

Obbligatoria esclusione dalla gara dei concorrenti per i quali venga stato accertato che le relative offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale sulla base di univoci elementi, anche se la procedura, unica, è divisa in più lotti: la parteci

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Sulla base di univoci elementi, quali l'identità del socio di maggioranza assoluta, l'esistenza di rapporti parentali tra le persone che rivestivano nei rispettivi ambiti societari cariche amministrative e rappresentative, l'identità di numero telefonico e di fax nonché

l'identità della tecnica redazionale delle domande di partecipazione vengono integrati gli estremi della violazione del citato articolo 34, secondo comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006 per il quale. Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi.

Non vi

è quindi dubbio che le offerte presentate da tali soggetti nell'ambito della procedura siano riconducibili ad un unico centro decisionale, sì da dare luogo alla sanzione dell'esclusione obbligatoria sancita dall'art. 2 dalla lex specialis e dall'art. 34 del codice dei contratti pubblici. Non può condurre ad un diverso approdo la circostanza, o valorizzata dal Primo Giudice, che la gara fosse divisa in cinque distinti lotti e che ognuna delle imprese collegate abbia presentato domanda per uno solo dei lotti diverso da quello delle altre. La molteplicità dei lotti non toglie infatti che si tratti di una gara unica inaugurata da un unico bando e caratterizzata dalla possibilità per ogni impresa di partecipare a tutti i lotti in esame

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 848 del 16 febbraio 2009 emessa dal Consiglio di Stato:

Segnatamente,
il reciproco condizionamento dei lotti, sub specie di aggiudicazione del solo lotto di importo più elevato
in caso di presentazione di
offerte per più di un lotto (capoverso 3 del punto 5 delle modalità di gara), dimostra che si tratta di una gara sostanzialmente unica e non di molteplici gare impermeabili l'una rispetto alle altre.

Da tale premessa si deve allora trarre il coerente precipitato della doverosa esclusione di tutti i soggetti che abbiano violato il divieto di partecipazione congiunta in base alla lex specialis ed alla normativa primaria, che non autorizzano distinzioni e limitazioni in caso di partecipazione disgiunta a lotti diversi.

Ma vi è di più

Se ne ricava che proprio la concentrazione di ognuna delle ditte collegate a lotti differenti costituisce l'espressione di quel centro decisionale unitario che la normativa primaria e speciale intendono evitare con la fissazione del divieto di partecipazione di imprese collegate alle medesima gara.

A cura di *****

N. 848/09

N. 9963/07 REG. RIC.

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. 9963/2007

del

19/12/2007, proposto dal Comune di REGGIO CALABRIA rappresentato e difeso dall'*****
con domicilio eletto in Roma, Via Cosseria n. 2 presso il dottor *****;

contro

la ALFA S.R.L., la ALFA PUBBLICITA' e l' ATI ALFADUE MANAGEMENT
SICILIAN PUBLICITY ADVERTISING SPA SRL, rappresentate e difese dagli avvocati ***** e
*****, con domicilio eletto in Roma, via Piave n. 52, presso l'avv. *****;

e nei confronti

della BETA S.R.L. non costituitasi;

e della DELTA PUBBLICITA' ESTERNA SPECIALE S.R.L. rappresentata e difesa dagli avvocati *****

e ***** con domicilio eletto in Roma, presso lo studio del secondo, via San Saba n. 7;

per la riforma

della sentenza del **TAR CALABRIA - REGGIO CALABRIA**

n.1149/2007 , resa tra le parti, concernente: esclusione da appalto per la realizzazione di impianti pubblicitari;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 11 Novembre 2008, relatore il Consigliere ***** ed uditi, altresì, gli avvocati ***** e ***** per delega, rispettivamente, degli ***** e *****;

FATTO E DIRITTO

1. Il Comune di Reggio Calabria
bandiva

una gara pubblica d'appalto per la realizzazione, installazione, manutenzione e gestione, per la durata di cinque anni, degli impianti pubblicitari ubicati nel suo territorio e su aree di proprietà comunale, a norma del vigente Piano degli Impianti Pubblicitari. La gara in questione prevedeva l'articolazione in più lotti distinti (per l'esattezza cinque) e attribuiva ai partecipanti il diritto di concorrere liberamente per uno o più lotti (e dunque anche per tutti i lotti a concorso, con la previsione, in tal caso, di meccanismi atti a distribuire tra i restanti partecipanti i lotti per l'ipotesi in cui un'impresa avesse formulato la migliore offerta per tutti lotti messi a gara).

La ALFA s.r.l. formulava un'offerta per il lotto 4, la ALFA Pubblicità s.r.l. un'offerta per i lotti 1 e 3 e l'ATI fra le imprese SPA e ALFADUEManagment un'offerta per il lotto 5.

Il Comune provvedeva quindi ad una prima provvisoria a aggiudicazione con verbale in data 30 novembre 2006, aggiudicando il lotto 1 alla ditta Alessi, il lotto 2 alla Publiemmmme, il lotto 3 alla Progetto5, il lotto 4 alla *****à e il lotto 5 all'ATI SPA-ALFADUE Managment.

Quindi, recependo i rilievi al riguardo svolti, l'Amministrazione provvedeva

ad una nuova aggiudicazione provvisoria e, in applicazione del disposto del richiamato articolo 5 del disciplinare di gara, con provvedimento n. 0190863 in data 7 dicembre 2006, disponeva

una nuova aggiudicazione provvisoria (lotto 1 alla ALFA Pubblicità, lotto n. 2 alla Progetto5, lotto 3 alla Leodari, lotto 4 alla *****, lotto 5 alla ATI SPA-ALFADUE Management).

L'aggiudicazione definitiva interveniva con determinazione n. 82 in data 29 dicembre 2006.

Contro tali provvedimenti proponeva

ricorso giurisdizionale la società BETA s.r.l., lamentando, tra l'altro, violazione dell'articolo 34 del decreto legislativo n. 163 in data 12 aprile 2006, nonché dell'articolo 97 della Costituzione e dell'articolo 3, lettera g), del bando di gara. La BETA s.r.l.

rappresentava

al Tribunale che il citato articolo 34 imponeva alle stazione appaltante di escludere dalla gara i concorrenti per i quali fosse stato accertato che le relative offerte fossero imputabili ad un unico centro decisionale sulla base di univoci elementi. Nel caso di specie, secondo la BETA s.r.l., le ditte ALFA Pubblicità s.r.l., ALFA s.r.l. e SPA s.r.l., sulla base di univoci elementi.

A seguito di tale rilievo, il Comune

comunicava, con nota in data 22 febbraio 2007, l'avvio di un procedimento volto alla esclusione ALFA Pubblicità s.r.l., ALFA s.r.l. e SPA s.r.l., dalla gara, per avere rilevato, tramite visori camerali, l'esistenza di un collegamento sostanziale tra le stesse tale da integrare gli estremi della violazione del citato articolo 34, secondo comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Con la

determinazione dirigenziale n. 691 in data 5 marzo 2007 il

Comune di Reggio Calabria, ha disposto l'esclusione di ALFA s.r.l., ALFA Pubblicità s.r.l., e di ATI SPA s.r.l.,

disponendo quindi la

revoca dell'aggiudicazione dei lotti 1 e 5 di tale appalto e la correlata aggiudicazione provvisoria di tali lotti in favore delle società controinteressate.

Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto dalle società eluse.

Appellano in via principale il Comune di Reggio Calabria ed in via incidentale (più precisamente con ricorso incidentale autonomo) la BETA s.r.l..

Si sono costituite

le parti in epigrafe specificate.

All'udienza del 12 novembre 2008 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Occorre preliminarmente disattendere l'eccezione di carenza di legittimazione attiva del procuratore costituito per conto del Comune resistente in ragione della mancanza di una preventiva autorizzazione da parte del competente dirigente al rilascio della procura alle liti ad opera del Sindaco.

In realtà, dagli articoli 36 e 35 della legge 142/1990, poi trasfusi negli artt. 48, comma 2, e 50, commi 2 e 3, del t.u. sugli ordinamenti degli enti locali, approvato con d. lgs. 267/2000, si evince il principio secondo cui competente a conferire al difensore del Comune la procura alle liti è il Sindaco, non essendo più necessaria l'autorizzazione della Giunta municipale, atteso che al Sindaco è attribuita la rappresentanza dell'Ente (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 10 maggio 2001, n. 186; 10 dicembre 2002, n. 17550). La decisione di agire e resistere in giudizio e il conseguente conferimento del mandato alle liti competono quindi, in via ordinaria e salva deroga statutaria, al rappresentante legale dell'ente senza bisogno di autorizzazione della giunta o del dirigente *ratione materiae* competente (Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2007, n. 4721).

3. L'appello è nel merito fondato.

Il provvedimento gravato in prime cure dà congiuntamente conto della sussistenza di univoci elementi attestanti il collegamento tra le ditte ALFA Pubblicità s.r.l., ALFA s.r.l. e ATI SPA s.r.l., sulla base di univoci elementi, quali l'identità del socio di maggioranza assoluta, l'esistenza di rapporti parentali tra le persone che rivestivano nei rispettivi ambiti societari cariche amministrative e rappresentative, l'identità di numero telefonico e di fax nonché

l'identità della tecnica redazionale delle domande di partecipazione .

Non vi è quindi dubbio che le offerte presentate da tali soggetti nell'ambito della procedura siano riconducibili ad un unico centro decisionale, sì da dare luogo alla sanzione dell'esclusione obbligatoria sancita dall'art. 2 dalla *lex specialis* e dall'art. 34 del codice dei contratti pubblici.

Non può condurre ad un diverso approdo la circostanza, o valorizzata dal Primo Giudice, che la gara fosse divisa in cinque distinti lotti e che ognuna delle imprese collegate abbia presentato domanda per uno solo dei lotti diverso da quello delle altre.

La molteplicità dei lotti non toglie infatti che si tratti di una gara unica inaugurata da un unico bando e caratterizzata dalla possibilità per ogni impresa di partecipare a tutti i lotti in esame. Segnatamente, il reciproco condizionamento dei lotti, sub specie di aggiudicazione del solo lotto di importo più elevato in caso di presentazione di offerte per più di un lotto (capoverso 3 del punto 5 delle modalità di gara), dimostra che si tratta di una gara sostanzialmente unica e non di molteplici gare impermeabili l'una rispetto alle altre.

Da tale premessa si deve allora trarre il coerente precipitato della doverosa esclusione di tutti i soggetti che abbiano violato il divieto di partecipazione congiunta in base alla *lex specialis* ed alla normativa primaria, che non autorizzano distinzioni e limitazioni in caso di partecipazione disgiunta a lotti diversi.

Si deve poi osservare che, anche sul piano della *ratio*, la partecipazione a lotti distinti, lungi dall'evidenziare una separatezza delle logiche operative, evidenzia una desistenza frutto di una presumibile scelta strategica unitaria. Se ne ricava che proprio la concentrazione di ognuna delle ditte collegate a lotti differenti costituisce l'espressione di quel centro decisionale unitario che la normativa primaria e speciale intendono evitare con la fissazione del divieto di partecipazione di imprese collegate alle medesima gara.

3. L'appello principale è pertanto fondato. Deve quindi trovare accoglimento anche il parallelo appello incidentale proposto dalla BETA s.r.l.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate nella misura di 5000,00 (cinquemila/00) euro da corrispondere, in via solidalmente passiva, da ALFA Pubblicità s.r.l., ALFA s.r.l. e dall'ATI fra le imprese SPA e ALFADUE Management in favore sia dell'appellante principale che di quello incidentale, per un importo complessivo di 10.000,00 (diecimila/00) euro.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello principale e l'appello incidentale e per l'effetto in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna le parti appellate al pagamento delle spese relative ai due gradi di giudizio che si liquidano nella misura complessiva di 10.000,00 (diecimila/00) euro.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 11 novembre 2008

con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. Domenico La Medica

Cons. Filoreto *****

Cons. *****

Cons. *****

Cons. *****

Est.

ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to *****

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....16/02/2009.....

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

**IL
DIRIGENTE**

f.to *****

<https://www.diritto.it/obbligatoria-esclusione-dalla-gara-dei-concorrenti-per-i-quali-venga-stato-accertato-che-le-relative-offerte-siano-imputabili-ad-un-unico-centro-decisionale-sulla-base-di-univoci-elementi-anche-se/>