

Al di fuori di determinate ipotesi (per le quali opera una presunzione assoluta di collegamento), l'ente aggiudicatore deve essere vigile nell'accertare che fra i concorrenti non vi siano situazioni di intreccio, tali da consentire la reciproca conoscibilità delle offerte e dunque, di interferire sull'andamento della gara: nel caso di imprese individuali occorre fare applicazione dell'istituto della presunzione semplice (art. 2729 c.c.), che si fonda su indizi gravi, precisi e concordanti, che non possono essere ignorati, allorché la loro compresenza evidenzia (sebbene manchi l'acclarata situazione di controllo), coincidenze oggettivamente (quanto meno) sospette, sulla base di mere deduzioni logiche

In tema di collegamento fra imprese, merita di essere sottolineato quanto riportato dal Consiglio di Stato nella decisione numero 1328 del 20 marzo 2007:

< la ratio dell'art. 10 comma 1 bis L.109/94 (in forza del quale non possono partecipare le imprese che si trovino in una delle situazioni di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.) risiede nell'evitare il turbamento nello svolgimento della gara, derivante da situazioni di influenza dominante tra più imprese, che possano incidere sulle offerte delle concorrenti, sulla loro media, e sulla conseguente soglia di anomalia, con connessa violazione dei principi di segretezza dell'offerta, della par condicio e della trasparenza; ma tale divieto di partecipazione (che determina la esclusione) non si applica soltanto alle società, in quanto il rispetto dei fondamentali principi della par condicio e della segretezza delle offerte, posti a garanzia della regolarità della procedura concorsuale, nell'interesse sia della pubblica amministrazione che dei partecipanti, postula necessariamente che fra i concorrenti ad una gara non venga in rilievo una relazione idonea a consentire un flusso formativo (delle offerte), e informativo in merito alla fissazione dell'offerta, ovvero agli elementi valutativi ad essa sottostanti, quale che sia la configurazione soggettiva con la quale le imprese partecipano alla gara.

La giurisprudenza ha del resto da tempo chiarito che l'art. 10 comma 1 bis si riferisce, già letteralmente, non alle sole società, ma alle imprese tutte, intese quali potenziali partecipanti, seppure richiamando l'art. 2359 c.c., ai fini della individuazione del controllo o collegamento.>

Qual è allora il compito dell'amministrazione?

< Si tratta quindi di accertare di volta in volta con riguardo alle concrete modalità di svolgimento della gara, la sussistenza di tali elementi, tenendo presente il bene giuridico protetto dalla norma che deve essere individuato nella sostanziale correttezza della serie procedimentale finalizzata alla scelta del contraente>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6014 del 2005, proposto dalla società **. S.A.S. di ** GIUSEPPE E CO., con sede in Casapesenna (CE) (P. IVA 02433580616), in persona del legale rappresentante in carica, Sig. Giuseppe **, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Cesare Romano Carello e Vittorio Bogni, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, Via Silvio Pellico 24;

contro

l'Impresa edile Dr. FRANCESCO **, 2;

e nei confronti della

la società ** S.p.A.,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Sezione II, 4678/2005 del 14 ottobre 2005 (dispositivo n. 47/2005), resa tra le parti, concernente pubblico incanto per l'esecuzione di lavori di manutenzione e nuovi allacciamenti reti ed impianti idrici;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Impresa edile dr. Francesco ** e della ** S.p.A.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 17 ottobre 2006, il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani; uditi!Fine dell'espressione imprevista, altresì, gli Avv.ti G. Pellegrino per delega P. Quinto e Fiorella Meschini Grassi per delega Stefano Grassi;

Publicato, in data 6 novembre 2006, il dispositivo n. 526/2006 emesso nella camera di consiglio del 17 ottobre 2006;

!Fine dell'espressione imprevista Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. Con sentenza n. 4678/2005, preceduta da pubblicazione del dispositivo n. 47/2005, la Sezione II del Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana ha accolto il ricorso (n. 2208/2204 r.r. TAR Toscana) proposto dall' Impresa Edile Dr. Francesco **, in persona del suo titolare, per l'annullamento del verbale di riapertura della II^ seduta del 13 luglio 2004 della gara per l'aggiudicazione - con il metodo del pubblico incanto, ai sensi dell'art. 21, comma 1 lett. a) della L. 11 febbraio 1994 n. 109 - dei lavori di manutenzione, estensione e nuovi allacciamenti delle reti e degli impianti idrici nel territorio dei comuni di Prato, Carmignano e Poggio a Caiano per un importo a base d'asta di € 3.432.000,00 (tremilioniquattrocentotrentaduemila/00), di cui € 182.000,00 (centoottantaduemila/00) per oneri di sicurezza non soggetta a ribasso, al quale la ricorrente aveva partecipato.

Nell'anzidetta seduta la Commissione aveva disposto l'esclusione dalla gara della ricorrente medesima e dell'Impresa edile **, per la riscontrata presenza di elementi (specificamente enunciati) "idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate, in modo da far presumere una forma di collegamento sostanziale tra le imprese riconducibile ad unico centro di interessi" e riformulava, nella stessa seduta, la media delle restanti offerte, dichiarando aggiudicataria provvisoria l'impresa *. s.a.s..

Il ricorso era stato proposto avverso l'esclusione dalla gara ed avverso l'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata, con richiesta di risarcimento del danno.

Il giudice di primo grado, disattese le eccezioni pregiudiziali della controinteressata e della stazione appaltante, ha ritenuto fondate le censure relative alla mancata acquisizione della prova (gravante sulla stazione appaltante) che fra "le due società" escluse ci fosse un accordo specifico od almeno una prassi gestionale tali da configurare che le stesse fossero soggette ad un comune centro decisionale.

La domanda di risarcimento del danno (su cui non vi è pronuncia esplicita) è stata tuttavia accolta, nella forma ripristinatoria dell'interesse leso, mediante la riammissione dell'impresa ricorrente alla procedura.

2. Immediatamente avverso il dispositivo e, successivamente, avverso la sentenza sopra meglio specificata (con motivi aggiunti) ha proposto appello la Soc. CO.GE.FO. s.a.s. di Giuseppe ** & co., in persona del legale rappresentante in carica, Sig. Giuseppe **, che ripropone le ragioni di irricevibilità-inammissibilità del ricorso di primo grado e, nel merito, l'erroneità della decisione impugnata nella parte in cui, dissertando sui principi posti a base dell'esclusione, ha ritenuto, che gli stessi non fossero stati correttamente applicati dal giudice di primo grado. Al contrario, gli elementi indicati nel provvedimento di esclusione corrisponderebbero a quelle situazioni di controllo e collegamento, che dovrebbero essere rapportati alla situazione di imprese individuali, quali erano, nella specie le imprese ** e Luperti (particolare, questo, del tutto ignorato nella sentenza impugnata ed anzi del tutto travisato dal momento che la sentenza tratta la materia alla stregua del modello indicato dal codice civile per individuare i momenti del collegamento sanzionato).

In definitiva, la sentenza andrebbe riformata con la declaratoria di inammissibilità/irricevibilità in rito ovvero con la reiezione del ricorso proposto in primo grado.

Sulla medesima linea è il ricorso incidentale notificato il data 30 novembre 2005 dalla ** s.p.a. con il quale, autonomamente, la sentenza è gravata, per motivi coincidenti con quelli dedotti dalla appellante principale.

3. Costituitasi l'impresa ** per resistere all'impugnazione, la causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 17 ottobre 2006 e trattenuta in decisione.

D I R I T T O

1. I due appelli (quello principale e quello incidentale) ripropongono, in forma impugnatoria, eccezioni di rito proposte in primo grado e disattese con la sentenza appellata.

Parte resistente oppone eccezioni di inammissibilità (per la genericità dei motivi) dai quali si può prescindere essendo, con ogni evidenza, entrambi gli appelli, manifestamente infondati, per questi pregiudiziali aspetti della controversia.

Ed invero:

- con la deroga alla regola del dimezzamento dei termini prevista dall'art. 4 comma 2 legge n. 205 del 2000, per la proposizione del ricorso introduttivo del giudizio nelle controversie di cui all'art. 23 bis della L. n. 1034 del 1971, è risolta in radice la questione relativa alla tempestività dell'impugnazione proposta nel termine ordinario di 60 giorni dalla conoscenza del provvedimento

lesivo, che nella specie non vi è prova che si sia verificata anteriormente alla conoscenza del verbale direttamente impugnato;

- sotto differente profilo, deve essere rilevato che non occorrono formule sacramentali per definire il contenuto impugnatorio e l'oggetto del giudizio amministrativo; pertanto, nel caso di specie, il giudice di primo grado ha correttamente desunto, dalla enunciata impugnazione del verbale in cui sono consacrate e, formalmente, racchiuse le determinazioni della commissione, sul punto della esclusione dalla gara e della aggiudicazione provvisoria, nonché dalla articolazione dei motivi di impugnazione, che vedono direttamente incisa l'esclusione e soltanto in via riflessa l'avvenuta aggiudicazione alla controinteressata (per via riformulazione delle medie), l'oggetto del ricorso;

- corretta è la regola secondo cui, per il deposito del ricorso, opera il dimezzamento dei termini, ma di esso deve farsi corretta applicazione, individuando il dies a quo in quello in cui è avvenuta la consegna (reale o legale) dell'atto al destinatario e, nel caso di pluralità di destinatari, in cui si è perfezionata l'ultima notificazione, anche nelle ipotesi in cui è stata fatta richiesta di notificazione a mezzo del servizio postale; sul punto è talmente esplicita ed esaustiva la decisione citata dall'appellato (Cons. Stato, n. 10839 del 9 luglio 2004), corredata come è delle citazioni relative al precorso giurisprudenziale che ne sorregge le conclusioni, che non si ritiene di dovere tornare sull'argomento, fermo restando che non si profila, nel presente giudizio, alcuna questione, in ordine al rischio (di fatto esistente, in linea generale) che, nelle notificazioni effettuate per il tramite del servizio postale, nelle more della restituzione della cartolina di ricevimento, i termini per il deposito vengano inutilmente a compimento; trattasi di questione su cui deve esplicitarsi la diligenza del difensore, del tutto estranea al presente giudizio;

- l'esclusione dalla procedura con rimodulazione delle medie e la conseguenziale aggiudicazione ad altro concorrente, non richiede la notificazione dell'impugnazione (da parte del concorrente escluso) ad altri partecipanti alla procedura dei quali non può dirsi definita la posizione di controinteressati.

2. Gli appelli sono invece fondati ed ammissibili nella parte in cui sono volti a sindacare le conclusioni alle quali è pervenuta, nel merito, la sentenza impugnata.

Vale la pena di ricordare che, nel giudizio di primo grado la controinteressata e la stazione appaltante avevano veste processuale e sostanziale di resistenti. Ad essi pertanto non si può richiedere una impostazione contenutistica dell'appello corrispondente a quella che ordinariamente è richiesta al ricorrente in primo grado che sia risultato soccombente.

Invero, il contenuto critico, nei riguardi della sentenza appellata, è insito nella riproposizione dei rilievi e delle eccezioni dedotti nel primo grado del giudizio.

A prescindere da ciò, peraltro, deve considerarsi che puntuale è il rilievo dell'errore in cui è incorso il giudice di primo grado nel ritenere pedissequamente adattabile ad imprese individuali i criteri di collegamento desunti da una norma che fissa elementi presuntivi riferiti ad organismi societari, così come articolata appare, da parte degli appellanti, la ricostruzione di dati sintomatici che oggettivamente lasciano trasparire – secondo l'altrettanto puntuale ricostruzione contenuta nel verbale impugnato – la situazione di “influenza notevole” che nella specie ha condotto alla esclusione dalla gara delle due imprese individuali (** e **).

Superato tale profilo, è appena il caso di ricordare che la ratio dell'art. 10 comma 1 bis L.109/94 (in forza del quale non possono partecipare le imprese che si trovino in una delle situazioni di

controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.) risiede nell'evitare il turbamento nello svolgimento della gara, derivante da situazioni di influenza dominante tra più imprese, che possano incidere sulle offerte delle concorrenti, sulla loro media, e sulla conseguente soglia di anomalia, con connessa violazione dei principi di segretezza dell'offerta, della par condicio e della trasparenza; ma tale divieto di partecipazione (che determina la esclusione) non si applica soltanto alle società, in quanto il rispetto dei fondamentali principi della par condicio e della segretezza delle offerte, posti a garanzia della regolarità della procedura concorsuale, nell'interesse sia della pubblica amministrazione che dei partecipanti, postula necessariamente che fra i concorrenti ad una gara non venga in rilievo una relazione idonea a consentire un flusso formativo (delle offerte), e informativo in merito alla fissazione dell'offerta, ovvero agli elementi valutativi ad essa sottostanti, quale che sia la configurazione soggettiva con la quale le imprese partecipano alla gara.

La giurisprudenza ha del resto da tempo chiarito che l'art. 10 comma 1 bis si riferisce, già letteralmente, non alle sole società, ma alle imprese tutte, intese quali potenziali partecipanti, seppure richiamando l'art. 2359 c.c., ai fini della individuazione del controllo o collegamento.

Il giudice di primo grado non mette in discussione che elementi di collegamento possano rinvenirsi anche fra imprese individuali, ma gli è evidentemente sfuggito, poi, che i criteri di individuazione dei punti di collegamento non possono misurarsi con il metro della norma civilistica richiamata.

Al di fuori di determinate ipotesi (per le quali opera una presunzione assoluta di collegamento), l'ente aggiudicatore deve essere vigile nell'accertare che fra i concorrenti non vi siano situazioni di intreccio, tali da consentire la reciproca conoscibilità delle offerte e dunque, di interferire sull'andamento della gara.

Nel caso di imprese individuali occorre fare applicazione dell'istituto della presunzione semplice (art. 2729 c.c.), che si fonda su indizi gravi, precisi e concordanti, che non possono essere ignorati, allorché la loro compresenza evidenzi (sebbene manchi l'acclarata situazione di controllo), coincidenze oggettivamente (quanto meno) sospette, sulla base di mere deduzioni logiche.

E' stato osservato (Cons. Stato, Sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5196) che, diversamente operando, si farebbero recedere quelle esigenze di tutela al cui presidio le norme imperative, anti-distorsive della concorrenza, sono poste.

Si tratta quindi di accertare di volta in volta con riguardo alle concrete modalità di svolgimento della gara, la sussistenza di tali elementi, tenendo presente il bene giuridico protetto dalla norma che deve essere individuato nella sostanziale correttezza della serie procedimentale finalizzata alla scelta del contraente.

Orbene, diversamente da quanto ritenuto dal giudice di primo grado, nel caso in esame gli elementi di fatto gravi, precisi e concordanti, sono stati accertati dall'amministrazione, in concreto e sono tali da far ritenere integrata una effettiva situazione di controllo sostanziale:

Ed invero, a parte la "somiglianza" dell'offerta della Ditta ** con l'offerta presentata della Ditta ** (riscontrata dal Presidente all'atto dell'apertura della busta relativa), la Commissione, in sede di riapertura della II seduta e sulla base dell'analisi disposta dal Presidente, ha riscontrato:

- alla visura camerale, che il Sig. Angelo **, unico titolare della Ditta omonima, dal 26 febbraio 2002 era anche responsabile tecnico dell'impresa edile **;

- su "Pagine Bianche", in internet, che all'indirizzo di via Q.Mario Corrado n. 2 (sede legale della ditta **), ed al numero telefonico indicato come recapito dalla suddetta ditta, corrispondono le intestazioni alla Impresa edile ** (anziché all'impresa edile **).

A tali elementi indiziari fortemente significativi, altri se ne aggiungono di rilievo tutt'altro che formale, posto che le polizze risultano rilasciate dalla stessa Agenzia, nel medesimo giorno e firmate dallo stesso Procuratore, per importo identico, anche quanto all'arrotondamento; l'autodichiarazione dei due concorrenti è redatta con lo stesso schema e la medesima grafia, addirittura con il medesimo errore ortografico e la coincidente correzione; con identica grafia, anche se con inchiostro di colore differente, sono stati compilati i modelli A di entrambe le ditte, e via continuando, con ulteriori coincidenze relative ai dati esterni di compilazione delle buste e la loro spedizione.

Ve ne è quanto basta, dunque, per ritenere operante la presunzione di collegamento, non superabile con le giustificazioni postume addotte su ciascuno degli elementi in questione dall'appellante, che cita giurisprudenza non adattabile all'ipotesi di collegamento fra imprese individuali, per la cui sussistenza non si richiede mai l'intreccio di organi amministrativi e di rappresentanza, ma la convergenza di elementi di fatto in contrapposizione ai quali deve essere fornita dall'interessato la prova contraria della operatività della presunzione.

3. In conclusione gli appelli devono essere accolti per parte esaminata al punto 2), con la consequenziale riforma della sentenza appellata nel senso della reiezione nel merito del ricorso di primo grado.

Le spese dei due gradi del giudizio, che si liquidano in dispositivo, devono essere poste a carico dell'appellato e, separatamente in favore dell'appellante principale e di quella incidentale.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, accoglie gli appelli e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di 1° grado;

Condanna l'impresa ricorrente, in persona del suo titolare Dr. Francesco **, al pagamento in favore dell'appellante S.a.s. **. Di ** Giuseppe e Co, e della S.p.a. ** delle spese di entrambi i gradi del giudizio che si liquidano in complessivi € 12.000,00# da ripartirsi in parti uguali in ragione di €6.000,00 in favore di ciascuna delle parti sopra indicate;

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 17 Ottobre 2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA -II 20 MARZO 2007