



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 Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8736 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Acco Umberto Sas di Acco Umberto & C, rappresentato e difeso dall'avv. Alfredo Biagini, con domicilio eletto presso Alfredo Biagini in Roma, via di Porta Castello, 33;

contro

Anas Spa, Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, rappresentati e difesi dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Alga Costruzioni Srl;

per l'annullamento

- del provvedimento adottato da ANAS s.p.a nei confronti della ricorrente di cui al verbale di esperimento gara n.TS 09-009 in data 5.8.2009;
- della nota in data 12.08.2009 prot. CTS-0010284-P con cui ANAS ha comunicato la predetta esclusione;

- delle note con le quali l'ANAS ha segnalato la disposta esclusione all'Autorità di Vigilanza "per le segnalazioni e le annotazioni del caso" ed al Responsabile ANAS S.p.a. del Servizio Coordinamento territoriale "per l'attività di Stazione Appaltante";
 - della aggiudicazione provvisoria e dell'aggiudicazione definitiva in data 2.0.2009, dell'approvazione degli atti di gara, nonché del bando e del disciplinare di gara;
 - del provvedimento di annotazione nel Casellario Informatico istituito presso l'Autorità di Vigilanza;
- per i motivi aggiunti:
- della annotazione, a carico della ricorrente, inserita in data 1.5.2010, dalla Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori;
 - della nota in data 5.5.2010, a mezzo della quale la predetta Autorità ha comunicato l'annotazione gravata;
 - della nota in data 4.3.2010 di segnalazione da parte di ANAS alla predetta Autorità, della condotta della ricorrente;
 - di ogni altro atto ad essi antecedente o susseguente;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Fornitura;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2010 il cons. Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nel 2005 la società ricorrente presentava domanda di partecipazione ad una gara indetta dal Comune di Venezia, dalla quale veniva esclusa per situazioni di collegamento sostanziale con la impresa Portostrade, anche essa partecipante alla gara.

A seguito della comunicazione di tale esclusione l'Autorità di Vigilanza per i contratti pubblici inseriva nel casellario informatico, il 16-12-2005, l'annotazione della avvenuta esclusione da parte del Comune di Venezia per situazione di collegamento sostanziale tra la Acco s.a.s e la impresa Portostrade; l'annotazione conteneva l'espressa dicitura "la presente annotazione è iscritta ai sensi dell'art 27 lettera t) del d.p.r. n° 34 del 2000 e non può costituire motivo di automatica esclusione da successive gare. Nell'ipotesi di contemporanea partecipazione dell'altra impresa ivi indicata spetterà alla stazione appaltante la verifica, con riferimento alla specifica situazione concreta della presenza di elementi riconducibili ad alterazione della par condicio dei concorrenti".

Successivamente, con bando TS 09-009 del 1-6-2009, l'Anas indiceva una gara per lavori di manutenzione stradale. La società ricorrente e la società Portostrade presentavano entrambe domanda di partecipazione.

Con provvedimento del 5-8-2009 la Commissione escludeva la società ricorrente, in quanto risultava a carico della stessa una annotazione presso il Casellario informatico della Autorità di Vigilanza per i contratti pubblici a seguito di comunicazione della stazione appaltante e ravvisava una ipotesi di collegamento sostanziale tra le due imprese in base all'esistenza di alcuni elementi di fatto: sede, utilizzazione dello stesso corriere per la domanda di partecipazione alla gara ; stessa data di spedizione della domanda di partecipazione; numero progressivo del corriere 7496-7499; polizze fideiussorie della stessa Agenzia Toro Assicurazioni con numeri progressivi e

autentica dello stesso notaio; versamento all'Autorità di vigilanza nello stesso giorno; stessa Società di attestazione; domanda di partecipazione con medesimo formato.

Avverso il provvedimento di esclusione e avverso tutti i successivi atti della gara è stato proposto il presente ricorso per i seguenti motivi:

Violazione dell'art 34 comma 2 d.lgs. n° 163 del 12-4-2006; violazione dei principi comunitari di proporzionalità ed adeguatezza;

violazione dell'art 2 del d.lgs. n° 163 del 2006; violazione del principio di massima concorsualità; violazione della lex concursualis e dell'art 3 della legge n° 241 del 1990;

insufficienza ed incongruità della motivazione; eccesso di potere per inadeguata valutazione dei fatti; carenza di istruttoria e perplessità;

Successivamente, con atto del 1-5-2010, è stata inserita una annotazione da parte della Autorità di Vigilanza relativa alla avvenuta esclusione per collegamento sostanziale, annotazione avvenuta con la espressa precisazione: "la presente annotazione non può costituire motivo di automatica esclusione da successive gare".

Avverso l'annotazione sono stati proposti i seguenti motivi aggiunti:

violazione dell'art 7 della legge n° 241 del 7-8-1990; violazione del principio del contraddittorio tra amministrazione e privato; violazione del principio del buon andamento della amministrazione di cui all'art 97 Cost. ;

dell'art 34 comma 2 d.lgs. n° 163 del 12-4-2006; violazione dei principi comunitari di proporzionalità ed adeguatezza; violazione dell'art 2 del d.lgs. n° 163 del 2006; violazione del principio di massima concorsualità; violazione della lex concursualis e dell'art 3 della legge n° 241 del 1990;

insufficienza ed incongruità della motivazione; eccesso di potere per inadeguata valutazione dei fatti; carenza di istruttoria e perplessità;

erronea valutazione dei fatti, difetto dei presupposti; contraddittorietà, assenza di idonei parametri di riferimento;

Si sono costituite l'Anas e l'Autorità di Vigilanza contestando la fondatezza del ricorso.

Alla udienza pubblica del 13-10-2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Ai sensi del comma 2 dell'art 34 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006, non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi.

Tale norma, applicabile al caso di specie, è stata abrogata dal d.l. n° 135 del 25-9-2009, che ha invece introdotto alla lettera m quater) dell'art 38 del d.lgs. 163 una disposizione simile: sono esclusi dalle procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture i soggetti che “ che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 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”.

Ciò che emerge da entrambe le norme, delle quali la prima, come detto, è applicabile alla fattispecie oggetto del presente ricorso è la rilevanza ai fini della individuazione del cd. collegamento sostanziale, di un unico centro decisionale per le due imprese. Anzi l'eliminazione da parte del legislatore del 2009 del riferimento agli elementi univoci trova la sua ratio proprio nell'evitare il ricorso a elementi di carattere formale.

L'art 34, nel testo originario, è stato, infatti, oggetto di una pronuncia della Corte di Giustizia, che ha ritenuto che la norma dell'art 34 del d.lgs. n° 163 del 1006 sia incompatibile con il diritto comunitario ed in particolare con i principi della concorrenza e della massima partecipazione se interpretata nel senso di prevedere una presunzione assoluta di collegamento sostanziale, quando vi siano alcune circostanze indizianti. Il diritto comunitario osta, quindi, 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 loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara. (Corte giustizia CE, sez. IV, 19 maggio 2009)

Questa sezione (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 09 dicembre 2009 , n. 12679) si è già espressa nel senso che a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia non sia 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 (non

potendo escludersi che, ad esempio, le imprese partecipanti a un gruppo conservino una sfera di autonomia imprenditoriale tale da impedire l'insorgenza di commistioni)

Per escludere una impresa ritenendola in collegamento sostanziale, quindi, non bastano degli indici meramente formali, come le simili buste, l'indirizzo, il rilascio della polizza fideiussoria, ma occorre che la stazione appaltante dia la prova concreta dell'esistenza di un unico centro decisionale che governi le due o più imprese.

Nell'ordinamento il controllo e collegamento tra imprese sono di per sé legittimi, pertanto la limitazione che esse possono subire in relazione alla partecipazione alle gare pubbliche trova una ragion d'essere nella distorsione della concorrenza che deriva dalla esistenza di un unico centro decisionale a cui fanno capo le imprese.

L'ordinamento, infatti, in genere consente e prevede il controllo e il collegamento tra imprese, quale espressione della libertà di iniziativa economica, sottoponendolo però ad alcune verifiche e limiti (ad esempio comunicazioni delle partecipazioni; divieto di acquisto di azioni).

Pertanto, nella materia delle gare pubbliche, poichè massimo deve essere il rispetto dei principi di concorrenza e di parità di trattamento dei concorrenti, è previsto un regime di sfavore per le società controllate e collegate rispetto alla partecipazione alle gare, in quanto il controllo e il collegamento tra più imprese partecipanti alla medesima gara non garantiscono il rispetto di tali principi, influenzando sulla segretezza e la serietà delle offerte.

Il testo dell'art 34, prima della modifica del 2009 prevedeva per le ipotesi di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile un meccanismo di presunzione "iuris et de iure" circa la sussistenza della turbativa del corretto svolgimento della procedura concorsuale; invece, nel caso di collegamento

sostanziale la prova in concreto, a carico della stazione appaltante, l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti, tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti. Di conseguenza, è consentito alla stazione appaltante prevedere e comminare l'esclusione delle offerte solo quando specifici elementi oggettivi e concordanti inducano a ritenere la sussistenza di situazioni, non riconducibili alle forme di collegamento societario di cui all'art. 2359 cod. civ., capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte (Consiglio di Stato sez. V, 17 settembre 2009, n. 5578; Cfr altresì Consiglio di Stato, sez. VI, 06 settembre 2010, n. 6469 nel caso in cui la situazione di collegamento era stata riscontrata dalla commissione di gara sulla base di elementi desunti dalle modalità di presentazione delle offerte, buste spedite lo stesso giorno e dal medesimo ufficio postale, garanzia fideiussoria rilasciata dalla medesima agenzia e con polizze emesse in sequenza e lo stesso giorno, somiglianza della veste grafica e coincidenza tra le residenze anagrafiche dei legali rappresentanti, che, di per sé, non sono tali da far necessariamente presumere una situazione di collegamento).

Nel caso di specie, nessuna delle ulteriori verifiche imposte dalla lettura "comunitariamente orientata" dell'art. 34 codice contratti pubblici è stata effettuata. L'Anas ha motivato la esclusione solo in riferimento alla esistenza di alcuni elementi di somiglianza delle domande di partecipazione presentate dalla Acco e dalla Porto strade (formato della domanda, buste, spedizione del plico al medesimo corriere e con numero progressivo, stessa polizza fideiussoria, oltre all'indirizzo della sede delle imprese), senza far alcun riferimento alla effettiva esistenza di un unico centro decisionale.

Gli elementi considerati, oltre al numero di spedizione del corriere che non è neppure progressivo, ma intervallato da altre due spedizioni (7496- e 7499), la

polizza fideiussoria rilasciata dalla stessa Agenzia di Portogruaro, la certificazione della medesima Soa, che opera in particolare in Veneto, sono mere coincidenze che possono di per sè essere dovute all'operare delle imprese nel medesimo Comune di Portogruaro. Come affermato anche dal Consiglio di Stato, bisogna, infatti, tenere conto anche della ampiezza del distretto industriale in cui operano le imprese, che può essere caratterizzato, ad esempio, da una piccola zona industriale, in cui hanno sede molte imprese; dall'esistenza di una o poche agenzie bancarie o assicurative a cui rivolgersi per il rilascio della polizza; dalla rilevanza di una unica Soa di riferimento per una intera area geografica. Tali elementi da soli non rivelano in alcun modo l'esistenza di un unico centro decisionale ai fini della distorsione della concorrenza (Cfr Consiglio di Stato, sez. VI, 06 settembre 2010, n. 6469, rispetto a imprese operanti nel distretto industriale di Parma). Né si può ritenere che la esclusione fosse dovuta alla esistenza della annotazione nel casellario, in quanto l'annotazione del 2005 espressamente prevedeva l'autonomia delle stazioni appaltanti di verificare l'esistenza del collegamento sostanziale per disporre l'esclusione da successive gare. Nel caso di specie, quindi non è stata data alcuna prova della esistenza di un unico centro decisionale tra le due imprese tale da distorcere la concorrenza. Ne deriva l'illegittimità della esclusione e della successiva annotazione nel casellario informatico, che vanno di conseguenza annullate. Il ricorso ed i motivi aggiunti sono quindi fondati e devono essere accolti con annullamento dei provvedimenti impugnati. In considerazione della complessità delle questioni sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

'P.Q.M.'

Accoglie il ricorso principale epigrafe e i motivi aggiunti e per l'effetto

annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2010
con l'intervento dei magistrati:

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza)

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/11/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO