

Tar Puglia, sezione prima, sentenza n. 2628 del 24 giugno 2010

Sorteggio delle offerte – Esclusione del concorrente non legittimato a partecipare alla gara – Divieto di ripetizione del sorteggio- Individuazione delle forme di collegamento tra i concorrenti

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1545 del 2006, proposto da Aldo Tarricone Sicurezza S.r.l. - Istituto di Vigilanza, rappresentato e difeso dagli avv.ti, con domicilio eletto in Bari, via

contro

l'Acquedotto Pugliese S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto in Bari,

nei confronti di

Istituto Vigilanza il Faro S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto presso l'avv. in Bari, via; Istituto Vigilanza Metro Giorno e Notte S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto in Bari, via; A.T.I. Ivri S.p.a. - Metronotte Pugliese S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto in Bari, via; Metronotte Pugliese S.r.l.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del non conosciuto provvedimento dell'Acquedotto Pugliese S.p.a prot. n. 111 del 22.6.2006, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva nella "Procedura ristretta per l'appalto servizio di vigilanza e di custodia del patrimonio degli Uffici di questa Società in Bari e Modugno" a favore dell'Istituto di Vigilanza Faro S.r.l.; della nota della Direzione Approvvigionamenti e Contratti prot. n. 4738/GPP/ei del 29.6.2006 di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva a favore della società Faro S.r.l.;

del verbale del 6.6.2006 della Commissione giudicatrice delle offerte e, in particolare:

- nella parte in cui ha proceduto alla verifica delle dichiarazioni sostitutive di certificazione, ai sensi del D.P.R n. 445/2000, rilasciate dalle società partecipanti alla gara a mezzo di ulteriori dichiarazioni sostitutive fornite dalle medesime società;
- nella parte in cui ha ritenuto, comunque, non sussistenti situazioni di collegamento formale e sostanziale, ai sensi dell'art. 2359 c.c., tra le società Faro S.r.l., Metro Notte e Giorno S.r.l., A.T.I. I.V.R.I. S.p.a, né esistenti "consiglieri di amministrazione o soggetti che rivestono incarichi nel proprio ambito che fanno parte anche di altri istituti o soggetti giuridici operanti nel settore di vigilanza" e degli eventuali criteri fissati a tal fine dalla Commissione giudicatrice;
- di ogni altro atto di gara e di tutti gli atti citati e gli atti di cui alla presente epigrafe.

Visto il ricorso con i relativi allegati e i successivi motivi aggiunti;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Acquedotto Pugliese S.p.a., dell'Istituto Vigilanza il Faro S.r.l., dell'Istituto Vigilanza Metro Giorno e Notte S.r.l. e dell'A.T.I. Ivri S.p.a. - Metronotte Pugliese S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2010 il cons. Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori, avv.ti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A. L'Istituto di vigilanza Aldo Tarricone Sicurezza S.r.l. impugna il provvedimento dell'Acquedotto Pugliese S.p.a prot. n. 111 del 22 giugno 2006, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva, a seguito di procedura ristretta, dell'appalto del servizio di vigilanza e di custodia del patrimonio della società a favore della Faro S.r.l. L'interessata società chiede altresì il risarcimento dei danni subiti.

Deduce i seguenti motivi:

- 1) illegittimità propria e derivata; violazione del combinato disposto degli articoli 43 e 71 del d.p.r. 445/2000; eccesso di potere; sviamento, erroneità dell'istruttoria; illogicità e irragionevolezza manifesta;
- 2) illegittimità propria e derivata; violazione del punto G), g2), della lettera d'invito; eccesso di potere; erroneità dell'istruttoria; illogicità e irragionevolezza manifesta;
- 3) illegittimità propria e derivata; violazione del punto E), e6), della lettera di invito; eccesso di potere; erroneità dell'istruttoria; illogicità e irragionevolezza manifesta.

Si sono costituiti l'Acquedotto Pugliese S.p.a., l'Istituto Vigilanza il Faro S.r.l., l'Istituto Vigilanza Metro Giorno e Notte S.r.l. e l'A.T.I. Ivri S.p.a. - Metronotte Pugliese S.r.l.

Con atto depositato il 14 dicembre 2006, la Aldo Tarricone Sicurezza S.r.l. ha prodotto i seguenti motivi aggiunti (formulati solo dopo aver ottenuto le visure camerali nonché una copia del verbale dell'assemblea dei soci della società "il Faro"):

1) illegittimità propria e derivata; violazione di legge; violazione dell'articolo 17, terzo comma, della legge 55/1990; violazione dell'articolo 75 del d.p.r. 445/2000 e successive modificazioni; violazione della lettera b1 della lettera di invito; eccesso di potere; sviamento, erroneità dell'istruttoria; illogicità e irragionevolezza manifesta;

2) illegittimità propria e derivata; violazione del punto G), g2), della lettera d'invito; eccesso di potere; erroneità dell'istruttoria; illogicità e irragionevolezza manifesta.

Con ordinanza 20 dicembre 2006 n. 880 è stata respinta l'istanza cautelare per queste ragioni: "Considerato che prima facie il ricorso non pare assistito da adeguato fumus, atteso che – qui sintetizzando e nell'ambito della sommaria delibazione propria dell'istanza cautelare – le ipotesi lamentate paiono rientrare più nella fattispecie prevista dal 3° comma dell'art. 2359 c.c. (collegamento) che nel primo e secondo comma (controllo);

Considerato poi che il contratto risulta già stipulato da cinque mesi, il che predispone non positivamente per la concessione della cautelare;

considerato poi, quanto ai motivi aggiunti, che gli stessi non paiono trovare fondamento in circostanze nuove".

Sulle conclusioni delle parti, la causa è stata riservata per la decisione all'udienza del 28 aprile 2010.

B. Occorre premettere che la ricorrente, ammessa alla procedura per l'appalto del servizio di vigilanza e di custodia, indetta dall'Acquedotto Pugliese S.p.a., ha partecipato anche alla fase di aggiudicazione per sorteggio, sistema cui si è pervenuti perché le offerte economiche sono risultate tutte uguali.

Lamenta in questa sede la mancata esclusione di altri concorrenti, per non essere state debitamente accertate le situazioni di controllo e di collegamento tra le stesse.

In relazione a queste ipotesi nelle quali, in sede di aggiudicazione di un appalto, sia stata riscontrata, come nel caso in esame, la presenza di più offerte recanti un

identico ribasso e si sia proceduto a sorteggio delle offerte, la giurisprudenza ha ritenuto che tale sorteggio non vada ripetuto qualora, dopo il suo espletamento, sia stato accertato che una delle ditte non aveva titolo a parteciparvi e che quindi i ricorsi debbano reputarsi inammissibili (C.G.A.S., sez. giurisd., 11 febbraio 2005 n. 56; Consiglio di Stato, sezione quinta, 4 giugno 2008 n. 2629; 11 maggio 2009 n. 2871; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 4 gennaio 2008, n. 57; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 12 febbraio 2007, n. 518; 4 marzo 2009, n. 455, T.A.R. Veneto, sez. I, 14 maggio 2007, n. 1461). In particolare, mentre l'erronea esclusione di un offerente che avrebbe avuto titolo a parteciparvi vizia in ogni caso il sorteggio - che deve perciò essere ripetuto -, al contrario l'erronea ammissione di un offerente non legittimato non vizia la decisione della sorte su chi debba essere l'aggiudicatario, tale divenendo la ditta il cui nominativo sia il primo ad essere estratto dall'urna tra coloro che erano legittimati a partecipare al sorteggio. Diversamente ritenendo, il nuovo sorteggio, in realtà, finirebbe con il concedere una seconda *chance* a chi aveva già perso la prima, con ciò negando il principale contenuto normativo della norma citata, la quale statuisce che, ricorrendo le condizioni ivi previste decide la sorte: quando la sorte abbia già deciso, rimettere nuovamente all'alea l'esito significa semplicemente negare valore normativo al precetto, perché la sorte decide una volta sola, e, dando luogo essa ad un risultato assolutamente casuale, ogni nuovo esito si risolve necessariamente nella negazione del valore di quello precedente.

D'altronde, in ogni caso, anche a voler prescindere da tale profilo, nel merito l'intera argomentazione dell'istante non convince, in quanto la ricorrente avrebbe dovuto dimostrare in concreto una situazione in contrasto con il punto E, e6 della lettera d'invito, clausola in base alla quale i concorrenti erano tenuti a presentare una dichiarazione sostitutiva di certificazione, con la quale si dichiarava: "alla gara non partecipa alcuna impresa che si trovi in una delle situazioni di controllo di cui

all'art. 2359 del codice civile, ovvero dell'art. 8, comma 5, del D.Lgs. n. 158/1995, quale controllata o controllante, rispetto all'impresa concorrente”.

In particolare, quindi, in questa sede doveva essere dimostrato che le società erano controllate o collegate, ovvero, per la prima ipotesi, che si trattasse di

- 1) “società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria”;
- 2) “società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria”;
- 3) “società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa”.

Per la seconda ipotesi, invece, doveva emergere un collegamento che si verifica laddove su alcune società “un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati”, ovvero può comunque desumersi dagli indici descritti dall'articolo 8, comma quinto, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158 (“Si intende, per impresa collegata, qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli del soggetto aggiudicatore a norma degli articoli 25 e seguenti del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, ovvero, nel caso di enti non soggetti a tale decreto, qualsiasi impresa sulla quale il soggetto aggiudicatore eserciti, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante ai sensi dell'art. 2, comma 2, nonché qualsiasi impresa che eserciti un'influenza dominante sul soggetto aggiudicatore ovvero, come quest'ultimo, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in forza di proprietà, partecipazione finanziaria o norme interne”).

In realtà, la ricorrente, attraverso l'esame delle visure camerali, ovvero delle risultanze del Registro delle imprese, dimostra sì l'esistenza di alcuni incroci

proprietarii fra gli istituti; tuttavia, nessuno di questi elementi integra le fattispecie ritenute rilevanti dal bando e dalla normazione richiamata dagli atti inditivi.

Di conseguenza, non essendo emersa alcuna reale discrasia fra le dichiarazioni rilasciate dai responsabili degli istituti all'atto di partecipazione e le successive verifiche, in definitiva la società Aldo Tarriccone Sicurezza si duole del comportamento dell'Acquedotto pugliese, secondo la sua tesi, omissivo, che avrebbe invece dovuto svolgere una vera attività investigativa per verificare se i collegamenti tra gli altri istituti configurassero comunque un'influenza atta ad alterare la *par condicio* e a violare la segretezza delle offerte, principi cardine nelle gare d'appalto.

Al proposito la deducente richiama una serie di pronunce, ma non si avvede che le vicende sulle quali si sono pronunciati il Consiglio di Stato e i Tribunali amministrativi citati presentavano degli aspetti peculiari, che non si riscontrano nella fattispecie in esame. Esemplificatamente, in un caso, la concorrente "è stata esclusa da una procedura di gara per l'appalto di lavori pubblici perché ritenuta in situazione di collegamento sostanziale con altre società partecipanti alla gara, le cui offerte presentavano chiari indici della provenienza da un unico centro decisionale... In particolare, venivano riscontrati i seguenti indizi della provenienza delle offerte da un unico centro decisionale: caratteri simili ed analoga impaginatura dei tre plichi; presentazione contemporanea allo stesso ufficio postale, nella medesima ora e con numerazione progressiva; intrecci di parentela, di abitazioni personali degli amministratori e di sedi delle tre società; indicazione nell'offerta del medesimo numero di fax cui inviare le comunicazioni della gara; cauzioni provvisorie rilasciate dalla stessa società e anche in questo caso con numerazione progressiva del modello; compilazione a mano della stessa persona con la stessa grafia dei modelli forniti dall'amministrazione per le dichiarazioni di cui al punto f) del disciplinare di gara."(Consiglio di Stato, sezione sesta, 13 giugno

2005 n. 30899); in un altro, il bando di gara esplicitamente vietata la partecipazione di un'impresa contemporaneamente come soggetto singolo e come appartenente a un consorzio stabile (Tar Campania, Napoli, sezione prima, 27 settembre 2004 n. 12599); ovvero, in un'altra ipotesi si è riscontrato che “le buste dei plichi hanno la stessa dimensione, colore e simile impostazione grafica;

- i predetti plichi risultano consegnati a mano dalla stessa persona all'Ufficio competente del Comune;
- dagli indirizzi riportati sulle buste contenenti le offerte risulta che le imprese, sebbene abbiano diversa sede legale, hanno gli uffici ubicati nello stesso luogo ...;
- le attestazioni SOA sono state autenticate con le stesse modalità;
- le polizze fideiussorie sono state rilasciate dalla medesima agenzia della compagnia assicurativa, nello stesso giorno e recanti numeri progressivi contigui;
- le dichiarazioni sostitutive relative al casellario giudiziale sono state formulate su moduli predisposti dal Comune di Milano ma recanti le medesime cancellature;
- l'autocertificazione di ottemperanza alle prescrizioni della legge n. 68/99 è stata redatta utilizzando la stessa impostazione;
- il sig. .., rappresentante legale e socio della società ricorrente, è anche socio al 34% della (T.A.R. Lombardia, Milano, Sezione terza, 19 luglio 2005, n. 3400).

In definitiva occorre prendere atto che il collegamento è un fenomeno diffuso, realizzato al fine di utilizzare il potenziale economico di varie imprese. Tali situazioni di collegamento agevolano il prodursi di effetti distorsivi sulle gare pubbliche - anche se non arrivino ad integrare fattispecie di reato quale la turbata libertà degli incanti -, potendo determinare alterazioni della procedura ad evidenza pubblica sotto i profili della trasparenza e della correttezza. Epperò, il rapporto tra imprese non comporta, di per sé, necessariamente la nascita di un autonomo centro di interessi, poiché in astratto le società collegate mantengono pur sempre la propria personalità giuridica e la propria autonomia.

In ogni caso, le situazioni di collegamento tra imprese costituiscono sicuramente significativi indizi circa l'esistenza di un medesimo centro di interessi. Le ipotesi di collegamento tipizzate dall'articolo 2359 del codice civile hanno una valenza diretta e autonoma in questa sede. Gli altri casi di collegamento sostanziale tra imprese non sono disciplinati espressamente dalla legge, ragione per cui devono essere applicati quei criteri elaborati dalla giurisprudenza che ha individuato, caso per caso, gli elementi utili per poter concludere nel senso che le imprese siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi.

Si deve però tener presente che le fattispecie concrete riconducibili alla figura del collegamento sostanziale possono essere le più varie e, quindi, l'unica regola da tenere presente è quella che impone di prendere in considerazione soltanto elementi oggettivi di riconoscibilità del collegamento sostanziale.

Pertanto, l'esistenza di forme di collegamento tra le concorrenti ad una medesima gara non costituisce prova certa della violazione delle regole poste a tutela della correttezza della procedura. Perfino in presenza di un gruppo societario deve affermarsi l'indipendenza e l'autonomia sul piano giuridico di ciascuna società, poiché ogni impresa mantiene la sua soggettività e l'esistenza del gruppo non implica il formarsi di una soggettività.

Resta fermo, quindi, che al fine di emettere un giudizio occorre procedere ad un esame approfondito del caso concreto, verificando le singole situazioni e gli elementi emersi nel corso del procedimento.

L'alterazione della *par condicio* dei concorrenti e la violazione dei principi di concorrenza e di segretezza dell'offerta possono ritenersi provate solo qualora ricorrano elementi di fatto dai quali possano trarsi indizi gravi, precisi e concordanti, che inducano a ritenere verosimile, secondo *l'id quod plerumque accidit*, che si sia verificato un inquinamento della gara e quindi una violazione del principio di segretezza dell'offerta. Ciò si può ragionevolmente ritenere se le

offerte provengano da un medesimo centro decisionale o, comunque, provengano da due o più imprese collegate e sussistano elementi tali da far ritenere che si tratti di offerte previamente conosciute, anche se non concordate dalle partecipanti.

È evidente perciò che, nella vicenda esaminata, gli elementi evidenziati nella difesa della Tarricone non assurgono ad indizi gravi, precisi e concordanti dell'esistenza di un unico centro decisionale e della conseguente irregolarità della selezione.

Alla stregua di queste risultanze, anche la conclusione dalla commissione di gara in risposta all'atto di diffida dell'istante in data 31 maggio 2006, laddove ritiene che “le circostanze segnalate... non possono assurgere a componente di un preteso collegamento tra Istituti di Vigilanza concorrenti alla gara, in quanto, in conformità al disposto normativo di cui all'articolo 10 comma uno bis della legge n. 109/94, recepito nella lettera di invito (fattispecie di controllo societario) ed in attuazione all'ulteriore ipotesi di collegamento prevista dalla stessa lettera di invito (provenienza dell'offerta da un unico centro decisionale), non è dato rinvenire reciproca influenza tra le Imprese partecipanti alla gara, sopra indicate, idonea a violare il principio della *par condicio* e della segretezza delle offerte”, deve ritenersi quindi congrua, pertinente e logica.

A ciò consegue il rigetto del ricorso, come originariamente proposto, anche per quanto riguarda la domanda risarcitoria, non essendo stato riscontrato alcun danno qualificabile come ingiusto da imputarsi all'azione dell'Acquedotto.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 3 gennaio 2007, essi devono essere dichiarati irricevibili perché tardivi. In effetti, non solo vengono impugnati i medesimi atti già contestati con l'atto introduttivo del giudizio notificato il 15-19 settembre 2006 e depositato il successivo 27 settembre, ma con tale successivo mezzo vengono dedotti motivi desunti da un nuovo esame (che la società istante dichiara – a pagina 6 – di aver effettuato in data 15 novembre 2006) dell'ordinaria documentazione raccolta nel Registro delle imprese e resa disponibile in via

telematica dalle camere di commercio, cui la società ha ordinariamente accesso, tant'è che da consimili dati aveva tratto gli argomenti sviluppati nel ricorso originario, come dimostrano gli allegati alla diffida extragiudiziale, poi prodotti agli atti processuali in data 27 settembre 2006, in uno appunto con il ricorso.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, Sezione prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge; dichiara irricevibili i motivi aggiunti depositati il 14 dicembre 2006.

Condanna la Aldo Tarricone Sicurezza S.r.l. al pagamento delle spese ed onorari di giudizio che liquida equitativamente in complessivi euro 13.000,00, più C.P.I. e I.V.A., come per legge, nella misura di euro 4000,00 in favore dell'Acquedotto Pugliese S.p.a. e dell'Istituto Vigilanza il Faro S.r.l. e di 2.500,00 in favore dell'Istituto Vigilanza Metro Giorno e Notte S.r.l. e dell'A.T.I. Ivri S.p.a. - Metronotte Pugliese S.r.l.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/06/2010

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

IL SEGRETARIO