

Pubblicato il 28/09/2017

N. 00614/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 00071/2017 REG.RIC.



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 Basilicata*

*(Sezione Prima)*

*ha pronunciato la presente*

**SENTENZA**

*sul ricorso avente numero di registro generale 71 del 2017, proposto da:*

*- Cooperativa Sociale Trasporto 2000 onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Agostino Parisi, Domenico Pace e Giovanni F. Nicodemo, da intendersi domiciliata, ai sensi dell'art. 25, n. 1, lett. a) cod. proc. amm., presso la segreteria di questo Tribunale;*

**contro**

*- Centrale unica di committenza dell'Area di Programma Basento Bradano Camastra, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Buscicchio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gerardo Pedota, in Potenza, al corso Garibaldi n. 32;*

**nei confronti di**

*- Tandem di Antonella Potenza & C. s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Balzano e Ferdinando Venezia, con domicilio eletto presso lo quest'ultimo,*

*in Potenza, alla Via P. de Coubertin n. 32;*

*- Cantharus s.a.s. di Potenza Assunta & C., non costituita in giudizio;*

*per l'annullamento,*

*previa sospensione dell'efficacia,*

*- della determinazione n. 16, prot. n. 367, del 26 gennaio 2017, notificata in pari data a mezzo posta elettronica certificata, con la quale il dirigente del Settore amministrativo della Centrale unica di committenza dell'Area programma Basento Bradano Camastra ha disposto in favore della società Tandem, l'aggiudicazione definitiva dell'appalto avente ad oggetto la "gestione del servizio di mensa scolastica degli alunni della scuola dell'infanzia per la durata di cinque anni" nel Comune di Baragiano;*

*- di tutti i verbali di gara redatti dalla Commissione giudicatrice ed in particolare dei verbali di gara n. 1 del 13 dicembre 2016, n. 2 del 20 dicembre 2016, n. 3 del 28 dicembre 2016 e n. 4 del 4 gennaio 2017;*

*- dell'eventuale contratto ove stipulato;*

*- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali rispetto a quelli impugnati e lesivi dei diritti e degli interessi della cooperativa ricorrente, ancorché non noti e se esistenti;*

*- nonché per il risarcimento di ogni danno.*

*Visti il ricorso e i relativi allegati;*

*Visti gli atti di costituzione in giudizio della Centrale unica di committenza intimata e della Tandem di Antonella Potenza & C. s.a.s.;*

*Viste le memorie difensive;*

*Visti tutti gli atti della causa;*

*Visto l'art. 120, n. 9, cod. proc. amm.;*

*Relatore, all'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2017, il referendario Benedetto Nappi;*

*Uditi i difensori delle parti, coma da verbale d'udienza;*

*Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.*

## FATTO e DIRITTO

1. Con atto spedito per la notificazione in data 23 febbraio 2017, depositato il successivo 3 di marzo, la Cooperativa Sociale Trasporto 2000 onlus è insorta avverso gli atti in epigrafe, concernenti l'aggiudicazione definitiva dell'appalto avente ad oggetto la gestione del servizio di mensa scolastica degli alunni della scuola dell'infanzia nel Comune di Baragiano.

1.1. In punto di fatto, la deducente ha esposto quanto segue:

- il Comune intimato ha indetto l'appalto, mediante procedura aperta, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95, co. 3, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, del servizio mensa scolastica per gli alunni della scuola dell'infanzia, per la durata di cinque anni, con un importo complessivo a base d'asta di € 160.083,00;

- hanno presentato offerta, oltre alla ricorrente, le imprese Tandem di Antonella Potenza & C. s.n.c. e Cantharus di Potenza Assunta & C. s.a.s.;

- il provvedimento di ammissione alla procedura di affidamento del servizio non è stato pubblicato sul profilo internet della stazione appaltante, come diversamente previsto dall'art. 29, n. 1, d.lgs. 50 del 2016, sicché tale circostanza è stata appresa soltanto a seguito della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, in data 26 gennaio 2017;

- all'esito delle operazioni di gara, è stata redatta la relativa graduatoria in cui la controinteressata Tandem di Antonella Potenza & C. s.n.c. si è classificata al primo posto e la ricorrente in seconda posizione;

- coll'impugnata determinazione del 25 gennaio 2017 è stata disposta l'aggiudicazione in favore della medesima controinteressata.

1.2. In diritto, parte ricorrente ha dedotto i motivi di seguito rubricati:

I. Illegittimità del provvedimento di ammissione della società Tandem di Antonella Potenza & C. s.n.c., nonché della società Cantharus s.a.s. di Potenza Assunta & C. s.a.s. e conseguente illegittimità dell'aggiudicazione definitiva: violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. m., d.lgs. 50/2016;

*II. Illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva e dei verbali di gara presupposti: violazione della lex specialis in relazione all'attribuzione dei punteggi, nonché violazione dei principi di ragionevolezza, logicità, correttezza, imparzialità e buon andamento della PA ex art. 97 Cost., difetto di motivazione.*

*2. L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha concluso per il rigetto del ricorso per sua infondatezza.*

*3. All'esito della camera di consiglio svoltasi il 22 marzo 2017, con ordinanza n. 41 del 2017, il Collegio ha fissato l'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, n. 10, cod. proc. amm.;*

*4. In data 25 giugno 2017 si è, altresì, costituita in giudizio, con comparsa di stile, la Tandem di Antonella Potenza & C. s.n.c..*

*5. Alla pubblica udienza del 5 luglio 2017 i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni. Il difensore dell'Amministrazione intimata ha poi chiesto la pubblicazione del dispositivo della sentenza. Indi, il ricorso è stato trattenuto in decisione.*

*5.1. In data 6 luglio 2017 è stato pubblicato il dispositivo della sentenza n. 477 del 2017.*

*6. In limine litis, il Collegio rileva come non sia in contestazione la mancata pubblicazione, sul profilo del committente, in violazione dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici, del provvedimento che ha determinato le ammissioni alla procedura comparativa in questione. Consegua a ciò l'inapplicabilità, nel caso di specie, dell'art. 120, n. 2-bis, del medesimo codice, in quanto tale speciale rito postula il contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione, sicché in difetto di esse la relativa prescrizione processuale si rivela inattuabile per la mancanza del presupposto della sua operatività (T.A.R. Campania, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843; T.A.R. Basilicata, 13 gennaio 2017, n. 24).*

7. Nel merito, il ricorso è fondato in parte, alla stregua della motivazione che segue.

7.1. E' stata in primo luogo dedotta la violazione dell'art. 80, n. 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016, sussistendo nella presente questione una situazione di controllo sostanziale "anche di fatto" tra le società Tandem s.n.c. e Cantharus s.a.s. «riscontrabile agevolmente dall'analisi di molteplici elementi».

7.1.1. La censura coglie nel segno. L'art. 80 del codice dei contratti pubblici sanziona con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto, tra l'altro, gli operatori economici che versino in una situazione di controllo, di cui all'art. 2359 del codice civile, o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, tale da comportare l'imputabilità delle offerte a un unico centro decisionale. Tale previsione è volta a evitare che talune relazioni tra imprese partecipanti allo stesso appalto possano condizionare i rispettivi comportamenti e precludere il rapporto concorrenziale che costituisce la stessa ragion d'essere delle procedure di gara. In altri termini, va assicurata l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara e, in particolare, la par condicio fra tutti i concorrenti, nonché la serietà, compiutezza, completezza ed indipendenza delle offerte, evitando che, attraverso meccanismi di influenza societari, pur non integranti collegamenti o controlli di cui all'art. 2359 cod. civ., possa essere alterata la competizione, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del giusto contraente.

7.1.2. Nel caso di specie, ritiene il Collegio che sussistano indizi plurimi, precisi e concordanti che inducono a considerare sussistente un collegamento sostanziale tra le imprese di cui innanzi.

7.1.2.1. In primo luogo non forma oggetto di contestazione che le legali rappresentanti delle cennate società siano avvinte da vincolo di parentela, in quanto tra loro sorelle.

7.1.2.2. Al medesimo approdo conducono poi i tempi di presentazione delle domande di partecipazione e talune significative similitudini e peculiarità

*dei documenti di gara. In particolare: - le buste contenenti le offerte recano numeri di protocollo di ricezione immediatamente consecutivi (nn. 7211 e 7212 del 12 dicembre 2016); - le offerte sono contraddistinte dalla medesima data di sottoscrizione del 5 dicembre 2016; - le domande di partecipazione riportano la stessa data del 30 novembre 2016; - nell'intestazione di entrambe le offerte vi è l'identico errore nell'indicazione della centrale unica di committenza, costituito dall'utilizzo della denominazione "Canastra" anziché quella corretta "Camastra"; - nella domanda di partecipazione della Cantharus s.a.s, alla lettera j), riferita all'indicazione dell'indirizzo p.e.c. da utilizzare per le comunicazioni di rito, è stato indicato il recapito dell'altra concorrente, ovvero della società Tandem s.n.c..*

*7.1.2.3. Va pure rilevato come i contenuti delle offerte tecniche delle imprese in questione siano speculari relativamente al capo rubricato per entrambe "organizzazione del servizio" (pagine da 2 a 7 dell'offerta della Tandem s.n.c. e da 5 a 12 dell'offerta della Cantharus s.a.s.).*

*7.1.2.4. Ancora, risultano del tutto sovrapponibili le "proposte migliorative" di entrambe le imprese, con riguardo ai medesimi paragrafi della "organizzazione, a proprie spese, di specifici menù in occasione di particolari ricorrenze" e "organizzazione e assistenza aggiuntiva con piani predisposti da dietologi per casi particolari – obesità, celiachia, diabete e religione" (pagine 10 e 11 dell'offerta della Tandem s.n.c. e 18 e 19 dell'offerta della Cantharus s.a.s.).*

*7.1.3. Secondo la stazione appaltante tali "elementi indiziari" avrebbero una valenza prettamente formale e sarebbero inidonei a supportare la tesi del collegamento sostanziale, e, tra l'altro, «la loro presenza ben potrebbe essere plausibilmente riconducibile alla circostanza che le dette concorrenti abbiano affidato la predisposizione degli atti di gara ad una stessa agenzia, che, nell'espletamento del mandato ricevuto, abbia commesso» i predetti errori. In senso contrario, tuttavia, va evidenziato come tale argomento costituisca mera congettura, e che di tale supposizione non vi è comunque traccia negli*

*atti di gara. Inoltre, tale teorizzato affidamento implicherebbe comunque la violazione dei principi di trasparenza e di segretezza e serietà delle offerte.*

*7.1.4. Ritiene dunque il Collegio che i cennati elementi, anche considerati nella loro complessiva valenza, inducano a ritenere la riferibilità a un unico centro decisionale delle offerte formalmente presentate da distinte imprese collettive. Sul punto, va richiamato il condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo cui ben possono costituire indici presuntivi della sussistenza di un collegamento di fatto i rapporti di parentela fra amministratori delle società, nonché le circostanze di tempo e di luogo di spedizione delle domande di partecipazione e gli elementi formali connotanti i documenti di gara (Cons. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1091).*

*8. Dalle considerazioni che precedono discende l'accoglimento dell'azione impugnatoria, con assorbimento di ogni ulteriore censura e, per l'effetto, l'annullamento degli atti in epigrafe.*

*8.1. Non vi è luogo a disporre in ordine alla richiesta declaratoria di inefficacia del contratto, non risultando dagli atti e dalle deduzioni delle parti che esso sia stato stipulato, né in ordine all'istanza risarcitoria, risultando l'interesse sostanziale di parte ricorrente soddisfatto per effetto della aggiudicazione in suo favore dell'appalto in questione, conseguente all'annullamento di quella disposta a favore dell'impresa controinteressata, sebbene subordinatamente all'esito positivo del previo accertamento della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge di gara.*

*9. Sussistono giusti motivi, in ragione delle peculiarità della questione, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.*

*P.Q.M.*

*Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso, per come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.*

*Spese compensate.*

*Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.*

*Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2017,  
con l'intervento dei magistrati:*

*Giuseppe Caruso, Presidente*

*Pasquale Mastrantuono, Consigliere*

*Benedetto Nappi, Primo Referendario, Estensore*

**L'ESTENSORE**  
**Benedetto Nappi**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Caruso**

*IL SEGRETARIO*