

La rilevanza del c.d. collegamento sostanziale quale causa di esclusione dalla gara

di Fabiana Pomes

Data di pubblicazione: 13-7-2015

Tar Lazio, sez. II-bis, 19 giugno 2015, n. 8511

Presidente Lundini; Relatore Mangia

L'esclusione dalla gara di alcuni concorrenti in ragione di un "collegamento sostanziale" tra gli stessi, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater del codice dei contratti pubblici, postula una preliminare verifica da parte della stazione appaltante sia della sussistenza di elementi di comunanza tra i predetti concorrenti, sia della concreta incidenza degli stessi sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara. A tal fine non è sufficiente la mera enunciazione di una serie di indizi da cui trarre l'ipotesi del collegamento sostanziale ma si richiede la prova concreta che le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale, sulla base di elementi univoci che dimostrino la sussistenza di un pericolo per la segretezza delle offerte e la par condicio tra i concorrenti.

In relazione agli oneri dichiarativi di cui all'art. 38, comma 1, lett. c del codice degli appalti, è possibile individuare una prima ipotesi di esclusione c.d. dovuta, che è connessa alla commissione di reati specificamente indicati dalla norma (partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio), ed una seconda ipotesi di esclusione c.d. discrezionale, che presuppone una specifica valutazione dell'Amministrazione sulla gravità della condotta e sui riflessi di questa sulla moralità professionale. In particolare, si ritiene che –in quest'ultimo caso- la sola gravità del reato si riveli insufficiente ad integrare una causa di esclusione, tenuto conto della necessità che lo stesso reato incida sulla moralità professionale, con connesso unanime riconoscimento della rilevanza della concorrenza di entrambi gli elementi di discussione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**(Sezione Seconda Bis)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale ... , proposto da:

S. di S.L. Sas, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti ***,
con domicilio eletto presso ... ;

contro

Comune di C., in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. ***, con domicilio
eletto presso ... ;

nei confronti di

A.T. Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti ***, con
domicilio eletto presso ... ;

S.A. Srl, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;

per l'annullamento,

previa sospensione,

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto concernente i "lavori di riqualificazione delle aree a verde Giardini di via Determinazione n. ... " – CUP: C94B13001270004 – CIG: 5765231320, disposta dal Comune di C. con determinazione n. 1848 del ... ;
- degli atti e dei verbali della procedura, nonché di tutta l'attività della Commissione giudicatrice, nella parte in cui hanno consentito l'ammissione alla gara delle imprese A.T. s.r.l. e S.A. s.r.l. e/o non ne hanno disposto l'esclusione;
- della nota prot. ... del Comune di C., a tenore della quale "la Stazione appaltante, sui dati a disposizione, non ha riscontrato elementi oggettivi probatori, tali da lasciare intendere un collegamento sostanziale tra i concorrenti, per poi poter dichiarare che le imprese in premessa richiamate abbiano violato il principio di segretezza e par condicio";
- del provvedimento del ... con cui il Comune di C. ha rigettato l'istanza di autotutela annessa all'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale ex art. 243 bis del D.Lgs. n. 163/2006, articolata dalla ricorrente in data ... ;
- ove occorra, del bando e del disciplinare di gara, laddove possano essere interpretati nel senso fatto proprio dalla Stazione appaltante;
- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti;

con conseguente declaratoria

di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato con l'illegittimo aggiudicatario;

e per la condanna

dell'Ente intimato a risarcire il danno alla ricorrente in forma specifica, mediante aggiudicazione nei confronti della medesima della commessa oggetto di affidamento e subentro nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato, proponendosi sin d'ora anche la subordinata richiesta di risarcimento per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di C. e di A.T. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2015 il Consigliere Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato che:

- con l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data ... e depositato il successivo ... , la ricorrente – in qualità di seconda classificata nella graduatoria stilata in esito alla gara indetta dal Comune di C. con bando del ... , concernente i “lavori di riqualificazione delle aree a verde Giardini di via ... ” – impugna il provvedimento con cui, in data ... , l'appalto è stato definitivamente aggiudicato alla società A.T. e i relativi atti presupposti e consequenziali, meglio indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento, e, nel contempo, formula domanda di risarcimento del danno in “forma specifica”, ossia l'aggiudicazione in suo favore della “commessa oggetto di affidamento” e il “subentro nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato”, o, in via subordinata, per equivalente;

- in particolare, la ricorrente deduce i vizi di violazione di legge (rectius: art. 97 Cost. e art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006) e di eccesso di potere sotto svariati profili in quanto sostiene che l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per le seguenti ragioni:

a) la sussistenza di un “collegamento sostanziale” con un altro concorrente tale da comportare l'imputabilità delle “offerte ad un unico centro decisionale” (in particolare, con l'impresa S.A., per il rapporto di coniugio tra gli amministratori e soci unici delle società in esame, e una serie di altri indizi oggettivi e concordanti, quali la consegna contestuale delle relative offerte, il rilascio delle cauzioni prestate dalla medesima compagnia assicurativa “presso la stessa agenzia.... nello stesso giorno .. e a mezzo dello stesso procuratore”, l'avvenuto pagamento del contributo all'AVCP presso la “medesima ricevitoria”, la provenienza delle attestazioni SOA dalla “medesima società di attestazione, la presa visione da parte dei legali rappresentanti delle concorrenti degli elaborati progettuali nel “medesimo giorno”, la calibratura delle “offerte economiche” “in maniera tale da centrare un ribasso ritenuto verosimilmente probabile al fine di aumentare le chance di aggiudicazione”, la “medesima residenza anagrafica dei due legali rappresentanti”, la condanna dei predetti per il medesimo reato di gestione non autorizzata di rifiuti, l'identità di impostazione grafica nelle buste contenenti le offerte e, ancora, intrecci societari tra le due aziende) e, comunque, la mancata produzione di un'apposita dichiarazione, diretta a rivelare la situazione di collegamento sostanziale esistente tra società in questione;

b) la carenza del requisito di moralità professionale di cui all'art. 38, lett. c, del d.lgs. n. 163 del 2006, atteso che con sentenza del 9 aprile 2009 “i sig.ri T.A. e P.S.”, legali rappresentanti delle imprese in esame, “sono stati condannati dal Tribunale per il reato – commesso in concorso tra loro ex art. 110 c.p. – di cui all'art. 256, comma 1, D. Lgs. 3.4.2006, n. 152”;

- la ricorrente lamenta, ancora, violazione di legge ed eccesso di potere per difetto e contraddittorietà della motivazione, adducendo che la Stazione appaltante, nel rigettare le osservazioni dalla predetta formulate in data 25 luglio 2014, ha “offerto un'interpretazione palesemente erronea e distorta della norma dell'art. 38, comma 1, lett m-quater,” del d.lgs. n. 163 del 2006, limitandosi ad un'acritica “verifica della sussistenza delle condizioni previste dall'art. 2359 c.c.”;

- con atto depositato in data 17 dicembre 2014 si è costituito il Comune di C., il quale – nel

contempo – ha evidenziato la correttezza del proprio operato;

- con atto depositato il successivo 29 dicembre 2014 si è, altresì, costituita la A.T. s.r.l., la quale – nel prosieguo e precisamente in data ... – ha prodotto una memoria con cui, oltre a opporre l'inammissibilità delle contestazioni della ricorrente "in quanto tendenti a rimettere in discussione la valutazione discrezionale compiuta" dalla Stazione appaltante, ha sostenuto la legittimità degli atti e provvedimenti impugnati, affermando che gli "indizi rivelatori del collegamento sostanziale richiamati dalla ricorrente si fondano su mere congetture" (tenuto conto anche della partecipazione alla gara di ben 84 concorrenti e dell'ampio distacco in graduatoria tra la predetta e la S.A.) e l'insussistenza di un preciso obbligo per la Stazione appaltante di motivare le ammissioni alla gara disposte in esito alla valutazione, tra l'altro, di condotte penalmente rilevanti, opportunamente dichiarate dal concorrente;

- la Sezione ha respinto l'istanza cautelare con ordinanza n. ... , la quale è stata riformata dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. ... , in ragione della ravvisata opportunità di definire la questione "nel merito prima della stipulazione del contratto";

- a seguito della produzione di ulteriori scritti difensivi ad opera delle parti costituite, il ricorso è stato trattenuto in decisione all'udienza pubblica del ... ;

Ritenuto di poter soprassedere sulle eccezioni di inammissibilità, sollevate dalla controinteressata, atteso che i motivi di diritto formulati dalla ricorrente sono infondati sulla base delle seguenti considerazioni:

- come noto, l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, alla lettera m-ter, introdotta dall'art. 3, comma 1, del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166 (con contestuale abrogazione del comma 2 dell'art. 34 del decreto legislativo in esame, ad opera del comma 3 del medesimo articolo, il quale era caratterizzato da un contenuto sostanzialmente simile), prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara dei soggetti "che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale";

- in ragione della modificazione legislativa di cui sopra, la giurisprudenza in materia ha subito un'inevitabile evoluzione;

- in epoca antecedente al 2009, la semplice constatazione di ipotesi di "collegamento" tra le imprese concorrenti è stata, infatti, ordinariamente considerata idonea a determinare l'esclusione dalla gara sulla "scorta" di una presunzione di "inquinamento" del confronto concorrenziale concretatasi in un'anticipazione della soglia di tutela, di modo che "l'esclusione" è stata configurata in termini di "atto dovuto", la cui adozione era ordinariamente connessa alla presenza di "una presunzione assoluta circa la sussistenza di un unico centro di interesse" (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 560);

- in particolare, per le ipotesi di connessione tra i concorrenti differenti dal controllo ex art. 2359

c.c. era – in genere – riconosciuta sufficiente, ai fini dell'esclusione, la sussistenza di indizi gravi, precisi e concordanti, idonei a far presumere la riferibilità delle offerte ad un unico centro decisionale perché provenienti da soggetti così legati tra loro da costituire un unico centro di interessi, idoneo – in quanto tale – ad inficiare la serietà, la segretezza, l'affidabilità delle offerte e, ancora, la concorrenzialità nelle gare pubbliche (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 1 luglio 2002, n. 3601; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 9 gennaio 2008, n. 32);

- ancora più in particolare, la presenza di elementi di tal genere è stata rilevata anche in esito all'accertamento di indizi simili a quelli denunciati dalla ricorrente in relazione all'ipotesi in trattazione, quali la gestione delle società da parte di componenti del medesimo nucleo familiare, la trasmissione delle offerte dal medesimo ufficio postale e nello stesso giorno, il rilascio delle cauzioni provvisorie dalla stessa agenzia, l'ottenimento delle attestazioni SOA da parte del medesimo organismo e l'uniformità dei plichi (cfr. C.d.S., Sez. IV, 17 settembre 2007, n. 4839; C.d.S., 7 settembre 2007, n. 4721), basandosi essenzialmente sull'individuazione della ratio della normativa in trattazione nell'intento del legislatore di "evitare che non sia solo lesa, ma anche messa in pericolo la correttezza della serie procedimentale finalizzata alla scelta del contraente" (C.d.S., 17 settembre 2007, n. 4835; TAR Lombardia, Sez. I, 18 maggio 2007, n. 4508), tanto che la stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, con determinazione n. 1 del 29 marzo 2007, ebbe modo di affermare che "il collegamento basato su elementi presuntivi inderogabili si considera come accertato";

- una svolta in materia è intervenuta a seguito della sentenza della Corte di Giustizia UE 19 maggio 2009, n. C-538/07 (da cui le modificazioni apportate al d.lgs. n. 163/2006 hanno essenzialmente tratto origine), la quale – pronunciandosi sull'interpretazione dell'art. 29 della Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CE – ha comportato l'obbligo per gli operatori nazionali e i giudici nazionali di rivedere i propri orientamenti in materia di rapporti di controllo e/o collegamento tra imprese concorrenti, statuendo sì il principio che ogni Stato membro può prevedere ulteriori cause di esclusione oltre a quelle contemplate nel citato art. 29 ma, ancora, rilevando la contrarietà al diritto comunitario di norme interne che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi della parità di trattamento degli offerenti e della trasparenza nelle procedure di aggiudicazione, impongano divieti assoluti a carico delle imprese tra i quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate di partecipare "in modo simultaneo" alla gara, ossia di norme che consentano di prescindere dall'effettivo accertamento e dalla concreta dimostrazione dell'incidenza dell'indicato rapporto sul rispettivo comportamento nell'ambito della procedura concorsuale, in quanto valutate come di ostacolo alla libera concorrenza nel mercato e, ancora, in contrasto con il principio di proporzionalità;

- in definitiva, è stata esclusa l'efficacia immediatamente e automaticamente escludente delle presunzioni di controllo e/o collegamento e, correlativamente, ha trovato ingresso o, meglio, riconoscimento l'onere per la stazione appaltante di verificare se, in concreto, il collegamento tra i concorrenti abbia comportato o meno un effettivo condizionamento nella predisposizione e nella presentazione delle offerte;

- a seguito della pronuncia su richiamata, essenzialmente statuente l'irrilevanza – a fini escludenti – di situazioni di mero sospetto, ha, pertanto, avuto modo di affermarsi – anche in esito alle già rilevate modificazioni apportate al d.lgs. n. 163 del 2006 - un nuovo orientamento

giurisprudenziale in base al quale “il rapporto tra le imprese può giustificare l’esclusione soltanto se la stazione appaltante accerti e, quindi, risulti dimostrato che tale rapporto abbia influenzato la formulazione delle offerte” (TAR Lazio, Roma, Sez. III bis, n. 2904 del 2012);

- più specificamente, è stato rilevato che – una volta adattato il codice dei contratti a tali principi – ai fini dell’esclusione dalla gara non basta l’enunciazione di una serie di elementi da cui trarre l’ipotesi del collegamento sostanziale, bensì è necessaria la “prova”, sulla base di univoci elementi, che le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale;

- in ragione del cambio di indirizzo in evidenza, si è, pertanto, giunti a disconoscere la sufficienza degli elementi sintomatici in precedenza elencati e, più precisamente, a pretendere la prova in concreto dell’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” nel rispetto del “principio di libertà di impresa, costituzionalmente” garantito (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5244; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 12 novembre 2014, n. 11361; TAR Campania, Napoli, 30 maggio 2014, n. 3029), ossia a postulare “una somiglianza del contenuto sostanziale delle offerte, o una loro differenza voluta e studiata per turbare la gara” (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6469; C.d.S., Sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3637; TAR Lombardia, Sez. I, 20 aprile 2015, n. 969);

- in sintesi, risulta incontestabile che – secondo l’orientamento ormai prevalente della giurisprudenza in materia – l’esclusione dalla gara di concorrenti in ragione di un “collegamento sostanziale” tra gli stessi deve poggiare e, dunque, essere disposta soltanto in esito alla verifica da parte della Stazione appaltante – effettuata, tra l’altro, in contraddittorio con le parti interessate - non solo della sussistenza di elementi di comunanza tra i predetti concorrenti ma della concreta incidenza di tali elementi sul rispettivo comportamento nell’ambito della gara;

- in tal senso depone, del resto, anche la recente direttiva appalti 2014/24/UE, la quale – come, tra l’altro, ricordato anche dalla controparte - prevede la possibilità di procedere all’esclusione dalla gara “se l’amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l’operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza” (art. 57, comma 4, lett. d);

- ciò detto, l’operato dell’Amministrazione in contestazione si rivela scevro dai vizi denunciati o, meglio, risulta in linea con il disposto delle prescrizioni normative che regolamentano la materia, atteso che gli elementi indiziari denunciati appaiono insufficienti a supportare l’effettiva sussistenza di un “unico centro decisionale” e - ancora più importante - a dimostrare una concreta turbativa della gara e, precipuamente, dell’attività di selezione poi sfociata nell’aggiudicazione alla A.T.;

- più specificamente, è certamente doveroso riconoscere che gli elementi indiziari rappresentati nell’atto introduttivo del presente giudizio sono piuttosto dettagliati e numerosi e, ancora, che la ricorrente si è premurata – specie con la memoria prodotta in data 11 maggio 2015 - di soffermarsi “sull’impatto concreto che la situazione di collegamento” avrebbe dispiegato sulla formulazione delle offerte ma – nel contempo – non è possibile esimersi dal

rilevare la valenza prettamente formale degli elementi adottati (quali il rapporto di coniugio, le modalità di confezionamento delle buste, il rilascio delle cauzioni e le modalità di trasmissione delle offerte) e, ancora, la palese inadeguatezza delle considerazioni riguardanti i ribassi offerti dalla controinteressata e dalla S.A. a rivelare l'esistenza di un collegamento sostanziale tra quest'ultime ovvero di una combine tra le citate concorrenti, concretamente idonea a indirizzare l'aggiudicazione in favore di uno dei sodali, tanto più ove si tenga conto dell'elevato numero dei partecipanti (ben 84 imprese), della non contestata credibilità dei valori offerti dalle citate società, della concentrazione dei ribassi offerti dalla maggior parte delle concorrenti in una fascia piuttosto limitata (indicata dalla controinteressata "tra il 28% ed il 32%" e affatto confutata), nonché della circostanza che la S.A. si è classificata soltanto al ventiduesimo posto (senza – in ogni caso – sottacere la ristrettezza dell'ambito territoriale in cui operano le imprese di cui si discute, posto in evidenza dall'Amministrazione);

- ciò detto, anche la nota dell'Amministrazione del ... si mostra esaustiva e, più precisamente, immune dal difetto di motivazione denunciato, atteso che in essa – a differenza da quanto posto in evidenza dalla ricorrente – il Comune resistente non si è limitato affatto a considerare le condizioni previste dall'art. 2359 c.c., bensì ha chiaramente affermato il mancato riscontro di "elementi oggettivi probatori, tali da lasciare intendere un collegamento sostanziale tra i concorrenti, per poi poter dichiarare che le imprese in premessa richiamate abbiano violato il principio di segretezza e par condicio";

- come esposto nella narrativa che precede, la ricorrente lamenta l'illegittimità della mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria e della S.A. anche per violazione dell'art. 38, lett. c), D.Lgs. n. 163 del 2006, adducendo che "i legali rappresentanti delle due imprese sono stati entrambi destinatari di un provvedimento penale di condanna in relazione ad un reato ambientale, certamente grave ed incidente sulla moralità professionale dei concorrenti";

- in particolare, la ricorrente lamenta la mancata esclusione delle concorrenti su indicate in quanto i legali rappresentanti di quest'ultime sono stati condannati dal Tribunale in composizione monocratica di V. "con sentenza del 9.4.2009 (divenuta irrevocabile in data 2.11.2009) per il reato - commesso in concorso tra loro ex art. 110 c.p. – di cui all'art. 256, comma 1, D.Lgs. 3.4.2006, n. 152";

- anche tale censura non è meritevole di positivo riscontro;

- al riguardo, appare opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del decreto legislativo di cui sopra, sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara indette da soggetti pubblici o da soggetti a quest'ultimi equiparati i concorrenti "nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale";

- in aggiunta, la medesima disposizione stabilisce che la condanna per una ben determinata serie di reati è idonea – di per sé – a determinare l'esclusione (rectius: i reati "di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definitivi

dagli atti comunitari citati dall'art. 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18”);

- in ragione di quanto riportato, la giurisprudenza ha ragionevolmente distinto tra ipotesi di esclusione dalla gara c.d. dovute, in quanto connesse alla commissione dei reati da ultimi indicati, e ipotesi di esclusione derivanti, invece, da differenti fattispecie delittuose, le quali – stante il disposto della legge – necessariamente presuppongono una specifica valutazione dell'Amministrazione inerente la gravità della condotta e, ancora, i riflessi di quest'ultima sulla moralità professionale;

- per quanto attiene – precipuamente - alla seconda delle ipotesi di cui sopra, è stato più volte affermato che la sola gravità del reato si rivela insufficiente ad integrare una causa di esclusione, tenuto conto della necessità che lo stesso reato incida sulla moralità professionale, con connesso unanime riconoscimento della rilevanza della concorrenza di entrambi gli elementi in discussione (cfr., tra le altre, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 10 marzo 2015, n. 393);

- in sintesi, è riconosciuto l'obbligo per il concorrente di rendere dichiarazioni complete e fedeli, in modo da porre la Stazione appaltante nella condizione di valutare il requisito di moralità prescritto dalla legge (C.d.S., Sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6393), e, nel contempo, è generalmente statuito che, “eccettuati i casi testualmente indicati dalla legge”, l'Amministrazione è chiamata ad esercitare un potere “discrezionale”, strettamente connesso alla valutazione “in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna e delle concrete modalità di commissione del reato” nel rispetto, tra l'altro, del principio di proporzionalità (cfr., ex multis, TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 14 giugno 2013, n. 1561; TAR Sicilia, Catania, Sez. III; 111 dicembre 2012, n. 2952), sindacabile – in quanto tale – entro ristretti limiti, quali l'illogicità, l'irragionevolezza o, ancora, il travisamento dei fatti;

- tutto ciò premesso, non si ravvisano motivi per affermare che – a fronte della pronta segnalazione da parte del rappresentante legale della società A.T. del precedente penale in questione – l'Amministrazione abbia disatteso il disposto dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.l.s. n. 163 del 2006 e ciò precipuamente in ragione delle peculiarità che connotano l'ipotesi delittuosa in esame, sfociata – in ultimo – nella condanna al pagamento di una mera sanzione pecuniaria (con il beneficio della sospensione condizionale della pena), ma anche del lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione del fatto, risalente – come si evince dalla documentazione agli atti – al 22 gennaio 2007 (cfr. C.d.S., Sez. IV, 22 novembre 2013, n. 5558);

- per quanto riguarda, ancora, il difetto e la contraddittorietà della motivazione, appare, poi, doveroso convenire con la controinteressata in ordine al rilievo che – secondo l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza - non sussiste alcun obbligo per la Stazione appaltante di esplicitare le ragioni per le quali abbia considerato un precedente penale non incidente sulla “moralità professionale” del concorrente, atteso che la motivazione di non gravità del reato è già implicita e, dunque, desumibile proprio dalla mancata esclusione di quest'ultima dalla gara (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. V, 24 marzo 2014, n. 1428);

- tenuto conto dell'infondatezza delle censure formulate dalla ricorrente per chiedere e ottenere l'annullamento dei provvedimenti impugnati, anche la domanda di risarcimento del

danno non è meritevole di positivo riscontro;

Ritenuto, in conclusione, che il ricorso vada respinto;

Ritenuto, peraltro, che – tenuto anche conto dei dubbi e delle incertezze che possono aver connotato nel tempo la materia – sussistano giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 15161/2014, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2015 con l'intervento dei Magistrati:

Domenico Lundini, Presidente

Antonella Mangia, Consigliere, Estensore

Maria Ada Russo, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

OGGETTO DELLA SENTENZA

L'esclusione dei concorrenti da una gara per la sussistenza di un "collegamento sostanziale" può essere disposta, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. *m-quater* del codice dei contratti pubblici, solo quando siano provate in concreto l'esistenza di elementi oggettivi di comunanza

tra le imprese e la concreta incidenza degli stessi sul rispettivo comportamento nella procedura di evidenza pubblica. Nel rispetto dei principi di piena e corretta concorrenza e di segretezza e serietà dell'offerta, si pone in capo alla stazione appaltante l'onere di verificare l'eventuale riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale, non essendo sufficiente l'enunciazione di una serie di elementi indiziari, seppur gravi, precisi e concordanti.

Si ribadisce poi che, per quanto attiene ai requisiti di moralità professionale di cui all'art. 38, comma 1, lett.c del medesimo codice, al di fuori delle ipotesi di esclusione c.d. dovute (relative alla commissione dei reati espressamente indicati dalla norma), l'Amministrazione è tenuta ad una valutazione discrezionale sulla gravità del reato e sull'incidenza che esso ha sull'affidabilità del concorrente. La sussistenza di uno soltanto dei requisiti suddetti non è, quindi, sufficiente ad integrare una legittima causa di esclusione.

PERCORSO ARGOMENTATIVO

La pronuncia in esame ha origine da un ricorso, proposto dalla seconda classificata in graduatoria, teso ad ottenere l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva di un appalto concernente i lavori di riqualificazione delle aree a verde, nonché il risarcimento dei danni in forma specifica e l'aggiudicazione in suo favore dell'affidamento mediante il subentro nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato.

La ricorrente contestava la legittimità dell'aggiudicazione facendo leva su due argomentazioni:

- i. la sussistenza di un "collegamento sostanziale" con un altro concorrente, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-*quater*) del codice dei contratti pubblici, che determina l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale (desunta, nel caso di specie, dal rapporto di coniugio tra gli amministratori e i soci unici delle società in esame, e da una serie di altri indizi quali la consegna contestuale delle offerte, il rilascio delle cauzioni prestate dalla medesima compagnia assicurativa, il pagamento dei contributi dell'AVCP presso la medesima ricevitoria, la provenienza delle attestazioni SOA dalla medesima società, la stessa residenza anagrafica dei due legali rappresentanti e gli intrecci societari delle due aziende);
- ii. la carenza del requisito di moralità professionale di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del codice degli appalti, in relazione alla condanna dei legali rappresentanti delle due imprese per il reato ambientale ex art. 256, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, commesso in concorso tra loro.

In relazione al primo motivo di appello, è opportuno premettere una breve disamina del quadro normativo di riferimento, dando atto delle modifiche nazionali e comunitarie che -nel 2009- determinano una profonda evoluzione giurisprudenziale.

In origine, la disciplina applicabile in tema di partecipazione alle gare d'appalto di imprese legate tra loro si rinveniva nell'art. 10, comma 1 *bis*, della Legge Merloni (legge 11 febbraio 1994, n. 109, così come modificata dalla successiva legge 18 novembre 1998, n. 415) che, al

fine di garantire una piena e corretta concorrenza e di evitare l'insorgere di accordi collusivi tra le imprese, limitava l'accesso ai concorrenti che versavano nella situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. Il successivo decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (cioè il codice degli appalti) ricalcava da un lato la precedente statuizione, vietando la partecipazione alla medesima gara dei concorrenti in situazioni di controllo di cui alla richiamata disposizione codicistica, dall'altro introduceva un'ulteriore ipotesi di esclusione con riferimento ai concorrenti le cui offerte risultavano imputabili ad un unico centro decisionale, sancendo una presunzione assoluta di reciproca influenza.

Sulla base degli impulsi comunitari, il legislatore interviene con la legge n. 166/2009 per riformulare il codice dei contratti pubblici nella parte in cui prevede le ipotesi di esclusione; all'art. 38, invero, si stabilisce che sono legittimamente esclusi i concorrenti che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo ex art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, ove la stessa comporti che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale. Tale norma, conformandosi fedelmente ai principi comunitari, subordina l'esclusione ad una concreta verifica -caso per caso- dell'eventuale influenza sulle rispettive offerte, abbandonando così l'automatismo della presunzione assoluta di reciproca conoscibilità delle offerte, proprio della previgente disciplina.

La ratio del divieto si riconduce alla necessità di garantire, all'interno di una procedura ad evidenza pubblica, non solo la trasparenza ma anche una concorrenza piena e corretta, ed una vera parità di condizione tra i vari offerenti; lo scopo cui si tende è, quindi, di evitare procedure viziate da accordi pregiudizievoli per la serietà e la segretezza delle offerte che, in ultima istanza, finiscono per ledere l'interesse della pubblica amministrazione al raggiungimento del miglior risultato possibile.

In materia di partecipazione alle gare d'appalto di imprese in situazioni di collegamento e controllo reciproco si fronteggiano due orientamenti giurisprudenziali, l'uno basato su una presunzione assoluta di inquinamento procedurale in tutte le ipotesi di controllo o collegamento, l'altro improntato alla necessità di provare in concreto la situazione distorsiva della concorrenza e l'effettiva esistenza di un reciproco condizionamento nelle offerte.

Il **primo orientamento**, ritenuto prevalente fino alla intervenuta modifica legislativa del 2009 e fatto proprio dalla ricorrente, **si basa su una anticipazione della soglia di tutela così da evitare non solo la lesione ma anche la messa in pericolo del corretto esplicarsi del procedimento di scelta del contraente**. In particolare, si argomenta che la lettura del codice degli appalti (art. 34, ora abrogato) consente di individuare due distinte situazioni distorsive: da un lato il "**controllo**", che consiste nella disponibilità da parte di una società della maggioranza dei voti esercitabili o dei voti sufficienti per esercitare una influenza dominante nell'assemblea ordinaria dell'altra o nel fatto che una società sia sotto l'influenza dominante di un'altra in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa; dall'altro il "**collegamento sostanziale**", il cui principale fattore sintomatico è la riconducibilità di due o più offerte ad un medesimo centro decisionale o di interessi.

A tali diverse circostanze distorsive si fanno corrispondere diversi meccanismi probatori. Nel caso di una situazione di controllo tra due o più imprese si impone l'**automatica esclusione**

delle stesse da parte dell'Amministrazione, come fosse un atto dovuto. Si presume, infatti, che un simile controllo determini la conoscibilità dell'offerta della controllata da parte della controllante e un turbamento nello svolgimento della gara. A fronte di una tale presunzione *iuris et de iure* non si ammette alcuna possibilità di confutazione, neppure mediante la prova che la società controllata abbia formulato la propria offerta in totale autonomia.

Nell'ipotesi del collegamento, invece, l'esclusione consegue **all'accertamento dell'imputabilità ad un unico centro decisionale**; tale prova può essere raggiunta tanto mediante il ricorso ad elementi oggettivi di riconoscibilità del collegamento, quanto mediante meri elementi indiziari purché gravi, precisi e concordanti. Deve trattarsi di indici rivelatori tali da ingenerare il sospetto che l'intesa tra i partecipanti possa pregiudicare l'imparzialità e la regolarità della gara. Pur non essendo codificati, di essi può darsi un elenco seppur meramente esemplificativo: la somiglianza di un'offerta a quella di un altro operatore, la circostanza che le polizze assicurative siano state rilasciate dalla stessa agenzia, nel medesimo giorno a firma dello stesso procuratore, il fatto che vi siano rapporti di parentela o convivenza tra i soci o i legali rappresentanti, l'ottenimento delle attestazioni SOA da parte del medesimo organismo, l'uniformità dei plichi.

Il **secondo orientamento**, successivo alla svolta normativa sopra citata e sostenuto anche dal Tar del Lazio nella sentenza in esame, **supera il divieto assoluto a carico delle imprese** tra loro controllate o collegate di partecipare in modo simultaneo ad una gara e **impone la necessità di una effettiva verifica del condizionamento nella predisposizione e nella presentazione delle offerte**.

La sentenza della Corte di Giustizia Europea del 19 maggio 2009, C- 538/07, che ha rappresentato la base per la riforma nazionale dello stesso anno, ha ritenuto incompatibile con i principi di diritto comunitario la previgente norma che vietava in modo assoluto la partecipazione alla medesima gara di imprese in relazione di controllo, considerando tale automatismo impeditivo della libera concorrenza e violativo del principio di proporzionalità. Nell'affermare l'inopportunità di comminare una esclusione automatica sulla base di una presunzione di "inquinamento", tale sentenza impone la necessità di accertare in concreto se la situazione di controllo o collegamento abbia influito sul comportamento delle imprese nella gara. Ciò significa porre in capo alla stazione appaltante l'onere di verificare l'effettiva influenza sulla formulazione delle offerte, lasciando alle imprese la possibilità di dimostrare l'insussistenza di rischi e pregiudizi nello svolgimento della selezione. Pur in presenza di un accordo tra i concorrenti, si richiede cioè la prova che il collegamento tra gli stessi sia idoneo a mettere in pericolo il bene tutelato dalla norma.

Aderendo a tale impostazione, il Tar del Lazio statuisce l'irrelevanza delle situazioni di mero sospetto e conferma il principio secondo cui l'esclusione dalla gara di concorrenti, in ragione di una situazione di controllo o di collegamento sostanziale, possa essere disposta solo in esito alla **verifica da parte della stazione appaltante** della sussistenza di elementi di comunanza e della incidenza degli stessi sul comportamento in gara.

Da un lato si elimina il divieto di collegamento e controllo tra imprese, per **tutelare la libertà di iniziativa economica**, dall'altro si evidenzia la necessità che l'Amministrazione eviti

situazioni distorsive del confronto concorrenziale, in ossequio al **principio di regolarità ed effettività della competizione**. Il compromesso tra questi due interessi preminenti si raggiunge consentendo in generale il controllo tra imprese e limitando la loro partecipazione alla medesima procedura di evidenza pubblica.

Laddove l'Amministrazione provi in concreto, mediante un sub-procedimento di verifica in contraddittorio con le parti, che il collegamento abbia avuto un reale impatto sulle offerte formulate, può e deve essere dichiarata l'esclusione delle imprese interessate. Non è, quindi, sufficiente l'elencazione di vari elementi indiziari da cui trarre l'ipotesi del collegamento sostanziale ma **è necessaria la prova, sulla base di elementi univoci, che le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale**.

Correttamente nel caso in esame il Tar respinge il ricorso, rilevando la valenza prettamente formale degli elementi indiziari rappresentati e la loro inadeguatezza a condizionare effettivamente le scelte dei contraenti, avendo il Comune evidenziato l'assenza di elementi oggettivi, idonei a far desumere l'esistenza di un unico centro decisionale e la violazione dei principi di segretezza e par condicio. A fronte di un sufficiente riscontro probatorio, quindi, l'Amministrazione ha ritenuto legittima la partecipazione e, in ultima istanza, l'aggiudicazione della controinteressata.

Per quanto concerne il secondo motivo di appello, la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del codice dei contratti, in relazione ai requisiti di moralità professionale dei concorrenti. In particolare, la disposizione in esame esclude dalla partecipazione ad una gara i soggetti nei cui confronti sia stata pronunciata una sentenza di condanna passata in giudicato, un decreto penale di condanna irrevocabile o una sentenza di patteggiamento, per reati gravi che incidono sulla moralità professionale. Con riferimento agli illeciti, l'art. 38 individua poi due distinte tipologie di reati:

- i. da un lato quelli espressamente elencati nella norma, come la partecipazione ad una organizzazione criminale, la corruzione, la frode, il riciclaggio, rispetto ai quali **l'esclusione dalla gara è un atto dovuto**;
- ii. dall'altro i restanti reati (non indicati), che possono comportare l'esclusione quando superino il duplice vaglio dell'Amministrazione in relazione alla gravità e all'incidenza sulla moralità professionale. Rispetto a questi reati, **l'esclusione si manifesta come un atto discrezionale**, che consente alla stazione appaltante di acclarare in via autonoma la compresenza dei due elementi richiesti: la sola gravità del reato non è, infatti, di per sé sufficiente ad integrare la causa di esclusione e richiede che vi sia, altresì, una incidenza sulla moralità e sulla affidabilità del concorrente.

Ne deriva che, al di fuori dei casi espressamente indicati dalla legge, l'Amministrazione è tenuta ad esercitare un potere discrezionale sul tipo di condanna, sulle concrete modalità di commissione del reato e sulla affidabilità del concorrente-reo.

Nel caso in esame, il reato contestato è quello ambientale di cui all'art. 256, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, che non rientra nell'alveo della prima categoria individuata; di conseguenza, il Comune appaltante, tenuto a verificare se l'illecito possa

essere stato grave e suscettibile di inficiare la moralità professionale dei concorrenti, disattende il disposto dell'art. 38 e ritiene di non dover procedere all'esclusione, basando tale decisione sulla circostanza che l'ipotesi delittuosa sia sfociata nel pagamento di una mera sanzione pecuniaria e sull'ampio lasso di tempo trascorso dal momento della commissione del fatto.

Deve, quindi, considerarsi pienamente legittima l'aggiudicazione dell'appalto in favore della società controinteressata ed escludersi ogni pretesa risarcitoria della ricorrente.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 si configura come una norma volta ad imporre un determinato standard di "buon comportamento" per la selezione dei contraenti da parte delle pubbliche amministrazioni e, al contempo, come una norma di prevenzione -nei confronti dei comportamenti non virtuosi dei partecipanti- e di deterrenza cosicché non vengano presentate dichiarazioni non precise o non veritiere.

Come l'intero sistema normativo in materia di appalti, anche la disposizione in esame risulta teleologicamente orientata ai principi di legalità, di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa. Invero, in conformità a quanto prescritto dall'art. 97 Cost., si stabilisce che la procedura di affidamento debba svolgersi nel rispetto dei criteri di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, e debba garantire la libera concorrenza, la parità di trattamento, la trasparenza e la proporzionalità.

Il rispetto dei suddetti principi è imposto tanto alla **stazione appaltante** quanto ai **singoli partecipanti** alla gara; questi ultimi sono, infatti, tenuti a presentare delle offerte che siano compiute, complete, serie, indipendenti e segrete, nonché delle dichiarazioni che attestino il possesso dei requisiti sostanziali di accesso.

Tali requisiti devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione per l'offerta e devono poi sussistere per tutta la durata dell'appalto, fino all'eventuale stipula del contratto.

Il secondo comma dell'art. 38, in particolare, qualifica le **dichiarazioni dei partecipanti** come **obbligatorie**, ammettendo però la possibilità di fornirle sotto forma di autocertificazioni: parte della giurisprudenza ritiene che si tratti di un atto di fiducia nei confronti del concorrente cui viene consentito, in cambio dell'oneroso reperimento ex ante di tutta la documentazione necessaria per la partecipazione alla gara, di dichiarare sotto la propria responsabilità la sussistenza dei requisiti necessari.

L'**autocertificazione**, consistente nella facoltà di comprovare alla pubblica amministrazione fatti, stati o qualità personali senza fornire la relativa documentazione, può assumere due forme: la dichiarazione sostitutiva di certificazione, cui il privato può ricorrere per sostituire le certificazioni amministrative relative agli stati, alle qualità personali e ai fatti elencati nell'art.

46 del D.P.R. 445/2000; e la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, che vale per attestare fatti, qualità e stati che non sono oggetto di certificazioni ma di cui il privato è a conoscenza.

Se è pacifico che il mancato possesso delle caratteristiche di onorabilità e professionalità da parte dei concorrenti, traducendosi nel mancato adempimento delle prescrizioni richiamate, comporti l'esclusione dalla procedura di evidenza pubblica (e, di conseguenza, l'impossibilità di stipulare il contratto), discussa è invece la **conseguenza della mancata dichiarazione richiesta dal richiamato art. 38**, in assenza di una espressa specifica comminatoria nel bando.

Un **primo e risalente filone giurisprudenziale**, di carattere sostanzialistico, riteneva che l'esclusione dalla gara non potesse discendere da una mera omissione dell'obbligo dichiarativo, essendo **necessario l'accertamento dell'effettivo mancato possesso dei requisiti**. Basandosi sul principio di tassatività delle cause di esclusione, infatti, si affermava la doverosità di una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative. Il ragionamento si basava essenzialmente sulle differenze tra il primo e il secondo comma dell'art. 38, evidenziando che solo nel primo caso si ricollegava l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre non era analogamente disposto con riferimento alla mancata dichiarazione. Di conseguenza, solo la sussistenza in concreto delle cause di esclusione previste dall'art. 38 determinava l'effetto espulsivo *ope legis*, mentre l'omessa dichiarazione non produceva alcun pregiudizio agli interessi tutelati dalla norma e, quindi, si configurava come un mero "falso innocuo" che, come tale, era insuscettibile di determinare l'esclusione (se manchi una espressa comminatoria nel bando), stante la tassatività delle cause ostative.

Un **secondo orientamento**, ritenuto oggi maggioritario, ritiene invece che l'omissione delle dichiarazioni richieste costituisce un'autonoma violazione di legge, sanzionabile direttamente con **l'esclusione senza la necessità di una verifica sostanzialistica sulla concreta sussistenza dei requisiti**. Invero, si argomenta che la presenza e la completezza delle dichiarazioni rappresentano già di per sé un valore da perseguire, consentendo la celere decisione sull'ammissione dei soggetti partecipanti alla gara, nel rispetto dei principi di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità. La mancata o incompleta dichiarazione è, quindi, lesiva degli interessi tutelati dalla norma e legittima l'effetto espulsivo, indipendentemente dalla concreta meritevolezza dell'impresa a partecipare alla gara.