

TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 10 agosto 2009, n.4578
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso n. 297/2009 R.G., proposto da:
Impresa Xxx e Impresa Yyy, rappresentate e difese dall'Avv. M.B., con
domicilio eletto presso il medesimo in Monza;

contro

Comune di M., rappresentato e difeso dagli Avv. M.A.B. e A.B.,
domiciliato presso gli Uffici dell'Avvocatura comunale;

nei confronti di

E. S.r.l.; Autorita' Vigilanza Contratti Pubblici Servizi e Forniture,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distr.le Milano, domiciliata
per legge in Milano, via Freguglia, 1;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- del verbale n. 118910 del 26.11.08 relativo alla valutazione della documentazione amministrativa pervenuta in seno alla procedura di gara indetta dal Comune di M. per l'affidamento dei "lavori di realizzazione del nuovo campo 88 nel cimitero urbano" ed ammissione con riserva delle ricorrenti;
- del verbale n. 120423 del 01.12.08 relativo all'esclusione delle ricorrenti dalla gara;
- della nota n. 0122310 del 04.12.08 di comunicazione della segnalazione all'Autorità di Vigilanza;
- della Determinazione dirigenziale n. 18 del 09.01.09 di aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata;
- del Disciplinare di gara nella parte in cui all'art. 2 prevede l'esclusione dalla gara per ipotesi di collegamento sostanziale sulla base di elementi indiziari meramente formali,

e per la condanna

della Stazione appaltante, ai sensi e per gli effetti degli artt. 23 bis della L. n. 1034/1971, 33, lett. d) e 35 del D. L.vo n. 80/1998 e 245 del D. L.vo 163/2006, al risarcimento del danno ingiusto in principalità mediante reintegrazione in forma specifica ed in via subordinata per equivalente con declaratoria dei criteri in base ai quali l'Amministrazione dovrà formulare una proposta comprendente i costi di partecipazione, la perdita di chance, il danno curriculare con rivalutazione ed interessi

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di M.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorita' Vigilanza Contratti Pubblici Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Udito il dott. Marco Poppi, Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 1 luglio 2009 e uditi i difensori delle parti presenti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Il Comune di M., con Determinazione dirigenziale n. 2565 del 15.10.08, indiceva una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo campo 88 del Cimitero Urbano per un importo pari € 483.477,00 + IVA.

Il punto III.2.1 del Bando prevedeva che "non è ammessa la partecipazione alla gara di concorrenti per i quali sussiste/sussistono...e) l'esistenza di alcuna delle forme di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o di situazioni di controllo sostanziale con altri concorrenti. L'assenza delle condizioni preclusive sopra elencate è provata, a pena d'esclusione dalla gara, con le modalità, le forme ed i contenuti previsti nel disciplinare di gara di cui al punto IV.3.3 del presente Bando".

Il Disciplinare, art. 2, precisava che "verranno esclusi i concorrenti ritenuti in situazione di controllo o collegamento sostanziale che faccia presumere l'esistenza di offerte riconducibili ad un medesimo centro di interessi e possa comportare il rischio di pregiudicare la correttezza della procedura mediante l'alterazione della segretezza, della serietà e dell'indipendenza delle offerte presentate".

Nella seduta del 26.11.08, in sede di verifica della documentazione amministrativa, la Commissione, rilevava che l'impresa Xxx di C. (PV) e Yyy di B. (PV) presentavano elementi indiziati in ordine all'esistenza di un collegamento sostanziale fra le due e procedeva, pertanto, alla loro ammissione con riserva.

Effettuate le verifiche del caso e proceduto alla comparazione della documentazione prodotta dai concorrenti, nella seduta del 01.12.08, "considerata l'immanenza del principio di segretezza e la sussistenza nel caso in esame di univoci indizi gravi, oggettivi e concordanti che portano a ricondurre entrambe le offerte ad un medesimo centro decisionale", veniva sciolta la riserva e disposta l'esclusione delle due imprese sulla base dei seguenti elementi:

- consegna delle buste alla stessa ora dello stesso giorno;
- medesima etichettatura della buste;
- identità dell'impostazione grafica delle dichiarazioni e della documentazione;
- compilazione del bollettino di versamento del contributo all'Autorità di Vigilanza con identiche modalità e grafia e pagamento effettuato presso lo stesso ufficio postale, il medesimo giorno e con numerazione immediatamente progressiva;
- R.P. è padre di R. Pa.;
- Coincidenza del fax indicato nelle domande di partecipazione;
- Attestazione SOA rilasciata dalla medesima società;
- Polizza fideiussoria di entrambe le imprese rilasciata dalla stessa Agenzia con numerazione, 55813270 per R. P. e 55813272 per R. P.

Seguiva, a carico di entrambe le imprese, la comunicazione all'autorità di Vigilanza ed alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di M. ai sensi dell'art. 331 c.p.p.

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, parte ricorrente, impugnava gli atti in epigrafe specificati eccependo, con un unico motivo di ricorso, la mancanza di valore probatorio degli elementi indiziari rilevati in sede di gara in ordine alla configurabilità della fattispecie contestata trattandosi di "mere circostanze formali prive di un benché minimo significato concreto ed effettivo" non assistite dai caratteri della gravità, precisione e concordanza.

L'Amministrazione, costituita in giudizio, confutava le avverse doglianze chiedendo la reiezione del ricorso.

Nella Camera di consiglio del 11.02.09 l'istanza cautelare veniva riunita al merito ed alla pubblica Udienza del 1 luglio 2009, la causa veniva trattenuta in decisione.

Preliminarmente il Collegio rileva la tardività dell'impugnazione riferita alla Disciplina di gara.

Quanto al merito, il ricorso è infondato.

La ricorrente imposta la propria difesa sulla contestazione della portata indiziante di ciascuno degli elementi posti a fondamento

dell'impugnata esclusione confutando la ricorrenza della gravità per difetto della c.d. inferenza probabilistica, della precisione stante la ricorrenza di inferenze probabilistiche plurime e, infine, della concordanza in virtù dell'esistenza di elementi probatori dissonanti rispetto alla presunzione.

L'approccio di parte ricorrente, di natura atomistica, non coglie, a parere del Collegio, il senso e la ratio della disposizione violata così come precisato dalla prevalente giurisprudenza secondo la quale, l'operatività della presunzione deve essere valutata considerando i singoli elementi riscontrati dalla Commissione di gara nella loro valenza complessiva. (Cons. Stato, Sez. IV, 19 settembre 2007, n. 4835)

Il comma 2 dell'art. 34 del D. L.vo n. 163/2006, prescrive che "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".

La norma, ispirata dall'esigenza di tutelare la corretta esplicitazione del confronto concorrenziale, non richiede l'accertamento di fatti dotati, di per sé, di sicura valenza probatoria, così come non fornisce alcuna analitica elencazione degli elementi cui ancorare il giudizio in ordine alla sussistenza della situazione preclusiva in essa contemplata.

Il legislatore, come evidenzia la formulazione del precetto, ha demandato all'apprezzamento dell'interprete la specificazione, nel concreto, delle circostanze suscettibili di esplicitare una portata indiziante limitandosi ad esigere unicamente la ricostruzione di un contesto fattuale caratterizzato da elementi gravi, precisi e concordanti tali da ingenerare, secondo l'id quod plerumque accidit un pericolo per il rispetto dei principi di segretezza, serietà ed indipendenza delle offerte (TAR Lombardia, Milano, Sez. III, n. 2931/2006).

Nella fattispecie in esame, l'Amministrazione, ha rilevato una pluralità di elementi di fatto certi ed incontestati, nessuno dei quali di per sé idoneo a supportare con certezza le conclusioni raggiunte dalla Commissione di gara, ma tali, nel loro insieme, da soddisfare pienamente il dettato normativo.

A parere del Collegio, ricorrono, in relazione al quadro indiziario prospettato, i caratteri della gravità, precisione e concordanza stante la correttezza del processo logico deduttivo posto in essere dalla stazione appaltante che pone in una situazione di complessiva coerenza le conclusioni cui è pervenuta con le premesse fattuali accertate.

Che gli specifici elementi posti a fondamento del provvedimento di esclusione esplichino una portata indiziante, oltre che conforme al costante orientamento della Sezione (TAR Milano, Sez. I, 7 maggio 2008, n. 1356 e 8 maggio 2008, n. 1412), è pacificamente riconosciuto dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che, in presenza di elementi di fatto analoghi a quelli evidenziati nel provvedimento oggetto del presente giudizio, è pervenuta alle medesime conclusioni rilevando come "gli indizi posti in luce dalla commissione nel caso in trattazione depongano univocamente...per la riconducibilità delle due imprese ad un unico centro decisionale e, di qui, ad una reciproca conoscibilità delle offerte..." (Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2009 n. 2139);

Per quanto precede, ritenuto che gli elementi specificati dalla Commissione di gara quali presupposti dell'intervenuta esclusione consentano di sostenere l'individuata situazione di collegamento sostanziale fra le imprese ricorrenti, il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, Sezione I[^], definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 3.000,

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

Così deciso in Milano nella Camera di consiglio del giorno 1 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Piermaria Piacentini, Presidente

Hadrian Simonetti, Referendario

Marco Poppi, Referendario, Estensore