



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 607 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

DIVISIONE CANTIERI STRADALI S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi M. D'Angiolella, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Riccardo Viriglio in Torino, via Luigi Mercantini, 5;

contro

PROVINCIA DI CUNEO, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Marini, Beniamino Caravita Di Toritto e Marcello Collevicchio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Sciolla in Torino, corso Montevicchio, 68;

nei confronti di

AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita;

per l'annullamento

“a) della nota della Provincia di Cuneo Prot. n. 0005745 del 24.1.2011, con la quale la stazione appaltante, nell'ambito dei lavori di "posa barriere di guard-rail sulla strada provinciale n. 8-105", ha comunicato alla ricorrente la esclusione della gara per "collegamento sostanziale" con altra ditta partecipante e, di conseguenza ha informato della successiva comunicazione che effettuerà all'Autorità di Vigilanza;

b) del relativo verbale della commissione di gara che ha disposto l'esclusione della ricorrente oltre che dei successivi di continuazione della gara;

c) dell'eventuale provvedimento che ha assunto l'Autorità di Vigilanza a seguito dell'informativa della stazione appaltante;

d) di ogni altro atto presupposto connesso e/o consequenziale, comunque lesivo degli interessi della ricorrente e dunque affinché l'offerta proposta dalla ricorrente venga esaminata nell'ambito della gara de qua;

nonché con i motivi aggiunti del 22.7.2011 per l'annullamento

e) per quanto occorra, della nota della Provincia di Cuneo Prot. n. 0051499 del 30.5.2011 con la quale la stazione appaltante ha comunicato alla ricorrente che "... con riferimento alla procedura di

cui in oggetto, in data 7.6.2011 ore 15,00 si procederà alla riapertura del seggio di gara per l'apertura delle buste "Offerte Economiche" delle ditte - DIVISIONE CANTIERI STRADALI srl corrente in Roma. - TEC.MO EDILIZIA srl corrente in Aversa, ai sensi di quanto disposto dall'art. 38, comma 2 del D.Lgs. 163/2006";

f) del verbale di riapertura del seggio di gara del 7.6.2011;

g) della nota della Provincia di Cuneo Prot. n. 0056048 del 10.6.2011, comunicata alla ricorrente in data 13.6.2011 con al quale la stazione appaltante ha comunicato che la gara è stata definitivamente aggiudicata alla ditta "Q.M.C. snc di Manfredi Lorenzo e Quaglia Renato";

h) della determinazione dirigenziale n. 2677 del 10.6.2011 comunicata unitamente alla nota sub g) e con la quale: si aggiudica definitivamente la gara alla ditta "Q.M.C. snc di Manfredi Lorenzo e Quaglia Renato"; si prende atto che "risultano pertanto esclusi dalla gara i seguenti operatori economici: - DIVISIONE CANTIERI STRADALI srl... TEC.MO EDILIZIA srl... per le motivazioni riportate nel verbale procedura aperta del 18.1.2011, con conseguente segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture ai sensi della vigente normativa (art. 38 D. Lgs. 163/06 e smi");

h) di ogni altro atto presupposto connesso e/o consequenziale, comunque lesivo degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Cuneo;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2011 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, riassunto ritualmente dinanzi a questo Tribunale a seguito di declinatoria di competenza del TAR Lazio-Roma, la società Divisione Cantieri Stradali s.r.l. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe con cui la Provincia di Cuneo l'ha esclusa da una gara per l'affidamento di alcuni lavori stradali aventi ad oggetto la posa di barriere guard-rail sulla strada provinciale n. 8-105 e l'ha informata che avrebbe proceduto a segnalare l'esclusione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici.

L'esclusione, che ha riguardato anche la concorrente TE.CMO Edilizia s.r.l., è stata disposta sul presupposto di un "collegamento sostanziale" tra le due società, ritenuto tale da mettere "potenzialmente in pericolo la correttezza della gara".

L'esistenza del collegamento tra le due concorrenti è stata desunta dai seguenti elementi sintomatici:

a) istanze di partecipazione alla gara redatte con lo stesso carattere e contenenti un medesimo errore ortografico (“benefiato” in luogo di “beneficiato”);

b) coincidenza della sede operativa delle due società (in Aversa);

c) presenza in entrambe le società concorrenti dei medesimi legali rappresentanti, “anche se in tempi diversi”.

2. Attraverso cinque motivi di ricorso, la ricorrente ha lamentato: 1) che l’esclusione sia stata disposta in modo automatico e in assenza di contraddittorio; 2) l’inconsistenza dei primi due elementi ritenuti dalla stazione appaltante sintomatici del collegamento sostanziale (identico errore ortografico e stesso carattere di scrittura), i quali si giustificerebbero, in realtà, per il fatto che entrambe le società si avvalgono della medesima società di servizi (GI.MAR s.r.l. con sede in Aversa), la quale si occupa della predisposizione dei documenti per partecipare alle gare e di compilare le relative domande: circostanza di per sé insufficiente a far ritenere l’esistenza di un unico centro decisionale che abbia influenzato, in concreto, la formulazione delle offerte; 3) che il provvedimento di esclusione sia stato adottato senza procedere previamente all’apertura delle buste contenenti l’offerta economica, in violazione dell’art. 38, comma 2 lettera b) D. Lgs. 163/2006; 4) l’inconferenza anche del terzo elemento ritenuto dalla stazione appaltante sintomatico del collegamento sostanziale (commistione di amministratori e legali rappresentanti delle due società), essendo esso riferito a situazioni

pregresse cessate anni prima della pubblicazione del bando e comunque di per sé insufficienti, in assenza di ulteriori elementi concreti, a ritenere comprovata l'esistenza di un unico centro decisionale; 5) che sia stata disposta la segnalazione dell'esclusione all'Autorità di Vigilanza sebbene l'art. 48 del D. Lgs. 163/2006 preveda l'obbligo di detta segnalazione soltanto in relazione alle esclusioni disposte per irregolarità concernenti i requisiti di ordine speciale.

3. Con successivi motivi aggiunti notificati il 07.07.2011 e depositati il 22.07.2011, la ricorrente ha impugnato gli ulteriori provvedimenti indicati in epigrafe (adottati dalla stazione appaltante nelle more della riassunzione del giudizio dinanzi a questo TAR), con i quali, in sostanziale accoglimento del terzo motivo del ricorso introduttivo e a seguito di annullamento in autotutela degli atti impugnati e di parziale rinnovazione delle operazioni di gara, l'amministrazione ha stabilito, nell'ordine:

- di aggiudicare definitivamente l'appalto alla ditta Q.M.C. di Manfredi Lorenzo e Quaglia Renato s.n.c.;
- di confermare l'esclusione per "collegamento sostanziale" delle concorrenti Divisione Cantieri Stradali s.r.l. e Tec.mo Edilizia s.r.l., dopo aver proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche delle medesime;
- di segnalare la predetta esclusione all'Autorità di Vigilanza.

4. Con il primo, il secondo, il quarto e il quinto motivo aggiunto la

ricorrente ha riproposto censure analoghe a quelle formulate con il ricorso introduttivo; con il terzo motivo aggiunto, ha invece dedotto la violazione dell'art. 38, comma 2 lettera b) del D. Lgs. 163/2006, lamentando che la stazione appaltante abbia confermato il provvedimento di esclusione pur non avendo rilevato, dall'esame delle offerte economiche delle due concorrenti, alcun elemento concreto idoneo a sostenere la tesi del collegamento sostanziale, e comunque senza nulla motivare sul punto.

In via cautelare, ha insistito per la sospensione del provvedimento di segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

5. Si è costituita la Provincia di Cuneo eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per la mancata notifica dei medesimi al soggetto controinteressato; in subordine, nel merito, contestando la fondatezza del ricorso ed invocandone il rigetto.

6. Con ordinanza n. 569/11 in data 10.09.2011 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare sospendendo - come da esplicita richiesta di parte ricorrente - l'esecuzione del solo atto di segnalazione dell'esclusione all'Autorità di Vigilanza.

7. In prossimità dell'udienza di discussione, la difesa della Provincia ha depositato in giudizio gli atti con cui l'Autorità di Vigilanza ha comunicato di aver disposto la sospensione della predetta segnalazione in ottemperanza all'ordinanza cautelare di questo Tribunale, in attesa della definizione del giudizio.

8. All'udienza pubblica del 1 dicembre 2011, l'avv. Riccardo Viriglio, su delega dell'avv. D'Angiolella per la parte ricorrente, ha depositato note d'udienza con il consenso della controparte, dichiarando di avere interesse all'annullamento soltanto dell'atto di segnalazione dell'esclusione all'Autorità di Vigilanza e di non avere più interesse, per contro, all'annullamento degli ulteriori atti impugnati diversi dalla predetta segnalazione.

Sentiti anche gli avv.ti Collevocchio e Marini per la Provincia di Cuneo, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il giorno successivo è stato pubblicato il dispositivo della presente decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, va dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse, alla luce della decisione assunta in corso di causa dalla stazione appaltante di annullare l'esclusione dalla gara delle due concorrenti asseritamente "collegate" e di procedere ad un riesame della situazione dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche di dette concorrenti.

2. Sempre in via preliminare, alla luce della dichiarazione resa in udienza dal difensore di parte ricorrente, va dichiarata la parziale improcedibilità dei *motivi aggiunti* per sopravvenuta carenza di interesse, limitatamente ai provvedimenti oggetto di gravame diversi dall'atto di segnalazione dell'esclusione all'Autorità di Vigilanza.

3. Correlativamente, sulla base della stessa dichiarazione, va dato atto che persiste l'interesse di parte ricorrente all'annullamento del predetto atto di segnalazione.

4. Sotto quest'ultimo profilo, va respinta l'eccezione processuale formulata dalla difesa della Provincia, dal momento che con riferimento al predetto atto di segnalazione non sono configurabili soggetti controinteressati.

5. Nel merito, nei confronti dell'atto di segnalazione all'Autorità di Vigilanza parte ricorrente ha dedotto la sussistenza di vizi propri (con il quinto motivo aggiunto) e di vizi derivati dall'illegittimità dell'atto di esclusione (con i restanti motivi aggiunti).

6. I primi vizi non sono sussistenti.

Parte ricorrente lamenta che la stazione appaltante abbia disposto la segnalazione dell'esclusione all'Autorità di Vigilanza sebbene l'art. 48 del D. Lgs. 163/2006 preveda l'obbligo di detta segnalazione soltanto in relazione alle esclusioni disposte per irregolarità concernenti i requisiti di ordine speciale.

A sostegno della doglianza, parte ricorrente richiama l'indirizzo giurisprudenziale, già condiviso da questa Sezione, secondo cui l'irrogazione all'impresa partecipante alla gara pubblica della triplice sanzione (esclusione dalla gara; escussione della cauzione provvisoria; segnalazione all'autorità di vigilanza) si riferisce alle sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale di cui all'art. 48, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, e non anche a quelle relative

ai requisiti di ordine generale ex art. 38, sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara (T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 16 luglio 2010, n. 3129).

La censura non può essere condivisa.

Va dato atto che l'indirizzo giurisprudenziale richiamato dalla difesa attrice è stato di recente rimeditato da questa Sezione con la recente sentenza n. 1152 del 4 novembre 2011, pervenendosi all'opposta conclusione che la segnalazione all'Autorità di Vigilanza va fatta non soltanto nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale, trattandosi di esclusione idonea a segnalare una circostanza di estrema rilevanza per la corretta conduzione delle procedure di affidamento dei lavori pubblici.

In tal modo, la Sezione si è motivatamente uniformata ai principi affermati dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, ritenendoli maggiormente confacenti a canoni di ragionevolezza e di interpretazione sistematica del dato normativo (in senso analogo, Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3567; sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 782; sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905; sez. V, 12 febbraio 2007 n. 554; sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5792).

Alla luce di quanto esposto, va quindi disattesa la censura proposta dalla parte ricorrente con il quinto motivo aggiunto, dal momento che secondo l'orientamento maggioritario oggi condiviso dalla Sezione, la segnalazione all'Autorità di Vigilanza può essere

effettuata anche nei casi – come quello qui in esame - di esclusione dalla gara disposta per l'accertata carenza dei requisiti di ordine generale.

7. Sono invece sussistenti i vizi dell'atto di segnalazione “derivati” dall'illegittimità dell'atto esclusione e dedotti con i restanti motivi aggiunti.

Va precisato, al riguardo, che la dedotta illegittimità dell'atto di esclusione viene qui esaminata in via meramente incidentale, al solo fine di valutare i profili di illegittimità derivata dell'atto di segnalazione all'Autorità di Vigilanza denunciati dalla parte ricorrente, senza, quindi, riflessi caducatori sull'atto di esclusione ma solo (eventualmente) sull'atto di segnalazione, conformemente al residuo interesse processuale dichiarato dal ricorrente.

Ciò premesso, si osserva quanto segue.

7.1. A seguito della sentenza della Corte di Giustizia Ce, sez. IV, 19 maggio 2009-C-538/2007 che ha ritenuto l'incompatibilità dell'art. 34, d.lg. n. 163 del 2006 con il diritto comunitario, non è più possibile sanzionare il collegamento tra più imprese mediante l'automatica esclusione dalla procedura selettiva, sulla scorta di una presunzione di “inquinamento” del confronto concorrenziale concretatasi in un'anticipazione della soglia di tutela, occorrendo invece accertare se in concreto tale situazione abbia influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della gara.

La disciplina interna deve essere cioè intesa nel senso che il rapporto

tra le imprese può giustificare l'esclusione soltanto se la stazione appaltante accerti che tale rapporto abbia influenzato la formulazione delle offerte, in modo che dette imprese siano messe in grado di dimostrare l'insussistenza di rischi di turbative della selezione.

Per escludere un'impresa ritenendola in collegamento sostanziale, quindi, non bastano degli indici meramente formali, ma occorre che la stazione appaltante dia la prova concreta dell'esistenza di un unico centro decisionale che governi le due o più imprese (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 04 novembre 2010, n. 33167; TAR Calabria Catanzaro sez. I 4 marzo 2011, n. 300; TAR Piemonte Torino, sez. II, 4 novembre 2008, n. 2739).

In particolare, è stato affermato che è illegittima l'esclusione di una ditta da una gara pubblica, motivata con riferimento al fatto che è stata riscontrata una situazione di collegamento sostanziale con altra ditta concorrente, nel caso in cui la situazione valutata dalla stazione appaltante, in forza della quale è stato ritenuto sussistente il suddetto collegamento, sia obiettivamente ambigua, in quanto caratterizzata da elementi e coincidenze non idonei a configurare con certezza quella situazione di collegamento vietata dal bando e dall'ordinamento in quanto distorsiva della concorrenza; in tal caso, infatti, l'amministrazione deve approfondire l'effettiva esistenza di un reciproco condizionamento, tale da far ritenere l'esistenza di un unico centro decisionale, con la conseguenza che l'esclusione disposta in difetto di tale approfondimento e comminata sulla base di

un riscontro non sufficientemente probante è illegittima (Consiglio Stato, sez. VI, 06 settembre 2010, n. 6469).

Analogamente, è stato affermato che l'esistenza di un collegamento sostanziale tra imprese non può di per sé solo impedire alle stesse di partecipare alla medesima gara, dovendosi riconoscere a queste ultime la possibilità di dimostrare che il detto rapporto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della specifica procedura d'appalto (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 24 febbraio 2011, n. 161).

7.2. Trasponendo tali principi alla fattispecie in esame, ritiene il collegio di dover pervenire alla seguenti conclusioni:

- il primo motivo aggiunto è fondato, dal momento che l'esclusione della ricorrente dalla gara è stata disposta in modo automatico e in assenza di contraddittorio con l'interessata, sia nella prima fase della procedura di gara, sia in sede di riesame;
- sono fondati anche il secondo e il quarto motivo aggiunto, dal momento che gli indici formali ritenuti dalla stazione appaltante sintomatici di una situazione di collegamento sostanziale appaiono di significato quanto meno ambiguo e ambivalente, non essendo inconciliabili con la spiegazione alternativa fornita da parte ricorrente; in ogni caso, i predetti elementi avrebbero potuto giustificare l'esclusione delle concorrenti dalla gara solo a condizione che l'amministrazione accertasse e provasse, nel contraddittorio con le interessate, l'esistenza di un unico centro decisionale e la concreta

influenza svolta quest'ultimo sulla formulazione delle rispettive offerte e sul conseguente inquinamento del confronto concorrenziale, ma tali valutazioni sono state totalmente omesse dalla stazione appaltante, e ciò inficia in radice le determinazioni assunte;

- è fondato, infine, anche il terzo motivo aggiunto, dal momento che anche dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche delle due concorrenti, la stazione appaltante non ha svolto in concreto alcuna valutazione sul contenuto delle stesse, sul loro reciproco condizionamento e sulla riconducibilità delle medesime ad un unico centro decisionale.

8. Alla luce di tali considerazioni, il ricorso va accolto per quanto di ragione, con il conseguente l'annullamento del solo atto di segnalazione dell'esclusione all'Autorità di Vigilanza quale effetto conseguente all'accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto presupposto di esclusione, conformemente al residuo interesse processuale dichiarato dalla parte ricorrente.

9. In conclusione, il gravame è in parte fondato e in parte improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse nei termini e nei limiti sopra esposti.

10. Le spese di lite possono essere compensate ricorrendone giusti motivi per la peculiarità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte,

definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti indicati in epigrafe:

- a) li accoglie in parte, e per l'effetto annulla l'atto di segnalazione dell'esclusione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici;
- b) li dichiara improcedibili nella restante parte per sopravvenuta carenza di interesse;
- c) compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/12/2011

IL SEGRETARIO

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

