

Publicato il 16/03/2022

N. 00190/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00809/2021 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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 809 del 2021, proposto da Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Pietro Ferraris, Enzo Robaldo, Francesco Caliandro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Enzo Robaldo in Milano, piazza E. Duse, 4;

contro

Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sardegna - Cagliari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Cagliari, domiciliataria in Cagliari, via Dante, 23;

nei confronti

Lithos S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Benedetto Ballero, Francesco Ballero, Simone Ballero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

- del decreto n. 283 del 14 settembre 2021, comunicato alla ricorrente in data 16 settembre 2021, con cui il Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sardegna ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore del R.T.I. capeggiato da Lithos S.r.l. della procedura aperta per l'affidamento del “Servizio di monitoraggio ambientale durante e post operam - condizioni ambientali A8 (acqua, aria, suolo, costa, pocket beach) CO e PO” per l’“Appalto per la progettazione definitiva ed esecutiva sulla base del progetto preliminare e per la realizzazione dei lavori per il prolungamento dell'Antemurale di Ponente e della Resecuzione della banchina Alti Fondali del Porto Civico di Porto Torres. CIG 5630866220 - CUP B21G11000040001 - Programmazione Attuativa Regionale FSC 2007/2013. Linea di azione 6.1.2.A.1 Adeguamento delle infrastrutture portuali di rilievo nazionale. HUB portuale di Porto Torres”, procedura con codice CIG 869803016D;

- ove occorrer possa, della nota di comunicazione del predetto provvedimento trasmessa in data 16 settembre 2021 alla ricorrente;

- ove occorrer possa, dei verbali di gara e del provvedimento di aggiudicazione provvisoria/proposta di aggiudicazione;

- di ogni altro atto antecedente, conseguente o, comunque, connesso con l'atto impugnato, ivi compreso il contratto di appalto eventualmente stipulato dalla resistente con altro operatore economico;

nonché per la declaratoria

ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 cod. proc. amm., dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato con altro operatore economico;

nonché per la condanna

ai sensi e per gli effetti degli articoli 30, 121, 122 e 124 del cod. proc. amm., al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica ed il subentro nel contratto d'appalto, e, in

subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sardegna - Cagliari e di Lithos S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2022 il dott. Gabriele Serra 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 ricorrente ha esposto di aver partecipato alla procedura aperta avente ad oggetto l'esecuzione di servizi di monitoraggio ambientale previsti dall'articolo 28 del D.Lgs. n. 152/2006 con riferimento all'appalto per la progettazione e per la realizzazione dei lavori per il prolungamento "*dell'Antemurale di Ponente e della Rescazione della banchina Alti Fondali del Porto Civico di Porto Torres*", ed in particolare fissati nel Piano di Monitoraggio Ambientale (PMA) adottato con riferimento al predetto appalto; procedura da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendo punti 80 per gli aspetti qualitativi e punti 20 per il prezzo.

All'esito della procedura, il R.T.I. capeggiato dalla controinteressata Lithos S.r.l. si è classificato primo con il punteggio complessivo di 85,0375 (69,0152 per l'offerta tecnica + 16,0224 per l'offerta economica), mentre il R.T.I. guidato dalla ricorrente si è classificato secondo con il punteggio complessivo di 82,6916 (65,0437 per l'offerta tecnica + 17,6478 per l'offerta economica); al primo dunque veniva aggiudicato il servizio.

2. Avverso l'aggiudicazione l'odierna ricorrente ha proposto ricorso, deducendo:

- I *Violazione e falsa applicazione di legge (articoli 24, 42, 67, 77, 80, 83, 94, 95 del D. Lgs. n. 50/2016; articolo 7 D.P.R. n. 62/2013, articolo 75 del D.P.R. n.*

445/2000; articoli 1, 3, 6, 10, 11, 21-octies della L. n. 241/1990; articolo 97 della Costituzione) – *Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara - Violazione dei principi generali in materia di evidenza pubblica e scelta del contraente - Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, perplessità, travisamento dei fatti, omessa e insufficiente motivazione e istruttoria, irragionevolezza e illogicità manifesta, disparità di trattamento, violazione delle Linee Guida n. 15 dell'ANAC.*

Con il motivo di ricorso, la ricorrente ha dedotto che l'odierna controinteressata ha collaborato (con altra impresa) alla redazione del progetto esecutivo del Piano di Monitoraggio Ambientale posto a base di gara, in particolare ai seguenti documenti: il “1. PMA Esecutivo (Ottobre 2018)”, il “2. PMA - Strumentazione tecnica di monitoraggio”, il documento denominato “10. 2018.11.15 - Risposta al parere ARPAS”, nonché, come emerge dal documento “PMA – Strumentazione tecnica di monitoraggio”, dai quali si evince che Lithos S.r.l., oltre ad aver redatto i predetti fondamentali atti, ha anche eseguito, tra i mesi di febbraio e giugno 2019, le attività di monitoraggio ambientale per la fase c.d. “*Ante Operam*”.

Tali circostanze non sono state dichiarate da Lithos, avendo la stessa dichiarato l'insussistenza di un potenziale conflitto d'interessi, nonché risposto “no” alla seguente domanda specifica del DGUR: “*l'operatore economico o un'impresa a lui collegata ha fornito consulenza all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore o ha altrimenti partecipato alla preparazione della procedura d'aggiudicazione (articolo 80, comma 5, lett. e) del Codice?*”.

Perciò, secondo la ricorrente, la controinteressata deve essere esclusa dalla gara a causa dell'evidente conflitto di interesse in cui versava, sia in ragione della gravità del predetto conflitto, sia in ragione del fatto che l'omessa segnalazione dello stesso all'atto della partecipazione ha reso il predetto conflitto di interessi noto soltanto a seguito dell'aggiudicazione, e quindi “*non altrimenti risolvibile*”.

3. Si sono costituite in giudizio l'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sardegna e la controinteressata Lithos che hanno entrambe richiesto il rigetto

del ricorso siccome infondato, evidenziando che:

- nell'anno 2014 l'Autorità Portuale aveva aggiudicato alla Sales S.p.A. l'appalto integrato sul progetto preliminare (cd. complesso) per la progettazione definitiva, esecutiva e l'esecuzione dei lavori per la realizzazione dell'Antemurale di Ponente e la resecazione della Banchina Alti Fondali presso il Porto Civico di Porto Torres;

- la Lithos aveva ricevuto dalla Sales S.p.A. - e non già dalla Stazione Appaltante - l'incarico per la consulenza e l'esecuzione di parte del monitoraggio *ante operam* dell'intervento, insieme ad altre consulenti;

- il progetto del servizio di monitoraggio posto a base della gara oggetto del presente ricorso è stato redatto esclusivamente dall'Autorità ed è relativo a servizi nuovi e del tutto distinti rispetto a quanto oggetto dell'apporto di Lithos nell'ambito del rapporto contrattuale con Sales, essendo servizi di monitoraggio in corso d'opera e *post operam* ben diversi dal monitoraggio *ante operam* e i documenti citati in ricorso non hanno valenza progettuale, ma solo informativa in favore di tutti i concorrenti, così peraltro azzerando una possibile asimmetria informativa a monte;

- peraltro Lithos, nell'offerta tecnica ha dichiarato di aver eseguito il monitoraggio *ante operam* tra i servizi analoghi richiesti quale requisito di capacità tecnica per la partecipazione.

4. All'udienza pubblica del 2 marzo 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

6. In fatto, è pacifico in causa che i documenti che la controinteressata ha provveduto a redigere, peraltro quale consulente dell'aggiudicataria Sales e non in rapporto con l'amministrazione, alla quale sono stati trasmessi dalla prima, sono documenti tecnici relativi alla precedente procedura riferita ai servizi di monitoraggio *ante operam* relativi ai lavori prolungamento "dell'Antemurale di Ponente e della Reseazione della banchina Alti Fondali del Porto

Civico di Porto Torres”, laddove la gara oggi in esame ha ad oggetto i servizi di monitoraggio per le fasi in corso d'opera e *post operam*.

6.1. Emerge subito allora come non si verta nella situazione delineata dall'art. 42 del Codice dei Contratti richiamato da parte ricorrente, il quale oggi definisce il conflitto di interessi “*quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione*”.

Nel caso di specie, non emerge una situazione in cui il personale della stazione appaltante potesse influenzare il risultato della procedura di aggiudicazione né risulta l'interesse che a tal fine avrebbe avuto; elementi questi richiesti dalla norma per l'integrazione della fattispecie in discorso.

Invero, non è pertinente al caso che occupa la giurisprudenza richiamata dalla ricorrente, essendo appena sufficiente rilevare la totale diversità di presupposti anche per evidenziare l'insussistenza di una situazione di conflitto di interessi nel caso che occupa.

Esemplificativamente, nel caso esaminato dalla citata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. II, 20 agosto 2020, n. 5151, il conflitto di interessi era riferito al rapporto di affinità intercorrente tra il presidente del CDA della società capogruppo del costituendo RTI aggiudicatario, ed il direttore della struttura complessa Servizi di supporto alla persona dell'A.O. Universitaria, stazione appaltante, che era l'autore del progetto di gara e in un dato periodo era stato dipendente della stessa società capogruppo.

Evidenti dunque gli elementi di distonia col caso che occupa, nel quale:

- non vi è alcun rapporto tra la controinteressata e la stazione appaltante, posto che la prima aveva avuto solo rapporti di consulenza con una altra

società privata aggiudicataria di altra procedura di gara, seppur in qualche misura connessa con quella odierna;

- tantomeno il rapporto, peraltro indiretto, evidenziato si appalesa di natura personale tra soggetti della controinteressata e soggetti della stazione appaltante;

- nessun soggetto della controinteressata ha redatto il progetto a base di gara, bensì unicamente ha predisposto documentazione tecnica riferita al precedente e diverso servizio di monitoraggio *ante operam*, nell'ambito di un rapporto privatistico di consulenza con il precedente aggiudicatario.

6.2. Ancor di più, si evidenzia come la giurisprudenza abbia ben chiarito che il conflitto di interessi si configura con un partecipante alla gara in relazione alla posizione del personale della stazione appaltante ed infatti gli obblighi di cui all'art. 42 del Codice dei Contratti sono ad essi riferiti, non già all'operatore economico.

In altre parole, è necessario che risultino provati *“gli elementi indiziari dai quali è possibile ricavare, in via presuntiva, il conflitto di interessi, ovvero: a) l'esistenza di un interesse personale del funzionario e della ditta concorrente in gara; b) il ruolo che il primo rivestiva nella procedura di gara e che gli avrebbe potuto consentire di “intervenire” o di “influenzare” il risultato, per le informazioni privilegiate che egli aveva a disposizione e che avrebbe potuto trasferire all'impresa concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 6150/2019; id., sez. V, n. 3048/2020, nonché Cons. Stato, parere 5 marzo 2019, n. 667)”* (ancora Consiglio di Stato, Sez. II, n. 5151/2020 cit.).

Come si vede, tali elementi si focalizzano sulla posizione del funzionario della stazione appaltante, di cui deve essere provato l'interesse personale nella gara e il ruolo nella procedura che gli consentirebbe di influenzarla; tali elementi non sono neppure allegati dalla ricorrente nel caso che occupa, non essendo menzionato alcun funzionario dell'ente resistente che si sarebbe trovato nella posizione tale da integrare i citati elementi costitutivi del conflitto di interessi.

6.3. Tanto è vero, che l'art. 80 comma 5, lett. d) del Codice conduce ad una valutazione di segno contrario rispetto a quanto affermato dalla ricorrente,

poiché il fatto che la norma preveda come *extrema ratio* che sia l'operatore economico a sopportare le conseguenze del conflitto con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto e perciò, nel caso, che venga annullata l'aggiudicazione in suo favore disposta, dimostra proprio come la situazione di conflitto si radichi in capo ad uno specifico funzionario della stazione appaltante. Invero, la possibilità di risolvere a monte il conflitto sta proprio nella possibilità di sostituire il funzionario in situazione di conflitto d'interessi, così consentendo all'operatore economico di partecipare comunque alla gara. A seguire la tesi della ricorrente, nel caso di specie, l'unica soluzione possibile sarebbe stata, *ab origine*, che la controinteressata non partecipasse alla procedura, non essendo individuato dalla ricorrente il funzionario incompatibile da eventualmente rimuovere; il che, evidentemente, è del tutto estraneo alla logica del conflitto di interessi.

7. Chiarita dunque la mancanza del requisito soggettivo del conflitto di interessi, è anche sul piano oggettivo che si coglie la non divisibilità della prospettiva attorea.

Invero, il progetto del servizio di monitoraggio posto a base della gara oggetto del presente ricorso risulta redatto esclusivamente dall'Autorità ed è relativo a servizi nuovi e del tutto distinti rispetto a quanto oggetto dell'apporto di Lithos nell'ambito del rapporto contrattuale con Sales, riguardando i servizi di monitoraggio in corso d'opera e post operam ben diversi dal monitoraggio ante operam.

I documenti alla cui redazione ha partecipato la controinteressata non costituiscono pertanto gli atti della gara per cui è causa, ma sono stati ritenuti elementi di conoscenza utili ai concorrenti per predisporre le offerte; ciò non può integrare una situazione di conflitto di interessi neppure potenziale da segnalare.

Essi sono infatti, come controdedotto dalla parte resistente, unicamente documenti tecnici riferiti ad attività di consulenza svolta dalla ricorrente in favore dell'aggiudicataria del precedente e diverso servizio di monitoraggio

ante operam, laddove la gara in esame ha ad oggetto il servizio di monitoraggio in corso d'opera e *post operam*; perciò, pur se riguardanti la medesima opera pubblica, riguardano una diversa fase nella quale il servizio di monitoraggio deve essere svolto.

In altre parole, la controinteressata non ha provveduto a redigere un atto della procedura di gara a cui ha partecipato ma ha redatto, nella sua qualità peraltro di consulente non dell'amministrazione ma della Sales, aggiudicataria della gara per il monitoraggio *ante operam*, documentazione riguardante tale precedente procedura che costituisce, nella nuova gara, unicamente un supporto informativo in favore dei partecipanti, perché consente di conoscere integralmente anche l'attività precedentemente svolta (peraltro dalla Sales).

7.1. Ma che tali documenti non determinino un conflitto di interessi emerge dalla stessa prospettazione della ricorrente, che afferma infatti che *“è del tutto presumibile che la conoscenza privilegiata del predetto piano posto a base di gara (e di tutta la documentazione a suo tempo esaminata e vagliata insieme al personale della stazione appaltante per la sua elaborazione e per lo svolgimento delle attività ante operam) abbia potuto significativamente influenzare il risultato della gara, visto che il R.T.I. Lithos S.r.l. non soltanto ha conseguito il più elevato punteggio tecnico (per il quale era prevista l'attribuzione massima di 80 punti sui 100 complessivi), ma ha anche presentato un'offerta economica assolutamente competitiva”* (pag. 15 ricorso).

Ciò che assumerebbe rilevanza nel presente giudizio è dunque, in realtà, nella stessa prospettazione della ricorrente, il vantaggio competitivo che avrebbe avuto la controinteressata, per la conoscenza di informazioni possedute, che avrebbe determinato, ma erroneamente per le ragioni giuridiche già illustrate, una *“influenza”* sul risultato della gara.

8. Peraltro ad escludere la possibile fondatezza del ricorso è proprio la circostanza che tali documenti, pur se relativi ad altra gara, sono stati allegati agli atti della procedura ad evidenza pubblica per cui è causa, in quanto di possibile interesse per i concorrenti, sicché tutti i concorrenti hanno potuto

esaminarli e conoscere le informazioni relative al servizio di monitoraggio svolto nella precedente fase *ante operam*.

8.1. Sul punto, anche dunque a voler ritenere che la controinteressata “*abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto*” (art. 67, comma 1 Codice dei Contratti), l'aver allegato sin dal bando di gara tutta la documentazione redatta dalla stessa controinteressata, anche se in relazione ad altra e diversa gara d'appalto e quale consulente dell'allora aggiudicataria, integra l'adempimento richiesto dal medesimo art. 67 cit., per cui “*l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso*”.

Quando anche tali documenti possano essere considerati rilevanti ai sensi dell'art. 67, comma 1, Codice dei Contratti dunque, il fatto che gli stessi siano stati messi a disposizione di tutti gli offerenti *ab origine*, conduce perciò a ritenere che in tal modo si sia garantito il rispetto del principio di parità di trattamento, non dovendosi perciò ricorrere alla *extrema ratio* dell'esclusione del concorrente (art. 67, comma 2 Codice dei Contratti).

8.2. Che tale modus operandi costituisca “*misura adeguata*” a garantire la concorrenza sembra invero direttamente riconducibile al disposto di cui al secondo periodo dello stesso comma primo dell'art. 67, per cui “*la comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte costituisce minima misura adeguata*”.

8.3. D'altronde, la ricorrente si è concentrata sulla posizione soggettiva di ritenuto conflitto di interessi della controinteressata, mentre non ha allegato né ha provato in che modo si sarebbe realizzata l'alterazione della concorrenza nel caso di specie, né tantomeno ha argomentato in merito all'insufficienza, in ordine al rispetto della parità di trattamento, della misura di previa comunicazione a tutti i partecipanti, mediante pubblicazione sin

dall'avvio della procedura, della documentazione alla cui redazione aveva partecipato la controinteressata.

Sul punto, appare allora pertinente la giurisprudenza richiamata dalla parte controinteressata e ritenuta irrilevante dalla ricorrente, perché, se è pur vero che essa è riferita ad una fattispecie di documentazione acquisita in sede di consultazione preliminare di mercato, nondimeno la disciplina è, come visto, riferita anche e più in generale all'ipotesi in cui l'impresa *“abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto”*; e d'altronde, nel caso di specie, ciò è, a tutto voler concedere, l'unica fattispecie in cui può essere ascritta la situazione della controinteressata, essendosi già rigettata l'ipotesi, allegata dalla ricorrente, di un conflitto di interessi *ex art. 42 Codice dei Contratti*.

Ma se così è, tale condivisibile giurisprudenza ha chiarito, in primo luogo, che non è sufficiente un motivo di ricorso che si limiti a rilevare la circostanza della partecipazione alla preparazione di atti di gara; inoltre, ha ben evidenziato il *“carattere scalare delle misure previste, avendo il legislatore espressamente rimarcato che la condivisione delle informazioni “riservate”, ottenute a seguito del coinvolgimento nella fase preparatoria della gara, costituisce la “minima misura adeguata” (comma 1 dell'art. 67) per riequilibrare la situazione. <<Si conferma in tal guisa che la sanzione escludente rappresenta l'extrema ratio, dovendo l'amministrazione aggiudicatrice valutare l'adozione di “misure adeguate ... prima di provvedere alla loro (dei concorrenti che hanno partecipato a fasi preliminari; ndr) esclusione”, previo accertamento che “la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile” (art. 80, comma 5, lett. d) ed e.>> (I.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 20 aprile 2020, n. 98). Sicché la ricorrente, per dimostrare che l'aggiudicataria doveva essere esclusa, avrebbe dovuto dimostrare l'illegittimità dell'omessa esclusione (...)”* e che, comunque, *“l'omissione – da parte della stazione appaltante – dell'adozione delle misure minime atte ad evitare la distorsione della concorrenza non può determinare l'automatica esclusione della società che ha partecipato alla fase preliminare. Non è infatti imputabile all'operatore economico*

l'eventuale effetto distorsivo della concorrenza derivante da scelte errate della stazione appaltante, non potendosi imputare all'operatore economico l'eventuale effetto distorsivo della concorrenza a titolo di responsabilità oggettiva' (T.A.R. Molise, Sez. I, 3 febbraio 2021, n. 31).

Anche sotto questo profilo il ricorso non può dunque trovare accoglimento.

9. In conclusione, il ricorso deve essere rigettato siccome infondato.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la ricorrente alla rifusione, in favore dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sardegna e della controinteressata Lithos S.r.l., delle spese del giudizio, che liquida, per ciascuna, in euro 2.000,00, oltre spese generali ed accessori come per legge.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Tito Aru, Consigliere

Gabriele Serra, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Gabriele Serra

IL PRESIDENTE
Dante D'Alessio

IL SEGRETARIO

