



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 865 del 2007, proposto dalla
Impresa A. Conti S.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro
tempore, sig. Alberto Conti, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Andrea Musenga ed Elena Pinto e con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Andrea Cuccurullo, in Firenze, lungarno Vespucci n.
20

contro

Comune di Firenze, in persona del Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avv.ti Andrea Sansoni e Debora Pacini e
con domicilio eletto presso la Direzione Avvocatura, in Firenze,
piazza della Signoria (palazzo Vecchio)

Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e
forniture, in persona del legale rappresentante pro tempore, ex lege

rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze e domiciliata presso gli Uffici di questa, in Firenze, via degli Arazzieri n. 4

nei confronti di

Impresa CASP Società Cooperativa

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

- del provvedimento dirigenziale del Comune di Firenze n. 2007/DD/2456 del 14 marzo 2007, con cui è stata disposta l'esclusione dell'impresa A. Conti S.r.l. dalla procedura aperta per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria delle aree verdi nel territorio comunale e la segnalazione di quanto accaduto all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici;
 - del provvedimento, ancorché non ancora conosciuto, di annotazione nel casellario informatico dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici;
 - di ogni altro atto presupposto, prodromico, consequenziale e comunque connesso
- per la conseguente
riammissione della ricorrente alla gara e la cancellazione dell'annotazione nel casellario informatico dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici
nonché, in via gradata,
per la condanna

al risarcimento del danno da perdita di chances

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalla società ricorrente;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Firenze e dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici;

Vista l'ordinanza n. 516/2007 dell'8 giugno 2007, con cui è stata respinta l'istanza cautelare;

Visti le memorie ed i documenti depositati dalle parti a sostegno delle rispettive tesi e difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza;

Visto l'art. 120 del d.lgs. n. 104/2010 (codice del processo amministrativo);

Nominato relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2012 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi i difensori presenti delle parti costituite, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente, A. Conti S.r.l., espone di appartenere ad un gruppo societario riconducibile alla famiglia Conti, operante nel mercato vivaistico da svariati decenni, e di avere partecipato alla gara

indetta dal Comune di Firenze con bando del 18 gennaio 2007 per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria delle aree verdi del territorio comunale, per un importo complessivo di € 188.000.000,00.

1.1. A seguito delle operazioni di gara, risultava aggiudicataria provvisoria l'impresa Agriambiente Mugello di Barberino di Mugello (FI), su un totale di n. 84 offerte pervenute. Successivi controlli, tuttavia, portavano l'Amministrazione a ritenere, sulla base di una serie di elementi, che le offerte dell'esponente e della Conti Piante Rieti S.r.l. fossero imputabili ad un unico centro decisionale e che, pertanto, ai sensi dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, dovessero essere escluse dalla gara.

1.2. Per l'effetto, con determinazione dirigenziale n. 2456 del 14 marzo 2007 il Comune di Firenze escludeva dalla gara sia la A. Conti S.r.l., sia la Conti Piante Rieti S.r.l., disponendo la segnalazione di quanto accaduto all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (oltre a procedere alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria all'impresa Agriambiente Mugello e ad una nuova aggiudicazione provvisoria alla CASP Società Cooperativa).

2. Avverso la suddetta determinazione dirigenziale, nonché l'annotazione nel casellario informatico dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, è insorta la società esponente, gravandole con il ricorso in epigrafe e chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia.

2.1. A supporto del gravame, con cui ha chiesto, altresì, la riammissione alla gara, la cancellazione dell'annotazione nel casellario informatico della predetta Autorità e, in via gradata, il risarcimento del danno da perdita di chances, l'esponente ha dedotto i seguenti motivi:

- violazione dei principi fondamentali in materia di partecipazione alle gara d'appalto e della par condicio tra i concorrenti, e dei principi del giusto procedimento, di correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa, in quanto nel caso di specie non sarebbero ravvisabili elementi tali da giustificare l'asserzione della P.A. che vi sia un collegamento tra le imprese escluse, suscettibile di ricondurre le rispettive offerte ad un unico centro decisionale, non costituendo di per sé il vincolo familiare indizio dell'unicità di interessi tra le suddette imprese, e visto che neppure l'esistenza di forme di collegamento tra imprese partecipanti ad una stessa gara costituirebbe prova certa della violazione delle regole poste a tutela della correttezza delle procedure di gara;

- violazione dei principi del giusto procedimento, di correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa, eccesso di discrezionalità, eccesso di potere, giacché il Comune avrebbe fondato l'esclusione impugnata su un parere grafotecnico, secondo cui le grafie rinvenute sulle ricevute di pagamento della tassa sulle gare e sui contrassegni di invio postale, e delle firme a sottoscrizione delle offerte, sarebbero riconducibili ad un'unica mano, senza

instaurare nessun contraddittorio al riguardo con le imprese interessate e trascurando che il parere de quo sarebbe sprovvisto di valore sul piano probatorio. Privi di valore probatorio sarebbero anche gli ulteriori (presunti) elementi di collegamento adottati dalla P.A. (identità dell'ufficio postale da cui sono stati spediti i plichi recanti le offerte e della data delle marche da bollo apposte sulle offerte), in quanto le due società escluse, appartenendo ad uno stesso gruppo, per economizzare sulle spese si avvarrebbero di un medesimo soggetto per curare i descritti adempimenti.

3. Si è costituito in giudizio il Comune di Firenze, depositando un rapporto informativo dell'Ufficio Segreteria Generale e Affari Istituzionali – Servizio Contratti e Appalti in data 4 giugno 2007, con documentazione allegata.

3.1. Nella Camera di consiglio del 7 giugno 2007 il Collegio, ritenute infondate le censure avverso la disposta esclusione, sussistendo i presupposti per l'applicazione dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, con ordinanza n. 516/2007 ha respinto l'istanza cautelare.

3.2. Si è costituita in giudizio l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, depositando la nota recante comunicazione dell'annotazione della A. Conti S.r.l. nel casellario informatico, con allegata documentazione.

3.3. In vista dell'udienza di merito l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici ed il Comune di Firenze hanno depositato memoria difensiva (il secondo, allegando documentazione).

3.4. All'udienza pubblica del 24 gennaio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Il ricorso deve essere respinto per le ragioni già sommariamente esposte in sede cautelare, da cui il Collegio, anche ad un più approfondito esame, non ravvisa elementi per discostarsi.

4.1. Ed invero, all'epoca dell'impugnata esclusione il quadro normativo di riferimento era costituito dall'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, che faceva divieto di partecipare alla medesima gara ai concorrenti che si fossero trovati tra di loro in una delle situazioni di controllo previste dall'art. 2359 c.c., imponendo, altresì, alle stazioni appaltanti di escludere dalla gara i concorrenti per cui si fosse accertato, sulla base di univoci elementi, che le relative offerte erano imputabili ad un unico centro decisionale. Detta norma, applicabile *ratione temporis* al caso qui in esame, è stata abrogata dal comma 3 dell'art. 3 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, il quale, al comma 1, ha invece aggiunto all'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 la lett. m-quater), che contiene una disposizione simile. In particolare, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater), cit., sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessione e degli appalti di lavori, forniture e servizi (e non possono essere affidatari di subappalti, né stipulare i relativi contratti) i soggetti che si trovino, nei confronti di un altro partecipante alla stessa procedura di affidamento, nella situazione di controllo *ex art. 2359 c.c.* o in una qualunque relazione, anche di

fatto, qualora la situazione di controllo o la relazione comporti l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale. Come precisato dalla giurisprudenza (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 4 novembre 2010, n. 33167), dalle citate disposizioni emerge la rilevanza, ai fini dell'individuazione del cd. collegamento sostanziale, di un unico centro decisionale per le due imprese, avendo il Legislatore del 2009 – con l'eliminazione del riferimento agli elementi univoci – inteso evitare il ricorso ad elementi di carattere solo formale.

4.2. Sul punto, deve aggiungersi che l'art. 34 del d.lgs. n. 163/2006, nel testo originario, ha formato oggetto dell'intervento della Corte di Giustizia CE (Sez. IV, 19 maggio 2009, in C-538/07), la quale lo ha ritenuto incompatibile con il diritto comunitario (ed in specie, con i principi della concorrenza e della massima partecipazione) ove interpretato come norma che contiene una presunzione assoluta di collegamento sostanziale quando vi siano talune circostanze indizianti. La Corte ha, così, chiarito che il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale la quale, pur perseguendo gli obiettivi, legittimi, della parità di trattamento degli offerenti e della trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, prescriva un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo, o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara di appalto, senza lasciar loro la possibilità di dimostrare che non vi è stata alcuna

influenza del rapporto suddetto sul comportamento da esse tenuto nell'ambito della gara in discorso. La giurisprudenza nazionale successiva (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 dicembre 2009, n. 12679) ha desunto dalla decisione della Corte di Giustizia CE l'impossibilità di sanzionare l'accertato collegamento tra due imprese mediante l'automatica esclusione dalla procedura selettiva, sulla base di una presunzione di "inquinamento" del confronto concorrenziale, dovendosi accertare, invece, se in concreto la situazione di collegamento abbia influito sul comportamento delle imprese nell'ambito della gara: il rapporto tra le imprese può, quindi, giustificare l'esclusione soltanto se la stazione appaltante accerti che tale rapporto abbia influenzato la formulazione delle offerte, in modo che le predette imprese siano messe in grado di dimostrare l'insussistenza di rischi di turbative della selezione. Per escludere un'impresa, ritenendola in situazione di collegamento sostanziale con altra impresa partecipante alla stessa gara, non bastano, dunque, secondo questa giurisprudenza (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, n. 33167/2010, cit.), degli elementi meramente formali, come le buste simili, l'indirizzo, il rilascio della polizza fideiussoria, ma occorre dare la prova concreta dell'esistenza di un unico centro decisionale che governa le due o più imprese e che determina l'insorgenza di quelle commistioni che la normativa di settore intende evitare.

4.3. Tanto premesso, ad avviso del Collegio gli indizi raccolti dal Comune di Firenze nella vicenda de qua si appalesano pienamente

idonei a giustificare la decisione di escludere dalla gara la società ricorrente. Ed invero la pluralità, gravità ed univocità di tali indizi, tutti concordemente orientati nel senso della sussistenza di un collegamento sostanziale tra le due imprese interessate (la ricorrente e la Conti Piante Rieti S.r.l.), supporta la conclusione della riconducibilità delle offerte presentate da queste ad un unico centro decisionale, con conseguente vulnus ai principi di segretezza delle offerte, par condicio competitorum e, in definitiva, di libera concorrenza (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 20 luglio 2010, n. 16858; T.A.R. Liguria, Sez. II, 18 febbraio 2010, n. 609). Il Comune di Firenze, infatti, ha enucleato nel provvedimento gravato i seguenti quattro gruppi di indizi di collegamento sostanziale tra le due società sopra nominate:

- 1) l'identità delle grafie contenute sulle ricevute dei versamenti a favore dell'Autorità di Vigilanza e sui contrassegni presenti all'esterno dei plichi dell'offerte, nonché la provenienza da un'unica mano delle firme siglari apposte sui moduli A) ed in calce alle offerte presentate dalle due imprese, come da perizia grafologica della dr.ssa Roberta Guidi, perito che – ha specificato la difesa comunale – è iscritto all'Albo dei consulenti tecnici del Tribunale di Firenze;
- 2) l'intestazione dell'intero capitale sociale delle due società, in quote uguali, alle medesime quattro persone, e pertanto la circostanza che il sig. Alberto Conti, amministratore unico e direttore tecnico della ricorrente, sia al tempo stesso socio della Conti Piante Rieti S.r.l., e

che il sig. Gaetano Conti, amministratore unico e direttore tecnico di quest'ultima, sia, altresì, socio della ricorrente, come da visure camerali del 27 febbraio 2007;

3) il fatto che i contrassegni di posta celere all'esterno dei plichi delle rispettive offerte rechino, in basso a destra, il timbro dello stesso ufficio postale di Rieti, con la stessa data (14 febbraio 2007) e pressoché identico orario (12:52 e 12:53), sebbene una delle due ditte (proprio l'odierna ricorrente) abbia sede in Roma;

4) la presenza di marche da bollo sulle due offerte recanti stessa data (1° dicembre 2006) ed orario pressoché identico (18:43:44 e 18:43:50).

4.4. Ritiene il Collegio che la contemporanea presenza dei suindicati elementi valga a giustificare le conclusioni cui è pervenuta l'Amministrazione e che, pertanto, sia corretta la decisione di questa di escludere le due imprese dalla gara. Vero è che taluni degli elementi elencati hanno natura formale, e che per essi, se isolatamente analizzati, potrebbe anche parlarsi di mere coincidenze, di per sé non significative di una commistione di interessi tra le due imprese coinvolte. Lo stesso, tuttavia, non si può dire dell'intreccio azionario sopra descritto tra i membri della famiglia Conti, che, da sé solo, fa sorgere il dubbio della sussistenza di un unico centro decisionale: come si vedrà anche nel paragrafo successivo, non appare, infatti, molto verosimile che in un unico gruppo familiare, con distribuzione incrociata delle quote e delle cariche delle due

società tra i componenti del medesimo gruppo, vi sia stata una separazione – dal punto di vista informativo e delle comunicazioni che intercorrono tra tali componenti – così rigorosa, da consentire la presentazione di offerte distinte, oltre che formalmente, anche sostanzialmente. Deve aggiungersi che il Collegio è consapevole dell'esistenza di un recente indirizzo giurisprudenziale (v. C.d.S., Sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6469), secondo cui è illegittima l'esclusione di una ditta da una gara pubblica, qualora la situazione di collegamento sostanziale che è adottata a fondamento di detta esclusione sia desunta da elementi formali riguardanti le modalità di presentazione delle offerte (buste spedite nello stesso giorno e dallo stesso ufficio postale; garanzia fideiussoria rilasciata da una medesima agenzia con polizze emesse in sequenza nello stesso giorno; somiglianza della veste grafica; coincidenza tra le residenze anagrafiche dei legali rappresentanti), trattandosi di elementi che, di per sé, non sono tali da far necessariamente presumere la situazione di collegamento. È, altresì, ben noto al Collegio che, secondo la stessa giurisprudenza, nemmeno la presenza di intrecci societari tra le varie imprese coinvolte è sufficiente a dimostrare la situazione di reciproco condizionamento e, quindi, di collegamento sostanziale tra le medesime. Ritiene, tuttavia, il Collegio di non poter aderire a tale ultima considerazione e che invece nella fattispecie in esame, anche sulla base dell'inconsistenza delle giustificazioni addotte al riguardo dalla società ricorrente (su cui cfr. infra), la sommatoria degli

elementi raccolti dal Comune di Firenze, la loro univocità e convergenza – oltre alla suesposta gravità dell'indizio consistente negli intrecci azionari all'interno della famiglia Conti – depongano per la legittimità dell'esclusione impugnata.

4.5. Poco credibili si appalesano le spiegazioni contenute nel ricorso, tese a dimostrare l'irrilevanza degli indizi enucleati dall'Amministrazione comunale e poc'anzi riportati. Ed invero, è la medesima ricorrente ad ammettere che il rispetto della par condicio competitorum e del principio di segretezza delle offerte postula la mancanza tra i partecipanti alla gara di una relazione idonea a consentire un flusso informativo in merito ai contenuti delle rispettive offerte e, come si è già esposto, il Collegio condivide senz'altro un simile assunto. Se così è, tuttavia, appare, poi, contraddittorio che la stessa ricorrente insista sull'esistenza di un unico centro operativo per le due imprese coinvolte per quanto riguarda gli adempimenti procedurali della presentazione delle offerte (dovuto a ragioni di maggior economicità), negandolo, invece, con riferimento ai profili decisionali ed al contenuto delle offerte. Ciò, tanto più che, mentre si può ipotizzare l'affidamento dei citati adempimenti procedurali ad uno stesso soggetto, senza che ciò comporti una commistione di interessi tra le ditte, il vincolo parentale esistente tra i titolari delle stesse, con il connesso intreccio azionario, appare senz'altro un adeguato (forse il migliore) strumento per determinare quel flusso informativo sui contenuti delle offerte

che la normativa di settore vuole, invece, evitare. Del resto, anche le ragioni di economicità addotte per spiegare la predisposizione unitaria dei plichi e la loro spedizione da uno stesso ufficio postale non sono così plausibili come sostiene la ricorrente, poiché nel caso di specie l'ufficio postale utilizzato è quello di Rieti, mentre la ricorrente ha sede in Roma: dunque, se si trattasse esclusivamente degli adempimenti procedurali connessi alla spedizione delle offerte, e non della loro redazione unitaria – con la conseguente commistione informativa e decisionale – non si capirebbe perché piuttosto la A. Conti S.r.l. non abbia spedito il plico da Roma, anche per fugare ogni sospetto. Relativamente, poi, alla perizia grafologica, è assai significativo che la ricorrente non contesti le risultanze di essa circa la provenienza delle grafie da un'unica mano. Da ultimo, in sede di udienza pubblica la società si è rifatta all'elevato numero di ditte partecipanti alla gara per escludere che vi sia stata la possibilità di turbativa ipotizzata dalla P.A., ma è evidente che il numero delle ditte partecipanti alla gara de qua è elemento del tutto irrilevante ai fini che qui interessano, in quanto, di per sé, non esclude affatto che le ditte coinvolte abbiano almeno cercato di alterare la serietà della gara stessa, mediante le condotte (correttamente) sanzionate dal Comune di Firenze.

4.6. L'inconsistenza delle spiegazioni fornite dalla ricorrente vale poi, per il Collegio, a confutare le doglianze concernenti il contraddittorio procedimentale, nella considerazione che non vi può essere nessun

interesse alla sua effettuazione, ove le parti non possano ricavarne alcuna utilità (cfr. C.d.S., Sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8509). In ogni caso, il contraddittorio viene invocato con riguardo alle risultanze della perizia grafologica, ma si è visto che la determinazione impugnata è basata anche su altri (e più consistenti) elementi.

5. In definitiva, il ricorso è nel suo complesso infondato e deve, perciò, essere respinto, dovendosi, per l'effetto, respingere anche la domanda di risarcimento del danno.

6. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo in favore delle resistenti Amministrazioni.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana – Sezione Seconda – così definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, respingendo, altresì, la domanda di risarcimento dei danni.

Condanna la ricorrente al pagamento di spese ed onorari di causa, che liquida in via forfettaria in € 2.000,00 (duemila/00) per ognuna delle due Amministrazioni resistenti, per complessivi € 4.000,00 (quattromila/00), più accessori di legge.

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

Così deciso in Firenze, nella Camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2012, con l'intervento dei magistrati:

Angela Radesi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Pietro De Berardinis, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/03/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)