

Pubblicato il 08/06/2023

N. 01334/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00423/2023 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 423 del 2023, proposto da Motedil 2000 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Ricciardi Federico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Avellino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Oscar Mercolino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Stazione Unica Appaltante (S.U.A.) – Centrale Unica di Committenza (C.U.C.) della Provincia di Avellino, non costituita in giudizio;

nei confronti

Comune di San Martino Valle Caudina, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) della nota prot. n. 352 del 21.2.2023, con la quale la S.A. confermava l'esclusione della società ricorrente dalla gara che veniva dichiarata deserta e,

al contempo, inoltrava segnalazione all'A.N.AC. per l'avvio del procedimento di annotazione nel Casellario delle imprese;

b) del preavviso di esclusione del 9.2.2023; in uno a tutti i verbali di gara ed, in particolare, del verbale di seduta n. 2 del 2.2.2023 (nella parte in cui si presentava lesivo per la ditta ricorrente) e alle determinazioni dir.li di presa d'atto dei verbali nonché delle note di comunicazione tutte ed annesse schede e/o allegati agli stessi;

c) di ogni ulteriore atto, provvedimento, collegato, connesso e consequenziale e/o determinazione, comunque, lesiva ivi compreso - ove e per quanto occorra - il bando ed annesso disciplinare di gara (e, in particolare, gli art. 13 e 15 del disciplinare) nonché le determine di indizione ed approvazione degli stessi, il capitolato speciale d'appalto, lo schema di contratto e gli allegati tutti (se ed in quanto interpretabili in danno della ricorrente);

nonché per la conseguente condanna della Amministrazione

- a rideterminarsi sull'esclusione dalla gara e segnalazione A.N.AC., disposta nei confronti della ricorrente, quale ristoro in forma specifica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Avellino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 maggio 2023 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori RICCIARDI FEDERICO MAURIZIO e MERCOLINO OSCAR;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Motedil 2000 s.r.l. ha impugnato, unitamente agli atti presupposti indicati in epigrafe e, ove lesivi, al bando e al disciplinare, la nota prot. n. 352 del 21.2.2023 con la quale la Provincia di Avellino ne ha confermato l'esclusione dalla gara per i lavori di *“ripristino della funzionalità idraulica del Torrente Caudino”* (CIG 9537499129), poi dichiarata *“deserta”*, provvedendo, altresì,

alla segnalazione all'A.N.AC. per l'avvio del procedimento di annotazione nel Casellario delle imprese.

2. – Un primo assorbente profilo di illegittimità sarebbe rinvenibile, secondo la prospettazione di parte ricorrente, nell'autonoma e/o arbitraria iniziativa del Responsabile del procedimento, che avrebbe istruito ed adottato il provvedimento di esclusione in spregio ai punti 18 e 19 del disciplinare di gara, i quali riservavano alla Commissione, mai nominata, le verifiche e le valutazioni dell'offerta tecnica.

Il geom. -OMISSIS-, inoltre, avrebbe illegittimamente cumulato le qualità di responsabile del procedimento di gara, di responsabile unico del procedimento e di componente unico del Seggio di gara, in violazione dell'art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, che vieta ai “*commissari*” lo svolgimento di “*funzioni o incarichi tecnici o amministrativi relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*” e prevede, quanto al R.U.P., che la sua nomina a membro delle commissioni di gara “*è valutata con riferimento alla singola procedura*” (motivo *sub I*).

Deduce ancora la società ricorrente che le regole di gara imponevano la valutazione delle offerte da parte di una Commissione composta in numero dispari, nel caso di specie non nominata, con conseguente violazione dei punti 18, 19, 20 e 21 del disciplinare di gara (ed ancor prima, dell'art. 77, co. II, d.lgs. n. 50/20216) e degli artt. 15 e 16 del Regolamento attuativo della S.U.A. della Provincia di Avellino (motivo *sub II*).

La ricorrente ha poi censurato l'operato del RUP per aver eluso la previsione di cui all'art.13 del disciplinare di gara sul soccorso istruttorio (motivo *sub III*) e ha criticato la motivazione posta a sostegno dell'impugnata esclusione, contestandone le ragioni, cioè l'incompletezza della Relazione tecnica allegata all'offerta inerente la “*Organizzazione del personale impiegato nell'esecuzione dei lavori di qualificazione dello stesso*” e i relativi *curricula vitae* del personale chiave, la carenza della proposta migliorativa, sebbene

riconosciuta dal medesimo R.U.P. elemento non previsto a pena di esclusione e, non ultima, la ravvisata sussistenza di profili di collegamento tra i (tre) concorrenti in gara desunti dalla sovrapposizione dei dati delle offerte tecniche che lascerebbero supporre la violazione dell'art. 80, d.lgs. n. 50/2016 (motivo *sub* IV).

Anche la successiva segnalazione A.N.AC. (prot. n. 352 del 21.2.2023) risulterebbe, di conseguenza, del tutto ingiustificata e illegittima e, in ogni caso, evidentemente sproporzionata (motivo *sub* V).

3. – La Provincia di Avellino, costituitasi in giudizio, ha chiesto la reiezione del gravame, siccome infondato.

4. – Respinta l'istanza di tutela cautelare (ordinanza n. 142/2023 del 24/3/2023), in vista dell'udienza di merito le parti hanno depositato memorie e documenti, ciascuna insistendo per l'accoglimento delle conclusioni, come rispettivamente formulate.

5. – La causa è stata introitata in decisione all'udienza pubblica del 3 maggio 2023.

6. – Premessa l'inammissibilità della generica e immotivata impugnazione delle regole di gara (artt. 13 e 15 del Disciplinare) per difetto di specificità della relativa doglianza, come pure della segnalazione all'A.N.A.C., trattandosi di atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non impugnabile (Consiglio di Stato, Sez. V, 05/04/2022, n.2518), è da respingere il motivo *sub* I, concernente la pretesa incompetenza del R.U.P. ad adottare l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 01/06/2021, n. 4203).

6.1. – Per regola generale (art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016), il provvedimento di esclusione dalla gara è di pertinenza della stazione appaltante, e non già dell'organo straordinario-Commissione giudicatrice; sebbene la documentazione di gara possa demandare alla Commissione giudicatrice ulteriori compiti, di mero supporto ed ausilio del R.U.P. (Consiglio di Stato, Sez. VI, 08/11/2021, n.7419), resta fermo, invero, che in

caso di procedura di gara che preveda l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, competenza esclusiva della commissione giudicatrice è l'attività valutativa, mentre il R.U.P. può svolgere tutte le attività, anche non definite dal Codice, che non implicano l'esercizio di poteri valutativi (Consiglio di Stato, Sez. V, 01/06/2021, n.4203; Consiglio di Stato, Sez. V, 13 settembre 2018, n. 537; Id., 6 maggio 2015, n. 2274; Id., 21 novembre 2014, n. 5760; Sez. III, 19 giugno 2017, n. 2983).

Nel caso di specie non è revocabile in dubbio che il R.U.P. (*recte*: il RdP) non abbia svolto alcuna attività valutativa delle offerte, unica attività di esclusiva competenza della commissione di gara, come del resto stabilito dall'art. 18 del disciplinare ("Commissione giudicatrice"), ai sensi del quale "[l]a commissione giudicatrice è responsabile della valutazione delle offerte tecniche ed economiche dei concorrenti e fornisce, ove ritenuto necessario, ausilio al RUP nella fase di verifica della documentazione amministrativa e di verifica dell'anomalia delle offerte (cfr. Linee guida n. 3 del 26 ottobre 2016)".

7. – Nemmeno sussiste la dedotta violazione dell'art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 per avere il geom. -OMISSIS- cumulato le qualità di responsabile del procedimento di gara, di responsabile unico del procedimento e di componente unico del Seggio di gara, non emergendo, diversamente da quanto asserito in ricorso, alcun elemento idoneo a comprovare il coinvolgimento di quest'ultimo – il quale, peraltro, come rilevato, non ha svolto alcuna attività di valutazione in senso stretto delle offerte, avendo piuttosto esperito un controllo documentale di conformità – nella predisposizione della *lex specialis* di gara, né alcuna evidenza concreta che valga, su un piano sostanziale, a denotare l'incompatibilità tra i ruoli svolti, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (Consiglio di Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1387; T.A.R. Catania, sez. I, 25/01/2021, n.209; T.A.R. Roma, sez. II, 22/02/2019, n. 2420).

7.1. – E ciò a prescindere dal rilievo della Provincia, non contraddetto dalla ricorrente, che il geom.-OMISSIS- non è il R.U.P. dell'intervento posto in gara (atteso che tale funzione è in capo al geom. Pallotta del Comune di San Martino Valle Caudina "ente delegante"), ma riveste il ruolo di R.d.P. ovvero responsabile del sub-procedimento di gara in capo alla SUA delegata.

8. – Nessun effetto viziante può essere ricondotto, inoltre, alla mancata nomina della Commissione giudicatrice deputata alla valutazione delle offerte (motivo *sub* II), avendo il R.d.P. proceduto autonomamente alla verifica della documentazione amministrativa delle offerte pervenute e al controllo documentale delle offerte tecniche, in linea con quanto previsto dal *cit.* art. 18 del disciplinare, a mente del quale la commissione giudicatrice fornisce ausilio al RUP nella fase di verifica della documentazione amministrativa "*ove ritenuto necessario*", con la conseguenza che nessuna violazione della *lex specialis* di gara si è consumata nel caso di specie, non essendo la procedura addivenuta alla fase di "*esame e alla valutazione delle offerte tecniche e all'assegnazione dei relativi punteggi*" (art. 21 del disciplinare), attività spettante in via esclusiva alla commissione, essendo andata "*deserta*" la seduta pubblica di apertura delle offerte tecniche del 2/2/2023.

9. – Quanto alle ragioni dell'impugnata esclusione della gara, l'avviso del Collegio è che il provvedimento resista alle critiche mosse da parte ricorrente nella parte in cui fa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale "*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: [...] m) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale*".

9.1. – La ricorrenza di “*un unico centro decisionale*” è argomentata dalla S.A. sulla scorta dei rilievi che seguono:

“Dal Confronto documentale delle offerte tecniche presentate dai tre concorrenti in gara è inoltre emersa l’ulteriore causa di esclusione inerente all’imputabilità delle stesse a un unico centro decisionale ex art. 80 comma 5 lett. m) d.lgs. 50/2016. Tanto si rileva dai seguenti indicatori oggettivi: a) le modalità redazionali delle offerte tecniche sono identiche tant’è che le cinque relazioni richieste dal disciplinare di gara in forma separata sono state invece tutte accorpate in un’unica relazione e nella stessa sequenza d’ordine contraddistinta dalla particolarità, alquanto singolare, che la proposta di migliorie (prevista per ultima tra le cinque relazioni secondo la successione del disciplinare) è stata anteposta alla relazione delle “Attrezzature e macchinari”; b) le relazioni tecniche cumulative in molte parti sono perfettamente sovrapponibili, le date coincidono, i caratteri e la formattazione del testo sono spesso uguali; c) le relazioni tecniche cumulative presentano in sostanza le stesse carenze di contenuto con qualche variazione solo per i curricula del personale e per le schede tecniche delle attrezzature. Difatti, nelle tre offerte manca lo stesso elaborato relativo alla “Organizzazione del personale impiegato nell’esecuzione dei lavori e qualificazione dello stesso” nonché mancano gli stessi elaborati afferenti alla proposta di migliorie (con la differenza che nell’offerta di Conglosud manca anche la relazione tecnica delle migliorie); d) il computo metrico delle migliorie riporta gli stessi errori redazionali; e) le offerte presentano strette relazioni temporali con significative vicinanze cronologiche tra esse. Difatti, la data di presentazione delle offerte è la stessa e gli orari di firma digitale in taluni casi sono cronologicamente consecutivi come si evince dai report del portale gare: – orari di firma della documentazione amministrativa, desunti dai report di verifica firma: Motedil “La firma è stata apposta il giorno 20/01/2023 alle ore 14:03:59 UTC” Teknimond “La firma è stata apposta il giorno 20/01/2023 alle ore 21:32:09 UTC” Conglosud “La firma è stata

apposta il giorno 20/01/2023 alle ore 22:36:52 UTC” – orari di firma dell’offerta tecnica, desunti dai report di verifica firma: Motedil “La firma è stata apposta il giorno 20/01/2023 alle ore 20:23:14 UTC” Teknimond “La firma è stata apposta il giorno 20/01/2023 alle ore 22:23:42 UTC” Conglosud “La firma è stata apposta il giorno 20/01/2023 alle ore 22:37:35 UTC” – orari di caricamento in piattaforma dell’offerta, desunti dai report del portale telematico: “Offerta inserita da: MOTEDIL 2000 S.R.L. - Inizio caricamento il: 20/01/2023 21:51:23 - Pervenuta il: 20/01/2023 21:52:09”; “Offerta inserita da: Teknimond Srl - Inizio caricamento il: 20/01/2023 23:24:05 - Pervenuta il: 20/01/2023 23:24:41”; “Offerta inserita da: CONGLOSUD SRL – Inizio caricamento il: 20/01/2023 23:43:57 - Pervenuta il: 20/01/2023 23:45:52”. [...] Dall’esame di tali elementi emerge che la condotta adottata da codesto operatore abbia indubbiamente leso gli indefettibili principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio dei concorrenti [...] Di conseguenza, il concorrente si è anche reso colpevole, ex art. 80 comma 5 lettere c-bis) e f-bis) del c.c.p., di falsa dichiarazione per aver affermato nel DGUE integrativo di non “trovarsi rispetto a un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all’articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale” [art. 80 comma 5 lettera m) del c.c.p.].

9.2. – Gli elementi fattuali segnalati – identità delle modalità redazionali delle offerte tecniche, perfetta sovrapposibilità delle relazioni tecniche cumulative in molte parti, inclusa la carenza dell’elaborato relativo alla “*Organizzazione del personale*”, come pure l’identità degli errori redazionali del computo metrico delle miglorie e la vicinanza “*cronologica*” delle offerte – rappresentano indizi idonei e sufficienti a dimostrare quella relazione di fatto

che costituisce il presupposto dell'unicità del centro decisionale cui le offerte sono imputabili.

9.3. – Non convincono le contrarie deduzioni di parte ricorrente (che valorizza in chiave defensionale “*la metodologia adottata dai professionisti incaricati [che] potrebbe sottendere uno stile comune a molti tecnici*”, l’asserita irrilevanza delle segnalate lacune documentali, la dedotta inconferenza della vicinanza temporale della presentazione delle offerte, ritenuta spiegabile con “*ragioni di opportunità*”).

9.4. – L’argomento probatorio speso dalla S.A., anche se unico, è particolarmente significativo delle relazioni esistenti tra le società, configurando un indizio dotato di gravità, nel senso di elevata valenza probabilistica o attendibilità idonea a dimostrare il fatto ignoto (la riconducibilità delle offerte delle società a un unico centro decisionale) quale sicura conseguenza del fatto noto (i ravvisati profili di identità redazionale – e non solo – delle offerte). Da tale elemento, pertanto, è dato ricavare la sussistenza di un unico centro decisionale, anche a prescindere dalle ulteriori circostanze invocate dalla ricorrente.

9.5. – Correttamente, dunque, la S.A. ha ricavato la sussistenza di un unico centro decisionale desumendolo da un elemento di carattere indiziario assolutamente grave e preciso, e consistente nella pressoché integrale identità formale e redazionale delle offerte tecniche proposte (Consiglio di Stato, Sez. V, 12/01/2021, n.393; Id., 01/08/2015, n.3768). Nel caso di specie è dunque proprio la decisiva circostanza del previo concerto delle offerte ad essere stata accertata, come sopra rilevato, risultando conseguentemente non necessario approfondire i legami societari, e potendosi quindi fare applicazione dell’incontrastato orientamento della Cassazione formatasi con riguardo al citato art. 2729 cod. civ., secondo cui anche un solo indizio costituisce sufficiente prova del convincimento alla base di una decisione (ex multis: Sez. VI, 12 febbraio 2018, ord. n. 3276; Sez. I, 11 settembre 2007, n. 19088).

10. – Il rilievo che precede è dirimente e conduce al rigetto del ricorso, con assorbimento delle ulteriori censure, attesa la natura di atto plurimotivato dell'impugnata esclusione, a cui consegue che la validità di uno solo dei plurimi motivi del provvedimento è sufficiente a supportarne la legittimità (da ultimo si v. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11/01/2023, n. 397).

11. – Le spese, come per legge, seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente alla refusione delle spese e competenze di giudizio, che si liquidano in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00) in favore della resistente P.A., oltre accessori, come per legge.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario, Estensore

Anna Saporito, Referendario

L'ESTENSORE
Pierangelo Sorrentino

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO