

TAR Piemonte, sezione seconda, sentenza n. 1214 del 10 luglio 2015

Collegamento sostanziale tra imprese – Illegittima l'esclusione senza contraddittorio tra le parti – Necessità di dimostrare l'insussistenza di rischi di turbativa della selezione

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 222 del 2015, proposto da:, rappresentata e difesa dagli avv.ti, con domicilio eletto presso l'avv. ... in Torino,

contro

Comune di Valenza, rappresentato e difeso dagli avv.ti, con domicilio eletto presso il primo in Torino, via

Ditta Loris Costruzioni;

per l'annullamento

- dell'atto prot. 668/5 del 12 gennaio 2015, con cui il Comune di Valenza ha comunicato contestualmente alla Tecton Group s.r.l. ed alla Impretekna s.r.l. l'esclusione dalla gara per l'appalto dei lavori di riqualificazione energetica dell'edificio scolastico di viale Oliva, in quanto, ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, le rispettive offerte sarebbero imputabili ad un unico centro decisionale, rappresentando inoltre che l'esclusione avrebbe comportato la sanzione accessoria della segnalazione all'Autorità nazionale anticorruzione;

- del verbale di gara del 9 gennaio 2015;

- della determinazione dirigenziale del 9 gennaio 2015, di aggiudicazione provvisoria dell'appalto alla ditta Loris Costruzioni;

- della determinazione dirigenziale del 30 gennaio 2015, di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla ditta Loris Costruzioni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Valenza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2015 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 18 novembre 2014, il Comune di Valenza ha indetto una procedura aperta per l'appalto dei lavori di riqualificazione energetica dell'edificio scolastico di viale Oliva, di importo complessivo stimato pari ad euro 1.182.025,13 da aggiudicarsi al massimo ribasso percentuale.

Nella seduta pubblica del 9 gennaio 2015, il responsabile del procedimento ha escluso le concorrenti Tecton Group s.r.l. ed Impretekna s.r.l., ritenendo che le rispettive offerte fossero imputabili ad un unico centro decisionale, ai sensi dell'art. 38, primo comma – lett. m-quater), del Codice dei contratti pubblici.

Con atto del 12 gennaio 2015, il Comune di Valenza ha comunicato l'esclusione ad entrambe le società, preannunciando la segnalazione all'Autorità nazionale anticorruzione per l'eventuale iscrizione nel casellario informatico.

L'appalto è stata infine aggiudicato alla ditta Loris Costruzioni, con il ribasso del 28,333%.

La ricorrente Tecton Group s.r.l. chiede l'annullamento del provvedimento di esclusione e dell'aggiudicazione definitiva, deducendo motivi così rubricati:

1) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per difetto d'istruttoria ed illogicità manifesta: la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare un sub-procedimento di verifica della situazione di collegamento, in contraddittorio con le imprese interessate, per accertare l'effettiva imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale;

2) sotto altro profilo, violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, violazione degli artt. 2697 e 2729 cod. civ. ed eccesso di potere per difetto d'istruttoria ed illogicità manifesta: difetterebbero, nella specie, gli indici presuntivi idonei a rivelare l'esistenza di un unico centro decisionale per la predisposizione delle offerte.

Si è costituito il Comune di Valenza, eccependo l'inammissibilità del ricorso e chiedendone, in ogni caso, il rigetto nel merito.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 13 maggio 2015, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, ai sensi degli artt. 73, primo comma, e 119, secondo comma, cod. proc. amm., deve darsi atto dell'irricevibilità della memoria difensiva depositata dalla ricorrente il 28 aprile 2015, oltre il termine dimidiato di 15 gg. liberi prima dell'udienza di discussione.

2. Sempre in rito, deve respingersi l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa comunale.

Sussiste, infatti, l'interesse attuale e concreto della società ricorrente quantomeno all'annullamento del provvedimento di esclusione, sebbene sia pacifico che l'eventuale riammissione non le consentirebbe di modificare il calcolo della soglia di anomalia e di superare il ribasso percentuale offerto dall'aggiudicataria. L'esclusione dalla gara, per circostanze riconducibili alla previsione dell'art. 38, primo comma –

lett. m-quater), del Codice dei contratti pubblici, determina un'immediata lesione per la concorrente, sia in relazione alla perdita di chances nella procedura, sia in relazione al conseguente procedimento sanzionatorio di competenza dell'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della medesima disposizione.

Il ricorso è pertanto ammissibile, limitatamente al provvedimento di esclusione.

3. Nel merito, il primo motivo ha carattere assorbente ed è fondato.

L'art. 38, primo comma – lett. m-quater), del Codice dei contratti pubblici dispone che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti i soggetti “che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”.

In forza di tale disposizione, sono sanzionate con l'esclusione dalla gara non solo le ipotesi di collegamento formale tipizzate dall'art. 2359 cod. civ., ma anche le situazioni di cosiddetto collegamento sostanziale le quali, attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla selezione ad un unico centro decisionale, possono mettere in pericolo il rispetto delle regole generali di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione. Il legislatore ha inteso evitare il rischio di ammettere alla gara soggetti che, in quanto legati da stretta e stabile comunanza di interessi, non sono ritenuti capaci di formulare offerte caratterizzate dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, la riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale può essere affermata dalla stazione appaltante solo in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti.

Come è noto, la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sul previgente D.Lgs. n. 157 del 1995, giudicando la normativa italiana in materia di appalti di servizi incompatibile con il diritto comunitario, e segnatamente con la Direttiva

1992/50/CE, nella parte in cui vietava in assoluto la partecipazione alla medesima gara d'appalto di imprese che si trovassero in una situazione di collegamento: secondo la Corte, il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara (Corte Giust. CE, sent. 19 maggio 2009, in C-538/07, Assitur s.r.l.).

Il Codice dei contratti pubblici è stato prontamente adeguato al principio affermato dalla Corte. L'art. 38, primo comma – lett. m-quater) e secondo comma, del D.Lgs. n. 163 del 2006, come modificato dall'art. 3, secondo comma, del D.L. n. 135 del 2009), contempla come causa di esclusione non più il controllo formale ex se, ma ogni situazione di controllo e collegamento, formale o sostanziale, accompagnata da univoci elementi di prova che le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale, prescrivendo altresì che la verifica e l'eventuale esclusione siano disposte dalla stazione appaltante solo dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

Sotto il profilo procedimentale, a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia, non è più consentito alle stazioni appaltanti di sanzionare il collegamento tra imprese mediante l'esclusione automatica dalla procedura selettiva, ma occorre accertare se, in concreto, tale situazione abbia influito o meno sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della gara, consentendo alle imprese interessate di dimostrare nell'apposito sub-procedimento l'insussistenza di rischi di turbativa della selezione (così, da ultimo: TAR Piemonte, sez. I, 6 marzo 2015 n. 430; nel senso

della necessità di un accertamento in contraddittorio con le imprese concorrenti, si veda già: TAR Lazio, sez. II, 8 maggio 2014 n. 4810; Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2010 n. 247).

Nella seduta pubblica del 9 gennaio 2015, il responsabile del procedimento ha invece deliberato l'immediata esclusione delle concorrenti Tecton Group s.r.l. ed Impretekna s.r.l., ritenendo che le rispettive offerte fossero imputabili ad un unico centro decisionale, senza darne alcun preavviso e senza consentire loro la presentazione di controdeduzioni entro un termine breve compatibile con l'esigenza di celerità della gara.

Ad avviso del Collegio, il vizio del contraddittorio non può essere degradato come inidoneo all'annullamento dell'esclusione, in applicazione dell'art 21-octies, secondo comma, della legge n. 241 del 1990.

Infatti, al cospetto di una decisione della stazione appaltante tipicamente discrezionale, quale quella sulla effettiva incidenza della situazione di collegamento sulla formulazione delle offerte, non incombe sulla ricorrente l'onere di fornire la prova circa la rilevanza del momento partecipativo, essendo invece vero il contrario. Sul punto, l'amministrazione resistente non ha fornito in modo convincente la prova, seppur in chiave necessariamente prognostica, della inutilità a priori dell'apporto partecipativo delle società escluse dalla gara.

Con specifico riguardo alla fattispecie di esclusione disciplinata dall'art. 38, primo comma – lett. m-quater), del Codice dei contratti pubblici, è ben possibile che l'instaurazione del contraddittorio con i soggetti interessati permetta di raggiungere una differente valutazione degli indizi di collegamento. Ad esempio, le imprese avrebbero potuto rendere giustificazioni in ordine alla vicinanza dei ribassi percentuali, alle somiglianze grafiche delle offerte, alle date ed alle modalità di confezionamento e spedizione dei plichi, alle date di effettuazione dei versamenti

obbligatori, alla condivisione dei soggetti emittenti delle cauzioni provvisorie, e così via.

Come affermato da autorevole dottrina, l'indefettibilità del contraddittorio discende, anche nell'ambito delle gare d'appalto, dall'art. 47, par. 2, della Carta dei diritti dell'Unione Europea, per effetto del quale il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio è stato elevato a principio comunitario, quale parte integrante del "diritto ad una buona amministrazione" ed in perfetta corrispondenza con le garanzie discendenti dall'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Con il conseguente necessario adeguamento, innanzitutto in via di interpretazione conforme, delle norme di diritto interno ed in particolare degli artt. 21-octies e 21-nonies della legge n. 241 del 1990, nelle fattispecie in cui l'amministrazione procedente non abbia rispettato gli obblighi partecipativi.

La Corte europea, infatti, ha affermato che il necessario svolgimento di un procedimento in contraddittorio presuppone non soltanto la facoltà per l'interessato di accedere al fascicolo, ma anche il dovere per l'autorità procedente di dare comunicazione d'ufficio all'interessato degli elementi fattuali e giuridici rilevanti per consentirgli un contraddittorio effettivo, tale da poter influire sull'esito della decisione: in tal senso, non è consentita la violazione delle regole poste a garanzia dei soggetti coinvolti nel procedimento, anche se, in ipotesi, tale violazione non abbia influito in concreto sull'esito della decisione amministrativa (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 25 luglio 2000, *Mattoccia*; Id., sent. 5 ottobre 2000, *APEH Uldozotteinek Szovetsege*).

Né può dubitarsi, alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte, circa l'attinenza dei procedimenti di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti ai "diritti e doveri di carattere civile" richiamati dall'art. 6, par. 1, della Convenzione

(cfr., tra molte: Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 10 luglio 1998, Tinnelly & Sons Ltd; Id., sent. 21 settembre 2006, Arac; Id., sent. 11 dicembre 2008, Velted-98 AD).

4. In conclusione, il Comune di Valenza ha illegittimamente escluso la ricorrente sulla base di indizi di collegamento (invero numerosi e concreti), senza concederle la possibilità di presentare deduzioni allo scopo di dimostrare l'ininfluenza della situazione di collegamento sulla formulazione dell'offerta economica.

Deve pertanto essere annullato il provvedimento di esclusione prot. 668/5 del 12 gennaio 2015.

Il ricorso è viceversa inammissibile, per difetto d'interesse, in relazione all'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla ditta Loris Costruzioni.

Le spese di giudizio sono compensate, vista la peculiarità della vicenda controversa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ed annulla il provvedimento di esclusione prot. 668/5 del 12 gennaio 2015.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/07/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

•