



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello proposto dall'ASSOCIAZIONE IRRIGAZIONE EST SESIA - Consorzio di irrigazione e di bonifica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ignazio Pagani, Paolo Scaparone e Andrea Guarino, ed elettivamente domiciliato presso quest'ultimo, in Roma, Piazza Borghese, n.3;

contro

ICE - IMPRESA COSTRUZIONI EDILI S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv.to Enrico Dagna, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv.to Silvio Crapolicchio, in Roma, Via dei Due Macelli, n. 60;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, Sezione II, n. 1779/2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'impresa appellata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

N. 3089/2005  
Reg.Dec.

N. 9391 Reg.Ric.  
ANNO 2004

DISPOSITIVO  
138/05

Accogliendo

✓

Alla pubblica udienza del 1° marzo 2005 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. Guarino, l'Avv. Scaparone, l'Avv. Pagani e l'Avv. Dagna;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

### FATTO

Con il ricorso in appello in epigrafe l'Associazione Irrigazione Est Sesia - Consorzio di irrigazione e di bonifica ha chiesto l'annullamento della suindicata sentenza con la quale il Tar del Piemonte ha accolto il ricorso proposto dall'impresa odierna appellata avverso il provvedimento di esclusione da una gara di appalto di alcuni lavori pubblici ed avverso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto ad altra società.

L'appello viene proposto per i seguenti motivi:

1) inammissibilità del ricorso di primo grado per l'omessa notificazione all'aggiudicatario della gara e per l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva;

2) erronea applicazione delle disposizioni della *lex specialis* della gara, dell'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994, dell'art. 2359 c.c. con riguardo alla necessaria esclusione delle imprese partecipanti alla gara che si trovano in situazione di controllo o collegamento.

L'impresa appellata si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione dell'appello e successivamente ha rinunciato al ricorso di primo grado nella parte relativa all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. L'impresa ricorrente in primo grado è stata esclusa da una procedura di gara per l'appalto di lavori pubblici perché ritenuta in situazione di collegamento sostanziale con altre società partecipanti alla gara, le cui offerte presentavano chiari indici della provenienza da un unico centro decisionale.

Con l'impugnata sentenza il Tar ha accolto il ricorso ed annullato gli atti impugnati (provvedimento di esclusione e di aggiudicazione provvisoria ad altra impresa), rilevando che:

a) gli elementi di carattere formale e sostanziale riscontrati dalla stazione appaltante con riguardo alle modalità di compilazione e presentazione delle offerte, la cui identità o somiglianza hanno indotto l'Associazione Irrigazione Est Sesia a desumere la loro provenienza da un unico centro di interessi, non costituiscono elementi che integrano la richiamata disciplina civilistica dettata in materia di società dall'art. 2359 c.c. e richiamata dall'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/94;

b) sia il bando, sia il capitolato speciale non prevedevano l'esclusione dei concorrenti dalla gara in relazione ad ipotesi di collegamento ulteriori rispetto a quelle di cui all'art. 10, comma 1 bis e pertanto, la stazione appaltante non poteva procedere all'esclusione della società ricorrente in assenza di una specifica clausola della *lex specialis* che la autorizzasse ad esercitare tale potere.

2. Con i primi due motivi di appello la stazione appaltante ripropone l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per l'omessa

notificazione all'aggiudicatario della gara e per l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva.

Va segnalato che l'impresa appellata ha rinunciato al ricorso di primo grado nella parte relativa all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, affermando di conservare il solo interesse all'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara e non anche l'interesse diretto alla rinnovazione della procedura concorsuale.

Di conseguenza, si deve dare atto della rinuncia al ricorso di primo grado nella parte relativa all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

Tale rinuncia non determina alcun effetto di improcedibilità per carenza di interesse in ordine alla restante parte della controversia (impugnazione del provvedimento di esclusione).

In primo luogo, infatti, tale provvedimento produce effetti negativi per l'impresa esclusa ulteriori rispetto alla mancata partecipazione alla gara, quali l'iscrizione nel casellario informatico dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici.

Inoltre, l'impresa esclusa da una gara, che ha limitato la propria impugnazione al provvedimento di esclusione, conserva un interesse processualmente rilevante a conseguire l'annullamento dell'esclusione, posto che da questo ritrae, quantomeno, il significativo vantaggio, sufficiente a sostenere la procedibilità del ricorso, di poter chiedere, in presenza di tutti gli altri presupposti, il risarcimento del pregiudizio patrimoniale sofferto in conseguenza della determinazione giudicata illegittima (negli stessi termini,

benché con riferimento ad un provvedimento di esclusione da un concorso per il pubblico impiego, v. Cons. Stato, V, n. 5196/2002).

Tale principio si pone in linea con quanto affermato di recente dalla Sezione circa la possibilità per un'impresa partecipante ad una pubblica gara di rinunciare ad avvalersi degli effetti conformativi del giudicato (in quel caso limitati alla durata residua del contratto) ed optare per il solo risarcimento per equivalente (Cons. Stato, VI, n. 7256/2004).

3.1. Si può quindi passare ad esaminare il merito della controversia.

Con il provvedimento annullato dalla sentenza impugnata, l'amministrazione ha escluso dalla gara tre imprese, tra cui quella appellata, ritenendo che "le offerte delle stesse non provenissero da soggetti distinti, bensì da un unico centro decisionale in situazione di collegamento sostanziale, con evidente alterazione della par condicio dei concorrenti"


In particolare, venivano riscontrati i seguenti indizi della provenienza delle offerte da un unico centro decisionale: caratteri simili ed analoga impaginatura dei tre plichi; presentazione contemporanea allo stesso ufficio postale, nella medesima ora e con numerazione progressiva; intrecci di parentela, di abitazioni personali degli amministratori e di sedi delle tre società; indicazione nell'offerta del medesimo numero di fax cui inviare le comunicazioni della gara; cauzioni provvisorie rilasciate dalla stessa società e anche in questo caso con numerazione progressiva del modello; compilazione a mano della stessa persona con la stessa grafia dei modelli forniti dall'amministrazione per le dichiarazioni di cui al punto f) del disciplinare di gara.

Come già detto, il giudice di primo grado ha ritenuto non sufficienti tali elementi ad integrare l'ipotesi di controllo di cui all'art. 2359 c.c., richiamato dall'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/94 ed ha rilevato l'assenza nel bando di gara di una clausola idonea a consentire l'esclusione per ipotesi di collegamento sostanziale ulteriori rispetto a quelle previste dalla citata disposizione.

3.2. Il ricorso in appello, con cui la stazione appaltante contesta tale statuizione, è fondato.

Preliminarmente, appare opportuno ricordare i principi affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994.

Nelle numerose decisioni, in cui è stata affrontata la questione, è stato posto in rilievo come la scelta da parte della pubblica amministrazione del soggetto con cui concludere un contratto di appalto di lavori pubblici si realizzi attraverso una serie procedimentale interamente regolata da norme pubblicistiche, preordinate all'individuazione del miglior contraente possibile, sia dal punto di vista soggettivo (con riferimento ai requisiti soggettivi, alle capacità tecniche, organizzative e finanziarie), sia dal punto di vista oggettivo, con riferimento all'economicità dell'offerta formulata e quindi al buon uso del denaro pubblico. Nel rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, enunciati dall'art. 97 della Costituzione, la predetta serie procedimentale si impernia sui postulati di trasparenza ed imparzialità che, a loro volta, si concretizzano nel principio della *par condicio* tra tutti i concorrenti, realizzata attraverso la previa predisposizione del bando di gara, e nel principio di concorsualità.



segretezza, completezza, serietà, autenticità e completezza delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni ed alle previsioni della *lex specialis*, nonché nella previa predisposizione da parte dell'amministrazione appaltante dei criteri di valutazione delle offerte (v, fra tutte, Cons. Stato, IV, n. 6367/2004).

Le finalità pubblicistiche cui sono preordinati tali principi (che possono sintetizzarsi nella esigenza di individuazione del "giusto" contraente) implicano che al loro rispetto non è vincolata soltanto la pubblica amministrazione, bensì anche coloro che intendono partecipare alla gara: su questi ultimi incombe, infatti, l'obbligo di presentare offerte che, al di là del loro profilo tecnico - economico (specifico oggetto della valutazione di merito da parte della stazione appaltante), devono avere le caratteristiche della completezza, della serietà, della indipendenza e della segretezza, le quali soltanto assicurano quel gioco della libera concorrenza e del libero confronto attraverso cui giungere all'individuazione del miglior contraente possibile.

In tale prospettiva la norma contenuta nell'articolo 10, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, secondo cui "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo previste dall'articolo 2359 del codice civile" si inquadra nell'ambito dei divieti normativi di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti dal legislatore capaci di formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità.

E' ormai pacifico che si tratti di una norma di ordine pubblico che trova applicazione indipendentemente da una specifica previsione in tal senso da parte dell'amministrazione appaltante: l'oggetto giuridico tutelato è quello del corretto e trasparente svolgimento delle gare per l'appalto dei lavori pubblici nelle quali il libero gioco della concorrenza e del libero confronto, finalizzati – come delineato - alla scelta del “giusto” contraente, risulterebbero irrimediabilmente alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi, tale essendo quello che – secondo la previsione del legislatore – si realizza concretamente nelle ipotesi controllo o collegamento societario indicato dall'articolo 2359 del codice civile (v. sempre, Cons. Stato, IV, n. 6367/2004).

Con la suddetta disposizione il legislatore ha inteso assicurare all'amministrazione appaltante una specifica (e preventiva) tutela dell'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente possibile, introducendo nella serie procedimentale la normativa sul collegamento e controllo societario elaborata ai fini civilistici e basata esclusivamente su di una presunzione assoluta (“...sono considerate...”, così recita testualmente la norma), *iuris et de iure*, non suscettibile di prova contraria.

La giurisprudenza ha poi precisato che ciò non esclude che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo societario atte ad alterare una gara di appalto, il che rende legittimo che l'amministrazione appaltante possa introdurre clausole di esclusione della gara in presenza di tali ulteriori ipotesi di fatto, con il limite della loro ragionevolezza e logicità rispetto alla

tutela che intende perseguire e cioè la corretta individuazione del "giusto" contraente (v., fra tutte, Cons. Stato, IV, n. 6424/2001; n. 923/2002; V, n. 2317/2004; VI, n. 5464/2004).

La stessa giurisprudenza ha precisato che, proprio in considerazione della peculiarità della materia e degli interessi pubblici tutelati, sarebbe irragionevole e contraddittorio richiedere nel bando la tipizzazione del fatto del collegamento o del controllo societario diverso da quello di cui all'articolo 2359 del codice civile, dal momento che una tale previsione farebbe refluire il perseguimento dell'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente nel mero controllo della regolarità formale del procedimento, esponendo quindi l'interesse protetto al pericolo di situazioni concrete di fenomeni di effettivo controllo o di altre situazioni societarie capaci di alterare la gara, non facilmente prevedibili o ipotizzabili

Mutuando un concetto proprio della dottrina penalistica, deve dirsi che la tutela apprestata all'interesse pubblico alla corretta e regolare scelta del "giusto" contraente è finalizzata ad evitare che il relativo bene giuridico sia addirittura messo in pericolo: infatti, quand'esso fosse già stato leso o vulnerato sarebbe molto difficile, se non addirittura impossibile una *restitutio in integrum*, salva l'ipotesi dell'annullamento della gara e la sua rinnovazione che però in ogni caso comporterebbe, per il tempo occorrente e per le risorse umane e finanziarie da impiegare e riallocare, un'offesa non riparabile ai principi di economicità, speditezza, celerità ed adeguatezza dell'azione amministrativa.


3.3. Ciò premesso, va rilevato che la fattispecie oggetto del presente giudizio si differenzia da quelle appena richiamate a causa dell'assenza nel

bando di gara di una clausola escludente per ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 2359 c.c. (il bando richiedeva, infatti, solo una dichiarazione relativa alla situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.).

Anche in questo caso si tratta di una questione già esaminata dalla giurisprudenza.


Con la sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 5196/2004, premessa l'equivalenza tra la nozione interna di imprese controllate e quella di fonte comunitaria di imprese collegate, è stato affermato che la *ratio* della legge in materia di lavori pubblici consiste nell'evitare il turbamento nello svolgimento della gara, derivante da situazioni di influenza dominante tra più imprese, che possano influire sulle offerte delle concorrenti, sulla loro media, e sulla conseguente soglia di anomalia, con connessa violazione dei principi di segretezza dell'offerta, della *par condicio* e della trasparenza.

Il rispetto dei fondamentali principi della *par condicio* e della segretezza delle offerte, posti a garanzia della regolarità della procedura concorsuale, nell'interesse sia della pubblica amministrazione che dei partecipanti, postula necessariamente che fra i concorrenti ad una gara non venga in rilievo una relazione idonea a consentire un flusso formativo (delle offerte), e informativo in merito alla fissazione dell'offerta, ovvero agli elementi valutativi ad essa sottostanti; in presenza di significativi indizi sintomatici, il rischio di una intesa preventiva si traduce in una seria e ragionevole presunzione che le offerte dei diversi concorrenti siano riconducibili al medesimo centro decisionale.



Nella citata decisione, la IV Sezione ha quindi ritenuto che, a prescindere dall'inserimento di una apposita clausola nel bando di gara, in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti attestanti la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, è consentita l'esclusione delle imprese, benché non si trovino in situazione di controllo ex art. 2359 c.c. (altrimenti sarebbe facile eludere la descritta norma imperativa posta a tutela della concorrenza e della regolarità delle procedure di gara).

Tale orientamento è stato poi confermato dalla V Sezione del Consiglio di Stato, che ha ribadito che la circostanza che il bando di gara faccia esplicito riferimento, come nel caso di specie, solo all'art. 2359 c.c. non può precludere all'Amministrazione di disporre l'esclusione di imprese che vengano reputate in una situazione di collegamento sostanziale, se gli elementi che connotano il caso concreto facciano ritenere violati i principi generali in materia di pubbliche gare posti a garanzia della correttezza delle procedure. In tale evenienza, infatti, prevale l'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara ed in particolare la *par condicio* fra tutti i concorrenti nonché la serietà, completezza, completezza ed indipendenza delle offerte, in modo da evitare che, attraverso meccanismi di influenza societari, pur non integranti collegamenti o controlli di cui all'art. 2359 c.c., possa essere alterata la competizione, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente. L'esclusione dalla gara deriva dall'applicazione diretta dei già richiamati principi posti a tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della *par condicio* dei concorrenti, anche a prescindere da una esplicita



previsione in tal senso operata dal bando di gara (Cons. Stato, V, n. 7894/2004).

3.4. La Sezione ritiene di dover aderire a tale ultimo orientamento.

Alle condivisibili considerazioni contenute nei richiamati precedenti, può essere aggiunto quanto segue.

L'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994 richiama le situazioni di controllo ex art. 2359 c.c., ma si riferisce chiaramente a tutte le imprese partecipanti alle pubbliche gare, anche se non costituite in forma societaria.

L'art. 2359 c.c. prevede alcune fattispecie di controllo e di collegamento riferite alle sole società.

Deve però escludersi che il divieto di partecipazione (che determina l'esclusione) si applichi solo alle società, perché è evidente che la *ratio* del divieto, e lo stesso dato letterale del citato comma 1 bis, si riferiscono a qualsiasi tipo di impresa, altrimenti la struttura di impresa non societaria costituirebbe soltanto lo strumento per frodare la legge.

Deve quindi ritenersi che l'esclusione prevista dall'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994, riguardi non solo le ipotesi di influenza dominante tipizzate dalle società dall'art. 2359 c.c., o le altre fattispecie di controllo societario, ma ogni caso di reciproca influenza tra le imprese partecipanti alla gara, idonea a violare il principio della *par condicio* e della segretezza delle offerte.

Pertanto, la previsione di cui al citato art. 10, comma 1 bis (applicabile, come già detto, anche in assenza di specifiche previsioni nel bando) non è limitata alle ipotesi di controllo societario ex art. 2359 c.c.,

ma si estende a tutti quei casi in cui sussistano indizi chiari, gravi e concordanti, non previamente tipizzabili, della provenienza delle offerte da un unico centro decisionale.

Limitare l'applicabilità della norma alle sole ipotesi di controllo societario tipizzate dall'art. 2359 c.c. significherebbe svuotarne il contenuto e consentirebbe di eludere facilmente la *ratio* del divieto.

Benché sia preferibile che tale divieto venga rafforzato attraverso espresse clausole del bando di gara, anche in assenza di tali previsioni nella *lex specialis* la stazione appaltante deve comunque disporre l'esclusione di quelle offerte, contenenti i richiamati indizi di una concordata modalità di presentazione e formulazione, ovvero della provenienza da un unico centro decisionale.

3.5. Nel caso di specie, i già descritti comuni elementi di presentazione delle offerte da parte delle tre imprese escluse costituiscono proprio quegli indizi gravi, precisi e concordanti della provenienza delle offerte da un unico centro decisionale (peraltro, si tratta di elementi uguali od analoghi a quelli riscontrati nelle fattispecie oggetto dei richiamati precedenti giurisprudenziali).

Nel corso del giudizio, il Consorzio appellante ha inoltre fornito ulteriori elementi idonei a rafforzare la prova già acquisita nella procedura di gara: le offerte delle imprese presentano analogie anche nella concreta formulazione del prezzo (scaglionate sempre per circa un punto percentuale); dal casellario informatico dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici risulta che nell'anno 2004 altre due amministrazioni hanno escluso le stesse tre imprese da procedure di appalto per la medesima ragione

(situazione di collegamento sostanziale); le modalità di formulazione delle offerte ricorrono per le tre imprese anche in altre procedure di gara, pur non essendo stata disposta l'esclusione.

Si tratta di meri elementi aggiuntivi, che rafforzano quanto già rilevato dalla stazione appaltante in sede di procedura di gara.

Pertanto, diversamente da quanto ritenuto dal giudice di primo grado, sussistevano i presupposti per disporre l'esclusione delle tre imprese ai sensi dell'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994, come interpretato in precedenza, e dei principi generali soprarichiamati.

4. In conclusione, deve essere dato atto della rinuncia al ricorso di primo grado nella parte relativa all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, mentre deve essere accolto nel resto il ricorso in appello e, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado avverso il provvedimento di esclusione dalla gara.

Attesa la parziale novità della questione, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

#### **P. Q. M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, dà atto della rinuncia al ricorso di primo grado nella parte relativa all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria.


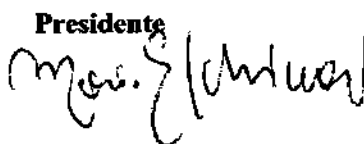
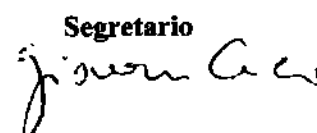
Accoglie il ricorso in appello e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado avverso il provvedimento di esclusione dalla gara.

*Spese compensate.*

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

Così deciso in Roma, il 1-3-2005 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Mario Egidio Schinaia	Presidente
Luigi Maruotti	Consigliere
Giuseppe Minicone	Consigliere
Lanfranco Balucani	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere Est.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 13.06.2005  
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)  
Il Direttore della Sezione

*M. P. ...*

CONSIGLIO DI STATO  
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi 13.06.2005... copia conforme alla presente è stata trasmessa  
al Ministero... ATTIVITÀ PRODUTTIVE REG. PIEMONTE,  
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n. 642

Il Direttore della Segreteria  
*Antonio ...*