

Accertamento del collegamento tra imprese in gara: un'investigazione da effettuare caso per caso

di Gianmarco Tivolacci

Data di pubblicazione: 28-9-2016

1. La sola circostanza che il medesimo soggetto rivesta la carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione di due società distinte che concorrono autonomamente nella gara per l'aggiudicazione di un appalto per progettazione e esecuzione lavori, non determina, di per sé, la sussistenza di un unico centro decisionale nella formulazione delle offerte con conseguente violazione dell'art. 38 lettera m *quater* del Codice dei contratti.

L'accertamento dell'esistenza di un collegamento sostanziale tra le imprese partecipanti suscettibile di arrecare un pregiudizio alla procedura è rimesso alla riscontrata sussistenza di un numero sufficiente di indizi –soggettivi e/o incidenti sulle concrete modalità di redazione e presentazione dell'offerta- legati tra di loro da un nesso oggettivo di gravità, precisione e concordanza tale da giustificare la correttezza dello strumento presuntivo di verifica. (1).

(1) conformi: CdS, III, 23.1.2014 n. 6379; CdS, V, 8.4.2014 n. 1668; CdS VI, 2.2.2015 n. 462

Guida alla lettura

La sentenza sopra indicata affronta il delicato problema dell'accertamento della sussistenza di un collegamento sostanziale tra due o più imprese partecipanti alla medesima gara suscettibile di ricondurre le relative distinte offerte ad un unico centro decisionale, con conseguente automatica violazione del principio di segretezza delle offerte e del principio della *par condicio* tra le partecipanti alla gara.

Il collegio cagliaritano ha compiutamente riportato il dato normativo di riferimento cogente –ratione temporis- conseguente alla riformulazione, ad opera del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, degli articoli 34 e 38, del D.L.vo 12 aprile 2016 n. 163, con l'inserimento, nel comma 1 dell'articolo 38, di una nuova lettera m-*quater*), che ha modificato il precedente sistema normativo nel quale la sussistenza di situazioni di controllo o di collegamento rappresentava, in modo pressoché automatico, ragione di esclusione dalla gara, a prescindere dalla prova in concreto circa il reciproco condizionamento delle offerte. Risulta richiamato anche il correlato precedente giurisprudenziale della sentenza della Corte di Giustizia, 19 maggio 2009 in causa C-538/07 –ispiratrice della richiamata novella del 2009- con la quale si è affermato che il diritto

comunitario si oppone a che una disposizione nazionale istituisca un divieto assoluto a carico di imprese - fra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano fra loro collegate - di partecipare in modo simultaneo e concorrenziale alla stessa gara d'appalto, senza lasciar loro la possibilità di dimostrare che tale rapporto non influisce, in concreto, sul rispettivo comportamento nell'ambito della procedura di gara. Ne consegue che il fondamento dell'art. 38 comma 1 lettera m *quater* del Codice deve essere rinvenuto nell'esigenza di tutelare la trasparenza, la correttezza, la buona fede dell'azione amministrativa e la libera concorrenza tra gli operatori, e l'ambito applicativo dello stesso deve dunque essere circoscritto alle ipotesi in cui gli indici rivelatori del collegamento sostanziale si manifestano come univoci e concordanti, sicuramente rivelatori di un unico centro decisionale nella formazione delle offerte.

La sentenza in commento, richiamando alcune tradizionali *"regole di esperienza"* elaborate nel tempo dalla giurisprudenza, ha dunque effettuato la valutazione del **caso concreto** verificando la sussistenza di alcuni indizi estrinseci rivelatori di un eventuale collegamento tra le due imprese, concludendo per l'inesistenza di un unico centro decisionale e per la correttezza dell'ammissione delle offerte presentate.

L'analisi dei precedenti più recenti, successivi alla richiamata novella del 2009, conferma la sostanziale uniformità di ragionamento operata dalla costante giurisprudenza, la quale, in conformità ai principi sopra enunciati, richiede la dimostrazione concreta che le concorrenti legate dal punto di vista societario o in virtù di rapporti familiari abbiano inteso falsare la selezione concorsuale concordando le rispettive offerte.

In particolare, (Cds V, 1° agosto 2015 n. 3772) la fattispecie prevista dalla più volte citata lett. m-*quater* dell'art. 38 cod. contratti pubblici viene definita come una fattispecie *"di "pericolo presunto" (secondo una terminologia penalistica), coerentemente con la sua funzione di garanzia di tipo preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua nelle procedure ad evidenza pubblica"*. In tal senso la concreta **incidenza delle offerte** concordate **sull'esito della selezione** non costituisce un elemento strutturale dell'ipotesi prefigurata dal legislatore. *"L'influenza determinante sull'individuazione della migliore offerta non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili "esogene" rispetto alla loro volontà, quali, ad es. il numero delle partecipanti e l'entità dei ribassi, comunque non idonee ad elidere il disvalore della condotta volta ad alterare la competizione"*.

Alla luce della descritta situazione normativa e giurisprudenziale, permane, comunque l'oggettiva difficoltà per l'interprete, davanti al caso concreto, di soddisfare pienamente l'esigenza di tutela della correttezza delle operazioni di gara perseguita dalla norma. Non sfugge, infatti, che nel caso in cui più imprese, effettivamente collegate in un unico centro decisionale, volessero scientemente approfittare di tale situazione, presentando offerte concordate, ben potrebbe ipotizzarsi che attraverso minimi accorgimenti operativi si possa vanificare il controllo sui riportati elementi estrinseci soggettivi, strutturali e di modalità di presentazione dell'offerta, che vengono considerati quali indici rivelatori del collegamento.

Sotto tale profilo, la recentissima evoluzione normativa non offre novità di rilievo. Il contenuto

del previgente art. 38 comma 1 lett. m quater del D.L.vo 12 aprile 2016 n. 163, risulta, infatti, trasposto, alla lettera, nel nuovo art. 8° comma 5 lett. m) del D.L.vo 18 aprile 2016 n. 50.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 161 del 2016, proposto da: Nbi S.p.a. in proprio e Mandataria Ati, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Gianluca Luzi C.F. LZUGLC69C16H501S, Massimo Frontoni C.F. FRNMSM64P08H501R, con domicilio eletto presso Claudia Putzolu in Cagliari, Vico 2° Merello; Impresa Pellegrini Raffaello S.r.l. in proprio e Mandante Ati, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Frontoni C.F. FRNMSM64P08H501R, Gianluca Luzi C.F. LZUGLC69C16H501S, con domicilio eletto presso Claudia Putzolu in Cagliari, Vico 2° Merello;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria Cagliari, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Barberio C.F. BRBMRA68B16G113M, Stefano Porcu C.F. PRCSFN68M02G113Z, con domicilio eletto presso Mauro Barberio in Cagliari, Via Garibaldi n. 105;

nei confronti di

Impresa Bacchi S.r.l. in proprio e designata Mandataria Costituenda Ati, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Pasquale Cannas C.F. CNNNRP65D21L953R, Mauro Ciani C.F. CNIMRA55D14H620N, Stefano Vinti C.F. VNTSFN60T27G273Y, con domicilio eletto presso Andrea Pasquale Cannas in Cagliari, Via Dante n. 19; Gruppo Psc in proprio e Designata Mandante Costituenda Ati non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 18 del 20 gennaio 2016, con la quale la stazione appaltante ha definitivamente aggiudicato la procedura aperta per l'affidamento della progettazione

esecutiva, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta sulla base del progetto preliminare, dei lavori di realizzazione del blocco "R" del Policlinico di Monserrato" in favore dell'ATI IMPRESA BACCHI S.r.l. - GRUPPO PSC s.p.a., comunicata ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett. a), del d.lgs. 163/2006 con nota prot. 807 del 21 gennaio 2016;

- della nota prot. 807 del 21 gennaio 2016 di comunicazione ex art. 79, comma 5, lettera a) del D.lgs. 163/2006 e s.m.i. della intervenuta aggiudicazione definitiva;

- di tutti i verbali della commissione giudicatrice della gara, inclusi i verbali delle sedute riservate, nonché del verbale delle operazioni del responsabile unico del procedimento, nella parte in cui non si è proceduto alla esclusione dell'ATI aggiudicataria ed alla verifica di anomalia della offerta dalla medesima presentata per i motivi infra eccepiti;

- del verbale di aggiudicazione provvisoria;

- della deliberazione n. 1154 del 26 novembre 2015 della stazione appaltante di approvazione dei verbali di gara ed aggiudicazione provvisoria;

- di ogni atto presupposto, antecedente, consequenziale o comunque connesso con quelli impugnati, incluso il bando di gara e disciplinare di gara, per quanto lesivi della posizione giuridica del ricorrente ovvero il contratto di appalto, ove, nelle more, stipulato, nonché per quanto occorrere possa il silenzio - rigetto formatosi sulla istanza ex art. 243 bis inoltrata dalla esponente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Ospedaliero Universitaria di Cagliari e di Impresa Bacchi S.r.l. in proprio e designata Mandataria Costituenda Ati;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2016 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta dall'Azienda ospedaliero universitaria di Cagliari per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta dei lavori di realizzazione del blocco "R" del policlinico di Monserrato.

La gara è stata aggiudicata al raggruppamento costituito dall'Impresa Bacchi s.r.l.

(mandataria) e Gruppo PSC (mandante).

Tra i concorrenti che hanno partecipato alla gara vi era il raggruppamento Grandi Lavori Fincosit s.p.a. (mandataria) – Tepo (mandante), risultato penultimo.

La ricorrente ha verificato che il sig. Vito Alfonso Gamberale ricopre la carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione sia della Gruppo PSC s.p.a. (di cui è pure consigliere e socio di minoranza detenendo la quota del 14,155 del capitale sociale) sia della Grandi Lavori Fincosit sp.a..

Secondo la ricorrente entrambi i concorrenti andavano esclusi dalla gara ai sensi dell'art. 38 lettera m quater del codice dei contratti.

Avverso tutti gli atti in epigrafe indicati insorgeva la ricorrente deducendo le seguenti articolate censure:

1) violazione e falsa applicazione di norme imperative art. 38 comma 1 lettera m quater e comma 2 d.lgs. 163/2006, violazione lex specialis, violazione del fondamentale principio di segretezza e autonomia e indipendenza delle offerte, eccesso di potere sotto il profilo della arbitrarietà ed illogicità, nonché per difetto di istruttoria;

2) violazione e falsa applicazione norme imperative art. 46 d.lgs. 163 del 2006, eccesso di potere sotto il profilo della arbitrarietà ed illogicità, violazione lex specialis per nullità e/o inefficacia della offerta;

3) violazione e falsa applicazione norme imperative art. 38 comma 1 lett. C) e comma 2 d.lgs. 163/2006, eccesso di potere sotto il profilo della arbitrarietà ed illogicità;

4) violazione e falsa applicazione norme imperative artt. 24, 29 e 32 d.P.R. 207/2010, nonché art. 86 d.lgs. 163/2006, violazione lex specialis, eccesso di potere sotto il profilo della arbitrarietà, contraddittorietà e illogicità.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso previa concessione di idonea misura cautelare.

Si costituivano l'Azienda ospedaliero universitaria di Cagliari e la controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso.

Il 4 marzo 2016 la controinteressata depositava memoria difensiva.

Il 25 marzo 2016 la ricorrente e la controinteressata depositavano memoria difensiva.

Il 26 marzo 2016 l'Amministrazione depositava memoria difensiva.

Il 1° aprile 2016 la ricorrente e la controinteressata depositavano memoria difensiva.

Alla udienza pubblica del 13 aprile 2016 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

La censura fondamentale dedotta dalla ricorrente muove da un unico presupposto di fatto e cioè che il sig. Gamberale riveste la carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione sia della Gruppo PSC s.p.a. (di cui è pure consigliere e socio di minoranza detenendo la quota del 14,155 del capitale sociale) sia della Grandi Lavori Fincosit s.p.a.. Ciò avrebbe determinato la sussistenza di un unico centro decisionale nella formulazione delle offerte con conseguente violazione dell'art. 38 lettera m quater del Codice dei contratti.

Questo, in sintesi, il punto essenziale su cui verte il ricorso.

Esso è infondato.

Necessita qui una compiuta ricostruzione del quadro normativo di riferimento da svolgersi tenendo conto che, rispetto alla versione originaria del Codice, è sopravvenuta l'abrogazione dell'art. 34 comma 2 d.lgs. n. 163 del 2006 ad opera dell'art. 3 comma 3 del d.l. n. 135 del 2009 ed il contestuale inserimento all'art. 38 comma 1, ad opera dell'art. 3 comma 1 del medesimo d.l. 135/2009, della disposizione che di seguito viene riportata:

sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

“m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”.

La prima parte del secondo comma dell'articolo 34 d.lgs. n. 163 del 2006 (nel testo precedente alla sopra citata abrogazione) aveva riprodotto la previsione già contenuta nel comma 1-bis dell'art. 10 della legge 11 febbraio 1994 n. 104, stabilendo che “non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile”.

Ad eccezione dell'estensione del suo ambito applicativo (lavori, servizi e forniture), questa parte della disposizione era, infatti, sostanzialmente identica al disposto di cui all'art. 10 comma 1-bis della legge 11 febbraio 1994 n. 104.

La seconda parte dell'art. 34, comma 2 citato aveva, invece, recepito l'orientamento giurisprudenziale prevalente, secondo cui le Stazioni appaltanti procedono all'esclusione dalla gara dei soggetti tra i quali accertano la sussistenza di un “collegamento sostanziale”. Recitava, infatti, la disposizione “le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”. Il Legislatore del Codice dei contratti, non ha ritenuto quindi sufficiente il rinvio alla normativa del codice civile in materia di collegamento societario, ma ha introdotto un'autonoma disciplina che rimetteva alla Stazione appaltante il compito di qualificare nel

bando di gara le fattispecie a tal fine rilevanti e di applicare la conseguente sanzione dell'esclusione.

In sostanza, la prima disposizione, utilizzando la tecnica normativa della presunzione assoluta, comminava la sanzione dell'esclusione di fronte a legami soggettivi tra i partecipanti a prescindere dal comportamento posto in essere durante la gara; la seconda parte facoltizzava l'assunzione di un provvedimento di esclusione da parte delle Stazioni appaltanti per fattispecie di tipo comportamentale.

Il fatto che il Legislatore, nella prima parte dell'articolo in esame, abbia ripetuto il richiamo, già operato dalla Legge Merloni, alle ipotesi di controllo societario di cui all'art. 2359 cod. civ., consente di affermare che a dette ipotesi poteva essere applicata automaticamente, la sanzione dell'esclusione attraverso una verifica ancorata a parametri oggettivi, non suscettibili di valutazioni discrezionali da parte della Stazione appaltante, imponendo, al contrario, il secondo divieto, valutazioni puntuali e specifiche correlate al caso concreto ed implicanti un potere discrezionale scrutinabile secondo i criteri della ragionevolezza e della congruità.

L'art. 34 del d.lgs. n. 163 del 2006, poneva quindi, il delicato problema del raggiungimento di un equilibrio tra due valori costituzionali: la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Costituzione) con la conseguente necessità di garantire tendenzialmente a tutti gli operatori il libero accesso al mercato, e l'imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Costituzione), che impone la necessaria trasparenza delle operazioni di gara.

Non è superfluo precisare che la nozione comunitaria di collegamento, corrisponde in sostanza a quella nazionale di controllo, tenuto conto che l'art. 63 della Direttiva 2004/18/CE, riproduceva, anche se in materia di appalti aggiudicati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, la tradizionale definizione comunitaria di "impresa collegata" qualificata come quella soggetta alla influenza dominante di altra impresa; altri casi, sono largamente riconducibili a quelli di cui al primo comma dell'art. 2359 c.c. in cui l'influenza dominante si presume.

Se come detto quindi, la nozione comunitaria di collegamento corrisponde al concetto nazionale di controllo, tutte le altre situazioni di interferenza tra imprese restano fuori dalla considerazione del legislatore europeo. La ratio di tale scelta si deve attribuire alla volontà di garantire la massima apertura concorrenziale nell'accesso alle gare.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza Sez. IV - 19 maggio 2009, causa C – 538/2007) si è pronunciata sulla questione pregiudiziale proposta ai sensi dell'art. 234 Trattato UE, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia con decisione 14 novembre 2007, in ordine all'interpretazione dell'art. 29 primo comma della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, nonché dei principi generali del diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

La questione era così posta: "se l'art. 29 della direttiva 92/50 (...), nel prevedere sette ipotesi di esclusione dalla partecipazione agli appalti di servizi, configuri un "numerus clausus" di ipotesi ostative e, quindi, inibisca all'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/94 (poi sostituito

dall'art. 34, ultimo comma, del decreto legislativo n. 163/06) di stabilire il divieto di partecipazione simultanea alla gara per le imprese che si trovino fra loro in rapporto di controllo”.

La Corte ha affermato che questo elenco tassativo non esclude la facoltà degli Stati membri di mantenere o di stabilire, in aggiunta a tali cause di esclusione, norme sostanziali dirette, in particolare, a garantire, in materia di appalti pubblici, il rispetto dei principi di parità di trattamento di tutti gli offerenti e di trasparenza, che costituiscono la base delle direttive comunitarie relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, a condizione però che venga rispettato il principio di proporzionalità.

La Corte ha altresì ricordato che le norme comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici sono state adottate nell'ambito della realizzazione del mercato interno, nel quale è assicurata la libera circolazione e sono eliminate le restrizioni alla concorrenza e che in tale contesto di un mercato interno unico e di concorrenza effettiva, è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto.

Una normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti.

I raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti.

In tale contesto, afferma sempre la Corte, “il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare. La constatazione di un'influenza siffatta, in qualunque forma, è sufficiente per escludere tali imprese dalla procedura di cui trattasi. Per contro, la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura”.

Concludeva la Corte di Giustizia nel senso che “il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca 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

d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara".

L'ampio riferimento alla pronuncia della Corte di Giustizia era necessario per fornire una corretta interpretazione dell'art. 38 comma 1 lett. m quater d.lgs. n. 163 del 2006.

Se la disposizione rinveniva il suo fondamento nell'esigenza di tutelare la trasparenza, la correttezza, la buona fede dell'azione amministrativa e la libera concorrenza tra gli operatori, l'ambito applicativo della stessa doveva essere circoscritto alle ipotesi in cui gli indici rivelatori del collegamento sostanziale si fossero manifestati univoci, concordanti, sicuramente rivelatori di un unico centro decisionale nella formazione delle offerte.

Ciò in quanto, va ricordato, che il collegamento è anzitutto un fenomeno di natura meramente economico-funzionale tra imprese, finalizzato all'utilizzo del potenziale di ciascuna in una logica di gruppo; dunque, esso non comporta necessariamente la nascita di un autonomo centro di interessi poiché le società collegate mantengono la propria personalità giuridica e la propria autonomia.

Solo laddove, insomma, vi sia unicità di centro decisionale, permanente o occasionale ma comunque perfezionato, in relazione alla singola gara è preciso dovere dell'amministrazione aggiudicatrice procedere all'esclusione delle offerte.

Abrogato l'art. 34 comma 2, è l'art. 38 comma 1 lettera m quater del Codice ad escludere la partecipazione alle procedure di affidamento se la situazione di controllo o la relazione (di fatto) comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

Prima della entrata in vigore dell'art. 34 comma 2 del Codice, la giurisprudenza aveva elaborato alcune regole di esperienza che possono dirsi sufficientemente attendibili sotto il profilo della ragionevolezza e della logica.

Si è sostenuto l'esistenza di un centro decisionale unitario laddove tra imprese concorrenti vi sia intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, vi sia contiguità di sede, vi siano utenze in comune (indici soggettivi), oppure, anche in aggiunta, vi siano identiche modalità formali di redazione delle offerte, vi siano strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi, vi siano significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte.

La ricorrenza di questi indici, ma non uno solo di essi bensì un numero sufficiente legato da nesso oggettivo di gravità precisione e concordanza tale da giustificare la correttezza dello strumento presuntivo, è stato ritenuto sufficiente a giustificare l'esclusione dalla gara dei concorrenti che si trovino in questa situazione.

Il collegamento può quindi dar luogo all'esclusione da una gara d'appalto solo all'esito di puntuali verifiche compiute con riferimento al caso concreto da parte dell'amministrazione che deve accertare se la situazione rappresenti anche solo un pericolo che le condizioni di gara vengano alterate (Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 923).

Da ciò consegue, come già precisato, la legittimità della esclusione con riferimento ad ipotesi di collegamento sostanziale suscettibili di arrecare un pregiudizio alla procedura, a causa di relazioni idonee a consentire un flusso (formativo) delle offerte e informativo in merito alla fissazione dell'offerta o agli elementi valutativi della stessa, purché non sia superato il limite della ragionevolezza e della logicità, dovendo pur sempre il procedimento ad evidenza pubblica tendere a realizzare un'ampia partecipazione e garantire l'autentica concorrenza delle offerte (Cons. St., sez V, 15 aprile 2004 n. 2150).

Così non è nel caso che qui occupa il Collegio.

La stessa ricorrente a pagina 8 dell'atto introduttivo del giudizio ricorda che il comune accordo "non può essere semplicemente presunto, ma va accertato in concreto tramite un esame formale e sostanziale delle offerte".

Affermare invece che la posizione del sig. Gamberale determinasse, in sostanza, l'esistenza del collegamento sostanziale e la necessità di escludere le imprese di cui egli è Presidente del Consiglio di amministrazione significa introdurre una inammissibile presunzione assoluta in contrasto con i sopra riportati principi affermati dalla Corte di Giustizia.

Se occorre dare concreta prova di un unico centro decisionale in base a indizi gravi e precisi nel caso qui esaminato non vi è traccia di alcuno di essi.

Le osservazioni dell'amministrazione sul punto (pagina 6 della memoria depositata il 26 marzo 2016) sono del tutto condivisibili.

E' vero infatti che:

- 1) per la Grandi Lavori s.p.a. i documenti di gara sono stati sottoscritti dal procuratore speciale Ing. Alessandro Zanchini di Castiglionechio, per PSC l'avv. Marco Neri (amministratore delegato);
- 2) le sedi legali delle imprese sono distinte;
- 3) le offerte non sono state presentate contestualmente;
- 4) le polizze fideiussorie sono state stipulate in città diverse con compagnie assicurative diverse.

Non esisteva il minimo indizio che potesse far ritenere in concreto la sussistenza di un unico centro decisionale e correttamente l'amministrazione ha ammesso tutte le offerte.

Il secondo motivo è altrettanto infondato.

La ricorrente afferma, in sostanza, che l'Ing. Mauro Bacchi non era legittimato a presentare l'offerta.

L'ing. Bacchi è presidente del consiglio di amministrazione e legale rappresentante di Bacchi s.r.l. e quindi pacificamente legittimato ad impegnare l'impresa.

Bacchi s.r.l. e PSC hanno presentato offerta in raggruppamento costituendo e non costituito. La domanda di partecipazione è stata presentata sia dalla mandante sia dalla mandataria e pertanto il motivo è chiaramente infondato.

Non spetta miglior sorte al terzo motivo di ricorso con il quale NBI s.p.a. afferma che siccome pochi giorni dopo la scadenza del termine per presentare offerta Gruppo PSC ha deliberato di procedere alla incorporazione mediante fusione di PSC ferroviaria s.p.a., i soggetti apicali di PSC ferroviaria dovevano attestare il possesso dei requisiti generali.

La fusione, semplicemente, al momento della gara non esisteva e pertanto non esisteva alcun obbligo dichiarativo oltre a quelli debitamente assolti.

Anche il quarto motivo di ricorso è infondato.

L'offerta tecnica sarebbe, a dire della ricorrente, priva di elaborati richiesti obbligatoriamente e espone l'amministrazione a costi imprevisti e imprevedibili risultando quindi anomala.

Il motivo è infondato in fatto.

Intanto i calcoli degli impianti sono contenuti nell'elaborato F laddove nella seconda parte vi sono i calcoli degli impianti elettrici (documento 7 produzioni della controinteressata). Nessuna delle disposizioni di gara inoltre, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, richiedeva la necessaria presentazione delle analisi dei prezzi unitari.

In ordine alla ipotetica anomalia dell'offerta è sufficiente osservare che:

1) le contestazioni della ricorrente non sono dirette a far rilevare l'anomalia dell'offerta nel suo complesso (come dovrebbe essere) ma vertono su singole e specifiche voci;

2) vi sono pacifici principi affermati da questa Sezione che, in ordine alla verifica di anomalia dell'offerta, ha una posizione da tempo consolidata. Sul punto è utile riportare una recente pronuncia con la quale si è affermato quanto di seguito: "questa sezione ha più volte affermato, in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che l'attività di giudizio in cui si estrinsecano le valutazioni della commissione in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta ha carattere essenzialmente tecnico ed è finalizzata non già alla ricerca di singole inesattezze dell'offerta, ma ad accertare la sua attendibilità o inattendibilità nel suo complesso, affinché offra sufficienti garanzie di affidabilità ai fini della corretta esecuzione dell'appalto.

A fronte di tale tipo di discrezionalità, il sindacato giurisdizionale attiene principalmente ad un controllo di tipo estrinseco, ossia limitato alla valutazione di figure sintomatiche di eccesso di potere per travisamento dei fatti, arbitrarietà, carenza o illogicità della motivazione ed è volto ad accertare che questa sia congrua e dettagliata e dia conto di tutti gli elementi dell'offerta e delle ragioni per le quali essa venga considerata inattendibile, mentre può essere esteso a

profili intrinseci solo quando venga in rilievo un vizio che attiene alla palese scorrettezza dell'operazione tecnica o del procedimento applicativo eseguiti" (Cons. Stato, Sez. IV, 10 marzo 2014 n. 1085, T.a.r. Sardegna, 29 dicembre 2014, n. 1143).

Il ricorso è in definitiva infondato e deve essere rigettato.

Le spese, stante la novità della questione dedotta con il primo motivo di ricorso, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore