



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 76 del 2013, proposto da: Consorzio Cooperative Costruzioni Soc. Coop., in persona del legale rappresentate pro tempore, in proprio e per conto di Consorzio Lavoro Ambiente Soc. Coop., Garbari S.p.a., Trentina Calore S.r.l., Sico Società Italiana Carbuoro Ossigeno S.p.a., Manens - Tifs S.p.a., ing. Mario Morandini e arch. Carlo Cappai, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Piazza, Alessandro Cinti e Monica Carlin, e con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Trento, via Santa Maddalena, n. 12

contro

Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicolò Pedrazzoli, Giuliana Fozzer e Viviana Biasetti, ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura della Provincia in Trento, Piazza Dante, n. 15

nei confronti di

Costruzioni Rossaro S.r.l., in personale del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale Capogruppo di A.T.I. con altre imprese

per l'annullamento

- del bando di gara per l'appalto misto per i lavori di ricostruzione del presidio Ospedaliero di Mezzolombardo, inviato alla G.U.C.E. in data 8.3.2011, nella parte in cui prevede una dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. m quater);
- del verbale di gara della sesta seduta del giorno 23.11.2012, nella parte in cui ha rinviato l'aggiudicazione ai sensi dell'art. 62 del regolamento di attuazione della l.p. n. 26 del 1993;
- della comunicazione di data 8.1.2013 con cui, a richiesta del Responsabile del procedimento, il Servizio appalti - Ufficio gestione gare ha avviato il procedimento di esclusione nei confronti del raggruppamento temporaneo di imprese ricorrente;
- del verbale di gara della settima seduta del giorno 7 marzo 2013, nella parte in cui è stato preso atto della precedente esclusione, motivato in ordine alla sopravvenuta causa di esclusione e disposto l'escussione della cauzione e la segnalazione alla A.V.C.P.;
- della determinazione n. 13, di data 13.3.2013, di aggiudicazione dell'appalto;
- della comunicazione di data 13.3.2013, inviata dal Dirigente il Servizio appalti - Ufficio gestione gare al Servizio Entrate finanza e credito e finalizzata a disporre l'escussione della polizza rilasciata a titolo di cauzione provvisoria;
- della richiesta di escussione della cauzione provvisoria inviata in data 26.3.2013 dal Servizio Entrate finanza e credito;
- della segnalazione all'A.V.C.P. al fine dell'irrogazione dell'annotazione nel Casellario delle imprese;
- di ogni altro atto, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Trento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2013 il cons. Alma Chietтини e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara dell'8 marzo 2011 e con la successiva lettera d'invito dell'8 luglio 2011 la Provincia di Trento ha indetto una procedura ristretta per la scelta del contraente cui affidare i lavori di ricostruzione, e di gestione e manutenzione dei servizi, del presidio ospedaliero di Mezzolombardo. L'importo complessivo dell'opera era stato preventivato in € 27.230.000,00, dei quali € 20.480.000,00 per la realizzazione dell'immobile e € 6.750.000,00 per la successiva fase di gestione per 9 anni. Per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Alla gara ha partecipato l'a.t.i. ricorrente, capeggiata dalla Società Consorzio Cooperative Costruzioni (C.C.C.), la quale è stata però esclusa nel corso della quarta seduta pubblica del 24.8.2012 sul rilievo che nell'offerta tecnica da essa depositata era stata indicata una cifra (€ 20.400.000,00) che, sebbene arrotondata, appariva espressione dell'importo posto a base di gara per i lavori (€ 20.480.000,00).

3. L'interessata ha impugnato il provvedimento di esclusione e questo Tribunale, con ordinanza n. 128, depositata il 28.9.2012, ha accolto l'istanza cautelare e ammesso con riserva la ricorrente alla prosecuzione dell'iter di gara.

Successivamente, con atto notificato il 15.12.2012 e depositato il 18.12.2012, C.C.C. ha dichiarato di rinunciare a quel ricorso, volontà della quale questo

Tribunale ha dato atto dichiarando l'estinzione del processo con sentenza n. 23, pubblicata il 23.1.2013.

4. Nelle more del giudizio, la procedura di gara - alla quale C.C.C. stava dunque partecipando con riserva - è proseguita con l'esame delle offerte tecniche (la competente commissione ha concluso i relativi lavori il 16.11.2012) e con l'apertura delle offerte economiche (nella sesta seduta pubblica del 23.11.2012).

5. Tuttavia, nel corso della seduta del 18.10.2012 la commissione tecnica ha riscontrato alcune corrispondenze nelle tipologie/codifiche utilizzate nelle offerte presentate da due diversi raggruppamenti: quello capeggiato dall'attuale ricorrente C.C.C. e quello guidato dalla società Collini Lavori.

In data 8.1.2013 la Stazione appaltante ha inviato all'a.t.i. ricorrente la comunicazione di avvio del procedimento di esclusione contestando la violazione del disposto dell'art. 38, comma 1, lett. m quater), del codice dei contratti pubblici, ossia la sussistenza di un collegamento sostanziale con l'a.t.i. guidata da Collini Lavori, cosicché le rispettive offerte sarebbero state imputabili ad un unico centro di interesse.

Dopo il contraddittorio procedimentale, nella settima seduta di gara del 7.3.2013 è stato dato atto che l'impresa ricorrente risultava già esclusa dalla procedura; tuttavia, per la dichiarazione ritenuta non veritiera circa il possesso del requisito di cui al già citato art. 38, comma 1, lett. m quater), è stato disposto nei suoi confronti l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

Con determinazione dirigenziale n. 13, dell'8.3.2013, sono stati approvati gli atti di gara ed è stata disposta l'aggiudicazione dell'appalto al raggruppamento temporaneo con capogruppo l'impresa Costruzioni Rossaro.

Detta decisione è stata formalizzata a C.C.C. in data 13.3.2013 quando, con nota di pari data, è stato anche chiesto al Servizio Entrate di procedere all'escussione della

cauzione provvisoria. Infine, il fatto è stato segnalato all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici con nota del 15.3.2013.

6. Con lettera del 26.3.2013 l'impresa C.C.C. ha inoltrato all'Amministrazione provinciale l'informativa prevista dall'art. 243 bis del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, per evidenziare l'illegittimità della decisione.

7. Con il presente ricorso il raggruppamento capeggiato da C.C.C. ha impugnato i provvedimenti di incameramento della cauzione e di segnalazione all'Autorità di vigilanza, oltre agli altri atti puntualmente indicati in epigrafe, denunciando:

I - errata applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. m quater), del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; falsa rappresentazione dei presupposti di fatto, violazione dei doveri di imparzialità e di buon andamento;

la ricorrente asserisce che non vi sarebbe stata alcuna falsa dichiarazione in ordine alla sussistenza di una situazione di collegamento sostanziale con la concorrente a.t.i. Collini Lavori; inoltre, gli elementi addotti dalla Stazione appaltante a sostegno dell'affermazione che le due offerte sarebbero imputabili ad un unico centro decisionale si baserebbero su dati non univoci e, comunque, marginali;

II - contraddittorietà della motivazione, errata e falsa rappresentazione dei presupposti, violazione dei principi di cui all'art. 1 della legge 7.8.1990, n. 241;

si afferma che non si sarebbe potuto procedere all'esclusione essendo la ricorrente già stata esclusa ancora nella quarta seduta di gara ed avendo essa già rinunciato al ricorso avverso quel primo provvedimento di esclusione;

III - eccesso di potere per sviamento, falsa applicazione dell'art. 48 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, violazione dei principi di economicità e di trasparenza, stante l'asserita illegittimità della decisione di incamerare la cauzione provvisoria pari a € 1.361.500,00;

IV - eccesso di potere per sviamento, falsa applicazione dell'art. 38 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, violazione dei principi di economicità e di trasparenza, a causa

della segnalazione trasmessa all'Autorità di Vigilanza in asserita carenza di presupposto normativo;

V - violazione dell'art. 16 del regolamento approvato con D.P.G.P. 30.9.1994, n. 12-10/Leg.; errata applicazione dell'art. 62 del D.P.P. 11.5.2012, n. 9-84/Leg. e carenza di potere, perché ai sensi dell'art. 217 del D.P.P. ultimo citato tale regolamento non sarebbe applicabile alla gara in questione;

VI - violazione dell'art. 40 della l.p. 101.9.1993, n. 26, e violazione dei principi di trasparenza e correttezza, posto che la Stazione appaltante avrebbe dovuto nominare il Collegio di ispettori al quale, previa sospensione della procedura, competeva la conduzione di un'indagine interna.

8. Con l'atto introduttivo del giudizio la ricorrente ha inoltre chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati, anche ai sensi dell'art. 56 c.p.a.

9. Con decreto del Consigliere delegato del Tribunale n. 40, di data 9.4.2013, l'istanza di misura cautelare provvisoria è stata accolta.

10. L'Amministrazione provinciale intimata si è costituita in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso nel merito perché infondato.

11. Con ordinanza n. 49, adottata nella camera di consiglio del 18.4.2013, e con ordinanza n. 60, adottata nella camera di consiglio del 9.5.2013, la domanda cautelare è stata accolta.

12. In vista dell'udienza di merito le parti costituite hanno depositato ulteriore documentazione, memorie conclusionali e di replica.

13. Alla pubblica udienza del 7 novembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

14. Tanto premesso in fatto, il Collegio ritiene - conformemente a quanto già deciso con la sentenza n. 268, pubblicata il 24.7.2013 e pronunciata sul ricorso proposto dall'impresa Collini Lavori che, come detto, era stata esclusa dalla stessa

gara per la medesima ragione - che il ricorso sia fondato per quanto dedotto con l'assorbente primo motivo di diritto.

15. Pregiudizialmente, va respinto il rilievo della Provincia, la quale ritiene che, per effetto della citata sentenza di questo Tribunale 268/2013 favorevole alla Collini Lavori, sia sopravvenuta in capo alla ricorrente C.C.C., che riveste una posizione sostanzialmente speculare, la carenza di interesse a coltivare il presente ricorso.

Attualmente, a detta della Provincia, il procedimento di escussione della cauzione è "sospeso", mentre all'Autorità di vigilanza è stato comunicato l'esito del giudizio promosso da Collini Lavori e il provvedimento cautelare adottato in questo processo (cfr., pag. 5 della memoria della Provincia di data 22.10.2013).

Ebbene, se in punto di fatto - per effetto dell'incidente cautelare e dell'esito del ricorso n.r.g. 83/2013 - le determinazioni assunte dall'amministrazione nei confronti di C.C.C. non hanno trovato esecuzione, è incontestabile che permanga in capo alla ricorrente l'interesse ad ottenere una pronuncia che intervenga anche sulla situazione di diritto, non essendo stato adottato dalla Provincia un formale provvedimento finale di annullamento delle decisioni qui impugnate (cfr., in termini, C.d.S., sez. V, 7.11.2011, n. 5878).

16. Tornando al merito della vicenda, si deve rilevare che l'Amministrazione ha effettivamente riscontrato alcune coincidenze nelle voci descrittive (come emerge nel verbale della commissione tecnica n. 25 del 18.10.2012 – doc. n. 10 in atti dell'Amministrazione) tra l'offerta tecnica della ricorrente e quella dell'a.t.i. Collini Lavori, sospettando, di conseguenza, l'esistenza di un collegamento sostanziale tra i due nominati raggruppamenti.

Tuttavia, si osserva che le coincidenze riscontrate sono assai limitate numericamente (poco meno di 30 voci che coprono un importo pari al 5% dell'offerta tecnica dell'a.t.i. ricorrente), tanto è vero che le due offerte contestate, sotto il profilo tecnico, hanno ottenuto punteggi assai distanti tra loro: C.C.C. si è

graduata al V posto con punti 437,660; Collini Lavori al II posto con punti 500,710.

Ne consegue che dette coincidenze si configurano uninfluenti nell'economia delle due offerte complessive, per il resto - e quindi in assoluta prevalenza - assai diverse tra loro.

Inoltre, su tali coincidenze formali l'impresa C.C.C. ha fornito una giustificazione plausibile: esse erano riconducibili all'operato del team esterno di progettisti, al quale era stata affidata da C.M.B. (consorzio indicata negli atti di gara e per conto della quale C.C.C. ha presentato l'offerta) la progettazione esecutiva della realizzanda opera. A sua volta, il raggruppamento di progettisti ha affermato che per la compilazione dell'elenco descrittivo delle voci aveva sfruttato una banca dati già utilizzata in passato - unitamente ad altri progettisti - per la redazione di progetti di opere pubbliche in campo sanitario/ospedaliero in provincia di Trento (cfr., doc. n. 14 in atti dell'Amministrazione).

17. Ora, sul dovere di riscontro di *“seri ed effettivi rapporti d'influenza”* tra le imprese sospettate di collegamento, è stato affermato che i relativi elementi ed indici rivelatori devono essere valutati nell'ambito di un apprezzamento complessivo del rapporto (cfr., C.d.S., sez. III, 15.3.2013, n. 1548).

Solo se a seguito di tale valutazione complessiva gli elementi accertati risultano *“gravi, precisi e concordanti”*, se è *“dimostrata una somiglianza del contenuto sostanziale”* delle offerte, la partecipazione congiunta alla gara delle due imprese è illegittima ed esse vanno dunque escluse (C.d.S., sez. V, 19.6.2012, n. 3559; sez. VI, 17.2.2012, n. 844).

18. Nella vicenda di causa, invece, per le ragioni sopra indicate - e in relazione alle assai verisimili giustificazioni fornite e alla marginale rilevanza di pochi elementi di coincidenza - gli elementi indiziari, nella valutazione complessiva delle offerte, non risultano ex se rivelatori del collegamento sostanziale tra le due imprese.

19. Per tale assorbente ragione il ricorso va dunque accolto, con conseguente annullamento, in parte qua, del verbale di gara della settima seduta del giorno 7.3.2013, della determinazione n. 13 dell'8.3.2013, del provvedimento di escussione della cauzione e della segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

20. Le spese del giudizio vanno compensate tra le parti, attesa la complessità e la difficoltà della questione affrontata dalla Stazione appaltante.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso n. 76 del 2013 lo accoglie.

Spese del giudizio compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chietтини, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/11/2013

IL SEGRETARIO

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