

Consiglio di Stato, Sez. V, 12/4/2005 n. 1644

Sull'esclusione delle imprese aggiudicatrici quando da specifici elementi oggettivi e concordanti emerge un collegamento sostanziale.

Debbono essere escluse dalla gara le imprese aggiudicatrici quando da specifici elementi oggettivi e concordanti, incompatibili con i principi di concorrenza, segretezza e par condicio risulti la connessione delle offerte (cfr. Cons. Stato V, 22 aprile 2004, n. 2317).

Materia: appalti / gara

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5315/2004, proposto dalle ditte *Gestioni Romito di Romito Alfonso & C s.n.c.* ed *Elgive Coiffeur* in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dall'avv. Antonio Guida del foro di Campobasso e degli avvocati Salvatore Napolitano e Michele De Cilla e domiciliate presso quest'ultimo in Roma, via Zara 16;

CONTRO

L'azienda unità sanitaria locale n. 3 "Centro Molise", in persona del legale rappresentante in carica non costituito nella presente fase;

E NEI CONFRONTI

della ditta "Ristorante La Pergola di Bruno Gilotti", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Colalillo e dall'avv. Fernando Iazzetta e domiciliata in Roma via Albalonga n. 7 presso lo studio dell'avv. Clementino Palmiero.

per l'annullamento e la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Molise, 22 marzo 2004, n. 164 che ha respinto il ricorso proposto avverso i seguenti provvedimenti: -revoca in data 25.9.2002 dell'aggiudicazione con riserva della gara per il pubblico incanto avente ad oggetto la gestione dei locali commerciali del presidio ospedaliero a favore della ditta "Ristorante La Pergola"; - riammissione alla gara della ditta "Ristorante La Pergola"; - verbali della commissione di gara n. 3 del 19.9.2002, n. 2 del 10.6.2002 e n. 1 del 22.5.2002; - aggiudicazione definitiva del servizio in favore della ditta "Ristorante La Pergola".

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ditta "Ristorante La Pergola";

Vista l'istanza cautelare in calce all'appello;

Visto l'art. 26, l. 1034/1971 come modificato dall'art. 9 l. 205/2000;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 30 luglio 2004, relatore il Consigliere Lamberti e uditi, altresì, gli avv.ti A.Guida, S. Napolitano e V. Colalillo;

FATTO

Le appellanti ditte *Gestioni Romito di Romito Alfonso & C s.n.c.* ed *Elgive Coiffeur* sono risultate aggiudicatrici provvisorie della gara indetta dall'Azienda Sanitaria Locale n. 3 di Campobasso per l'affidamento della gestione degli esercizi commerciali (bar, pasticceria, tavola calda, edicola, frutteria,

fioreria, merceria, biancheria intima e parrucchiere) in appositi locali ubicati presso il presidio ospedaliero di Campobasso. La gestione dei locali era determinata in nove anni ed il corrispettivo calcolato con offerte in aumento rispetto all'importo base di € 165.256,21. Dalla gara sono state escluse, in un primo momento, le ditte Colaneri Adelia, Cristofaro Antonio e Ristorante La Pergola, poi riammesse in accoglimento delle relative domande cautelari. Il 19 settembre 2002 la Commissione aggiudicava la gara alla ditta "Ristorante La Pergola", previa revoca della precedente aggiudicazione in favore delle ditte Gestioni Romito ed Elgive Coiffeur. L'aggiudicazione è stata impugnata per violazione del divieto del collegamento fra ditte partecipanti alla stessa gara, ma il ricorso è stato respinto non essendo stati ritenuti attendibili, univoci e concordanti gli indici di collegamento fra le ditte Colaneri Adelia, Cristofaro Antonio e Ristorante La Pergola. La sentenza è stata appellata per gli stessi motivi del primo grado dalle ditte Gestioni Romito di Romito Alfonso & C s.n.c. ed Elgive Coiffeur. Resistono con memoria le attuali aggiudicatari.

DIRITTO

1. Secondo l'art. 10, co. 1-bis della legge n. 109/1994, non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del Codice civile. L'esclusione automatica è limitata al controllo nelle modalità previste nel primo comma dell'art. 2359 c.c. (influenza dominante per maggioranza o sufficienza dei voti e per particolari vincoli contrattuali) e non si estende al collegamento fra le imprese nell'ipotesi del terzo comma. L'esistenza di rapporti fra partecipanti comporta, analogamente, l'esclusione dalla gara quando la connessione delle offerte risulti da specifici elementi oggettivi e concordanti, incompatibili con i principi di concorrenza, segretezza e par condicio (Cons. Stato V, 22 aprile 2004, n. 2317). La Sezione ha precisato a proposito che le fattispecie di collegamento tra imprese rilevanti ai fini dell'esclusione non sono solo quelle previste dall'art. 2359 co. 3 c.c. in quanto la norma civilistica non esclude altre ipotesi di controllo o collegamento atte ad alterare le gare d'appalto. L'esclusione per collegamento sostanziale può conseguire ad un'apposita clausola del bando o dalla diretta violazione in concreto dei principi a tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della par condicio dei contraenti.

1.1. Nella gara indetta dall'AUSL n. 3 "Centro Molise", l'avviso ed il capitolato speciale non menzionano espressamente l'esclusione a carico delle imprese fra le quali esistano forme di collegamento. Tale conseguenza si desume dall'art. 18 del capitolato speciale, che, a pena di esclusione, prescrive la presentazione delle offerte in busta chiusa in ossequio alla regola della segretezza e dall'art. 22, che richiama espressamente le norme del codice civile per quanto non previsto dal capitolato: norme nel cui novero vanno incluse quelle degli artt. 2595 e segg. cc. a tutela della libera concorrenza, rispetto alle quali non sono sicuramente compatibili le ipotesi di connessione fra imprese, per le alterazioni inevitabili che la conoscenza delle strutture imprenditoriali arreca al libero gioco delle parti.

2. Degli indizi denunciati dalle appellanti per dimostrare la connessione fra aggiudicatari in misura da alterare la concorrenza e la par condicio, la decisione impugnata e gli scritti difensivi delle controinteressate ne hanno contraddetto in parte alcuni, non ne hanno affatto contraddetto altri e ne hanno contrastato in modo incompleto o inefficace altri ancora.

2.1. La decisione non contraddice appieno i collegamenti personali delle partecipanti, indicati come rilevante ai fini di una connessione delle relative attività d'impresa. Sul presupposto che i rispettivi legali rappresentanti delle ditte avevano indicato la medesima residenza in C/a Selva Piana n. 15 e che i sigg.ri Gilotti Bruno, Colaneri Adelia e Gilotti Crescenzo erano soci della società E.A.T.U.R -anch'essa avente sede legale in Campobasso C/a Selva Piana n. 15- le appellanti ribadiscono che le ditte "Ristorante La Pergola di Gilotti Bruno", "Colaneri Adelia" e "ditta Cristofaro & C s.n.c." appartengono tutte gruppo familiare Gilotti. La sentenza impugnata richiama al proposito la documentazione versata in atti dalle controinteressate, da cui si evince che il socio amministratore della "Cristofaro Antonio & C. s.n.c. non è Gilotti Crescenzo, ma Cristofaro Antonio, che la ditta ristorante "La Pergola di Bruno Gilotti" non ha la stessa sede della ditta Colaneri Adelia e che la qualità di soci accomandanti della società E.A.T.U.R dei sigg.ri Gilotti Bruno e Colaneri Adelia nulla prova, analogamente alla lontana parentela fra un socio della ditta "Cristofaro Antonio" e il rappresentante della ditta ristorante La Pergola, in quanto le tra ditte hanno proprie attività commerciali e sono in concorrenza fra loro. Deve

essere al contrario evidenziato che nell'epigrafe del ricorso avverso l'esclusione dalla gara (per irregolarità dell'offerta), legale rappresentante pro tempore della "Cristofaro Antonio & C. s.n.c. era stato espressamente indicato il sig. Crescenzo Gilotti; che la sede in Campobasso C/a Selva Piana n. 15 (della ditta Colaneri Adelia), è indicata come residenza del sig. Bruno Gilotti e non già come sede della ditta "Ristorante La Pergola" la cui sede legale è in Corso Bucci n. 44 (cfr. racc. A.R. 5.9.2202); e che le società EATUR e la ditta "Cristofaro Antonio" pur svolgendo le attività pressoché analoghe non appaiono in concorrenza fra loro, in quando svolgono attività in sedi diverse.

2.2. Poco convincente sotto l'aspetto argomentativo è poi la sentenza laddove afferma l'impossibilità di dedurre indizi di collegamento dagli elementi estrinseci e formali delle offerte, che risulterebbero imputabili ad un unico centro decisionale. La sentenza supera la presunzione delle ricorrenti con argomentazioni parimenti presuntive. Nel ricorso introduttivo è stata denunciata una serie di identici errori di battitura riferiti alla stessa frase in ciascuna delle tre dichiarazioni relative all'insistenza di condizioni ostative alla partecipazione alla gara (mancanza nella lettera "n" nella parola "incondizionatamente" - il termine "trovasi" anziché "trovarsi" nella dichiarazione sull'assenza di procedure concorsuali nel modello contenuto al titolo 18 del capitolato speciale - il termine "legalmente" riprodotto in "legalmenta" nella dichiarazione sul soggetto che può impegnare la società - l'uso della medesima dicitura "di avere in animo" di concedere in subappalto del servizio di parrucchiera - l'omissione della congiunzione "ed" fra le parole "previdenziali" ed "assistenziali" nelle autocertificazioni relative all'osservanza dei relativi obblighi. La sentenza supera le eccezioni delle appellati argomentando che le ditte potrebbero avere utilizzato materiale omologo o potrebbero essersi avvalse dello stesso studio legale o service amministrativo. La puntualità degli elementi, benché formali, a sostegno della supposta connessione, esigeva quantomeno una dimostrazione logica altrettanto stringente da escludere la provenienza delle dichiarazioni da un unico centro decisionale: dimostrazione che il Collegio non rinviene negli argomenti della sentenza di primo grado, generici e del tutto ipotetici.

2.3 Con analoghi argomenti ipotetici vengono poi superate le circostanze che le offerte economiche presentate dalle ditte concorrenti siano state espresse per talune voci in cifre assolutamente identiche nella loro sequenza numerica e che le società si siano avvalse del medesimo studio legale nel proporre ricorso avverso l'esclusione per irregolarità dell'offerta. Sul primo punto il Tar presume (ma non dimostra) che le tre ditte potrebbero avere gli stessi fornitori o i medesimi riferimenti commerciali e del secondo assume l'irrilevanza stante il comune intento di ottenere il medesimo risultato di riammissione alla gara: degli assunti, l'uno è generico l'altro è logicamente contraddittorio al criterio della concorrenza fra imprese partecipanti alla gara, in cui interesse è sempre quello della reciproca esclusione.

2.4. Affatto considerate nella loro specificità o autonomamente contraddette dalla sentenza sono infine le circostanze che le tre autodichiarazioni apparivano del tutto identiche quanto ai caratteri dattiloscritti e all'impostazione grafica, che l'errore nella presentazione delle offerte per cui le tre imprese erano state in origine escluse era il medesimo (mancato inserimento della documentazione nell'apposita busta sigillata con ceralacca), che le buste contenenti la documentazione dell'offerta del "Ristorante La Pergola" e "Cristofaro Antonio" recavano apparentemente la stessa grafia.

2.4.1. A sostegno dell'estraneità del sig. Cristofaro Antonio con il sig. Gilotti Bruno (titolare del Ristorante La Pergola) nulla prova la dichiarazione depositata il 26 luglio 2004 della ditta Cristofaro Antonio (esercitante la propria attività presso il presidio ospedaliero "Cardarelli" di Campobasso) che la ditta "Ristorante la Pergola di Gilotti Bruno" non è mai entrata in servizio sull'esercizio commerciale. Dal certificato della C.C.I.A.A. relativo alla società in nome collettivo "Gilotti Crescenzo" risulta che l'amministrazione ordinaria e straordinaria della società è affidata (oltre che al sig. Gilotti Crescenzo) anche al sig. Cristofaro Antonio e che il sig. Gilotti Bruno è socio accomandante della società E.A.TU.R., una delle cui attività si svolge in un locale sito in Campobasso Contrada Tappino - Int. Ospedale Cardarelli. Non è possibile perciò escludere un collegamento a livello personale fra Cristofaro Antonio e Gilotti Bruno: il Cristofaro esplica la propria attività in Contrada Tappino che è la stessa località dove opera la società E.A.TU.R. di cui il è socio accomandante il Gilotti.

2.5. La decisione è ineccepibile sul piano logico solo quando riconduce ad un fatto del tutto addentale che le tre offerte sono state inviate con il maggior possibile ritardo, che sono pervenute

tutte all'AUSL tutte allo stesso momento (ore 16,41) uffici e che presentano tutte un numero progressivo di protocollo (nn. 8840-1-2).

3. A parte tale ultimo assunto, rimane fermo il coacervo degli indizi che valgono ad imputare ad un unico centro decisionale le offerte delle ditte "Colaneri Adelia", "Cristofaro Antonio" e "Ristorante La Pergola", fra le quali non è impossibile escludere l'esistenza di un interesse comune, in contrasto con i criteri di segretezza e par condicio. La connessione trova invero prova sufficiente negli indizi formali delle offerte e dall'intreccio personale dei componenti le società. Circostanze queste che fanno ritenere plausibile una reciproca conoscenza o condizionamento delle rispettive offerte desunta dalla contiguità tra le sedi delle imprese, dai rapporti tra taluni concorrenti e dalle caratteristiche delle offerte presentate (Cons. Stato, V, 4 maggio 2004, n. 2722; IV, 4 febbraio 2003, n. 560; V, 1 luglio 2002, n. 3601).

L'appello deve essere conseguentemente accolto con assorbimento dell'ulteriore censura. Va riformata la sentenza di primo grado, con accoglimento del ricorso originario.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese del grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e riforma la sentenza di primo grado. Accoglie il ricorso originario ed annulla i provvedimenti impugnati in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese, competenze ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 30 luglio 2004

Raffaele Iannotta	Presidente
Raffaele Carboni	Consigliere
Rosalia Maria Pietronilla Bellavia	Consigliere
Giuseppe Farina	Consigliere
Cesare Lamberti Est.	Consigliere

L'ESTENSORE

f.to Cesare Lamberti

IL PRESIDENTE

f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12 aprile 2005

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)