

Un principio generale impedisce la partecipazione contemporanea ad una gara di più offerte provenienti da un unico centro decisionale, in contrasto con l'esigenza di assicurare un corretto e trasparente svolgimento della gara, a tutela del libero gioco della concorrenza: non è invero necessario che sia dimostrata una turbativa della gara, ma è sufficiente il mero pericolo che la correttezza della stessa possa essere inficiata dalla violazione delle garanzie di concorrenza e segretezza delle offerte, come presupposti indefettibili e basilari delle procedure concorsuali

Merita di essere segnalato il seguente principio tratto dalla sentenza numero 7066 del 26 luglio 2007 emessa dal Tar Campania, Napoli

<La disposizione del disciplinare riprendeva in modo apparentemente più restrittivo la previsione all'epoca dettata in materia di appalti di lavori (e non di servizi) dall'art. 10, co. 1 bis, della legge 109/94 ("non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino tra loro in una delle situazioni di controllo previste dall'art. 2359 c.c."), in quanto essa stabiliva come requisito di partecipazione che alla gara non prendessero parte anche società controllate dai concorrenti, senza menzionare le società controllanti (né genericamente di "situazioni di controllo", bensì di "società controllate dall'istante").

Essa, tuttavia, comunque intesa non poteva certo valere ad escludere il principio generale che impedisce la partecipazione contemporanea ad una gara di più offerte provenienti da un unico centro decisionale, in contrasto con l'esigenza di assicurare un corretto e trasparente svolgimento della gara, a tutela del libero gioco della concorrenza; in questo senso l'art. 10, co. 1 bis, della legge 109/94 esprimeva un principio applicabile a tutte le gare

Nel caso in esame chiara espressione di tale principio era costituita dall'art. 3 punto a4 del disciplinare di gara, che proibiva ai concorrenti di partecipare alla gara in più di una associazione temporanea o consorzio, o contemporaneamente in forma individuale ed in associazione o consorzio.

Sull'interpretazione letterale dell'art. 3, punto a5, del disciplinare di gara doveva dunque prevalere una lettura conforme alla sua ratio; ed in ogni caso, al di là del suo significato più vero, non poteva, in forza del richiamato principio generale, consentirsi la partecipazione alla procedura di imprese che, avendo un medesimo centro decisionale - circostanza non contestata -, avrebbero finito per alterare il gioco concorrenziale.

Obietta la ricorrente che la preclusione sarebbe valsa soltanto dopo la presentazione delle offerte e non anche in fase di prequalificazione; ma è decisiva la replica della Amministrazione resistente, che ha correttamente posto in evidenza che, in virtù dell'art. 5 del disciplinare di gara, in fase di prequalificazione la commissione di gara doveva procedere alla verifica di tutti i requisiti di partecipazione di cui al precedente art. 3.>

Sul punto vedi anche TAR Napoli, sez. I, 15 marzo 2007, n. 2197:

<La giurisprudenza amministrativa (cfr., da ultimo, Cons. St., sez. VI, 13/5/2005, n. 3093) ha chiarito i principi ai quali è ispirato il quadro normativo che regola l'iter procedimentale preordinato alla scelta del miglior contraente possibile, evidenziando l'esigenza che, in ossequio ai precetti costituzionali di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, la selezione dei partecipanti alla gara si realizzi garantendo la parità di trattamento tra tutti i concorrenti.

Il conseguimento di queste finalità, che assicurano un regime di libera concorrenza per giungere all'individuazione del "giusto contraente", è ottenuto attraverso prescrizioni tendenti a salvaguardare la segretezza, la serietà e la genuinità delle offerte formulate.

1.2.2. In tale prospettiva la norma contenuta nell'art. 10, co. 1-bis, della legge n. 109 del 1994, secondo cui "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile", statuisce un divieto normativo di ammissione alla gara per le offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da una stretta e stabile comunanza di interessi, non sono ritenuti dal legislatore capaci di formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità.

Questa norma di ordine pubblico trova applicazione per tutte le gare, indipendentemente da una specifica previsione da parte dell'amministrazione appaltante. Infatti, l'oggetto giuridico tutelato, consistente nel corretto e trasparente svolgimento delle procedure concorsuali, risulterebbe irrimediabilmente offeso dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da una pluralità di imprese giuridicamente distinte, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi.

Nel contempo ciò non esclude che la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti, non tipizzabili preventivamente, ma nondimeno attestanti, secondo criteri di ragionevolezza, la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, giustifichi l'esclusione delle imprese, a prescindere dall'esistenza formale di una situazione di controllo ex art. 2359 c.c..

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sezione I, composto dai signori magistrati:
SENTENZA

sul ricorso n. 1041/05, proposto dalla DITTA ALFA New Service s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore ing. Franco Cruciani, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Lipani, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Napoli, via Ponte di Tappia n. 47

CONTRO

La Provincia di Napoli, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Luciano Scetta e Antonino Cascone ed elettivamente domiciliata in Napoli, piazza Matteotti n. 1

per l'annullamento

del provvedimento di cui alla nota del 30.11.2004 con la quale il Dirigente della Direzione politiche comunitaria, patti territoriali e contratti d'area dell'Amministrazione provinciale di Napoli, ha comunicato che "ai sensi della determina n. 11497 del 26.11.2004", la società ricorrente non aveva superato la fase della prequalificazione relativa alla procedura di gara indetta dall'amministrazione provinciale di Napoli, per l'affidamento di "uno studio di fattibilità finanziato ai sensi della legge 64/86 – 2° e 3° P.A.A. – PRS, per la progettazione di pacchetti localizzativi tesi alla valorizzazione del contributo della piccola e media impresa industriale e dell'artigianato allo sviluppo del sistema produttivo nelle province di Napoli e Caserta";
della determina n. 11497 del 26.11.2004;

se e per quanto occorra, della nota del Dirigente della Direzione politiche comunitaria, patti territoriali e contratti d'area prot. 77/051 del 18.1.2005, con la quale è stata ribadita l'esclusione "con le motivazioni già in precedenza adottate e comunicateVi dalla scrivente direzione a mezzo fax del 30.11.04 prot. 1339/51";

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ivi compresi i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, se intervenuti.

..*

Visti il ricorso introduttivo, con i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione in giudizio della Provincia di Napoli;

Vista l'ordinanza del 16 marzo 2005, n. 993;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il referendario avv. Francesco Guarracino;

Uditi alla pubblica udienza del 4 luglio 2007 i difensori delle parti, come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando n. P057-2004 la Provincia di Napoli indiceva un appalto concorso per l'affidamento del servizio di elaborazione di "uno studio di fattibilità, finanziato ai sensi della legge 64/86 – 2° e 3° P.A.A. – PRS, per la progettazione di pacchetti localizzativi tesi alla valorizzazione del contributo della piccola e media impresa industriale e dell'artigianato allo sviluppo del sistema produttivo nelle province di Napoli e Caserta".

Nel corso della prima seduta, svoltasi in data 19 novembre 2004, la commissione di gara, esaminata la documentazione amministrativa relativa ai requisiti di partecipazione, escludeva dal prosieguo la DITTA ALFA New Service s.r.l. "in quanto non possiede il requisito richiesto a pena di esclusione all'art. 3 punto a6 del disciplinare di gara con riferimento alla partecipazione dell'ATI ECIPA - DITTA ALFA- ASI Provincia di Napoli – ASI Caserta – Confederazione DITTA ALFA Campania – DITTA BETA s.r.l.", nonché escludeva anche l'ATI ora nominata in ragione della partecipazione alla gara della DITTA ALFA New Service s.r.l.

In riscontro ad una diffida stragiudiziale della DITTA ALFA New Service, la stazione appaltante, con nota del 17 gennaio 2005, ne ribadiva l'esclusione dalla gara, sulla base di una duplice circostanza: che il socio di maggioranza assoluta della DITTA ALFA New Service (cioè la DITTA ALFA- Confederazione Artigianato – Federazione Regionale Campania) partecipava alla stessa gara all'interno dell'ATI ECIPA- DITTA ALFA Campania – ASI Provincia di Napoli – ASI Caserta – Confederazione DITTA ALFA Campania – DITTA BETA s.r.l.; che il presidente e legale rappresentante della DITTA ALFA New Service era anche presidente della DITTA ALFA – Federazione Regionale Campania e della -DITTA ALFA Campania (mandante e rispettivamente capogruppo del raggruppamento predetto).

Rappresentava la Provincia di Napoli che l'accertato collegamento societario giustificava l'esclusione delle due concorrenti, in ragione della previsione del disciplinare di gara che proibiva la partecipazione di imprese in situazioni di controllo, e che la comunanza del rappresentante legale

per definizione avrebbe leso il principio di segretezza delle offerte, tant'è che egli risultava aver sottoscritto entrambe le domande di partECIPAZione.

Con ricorso notificato il 27 gennaio 2005 e depositato il 7 febbraio successivo, la DITTA ALFA New Service s.r.l. ha impugnato sia il provvedimento di esclusione dalla gara, comunicatogli dalla Provincia di Napoli con nota del 30 novembre 2004, che la conferma dell'esclusione, contenuta nella nota di riscontro alla diffida stragiudiziale, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia.

La Provincia ha resistito con memoria.

Con ordinanza del 16 marzo 2005, n. 993, la domanda cautelare è stata respinta.

In vista dell'udienza di discussione la ricorrente ha depositato una memoria illustrativa.

Alla pubblica udienza del 4 luglio 2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La ricorrente si duole della propria esclusione dalla gara contestando non già i presupposti di fatto addotti dalla amministrazione resistente (vale a dire il controllo che esercitava nei suoi confronti la DITTA ALFA- Confederazione Artigianato – Federazione Regionale Campania, che pure partECIPAVA in ATI alla medesima gara, nonché la comunanza di rappresentante legale), bensì la loro sufficienza a sorreggere il provvedimento impugnato.

Col primo mezzo di gravame, la DITTA ALFA New Service afferma che il disciplinare avrebbe consentito, nel caso di contemporanea partECIPAZione alla gara di concorrenti legati da rapporti di controllo societario, l'esclusione soltanto della società controllante e non anche della società controllata; e ciò in base al tenore letterale della clausola (art. 3, punto a6 del disciplinare) che tra i requisiti di partECIPAZione di carattere generale annoverava il fatto "che alla presente gara, in qualità di concorrenti, non partECIPANO società controllate dall'istante ai sensi dell'art. 2359 c.c."

Col secondo mezzo di impugnazione altresì sostiene che qualunque questione concernente la possibilità di partECIPAZione alle gara di imprese in situazioni di controllo potrebbe riguardare unicamente la fase procedimentale della gara successiva all'invito ed alla presentazione delle offerte e non anche quella di prequalificazione, nel corso della quale è stata disposta, nel caso concreto, la sua esclusione.

Il ricorso è infondato.

La disposizione del disciplinare riprendeva in modo apparentemente più restrittivo la previsione all'epoca dettata in materia di appalti di lavori (e non di servizi) dall'art. 10, co. 1 bis, della legge 109/94 ("non possono partECIPARE alla medesima gara imprese che si trovino tra loro in una delle situazioni di controllo previste dall'art. 2359 c.c."), in quanto essa stabiliva come requisito di partECIPAZione che alla gara non prendessero parte anche società controllate dai concorrenti, senza menzionare le società controllanti (né genericamente di "situazioni di controllo", bensì di "società controllate dall'istante").

Essa, tuttavia, comunque intesa non poteva certo valere ad escludere il principio generale che impedisce la partECIPAZione contemporanea ad una gara di più offerte provenienti da un unico centro decisionale, in contrasto con l'esigenza di assicurare un corretta e trasparente svolgimento

della gara, a tutela del libero gioco della concorrenza; in questo senso l'art. 10, co. 1 bis, della legge 109/94 esprimeva un principio applicabile a tutte le gare (cfr. TAR Napoli, sez. I, 15 marzo 2007, n. 2197).

Nel caso in esame chiara espressione di tale principio era costituita dall'art. 3 punto a4 del disciplinare di gara, che proibiva ai concorrenti di partECIPAre alla gara in più di una associazione temporanea o consorzio, o contemporaneamente in forma individuale ed in associazione o consorzio.

Sull'interpretazione letterale dell'art. 3, punto a5, del disciplinare di gara doveva dunque prevalere una lettura conforme alla sua ratio; ed in ogni caso, al di là del suo significato più vero, non poteva, in forza del richiamato principio generale, consentirsi la partECIPAZione alla procedura di imprese che, avendo un medesimo centro decisionale - circostanza non contestata -, avrebbero finito per alterare il gioco concorrenziale.

Obietta la ricorrente che la preclusione sarebbe valsa soltanto dopo la presentazione delle offerte e non anche in fase di prequalificazione; ma è decisiva la replica della Amministrazione resistente, che ha correttamente posto in evidenza che, in virtù dell'art. 5 del disciplinare di gara, in fase di prequalificazione la commissione di gara doveva procedere alla verifica di tutti i requisiti di partECIPAZione di cui al precedente art. 3.

Per tali ragioni, il ricorso deve essere respinto.

Si ravvisano giusti motivi per la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione I, respinge il ricorso.-----

Spese compensate.-----

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

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 4 luglio 2007.

Presidente_____

Estensore_____