

La plausibile riconducibilità delle offerte ad un medesimo centro decisionale, oppure a realtà aziendali comunque connotate da molteplici elementi in comune, comporta il rischio che le medesime, anche se non previamente concordate, siano conosciute prima della loro presentazione con la conseguenza che, in tal guisa, vengono violati i principi di segretezza, di par condicio tra i partecipanti e di libera concorrenza.

In tali sensi, dando rilevanza a situazioni di collegamento sostanziale, si è determinato di recente anche il legislatore che nel decreto leg.vo 12.4.2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici) all'art. 34 (disposizione non applicabile al caso di specie poiché la procedura di gara è iniziata nel giugno 2006 e cioè in epoca anteriore all'entrata in vigore del detto Codice) ha espressamente comminato l'esclusione dalla gara delle offerte che "sulla base di univoci elementi" risultano "imputabili ad un unico centro decisionale".

Il Tar Toscana, Firenze, con la sentenza numero 127 del 26 gennaio 2007 ci fornisce alcuni importanti insegnamenti in tema di collegamenti fra due imprese che partecipano alla stessa procedura ad evidenza pubblica:

< Il punto di fatto dagli atti di causa è emerso che tra le due società vi è identità di sede sociale (indicata al locale piano terra di V.Gramsci n. 909) e di casella di posta elettronica; inoltre il legale rappresentante della aggiudicataria detiene il 51% delle quote della società 3° classificata, ed è il coniuge del legale rappresentante di quest'ultima con cui risiede in Larciano V.Matteotti n. 1126 (come risulta sia dai documenti di identità allegati alle offerte sia delle visure della Camera di Commercio di Pistoia).>

quindi:

< sussiste il dedotto collegamento sostanziale indiretto tra le due suddette società partecipanti alla gara e che, in punto di diritto, tale situazione di collegamento sostanziale sia confliggente con il principio di cui all'art. 97 Cost.ne, nonché con i principi di segretezza e serietà delle offerte, di par condicio e di libera concorrenza; inoltre nell'attività dell'amministrazione è ravvisabile, altresì, un difetto d'istruttoria in ordine ad alcuni profili della documentazione amministrativa presentata dalle due società in questione in occasione della gara>

pertanto:

< In presenza di tali elementi gravi, precisi e concordanti la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere ad idoneo approfondimento istruttorio al fine di verificare, nel corso della procedura di gara, la sussistenza o meno dei presupposti per l'esclusione di entrambe le società per inosservanza dei principi di segretezza delle offerte e di libera concorrenza e del buon andamento ai sensi art. 97 Cost.ne.

Infatti, anche a prescindere dalle situazioni preclusive di collegamento formale contemplate nell'art. 2359 cod.civ. e dall'ambito di applicazione specifico della legge n. 109/1994, art. 10, comma 1 bis, il principio di economicità di cui all'art. 97 Cost.ne nonché quelli di segretezza e concorrenza sono di diretta ed immediata applicazione anche nelle gare di importo inferiore alla soglia comunitaria in quanto – al di là delle specifiche prescrizioni della lex specialis di gara – rappresentano il mezzo per realizzare l'obiettivo del corretto esercizio della funzione amministrativa e per perseguire l'interesse pubblico con il miglior utilizzo delle risorse finanziarie (pubbliche) a disposizione della stazione appaltante>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
N. 127 REG. SENT.
ANNO 2007

N. 1612 REG. RIC.

PER LA TOSCANA ANNO 2006

- II^A SEZIONE -

ha pronunciato la seguente: Motivazione di cui al

dispositivo n. 4/2007

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 1612/2006 proposto da SOC. *** S.P.A., in persona del legale rappresentante, con sede in Monza, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandra Iurlaro del foro di Monza e dall'avv. Maddalena Passagnoli di Firenze, con quest'ultima domiciliata in Via Lorenzo il Magnifico n. 62;

c o n t r o

- il COMUNE DI MASSAROSA, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Walter Bianculli dell'Avvocatura Comunale, in Firenze domiciliato presso l'avv. Alessandra Castagna, Via Giuseppe La Farina n. 25, nonché in persona del Comandante Polizia Municipale, non costituita in giudizio;

e nei confronti di:

- ***, CENTRO SERVIZI SOC. COOP. A.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in Larciano (PT), rappresentata e difesa dall'avv. Franco Arizzi, in Firenze domiciliata a Lungarno A.Vespucci n. 20;

p e r l ' a n n u l l a m e n t o, previa sospensione

della determinazione 22 agosto 2006 n. 72 con cui il Comandante della Polizia Municipale ha disposto l'aggiudicazione definitiva alla *** – Centro Servizi Soc. Coop. A r.l. della gara a trattativa privata per la locazione di un'apparecchiatura per la rilevazione fotografica delle infrazioni semaforiche, nonché del verbale della Commissione di gara del 3 luglio 2006, nonché di tutti gli altri atti connessi;

e per la condanna

del Comune di Massarosa al risarcimento in forma specifica oppure, in subordine, per equivalente economico;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione del Comune di Massarosa, in persona del Sindaco, nonché della controinteressata intimata;

Viste le memorie difensive presentate da ciascuna delle parti;

Vista l'ordinanza cautelare 16 novembre 2006 n.913 con cui i provvedimenti impugnati sono stati sospesi;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore designato il Cons. Lidya Ada Orsola Spiezia;

Uditi, alla pubblica udienza dell'11 gennaio 2007, gli avv.ti Alessandra Iurlaro, Walter Bianculli e Chiara Rigoni per Franco Arizzi;

Visto il dispositivo di sentenza n. 4/2007 pubblicato il 12 gennaio 2007 ai sensi dell'art. 4 legge n.205/2000;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con nota 16.6.2006 n.14060 il Comune di Massarosa invitò alcune imprese a presentare la propria offerta in una gara ufficiosa a trattativa privata per la fornitura in locazione di un sistema in postazione fissa per il controllo elettronico delle infrazioni semaforiche, provvedendo a trasmettere altresì il capitolato d'oneri relativo che – tra l'altro – indicava nel prezzo più basso il criterio di aggiudicazione e richiedeva per l'impresa partecipante di non trovarsi né nelle condizioni di controllo e collegamento con altre concorrenti ai sensi dell'art. 2359 cod.civ. né nelle situazioni previste come cause di esclusione dall'art. 11 d.leg.vo n. 358/1998.

Pervenute 6 offerte, nella seduta del 3 luglio 2006 la Commissione di gara rilevò che l'offerta più bassa (con il 19,75% quale corrispettivo dell'aggiudicatario sull'importo della sanzione amministrativa irrogata per ogni violazione rilevata) era stata presentata dalla *** Centro Servizi Soc. Coop. A r.l. con sede in Larciano (PT), mentre al secondo posto si era classificata la Soc. *** S.P.A. (con il 23,8%) ed al terzo posto la Centro Servizi di *** S.r.l. (con sede anch'essa a Larciano); quindi con successiva determinazione del Comandante della Polizia Municipale 22.8.2006 n. 72, comunicata alla ricorrente con lettera del 5 settembre 2006, l'appalto fu definitivamente affidato alla *** Centro Servizi.

1.1. Però la *** S.p.A., analizzata l'offerta aggiudicataria e ritenendo che vi fosse un collegamento societario non consentito tra l'aggiudicataria e la terza classificata, con nota 16 ottobre 2006 invitò il Comune di Massarosa ad annullare in via di autotutela l'aggiudicazione alla *** Centro Servizi Soc. Coop; di poi, rimasta senza riscontro la detta nota, l'impresa con successivo ricorso innanzi a questo T.A.R. ne ha chiesto l'annullamento in via giurisdizionale, previa sospensione, per i seguenti motivi:

1) Violazione dell'art. 97 Cost.ne, dell'art. 10, comma 1 bis della legge n. 109/1994, dell'art. 34, comma 2, del decreto legislativo n. 163/2006, dei principi di par condicio dei concorrenti, di

segretezza, serietà ed indipendenza delle offerte, della concorrenza, della trasparenza e correttezza, difetto d'istruttoria, contraddittorietà e difetto di motivazione.

In particolare la sussistenza di una serie di elementi univoci ed oggettivi (quali la sede sociale presso lo stesso indirizzo, la stessa sigla di posta elettronica, lo status di coniugi conviventi degli amministratori delle due società) avrebbe fatto presumere che la società aggiudicataria e la terza classificata fossero collegate tra loro con la conseguenza che, quindi, la commissione le avrebbe dovute escludere dalla gara;

2) Violazione della *lex specialis* di gara, del principio di par condicio e di serietà dell'offerta, di quello di correttezza e buona fede, difetto di motivazione e violazione della par condicio.

Considerando che l'oggetto sociale della società aggiudicataria consisteva nel commercio all'ingrosso di macchine per scrivere, la medesima sarebbe stata inadatta ad espletare il servizio richiesto che richiede l'utilizzazione di macchinari sofisticati.

Infine la ricorrente ha chiesto il risarcimento dei danni, derivatile dai provvedimenti impugnati, con reintegrazione in forma specifica, oppure, in subordine, per equivalente pecuniario.

1.2. Si è costituito in giudizio il Comune di Massarosa che controdeducendo alle censure dalla ricorrente, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata che, preliminarmente eccepisce l'inammissibilità del primo motivo per la mancata notifica anche alla Soc. Centro Servizi di **** S.r.l., di cui la ricorrente pretende l'esclusione, nel merito ha chiesto il rigetto del ricorso perché nel caso di specie, trattandosi di aggiudicazione al prezzo più basso, l'eventuale collegamento sostanziale non sarebbe risultato rilevante, mentre per altro ha contestato sia la sussistenza di fatto di tale collegamento sia le censure del secondo motivo.

Con ordinanza cautelare 16 novembre 2006 n. 913 questa Sezione ha accolto l'istanza di sospensione del provvedimento di aggiudicazione e di quelli connessi.

Con memoria difensiva, presentata nell'imminenza della trattazione della causa, la ricorrente ha ulteriormente illustrato le proprie censure, insistendo per l'accoglimento in toto delle sue domande, compreso il risarcimento del danno in forma specifica oppure, in subordine, per equivalente pecuniario.

L'amministrazione resistente ha, invece, depositato il 9 gennaio 2007 la sua memoria difensiva che, quindi, non sarà esaminata in quanto presentata oltre il termine consentito di cinque giorni prima dell'udienza.

Infine la controinteressata (con memoria del 5.1.2007) ha insistito per il rigetto del ricorso con ampie argomentazioni.

Alla pubblica udienza del 11 gennaio 2007, uditi i difensori presenti per le parti, la causa è passata in decisione.

In data 12 gennaio 2007 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza redatto ai sensi dell'art. 4 della legge n. 205/2000.

2. Quanto sopra premesso in fatto, in diritto la controversia concerne la legittimità o meno dell'aggiudicazione alla controinteressata della trattativa privata con gara ufficiosa svolta – con il criterio del prezzo basso – dal Comune di Massarosa per l'installazione, per il periodo di 6 anni, di un impianto per rilevazione fotografica di infrazioni al Codice della Strada compiute ai semafori.

La ricorrente, seconda classificata (con una percentuale del 23,8%), nell'ambito del primo articolato motivo deduceva la violazione dei principi di par condicio dei concorrenti, di segretezza delle offerte e di libera concorrenza, nonché dell'art. 97 Cost.ne e difetto d'istruttoria.

Le censure appaiono condivisibili.

Ritiene il collegio che la società aggiudicataria ***-Centro Servizi Soc. Coop. A r.l. si trovava – all'epoca della gara – in situazione di collegamento sostanziale con l'impresa terza classificata la soc. Centro Servizi di *** s.r.l..

Al riguardo, peraltro, va respinta l'eccezione di inammissibilità del medesimo primo motivo in quanto non notificato anche alla presunta collegata classificatasi al terzo posto: infatti, in primo luogo, la mancata notifica comporterebbe l'onere della integrazione del contraddittorio, considerato che l'aggiudicataria è stata ritualmente intimata; in secondo luogo il collegio non ritiene necessaria tale integrazione poiché la ricorrente non ha un interesse giuridicamente tutelato all'esclusione anche della terza classificata, atteso che la scelta dell'offerta più vantaggiosa viene effettuata con il criterio del prezzo più basso, ma soltanto all'annullamento dell'aggiudicazione della fornitura alla società prima classificata (vedi conclusioni del ricorso); pertanto, per il principio di economia dei mezzi processuali, le censure dal primo motivo vanno considerate come dirette a suffragare l'illegittima mancata esclusione dalla gara della *** Centro Servizi Coop., prima classificata in graduatoria.

2.1. Nel merito il collegio ritiene che, in punto di fatto, sussiste il dedotto collegamento sostanziale indiretto tra le due suddette società partecipanti alla gara e che, in punto di diritto, tale situazione di collegamento sostanziale sia confligente con il principio di cui all'art. 97 Cost.ne, nonché con i principi di segretezza e serietà delle offerte, di par condicio e di libera concorrenza; inoltre nell'attività dell'amministrazione è ravvisabile, altresì, un difetto d'istruttoria in ordine ad alcuni profili della documentazione amministrativa presentata dalle due società in questione in occasione della gara.

Il punto di fatto dagli atti di causa è emerso che tra le due società vi è identità di sede sociale (indicata al locale piano terra di V.Gramsci n. 909) e di casella di posta elettronica; inoltre il legale rappresentante della aggiudicataria detiene il 51% delle quote della società 3° classificata, ed è il coniuge del legale rappresentante (sig.ra N.***) di quest'ultima (Centro Servizi *** s.r.l.) con cui risiede in Larciano V.Matteotti n. 1126 (come risulta sia dai documenti di identità allegati alle offerte sia delle visure della Camera di Commercio di Pistoia).

In presenza di tali elementi gravi, precisi e concordanti la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere ad idoneo approfondimento istruttorio al fine di verificare, nel corso della procedura di gara, la sussistenza o meno dei presupposti per l'esclusione di entrambe le società per inosservanza dei principi di segretezza delle offerte e di libera concorrenza e del buon andamento ai sensi art. 97 Cost.ne.

Infatti, anche a prescindere dalle situazioni preclusive di collegamento formale contemplate nell'art. 2359 cod.civ. e dall'ambito di applicazione specifico della legge n. 109/1994, art. 10, comma 1 bis, il principio di economicità di cui all'art. 97 Cost.ne nonché quelli di segretezza e concorrenza sono

di diretta ed immediata applicazione anche nelle gare di importo inferiore alla soglia comunitaria in quanto – al di là delle specifiche prescrizioni della lex specialis di gara – rappresentano il mezzo per realizzare l'obiettivo del corretto esercizio della funzione amministrativa e per perseguire l'interesse pubblico con il miglior utilizzo delle risorse finanziarie (pubbliche) a disposizione della stazione appaltante.

Infatti la plausibile riconducibilità delle offerte ad un medesimo centro decisionale, oppure a realtà aziendali comunque connotate da molteplici elementi in comune, comporta il rischio che le medesime, anche se non previamente concordate, siano conosciute prima della loro presentazione con la conseguenza che, in tal guisa, vengono violati i principi di segretezza, di par condicio tra i partecipanti e di libera concorrenza.

2.2. In tali sensi, dando rilevanza a situazioni di collegamento sostanziale, si è determinato di recente anche il legislatore che nel decreto leg.vo 12.4.2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici) all'art. 34 (disposizione non applicabile al caso di specie poiché la procedura di gara è iniziata nel giugno 2006 e cioè in epoca anteriore all'entrata in vigore del detto Codice) ha espressamente comminato l'esclusione dalla gara delle offerte che “sulla base di univoci elementi” risultano “imputabili ad un unico centro decisionale”.

Pertanto, a differenza di quanto asserito dalla controinteressata negli scritti difensivi, risulta irrilevante la circostanza che nella gara in questione, poiché il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso, il preteso collegamento tra le due offerte non comportasse alterazioni nella corretta formazione della media delle offerte e nel calcolo della soglia di anomalia: è invero agevole replicare che tale conseguenza della situazione di collegamento sostanziale tra imprese partecipanti non esaurisce la portata degli effetti della situazione medesima, che, infatti, anche nel caso di aggiudicazione al “prezzo più basso” di necessità comporta la violazione dei suddetti principi generali cui deve essere improntata ogni tipologia di procedura concorsuale svolta da un organismo pubblico.

2.3. Né tanto meno da tale conclusione discende la necessità di rinnovare l'intera gara: infatti, considerato che comunque alla procedura hanno partecipato quattro imprese (oltre le due società collegate) e che la stazione appaltante – una volta esclusa l'offerta aggiudicataria – può correttamente valutare come migliore offerta quella della ricorrente, seconda classificata, non sussiste alcuna ulteriore illegittimità procedurale che richieda la ripetizione dell'intera gara.

Per le esposte considerazioni, pertanto, vanno annullati la determinazione di aggiudicazione definitiva n. 72/2006, inficiata dalla mancata esclusione dell'aggiudicataria dalla gara, nonché il verbale di gara del 3 luglio 2006 in parte qua, limitatamente alla detta mancata esclusione della offerta presentata dalla Soc. *** Centro Servizi Coop. A r.l..

3. Va, invece, dichiarata inammissibile la domanda di risarcimento del danno in forma specifica oppure (in subordine) per equivalente pecuniario: infatti, nel caso di specie, l'annullamento dell'aggiudicazione, in assenza di domanda di ulteriori danni patiti, risulta di per se stesso esaustivo di ogni pretesa risarcitoria mediante reintegrazione in forma specifica poiché, a seguito dell'esclusione della ditta aggiudicataria, la ricorrente – ove in possesso dei requisiti richiesti dal capitolato – otterrà l'aggiudicazione della fornitura in questione, avendo presentato l'offerta con il prezzo più basso.

Non sono, pertanto, ravvisabili – allo stato – gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria con particolare riferimento ad un pregiudizio ulteriore rispetto a quello della mancata aggiudicazione

della fornitura; pregiudizio che viene rimosso attraverso l'attività provvedimento della stazione appaltante consequenziale all'annullamento dell'aggiudicazione impugnata.

4. Per le esposte considerazioni, quindi, in conformità al dispositivo di sentenza n. 4/2007 già pubblicato il 12 gennaio 2007, preliminarmente respinta l'eccezione di inammissibilità del primo motivo, nel merito il ricorso va accolto in parte e, per l'effetto, vanno annullati la determinazione di aggiudicazione definitiva 22.8.2006 n. 72 nonché il verbale di gara 3.7.2006 nei limiti e sensi di cui sopra, mentre va dichiarata inammissibile la domanda di risarcimento del danno nei sensi sopra illustrati.

Gli oneri di lite seguono la prevalente soccombenza e pertanto, nella misura liquidata in dispositivo, vengono posti a carico delle controparti costituite, legate tra loro da vincolo di solidarietà, compensandoli per la restante parte.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione II[^], definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte e, per l'effetto, annulla la determinazione di aggiudicazione definitiva 22.8.2006 n. 76 nonché il verbale di gara 3.7.2006 nei limiti e sensi di cui in motivazione, mentre dichiara inammissibile la domanda di risarcimento del danno nei sensi di cui in motivazione.

Pone gli oneri di lite, liquidati in euro 4.000,00 oltre gli accessori di legge, a carico delle controparti costituite, tenute tra loro da vincolo di solidarietà.

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

Così deciso in Firenze, l'11 gennaio 2007, dal Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, in Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori:

Giuseppe PETRUZZELLI - Presidente

Vincenzo FIORENTINO - Consigliere

Lydia Ada Orsola SPIEZIA - Consigliere, rel. Est.

F.to Giuseppe Petruzzelli

F.to Lydia Ada Orsola Spiezia

F.to Silvana Nannucci - Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 26 GENNAIO 2007

Firenze, lì 26 GENNAIO 2007

Il Direttore della Segreteria

F.to Silvana Nannucci

/ 12

Ric. n. 1612/2006