



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 429 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sielte S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, Emilia Piselli, con domicilio eletto presso l'avv.to Fabio Fantini in Torino, corso Vittorio Emanuele II 82;

contro

Autostrada Torino Savona S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.to Bruno Sarzotti, con domicilio eletto presso l'avv.to Bruno Sarzotti in Torino, corso Re Umberto, 27;

nei confronti di

Infracom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro

tempore, rappresentata e difesa dall'avv.to Matteo Spatocco, con domicilio eletto presso l'avv.to Simona Rostagno in Torino, corso Re Umberto, 75;

per l'annullamento

degli atti e delle operazioni della gara indetta ed esperita dalla Autostrada Torino Savona S.p.A. per l'affidamento dei lavori di miglioramento della sicurezza ai sensi dell'art. 11 l. 531/82, rete ed impianti di telecomunicazione, impianto SOS W.B.E. L2030160ATS, nella parte in cui si è fatto luogo all'ammissione della Infracom Italia S.p.A. attuale aggiudicataria provvisoria;

di tutti i verbali di gara;

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria;

della nota prot. DG/AC/AP/aa-01291 dd. 26.3.2010, con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione provvisoria disposta nei confronti della Infracom Italia S.p.A.;

nonchè per i motivi aggiunti depositati il 26.5.2010

della nota prot. DG/AC/AP/aa dd. 26.3.2010, prodotta in giudizio dalla ATS con la quale è stato comunicato alla (sola) Infracom Italia l'affidamento definitivo della commessa nei suoi confronti;

del provvedimento di aggiudicazione definitiva disposto nei confronti dell'Impresa controinteressata, comunicato con la nota anzidetta e sconosciuta nel suo integrale contenuto;

ove occorra, della nota prot. DG/AC/DP/AT 03794 dd. 14.10.2009, prodotta in giudizio dalla ATS, con la quale è stato

comunicato alla Infracom Italia S.p.A. l'avvio del procedimento di esclusione dalla gara "per mancanza del requisito di cui al paragrafo del disciplinare di gara sopra citato, per violazione dell'art. 90, comma 8, del D.Lgs n. 163/06";

della nota prot. DG/AC/DP/AT 04049 d.d. 3.11.2009, prodotta in giudizio dall'Amministrazione resistente, con al quale ATS ha comunicato ad Infracom Italia S.p.A. l'esito del procedimento di conclusione già avviato, ritenendo che "non sussistono i presupposti per escludere dalla gara";

di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrada Torino Savona S.p.A. e di Infracom Italia S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Infracom Italia Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Simona Rostagno, Matteo Spatocco, con domicilio eletto presso Simona Rostagno in Torino, corso Re Umberto, 75;

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 17 maggio 2012 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR e impugnato gli atti della procedura che ha portato all'aggiudicazione provvisoria della gara in favore della controinteressata deducendo il seguente motivo di ricorso:

Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 90 co. 8 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione e/o falsa applicazione del punto 3.1.2 lett f) del disciplinare di gara. Eccesso di potere: travisamento, sviamento, difetto dei presupposti, violazione del principio di trasparenza. Contesta la ricorrente che l'aggiudicataria sia in rapporto di controllo e comunque immedesimazione con l'affidatario dell'incarico di progettazione dei lavori posti a base di gara, in violazione del disposto normativo di cui all'art.90 co. 8 d.lgs. n. 163/2006.

Si sono costituite l'amministrazione resistente e la controinteressata contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso.

Parte controinteressata Infracom Italia s.p.a. ha spiegato ricorso incidentale in relazione alla ammissione alla gara della ricorrente principale, contestando che anche quest'ultima ha intrattenuto rapporti professionali con il progettista che ha redatto il progetto a base di gara.

Nel giudizio di primo grado l'istanza cautelare è stata respinta; con ordinanza n. 3722 del 29.7.2010, in riforma dell'ordinanza resa in primo grado, il giudice d'appello ha accolto l'istanza cautelare.

All'udienza del 17.5.2012 la causa è stata discussa e decisa nel merito.

DIRITTO

Con unico motivo di ricorso la ricorrente ha contestato che la società aggiudicataria della gara versasse, al momento di predisposizione dell'offerta, in una situazione di sostanziale identità con il soggetto che ha redatto il progetto posto a base di gara, specificatamente indicato nel bando in F.G.F. Emgineering s.r.l. – ing. Franco Fabbriciani. Risulta pertinente, negli atti di gara, la puntuale indicazione del professionista incaricato del progetto, posto che l'esecuzione del progetto da parte di una società di ingegneria, per la particolare struttura di questo tipo di società e l'attività cui è destinata, non obnubila la prestazione professionale personale del professionista incaricato.

Risulta dalla documentazione prodotta in giudizio che, nel luglio 2009, cioè proprio in concomitanza con il periodo per la presentazione delle offerte ai sensi del bando di gara (l'avviso di gara è stato spedito in data 13.7.2009 e il termine per la ricezione delle offerte scadeva il 23.9.2009) con una duplice contestuale operazione societaria l'aggiudicataria Infracom Italia s.p.a. ha incorporato la Infracom Network application s.p.a. che a sua volta ha incorporato per fusione la Multilink Toscana s.p.a., società della quale l'ingegner Fabbriciani, sin dal 14.5.2008, e ancora all'atto dell'incorporazione, era presidente del consiglio di amministrazione e amministratore delegato. Dalla visura camerale Infracom Network application s.p.a.

(in atti sub. doc. 8 di p. ricorrente) a p. 13 si evince che il duplice progetto di fusione reca la data 20.7.2009 e che le successive delibere ed esecuzione della fusione mediante incorporazione recano rispettivamente la data 28.9.2009 e 23.12.2009.

Nella sostanza può dirsi che, esattamente in concomitanza con il periodo di svolgimento della gara e per tutto detto periodo, tra la società aggiudicataria e la Multilink Toscana s.p.a., per effetto della duplice operazione di fusione, vi era totale immedesimazione di soggetti. Infine la Multilink Toscana s.p.a. già era società in proprietà del socio unico Infracom Network application s.p.a., a sua volta controllata quasi totalitariamente dalla Infracom s.p.a. e, come si evince dalla visura camerale, sino alla data della fusione l'ing. Fabbriciani nella Multilink Toscana s.p.a. ricopriva la carica di Presidente del consiglio di amministrazione e amministratore delegato (cfr. visura camerale sub. doc. 5 di p. ricorrente, p. 4).

A fronte delle contestazioni mosse dalla ricorrente, già nel corso della procedura, l'amministrazione ha instaurato un contraddittorio con l'aggiudicataria per valutare se effettivamente potessero dirsi sussistere le condizioni di immedesimazione, controllo, collegamento tra progettista ed esecutore dell'opera vietate dalla legge e ha concluso in senso favorevole all'aggiudicataria.

Ritiene tuttavia il collegio che tale conclusione non risulti corretta, pur essendo stato correttamente espletato il prescritto contraddittorio.

Deve premettersi che, come ampiamente illustrato in atti tanto dall'amministrazione che dalla controinteressata, il divieto di partecipazione alle gare per opere per le quali sono state svolte attività di progettazione da parte degli affidatari degli incarichi di progettazione (o loro dipendenti e collaboratori nell'esecuzione dell'incarico), o ancora soggetti con i medesimi in rapporto di controllo o collegamento, come in generale i divieti normativi di partecipazione con finalità preventiva di alterazione della libera concorrenza connessi a rapporti societari, deve essere inteso, alla luce della giurisprudenza comunitaria, non come un divieto assoluto e astratto ma come una norma di prevenzione (che come tale crea presunzioni di illegittima partecipazione in concomitanza con situazioni oggettivamente ritenute potenzialmente pericolose), che consente agli interessati di comprovare che, nel caso concreto, non si è verificata alcuna lesione della concorrenza.

Tanto è pacifico sulla scorta della giurisprudenza comunitaria e nazionale; per altro è altresì pacifico che, nel caso di specie, l'aggiudicataria abbia effettivamente potuto beneficiare di un contraddittorio, nell'ambito del quale è stata ammessa a comprovare che l'oggettiva situazione di incompatibilità prevista della normativa non avrebbe in concreto influito sulla presentazione dell'offerta.

Si ritiene tuttavia che, difformemente da quanto ritenuto dall'amministrazione, all'esito del confronto, l'aggiudicataria non sia stata in grado di fornire giustificazioni idonee a sterilizzare il sintomo

di alterazione della *par condicio* dei concorrenti concretamente verificatosi.

Occorre premettere quali si ritengono essere le giuste coordinate di lettura della fattispecie, come interpretata dalla giurisprudenza.

Se da un lato, infatti, secondo gli orientamenti dettati dal giudice comunitario, la norma non può leggersi come presunzione insuperabile di inquinamento concorrenziale in ragione della sussistenza di un collegamento tra progettista a aspirante all'aggiudicazione dell'opera, l'ammissione del concorrente "sospetto" alle giustificazioni non esclude che il sintomo indebito stigmatizzato dalla legge oggettivamente persista e comporti quindi che l'onere di dimostrare l'assenza di concrete lesione della concorrenza gravi sull'interessato.

Anche la lettura "in concreto" della norma scaturente dalla giurisprudenza comunitaria, infatti, non esclude che sussista la previsione normativa di una presunzione di illecito concorrenziale, con connessa fisiologica inversione dell'onere della prova. Pertanto non è onere dall'amministrazione dimostrare che, in concreto, si sia verificata una indebita influenza nella formazione dell'offerta quanto piuttosto onere del concorrente dimostrare che, nonostante l'oggettivo sintomo ritenuto sospetto dalla legge, l'alterazione della *par condicio* può essere del tutto esclusa. D'altro canto, posto che eventuali forme di collusione tra concorrenti o condotte anti-concorrenziali concretamente riscontrate dalla stazione appaltante

sarebbero ancor prima illecite che illegittime, e consentirebbero certamente all'amministrazione di invalidare la gara, non vi è dubbio che la diversa previsione normativa di puntuale presunzione di alterazione della concorrenza al ricorrere di determinati specifici presupposti, imponga a carico dell'interessato l'inversione dell'onere della prova, se pure con obbligo dell'amministrazione di instaurare il contraddittorio procedimentale, e quindi con salvaguardia delle situazioni in concreto non lesive delle esigenze della concorrenza. Al contempo però resta che la differenza scaturente da una espressa previsione normativa di "rischio di comportamento anticoncorrenziale" implichi quantomeno un meccanismo che addossa all'interessato l'onere di attivarsi per provare la certa correttezza della condotta, poiché, ove si continuasse ad addossare suddetto onere principalmente all'amministrazione la previsione specifica resterebbe sostanzialmente ultronea per le ragioni già esposte.

In base a tali coordinate si vagliano le allegazioni della parti in giudizio, alla luce della *ratio* del divieto qui in contestazione.

Su quest'ultimo si è espressa puntualmente la giurisprudenza comunitaria nella sentenza 3.3.2005 in cause riunite C-21/03 e C 34/03; nel citato arresto si evidenziano due sostanziali ragioni che ostano alla corretta partecipazione alla gara per l'esecuzione dei lavori di un candidato che sia stato anche il redattore del progetto posto a base di gara (o comunque soggetto con il medesimo

sostanzialmente collegato): sussiste innanzitutto il rischio che il concorrente, quando opera da progettista, fornisca una prestazione e in qualche modo orientata a proprio favore in ragione della sua successiva partecipazione alla gara per la realizzazione dell'opera nonchè il concomitante rischio che il concorrente per la realizzazione dell'opera, in quanto anche progettista, benefici, rispetto agli altri concorrenti, di un indubbio vantaggio concorrenziale, dato dalle maggiori informazioni acquisite nell'ambito della progettazione.

Parte controinteressata e parte resistente hanno ampiamente insistito sul fatto che, all'epoca in cui ha redatto il progetto (anno 2004), l'ingegner Fabbriciani non avrebbe potuto essere influenzato da vicende societarie sviluppatesi del tutto autonomamente tra gli anni 2008 e 2010 nell'ambito del gruppo della società controinteressata. La tesi è condivisibile ma sconfessa solo una delle ragioni ostative alla doppia partecipazione alla gara; non resta infatti sconfessata la seconda ragione fondante il divieto di doppia partecipazione e cioè l'indubbio vantaggio competitivo-informativo apportato alla Infracom s.p.a. esattamente al momento di predisposizione dell'offerta di gara dal fatto di avere un rapporto di sostanziale immedesimazione con soggetto amministrato proprio dal progettista dell'opera in gara.

Sotto questo specifico profilo la controinteressata nulla ha replicato, se non la circostanza che, tra la propria offerta e quella della seconda

classificata vi sarebbe poca differenza e quella per cui, nel tempo, le tecnologie si sono evolute rispetto alla progettazione, sicchè le offerte di gara sono partite da presupposti tecnici più avanzati di quelli del progetto; pur ammettendosi suddetti dati le argomentazioni non sono preganti per comprovare che non vi sia stato lo specifico flusso informativo. Infatti l'evoluzione tecnologica coinvolge tutti i concorrenti mentre il dato innegabile del flusso informativo caratterizza unicamente l'aggiudicataria.

Neppure rileva che l'ing. Fabbriciani abbia, successivamente al periodo di gara, interrotto il rapporto con l'aggiudicataria, poiché la fase rilevante è appunto proprio quella della predisposizione dell'offerta.

Il dato cronologico risulta dunque, nel caso di specie, dirimente per integrare una violazione del divieto di cui all'art. 90 del codice dei contratti; né la controinteressata è stata in grado di fornire giustificazioni idonee ad escludere che una lesione della parità di concorrenza si sia verificata, quantomeno sotto l'innegabile profilo di un indebito flusso informativo in epoca esattamente coincidente con il periodo di gara.

Il ricorso merita dunque accoglimento,.

Per contro non può trovare favorevole valutazione la parallela censura di collegamento con il progettista mossa con il ricorso incidentale anche dalla controinteressata a carico della ricorrente principale. Si allega nel ricorso incidentale che, nel tempo, l'ing.

Fabbriciani ha prestato collaborazione anche a vantaggio della ricorrente principale, la quale ultima sarebbe stata quindi analogamente inibita alla partecipazione. L'allegazione, per la sua genericità di formulazione (non si allegano precisi dati cronologici né di progetto inerenti le collaborazioni), appare infondata, non essendo effettivamente allegati gli specifici e puntuali presupposti normativi che il legislatore ha dettato per la fattispecie di esclusione; si allegano infatti generici rapporti professionali (che come tali non implicano né controllo né immedesimazione tra soggetti) intercorsi tra la società ricorrente e la società di ingegneria con la quale il Fabbriciani ha predisposto la progettazione ed inerenti altri lotti di appalto; quanto alla cronologia di detti rapporti essi si collocano, per come descritti in ricorso, tutti svolti anni prima della partecipazione della ricorrente principale alla gara, sicché certamente non possono aver comportato flussi informativi come invece riscontrabile per l'aggiudicataria.

Il ricorso incidentale risulta quindi infondato.

La peculiarità e complessità della vicenda comportano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei sensi e nei limiti di cui in motivazione; respinge il ricorso incidentale.

Compensa le spese di lite.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/06/2012

IL SEGRETARIO

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