

In tema di gare per l'affidamento di appalti pubblici, la situazione di collegamento sostanziale deve sussistere alla data di presentazione delle offerte

Autore: Matranga Alfredo

In: Diritto amministrativo

E' questo il principio con cui il TAR Lecce ha stabilito che in tema di gare per l'affidamento di appalti pubblici, la situazione di collegamento sostanziale, per essere rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 34 comma 2, d.lg. 12 aprile 2006 n.163, deve sussistere alla data di presentazione delle offerte (perché è in quel momento che l'impresa dichiara, fra le altre cose, di non essere collegata ad altre imprese partecipanti alla stessa gara, per cui l'eventuale falsità della dichiarazione rileva ai fini dell'ammissibilità dell'offerta stessa), il che vuol dire che non rilevano circostanze antecedenti (e che siano venute definitivamente meno prima della data dianzi indicata) o sopravvenute

Per il TAR salentino, peraltro, nonostante quanto affermato dall'ordinanza Cass. sez. un. n.27169 del 2007, il giudice amministrativo, dopo l'entrata in vigore del d.lg. 31 marzo 1998 n.80, ha preso ad occuparsi della sorte del contratto stipulato a seguito di gara annullata, perché, fino a che rimane in vita il contratto, l'avente diritto non potrebbe subentrare nell'appalto, visto che la posizione dell'aggiudicatario illegittimo poggerebbe su un negozio giuridico valido ed efficace e che non ci possono essere contemporaneamente due soggetti chiamati ad eseguire lo stesso appalto.

Avv. *****

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del popolo italiano
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA PUGLIA
LECCE
- TERZA SEZIONE -

Registro Dec.: 530/08
Registro Generale: 1816/2007

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Terza Sezione di Lecce, nelle persone dei signori Magistrati:

***** , relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

A) sul ricorso n. 1816/2007, proposto da
Consorzio Servizi Ascensori (C.S.A.) Societa' Cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv. ***** e ***** , con domicilio eletto presso lo studio del
primo, in Lecce, Via 95 Rgt Fanteria, 9,

contro

Provincia di Taranto, in persona del Presidente della G.P. p.t., rappresentata e difesa dall'avv.
***** , con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. ***** , in Lecce, Via G.A. ***** , 5,

e nei confronti di

- ELEVANT DI ***** , in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. ***** , con domicilio eletto presso lo studio della stessa, in Lecce, Via Garibaldi, 43;
- MONTI ASCENSORI S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita,

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

- del verbale di gara in data 12 ottobre 2007;
- della determinazione n. 138 del 18.10.2007 del dirigente del Settore Appalti e Contratti della Provincia di Taranto e della determinazione del dirigente del Settore notificata alla ricorrente unitamente a nota di trasmissione del 12.11.2007;
- della predetta nota 12.11.2007 del dirigente del Settore Appalti e Contratti della Provincia di Taranto,

del foglio-messaggio telefax 22.10.2007 di trasmissione dei verbali di gara e di comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva e del precedente foglio 15.10.2007 del medesimo Settore Appalti e Contratti;

- di tutti gli atti connessi, presupposti e/o consequenziali,

-

e per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento dei danni;

B) sul ricorso incidentale, proposto da

ELEVANT DI ***** , rappresentata e difesa come sopra,

contro

Provincia di Taranto, rappresentata e difesa come sopra,

e nei confronti di

Consorzio Servizi Ascensori, rappresentato e difeso come sopra,

per l'annullamento

degli stessi atti impugnati con il ricorso principale, nella parte in cui C.S.A. Coop. non è stata esclusa per ulteriori elementi di collegamento societario con Monti Ascensori S.p.A.;

C) sui motivi aggiunti al ricorso principale, notificati in data 10.1.2008 e depositati in data 15 e 23.1.2008, con cui C.S.A. ha impugnato gli stessi atti già impugnati con il ricorso introduttivo, per ulteriori profili, emersi a seguito dell'istruttoria disposta con l'ordinanza n. 1211/2007.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Vista la domanda cautelare proposta unitamente al ricorso principale;

Visto il decreto presidenziale 1.12.2007, n. 1176, recante l'accoglimento della domanda di concessione di misure cautelari inaudita altera parte;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Taranto e di Elevant;

Visto il ricorso incidentale;

Vista l'ordinanza istruttoria 15.12.2007, n. 1211, della Sez. II del TAR;

Uditi nella camera di consiglio del 30 gennaio 2008 il relatore, Primo Ref. ***** , e, per le parti costituite, gli avv. ***** , ***** e ***** .

Visto il dispositivo di sentenza 2.2.2008, n. 1;

Considerato che nel ricorso principale sono dedotti i seguenti motivi:

- Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 34 comma 2 D.lgs. 12.4.2006 n. 163. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, contraddittorietà perplessità, illogicità, irrazionalità, ingiustizia manifesta e difetto di trasparenza. Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 3 n. L. 241/1990 per motivazione insufficiente e contraddittoria.
- Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Costituzione, dell'art. 1, comma 1, L. n. 241/1990 e dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006: violazione dei principi di buon andamento, efficienza ed efficacia, di pubblicità, trasparenza e correttezza, nonché della libera concorrenza tra gli operatori. Violazione dell'art. 41 Cost. per violazione del principio della libertà di iniziativa economica. Violazione di legge ed eccesso di potere per violazione degli ulteriori e connessi principi del giusto procedimento, di affidamento dei concorrenti in relazione alla corretta applicazione delle norme regolatrici delle pubbliche gare, di tassatività delle cause di esclusione dalle pubbliche gare, della più ampia possibilità che nelle gare stesse venga riprodotto l'andamento del mercato nonché per violazione del principio del buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost.
- Illegittimità derivata. Ulteriore eccesso di potere e violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 3 L. n. 241/1990 per difetto di motivazione e/o per motivazione insufficiente ed apodittica, per contraddittorietà, illogicità, irrazionalità, perplessità ed ingiustizia manifesta e per potere per violazione e falsa applicazione del Disciplinare di gara punto 2. "Procedura di aggiudicazione" penultimo periodo, mentre il ricorso incidentale è affidato ai seguenti motivi:
- violazione art. 34 D.Lgs. n. 163/2006 in materia di collegamento sostanziale. Violazione dei principi in materia di divieto di partecipazione alle gare in caso di collegamento e/o controllo. Violazione art. 2359 c.c.

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

1. Con il ricorso principale e con i successivi motivi aggiunti, C.S.A. Coop. censura il provvedimento con cui l'Amministrazione Provinciale di Taranto l'ha esclusa, unitamente a Monti Ascensori S.p.A., dalla gara per l'affidamento triennale del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti ascensori ubicati negli immobili sedi di uffici provinciali, il tutto sul presupposto dell'esistenza di univoci indizi comprovanti una situazione di collegamento societario fra le predette imprese (art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006). L'Amministrazione ha desunto l'esistenza di tali univoci indizi dai seguenti elementi:

- le predette imprese partecipano entrambe al capitale sociale di C.S.A. International;
- vi è identità soggettiva di due persone che ricoprono incarichi in tutte e tre le predette società (si tratta, precisamente, della sig.ra ***** - la quale è presidente del Consiglio di Sorveglianza in Monti Ascensori, revisore dei conti in C.S.A. Coop. e sindaco effettivo del collegio sindacale di C.S.A. International - e del sig. ***** - il quale è presidente del Collegio sindacale in C.S.A. International, e presidente del Consiglio di Sorveglianza in C.S.A. Coop.);
- notevole identità grafica delle dichiarazioni allegate alle rispettive offerte e delle buste contenenti la documentazione prodotta in sede di gara.

C.S.A. (che, all'esito della gara, era risultata aggiudicataria, anche a seguito della verifica dell'anomalia dell'offerta) ha, con il ricorso introduttivo, censurato il citato provvedimento, esponendo che gli indizi dai

quali la Provincia ha tratto la convinzione dell'esistenza di una situazione di collegamento sostanziale con Monti Ascensori non appaiono rilevanti, visto che:

- i summenzionati signori ***** e ***** non ricoprono all'interno delle tre società cariche direttive (tali non essendo quelle di presidente/membro del Consiglio di Sorveglianza, o di presidente/membro del Collegio sindacale o di revisore dei conti);
- C.S.A. International non ha partecipazioni azionarie né in ***** né in C.S.A., per cui non vi è intreccio di quote societarie fra tutte e tre le società;
- l'eventuale somiglianza grafica di una parte della documentazione allegata alle offerte dipende presumibilmente dal fatto che, anche nel recente passato, ***** e C.S.A. hanno partecipato, in associazione temporanea, ad alcune gare d'appalto, per cui avevano redatto congiuntamente le dichiarazioni da allegare alle offerte, il che può avere indotto gli incaricati delle due imprese a utilizzare i files già utilizzati in passato. In ogni caso, il ribasso praticato dalle due ditte sul prezzo a base d'asta è notevolmente diverso (48,75% C.S.A. e 43,50% *****), il che dimostrerebbe l'assenza di qualsivoglia contatto preventivo fra le due imprese.

A seguito della costituzione in giudizio della Provincia e degli esiti dell'istruttoria disposta dal TAR, sono stati proposti motivi aggiunti, con cui C.S.A. evidenzia che:

- non sussiste la dedotta somiglianza grafica della documentazione allegata alle rispettive offerte;
- le argomentazioni rassegnate dalla difesa tecnica della Provincia, laddove dovessero intendersi come integrazione postuma della motivazione del provvedimento di esclusione, sono inconferenti, in quanto esse fanno riferimento a situazioni cessate definitivamente prima della data di presentazione delle offerte per la presente gara oppure venute ad esistenza in epoca successiva.

Nel frattempo, la controinteressata Elevant, la quale ha beneficiato dell'esclusione di C.S.A., divenendo aggiudicataria dell'appalto, ha proposto ricorso incidentale, sostenendo che C.S.A. e ***** avrebbero dovuto essere escluse in quanto sussistono ulteriori e più solidi indizi che attestano la sussistenza del collegamento sostanziale, e precisamente:

- C.S.A. International è una controllata di Monti Ascensori, la quale ha stipulato con altri azionisti, fra cui C.S.A. Coop., un patto di sindacato, circostanza questa che rafforza ancora di più il legame esistente fra le due imprese;
- C.S.A. International (che nel 2006 aveva incorporato un'altra società, nata a sua volta da una scissione parziale di C.S.A. Coop.) è collegata a C.S.A. Coop.;
- nel corso del 2007 ***** ha incorporato C.S.A. International;
- nel luglio 2007 C.S.A. Coop. ha ceduto a ***** un ramo di azienda;
- fra ***** e C.S.A. è stata stipulata un'cessione di crediti a condizioni che vengono ritenute "fuori mercato", il che denoterebbe un collegamento particolarmente stretto fra le due imprese;
- Monti vanta nei confronti di C.S.A. un credito di importo tale da configurare un'influenza dominante;
- infine, ad ulteriore dimostrazione del collegamento sostanziale, C.S.A. è azionista di *****.

2. Premessa la ricostruzione delle argomentazioni addotte dalle parti a sostegno delle rispettive posizioni, il Collegio ritiene fondato, nei limiti che si andranno a precisare, il ricorso principale, mentre il ricorso incidentale (a prescindere dalle eccezioni di inammissibilità formulate da C.S.A. Coop.) va rigettato nel merito.

Poiché il punto centrale della controversia consiste nella verifica circa l'esistenza di una situazione di collegamento sostanziale fra la ricorrente C.S.A. Coop. e Monti Ascensori e poiché la ricorrente incidentale evidenzia ulteriori profili che denoterebbero l'esistenza di tale situazione di collegamento, l'analisi del Tribunale riguarderà nel loro complesso il ricorso principale e quello incidentale.

3. Passando quindi all'esame della questione principale oggetto del giudizio, è utile riepilogare i dati fattuali dai quali la Provincia (in sede di gara) e la controinteressata Elevant (con il ricorso incidentale) desumono l'esistenza della situazione di collegamento sostanziale fra C.S.A. e Monti Ascensori:

- partecipazione di C.S.A. Coop. e di Monti Ascensori al capitale di C.S.A. International (e in misura molto significativa, trattandosi del primo e del secondo azionista);
- identità di due soggetti che ricoprono cariche societarie in C.S.A. Coop., in Monti Ascensori e in ***** International (signori ***** e *****);
- identità grafica delle offerte e dei plichi contenenti le stesse;
- avvenuta incorporazione di C.S.A. International in Monti Ascensori;
- compimento di operazioni societarie (fusioni, incorporazioni, cessione di rami di azienda, cessione di crediti) che denotano uno stretto collegamento fra le due imprese;
- influenza dominante di Monti Ascensori su C.S.A. in ragione dell'esistenza di crediti di importo rilevante.

3.1. Con riguardo ai dati appena riepilogati, si deve anzitutto precisare che la situazione di collegamento sostanziale, per essere rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, deve sussistere alla data di presentazione delle offerte (perché è in quel momento che l'impresa dichiara, fra le altre cose, di non essere collegata ad altre imprese partecipanti alla stessa gara, per cui l'eventuale falsità della dichiarazione rileva ai fini dell'ammissibilità dell'offerta stessa), il che vuol dire che non rilevano circostanze antecedenti (e che siano venute definitivamente meno prima della data dianzi indicata) o sopravvenute.

A quest'ultimo riguardo si può pure ritenere che in alcuni casi una circostanza sopravvenuta possa costituire un serio indizio circa la preesistente situazione di collegamento, ma ciò deve costituire oggetto di prova rigorosa, pena un'indebita restrizione dell'autonomia imprenditoriale degli operatori economici; in effetti, soprattutto nei casi in cui le operazioni di gara si protraggano per un periodo lungo, le vicende sopravvenute che coinvolgono in ipotesi due o più delle imprese partecipanti potrebbero danneggiare le imprese medesime, le quali, al momento della presentazione delle offerte, non avevano in ipotesi alcuna intenzione di violare il divieto di cui all'art. 34, comma 2, ed hanno invece dato vita a fusioni, incorporazioni e quant'altro solo in base a strategie aziendali o per altre ragioni comunque riconducibili alla ordinaria dinamica imprenditoriale (ad esempio, le imprese possono rafforzare la partnership al fine di tentare l'espansione in altri mercati geografici). Non bisogna dimenticare che le imprese che partecipano ad una gara d'appalto operano solitamente nel medesimo mercato di riferimento, per cui non si può escludere che esse intrattengano fra loro costanti contatti di natura commerciale, anche se poi sono avversarie nelle procedure ad evidenza pubblica. Ciò che l'ordinamento vuole evitare è solo l'alterazione del gioco della concorrenza, la quale si ha quando due o più offerte provengono dallo stesso centro decisionale e non anche quando due o più imprese vantano delle partnerships aziendali. Tra l'altro, C.S.A. ha indicato, in sede di dimostrazione dei requisiti di capacità tecnico-economica, di avere svolto numerosi

servizi analoghi in a.t.i. con Monti Ascensori, il che non è vietato dall'ordinamento.

In applicazione del criterio metodologico appena esposto, si devono ritenere irrilevanti tutte le questioni sollevate dalla Provincia in sede di difesa tecnica, nonché dalla ricorrente incidentale, che concernono fatti precedenti o successivi alla data di presentazione delle offerte da parte di C.S.A. Coop. e di Monti Ascensori, ed in particolare:

- l'avvenuta incorporazione di C.S.A. Internazionale da parte di Monti Ascensori, in quanto si tratta di operazione perfezionata nel luglio 2007 (mentre il progetto di fusione è stato presentato a maggio 2007, ossia in un momento successivo alla data di presentazione delle offerte). In relazione al fatto che già nel mese di febbraio 2007 Monti Ascensori aveva comunicato alla CO.N.SO.B. l'intenzione di avviare i contatti propedeutici alla fusione, si tratta, per quanto detto in precedenza, di circostanza che, da sola, non è sufficiente a dimostrare una situazione di collegamento. Il solo avvio di trattative o contatti con altre imprese non configura alcuna situazione di collegamento sostanziale;

- il fatto che, alla fine del 2007, C.S.A. Coop. risulti azionista di ***** è ugualmente irrilevante, in quanto tale circostanza è proprio la conseguenza dell'avvenuta incorporazione di C.S.A. Internazionale da parte di ***** (infatti, visto che C.S.A. Coop. aveva una partecipazione azionaria in C.S.A. Internazionale è evidente che, in conseguenza dell'incorporazione, tale partecipazioniesi è "trasferita" sul capitale sociale dell'incorporante). E poiché si tratta di circostanza sopravvenuta, anch'essa è irrilevante.

Ugualmente irrilevante, *ratione temporis*, è l'avvenuta cessione di un ramo di azienda da parte di C.S.A. in favore di ***** , in quanto anche tale operazione si è perfezionata nel luglio 2007. In ogni caso, una cessione di ramo d'azienda non è di per sé significativa circa l'esistenza di un collegamento sostanziale.

3.2. Un altro gruppo di indizi da cui ***** desume il collegamento sostanziale è costituito da vicende attinenti:

(a) al patto di sindacato a cui ha dato vita Monti Ascensori al fine di controllare C.S.A. ***** (e al quale avrebbe aderito anche C.S.A. Coop.);

(b) alle modalità con cui le predette società sono addivenute ad una cessione di crediti;

(c) all'esistenza di un credito che Monti Ascensori vanta nei confronti di C.S.A., di importo tale da dare luogo ad un'influenza dominante, ai sensi dell'art. 2359, n. 3), c.c.

Al riguardo, si deve rilevare che le descritte operazioni commerciali non possono essere individuate come sintomi del collegamento poiché:

- non è stata fornita alcuna prova circa l'adesione di C.S.A. al patto di sindacato (e, peraltro, tale adesione non proverebbe il collegamento sostanziale, in quanto il patto di sindacato, pratica diffusissima nella prassi delle società di capitali, serve ad assicurare alla "capogruppo" il controllo della società di cui detiene una quota del capitale e non per controllare gli altri soggetti aderenti al patto);

- né è stata provata l'esistenza delle condizioni di particolare favore alle quali la cessione dei crediti è stata stipulata. In effetti, le asserzioni di ***** per cui nella normalità dei casi la cessione pro soluto viene stipulata al massimo con un controvalore del 50%, mentre nel caso di C.S.A. e ***** il controvalore, imposto da ***** , è pari al 90%, non sono supportate da solidi appigli probatori, non potendosi nemmeno prendere a riferimento le cessioni di crediti operate da amministrazioni pubbliche. In ogni caso, C.S.A. ha chiarito che i crediti ceduti erano di agevole realizzazione, trattandosi di crediti vantati nei confronti di condomini privati per lavori di manutenzione degli impianti ascensori).

Per ciò che attiene alla rilevanza del credito che ***** vanta nei confronti di C.S.A., si deve convenire con la difesa della ricorrente principale nel momento in cui sostiene che l'incidenza percentuale di un debito verso terzi non va parametrato sul capitale sociale, bensì sul fatturato; nel caso di specie, applicando questo criterio, si ha che il debito di cui trattasi incide sul fatturato della società per l'irrilevante percentuale dell'1,117%, ed è tale quindi da non porre ***** in posizione dominante rispetto a C.S.A. Pertanto, in parte qua il ricorso incidentale è infondato.

3.3. Di conseguenza, l'analisi deve concentrarsi sugli elementi che hanno condotto la Provincia a decretare, in sede di gara, l'esclusione di C.S.A. e di Monti Ascensori (si deve per inciso rilevare che quest'ultima impresa è stata sorteggiata ai fini della verifica circa il possesso dei requisiti previsti dal bando ai fini dell'ammissione e che tale verifica aveva dato esito positivo).

Partendo dagli aspetti relativi agli indizi documentali da cui è stata desunta la situazione di collegamento sostanziale, l'istruttoria disposta dal TAR ha fornito un esito abbastanza sorprendente, tenuto conto di ciò che si verifica normalmente in situazioni del genere. In effetti, dall'esame della documentazione versata in atti dalla Provincia risulta che le offerte di C.S.A. e di Monti Ascensori presentano pochi elementi di somiglianza grafica, vale a dire le offerte economiche (che sono redatte effettivamente con lo stesso carattere di stampa, ma che sono poi abbastanza diverse nel contenuto) e le dichiarazioni ad essa allegate (rispetto alle quali, però, la ricorrente principale asserisce che l'identità dei caratteri dipende dal fatto che entrambe le ditte hanno utilizzato i moduli predisposti dalla stazione appaltante). Sono invece del tutto diversi:

- le polizze assicurative costituenti i depositi cauzionali provvisori (stipulate con compagnie diverse e in date diverse);
- i bollettini attestanti il versamento del contributo a favore dell'Autorità di ***** (i versamenti sono stati effettuati in giorni diversi e non nello stesso ufficio postale);
- le buste contenenti i documenti.

Pertanto, sotto questo profilo l'operato della stazione appaltante risulta non essere sorretto da quegli indizi che, normalmente, si riscontrano in casi del genere (identità dei plichi, delle polizze fideiussorie, dei bollettini di versamento del contributo, e così via) e sui quali si è formata la giurisprudenza che è stata richiamata negli atti difensivi della ricorrente principale e della ricorrente incidentale (ciascuna, ovviamente, pro domo sua).

3.4. Molto più rilevanti, almeno all'apparenza, sono invece gli altri indizi posti a base del provvedimento di esclusione censurato da C.S.A. (il che, come si dirà infra, rileva ai fini della delibazione della domanda risarcitoria), ma anche essi non possono essere ritenuti decisivi ai fini della prova dell'esistenza del collegamento sostanziale.

In effetti, come si è anticipato, la stazione appaltante ha attribuito rilievo dirimente alla duplice circostanza che:

- C.S.A. Coop. e Monti Ascensori possedevano, alla data di presentazione delle offerte, una partecipazione azionaria in C.S.A. International;
- vi è comunanza, nell'ambito delle tre imprese, di alcuni titolari di cariche sociali.

Al riguardo, si deve osservare che:

- l'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, codificando quelle che erano state le risultanze dei prevalenti orientamenti giurisprudenziali, stabilisce che vi è collegamento sostanziale quando, in base ad univoci elementi, risulti che le offerte provengono da un unico centro decisionale, il che significa che è necessario individuare quale sia il centro decisionale unitario. Di solito, si tratta di una persona fisica che, ad esempio, è amministratore unico di una società e, anche per interposta persona, socio (o direttore tecnico) di un'altra, oppure di un gruppo di soggetti che svolge funzioni dirigenziali in tutte le varie imprese collegate, oppure ancora di imprese che hanno in comune la sede legale e/o operativa, e così via.

Ma quando la presunta comunanza riguarda partecipazioni azionarie in società terze e non via sia una situazione di reciprocità (nel senso che anche l'impresa terza detiene partecipazioni nelle altre imprese, di modo che si abbia un intreccio di quote azionarie) non può dirsi che via sia un unico centro decisionale. In effetti, il punto debole della tesi della Provincia sta proprio nel fatto che, essendo indiscutibile che né C.S.A. International né Monti Ascensori avevano (alla data di presentazione delle offerte) una partecipazione azionaria in C.S.A. Coop., non si riesce ad individuare quale sia il centro decisionale unitario da cui promanerebbero le offerte escluse dalla presente gara (va precisato che Monti Ascensori ha dismesso la partecipazione azionaria in C.S.A. nel corso del 2006, mentre, come si è detto al precedente punto 3.1., C.S.A. è divenuta azionista di ***** solo nel luglio 2007). E questo costituisce una violazione del precetto normativo;

- per quanto concerne, invece, l'altra questione, si deve rilevare che i soggetti sui quali la Provincia ha appuntato le proprie attenzioni non ricoprono, in nessuna delle tre società, cariche direttive, né è stato provato (ma del resto neanche dedotto) che i signori ***** e ***** svolgono di fatto compiti operativi. Sul punto, non si può che rinviare alle esaustive argomentazioni difensive rassegnate da C.S.A. Coop. in merito ai modelli di direzione societaria previsti dal codice civile a seguito della riforma di cui ai decreti legislativi nn. 5 e 6 del 2003 (vedasi pagine 11-15 del ricorso introduttivo). In qualunque dei tre modelli attualmente previsti dal codice civile, le cariche rivestite dai signori ***** e ***** non implicano la spendita del potere gestionale dell'impresa. Tra l'altro, i signori ***** e ***** sono liberi professionisti, iscritti ai rispettivi Albi professionali, e non dipendenti di C.S.A. o di ***** , per cui è lecito inferire che, sino a prova contraria, i predetti professionisti ricoprono le numerose cariche societarie di cui si è detto solo in ragione della loro competenza tecnica.

Da tutto quanto esposto discende l'illegittimità dell'esclusione di C.S.A. Coop. e il conseguente accoglimento del ricorso principale, per quanto concerne l'azione impugnatoria. Il ricorso incidentale va invece rigettato.

4. Si deve a questo punto passare all'esame della domanda risarcitoria, con cui C.S.A. chiede in prima battuta la declaratoria del suo diritto all'aggiudicazione ed alla stipula del contratto, per la durata inizialmente fissata dal bando (risarcimento in forma specifica), e, in via subordinata, il ristoro del danno ingiusto cagionato dal provvedimento di esclusione, limitatamente alla parte del servizio che fosse stata già svolta da Elevant e che non fosse recuperabile a seguito del subentro di essa ricorrente principale.

L'esame della domanda risarcitoria presuppone tuttavia un preambolo, che si rende necessario in relazione al recente arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (ordinanza 27.12.2007, n. 27169, nella quale, come è noto, la Suprema Corte ha stabilito che il giudice amministrativo non può pronunciarsi

sulla sorte del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione che venga poi impugnata ed annullata dallo stesso g.a., e ciò in quanto trattasi di questione afferente una fase privatistica, id est concernente diritti soggettivi).

Ora, premesso che non è certo questa la sede ideale per disquisire sul fondamento teorico di tali asserzioni, si deve rilevare che le conclusioni a cui sono pervenute le SS.UU. non sembrano tenere conto del fatto che il D.Lgs. n. 80/1998 prima e la L. n. 205/2000 poi hanno attribuito al giudice amministrativo il potere (riconosciuto costituzionalmente legittimo dalla Corte Costituzionale - sentenze nn. 204 del 2004 e 191 del 2006) di attribuire al ricorrente vittorioso la reintegrazione in forma specifica.

In materia di appalti, la reintegrazione in forma specifica equivale alla declaratoria di spettanza dell'aggiudicazione, che però il giudice amministrativo non potrebbe pronunciare se, nelle more del giudizio, è stato stipulato il contratto con un altro concorrente (che non ne aveva diritto a causa dell'illegittimità dell'aggiudicazione). Questo perché, ovviamente, fino a che rimane in vita il contratto, l'avente diritto non potrebbe subentrare nell'appalto, visto che la posizione dell'aggiudicatario illegittimo poggerebbe su un negozio giuridico valido ed efficace e che non ci possono essere contemporaneamente due soggetti chiamati ad eseguire lo stesso appalto. E' solo questa la ragione per la quale, dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 80/1998, il giudice amministrativo ha preso ad occuparsi della sorte del contratto stipulato a seguito di gara successivamente annullata, e non perché dubitasse del fatto che con la stipula del contratto si apre una fase privatistica.

Pertanto, fermo restando che il contratto stipulato a seguito di procedura ad evidenza pubblica può essere impugnato di fronte al giudice civile anche successivamente alla scadenza del termine decadenziale previsto per l'impugnazione degli atti di gara (configurandosi un'ipotesi di doppia tutela, non infrequente nel nostro ordinamento), sia deducendone la nullità o l'annullabilità in base ai canoni civilistici, sia deducendone la caducazione per vizi afferenti la fase dell'evidenza pubblica, se (e solo se) nell'ambito del giudizio impugnatorio promosso per contestare gli atti di gara viene proposta la domanda di reintegrazione in forma specifica, il giudice amministrativo, laddove ritenga accoglibile tale domanda, deve necessariamente pronunciarsi sul contratto stipulato nelle more.

4.1. Passando quindi all'esame della domanda risarcitoria per equivalente, il Collegio, tenuto conto della difficoltà insita naturalmente negli accertamenti e nelle valutazioni che la stazione appaltante deve compiere ai fini dell'applicazione dell'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, ritiene sicuramente scusabile l'errore in cui è incorsa la Provincia nel momento in cui ha escluso C.S.A. Coop. Senza con questo voler asserire che i provvedimenti di esclusione per accertata situazione di collegamento sostanziale sono da ritenere di per sé "scusabili" ai fini della sussistenza di profili di responsabilità civile della stazione appaltante, è evidente che, specie in casi come quello all'esame del Tribunale, l'apprezzamento di circostanze fattuali (le quali, ovviamente, debbono essere invece accertate nella loro oggettività) che possono denotare l'esistenza di un collegamento sostanziale appartiene ad una sfera di discrezionalità insindacabile anche ai fini dell'accertamento della c.d. colpa d'apparato.

Pertanto, non sussistendo l'elemento soggettivo dell'illecito civile che la ricorrente attribuisce alla Provincia, in parte qua il ricorso principale va respinto.

4.2. La domanda di reintegrazione in forma specifica va invece accolta, con conseguente declaratoria del diritto di C.S.A. ad essere proclamata aggiudicataria dell'appalto ed a stipulare il contratto con l'Amministrazione resistente.

Il contratto eventualmente stipulato nelle more con Elevant è invece da dichiarare caducato, ai sensi dell'art. 246, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006.

Con riferimento a quanto appena detto, è necessaria una precisazione, in quanto, muovendo da un'ottica meramente civilistica, potrebbe apparire strano che, in presenza di una vicenda unitaria, la domanda risarcitoria trovi accoglimento solo in forma specifica e non anche per equivalente: infatti, trattandosi in entrambi i casi di una vicenda risarcitoria, si dovrebbe concludere che il Tribunale ritiene assente la colpa della P.A. ai fini della domanda ex art. 2043 c.c. e la ritiene invece sussistente ai fini della domanda proposta ex art. 2058 c.c., con ciò incorrendo in una palese contraddizione.

In realtà, si deve considerare che, pur costituendo il diritto civile la base da cui prende le mosse ogni ricostruzione di istituti che, dal diritto dei privati, vengono "trapiantati" in altri rami dell'ordinamento, è necessario tenere conto delle peculiarità dei singoli settori che costituiscono, nel loro insieme, l'ordinamento.

A giudizio del Tribunale, la reintegrazione in forma specifica di cui parlano le leggi amministrative non coincide in pieno con l'istituto disciplinato dall'art. 2058 c.c.; ed in effetti, la coincidenza si ha nelle vicende afferenti gli interessi legittimi c.d. oppositivi, ed in particolare nei giudizi che hanno ad oggetto procedure ablatorie. In questi casi, alla pronuncia di annullamento dell'atto ablatorio il giudice può far seguire, ove ne sia richiesto e ove ciò sia possibile materialmente, la condanna della P.A. a reintegrare in forma specifica la posizione del ricorrente (ad esempio, restituendo il suolo illegittimamente occupato e/o demolendo a proprie spese l'opera pubblica sullo stesso illegittimamente realizzata, ecc.).

Nel caso degli interessi pretensivi, invece, la reintegrazione in forma specifica deve essere vista come un ulteriore strumento di tutela dell'interesse del ricorrente, il quale può chiedere al giudice di pronunciarsi sulla spettanza del bene della vita controverso. In questo senso, si può anche parlare di effetto conseguente alla sentenza di annullamento, volendo con ciò intendere che, laddove la decisione sulla domanda impugnatoria affronti tutti i profili, sia formali che sostanziali, della vicenda controversa, si esplica nella sua massima forza il c.d. effetto conformativo della sentenza, dal che discende, in pratica, il riconoscimento del diritto del ricorrente a conseguire il bene della vita (riconoscimento che, in caso di "resistenze" della P.A. troverà poi piena soddisfazione in sede di ottemperanza al giudicato).

Intesa la reintegrazione in forma specifica nel senso che si è appena cercato di spiegare, non c'è alcuna contraddizione logica fra accoglimento della domanda di reintegrazione in forma specifica e reiezione della domanda risarcitoria per equivalente.

5. In conclusione, il ricorso principale va accolto in parte, mentre il ricorso incidentale va rigettato. Sussistono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

Sentiti i difensori delle parti costituite in ordine alla possibilità di definire nel merito il presente giudizio con sentenza in forma semplificata, ai sensi degli artt. 3 e 9 della L. 21.7.2000, n. 205.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Terza Sezione di Lecce - accoglie in parte il ricorso

principale e respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce, in camera di consiglio, il 30 gennaio 2008 e il 31 gennaio 2008.

Dott. ***** - Presidente

Dott. ***** - Estensore

Publicato mediante deposito

in Segreteria il 19.2.2008

<https://www.diritto.it/in-tema-di-gare-per-l-affidamento-di-appalti-pubblici-la-situazione-di-collegamento-so-stanziale-deve-sussistere-alla-data-di-presentazione-delle-offerte/>