

Pubblicato il 12/02/2020

N. 01939/2020 REG.PROV.COLL.

N. 12244/2019 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 12244 del 2019, integrato da motivi aggiunti, 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., 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;
Acea Ato2 S.p.A. non costituito in giudizio;

nei confronti

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;
Consorzio Artek, in persona del legale rappresentate p.t., non costituito.

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota prot. n. 6286 del 1 agosto 2019, con la quale 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 1 agosto 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 sussistente un collegamento e 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 dei verbali di gara dell'11 e del 22 luglio 2019;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché incognito, che incida sfavorevolmente nella sfera giuridico patrimoniale della ricorrente.

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da SO.CO.MI. s.r.l. il 16\10\2019 :

per l'annullamento

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;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acea S.p.A. e di Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

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 in data 1 agosto 2019 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. 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:

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.*

La Stazione appaltante non avrebbe comunicato alla odierna ricorrente l'avvio del procedimento, non ha dato corso alla istruttoria procedimentale prevista, così impedendo alla ricorrente di essere resa edotta dei rilievi sollevati e, soprattutto, di presentare memorie ed osservazioni.

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.

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

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.

Come risulta dagli atti in data 01/10/2019 si è quindi disposta l'aggiudicazione in favore dell'operatore economico CONSORZIO ARTEK, primo classificato nella graduatoria di gara, avendo offerto il ribasso più elevato pari al 46,99% e il prezzo complessivo più basso pari a 489.629,19.

Con ricorso per motivi aggiunti, depositati il 16 ottobre 2019, parte ricorrente ha impugnato provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in favore del Consorzio Artek comunicato con nota del 1.10.2019 e alla stessa non allegato.

Ha inoltre richiesto la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato con l'illegitimo aggiudicatario e la condanna di ACEA 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.

Nel ricorso per motivi aggiunti parte ricorrente ha dedotto, in via derivata, i medesimi vizi già dedotti nel ricorso introduttivo avverso il provvedimento di esclusione della SO.CO.MI. dalla gara contro-versa, motivi che sono stati riproposti anche avverso il provvedimento di aggiudicazione al Consorzio Artek.

Il controinteressato, consorzio Artek, pur ritualmente notificato come da cartolina di ricevimento in atti, non si è costituito.

ANAC si è costituita con mera memoria di stile.

Invece ACEA si è costituita ed ha depositato una memoria nella quale ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione dell'aggiudicazione e nel merito ha chiesto il rigetto del ricorso perché infondato.

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.

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.

Con riferimento al ricorso per motivi aggiunti, volto a contestare l'aggiudicazione della gara, in conformità con quanto disposto da questo TAR nella sentenza n. 01466/2020, avente identico oggetto, deve essere dichiarata l'inammissibilità del gravame.

Trattandosi di procedura da aggiudicarsi con il metodo del prezzo più basso, infatti, la ricorrente, ancorché richieda la rinnovazione della gara, avrebbe 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 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 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