

N. 00503/2013 REG.PROV.COLL.

N. 03141/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3141 del 2012, proposto da:

Impresa Costruzioni Edili di Liguori Gerardo, rappresentata e difesa dall'avv. Gianmaria Fusetti, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, via Eugenio Chiesa, n. 2

contro

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey, Stefania Pagano e Sara Pagliosa, domiciliato presso gli uffici della Avvocatura comunale in Milano, via Andreani, n. 10;

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata ex lege in Milano, via Freguglia, n. 1

nei confronti di

M.A.C.E. Manutenzione Appalti Costruzioni Edili S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Lubrano e Antonio Mannironi, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, via Cadore n. 36;
Edil Tre Elle Costruzioni Generali S.p.A., non costituita in giudizio

per l'annullamento

- del verbale della commissione di gara del 7.11.2012 per l'appalto relativo all'esecuzione di opere per C.I.G. 4535510540 - manutenzione straordinaria e bonifica dall'amianto dello stabile residenziale di via Sestini 45 - quartiere Sestini - CUP: b4610800100004, nella parte in cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla gara per il collegamento sostanziale con altra ditta partecipante e, di conseguenza, ha dato corso alla segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nonché all'ulteriore sanzione dell'escussione della cauzione provvisoria; - della nota del comune di milano PG 722158/2012 del 9.11.2012 trasmessa a mezzo fax alla ricorrente in data 15.11.2012, recante comunicazione del verbale del 7.11.2012; - della nota del comune di Milano PG 739129/2012 del 16.11.2012 all'AVCP recante comunicazione ai fini dell'inserimento nel casellario informatico dell'esclusione ex art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. nonché per l'annotazione di tutte le altre notizie ritenute utili; - dell'eventuale provvedimento che ha assunto l'AVCP a seguito dell'informativa della stazione appaltante; - della nota del comune di Milano PG 798516/2012 del 6.12.2012 a Rsa Insurance Office Ltd recante richiesta di incameramento polizza fideiussoria; - di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale comunque lesivo degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano, della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture e di M.A.C.E. Manutenzioni Appalti Costruzioni Edili S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2013 il dott. Dario Simeoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevato:

- che la società ricorrente ha impugnato, con riferimento ad una procedura di gara per l'affidamento di interventi di manutenzione straordinaria e bonifica amianto di uno stabile residenziale, gli atti con i quali l'amministrazione l'ha esclusa dalla gara, incamerato la cauzione provvisoria e segnalata ai fini dell'inserimento nel casellario informatico delle esclusioni ex art. 38 d.lgs. n. 163/2006 all'Autorità di Vigilanza;
- che l'impresa ricorrente ha contestato la motivazione in base alla quale il comune resistente avrebbe rilevato elementi tali da far presumere forme di collegamento sostanziale tra la ricorrente stessa e la Edil Tre Elle s.p.a., altra partecipante alla procedura de qua;
- che, in particolare, l'impresa ricorrente ha dedotto l'illegittimità di tale assunto, poiché esso sarebbe stato basato su elementi incerti, ambigui, e comunque insufficienti per potere dimostrare la pretesa "continuità sostanziale" tra le due imprese poi entrambe escluse;
- che l'amministrazione convenuta si è costituita, chiedendo il rigetto del ricorso;

Ritenuto:

- che, avendo la Sezione già affrontato con la sentenza 289/2013 analoghe questioni giuridiche, il giudizio possa essere definito con sentenza in forma semplificata, emessa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di giudizio, nonché la mancata enunciazione di osservazioni oppostive delle parti, rese edotte dal Presidente del Collegio di tale eventualità;
- che, in via pregiudiziale, deve dichiararsi il difetto di legittimazione passiva della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture; ciò in quanto i motivi di ricorso sono incentrati unicamente sulla illegittimità della comunicazione effettuata dall'amministrazione comunale ai fini dell'inserimento nel casellario informatico; ed inoltre, neppure è stato impugnato il successivo provvedimento assunto dall'AVCP;
- che il ricorso è manifestamente fondato, in quanto gli elementi valorizzati dalla stazione appaltante per l'esclusione della ricorrente, a fronte di quelli distintivi indicati in sede odierna, risultano non soddisfare i parametri individuati in giurisprudenza per la dimostrazione dell'identità del centro decisionale (cfr, tra le altre, Cons. di Stato, sent. n. 844 del 2012);
- che, in particolare, il semplice rapporto di parentela tra gli amministratori delle società sospettate di collegamento, in assenza di altri indizi univoci, si rivela del tutto inidoneo a fondare il convincimento dell'unicità di interessi tra le suddette società;
- che, peraltro, risulta fondata anche la censura in relazione alla quale, in presenza di elementi ipoteticamente indicativi di un collegamento tra imprese, la stazione appaltante avrebbe dovuto aprire un sub-procedimento in contraddittorio (ai sensi dell'art. 46 codice dei contratti) per consentire alle imprese stesse di esporre spiegazioni ed argomenti di segno contrario; nel caso di specie, invece, non risulta che

l'amministrazione abbia attivato tale sub-procedimento, così mancando anche l'accertamento sulla circostanza che il supposto collegamento abbia avuto un impatto concreto sul comportamento delle società reciprocamente condizionate nell'ambito della gara, e abbia così prodotto l'effetto finale di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale (cfr. Cons. di Stato, sent. n. 247/10, in linea con la decisione della Corte di Giustizia sul collegamento tra imprese resa in data 19 maggio 2009);

- che, ai fini dell'accoglimento del ricorso, è comunque dirimente osservare come i ribassi offerti dalle due società ritenute tra di loro collegate non siano per nulla significativi, nell'ambito di una procedura che ha visto confrontarsi circa 200 imprese, di una tentata turbativa d'asta, dal momento che gli stessi non avrebbero inciso sul calcolo della soglia di anomalia (nel dettaglio: Edil Tre Elle ha offerto un ribasso del 26,673% e la impresa ricorrente, asseritamente collegata alla prima, del 26,777%; nel corso della gara oltre 150 imprese hanno offerto un ribasso compreso tra il 26,02% e il 26,9%; cfr. doc. in atti); che la necessità di verificare in concreto l'incidenza concreta dei ribassi è implicitamente richiesta dalla legge nella parte in cui dispone che l'esclusione dei concorrenti, per i quali la stazione appaltante accerti che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, è disposta soltanto dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica (art. 38, comma 2, codice dei contratti);

- che, sotto altro profilo, la società ricorrente non ha impugnato le avvenute aggiudicazioni, ed anzi lo ha espressamente escluso nel corso dell'udienza in camera di consiglio, non avendo ottenuto una posizione utile per conseguire l'affidamento dell'appalto e non avendo nemmeno indicato quali sarebbero i profili di vantaggio che trarrebbe da un eventuale annullamento dei provvedimenti di aggiudicazione;

- che, pertanto, vanno annullati i provvedimenti di esclusione, incameramento della cauzione e segnalazione all'Autorità di vigilanza emessi a carico della società ricorrente, ferme restando le viste aggiudicazioni;

- che le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate come da dispositivo; per contro, nei confronti della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, erroneamente evocata in giudizio con il ricorso principale, sussistono giusti motivi per compensare interamente le spese di lite tra le parti, atteso che la difesa erariale (con la breve nota depositata il 9 febbraio 2013) si è limitata ad eccepire l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione dell'annotazione nel casellario informatico disposta dall'AVCP in data 17 gennaio 2013 (ciò sebbene ancora decorressero i termini per la proposizione dei motivi aggiunti), rinviando per le difese di merito alla relazione dell'Autorità;

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti in epigrafe indicati.

Condanna, in solido, l'amministrazione resistente e la controinteressata alla rifusione delle spese processuali della impresa ricorrente, che liquida in complessivi € 2.500,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Dario Simeoli, Primo Referendario, Estensore

Angelo Fanizza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 25/02/2013

IL SEGRETARIO

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