

Publicato il 04/02/2020

**N. 00039/2020 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00257/2019 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 il Molise**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 257 del 2019, proposto da

Colozza Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Rionero Sannitico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Emilio Potena, Stefano Marinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Centrale di Committenza Comune di Fornelli, non costituita in giudizio;

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione -, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Campobasso, via Garibaldi, 124;

*nei confronti*

A.D.R. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Riccio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- della Determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Rionero Sannitico n. 51/19 del 03.07.2019, notificata in pari data, con la quale è stata definitivamente aggiudicata, alla ditta A.D.R. Costruzioni s.r.l., la gara relativa all'affidamento dei lavori di “interventi di difesa del suolo SS 17 – Valle Andrea”;

- di tutti gli atti alla stessa presupposti, conseguenti e/o connessi ivi inclusi: la determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Rionero Sannitico n. 35/2019, mai comunicata, di aggiudicazione provvisoria alla ADR Costruzioni e contestuale esclusione dalla gara della ricorrente; le note menzionate nei provvedimenti impugnati e, segnatamente la nota ANAC prot. N. 10574/2019 ed eventuali note di riscontro da parte di ANAC di contenuto ed estremi sconosciuti;

nonché per il conseguente accertamento e la declaratoria dell'obbligo del Comune di Rionero Sannitico di disporre la riammissione alla gara della ricorrente e la conseguente aggiudicazione in suo favore, previa declaratoria di inefficacia del contratto, ove nel frattempo stipulato con l'aggiudicataria, con conseguente subentro della ricorrente che vi si dichiara sin da ora disponibile;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Rionero Sannitico e di A.D.R. Costruzioni S.r.l. e di Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione -;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2020 il dott. Silvio Giancaspro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. La Colozza Costruzioni s.r.l. ha agito dinanzi a questo TAR per l'annullamento dei provvedimenti con cui il RUP del Comune di Rionero Sannitico ha disposto nell'ordine: la revoca dell'aggiudicazione provvisoria, già disposta in suo favore, della gara indetta per l'affidamento di lavori di difesa del suolo; l'esclusione della ricorrente dalla procedura concorsuale; l'aggiudicazione dell'appalto in favore della ditta ADR Costruzioni.

2. Nel provvedimento recante la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e l'esclusione della ricorrente è riferito che: *“con determinazione n. 317 r.g. – r.s. n. 11 del 03/12/2018, il Responsabile del servizio stazione unica appaltante proponeva l'aggiudicazione alla Ditta Colozza Costruzioni SRL ...; l'Autorità di Vigilanza (ANAC) con propria nota ... faceva richiesta di chiarimenti ai sensi dell'art. 213 comma 13 del d.lgs 50/16; a seguito della citata nota il sottoscritto ... ha richiesto i dovuti chiarimenti alla CUC; la CUC ... ha fornito i propri chiarimenti che sono stati prontamente inoltrati all'autorità di Vigilanza lavori pubblici...”*.

Ciò premesso, il RUP ha affermato che: *“da un'attenta analisi, previa acquisizione del fascicolo presso la centrale unica di committenza, si sono riscontrati, effettivamente, elementi analoghi tra l'impresa Colozza Costruzioni Srl ... prima classificata e l'impresa Bidiemme Costruzioni Srl ... seconda classificata, in particolare: la proposta tecnica presenta 49 nuovi prezzi di cui n. 45 identici in descrizione e numerazione; le tavole che compongono l'offerta hanno in comune le immagini; particolari costruttivi, schede tecniche e*

*rappresentazione grafica; nonché il posizionamento dei singoli elementi di arredo offerti, anche la parte che concerne i sotto servizi e le opere minori nonché la pavimentazione nella proposta migliorativa risultano coincidenti?*

3. Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente ha formulato le seguenti contestazioni:

- “la circostanza che le offerte migliorative delle ditte Colozza e Bidiemme tra le quali, per inciso, non vi è alcuna benché minima forma di collegamento, né rapporto, abbiano alcuni elementi in comune ... non integra la sussistenza di quegli “indizi gravi, precisi e concordanti” dai quali poter, se del caso, dedurre la sussistenza di un unico centro decisionale cui ricondurre le due offerte” (motivo sub I.1);

- peraltro, “le eventuali similitudini descrittive ben possono essere riconducibili al fatto che entrambe le ditte hanno fatto riferimento per gli arredi ad una ditta leader del settore dell’arredo urbano e i due progetti sono stati valutati dall’unica commissione in modo sensibilmente differente” (motivo sub I.1);

- “il provvedimento è viziato da incompetenza per violazione degli artt. 31 e 77 del D.lgs. 50/2016”, dal momento che il RUP ha sostituito la propria valutazione a quella della commissione giudicatrice, “così travalicando le proprie competenze come definite dal codice dei contratti pubblici agli artt. 31 e 77” (motivo sub I.2);

- la “valutazione del RUP non avrebbe potuto prescindere dall’avvio di un procedimento in contraddittorio” (motivo sub I.3);

- “dalla illegittima esclusione dalla gara della odierna ricorrente ... consegue, in via derivata, l’illegittimità anche della determinazione n. 51/2019 di aggiudicazione definitiva in favore della ditta ADR costruzioni” (motivo sub II).

4. Si sono costituite in giudizio l’amministrazione comunale, l’Anac e la ditta aggiudicataria per resistere al ricorso.

5. Con ordinanza n. 164/2019 questo TAR ha rigettato la domanda cautelare, nel presupposto che “*dall’esame incrociato delle offerte presentate dalla ricorrente e da altra ditta concorrente emergono elementi contenutistici ed aspetti grafici assolutamente identici ...*

*tali elementi di sostanziale identità rilevano quali indici oggettivi della riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale e della conseguente violazione dei principi di segretezza ed autonomia delle offerte”.*

6. Nella pubblica udienza del 29.01.2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Il ricorso è infondato.

7.1. L'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. 50/2016 stabilisce che deve essere escluso dalla partecipazione alla procedura di gara l'operatore economico che “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”.

Dalla piana interpretazione della norma si evince che *“fra le cause di esclusione dalle gare pubbliche, devono essere ricomprese, oltre alle ipotesi previste dall'art. 2359 c.c., anche quelle non codificate di collegamento sostanziale le quali, attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla selezione ad un unico centro decisionale, causano o possono causare la vanificazione dei principi generali in tema di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione, risultando ininfluyente che la rilevanza del collegamento sia stata o meno esplicitata nel bando di gara”* (T.A.R. Napoli, Sez. V, 03/01/2019 n. 27).

Nel concreto caso di specie, è circostanza oggettiva e non contestata che tra le offerte presentate dalla ricorrente e dalla ditta seconda classificata nella graduatoria di gara sussistono molteplici similitudini, che riguardano non soltanto il ribasso sui prezzi, ma anche i contenuti tecnici e la veste grafica, al punto che sono ravvisabili i medesimi errori di battitura.

I predetti elementi in comune non sono stati giustificati dalla ricorrente in modo plausibile, dal momento che a fronte della spiegazione secondo cui alcune similitudini descrittive sarebbero da imputare al fatto che entrambe le ditte “hanno fatto riferimento per gli arredi ad una ditta leader nel settore” (cfr. pag. 10 del ricorso), resta il fatto che gli aspetti di immediata sovrapposibilità (o meglio, di assoluta identità) tra le offerte sono molteplici e concordanti, essendo

riscontrabile la coincidenza di 45 prezzi su 49, l'utilizzo delle stesse immagini, il riferimento ai medesimi particolari costruttivi, oltre che agli stessi arredi. D'altronde la invocata giustificazione del riferimento ad una ditta leader nel settore non è poi confermata da una circostanziata indicazione delle modalità attraverso cui tale riferimento avrebbe comportato la sostanziale uguaglianza dell'offerta delle due partecipanti.

L'oggettiva convergenza di tali riscontri istruttori nel senso della unicità del centro di imputazione delle opzioni partecipative sottese alle offerte vale a dimostrare la lesione dell'interesse alla segretezza ed autonomia dei relativi contenuti, con conseguente violazione del principio di concorrenzialità.

7.2. Parimenti infondata è la censura con cui la ricorrente ha lamentato la mancata comunicazione di avvio del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria: *“nel caso di annullamento o revoca di una aggiudicazione provvisoria, la stazione appaltante non è obbligata a comunicare all'impresa aggiudicataria provvisoria l'avvio del procedimento di autotutela, atteso che l'aggiudicazione provvisoria è atto endo-procedimentale, che s'inserisce nella procedura comparativa come momento necessario ma non decisivo”* (T.A.R. Catania, Sez. I, 20/02/2017 n. 355).

7.3. Né miglior sorte ha la doglianza relativa all'incompetenza del RUP rispetto all'adozione del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura concorsuale, dal momento che la giurisprudenza pronunciata in materia ha più volte ribadito che il ruolo di garanzia attribuito al RUP implica necessariamente il potere di provvedere all'esclusione dei concorrenti nei casi tassativamente previsti dal legislatore a tutela degli interessi della stazione appaltante: *“tale conclusione, del resto, reperisce il proprio ineludibile riscontro nell'indirizzo stabilmente assunto dal Consiglio di Stato, il quale, riguardo ad una questione analoga a quella ora in esame, ha invero ritenuto che "la doglianza con la quale l'appellante sostiene che il responsabile del procedimento non è competente in ordine all'esclusione delle partecipanti alla gara deve essere respinta essendo la tesi sostenuta in contrasto con orientamento pacifico del Consiglio di Stato (Sezione Quinta, 6 maggio 2015, n. 2274, 21 novembre 2014, n. 5760) che il Collegio condivide e al quale fa riferimento ai sensi dell'art. 74 del codice del processo amministrativo" (Cons. Stato, Sez. III, n. 2983 del 2017).*

*Senza ancora considerare come proprio l'attribuzione al RUP delle competenze afferenti all'adozione dei provvedimenti di esclusione trovi piena corrispondenza nel particolare ruolo attribuito a tale figura, nel contesto della gara, e alle funzioni di garanzia e di controllo che ad esso sono intestate (cfr. Cons. Stato, Comm. spec., 25 settembre 2017, n. 2040), anche in ragione dei tempi e delle modalità della sua preposizione, che è sempre anteposta (anche logicamente) all'avvio della procedura di affidamento (art. 32, comma 1), così da collocarlo in una posizione di originaria terzietà e separazione nel corso dell'intero ciclo dell'appalto (condizione che si rileva sia rispetto agli organi deputati allo svolgimento delle valutazioni tecniche - costituiti invece solo "dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte", ai sensi dell'art. 77, comma 7, D. Lgs. n. 50 del 2016, sia riguardo all'organizzazione della stazione appaltante, quanto meno fino alla formulazione, da parte del RUP, della proposta di aggiudicazione "soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti" - art. 33, 1° comma)" (T.A.R. Trieste, Sez. I, 29/10/2019 n. 450).*

8. Le spese seguono la soccombenza nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente alla rifusione della spese di lite in favore del Comune di Rionero Sannitico, di A.D.R. Costruzioni s.r.l. e dell'A.N.A.C. nella misura di € 1.500,00 per ciascuna parte, oltre iva e c.p.a.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Rita Luce, Primo Referendario

Silvio Giancaspro, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Silvio Giancaspro**

**IL PRESIDENTE**  
**Silvio Ignazio Silvestri**

IL SEGRETARIO