Appalto pubblico: Tutela oggettiva del confronto concorrenziale tra offerte

T.A.R. Piemonte - Torino - Sentenza 18 aprile 2019, n. 452

N. 452/2019 Reg. Prov. Coll. N. 111 Reg. Ric. ANNO 2018

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 111 del 2018, proposto da D. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Antonio Caputo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Laura Presti in Torino, corso Umberto I, n. 8;

contro

Comune di Torino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Susanna Tuccari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Torino, via Corte d'Appello, n. 16;

nei confronti

Ancora soc. coop., A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della comunicazione di esclusione e delle relative determinazioni assunte nella seduta pubblica del 10 gennaio 2018, con cui, nell'ambito della "Procedura aperta n. 52/2017 servizio di pulizia ordinaria presso uffici comunali, magazzini comunali, musei cittadini e biblioteche civiche lotti 1, 2, 3", la Città di Torino ha comunicato alla ricorrente l'esclusione dalla gara;
- nonché l'annullamento di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali a quelli sopra indicati, ivi inclusi, la precedente comunicazione del 21 dicembre 2017, nonché ove medio tempore emesso, il provvedimento espresso di aggiudicazione della procedura concorsuale, e di tutti i verbali di gara, nessuno escluso e con riserva di richiedere, con separato giudizio, il risarcimento dei danni subiti e subendi;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2019 la dott ssa Laura Patelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

- 1. Con il ricorso in epigrafe, ritualmente notificato e depositato, D. s.r.l. ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura aperta n. 52/2017 (per l'affidamento di servizio di pulizia) indetta dal Comune di Torino.
- 2. Il provvedimento di esclusione è motivato con riferimento alla pressoché integrale identità dei progetti tecnici presentati nell'offerta della ricorrente e in quella di altra partecipante, Ancora soc. coop., e quindi alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 80, co. 5, lett. m) d.lgs. n. 50/2016, avendo accertato una "relazione che comporta che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale", con conseguente turbamento del regolare confronto concorrenziale
- 3. La società ricorrente ha contestato l'illegittimità del predetto provvedimento, sostanzialmente evidenziando l'inesistenza di un collegamento diretto con Ancora soc. coop. e che l'identità tra le offerte non era a sé imputabile, bensì al fatto di aver affidato la redazione del progetto ad un soggetto esterno, A., che non avrebbe comunicato di aver ricevuto medesimo incarico da Ancora soc. coop. e che avrebbe quindi redatto i progetti similari in contestazione.
 - 4. Il Comune di Torino si è costituito in giudizio in data 28 febbraio 2018, per resistere al ricorso.
- 5. Alla camera di consiglio del 7 marzo 2018, la domanda di sospensione cautelare del provvedimento di esclusione è stata rigettata, con ordinanza n. 113/2018 del 8 marzo 2018.
- 6. Nelle more della decisione di merito, è intervenuta l'aggiudicazione definitiva a una terza impresa della procedura di affidamento in oggetto, con determinazione dirigenziale n. 2311/005 del 8 giugno 2018. Tale provvedimento non è stato oggetto di impugnazione.
- 7. A seguito dell'udienza pubblica del 11 luglio 2018, con ordinanza n. 925/2018, il Tribunale ha rigettato le richieste istruttorie formulate dalla ricorrente nella specie l'assunzione di prova testimoniale di professionisti della A. ritenendone la irrilevanza ai fini della decisione. Tale decisione è stata confermata dal Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza n. 1605 del 8 marzo 2019.
- 8. All'udienza pubblica del 3 aprile 2019, la ricorrente, a seguito della richiesta del Collegio, ha dichiarato di avere un persistente interesse alla decisione del ricorso, in ragione dell'intervenuta segnalazione all'ANAC. Il ricorso, previo avviso ex art. 73 co.3. cod. proc. amm., circa l'eventuale improcedibilità del ricorso, è stato infine trattenuto in decisione.

DIRITTO

9. Il ricorso è improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

10. Anzitutto va evidenziato che, secondo un consolidato e condivisibile orientamento giurisprudenziale, "nel processo amministrativo il ricorso avverso l'esclusione da una gara pubblica è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse allorché non sia impugnata, nonostante la tempestiva comunicazione, l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, che costituisce l'atto che rende definitiva la lesione dell'interesse azionato dal soggetto escluso; infatti l'eventuale annullamento della esclusione, che ha effetto viziante e non caducante, lasciando sopravvivere l'aggiudicazione non impugnata, non è idoneo ad attribuire al ricorrente alcun effetto utile" (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 23 dicembre 2016 n. 5445).

Nel caso di specie, è incontestato che la ricorrente, pur essendo venuta a conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva (in ordine al quale si era riservata di proporre motivi aggiunti già all'udienza del 11 luglio 2018, come risulta dal relativo verbale), non l'abbia impugnato e ciò rende il ricorso improcedibile.

11. Chiarito che dall'annullamento del provvedimento di esclusione non potrebbe derivare alcuna utilità a D. s.r.l. ai fini della gara in oggetto, deve essere vagliata la persistenza di un interesse alla decisione, così come dichiarata dalla ricorrente in udienza, in ragione dell'intervenuta segnalazione ad ANAC e, quindi, della pendenza presso detta Autorità del procedimento sanzionatorio per l'iscrizione nel casellario informatico di annotazione interdittiva, ai sensi dell'art. 80, comma 12, d.lgs. n. 50/2016.

La lesività del provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante, rispetto al procedimento avviato ai sensi dell'art. 80 co. 12 d.lgs. 50/2016, è infatti solo potenziale, dal momento che l'iscrizione nel casellario informatico di una annotazione interdittiva rappresenta l'esito eventuale e non automatico di tale procedimento, nel corso del quale l'impresa esclusa potrà rappresentare le proprie ragioni, tra cui quelle - irrilevanti rispetto all'applicazione della causa di esclusione prevista dall'art. 80 co. 5 lett. m) d.lgs. 50/2016 - relative all'assenza di colpa nella presentazione di un'offerta imputabile a uno stesso centro decisionale. D'altra parte, come condivisibilmente affermato da consolidata giurisprudenza (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. VI, 20 novembre 2017, n. 5331; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 20 febbraio 2018, n. 488; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 26 febbraio 2018, n. 302) non può ritenersi sussistente un interesse specifico, concreto ed attuale a contestare solo l'automatismo della segnalazione all'ANAC la quale, per sua natura, non presenta una immediata e autonoma lesività: trattasi invero di atto prodromico ed endoprocedimentale, i cui eventuali vizi possono essere fatti valere solo in via derivata, tramite l'impugnazione del provvedimento finale dell'ANAC di iscrizione nel casellario. Solo tale ultimo provvedimento - nel caso di specie non intervenuto e ancora eventuale e potenziale - preclude all'operatore economico di aggiudicarsi le gare e di ottenere l'affidamento di subappalti per un determinato periodo di tempo; nessun effetto lesivo, invece, deriva all'operatore dalla mera segnalazione all'ANAC e dalla pendenza del relativo procedimento.

Il ricorso deve pertanto essere dichiarato improcedibile.

12. Per completezza, si evidenzia che in ogni caso il ricorso sarebbe infondato.

L'art. 80 co. 5 lett. m) d.lgs. n. 50/2016 ha evidentemente una funzione di tutela oggettiva del confronto concorrenziale tra offerte, come ha osservato anche il Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 1605/2019 già sopra citata, il cui contenuto si condivide: "ai sensi di un condiviso orientamento formatosi nella vigenza dell'articolo 80, comma 5, lettera m) del Decreto legislativo n. 50 del 2016 (e, prima ancora, nella vigenza dell'articolo 38, comma 1, lettera m-quater) del Decreto legislativo n. 163 e 2006), l'esclusione dalle gare per ragioni connesse alla sostanziale identità delle offerte - indice della riferibilità a un unico centro decisionale - risponde all'esigenza di scongiurare il rischio di compromettere i principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti (sul punto - ex multis -: Cons. Stato, VI, 17 gennaio 2017, n. 169)".

Nel caso di specie, non è in contestazione l'esistenza del presupposto di esclusione (la sostanziale identità dei progetti), dolendosi invece la ricorrente del fatto di non averne colpa.

Data dunque per presupposta la funzione oggettiva della causa di esclusione dell'offerta, il comportamento della stazione appaltante pare immune dai

vizi denunciati.

A fronte di ciò, alla società ricorrente non resta che rappresentare nel procedimento innanzi ad ANAC la propria assenza di colpa, al fine di evitare l'applicazione della sanzione, qualora il proprio comportamento venga ritenuto sussumibile in quelli descritti dall'art. 80 co. 12 d.lgs. n. 50/2016.

13. Si ritiene sussistano tuttavia elementi per disporre la compensazione delle spese del presente giudizio, in ragione della peculiarità del caso di specie in punto di interesse al ricorso.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE FF

Flavia Risso

IL REFERENDARIO EST Laura Patelli

IL REFERENDARIO Rosanna Perilli

Depositata in Segreteria il 18 aprile 2019