

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

N. 3982/08 REG.DEC.

N. 5702 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

Sul ricorso in appello n. 5702/2007, proposto da Alleanza Sportiva Italiana, rappresentata e difesa dall'avv. Gianluigi Lallini, con domicilio eletto in Roma, Viale Mazzini, 134 presso il suo studio;

**contro**

Padovanuoto S.r.L., non costituitasi;

**e nei confronti**

-COMUNE DI VERONA, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giovanni R. Caineri e Marcello Clarich, con domicilio eletto in Roma, Piazza di Montecitorio n.115 presso il secondo;

- Cooperativa Sportiva Dilettantistica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Donatella Gobbi e Luigi Manzi, con domicilio eletto in Roma, Via Federico Confalonieri, 5 presso il secondo;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto - Venezia: Sezione I n.1590/2007, resa tra le parti, concernente affidamento in concessione di centri nuoto;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Verona e della Cooperativa Sportiva Dilettantistica;

SC

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23-bis, comma sesto, della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Designato relatore alla pubblica udienza del 25 gennaio 2008, il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati G. Lallini, M. Clarich, L. Manzi, D. Gobbi;

Visto il dispositivo di decisione n.67/2008;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza gravata, il Tribunale amministrativo per il Veneto ha accolto il ricorso proposto dalla società Padovanuoto avverso la determinazione dirigenziale n. 5705 del 24 ottobre 2006 di approvazione delle risultanze della gara n. 96/06, nella parte in cui aveva aggiudicato il secondo lotto (strada Le Grazie) alla C.S.S. –S.D. Cooperativa sportiva dilettantistica ; nonché ogni atto annesso, connesso o presupposto.

2. Al riguardo il primo giudice ha condiviso il primo motivo di ricorso, ritenendo sussistente un collegamento sostanziale tra la C.S.S. (S.D. Cooperativa Sportiva Dilettantistica) e l'A.S.I. (Alleanza Sportiva Italiana).

Questo collegamento è stato reputato desumibile dall'insieme dei seguenti elementi:

1) due consiglieri di amministrazione di C.S.S. sono anche dirigenti dell'A.S.I.;

- 2) C.S.S. è affiliata all'A.S.I.;
- 3) coincidono la sede legale di C.S.S. e quella provinciale dell'A.S.I.;
- 4) la medesima persona (il sig. Massimo Quartaroli) ha effettuato il sopralluogo (al fine di predisporre le offerte in punto di interventi manutentivi) a beneficio sia di C.S.S. sia dell'A.S.I..

Il primo giudice ha poi rinvenuto la conferma di questo collegamento nel fatto che C.S.S. abbia rinunciato all'aggiudicazione a beneficio dell'A.S.I. (seconda classificata).

3. Contro detta sentenza ha proposto appello l'Alleanza Sportiva Italiana (A.S.I.), che ha fatto presente che il Comune di Verona con provvedimento del 4 ottobre 2006 aveva ritenuto, sulla base della documentazione inviata da CSS e da ASI, che non si ravvisavano "elementi utili a riconoscere una situazione di collegamento tra i due soggetti"; che di conseguenza il Comune ha aggiudicato il primo lotto alla Sport Management ed il secondo lotto alla CSS; che la CSS ha impugnato davanti al Tribunale amministrativo l'aggiudicazione del primo lotto a favore di Sport Management e quel giudice, con sentenza n.3791/2006, ha accolto il ricorso; che Sport Management ha contestato la sentenza proponendo appello al Consiglio di Stato, che accoglieva l'istanza cautelare; che nel frattempo il Comune non assegnava i centri nuoto in base alla gara, ma decideva di attribuirli a trattativa privata alle imprese che già gestivano gli impianti; che la CSS veniva contattata dal Comune nel febbraio 2007 per la

stipulazione del contratto, ma la CSS, stante il lungo tempo trascorso, chiedeva al Comune di effettuare un nuovo sopralluogo per valutare le condizioni attuali degli impianti e poi decideva il 12 marzo 2007 di non addivenire alla conclusione del contratto; che il Comune ne prendeva atto e con delibera n.1640 del 20 marzo 2007 aggiudicava all'ASI (seconda classificata) l'affidamento in concessione del Centro nuoto in esame.

L'appellante ha quindi dedotto quanto segue;

- nullità o inesistenza del giudizio di primo grado in quanto era stata la C.S.S. a rimettere in termine la Padovanuoto per ricorrere in via giurisdizionale, presentando opposizione al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica presentato da questa avverso gli atti della gara in questione, ma all'epoca la C.S.S. non poteva considerarsi controinteressata in quanto aveva già rinunciato agli effetti dell'aggiudicazione;

- in ogni caso deve ritenersi infondata la tesi del controllo, anche semplicemente sostanziale, dell'A.S.I. su C.S.S., che si basa sulle sole asserzioni della Padovanuoto, che a sua volta le aveva riprese dalle osservazioni formulate dalla società Sport Management, per le seguenti ragioni:

a) l'A.S.I. è un ente associativo senza scopo di lucro, con sede in Roma avente come fine statutario la promozione e l'organizzazione, attraverso gli organismi affiliati e le strutture periferiche, di attività fisico-sportive, creative e formative, anche con modalità competitive e nel rispetto delle regole e delle

competenze del CONI, nonché la promozione sociale, culturale ed assistenziale dello sport;

b) la C.S.S.–SD, cooperativa dilettantistica sportiva, è una società cooperativa a responsabilità limitata con sede legale in Verona, il cui rappresentante legale è Dell'Acqua Massimo, che ha sottoscritto l'offerta sia per il primo lotto che per il secondo lotto;

c) l'affiliazione di C.S.S. con la A.S.I. è regolamentata dall'art 5 dello Statuto A.S.I., secondo cui “tutti gli organismi affiliati debbono essere retti da uno statuto autonomo ispirato a principi di democrazia interna e di pari opportunità, che preveda la natura elettiva di tutti gli organi sociali e l'assenza del fine di lucro”. Le società attualmente affiliate all'A.S.I. sono circa seimila. Pertanto, C.S.S. è completamente autonoma da A.S.I. e il rapporto di affiliazione tra i due enti non è idoneo a configurare il rapporto di controllo o di collegamento tra società di cui all'art.24 (*recte*: 34) del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 2359 Cod. civ., che è applicabile solo alle società e non alle associazioni;

c) il criterio di aggiudicazione della gara con l'offerta economicamente più vantaggiosa non si presta ad eventuali accordi di cartello, tanto più che l'aggiudicatario del primo lotto viene ad essere automaticamente escluso dalla partecipazione al secondo lotto;

d) i dati riportati dalla sentenza riguardano il comitato provinciale di Verona dell'ASI, che non ha partecipato alla gara, mentre vi ha partecipato l'ASI di Roma; inoltre gli organi periferici non

partecipano in alcun modo alle decisioni degli organi centrali dell'ASI e vi è incompatibilità tra cariche negli organi centrali e cariche negli organi periferici;

e) il fatto che l'ASI abbia preso in locazione nel 2004 un immobile che era già condotto in affitto da CSS è irrilevante in quanto entrambe hanno una propria sede distinta;

f) non vi sono elementi univoci per ritenere che il sig. Massimo Quartaroli abbia effettuato il sopralluogo (al fine di predisporre le offerte in punto di interventi manutentivi) a beneficio sia di C.S.S. sia dell'A.S.I., in quanto l'attestazione della mancata visita in loco di un rappresentante dell'ASI è stata effettuata da un soggetto interessato e cioè la Sport Management (precedente gestore), che aveva partecipato alla gara ed aveva denunciato per prima il collegamento sostanziale tra CSS ed ASI, a parte che il sig. Quartaroli era segretario generale del comitato provinciale di Verona dell'ASI ed in quanto tale non poteva esercitare un'influenza sostanziale sulla CSS ;

-l'art. 30 del d. lgs. N. 163 del 2006 esclude l'applicabilità delle sue disposizioni, salvo quanto disposto nell'art. 30, alle concessioni di servizi: nella specie si tratta appunto di concessione di un servizio pubblico, per cui non era applicabile l'art. 34 nella parte riferibile al controllo sostanziale tra imprese, ma solo l'art. 2359 Cod. civ., richiamato dal bando di gara al punto B5;

- la ricorrente originaria ha la posizione di terza classificata su tre partecipanti, una volta che Sport Management aveva ritirato la

propria candidatura;

- la ricorrente originaria ha proposto il ricorso in via autonoma mentre ha partecipato alla gara in quanto facente parte di un'ATI.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Verona e la CSS, che hanno proposto appello incidentale, deducendo doglianze analoghe all'ASI.

In particolare, il Comune ha rilevato che gli intrecci societari segnalati sussistevano tra CSS ed ASI Verona, mentre alla gara aveva partecipato ASI di Roma.

A sua volta CSS ha evidenziato che il primo giudice aveva pretermesso ogni esame del materiale probatorio prodotto in giudizio dalle parti resistenti ed in particolare: la partecipazione alla gara dell'ASI di Roma e non dell'ASI di Verona; i due consiglieri di amministrazione di CSS rivestono il ruolo di presidente e di segretario dell'ASI di Verona (che non ha partecipato alla gara); l'autonomia degli ASI provinciali e degli enti sportivi ; CSS ha sede a Verona, via della Consortia n.23, e la stessa Sport Management ammette che CSS non ha più sede in via Aurelio Saffi n.3, dal 9 agosto 2004; non poteva ravvisarsi conferma della sussistenza del collegamento sostanziale tra CSS ed ASI nel fatto che CSS aveva rinunciato all'aggiudicazione, in quanto tale rinuncia era giustificata dal cattivo stato in cui si trovava l'impianto per effetto della temporanea gestione di esso da parte di Sport Management, dal fatto che l'offerta presentata non era più vincolante per essere trascorsi centottanta giorni dalla

sua presettazione, dall'aspettativa a conseguire la gestione dell'impianto del primo lotto che all'epoca era *sub iudice* (ricorso in appello n.9626/2006); che d'altronde la decisione di rinunciare all'aggiudicazione del secondo lotto era intervenuta solo in un secondo momento ed essa non era stata indolore per la CSS in quanto il Comune nel revocare l'aggiudicazione aveva anche provveduto ad incamerare la cauzione provvisoria di euro 30.000,00; che comunque il Tribunale amministrativo aveva erroneamente accertato il collegamento sostanziale nonostante che nel bando di gara non fosse previsto un potere del genere, atteso che era stata richiesta ai concorrenti solo una dichiarazione sull'insussistenza delle ipotesi di cui all'art. 2359 Cod. civ..

Con ordinanza n. 4292/2007, questa Sezione del Consiglio di Stato ha accolto l'istanza cautelare dell'appellante, ritenendo "in questa fase cautelare assorbente la circostanza che il bando di gara non reca la clausola dell'esclusione per collegamento sostanziale per cui in mancanza opera l'art. 2359 c.c. che tipicizza le ipotesi di collegamento tra imprese e ditte.

Con memoria conclusiva, l'appellante ha ulteriormente illustrato le doglianze proposte.

All'udienza del 25 gennaio 2008 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7. L'appello principale e gli appelli incidentali sono fondati, per cui possono essere assorbite le eccezioni di inammissibilità del ricorso originario sollevate dagli appellanti.



Merita adesione, seppure nei limiti appresso indicati, la doglianza con cui si sostiene che non sussistevano i presupposti per escludere dalla gara l'ASI e la CSS per collegamento sostanziale tra di loro.

7.1 Come è noto, sotto la vigenza dell'art. 10, comma 1-*bis*, della L. n. 109 del 1994 e successive modificazioni (secondo cui “non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile”), questo Consiglio di Stato si è orientato in senso favorevole alla possibilità di individuare ipotesi di “collegamento sostanziale” tra imprese, diverse e ulteriori rispetto a quelle indicate nel menzionato art. 10, comma 1-*bis* (Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2002, n. 685; V, 15 febbraio 2002, n. 923; IV, 27 dicembre 2001, n. 6424), con la precisazione che, mentre nel caso della sussistenza dell'ipotesi del “controllo” di cui all'art.10, comma 1-*bis*, opera un meccanismo di presunzione *iuris et de iure* circa la sussistenza di un'ipotesi turbativa del corretto svolgimento della procedura concorsuale (e quindi dei principi di segretezza, serietà delle offerte e *par condicio* tra i concorrenti), nel caso di sussistenza del c.d. “**collegamento sostanziale**” deve essere provato nello specifico e in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti, che siano tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei richiamati principi (Cons. Stato, V, 22 aprile 2004, n. 2317).

Invero, la pubblica amministrazione sceglie il contraente con cui

concludere il contratto di appalto attraverso un procedimento regolato da norme d'ordine pubblico, tese all'individuazione del miglior contraente possibile. Il procedimento amministrativo è improntato al rispetto dei principi generali di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, in accordo con quanto imposto dall'art. 97 della Costituzione. Questi principi, nell'ambito delle gare pubbliche, si estrinsecano nelle regole della concorsualità, della segretezza e della serietà delle offerte, che tendono a garantire la *par condicio* dei partecipanti e la cui portata precettiva può essere presa in considerazione ed esplicitata anche attraverso la predisposizione della *lex specialis* della procedura di gara.

Al rispetto di queste regole sono tenuti non solo la stazione appaltante, ma anche i concorrenti, i quali devono presentare offerte serie, indipendenti e segrete, poiché solo in tal modo può considerarsi rispettato il principio di libera concorrenza che garantisce l'individuazione del miglior contraente per l'Amministrazione. La giurisprudenza ha precisato poi che il divieto di partecipare alle gare di appalto per le imprese che siano tra loro in condizioni di collegamento opera indipendentemente dall'accertamento che l'amministrazione abbia condotto, per cui nel caso in cui sia dedotta la relativa doglianza il giudice non può esimersi dall'esaminarla per stabilirne in concreto la fondatezza o meno (Cons. Stato V, 9 ottobre 2007, n. 5284).

E' evidente, in relata, che la correttezza e la trasparenza della gara

vengono pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi. Ciò anche alla luce della disciplina comunitaria, secondo cui il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese partecipanti si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza.

7.2. E' stato dunque ritenuto consentito alla stazione appaltante prevedere l'esclusione delle offerte, quando specifici elementi oggettivi e concordanti inducano a ritenere la sussistenza di situazioni (ulteriori rispetto alle forme di collegamento societario di cui all'art. 2359 Cod. civ.) capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purché l'individuazione non oltrepassi il limite della ragionevolezza e della logicità rispetto alla tutela avuta di mira e consistente nell'autentica concorrenza tra le offerte.

7.3. Inoltre, questo Consiglio di Stato, tenendo conto che si tratta dell'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara, ha ritenuto che, anche in assenza di specifiche previsioni nella *lex specialis*, la stazione appaltante debba comunque disporre l'esclusione di offerte contenenti i indizi di una concordata modalità di presentazione e formulazione, ovvero della provenienza da un unico centro decisionale, per quanto rimanga preferibile che il divieto sia rafforzato attraverso clausole espresse del bando di gara.

La giurisprudenza ha invero rilevato che tra le cause di esclusione

dalle gare vi sono, oltre ai casi di cui all'art. 2359 Cod. civ., le ipotesi non codificate di “*collegamento sostanziale*”, le quali, attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla procedura a un unico centro decisionale, causano la vanificazione dei principi generali in tema di *par condizio*, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione; il fatto che la rilevanza del collegamento anche sostanziale sia stata esplicitata nel bando vale *a fortiori*, non essendo la previsione di questa clausola essenziale per una tale esclusione (si vedano, tra le molte, Cons. Stato, VI, 13 giugno 2005, n. 3089; V, 12 ottobre 2004, n. 6570; VI, 13 giugno 2005, n. 3089; IV, 19 ottobre 2006, n. 6212; VI, 30 ottobre 2006, n. 6449).

La giurisprudenza ha del resto 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 Cod. civ., dal momento che tale previsione farebbe refluire il perseguimento dell'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente nel mero controllo della regolarità formale del procedimento, esponendo l'interesse protetto al pericolo di situazioni concrete di fenomeni di effettivo controllo o di altre situazioni societari capaci di alterare la gara, non facilmente prevedibili o ipotizzabili. Ciò in quanto 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 lesa 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 (cfr. Cons. Stato VI, 13 giugno 2005, n. 3089; 23 giugno 2006, n. 4012; V, 9 dicembre 2004, n. 7894).

Vale rilevare che, a tutela dei medesimi interessi, la previsione di cui al secondo comma dell'art. 34 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture*), ha disposto che “non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile”, precisando poi, nel periodo successivo, che “le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi”. Questa norma conferma la lesività del “collegamento sostanziale” tra imprese partecipanti alla medesima procedura.

7.4. Contrariamente a quanto ritenuto dalle parti appellanti, detto art. 34, anche se non richiamato integralmente nella disciplina di

gara (ove al punto B5 è previsto che “per partecipare alla gara non debbono sussistere rapporti di controllo e di collegamento ai sensi del’art. 2359 c.c. con altre società concorrenti alla stessa gara”) è interamente applicabile anche alle procedure di affidamento delle concessioni di pubblico servizio (come nella fattispecie), atteso che trattasi comunque di un principio generale relativo agli affidamenti pubblici.

7.5. Nondimeno, in tanto può ritenersi individuata una situazione di “collegamento sostanziale” tra imprese, in quanto emergano significativi indizi circa l'esistenza di un medesimo centro di interessi desunti da elementi oggettivi e concordanti (Cons. Stato, VI, 28 febbraio 2000, n. 1056; V, 1 luglio 2002 n. 3601 e IV, 15 febbraio 2002 n. 949): va infatti non aggravato in modo eccessivo il procedimento, che deve nell’interesse pubblico tendere ad un'ampia partecipazione al fine della scelta del giusto contraente.

Nella specie, la Sezione rileva che il presunto “collegamento sostanziale” non si basa su elementi univoci e concordanti, in quanto da un parte il primo giudice sembra aver sovrapposto l’ASI provinciale di Verona e l’ASI con sede in Roma, in quanto gli intrecci di organi societari sono stati riscontrati tra CSS (che è affiliata all’ASI) e il Comitato provinciale ASI di Verona, mentre in realtà ha partecipato alla gara soltanto l’ASI con sede in Roma; dall’altra non è stato sufficientemente tenuto conto dell’ampia autonomia di cui godono gli enti affiliati all’ASI ai sensi dello stesso statuto ASI (versato in atti): perciò l’affiliazione di CSS ad

ASI non viene a costituire di per sé sintomo inconfutabile della sussistenza di un unico centro decisionale CSS-ASI.

Inoltre, la rilevata coincidenza di sede riguarda CSS e l'ASI provinciale di Verona, che però non ha partecipato alla gara; e a parte il fatto che la stessa Sport Management ammette che CSS non ha più sede in via Aurelio Saffi n. 3 dal 9 agosto 2004, cioè da circa due anni prima della procedura di gara qui in esame.

Il fatto poi che la medesima persona (il sig. Massimo Quartaroli) avrebbe effettuato il sopralluogo (al fine di predisporre le offerte in punto di interventi manutentivi) a beneficio sia di C.S.S. sia dell'A.S.I è un punto la cui portata appare ragionevolmente contestata dagli appellanti, i quali rilevano che si fonda su un'attestazione non imparziale in quanto effettuata da parte di un soggetto interessato e cioè la Sport Management (precedente gestore), che aveva partecipato alla gara ed aveva denunciato per prima il collegamento sostanziale tra CSS ed ASI.

Infine non poteva ravvisarsi conferma della sussistenza del preteso "collegamento sostanziale" tra CSS ed ASI nel fatto che CSS avesse rinunciato all'aggiudicazione, in quanto tale rinuncia non solo era avvenuta dopo un certo lasso di tempo dall'aggiudicazione (circa cinque mesi dopo), ma era stata anche giustificata da CSS (con riferimento al cattivo stato in cui si trovava l'impianto per effetto della temporanea gestione di esso da parte di Sport Management; l'offerta presentata da CSS non risultava più vincolante per essere trascorsi centottanta giorni

dalla sua presentazione; aspettativa di CSS a conseguire la gestione dell'impianto del primo lotto che all'epoca era *sub iudice*).

8.Per quanto sopra esposto, l'appello principale e gli appelli incidentali vanno accolti.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello principale e gli appelli incidentali e per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo per il Veneto, respinge il ricorso originario.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 25 gennaio 2008 con l'intervento dei signori:

Giuseppe Severini	Presidente
Caro Lucrezio Monticelli	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere
Aniello Cerreto	Consigliere estensore
Francesco Caringella	Consigliere

L'ESTENSORE

F.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

F.to Giuseppe Severini



**IL SEGRETARIO**

F.to Gaetano Navarra

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**Il 20/08/08**

**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

**P. IL DIRIGENTE**

f.to Antonietta Fancello