiale di cancelleria e il medesimo protocollo di sigillatura delle buste.

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

La controinteressata, la società Tierre, aggiudicataria della gara, alla quale il ricorso è stato notificato via PEC in data 16.9.2019, non si è costituita.

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'irrelevanza 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.

Del pari non riconducibile all'asserita unicità di un unico centro decisionale appare sia la circostanza che i plichi recanti i giustificativi sono pervenuti contemporaneamente da parte dei due operatori economici, essendo plausibile che le operazioni di spedizione dei plichi fossero rimesse allo stesso personale amministrativo così come le operazioni materiali di imbustatura, siglatura e sigillatura delle buste.

Tali elementi sono comunque estrinseci rispetto al contenuto delle offerte, rispetto al quale la stazione appaltante non ha verificato alcun tipo di indebita lesione del principio di libero concorrenza, e sono agevolmente spiegabili con l'uso del medesimo personale amministrativo messo a disposizione in applicazione del contratto di rete.

Per quanto riguarda le considerazioni da ultimo svolte da ACEA circa la circostanza che la RECO e SACOMI avrebbero offerto entrambe ribassi consistenti, a sostegno della esistenza di un collegamento sostanziale tra loro, si tratta di una integrazione postuma della motivazione effettuata in sede defensionale, come tale inammissibile.

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.

In accoglimento del ricorso, dunque, va disposto non solo l'annullamento del provvedimento di esclusione ma anche del provvedimento di aggiudicazione in favore della Tierre s.r.l., con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto nel frattempo stipulato e ai fini del subentro della ricorrente, che si era originariamente classificata come prima in graduatoria.

Le spese possono essere compensate, sussistendo giusti motivi attesa 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, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento di esclusione della Reco Appalti S.r.l. dalla procedura ristretta fra operatori iscritti ad un sistema di qualificazione per l'affidamento di accordo quadro suddiviso in 4 Lotti omogenei aventi ad oggetto lavori di manutenzione edile e civile degli impianti del ciclo idrico integrato. rif. Gara n. 880000/676/LTE comunicato da Acea S.p.A. con nota prot. n. 5763 del 15.7.2019, alla stessa non allegato e il provvedimento aggiudicazione definitiva del Lotto 1 in favore della Tierre S.r.l. comunicato con nota del 22.7.2019.

Dichiara l'inefficacia del contratto medio termine stipulato ai fini del subentro della ricorrente.

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