

Publicato il 12/02/2020

N. 01938/2020 REG.PROV.COLL.

N. 11848/2019 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 11848 del 2019, proposto da So.Co.Mi. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Grisostomi Travaglini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Civitavecchia, 7;

contro

Acea S.p.A. Acea Ato2 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

Sitai S.r.l. non costituiti in giudizio;

Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Item S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Salvatore Della Corte, Luca Ruggiero, Fabio Ruggiero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 5764 del 15 luglio 2019, con la quale è stata comunicata ai sensi dell'art. 76 D. Lgs. n. 50/2016 dall'ACEA l'esclusione dalla gara della ricorrente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), del D. Lgs. N. 50/2016 e s.m.i.;

- della Relazione istruttoria del 15 luglio 2019, con la quale ACEA ha ritenuto sussistenti i presupposti per escludere dalla procedura la ricorrente ex art. 80, comma 5, lett. m), del D. Lgs. N. 50/2016;
- del provvedimento, di data e tenore sconosciuto, con la quale ACEA ha disposto l'esclusione dalla gara dell'odierna ricorrente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), del D. Lgs. N. 50/2016 e s.m.i.;
- di tutti i verbali di gara in parte qua, ossia nella parte in cui la Commissione ha ritenuto che tra l'odierna ricorrente e la società RECO Appalti S.r.l. sussistesse una situazione di fatto tale da far ritenere che le offerte provenissero da un unico centro decisionale, così da comportare l'esclusione dalla gara ex art. 80, comma 5, lett. m), del D. Lgs. N. 50/2016 e s.m.i. e, in particolare del verbale di gara n. 1 del 15 aprile 2019 e del verbale di gara n. 2 del 2 maggio 2019;
- del provvedimento, di data e tenore sconosciuto, con il quale ACEA ha provveduto ad aggiudicare la gara e, in particolare, il Lotto 2 ad altro operatore economico;
- della segnalazione all'ANAC di cui alla nota del 26 luglio 2019, con la quale ACEA ha richiesto l'indicazione dell'esclusione comminata in danno della ricorrente nel Casellario Informatico dell'Autorità nella sezione informazioni obbligatorie, ai fini della pubblicità-notizia;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché incognito, che incida sfavorevolmente nella sfera giuridico patrimoniale della ricorrente;

PER LA DECLARATORIA DI INEFFICACIA del contratto eventualmente stipulato e/o stipulando con la società aggiudicataria;

PER LA CONSEQUENTE CONDANNA di ACEA al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente e subentro nel contratto eventualmente stipulato ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acea S.p.A. e di Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione e di Item S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2020 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 prot. n. 5764 del 15 luglio 2019, con la quale è stata comunicata ai sensi dell'art. 76 D. Lgs. n. 50/2016 dall'ACEA l'esclusione

dalla gara della ricorrente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), del D. Lgs. N. 50/2016 e s.m.i., nonché il successivo provvedimento di aggiudicazione del lotto 2 ad altro operatore.

Il disciplinare di gara prevede come criterio di aggiudicazione quello dell'offerta più vantaggiosa (v. pag. 9 del disciplinare in atti).

Alla suddetta procedura veniva invitata l'odierna ricorrente che – in sede di gara – esprimeva la preferenza per l'AREA CENTRO NORD (Lotti 1 e 2) e che – all'esito del confronto concorrenziale – si posizionava seconda, con 90 punti.

La S.A., dopo aver avviato e concluso il sub-procedimento di anomalia, con la nota del 15 luglio 2019 (che si impugna in questa Sede) provvedeva ad escluderla dalla gara ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 5, lett. m) del D. Lgs. n. 50/2016, ritenendo che fosse stata comprovata *“l'esistenza di una situazione di fatto tra gli operatori RECO APPALTI S.r.l. e SO.CO.MI. S.p.A., tale da comportare che le rispettive offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale”*.

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, e il conseguente provvedimento di aggiudicazione, deducendo le seguenti censure:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 della L. 241/1990 e s.m.i.. Violazione e falsa applicazione del principio del giusto procedimento. Violazione e falsa applicazione del principio del contraddittorio. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto ed erroneità della motivazione, erroneità dei presupposti e travisamento di atti e fatti, sviamento, manifesta ingiustizia.

Nel caso di specie, la Stazione appaltante non avrebbe comunicato alla odierna ricorrente l'avvio del procedimento e non avrebbe dato corso alla istruttoria procedimentale prevista.

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 76, 80 e 83 del D. Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.. Violazione delle Linee guida ANAC n. 6. Violazione del principio di proporzionalità. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, erroneità dei presupposti, travisamento di atti e fatti, erroneità della motivazione, illogicità e contraddittorietà, sviamento, sproporzionalità, manifesta ingiustizia.

Gli asseriti gravi indizi di un unico centro decisionale sarebbero tutti spiegabili alla luce del contenuto del contratto di rete, il quale espressamente prevede, nel caso in cui i due soggetti partecipino alla stessa gara d'appalto, che la società possa utilizzare la struttura operativa della rete di imprese per il solo reperimento della documentazione e per la sola predisposizione degli atti di natura amministrativa. Viceversa, la predisposizione e la presentazione delle offerte tecniche e delle offerte economiche è demandata in via esclusiva al personale autorizzato dalla singola impresa.

Pertanto, la ricorrente e la RECO, in forza del predetto contratto, possono operare utilizzando lo stesso stabile, nel quale sono presenti non solo aree di utilizzo comune, ma anche aree accesso riservato a ciascuna singola impresa da utilizzarsi proprio per la gestione delle attività che non vengono espletate con modalità condivisa (ad es. attività di predisposizione e di presentazione di offerte riferite a gare di appalto alle quali partecipano entrambi i due soggetti); entrambe le predette imprese, per espressa previsione del contratto di rete sottoscritto, possono utilizzare talune risorse di personale per le attività da espletare in comune, quali amministrazione, gestione personale, gestione operativa cantieri, gestione operai; le predette imprese possono entrambe utilizzare – sempre per espressa previsione del contratto di rete e dei relativi regolamenti – taluni strumenti di lavoro e macchinari (pc, server, switch, scanner), salvo il possesso da parte di ciascuna di attrezzature informatiche ad accesso riservato.

Con riferimento, in particolare alla circostanza che ACEA ha considerato quale indizio grave, preciso e concordante il fatto che entrambe le società avessero non correttamente utilizzato – per la dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine generale, da inserire ovviamente nella busta amministrativa – lo stesso e identico modello che in realtà si riferiva al subappaltatore, parte ricorrente osserva che ciò si spiega tenendo conto del fatto che l'attività di reperimento della documentazione da utilizzare per la partecipazione e quella di predisposizione della documentazione amministrativa sono state espletate dall'ufficio comune di rete. Pertanto, l'errore commesso dall'ufficio comune di rete si è riflesso in modo analogo su entrambe le documentazioni amministrative di gara.

Quanto alla circostanza che lo stesso soggetto rivesta la qualifica di Membro Unico dell'Organismo di Vigilanza in entrambe le società, essa si spiega tenendo conto del fatto che SOCOMI e RECO – a seguito della sottoscrizione del contratto di rete – si sono impegnate all'adozione di un modello organizzativo ex D. Lgs. 231/01. Avendo SOCOMI già adottato sin dal 2016 il modello organizzativo, RECO ha ritenuto di affidare l'incarico di organismo di vigilanza allo stesso professionista che già operava in qualità di OdV per l'odierna ricorrente, anche in considerazione del fatto che molte delle attività di vigilanza sono espressamente previste e richiamate dallo stesso contratto di Rete.

Con riferimento alla circostanza che le due società abbiano scaricato la documentazione di gara e abbiano inserito i documenti delle offerte utilizzando il medesimo indirizzo IP, anch'essa sarebbe spiegabile con l'uso della struttura di rete. L'utilizzazione dei due IP pubblici (uno di titolarità di RECO e uno di titolarità di SOCOMI) sarebbe infatti gestita dal FIREWALL (Apparato per la gestione del traffico di rete verso internet), il quale provvederebbe automaticamente a bilanciare il traffico in entrata e in uscita facendolo transitare sull'una o sull'altra linea secondo criteri oggettivi e indipendenti dalla volontà del singolo operatore.

Pertanto, 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, nella fase di predisposizione e di trasmissione della offerta gli utenti, identificati dal modello 231/2001, hanno operato dalle loro postazioni con accessi riservati.

Con riferimento alla circostanza che i giustificativi della congruità delle offerte siano stati protocollati lo stesso giorno all'incirca alla stessa ora, ciò significa solo che entrambe le società hanno sfruttato al massimo il tempo concesso per la presentazione dei giustificativi nell'ultimo giorno di scadenza del termine assegnato. Va inoltre rilevato che invece le integrazioni dei giustificativi sono state presentate dalle società in giorni differenti e in orari differenti.

ACEA sostiene quale altro indizio grave, preciso e concordante il fatto che i plichi contenenti i giustificativi di entrambe le società siano di analoga fattura e abbiano le stesse modalità di sigillatura e siglatura. Sul punto, la ricorrente osserva che le modalità di sigillatura, non possono che risultare comuni, uniformi e analoghe tra di loro. Inoltre, la ricorrente e la RECO Appalti S.r.l. utilizzano – in ottemperanza al contratto - materiale di cancelleria analogo.

Irrilevante infine sarebbe che le ristrutturazioni societarie di SOCOMI (che ha sede in Roma) abbiano coinvolto società aventi sede nello stesso comune dove ha sede la RECO, in quanto nel Comune di Campagnano siano presenti numerose società di costruzioni dotate di tutte le certificazioni (SOA, ISO, ecc.) idonee a partecipare a gare pubbliche.

Inoltre, la ricorrente sostiene, come ulteriore profilo di doglianza, che ACEA non ha svolto alcun attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale come richiesto dalla giurisprudenza.

La ricorrente ha quindi chiesto in via principale la declaratoria di inefficacia del contratto ex artt. 121 e ss. d. lgs. n. 104/2010 e s.m.i. e il subentro nel contratto.

In via subordinata, la ricorrente ha richiesto il risarcimento per equivalente dei danni, costituiti dalla lesione del patrimonio per la perdita della possibilità di eseguire l'appalto e di conseguire il relativo utile pari al 10% dell'importo contrattuale. Ha chiesto inoltre risarcimento dei danni subiti per la perdita di chances, al ristoro del pregiudizio subito per il mancato accrescimento del proprio curriculum aziendale e delle proprie qualifiche correlate all'effettivo affidamento ed alla esecuzione dei servizi, da liquidarsi nella misura del 3% dell'importo contrattuale, come da costante giurisprudenza; il rimborso delle spese affrontate per la partecipazione al procedimento, quantificate nel 2% dell'importo complessivo dell'appalto e il risarcimento del danno all'immagine.

L'ANAC si è costituita con mero atto di stile.

Acea si è costituita e ha preliminarmente eccepito che la ricorrente non ha formulato specifiche censure nei confronti della aggiudicazione, nemmeno in forma di illegittimità derivata. Ha chiesto quindi il rigetto del ricorso perché infondato.

Il controinteressato ITEM si è costituito con mera memoria di stile, mentre il controinteressati SITAI, pur debitamente notificato, non si è costituito.

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

Va in primo luogo dichiarata l'inammissibilità del ricorso nella parte in cui esso ha ad oggetto l'impugnazione dell'aggiudicazione ad altro operatore del lotto 2 della gara per l'affidamento di un accordo quadro per lavori di manutenzione edile e civile degli impianti del ciclo idrico integrato.

Come rilevato da ACEA nelle sue preliminari difese, infatti, nessuna doglianza è stata svolta nei confronti di detto atto neppure in via derivata.

Inoltre, il provvedimento di aggiudicazione impugnato non risulta identificato in atti né con riferimento alla data né con riferimento al nome dell'aggiudicatario.

Il contraddittorio poi non risulta correttamente integrato, in quanto il controinteressato ITEM, l'unico che si è costituito, non risulta essere l'aggiudicatario della gara, avendo peraltro ottenuto un punteggio molto basso. In relazione all'altro controinteressato intimato (SITAI), esso non si è costituito e risulta essere ultimo nella graduatoria in atti (v. verbale di valutazione dell'offerta economica, all. 12 della produzione di ACEA).

In questo quadro, l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione deve ritenersi generica e dunque inammissibile.

All'inammissibilità dell'impugnazione dell'aggiudicazione consegue l'inammissibilità della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto e di risarcimento del danno.

Da tale inammissibilità, tuttavia, non deriva l'improcedibilità del ricorso originario per carenza di interesse, in quanto l'interesse allo scrutinio della legittimità del provvedimento di esclusione permane, trattandosi di atto presupposto al provvedimento di sospensione dagli elenchi dei fornitori, impugnato in altro giudizio.

Con riferimento alla impugnazione del provvedimento di esclusione, 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 esposte in ricorso 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 conclusione, il ricorso originario va in parte accolto, con conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione, e in parte dichiarato inammissibile, con riferimento – come si è detto sopra - alla impugnazione dell'aggiudicazione ad altro operatore della gara.

Vanno del pari dichiarate inammissibili per carenza di interesse le domande conseguenti di declaratoria di inefficacia del contratto e di risarcimento del danno per equivalente. Esse infatti presuppongono l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

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 in parte e per l'effetto annulla il provvedimento del provvedimento di esclusione della SACOMI S.r.l., comunicato da Acea S.p.A. con nota prot. n. 5763 del 15.7.2019, dichiarandolo inammissibile per il resto.

Dichiara inammissibile la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto nel frattempo concluso e di risarcimento del danno per equivalente.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2020 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