

Il rilascio delle attestazioni SOA, delle polizze fideiussorie e delle certificazioni di qualità da parte, rispettivamente, della medesima società di attestazione, della stessa compagnia assicurativa e della stessa società certificatrice non comprovano di per sé alcun collegamento, ben potendo imprese diverse e autonome scegliere di rivolgersi allo stesso ente per il rilascio di detti documenti: solo in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti, è possibile ritenere che si sia potuta verificare l'alterazione della par condicio dei concorrenti e l'inadempimento dell'obbligo di segretezza delle offerte

In tema di esclusione da una gara per presunto collegamento fra imprese partecipanti, merita di essere segnata la sentenza numero 405 del 28 marzo 2006 emessa dal Tar Lombardia, Sezione di Milano:

<le strutture e gli organi delle imprese consorziate restano tra loro autonomi, cosicchè il collegamento consortile non può rappresentare di per sé indice univoco di interferenza tra gli organi di ditte concorrenti

Per poter ritenere sussistente la violazione del principio di segretezza delle offerte occorre che le presunte interferenze siano suffragate da puntuale prova in ordine all'unicità del centro decisionale oppure siano tali da far ritenere plausibile la reciproca conoscenza o il condizionamento delle rispettive offerte sulla base di elementi gravi>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia Sezione Terza ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.2511/2005, proposto da **** Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Angela Canta, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Milano, Via Dante n.16;

contro

la Fondazione I.R.C.S. Ospedale Maggiore Policlinico, Mangiagalli e Regina Elena, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Rocco Mangia, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Milano, Corso Magenta n.45;

e nei confronti di

Impresa Edile **** Gerardo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Romanenghi e Carlo Andena, ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Milano, via Caminadella n.2; Geometra Giovanni Grazzi Leonardo, responsabile del procedimento, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

-della nota del 19/8/2005, con la quale è stata comunicata l'esclusione della ricorrente dalla gara per la manutenzione degli immobili e relativi impianti della Fondazione IRCCS Ospedale Maggiore Policlinico, Mangiagalli e Regina Elena, lotto 3, immobili di Milano Ovest;

-del verbale in data 4/8/2005 allegato alla suddetta nota, dal quale risulta che la Commissione giudicatrice ha disposto l'esclusione di **** Costruzioni s.r.l. in quanto "partecipante al Consorzio stabile con altre imprese consorziate partecipanti alla stessa procedura d'appalto";

-della determina n.1856 del 16/8/2005, con la quale il Direttore Generale dell'Ospedale Maggiore ha proceduto all'aggiudicazione definitiva;

-del provvedimento n.2654 del 16/11/2005, con il quale è stata confermata l'esclusione della ricorrente dalla gara e l'aggiudicazione a favore della controinteressata;

-di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o connesso;

nonché per la condanna

al risarcimento per equivalente del danno causato dall'eventuale esecuzione degli atti impugnati e del pregiudizio recato all'immagine aziendale;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione I.R.C.S.S. Ospedale Maggiore Policlinico, Mangiagalli e Regina Elena e dell'Impresa Edile **** Gerardo;

Viste le memorie depositate dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti i motivi aggiunti depositati in giudizio il 4/11/2005;

Visti gli ulteriori motivi depositati in data 7/12/2005;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 16 dicembre 2005, relatore il Primo Referendario Gianluca Bellucci, l'avvocato Angela Canta per la ricorrente, l'avvocato Quadrio, in sostituzione dell'avvocato Rocco Mangia, per la Fondazione I.R.C.S. Ospedale Maggiore Policlinico Mangiagalli e Regina Elena, e l'avvocato Fabio Romanenghi per l'Impresa Edile **** Gerardo;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente, la quale aderisce ad un consorzio stabile, denominato Consorzio Milanese s.c.a r.l., assieme alle società ****, **** e **** Rodolfo, ha presentato domanda di partecipazione al pubblico incanto, indetto dall'Ospedale Maggiore Policlinico, Mangiagalli e Regina Elena con determinazione n.1033 del 26/5/2005, per l'affidamento dei lavori di manutenzione degli immobili e relativi impianti di proprietà dell'istituto concernenti il lotto n.3 (immobili di Milano ovest).

L'istante è stata esclusa dalla gara, nella seduta del 4/8/2005, in quanto "partecipante al consorzio stabile con altre imprese consorziate partecipanti alla stessa procedura d'appalto".

Il Consorzio stabile Milanese s.c. a r.l. non ha invece partecipato all'incanto.

Dal verbale delle operazioni del 4/8/2005 risulta che l'appalto de quo è stato provvisoriamente aggiudicato all'impresa individuale **** Gerardo.

Avverso il provvedimento di estromissione la ricorrente è insorta deducendo:

1) violazione, per falsa ed erronea interpretazione e applicazione, dell'art.12, comma 5, della legge n.109/1994, eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione del principio di massima partecipazione alle gare, nonché dei principi in materia di consorzi stabili esecutori di lavori pubblici.

La predetta norma si limita a vietare la partecipazione alla stessa gara del consorzio stabile e dell'impresa consorziata prescelta per l'esecuzione dei lavori, con la conseguenza che la mancata partecipazione del consorzio consente alle imprese consorziate di concorrere alla gara a titolo individuale.

Il Direttore Generale dell'Ospedale Maggiore, con determinazione del 16/8/2005, ha disposto l'aggiudicazione definitiva, avverso la quale la ricorrente ha riproposto, con motivi aggiunti depositati il 4/11/2005, la predetta doglianza.

Con ordinanza n.2448, resa nella Camera di Consiglio del 6 ottobre 2005, è stata accolta l'istanza cautelare.

La stazione appaltante, con provvedimento n.2654 del 16/11/2005, ha confermato la contestata esclusione e la predetta aggiudicazione, per l'assunto, fondato su vari elementi ritenuti sintomatici di collegamento sostanziale tra ditte partecipanti, che le offerte delle concorrenti ****, ****, **** e **** sarebbero riconducibili al medesimo centro decisionale.

Avverso il predetto atto la ricorrente è insorta deducendo il seguente ulteriore motivo aggiunto:

2) Violazione e falsa applicazione dell'art.10 della legge n.109/1994 e dell'art.2359 cod. civ.; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria; violazione dei principi in materia di gare pubbliche.

Nel caso di specie non sussiste una situazione di intreccio degli organi amministrativi, di rappresentanza o tecnici delle imprese, tale da escludere l'autonomia delle singole offerte, essendo irrilevanti gli elementi ritenuti sintomatici di collegamento dalla stazione appaltante.

La ricorrente ha altresì chiesto il risarcimento del danno derivante dalla divulgazione e dall'invio del provvedimento de quo alle autorità amministrative e penali.

Si sono costituiti in giudizio la Fondazione Ospedale Maggiore Policlinico, Mangiagalli e Regina Elena e la controinteressata Impresa **** Gerardo.

Le parti hanno depositato memorie e documenti.

All'udienza del 16 dicembre 2005 la causa è stata posta in decisione.

Diritto

La prima censura, introdotta col ricorso principale e ribadita con motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione definitiva, è incentrata sulla violazione dell'art.12, comma 5, della legge n.109/1994.

La doglianza è fondata.

La norma, richiamata nel contestato provvedimento, vieta la partecipazione alla medesima gara del consorzio e dei soggetti consorziati, ma nulla dispone in relazione ad offerte presentate, come nel caso di specie, da quest'ultimi e non anche dal consorzio stesso; il successivo art.13, comma 4, precisa che l'ammissione al procedimento selettivo è preclusa ai soli soggetti indicati dal consorzio, in sede di gara, come esecutori dei lavori, con la conseguenza che le società consorziate non prescelte per l'esecuzione dell'appalto possono partecipare individualmente, in concorrenza tra loro e con il consorzio (Cons.Stato, IV, 4/2/2003, n.560; TAR Liguria, II, 7/9/2004, n.1429; TAR Puglia, Lecce, II, 26/6/2003, n.4476).

A maggior ragione non sussistono condizioni ostative all'ammissione delle imprese facenti parte dello stesso consorzio ove quest'ultimo non presenti offerta: l'assenza del consorzio dalla procedura rende irrilevante il fatto che più ditte partecipanti ne facciano parte, in quanto il mancato sfruttamento dell'organizzazione consortile nella gara le pone in concorrenza tra loro, alla stregua degli altri operatori economici.

Infatti, l'adesione alla comune organizzazione consortile non preclude la possibilità di svolgere attività d'impresa a titolo individuale, come dimostra l'art.9 della legge n.415/1998, che, nel novellare l'art.12, comma 1, della legge n.109/1994, ha abrogato l'avverbio "esclu****mente" cui il previgente testo faceva riferimento per descrivere come necessariamente congiunta l'attività delle ditte consorziate.

Con la seconda censura, esposta in motivi aggiunti aventi ad oggetto il sopravvenuto provvedimento confermativo, si deduce l'insussistenza di elementi effettivamente sintomatici di intrecci amministrativi o interferenze con imprese concorrenti, tali da determinare la violazione della par condicio e del principio di segretezza delle offerte.

Il rilievo è fondato.

La Commissione giudicatrice ha desunto il collegamento sostanziale della ricorrente con altre imprese concorrenti dalle seguenti circostanze:

Le attestazioni SOA prodotte da ****, ****, ****, ****, Pugliese e Consorzio **** sono state rilasciate dalla stessa società e recano numeri progressivi ravvicinati tra loro, le certificazioni di qualità sono state riconosciute dallo stesso ente nella stessa data o in un intervallo di tempo ravvicinato, le dichiarazioni di subappalto hanno per oggetto i lavori della categoria OG1, le offerte sono state presentate tra il 27 e il 29 luglio 2005, la cauzione provvisoria è stata rilasciata dalla Compagnia Helvetia Assicurazioni sia alla ricorrente che alle concorrenti Pugliese s.p.a. e Consorzio ****.

Orbene, le ragioni della rinnovata esclusione dall'incanto derivano da evenienze meramente formali, del tutto inidonee a dimostrare l'effettività del collegamento: l'Amministrazione si è

limitata ad individuare elementi che non lasciano desumere la presenza di un unico centro di interessi.

Il rilascio delle attestazioni SOA, delle polizze fideiussorie e delle certificazioni di qualità da parte, rispettivamente, della medesima società di attestazione, della stessa compagnia assicurativa e della stessa società certificatrice non comprovano di per sé alcun collegamento, ben potendo imprese diverse e autonome scegliere di rivolgersi allo stesso ente per il rilascio di detti documenti.

Del tutto irrilevanti sono sia l'addotta identità di oggetto delle dichiarazioni di subappalto, posto che la gara in questione riguarda lavori della categoria prevalente OG1, sia la circostanza che le offerte sono state presentate tra il 27 e il 29 luglio, in quanto la scadenza del 29 luglio prevista dal bando giustifica la concentrazione delle stesse nell'arco di tempo prossimo a tale data.

Nè può indurre a ritenere che si sia di fronte ad un centro decisionale comune la circostanza dell'appartenenza delle società ****, ****, **** e **** allo stesso consorzio, che peraltro non ha preso parte alla gara. Infatti, le strutture e gli organi delle imprese consorziate restano tra loro autonomi, cosicché il collegamento consortile non può rappresentare di per sé indice univoco di interferenza tra gli organi di ditte concorrenti (TAR Basilicata, 3/11/2005, n.986; Cons.Stato, V, 22/1/2004, n.2317).

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, per poter ritenere sussistente la violazione del principio di segretezza delle offerte occorre che le presunte interferenze siano suffragate da puntuale prova in ordine all'unicità del centro decisionale (Cons.Stato, V, 1/7/2002, n.3601), oppure siano tali da far ritenere plausibile la reciproca conoscenza o il condizionamento delle rispettive offerte sulla base di elementi gravi, precisi e concordanti (Cons.Stato, V, 7/2/2002, n.685) che, nella specie, non ricorrono.

Gli elementi posti a fondamento del provvedimento confermativo dell'esclusione non sono nel loro insieme idonei a giustificare il ragionevole sospetto della stazione appaltante circa il fatto che le offerte della ricorrente e delle altre società siano riferibili ad un centro decisionale comune, non costituendo indizi gravi, precisi e concordanti, solo in presenza dei quali, secondo l'id quod plerumque accidit, è possibile ritenere che si sia potuta verificare l'alterazione della par condicio dei concorrenti e l'inadempimento dell'obbligo di segretezza delle offerte (TAR Piemonte, II, 28/6/2003, n.979; Cons.Stato, IV, 15/2/2002, n.923).

In conclusione, il ricorso principale ed i motivi aggiunti devono essere accolti, con conseguente annullamento degli impugnati provvedimenti di esclusione e, in via derivata, dell'aggiudicazione disposta a favore dell'Impresa **** Gerardo.

L'accoglimento comporta la reintegrazione in forma specifica (costituita dall'annullamento dell'esclusione, dalla conseguente ammissione alla gara della ricorrente e dalla valutazione ex novo dell'offerta presentata dalla stessa), la quale soddisfa in modo diretto e pieno l'interesse azionato (TAR Emilia Romagna, Parma, 13/12/2004, n.788; TAR Lombardia, Milano, III, 11/6/2003, n.3077; TAR Campania, Salerno, 4/11/2002, n.1874), ivi compresa la posizione asseritamente lesa dalla diffusione della notizia dell'estromissione dall'incanto.

La domanda di risarcimento per equivalente deve pertanto essere respinta, in quanto il medesimo rappresenta soltanto una misura sussidiaria e subordinata all'impossibilità di effettuare la suddetta reintegrazione.

Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, inclusi gli onorari difensivi.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Terza Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso n.2511/2005, dispone quanto appresso:

- accoglie il ricorso principale ed i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
- respinge la domanda di risarcimento del danno per equivalente.

Le spese di giudizio, inclusi gli onorari difensivi, sono compensate.

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

Così deciso, in Milano, nella Camera di Consiglio del 16 dicembre 2005, con l'intervento dei Magistrati:

- | | |
|---------------------|---------------------------|
| Italo Riggio | - Presidente |
| Gianluca Bellucci | - Primo Referendario est. |
| Daniele Dongiovanni | - Referendario |

N.405/06 Reg. Sent.
N.2511/05 Reg. Ric.