



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 8121 del 2005, proposto da:
Presidenza del consiglio dei ministri in persona del Presidente in carica;
A.N.A.S. S.p.A. in persona del Presidente in carica;
Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici in persona del Presidente in carica;
tutte rappresentate e difese dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in
Roma, via dei Portoghesi, 12

contro

Tecnes Tecnedilstrade S.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e
difesa dagli avvocati Paolo Michiara, Mario Sanino, Luca Verderi, con domicilio
eletto presso l'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

nei confronti di

Costruzioni Fratelli Gallo S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 05182/2005, resa tra
le parti, concernente PUBBLICO INCANTO -ESCLUSIONE DA GARA PER
AFFIDAMENTO LAVORI DI DIFESE SPONDALI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della società controinteressata;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2010 il consigliere Roberta Vigotti e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Noviello e l'avvocato P. Salvatore per delega dell'avvocato Sanino;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Presidenza del consiglio dei ministri chiede la riforma della sentenza con la quale il Tar del Lazio ha accolto i ricorsi proposti dalla società Tecnes Tecnedilstrade avverso l'esclusione dalla gara per la fornitura e posa in opera di difesa spondale, indetta dall'Anas con bando pubblicato all'albo pretorio del comune di Bologna sino al 17 febbraio 2004, l'aggiudicazione dei lavori alla società Fratelli Gallo, la trasmissione di apposita segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, il bando di gara, la pubblicazione nel casellario informatico della predetta Autorità, e gli atti anche normativi connessi, nonché per il risarcimento dei danni derivati dagli atti impugnati.

L'esclusione della ricorrente, e la conseguente segnalazione all'Autorità di vigilanza, sono dovute alla situazione di collegamento sostanziale tra la Tecnes e le società Icesi e Cois, ritenuta dalla commissione di gara in base alle affinità riscontrate nella redazione degli atti di gara sia per veste grafica, sia per la generale composizione dei plichi, alla identità o somiglianze delle modalità di rilascio delle polizze

fideiussorie, alle residenze anagrafiche dei legali rappresentanti, nonché a intrecci tra soci, amministratori e direttori tecnici.

Il bando di gara stabiliva che le imprese concorrenti dovessero dichiarare di non trovarsi in situazione di controllo ex art. 2359 primo e secondo comma cod. civ. con altra concorrente, ovvero di non trovarsi in collegamento formale o sostanziale ex art. 2359 terzo comma cod. civ. con altra partecipante alla gara, sanzionando con l'esclusione la mancata indicazione dell'eventuale situazione di controllo diretto o indiretto con altre imprese, indipendentemente dalla effettiva partecipazione alla gara di queste ultime.

In sede di approfondimento della situazione emergente dalla documentazione presentata a corredo dell'offerta, è emerso che l'amministratore unico della Cois possedeva il 60% della Icesi e l'80% della Tecnes Tecnedilstrade, il cui amministratore unico possedeva il 22% della Cois e il 20% della Icesi. Il direttore tecnico della Cois era anche socio al 20% della Icesi e al 10% della Tecnes.

La commissione di gara, ravvisando sintomi di condizionamenti nella libera formulazione dell'offerta, ha pertanto escluso le tre imprese dalla gara, con decisione verbalizzata nella seduta del 4 marzo 2004. La gara proseguiva con l'aggiudicazione alla srl Costruzioni Fratelli Gallo; successivamente l'Anas dava comunicazione dell'accaduto alla Autorità di vigilanza che disponeva la conseguente annotazione sul casellario informatico delle imprese, ai sensi dell'art. 27 dpr n. 34 del 2000.

Con due distinti ricorsi l'interessata ha impugnato, come si è detto, gli atti di gara e la predetta iscrizione, chiedendo il risarcimento dei danni patiti; il Tar del Lazio, con la sentenza impugnata, riuniti i ricorsi li ha accolti annullando il bando di gara nella parte in cui era contenuta la clausola del divieto di collegamento sostanziale e, quindi, tutti gli atti da tale clausola dipendenti, ma ha respinto la richiesta risarcitoria.

Avverso tale sentenza hanno proposto appello le Amministrazioni resistenti in primo grado.

DIRITTO

La sentenza impugnata ha ravvisato nella clausola di esclusione dalla gara per effetto della situazione di collegamento sostanziale tra imprese, contenuta nel bando di cui trattasi, la contrarietà con principi di ordine costituzionale e comunitario, in quanto limitativa della libertà d'impresa e della libera concorrenza.

Nel ragionamento del Tar, tale contrarietà conduce alla illegittimità della clausola stessa a prescindere da qualsiasi indagine di specie, poichè l'art. 10 comma 1 bis nella parte in cui richiama l'art. 2359 del codice civile vieta esplicitamente la partecipazione alle gare solo delle imprese tra loro controllate: trattandosi di norma eccezionale, dalla mancata menzione del collegamento sostanziale tra le cause di esclusione, non ne è consentita l'interpretazione in via analogica, nè la stazione appaltante può introdurre un siffatto divieto nei bandi di gara, in tal senso autonomamente disciplinando le regole della competizione.

Come rileva l'Amministrazione ricorrente, tale argomentazione non può essere condivisa.

Deve in primo luogo osservarsi come l'effettività della libera concorrenza si raggiunga attraverso il contrasto degli accordi e delle intese volti a incidere sulle offerte, che l'ordinamento vuole segrete, indipendenti e serie, attraverso, ad esempio, l'alterazione delle medie e la determinazione delle soglie di anomalia, piuttosto che, come ritiene il Tar, liberalizzando collegamenti potenzialmente idonei a falsare la genuinità del confronto concorrenziale.

Sul piano del diritto positivo, poi, se è vero che il collegamento (così come il controllo) tra imprese è di per sè legittimo, è altrettanto incontestabile che ben può e deve l'Amministrazione, a tutela della regolarità ed effettività della competizione, evitare situazioni distorsive del confronto mediante l'esclusione dalla gara delle

offerte che risultino frutto di accordi tesi ad influenzarne il risultato (e ciò, come ben sottolinea l'appellante, anche a prescindere da una espressa previsione in tal senso del bando). In altre parole, l'ordinamento, che consente e prevede il controllo tra imprese, quale espressione della libertà di iniziativa economica, vieta espressamente alle società controllate di partecipare alle gare: ciò significa che diversi sono i piani sui quali agiscono le diverse norme, e diverse sono le sfere di interessi dei quali sono posti a presidio, rimanendo fermo che, nel campo delle gare pubbliche, la segretezza e la serietà delle offerte sono la traduzione e la garanzia del perseguimento dell'interesse pubblico. E poichè segretezza e serietà possono essere aggirate anche mediante situazioni di collegamento tra imprese, il medesimo principio consente l'esclusione di offerte che provengano da concorrenti tra loro collegate, non solo e non tanto per tale situazione in sè considerata, ma per gli effetti che essa effettivamente produce sulle regole del confronto pubblico.

A ben vedere, quindi, quel che rileva non è la definizione di "collegamento", formale o sostanziale che sia, ad essere importante ai fini della legittimità dell'esclusione, ma la concreta situazione che, attraverso la condivisione della fase di formazione delle decisioni tese alla formulazione delle offerte, sia in grado di influenzare l'esito della gara.

Il divieto, quindi, di concorrere alla medesima gara per le imprese che si trovano tra loro in situazione di collegamento sostanziale, tale cioè da essere l'una influente sull'altra in modo da condizionarne le scelte al fine della formulazione dell'offerta, corrisponde alla tutela della par condicio tra partecipanti e della serietà del confronto: la clausola del bando di cui si discute non fa che rafforzare e rendere esplicito tale principio ed è immune, pertanto, dai vizi viceversa riscontrati dalla sentenza impugnata.

Se il bando è legittimo, sotto il profilo considerato (e la sentenza impugnata merita, sul punto, riforma), occorre allora esaminare se la concreta situazione delle tre imprese delle quali la commissione di gara ha rilevato il collegamento sia tale da legittimare l'esclusione della ricorrente in primo grado (e i provvedimenti conseguenti): sia, cioè, configurabile tra le tre imprese un accordo tale da alterare la serietà della gara, nel senso sopra indicato.

Come questo Consiglio di Stato ha già rilevato (sez. V, 17 settembre 2009, n. 5578), infatti, mentre nel caso di controllo ex art. 10, comma 1 bis, legge n. 109 del 1994 opera un meccanismo di presunzione “*iuris et de iure*” circa la sussistenza della turbativa del corretto svolgimento della procedura concorsuale, nel caso di collegamento sostanziale deve essere provata in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti, tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti. Di conseguenza, è consentito alla stazione appaltante prevedere e comminare l'esclusione delle offerte quando specifici elementi oggettivi e concordanti inducano a ritenere la sussistenza di situazioni, non riconducibili alle forme di collegamento societario di cui all'art. 2359 cod. civ., capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purchè l'individuazione non oltrepassi il limite della ragionevolezza e della logicità rispetto alla tutela avuta di mira e consistente nella autentica concorrenza tra le offerte.

Nel caso di cui si discute, la situazione di collegamento è stata riscontrata dalla commissione di gara innanzitutto sulla base di elementi desunti dalle modalità di presentazione delle offerte (buste spedite lo stesso giorno e dal medesimo ufficio postale, garanzia fideiussoria rilasciata dalla medesima agenzia e con polizze emesse in sequenza e lo stesso giorno, somiglianza della veste grafica e coincidenza tra le residenze anagrafiche dei legali rappresentanti) che, di per sè, non sono tali da far necessariamente presumere una situazione di collegamento: come sottolinea

l'impresa resistente, la limitatezza territoriale del distretto industriale di Parma vale a rendere plausibili alcune della singolarità sopra ricordate, non necessariamente sintomi dell'esistenza di un unico centro decisionale.

Ulteriore prova della situazione di collegamento è stata ritenuta la presenza di intrecci societari tra le imprese interessate, nel senso precisato in fatto: neppure questa situazione, peraltro, può essere ritenuta di per sé indicativa di una situazione di collegamento sostanziale tra le stesse imprese, posto che la clausola di esclusione ha riferimento, in base ai principi che la legittimano, unicamente al collegamento tra le società e alla connessa influenza decisionale tra le stesse, rispetto alla quale la mera presenza di soci comuni non ha, di per sé, valore dirimente.

In una situazione obiettivamente ambigua, nella quale elementi e coincidenze non erano tali da configurare con certezza quella situazione di collegamento vietata dal bando e dall'ordinamento in quanto distorsiva della concorrenza, l'Amministrazione avrebbe allora dovuto approfondire l'effettiva esistenza di un reciproco condizionamento, tale da far ritenere l'esistenza di un unico centro decisionale. Poiché l'esclusione è, invece, stata comminata sulla base di un riscontro non sufficientemente probante, ne emerge l'illegittimità, con la conseguenza che l'annullamento pronunciato dal Tar deve essere confermato, sebbene con diversa motivazione.

Per gli stessi motivi, merita conferma anche l'annullamento dei provvedimenti, anche dell'Autorità di vigilanza, che trovano nell'esclusione, e nei motivi che l'hanno determinata, il proprio presupposto.

In conclusione, l'appello è solo parzialmente fondato e deve essere accolto per la parte relativa all'impugnazione del bando, mentre va respinto per quanto riguarda l'esclusione, della quale va confermato l'annullamento.

La soccombenza reciproca giustifica la compensazione delle spese del giudizio tra le parti in causa per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sesta sezione, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe indicato, lo accoglie in parte, nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado nella parte rivolta avverso il bando di gara; conferma, con diversa motivazione, la sentenza impugnata per quanto riguarda l'esclusione dalla gara della ricorrente in primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/09/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione