

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Annullamento in autotutela - Esistenza di un unico centro decisionale con le altre ditte concorrenti - Indizi gravi, precisi e concordanti - Legittimità.

Tar Lombardia - Milano, Sez. I, 15 luglio 2021, n. 1707

“[...] per giurisprudenza pacifica, l'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale costituisce motivo in sé sufficiente a giustificare l'esclusione delle imprese dalla procedura selettiva, non essendo necessario verificare che la comunanza abbia concretamente influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara [...] poiché ciò che rileva è il dato oggettivo, autonomo e svincolato da valutazioni a posteriori di tipo qualitativo, rappresentato dall'esistenza di un collegamento sostanziale tra le imprese [...]”.

FATTO

Con Bando pubblicato sulla G.U.U.E. n. 2017/S 129-264802 del 8.7.2017, l'Azienda Milanese Servizi Ambientali S.p.a. (nel proseguo “Amsa”) ha indetto una procedura aperta, suddivisa in 50 Lotti, per l'affidamento del servizio di rimozione neve, aggiudicata all'odierna ricorrente, quanto al Lotto n. 19.

A seguito della conoscenza di un'ordinanza cautelare pronunciata in sede penale, Amsa ha desunto l'esistenza della c.d. “cordata -OMISSIS-”, costituita al fine di alterare il regolare svolgimento di talune commesse pubbliche, tra cui anche la stessa gara Amsa n. 9/2017, culminata con l'aggiudicazione di molteplici Lotti in favore delle società della predetta cordata, cui risulterebbe aver preso parte la società ricorrente, unitamente ad altre imprese.

Conseguentemente, con il provvedimento impugnato, Amsa ha annullato la citata aggiudicazione in favore della ricorrente, quanto al Lotto n. 19, disponendo altresì la contestuale risoluzione del rapporto contrattuale.

Amsa si è costituita in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Con ordinanza n. -OMISSIS- il Tribunale ha respinto la domanda cautelare, mentre il Consiglio di Stato, con ordinanza n.-OMISSIS-, ha accolto l'appello.

All'udienza del 28.4.2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I) Il provvedimento oggetto del presente giudizio scaturisce all'esito della disamina degli atti di un procedimento penale incardinato presso il Tribunale di Milano, nell'ambito del quale sono state emesse ordinanza di applicazione di misura cautelare personale n. -OMISSIS- del 29.4.2019 e conseguente richiesta di rinvio a giudizio, a carico del Sig. -OMISSIS-, cui è stato contestato, quale

amministratore della -OMISSIS-, di aver promosso la formazione della c.d. “Cordata -OMISSIS-”, di cui risulterebbe aver fatto parte anche l’odierna ricorrente, con la finalità di concordare ex ante il contenuto delle offerte di partecipazione alle gare.

Dopo aver acquisito dette informazioni, Amsa ha accertato che le società facenti parte della predetta “Cordata -OMISSIS-” sono risultate aggiudicatrici di ben 16 Lotti, nell’ambito della gara n. 9/2017 dalla stessa indetta, e che le loro offerte sono risultate caratterizzate da evidenti indici di collegamento, tra l’altro comprovato dalla stretta correlazione temporale nell’invio dei documenti richiesti dalla stazione appaltante, nelle medesime carenze a livello di documentazione tecnica ed economica (per quanto concerne lo scambio di automezzi, l’erronea indicazione della sede del magazzino, le giustificazioni in riferimento allo sconto offerto), nella formulazione di offerte con analogo modus operandi, ad esempio in ordine all’entità del ribasso offerto per la parte economica, ed in sede di esecuzione del contratto, con indicazione da parte di -OMISSIS- e di -OMISSIS-, di un deposito con indirizzo coincidente con quello del deposito di -OMISSIS-.

II.1) Con il primo motivo, l’istante deduce l’illegittimità dell’annullamento dell’aggiudicazione, in quanto adottato dopo la consumazione del relativo potere, poiché esercitato oltre il termine massimo di 18 mesi, sancito dall’art. 21-nonies della L. n. 241/90, richiamato dall’art. 32, c. 8 del Codice dei contratti.

II.2) In linea generale, osserva il Collegio che, come ribadito dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2017, il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consuma il potere di adozione dell’annullamento d’ufficio, e che il termine “ragionevole” per la sua adozione decorre soltanto dal momento della scoperta, da parte dell’amministrazione, dei fatti e delle circostanze poste a fondamento dell’atto di ritiro.

Con riferimento al caso di specie, come correttamente dedotto da Amsa, le attività istruttorie preordinate all’emanazione del provvedimento impugnato, hanno preso avvio dalla conoscenza dell’Ordinanza emessa dal GIP presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Milano il 29 aprile 2019, e solo da tale data, può ritenersi che Amsa abbia avuto conoscenza dei fatti che hanno reso necessaria l’apertura del procedimento amministrativo culminato con l’emanazione dell’atto oggetto del presente giudizio.

In sede di partecipazione alla procedura, -OMISSIS- aveva dichiarato “che a carico dell’impresa rappresentata, nei propri confronti e nei confronti dei soggetti di cui all’art. 80, comma 3 D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., non sussistono le condizioni di cui all’art. 80 D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. (motivi di esclusione)”, nonché “di non trovarsi in alcuna delle situazioni di controllo di cui all’art. 2359 del codice civile con alcun partecipante alla gara in oggetto, e di aver formulato l’offerta

autonomamente”, non potendo pertanto decorrere da tale momento il dies a quo del termine dell’art. 21-nonies della L. n. 241 del 1990, il cui superamento è infatti consentito laddove non sia imputabile all’Amministrazione, quanto invece, a dolo o colpa grave della parte (Tar Campania, Sez. II, 13.6.2019 n. 3205).

In conclusione, il motivo va respinto poiché l’atto di annullamento in autotutela dell’aggiudicazione del 3.8.2020 è stato assunto in pendenza del termine di 18 mesi di cui all’art. 21 nonies della L. n. 241/1990.

II.3) Sotto altro profilo, la ricorrente sostiene che il provvedimento impugnato difetterebbe di motivazione, in ordine al legittimo affidamento consolidatosi in capo alla ricorrente, ciò che non merita tuttavia tutela considerato che, una volta che la stazione appaltante, nell’esercizio del potere discrezionale ad essa rimesso, accerti la presenza di unico centro decisionale, è obbligata ad escludere il concorrente che sia incorso in tale causa escludente, in ragione del carattere inderogabile dell’art. 80, c. 5, lett. m), del Codice.

III.1) Con il secondo motivo, la ricorrente evidenzia come le condotte ed i fatti riportati negli atti dell’indagine penale, non riguarderebbero in alcun modo la stessa, né il suo legale rappresentante, da cui deriverebbe il vizio di motivazione del provvedimento impugnato, che avrebbe dovuto dettagliare le circostanze che avrebbero determinato il suo coinvolgimento nel preteso accordo spartitorio.

III.2) Come già evidenziato nel precedente punto I della presente sentenza, l’indagine penale ha costituito l’evento che ha indotto l’Amministrazione ad avviare il procedimento conclusosi con il provvedimento impugnato, la cui motivazione, non ha tanto ad oggetto le risultanze della stessa, quanto invece, gli autonomi accertamenti compiuti da Amsa nei confronti dei partecipanti alla gara n. 9/2017, in esito ai quali, la stessa ha ritenuto che alcune delle offerte ivi presentate fossero caratterizzate da evidenti indici di collegamento, dovendosi conseguentemente respingere il motivo di ricorso.

IV.1) Con il terzo motivo, l’istante deduce l’erroneità del provvedimento impugnato, per aver ritenuto la partecipazione della ricorrente ad un unico centro decisionale, malgrado le offerte presentate dalle imprese, asseritamente facenti parte dello stesso, si riferissero a lotti diversi.

In linea generale, osserva il Collegio che, per giurisprudenza pacifica, l’accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale costituisce motivo in sé sufficiente a giustificare l’esclusione delle imprese dalla procedura selettiva, non essendo necessario verificare che la comunanza abbia concretamente influito sul rispettivo comportamento nell’ambito della gara (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 16.9.2019, n. 1982), poiché ciò che rileva è il dato oggettivo,

autonomo e svincolato da valutazioni a posteriori di tipo qualitativo, rappresentato dall'esistenza di un collegamento sostanziale tra le imprese (C.S., Sez. V, n. 1265/2010).

Con riferimento al caso di specie, alla procedura relativa all'affidamento del Lotto n. 19, ha partecipato anche la società -OMISSIS-, che in base all'ordinanza penale n. -OMISSIS- cit. faceva parte della c.d. "cordata -OMISSIS-", e che in esito all'istruttoria avviata da Amsa, costituiva un unico centro decisionale con la ricorrente, ciò da cui consegue l'infondatezza in fatto del presente motivo di ricorso.

Peraltro, in ragione delle peculiarità della fattispecie, a fronte della presenza di un vincolo di aggiudicazione operante oltre il cumulo di dieci lotti, e della sostanziale coincidenza dell'oggetto dei lotti medesimi (servizio neve), che consente alle imprese tra loro collegate di realizzare economie di scala e quindi di formulare offerte aggressive e anticoncorrenziali, la partecipazione a lotti diversi delle imprese che hanno aderito al cartello, può peraltro costituire indice di una strategia volta ad evitare la concorrenza "interna" al singolo lotto, a vantaggio delle stesse imprese..

IV.2) Sotto altro profilo, la ricorrente contesta la concreta sussistenza di indizi, sia formali che sostanziali, tali da supportare l'ipotesi di unicità di centro decisionale.

Osserva in contrario il Collegio che, in particolare, come sopra evidenziato, -OMISSIS- e -OMISSIS- hanno proceduto alla trasmissione della documentazione lo stesso giorno e in orari ravvicinati, che entrambe hanno dichiarato nell'Allegato 13 che il deposito di stoccaggio avrebbe avuto una determinata sede, indicandone tuttavia una diversa nell'Allegato 6, e che -OMISSIS- si è inoltre avvalsa di mezzi di proprietà di -OMISSIS-, ciò che configura un complesso di indizi gravi previsti e concordanti della provenienza delle offerte da un unico centro decisionale.

V.1) Con il quarto motivo, la ricorrente lamenta una carenza di istruttoria, per non averle garantito un pieno contraddittorio.

V.2) Osserva in contrario il Collegio che, in primo luogo, Amsa ha effettuato la comunicazione di avvio del procedimento, rappresentando le circostanze rilevanti, ed invitando la ricorrente a presentare le proprie deduzioni, che sono state valutate nell'ambito del provvedimento finale, in cui si è in particolare ritenuto, che le contestazioni di -OMISSIS- si siano risolte nel generico ribadire la sua estraneità alla vicenda penale, senza tuttavia nulla argomentare in ordine al quadro complessivo emerso dal procedimento amministrativo, univocamente indicativo della ricorrenza della fattispecie escludente di cui all'art. 80, co. 5, lett. m), del Codice dei contratti pubblici.

VI) Con il quinto motivo, la ricorrente lamenta l'illegittimità, in via derivata, della segnalazione all'Anac, per pretesa falsa dichiarazione in sede di gara, e della richiesta di escussione della garanzia definitiva.

Il motivo è infondato, in ragione della ritenuta infondatezza dei precedenti motivi e della conseguente legittimità del provvedimento di autotutela.

In conclusione, il ricorso va respinto.

Le spese seguono la soccombenza nella misura liquidata al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite che liquida in € 5.000,00 oltre accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle persone fisiche e giuridiche menzionate nella presente sentenza.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

Valentina Santina Mameli, Consigliere