

La sussistenza di un mero rapporto commerciale di fornitura tra due o più concorrenti non può, di per sé sola, costituire sintomo dell'esistenza di unico centro decisionale

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 23-10-2018

1. L'insieme delle informazioni prestazionali necessarie per la produzione di un preventivo di fornitura o per la stipula di un contratto di fornitura sottoposto a condizione risolutiva sono esattamente identiche e comportano, in entrambi i casi, una pari ostensione - dal partecipante alla gara al fornitore - di una serie di informazioni rilevanti, di per sé tuttavia non distorsive della concorrenza, in quanto costituenti mera comunicazione di dati pubblici per fini di tipo imprenditoriale o commerciale (la presenza di un bando di gara, la richiesta di un certo tipo di fornitura, le attività accessorie richieste, ecc.).

2. Se, a fronte dell'acquisizione di tali informazioni, il fornitore decide di presentarsi anch'esso come partecipante alla gara, non commette per ciò solo alcun illecito concorrenziale, al contrario evidenziandosi, in caso di sua esclusione, una inammissibile violazione del favor participationis, oltre che una illegittima compressione del diritto di iniziativa economica tutelato dall'art. 41 della Costituzione.

Guida alla lettura

L'art. 80, comma 5, lett. m del D.lgs. 50/2016 prevede l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che *si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento ...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 finalità della norma citata è la salvaguardia della *par condicio* nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, valore che potrebbe essere pregiudicato dalla presenza di concorrenti le cui relazioni intersoggettive potrebbero escludere l'indipendenza nella fase partecipativa.

Si tratta, in particolare, di 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".^[1]

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'accertamento dell'esistenza di un collegamento sostanziale tra le imprese partecipanti ad una gara suscettibile di arrecare un pregiudizio al procedimento di scelta del contraente 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.^[2]

L'ipotesi di unicità del centro decisionale deve essere accertata mediante un'attenta ed adeguata attività istruttoria; tanto, all'evidente fine di bilanciare esigenze di *par condicio* con l'altrettanto fondamentale principio del *favor participationis*.

In adesione ai delineati principi la I sezione del Tar Bari ha, nella sentenza in commento, escluso che la sussistenza di un mero rapporto commerciale di fornitura tra due o più concorrenti possa, di per sé sola, costituire sintomo di quella unicità di centro decisionale che il Codice dei contratti pubblici assume come situazione generatrice di una possibile lesione del principio generale di concorrenza.

Il caso esaminato dal tribunale barese riguarda, in particolare, la contestata esclusione di un'impresa da una gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un campo da calcio in erba sintetica. Il motivo a base della sanzione espulsiva risiedeva nella stipula di un contratto di fornitura di manto erboso con una delle imprese partecipanti alla procedura, contratto la cui efficacia esecutiva era condizionata alla aggiudicazione dell'appalto in favore dell'impresa destinataria della fornitura.

A parere della Sezione l'esclusione del fornitore integra *una inammissibile violazione del favor participationis, oltre che una illegittima compressione del diritto di iniziativa economica tutelato dall'art. 41 della Costituzione*. L'ostensione - dal partecipante alla gara al fornitore - di una serie di informazioni rilevanti, non è di per sé distorsiva della concorrenza, in quanto costituente *mera comunicazione di dati pubblici per fini di tipo imprenditoriale o commerciale (la presenza di un bando di gara, la richiesta di un certo tipo di fornitura, le attività accessorie richieste, ecc.)*.

Sarebbe, quindi, *obiettivamente assurdo precludere al fornitore la partecipazione alla gara in fattispecie quali quella in esame, essendo evidente come sia proprio il fornitore a poter offrire le condizioni di mercato oggettivamente più competitive rispetto a tutti quegli ulteriori soggetti imprenditoriali che, non producendo i beni o i servizi di cui l'Amministrazione necessita, occupano, in definitiva, il ruolo - legittimo ma economicamente meno efficiente - di meri intermediari commerciali della circolazione dei medesimi*.

Sotto altro profilo rileva il Collegio che nell'ipotesi in cui una relazione commerciale si configuri attraverso contratti di compravendita tra fornitore e cliente, i due operatori economici restano

distinti ed addirittura in rapporto concorrenziale, in quanto entrambi possono offrire sul mercato un medesimo prodotto.

[\[1\]](#) Cfr. Cds sez. V, 01.08.2015 n. 3772

[2] Cfr. Consiglio di Stato sez. III, 23.1.2014 n. 6379; Consiglio di Stato sez. V, 8.4.2014 n. 1668; Consiglio di Stato sez. VI, 2.2.2015 n. 462

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1083 del 2018, proposto da Limonta Sport S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio, in Napoli, via Toledo, 323;

contro

Comune di Trani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Capurso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso Giovanni Caponio, in Bari, via S. Lioce, 52;

nei confronti

Generaledil di Pignataro Andrea, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Loconte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) del provvedimento di esclusione adottato dalla Stazione appaltante del Comune di Trani nei

confronti della Limonta Sport, in relazione alla procedura di gara CIG 7498140CDC;

b) della nota prot. n. 25683 del 31.8.2018 di comunicazione del provvedimento di esclusione;

c) della nota del Comune di Trani prot. n. 27888 del 10.9.2018 di conferma dell'esclusione della Società Limonta Sport S.p.A.;

d) dei verbali di gara tutti, con particolare riferimento ai verbali del 18.7.2018 e 28.8.2018, non conosciuti, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti;

e) ove occorra, del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto laddove interpretati, ovvero interpretabili, nel senso di possibilità o doverosità di applicazione del metodo aggregativo compensatore di cui alle Linee Guida ANAC n. 2, ovvero nel senso di sussistenza in capo alla Commissione di gara di attribuire coefficienti di valutazione e/o punteggi discrezionali;

f) ove e per quanto lesivo, dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione emesso in favore della ditta GENERALEDIL, non conosciuto;

g) in via gradata, del provvedimento di esclusione adottato dalla Stazione appaltante del Comune di Trani nei confronti della Limonta Sport in relazione alla procedura di gara CIG 7498140CDC, nella parte in cui ha escluso la sola Limonta Sport S.p.A., e non anche la ditta GENERALEDIL, ai fini della riedizione della procedura di gara;

h) di tutti gli ulteriori provvedimenti presupposti, connessi e consequenziali, anche non conosciuti, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti;

nonché

per la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio eventualmente stipulato nelle more del presente giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Trani e della ditta Generaledil di Pignataro Andrea;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2018 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale d'udienza;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato e depositato in Segreteria in data 14.9.2018, la società per azioni Limonta Sport S.p.A. (d'ora innanzi anche Limonta) adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere le pronunce meglio indicate in oggetto.

Esponeva in fatto la ricorrente di essere una società leader nel settore della produzione di campi sportivi in erba sintetica e che, in trentasei anni di attività, aveva rivestito circa duecento km2 di superfici sportive, avendo all'attivo circa cinquemila installazioni in tutto il mondo.

Per i fini che in questa sede rilevano, evidenziava di aver preso parte alla procedura di gara aperta, indetta dalla Città di Trani, per l'affidamento dei *"Lavori di ristrutturazione Campo Bovio realizzazione campo da calcio in erba sintetica"* (CIG 7498140CDC).

Trattavasi di una procedura aperta del valore di euro 336.664,00 da aggiudicarsi secondo il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.

Partecipavano alla gara in esame due concorrenti: la Limonta e la Generaledil di Pignataro Andrea (d'ora innanzi anche Generaledil).

Con provvedimento ex art. 29 d.lgs. n. 50/2016, pubblicato in data 20.7.2018, all'esito dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, la Limonta veniva in un primo momento ammessa al proseguo delle operazioni di gara.

Successivamente, con nota prot. n. 25683 del 31.8.2018, la Stazione appaltante comunicava che, nel corso della seduta del 28.8.2018, aveva provveduto ad escludere dalla gara la ricorrente dopo aver ricevuto una comunicazione a mezzo p.e.c. della Generaledil.

Riferiva quest'ultima che, al fine di partecipare alla procedura di gara oggetto di causa, aveva stipulato un contratto di fornitura con la società Limonta, salvo poi appurare che anche quest'ultima aveva preso parte alla medesima procedura di gara.

In tesi del Comune di Trani tale circostanza determinava i presupposti di un conflitto di interessi rilevante ex art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 tra Limonta e Generaledil, con la conseguenza di dover disporre l'esclusione della ricorrente dalla gara in questione.

Insorgeva la ricorrente avverso detto provvedimento, articolando tre dettagliati motivi di gravame.

Con atto di costituzione pervenuto in Segreteria in data 18.9.2018 si costituiva in giudizio il Comune di Trani, instando per la reiezione del ricorso introduttivo, in quanto infondato in fatto ed in diritto.

Con note difensive di costituzione pervenute in Segreteria in data 18.9.2018 si costituiva in

giudizio la ditta Generaledil di Pignataro Andrea, parimenti contestando le argomentazioni esposte nel ricorso introduttivo e chiedendone la sua integrale reiezione.

All'udienza in camera di consiglio del 3.10.2018, il presente ricorso veniva deciso con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 74 del codice del processo amministrativo, essendo maturo per la decisione di merito, integro il contraddittorio, completa l'istruttoria, avendone dato avviso ai difensori presenti e sussistendo gli altri presupposti di legge.

Tutto ciò premesso, il ricorso è fondato e, pertanto, può essere accolto.

Come chiaramente illustrato in una recente pronuncia relativa ad un caso sostanzialmente sovrapponibile, fatta oggetto di ampio dibattito processuale in atti (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 1075 del 19.2.2018), la circostanza di aver fornito preventivi alle altre imprese che poi hanno partecipato ad una gara non integra una condotta distorsiva della concorrenza, poiché non è detto che l'impresa che chieda tale preventivo poi effettivamente perfezioni l'acquisto, né è certo che lo stesso operatore decida poi di partecipare alla medesima gara d'appalto cui concorre la ricorrente.

Le parti resistenti hanno ampiamente rimarcato come, nel caso di specie, non di preventivo richiesto si trattasse, ma di un vero e proprio contratto di fornitura del manto erboso (cfr. all. n. 6, in atti) la cui efficacia esecutiva era condizionata alla aggiudicazione della gara in favore della controinteressata Generaledil.

Occorre sul punto evidenziare come l'insieme delle informazioni prestazionali necessarie per la produzione di un preventivo di fornitura o per la stipula di un contratto di fornitura sottoposto a condizione risolutiva sono esattamente identiche e comportano, in entrambi i casi, una pari ostensione - dal partecipante alla gara al fornitore - di una serie di informazioni rilevanti, di per sé tuttavia non distorsive della concorrenza, in quanto costituenti mera comunicazione di dati pubblici per fini di tipo imprenditoriale o commerciale (la presenza di un bando di gara, la richiesta di un certo tipo di fornitura, le attività accessorie richieste, ecc.).

Se, a fronte dell'acquisizione di tali informazioni, il fornitore decide di presentarsi anch'esso come partecipante alla gara, non commette per ciò solo alcun illecito concorrenziale, al contrario evidenziandosi, in caso di sua esclusione, una inammissibile violazione del *favor participationis*, oltre che una illegittima compressione del diritto di iniziativa economica tutelato dall'art. 41 della Costituzione.

Si consideri, peraltro, che appare obiettivamente assurdo precludere al fornitore la partecipazione alla gara in fattispecie quali quella in esame, essendo evidente come sia proprio il fornitore a poter offrire le condizioni di mercato oggettivamente più competitive rispetto a tutti quegli ulteriori soggetti imprenditoriali che, non producendo i beni o i servizi di cui l'Amministrazione necessita, occupano, in definitiva, il ruolo - legittimo ma economicamente meno efficiente - di meri intermediari commerciali della circolazione dei medesimi.

Quanto al rilievo articolato dall'Amministrazione, secondo cui la condotta della Limonta potrebbe integrare la fattispecie ostativa di cui all'art. 80, comma 5, lett. 'm' del D.Lgs. n. 50/2016 (secondo cui le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alle procedure d'appalto l'operatore che "si trovi 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 Sezione in epigrafe ritiene di doversi conformare a quel condivisibile orientamento giurisprudenziale (cfr. T.A.R. Campania, Sez. I, n. 71/2018; n. 742/2018; n. 743/2018; n. 745/2018; n. 1075/2018) secondo cui, anche in relazione alla pregressa analoga formulazione contenuta nel previgente art. 38, comma 1, lett. m-quater) del D.Lgs. n. 163/2006, si è osservato che l'esistenza di un rapporto commerciale tra le imprese concorrenti ad una medesima procedura concorsuale di per sé non costituisce elemento di inquinamento della concorrenza e, quindi, non integra la causa di esclusione prescritta dalla disposizione sopra ricordata.

Difatti, la finalità della norma citata è la salvaguardia della *par condicio* nell'ambito di una gara per l'affidamento di un contratto pubblico, valore che potrebbe essere pregiudicato dalla presenza di concorrenti le cui relazioni intersoggettive potrebbero escludere l'indipendenza in fase partecipativa.

In proposito, la giurisprudenza qualifica tale ipotesi come fattispecie di mero pericolo, non richiedendo di conseguenza l'effettiva compromissione dell'andamento del confronto concorrenziale, ma dovendosi comunque suffragare l'ipotesi di unicità del centro decisionale mediante un'attenta ed adeguata attività istruttoria; tanto, all'evidente fine di bilanciare esigenze di *par condicio* con l'altrettanto fondamentale principio del *favor participationis*.

La sussistenza di un mero rapporto commerciale di fornitura tra due o più concorrenti, di per sé sola, non si eleva a sintomo di quella unicità di centro decisionale che la norma assume come situazione generatrice di una possibile lesione del principio generale di concorrenza; anzi, potrebbe, al contrario, evidenziarsi che, nell'ipotesi in cui una tale relazione commerciale si configuri attraverso contratti di compravendita tra fornitore e cliente, i due operatori economici restino distinti ed addirittura in rapporto concorrenziale, in quanto entrambi possono offrire sul mercato un medesimo prodotto.

Ad abundantiam, si consideri che nel caso di specie l'importo del contratto di fornitura del manto erboso del campo da calcio oggetto di gara, stipulato fra la Limonta e la Generalledil, ammontava a complessivi euro 198.189,00.

Ad un mero raffronto fra tale cifra e quella posta a base di gara (euro 336.664,00) emerge in modo evidente come residuasse un larghissimo spazio negoziale per formulare una offerta economicamente più vantaggiosa integrando il costo di base del manto erboso ad es. con minori spese di posa in opera, con eventuali servizi accessori e con quant'altro potesse costituire oggettivo miglioramento concorrenziale della proposta contrattuale che tutti i partecipanti potevano formulare al fine di competere in modo più efficace nella gara in questione.

A nulla rileva che il costo di base del manto erboso fosse un dato di partenza sostanzialmente noto ad entrambi, rappresentando certamente il medesimo un elemento costitutivo fondamentale, ma non l'unico elemento rilevante del contratto pubblico in questione, nel quale conseguentemente restavano aperti ampi spazi concorrenziali a prescindere dal più volte menzionato contratto di fornitura legittimamente stipulato fra le due ditte partecipanti.

Ne consegue l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto, l'annullamento del disposto provvedimento di esclusione e la riammissione in gara della società Limonta Sport S.p.A.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, tra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663; sez. I, 27 dicembre 2013 n. 28663).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Da ultimo, in relazione alla minima attività processuale svolta possano ritenersi sussistenti i presupposti di legge per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione in oggetto.

Spese compensate.