

Publicato il 17/02/2020

N. 02078/2020 REG.PROV.COLL.

N. 12793/2019 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 12793 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., 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;

per l'annullamento

- della nota di ACEA S.p.a. prot. n. 7042 del 13 settembre 2019, con la quale sono state comunicate la sospensione dai Sistemi di qualificazione ACEA e la interdizione dalla partecipazione alle relative gare, a carico della ricorrente;

- del Regolamento Unico Sistemi di Qualificazione Ue – Lavori adottato da ACEA S.p.a. e, segnatamente, dell'art. 12.3;

- 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., esclusione che ha costituito uno dei presupposti della disposta sospensione e interdizione;

- della nota prot. n. 6286 del 1° agosto 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., esclusione che ha costituito uno dei presupposti della disposta sospensione e interdizione;

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

Visti il ricorso 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 nella camera di consiglio 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 la nota di ACEA S.p.a. prot. n. 7042 del 13 settembre 2019, con la quale sono state comunicate la sospensione dai Sistemi di qualificazione ACEA e la interdizione dalla partecipazione alle relative gare, a carico della ricorrente.

Essendo detto provvedimento conseguente a due provvedimenti di esclusione della ricorrente da due procedure ristrette (Gara n. 8800001676/LTE e Gara 8800002146/CBR) per la ritenuta sussistenza di una situazione di fatto tra la ricorrente e la società RECO Appalti s.p.a. di un unico centro decisionale.

In particolare, l'esclusione 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 era stata disposta in quanto la stazione appaltante aveva 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 delle seguenti circostanze: 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.

Analoghe ragioni sono alla base dell'esclusione della procedura ristretta per 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.

Il ricorso è articolato nei seguenti motivi di doglianza.

*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 di sospensione, non ha dato corso alla istruttoria procedimentale prevista.

*II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quater della L. 241/1990 e s.m.i.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del regolamento ACEA e del principio del giusto procedimento. Violazione e falsa applicazione del principio di tipicità e di tassatività e degli artt. 80, 134 e 136 del D. Lgs. N. 50/2016 e s.m.i.. Violazione e falsa applicazione del principio di proporzionalità e difetto di motivazione. 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.*

Il provvedimento di sospensione/interdizione è stato adottato in contrasto con lo stesso art. 12.3 del Regolamento ACEA, il quale riconnette la sospensione alla "perdita dell'affidabilità del Fornitore Qualificato" dovuta anche allo "accertamento di "collegamento sostanziale" tra due o più imprese partecipanti alla medesima gara".

Secondo la ricorrente, tuttavia, la sospensione/interdizione avrebbe dovuto essere disposta unicamente nel caso in cui fosse stata accertata la perdita dell'affidabilità a causa dell'accertato collegamento sostanziale, mentre la pendenza dei ricorsi con cui i provvedimenti di esclusione sono stati adottati impedirebbe di considerare accertato il collegamento sostanziale sotteso alla adozione dei suddetti provvedimenti

Secondo la ricorrente, inoltre, vi sarebbe un evidente difetto di proporzionalità. La SA – avendo già "punito" con l'esclusione il concorrente per presunta imputazione ad un "unico centro decisionale" – avrebbe dovuto quanto meno contenere nel minimo (e cioè, 3 mesi) la disposta sospensione/interdizione. Vi sarebbe anche un vizio di motivazione del provvedimento impugnato poiché l'amministrazione avrebbe dovuto spiegare perché ha deciso anche di sospendere/interdire per sei mesi la ricorrente, dopo che la stessa era già stata punita severamente con le previe esclusioni disposte, e dall'altro, perché una volta sanzionata la ricorrente, non ha contenuto la sanzione nel minimo.

*III) 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. Illegittimità anche in via derivata.*

Parte ricorrente deduce in via derivata le stesse doglianze già dedotte nei ricorsi avverso i provvedimenti di esclusione.

In particolare, lamenta che 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.

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 analogia 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.

ANAC si è costituita con mero atto di stile.

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

All'odierna udienza, le parti hanno dato il loro consenso alla trasformazione del rito in rito ordinario e hanno concordemente rinunciato a tutti i termini. La causa è stata quindi trattenuta in decisione in pubblica udienza.

## DIRITTO

Come rilevato anche nelle sentenze con cui sono stati decisi i ricorsi avverso i presupposti provvedimenti di esclusione, 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.

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.

Dunque, per le considerazioni sopra svolte, il provvedimento impugnato deve ritenersi affetto da illegittimità derivata rispetto ai presupposti provvedimenti di esclusione e pertanto il terzo motivo di ricorso va accolto, pretendendosi così assorbire le doglianze di natura procedimentale di cui al primo motivo.

E' invece da ritenersi infondato il secondo motivo di ricorso, con cui parte ricorrente lamenta la circostanza che l'amministrazione abbia disposto la sospensione/interdizione prima della

definizione dei ricorsi avverso i presupposti provvedimenti di esclusione, in quanto l'accertamento al quale la norma invocata da parte ricorrente fa riferimento non è quello giudiziale ma quello effettuato dalla amministrazione nell'ambito della sua attività istruttoria. I restanti profili di doglianza di cui al secondo motivo possono essere assorbiti.

In conclusione, il ricorso va accolto con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Le spese possono essere compensate, attesa la peculiarità della vicenda.

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 con cui ACEA S.p.A. ha disposto la sospensione di SA.CO.MI. S.r.l. dai Sistemi di Qualificazione Acea e interdizione dalla partecipazione alle gare indette da Acea S.p.A. e dalle Società del Gruppo Acea comunicato con nota prot. n. 7042 del 13.9.2019.

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