

APPALTI - OPERATORE ECONOMICO - CONSORZIO STABILE - PARTECIPAZIONE "IN PROPRIO" - CONSORZIATA PARTECIPA ALLA MEDESIMA GARA - CONFLITTO DI INTERESSI - SUSSISTENZA

In base al divieto di cui al c. 7 dell'art. 48 del d.lgs. 50/2016, non è sufficiente a superare la presunzione del conflitto di interessi la dichiarazione da parte di un consorzio stabile di partecipare "in proprio", qualora altre imprese facenti parte del medesimo consorzio partecipino alla gara, anche in altra forma.

TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, sentenza n. 851/2019

Publicato il 07/11/2019

N. 00851/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00790/2019 REG.RIC.



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 la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 790 del 2019, integrato da motivi aggiunti,
proposto da

A.P. Costruzioni S.r.l. in proprio e quale Mandataria in Ati Costituenda, Consorzio Stabile Costruendo S.r.l. in proprio e quale Mandante in Ati Costituenda, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Massimo Di Sotto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Direzione 3° Tronco-Bologna, di Autostrade per L'Italia S.p.A., non costituito in giudizio;

Autostrade per L'Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudio Guccione, Maria Ferrante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Claudio Guccione in Roma, via Sardegna 50;

nei confronti

Pesaresi Giuseppe S.p.A., Sintec S.r.l. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della nota prot.ASPI/T3/09.10.19/004732/EU del 9.10.19 di Autostrade per l'Italia S.p.A, Dir.3°Tronco-Bologna, che ha riferito l'esclusione delle ricorrenti come da verbale di Commissione di gara n.6 della seduta pubblica del 17.09.19 nella procedura - app.to n.21/Bologna/2018- CIG 7761522293 - di cui al bando del 16.01.19 per "interventi di ripristino del ponte sul Fiume Reno prog KM9+903 carr. Nord/sud Autostrada A14 Bologna Bari Taranto" gli atti presupposti e conseguenti, incluse proposta di aggiudicazione e aggiudicazione, non conosciuti, con richiesta di risarcimento dei danni e di declaratoria d'inefficacia del contratto d'appalto ove medio tempore stipulato - avviso di convocazione alla seduta del 17.06.2019 pubblicato il 16.09.2019 su <https://autostrade.bravosolution.com>;

- dei verbali di gara in seduta pubblica del 11.06.19, 13.06.19, del 25.07.19, nella parte riguardante la verifica della documentazione amministrativa (busta A) dell'offerta delle ricorrenti e tutti i successivi, tra cui il citato n.6 della seduta del 17.09.19 e gli altri delle sedute pubbliche del 27.09.19 e del 3.10.19, mai pubblicati o comunicati, e relativi avvisi di convocazione;

- della nota ASPI/T306.09.19/0004160/UE datata 6.09.2019 ex art.83 co.9 del d. lgs. 50/16 (il Codice) di Autostrade per l'Italia S.p.a -dir. 3°Tronco Bologna;

- dell' elenco ammessi ed esclusi a firma del R.U.P. dell'8.10.2019 e in pari data pubblicato sul portale <https://autostrade.bravosolution.com>;
- del punto n.19.3 del disciplinare di gara, nonché per l'invalidità dallo stesso derivata, della dichiarazione di accettazione anche di tale clausola tra le altre del disciplinare di cui alla rispettive domande di partecipazione delle ricorrenti alla gara, (pag. 4 dichiarazione). Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:
della nota prot.ASPI/T3/09.10.19/004732/EU del 9.10.19 di Autostrade per l'Italia S.p.A, Dir.3°Tronco-Bologna, che ha riferito l'esclusione delle ricorrenti come da verbale di Commissione di gara n.6 della seduta pubblica del 17.09.19 nella procedura - app.to n.21/Bologna/2018- CIG 7761522293 - di cui al bando del 16.01.19 per "interventi di ripristino del ponte sul Fiume Reno prog KM9+903 carr. Nord/sud Autostrada A14 Bologna Bari Taranto" gli atti presupposti e conseguenti, incluse proposta di aggiudicazione e aggiudicazione, non conosciuti, con richiesta di risarcimento dei danni e di declaratoria d'inefficacia del contratto d'appalto ove medio tempore stipulato - avviso di convocazione alla seduta del 17.06.2019 pubblicato il 16.09.2019 su <https://autostrade.bravosolution.com>;
- dei verbali di gara in seduta pubblica del 11.06.19, 13.06.19, del 25.07.19, nella parte riguardante la verifica della documentazione amministrativa (busta A) dell'offerta delle ricorrenti e tutti i successivi, tra cui il citato n.6 della seduta del 17.09.19 e gli altri delle sedute pubbliche del 27.09.19 e del 3.10.19, mai pubblicati o comunicati, e relativi avvisi di convocazione;
- della nota ASPI/T306.09.19/0004160/UE datata 6.09.2019 ex art.83 co.9 del d. lgs. 50/16 (il Codice) di Autostrade per l'Italia S.p.a -dir. 3°Tronco Bologna;
- dell' elenco ammessi ed esclusi a firma del R.U.P. dell'8.10.2019 e in pari data pubblicato sul portale <https://autostrade.bravosolution.com>;
- del punto n.19.3 del disciplinare di gara, nonché per l'invalidità dallo stesso derivata, della dichiarazione di accettazione anche di tale clausola tra le altre del

disciplinare di cui alla rispettive domande di partecipazione delle ricorrenti alla gara, (pag. 4 dichiarazione).

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da A.P. COSTRUZIONI S.R.L. in proprio e quale mandataria in ati costituenda il 5\11\2019 :

Annullamento previa sospensiva della nota A SPI 3° Tronco del 09.10.2019 prot. 0004729.UE

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autostrade per L'Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2019 il dott. Marco Morgantini e uditi per le parti i difensori Massimo Di Sotto e Margherita Scalise;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Parte ricorrente espone in punto di fatto quanto segue.

Con bando del 16.01.19 Autostrade per l'Italia S.p.A, Dir. 3° Tronco, indiceva la procedura aperta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento di "Interventi di ripristino del Ponte sul Fiume Reno, sull'Autostrada A14 Bologna-Taranto alla prog. km 9+903 N/S", cod. app.to 021/BO/2018 - comm. 45028- CIG 7761522293- CPV 45233141-9.

Il disciplinare di gara stabiliva in particolare:

- al punto n.16, sub punti. 2.1 e 2.2 e 2.3, 4.1, 3 il DGUE e le autodichiarazioni ex DPR 445/2000 sulle circostanze di cui all'art. 80 del Codice; - al punto n.13, l'indicazione dell'impresa per il quale il consorzio stabile concorre, salvo che " qualora il consorzio non indichi per quale consorziato concorre, si intende che lo

stesso partecipa in nome e per conto proprio"; al punto n.19, punto3, convocazione delle sedute pubbliche mediante pubblicazione due giorni prima su <https://autostrade.bravosolution.com> al punto n.10 a mezzo pec le comunicazioni degli atti di cui all'art. 76 c. 5 e 6 Codice e disponibilità degli stessi sul predetto portale.

Partecipavano alla gara nove concorrenti, tra cui l'A.T.I. costituita tra la A.P. Costruzioni S.r.l. e il mandante Consorzio Stabile Costruendo S.r.l. il quale, come da disciplinare, non indicava consorziate partecipando in proprio.

Con nota del 6.09.19 ex art.83 c.9 del Codice la stazione appaltante, riferendo carenze ritenute dalla Commissione di gara, chiedeva al Consorzio Costruendo di integrare la documentazione amministrativa entro il 16.09.19, tra l'altro con indicazione delle imprese esecutrici e "visura camerale aggiornata all'anno in corso con indicazione dei poteri di firma (relativamente al soggetto che sottoscrive la documentazione di gara)".

Il 12.09.2019 era rimessa nota di risposta indicante in allegato tutta la documentazione richiesta, inclusa la visura camerale e la dichiarazione del Consorzio di partecipare ""... alla procedura in qualità di mandante, con la propria struttura d'Impresa ai sensi dell'art. 94 comma 1 del DPR 270/10".

Nel frattempo nessun'altra comunicazione seguiva fino alla nota impugnata del 9.10.2019, a firma della direzione 3° Tronco-Bologna di Autostrade per l'Italia S.p.A., secondo cui ""Con riferimento alla partecipazione di codesto concorrente alla procedura indicata in oggetto, a seguito della seduta pubblica tenutasi il giorno 17 del mese di settembre 2019 ... la commissione di gara incaricata, con verbale n. 6, ha disposto l'esclusione di codesto rispettabile concorrente dalla procedura per l'affidamento dei lavori in evidenza per i seguenti motivi :..." rileva, tuttavia, la mancanza, tra la documentazione trasmessa, della visura camerale aggiornata all'anno in corso con indicazione dei poteri di firma del soggetto che sottoscrive la

documentazione di gara. Si rileva, inoltre, che la dichiarazione fornita dal Consorzio Stabile Costruendo S.r.l. di partecipare alla procedura di gara, in qualità di mandante, con la propria struttura di impresa ai sensi dell'art. 94, comma 1, del D.P.R. 207/2010 non consente l'ammissione del concorrente alle successive fasi di gara in quanto una delle consorziate dello stesso Consorzio, la EDILZETA SPA, partecipa alla presente procedura di gara anche in qualità di mandante di una costituenda RTI. Ne deriva, di conseguenza l'esclusione delle successive fasi di gara sia dell'operatore A.P. Costruzioni S.r.l. sia del concorrente EDILZETA S.p.A."

2. Parte ricorrente lamenta, con particolare riferimento al terzo motivo di ricorso, quanto segue.

Il Consorzio, partecipando in proprio, con la propria struttura, giustamente non aveva indicato alcuna consorziata.

Inoltre perché, in risposta alla richiesta del 6.09.2019, con il messaggio del 12.09.2019 sono stati rimessi alla stazione appaltante un DGUE integrato (pag 4) e separata dichiarazione datata 9.09.2019, entrambi con la specificazione che il Consorzio Costruendo concorre in proprio.

Gli atti impugnati sono illegittimi prima di tutto perché generici, non spiegando per quale motivo la partecipazione di una consorziata non indicata comporterebbe l'esclusione del Consorzio, che concorre in proprio.

Inoltre, perché la motivazione su riportata contrasta con l'art.94 co. 1 DPR 207/2010 e l'art. 48, comma 7, d.lgs. 50/2016.

Infatti, sulla scorta di tali norme un consorzio stabile può partecipare alla gare per l'affidamento di lavori pubblici sia in proprio, con la propria struttura, sia per conto di specifici consorziati.

In tale seconda ipotesi, a norma dell'art. 48 c.7 citato, il consorzio è tenuto a indicare l'impresa per la quale concorre che, a sua volta, non potrà ("..è fatto divieto..") partecipare alla stessa gara in qualsiasi altra forma.

In base a tali previsioni nella fattispecie, contrariamente a quanto ritenuto da commissione di gara e da stazione appaltante, proprio il fatto che il Consorzio stabile Costruendo concorre in proprio non è ostativo alla partecipazione nella stessa gara della Consorziata Edilzeta S.p.A, non a caso non indicata.

Pertanto, gli atti impugnati sono incorsi in una violazione e falsa applicazione dell'art. 94 co. 1 DPR 207/2010 dagli stessi richiamato, nonché del citato art.48 c.7 del Codice.

L'art. 48, comma 7 citato non può interpretarsi “..come vietante a priori la partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata non indicataria, laddove tale preclusione risulti fondata non sulla dimostrazione concreta della sussistenza di un unico centro decisionale, ma su una sorta di sillogismo categorico circa l'esistenza di una unicità di rapporti fra consorzio stabile e proprie consorziate”.

L'esclusione impugnata è incorsa nella violazione del principio di tassatività delle relative cause, esaminato al precedente motivo e di cui all'art. 83 co 8 del Codice, perché nessuna norma di legge o di gara vieta, tanto meno con sanzione escludente, la compresenza nella procedura del consorzio stabile in proprio e di una consorziata, quindi, non indicata.

3. La censura è infondata.

Il settimo comma dell'art. 48 del d. lgs. n° 50 del 2016 stabilisce quanto segue:

"E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'articolo

45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale."

Tale specifico onere di indicare l'impresa consorziata per la quale il consorzio concorre costituisce adempimento necessario al fine di evitare il divieto di partecipazione alla gara posto a carico del consorzio e della consorziata che partecipi alla medesima gara in altra forma. Solo tale specifica indicazione consente di superare la necessaria presunzione di conflitto d'interessi derivante dalla contemporanea partecipazione di una consorziata tramite il consorzio e in un'altra forma. La consorziata può partecipare anche in altra forma a condizione che sia indicata un'altra consorziata per la quale il consorzio concorre.

L'indicazione fatta da parte ricorrente del consorzio medesimo quale partecipante in proprio non è tra le cause, espressamente previste dalla legge, idonee a superare la necessaria presunzione di conflitto d'interessi di cui sopra.

Ne consegue la sussistenza del sopra indicato conflitto d'interessi senza che vi sia la possibilità di provare il contrario.

Il collegio evidenzia che trattasi di disciplina, quella prevista dal settimo comma dell'art. 48 del d. lgs. n° 50 del 2016, che segna un punto di equilibrio tra il principio di garanzia della genuinità delle offerte ed il principio di libertà d'impresa, tenuto conto dei principi di libera concorrenza in ambito europeo.

Infatti tale disposizione consente la contemporanea partecipazione alla gara di un'impresa tramite il consorzio stabile ed anche in altra forma a condizione che il consorzio indichi un'altra impresa consorziata per cui concorre.

Ne consegue che se il consorzio stabile partecipa in proprio, sussiste per tutte le imprese partecipanti al consorzio e partecipanti alla gara anche in altra forma il conflitto d'interessi che inibisce la partecipazione alla gara.

Tali conclusioni sono imposte dalla lettera e dalla ratio del settimo comma dell'art. 48 del d. lgs. n° 50 del 2016, ratio che è data dalla volontà di evitare il conflitto d'interessi che si presume quando una consorziata partecipa alla gara anche in altre forme a meno che non siano posti in essere quegli oneri di indicazione espressamente indicati che nel caso di specie non sono stati posti in essere.

La disposizione di cui al settimo comma dell'art. 48 del d. lgs. n° 50 del 2016 che ammette la partecipazione alla gara di un'impresa (tramite il consorzio stabile ed anche in altra forma a condizione che il consorzio indichi un'altra impresa consorziata per cui concorre) costituisce disposizione eccezionale rispetto alla regola generale della presunzione del conflitto d'interessi. Tale disposizione non può pertanto essere applicata oltre i casi ed i tempi in essa considerati (art. 14 delle preleggi).

Il collegio condivide poi l'osservazione dell'amministrazione (pagina 14 del controricorso), secondo cui la mancata indicazione delle imprese consorziate per conto delle quali il consorzio concorre alla gara comporta inevitabilmente che il Consorzio partecipa in maniera indistinta per conto di tutte le imprese consorziate, alle quali, pertanto, proprio in virtù della norma sopra richiamata, è preclusa la partecipazione autonoma alla medesima gara, pena la violazione dei principi di tutela della concorrenza nonché di salvaguardia della regolarità e dell'efficacia del confronto competitivo.

Ne consegue che l'impugnato provvedimento di esclusione costituisce atto dovuto e vincolato.

L'esame degli ulteriori motivi di ricorso non porterebbe alcuna utilità a parte ricorrente e pertanto se ne omette l'esame.

Dall'infondatezza dell'azione impugnatoria consegue altresì l'infondatezza della domanda risarcitoria.

Il ricorso è pertanto infondato, anche con riferimento alle censure di invalidità derivata contenute nei motivi aggiunti di ricorso.

La condanna alle spese segue la soccombenza come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio a favore di Autostrade per l'Italia spa nella misura di Euro 5.000.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere

Marco Morgantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Marco Morgantini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Di Nunzio

IL SEGRETARIO