Quali sono gli elementi per dimostrare il collegamento sostanziale fra imprese che partecipano allo stesso appalto?

E' corretto il comportamento di una Commissione che , effettuando un'analisi comparativa della documentazione amministrativa prodotta, ha ravvisato l'esistenza di un collegamento sostanziale tra tre partecipanti sia per l'uniformità dei plichi contenenti le buste, sia per l'unicità del corriere che aveva curato la spedizione, sia perché le polizze assicurative risultavano rilasciate dalla stessa compagnia assicuratrice e nello stesso giorno e in vicino ordine di successione; sia per l'uniformità di compilazione della modulistica, sia per il medesimo confezionamento della busta contenente l'offerta economica (applicando ceralacca in tre punti coincidenti ed apponendo il timbro e la firma del rappresentante dell'impresa in una posizione identica), mentre secondo il disciplinare di gara la busta contenente l'offerta economica doveva essere chiusa idoneamente in modo da assicurare l'assoluta segretezza del contenuto e controfirmata sui lembi di chiusura

Merita di essere segnalata la decisione numero 4721 del 7 settembre 2007 in tema di collegamento sostanziale

Vediamo i fatti

La Provincia ha fatto presente che le menzionate tre Ditte, sulla base della disciplina di gara erano state escluse in quanto la Commissione, effettuando un'analisi comparativa della documentazione amministrativa prodotta, aveva ravvisato l'esistenza di un collegamento sostanziale tra loro (sia per l'uniformità dei plichi contenenti le buste, sia per l'unicità del corriere che aveva curato la spedizione, sia perché le polizze assicurative risultavano rilasciate dalla stessa compagnia assicuratrice e nello stesso giorno, tutte le Ditte hanno indicato le medesime 6 lavorazioni da subappaltare, sia per l'uniformità di compilazione della modulistica, sia per il medesimo confezionamento della busta contenente l'offerta economica).

L'esclusione deriva dalle seguenti considerazioni:

< Ha quindi dedotto quanto segue:
-il collegamento sostanziale tra imprese è desumibile da elementi indiziari, come chiarito dalla giurisprudenza;
-la correttezza della gara e la reale concorrenza tra le imprese va valutato ex ante, senza attendere una lesione concreta;
-gli elementi individuati dalla Commissione conducono ad un collegamento sostanziale tra le tre ricorrenti originarie, spettando a queste eventualmente fornire prova dell'insussistenza del collegamento;>

qual è stato il parere del primo giudice?

< il TAR ha ritenuto accorgimenti atti ad impedire la violazione del principio di segretezza il contratto stipulato con la Agenzia di disbrigo pratiche in data 5.1.200, dal quale si evince che parte della documentazione è compilata dall'impresa ed inserita in busta chiusa con particolare riferimento al completamento dell'offerta con l'indicazione del ribasso percentuale sulla base asta, ma a parte la tardività della produzione di tale documentazione (come riconosce il TAR stesso) non vi è alcuna certezza in ordine alla data di stipulazione;>

quali sono i motivi del ricorso da parte dell'amministrazione ?

< uno degli argomenti fondanti il convincimento della Commissione sull'esistenza del collegamento sostanziale attiene al medesimo confezionamento della busta contenente l'offerta economica (applicando ceralacca in tre punti coincidenti ed apponendo il timbro e la firma del rappresentante dell'impresa in una posizione identica), mentre secondo il disciplinare di gara la busta contenente l'offerta economica doveva essere chiusa idoneamente in modo da assicurare l'assoluta segretezza del contenuto e controfirmata sui lembi di chiusura;

- anche con riferimento alle polizze fideiussorie sussistono elementi da cui desumere un collegamento sostanziale tra le tre imprese in quanto le polizze sono state rilasciate dalla stessa agenzia, nello stesso giorno e in vicino ordine di successione.>

il Supremo Giudice Amministrativo ritiene che:

< Gli elementi individuati dalla Commissione sono sufficienti a far desumere un collegamento sostanziale tra le tre ricorrenti originarie, anche in considerazione della specifica disciplina di gara sulla compilazione dell'offerta economica.>

ma non solo

< Né, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, possono considerarsi accorgimenti atti ad impedire la violazione del principio di segretezza delle offerte il contratto stipulato tra tali Ditte e l' Agenzia di disbrigo pratiche in data 5.1.200, dal quale si evince che parte della documentazione è compilata dall'impresa ed inserita in busta chiusa con particolare riferimento al completamento dell'offerta con l'indicazione del ribasso percentuale sulla base asta.>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA N. 4721/07 REG.DEC.
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 6016-6017-
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) 6018/2006 REG.RIC.
ha pronunciato la seguente
DECISIONE
-Sul ricorso in appello n. 6016/2006 del 10/07/2006, proposto dalla Provincia di Verona, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alessandra Rigobello e Stefano Gattamelata, con domicilio eletto in Roma, Via di Monte Fiore 22 presso il secondo;
contro
DITTA ALFA di A. Domenico & Z. Arianna S.n.c., non costituitosi;
e nei confronti di
DITTA BETA Tarcisio S.n.c. di DITTA BETA Loris e C., non costituitosi;
per la riforma
della sentenza del TAR VENETO - VENEZIA: Sezione I n. 728/2006 , resa tra le parti, concernente aggiudicazione lavori di adeguamento e prevenzione incendi presso istituto scolastico;
-Sul ricorso in appello n. 6017/2006 del 10/07/2006, proposto dalla Provincia di Verona, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alessandra Rigobello e Stefano Gattamelata, con domicilio eletto in Roma, Via di Monte Fiore 22 presso il secondo;
contro
DITTA GAMMA di C. Giancarlo, rappresentato e difeso dall'Avv. Giovanni Spataro con domicilio eletto in Roma, Viale America n. 11 presso Francesco Lilli;
e nei confronti di
DITTA BETA Tarcisio S.n.c. di DITTA BETA Loris e C., non costituitosi;
per la riforma

della sentenza del TAR VENETO - VENEZIA: Sezione I n. 727/2006, resa tra le parti, concernente aggiudicazione lavori di adeguamento e prevenzione incendi presso istituto scolastico;
-Sul ricorso in appello n. 6018/2006 del 10/07/2006, proposto dalla Provincia di Verona, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alessandra Rigobello e Stefano Gattamelata, con domicilio eletto in Roma, Via di Monte Fiore 22 presso il secondo;
contro
DITTA ZETA S.r.l., non costituitosi;
e nei confronti di
DITTA BETA Tarcisio S.n.c. di DITTA BETA Loris e C., non costituitosi;
per la riforma
della sentenza del TAR VENETO - VENEZIA: Sezione I n. 729/2006, resa tra le parti, concernente aggiudicazione lavori di adeguamento e prevenzione incendi presso istituto scolastico;
Visti gli atti di appello con i relativi allegati;
Viste le memorie difensive;
Visti gli atti tutti della causa;
Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;
Alla pubblica udienza del 27 Febbraio 2007, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, l'avvocato Cuonzo, su delega dell'avvocato Gattamelata e l'avvocato Spataro;
Visto il dispositivo di decisione n. 87/2007;
FATTO e DIRITTO
1.Con i tre appelli in epigrafe, la provincia di Verona ha chiesto la riforma delle sentenze TAR Veneto, 728/06, 727/06 e 729/06., con le quali è stato accolto il ricorso proposto, rispettivamente, da DITTA ALFA , DITTA GAMMA e DITTA ZETA avverso:
a) la nota n. 26349 del 30.3.2005, con la quale si comunica l'esclusione delle ricorrenti dalla gara e l'aggiudicazione provvisoria alla ditta DITTA BETA Tarcisio s.n.c. dei lavori di adeguamento funzionale e prevenzione incendi presso l'istituto scolastico "Minghetti" di Legnago;
b) del verbale di gara del 2.3.2005;
c) della determinazione dirigenziale n. 1643 del 31.3.2005, recante approvazione delle risultanze di gara e aggiudicazione definitiva a favore della ditta menzionata;
d) di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale, compreso l'eventuale contratto stipulato con la vincitrice.
La Provincia ha fatto presente che le menzionate tre Ditte, sulla base della disciplina di gara erano state escluse in quanto la Commissione, effettuando un'analisi comparativa della documentazione amministrativa prodotta, aveva ravvisato l'esistenza di un collegamento sostanziale tra loro (sia per l'uniformità dei plichi contenenti le buste, sia per l'unicità del corriere che aveva curato la spedizione, sia perché le polizze assicurative risultavano rilasciate dalla stessa compagnia assicuratrice e nello stesso giorno, tutte le Ditte hanno indicato le medesime 6 lavorazioni da subappaltare, sia per l'uniformità di compilazione della modulistica, sia per il medesimo confezionamento della busta contenente l'offerta economica).
Ha quindi dedotto quanto segue:
-il collegamento sostanziale tra imprese è desumibile da elementi indiziari, come chiarito dalla giurisprudenza;
-la correttezza della gara e la reale concorrenza tra le imprese va valutato ex ante, senza attendere una lesione concreta;
-gli elementi individuati dalla Commissione conducono ad un collegamento sostanziale tra le tre ricorrenti originarie, spettando a queste eventualmente fornire prova dell'insussistenza del collegamento;
-il TAR ha ritenuto accorgimenti atti ad impedire la violazione del principio di segretezza il contratto stipulato con la Agenzia di disbrigo pratiche in data 5.1.200, dal quale si evince che parte della documentazione è compilata dall'impresa ed inserita in busta chiusa con particolare

riferimento al completamento dell'offerta con l'indicazione del ribasso percentuale sulla base asta, ma a parte la tardività della produzione di tale documentazione (come riconosce il TAR stesso) non vi è alcuna certezza in ordine alla data di stipulazione;
-uno degli argomenti fondanti il convincimento della Commissione sull'esistenza del collegamento sostanziale attiene al medesimo confezionamento della busta contenente l'offerta economica (applicando ceralacca in tre punti coincidenti ed apponendo il timbro e la firma del rappresentante dell'impresa in una posizione identica), mentre secondo il disciplinare di gara la busta contenente l'offerta economica doveva essere chiusa idoneamente in modo da assicurare l'assoluta segretezza del contenuto e controfirmata sui lembi di chiusura;
- anche con riferimento alle polizze fideiussorie sussistono elementi da cui desumere un collegamento sostanziale tra le tre imprese in quanto le polizze sono state rilasciate dalla stessa agenzia, nello stesso giorno e in vicino ordine di successione.
Ha concluso chiedendo la riforma delle sentenze del TAR.
2.Si è costituita in giudizio la società DITTA GAMMA che ha chiesto il rigetto dell'appello n. 6017/2006:
Con ordinanze n. 4657, 4658 e 4659 del 20006 questa Sezione ha accolto (anche se formalmente il dispositivo della prima ordinanza è di rigetto) le istanze cautelari proposte dall'appellante.
Con memoria conclusiva, la società DITTA GAMMA ha rilevato l'inammissibilità dell' appello n.6017/2006 in quanto proposto dal Dirigente del Servizio legale della Provincia, che sarebbe privo della qualità di rappresentante legale dell'Ente in mancanza di un'espressa previsione statutaria.
A tale eccezione ha controdedotto la Provincia, richiamando il recente orientamento della Cassazione (n. 12868 e n. 13710 del 2005) che ritiene legittimo il conferimento a favore dei dirigenti della rappresentanza legale dell'Ente locale sulla base di normativa statutaria o regolamentare e nella specie l'art. 76 dello Statuto della Provincia di Verona prevede che "un Dirigente può essere incaricato dal Presidente per rappresentare la Provincia in giudizio e nei procedimenti contenziosi amministrativi", come poi avvenuto.
All'udienza del 27.2.2007, i ricorsi sono stati chiamati per la discussione e quindi trattenuti in decisione.
3.I tre ricorsi in esame possono essere riuniti ai fini di un'unica decisione, in quanto proposti per la riforma di tre sentenze della sez.I del TAR Veneto concernenti un provvedimento di esclusione dalla medesima gara di appalto e per gli stessi motivi.
4.Priva di pregio è l'eccezione di inammissibilità dell'appello n.6017/2006 avanzata dalla ditta DITTA GAMMA in considerazione del fatto che il gravame è stato proposto dal Dirigente del Servizio legale della Provincia, che sarebbe privo della qualità di rappresentante legale dell'Ente in mancanza di un'espressa previsione statutaria.
E' sufficiente richiamare al riguardo una recente decisione di questo Consiglio, sez. VI, n. 337/2007, che a sua volta condivide l'orientamento più recente espresso dalla Cassazione, secondo cui la decisione di agire e resistere in giudizio e il conseguente conferimento del mandato alle liti non necessariamente competono al rappresentante legale dell'ente, ben potendo essere attribuiti a un dirigente (Cass., sez. un., 27 giugno 2005, n. 13710: <<La rappresentanza in giudizio del comune spetta in via generale al sindaco senza necessità di preventiva autorizzazione della giunta, ma lo statuto del comune (atto a contenuto normativo, rientrante nella diretta conoscenza del giudice) o anche i regolamenti municipali, nei limiti in cui ad essi espressamente rinvii lo stesso statuto, possono affidarla ai dirigenti, nell'ambito dei rispettivi settori di competenza, od anche, con riguardo all'intero contenzioso, al dirigente dell'ufficio legale, e possono altresì prevedere detta autorizzazione (della giunta o del competente dirigente), altrimenti non necessaria>>; Cass. [ord.], sez. un., 17 marzo 2004, n. 5463: <<Il sindaco può conferire ad un dirigente comunale la rappresentanza processuale del comune con facoltà di rilasciare procura alle liti al difensore tecnico, in ordine a tutte le controversie riguardanti gli affari di competenza del settore cui sia preposto il dirigente stesso; ciò in quanto il dirigente è titolare dei poteri di rappresentanza sostanziale in base all'art. 107 d.leg. 18 agosto 2000 n. 267; e si deve escludere sia che sussistano elementi di

indeterminatezza della delega sindacale, sia che si realizzi una surrettizia sostituzione del legale rappresentante dell'ente>>).
Nella specie l'art. 76 dello Statuto della Provincia di Verona prevede che "un Dirigente può essere incaricato dal Presidente per rappresentare la Provincia in giudizio e nei procedimenti contenziosi amministrativi", come poi avvenuto.
5.Gli appelli sono fondati e meritano accoglimento.
5.1.Le menzionate tre Ditte, sulla base della disciplina di gara, sono state correttamente escluse in quanto la Commissione, effettuando un'analisi comparativa della documentazione amministrativa prodotta, ha ravvisato l'esistenza di un collegamento sostanziale tra loro sia per l'uniformità dei plichi contenenti le buste, sia per l'unicità del corriere che aveva curato la spedizione, sia perché le polizze assicurative risultavano rilasciate dalla stessa compagnia assicuratrice e nello stesso giorno e in vicino ordine di successione; sia per l'uniformità di compilazione della modulistica, sia per il medesimo confezionamento della busta contenente l'offerta economica (applicando ceralacca in tre punti coincidenti ed apponendo il timbro e la firma del rappresentante dell'impresa in una posizione identica), mentre secondo il disciplinare di gara la busta contenente l'offerta economica doveva essere chiusa idoneamente in modo da assicurare l'assoluta segretezza del contenuto e controfirmata sui lembi di chiusura;
5.2.Gli elementi individuati dalla Commissione sono sufficienti a far desumere un collegamento sostanziale tra le tre ricorrenti originarie, anche in considerazione della specifica disciplina di gara sulla compilazione dell'offerta economica.
Né, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, possono considerarsi accorgimenti atti ad impedire la violazione del principio di segretezza delle offerte il contratto stipulato tra tali Ditte e l' Agenzia di disbrigo pratiche in data 5.1.200, dal quale si evince che parte della documentazione è compilata dall'impresa ed inserita in busta chiusa con particolare riferimento al completamento dell'offerta con l'indicazione del ribasso percentuale sulla base asta.
Invero, a parte la tardività della produzione di tale documentazione (come riconosce il TAR stesso) non vi è alcuna certezza in ordine alla data di stipulazione ed inoltre la presenza di una disciplina contrattuale di per sé non può considerarsi idonea a contrastare gli elementi sopra riportati sulla presenza di un collegamento sostanziale tra tre Ditte, potendo comunque la relativa disciplina essere disattesa in concreto.
6. In conclusione gli appelli devono essere accolti.
Il Collegio ravvisa motivi per compensare le spese di entrambi i gradi di giudizio.
P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, previa riunione, accoglie gli appelli indicati in epigrafe e per l'effetto, in riforma delle sentenze del TAR, respinge i ricorsi originari.
Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 27 febbraio 2007 con l'intervento dei Signori:

Emidio Frascione	Presidente
Cesare Lamberti	Consigliere
Claudio Marchitiello	Consigliere
Aniello Cerreto	Consigliere Est.
Nicola Russo	Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
F.to Aniello Cerreto F.to Emidio Frascione
IL SEGRETARIO
F.to Agatina Maria Vilardo
DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 7-09-07
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
p.IL DIRIGENTE
F.to Livia Patroni Griffi