

REPUBBLICA ITALIANA

N.4789/04REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 5860 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta
ha pronunciato la seguente

ANNO 2003

DECISIONE

sul ricorso in appello n.5860/2003 , proposto da **EL.MA.I. s.r.l.**
rappresentata e difesa dagli avv.ti S. A. Romano e G. Catalano
con domicilio eletto in Roma Corso Vittorio Emanuele II, n. 284
presso lo studio del primo

contro

Comune di Milano rappresentato e difeso dagli avv.ti M. R.
Surano, M. T. Maffey e R. Izzo con domicilio eletto presso
quest'ultimo in Roma, via Cicerone N. 28

e nei confronti di

**Consorzio Ravennate, Consorzio Cooperative Virgilio, l'Idea
Casa e IRTE**, non costituitisi;-

per la riforma

della sentenza del TAR Lombardia, sez. 3°, n. 447 del 14.3.2003,
resa tra le parti;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano;

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;

Alla pubblica udienza del 10.2.2004, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati Catalano ed Izzo;

Visto il dispositivo di decisione n.111 dell'11.2.2004;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto:

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, la società EL.MA.I. ha fatto presente che il TAR aveva ritenuto corretto l'operato della Commissione di gara per aver proceduto all'esclusione dalla gara della Società in quattro gare indette dal comune di Milano per violazione del principio della segretezza, avendo riscontrato elementi idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate dalla medesima e dalle Ditte Immobiliare La Meridiana ed Edilizia Marco '82, con incameramento delle cauzioni provvisorie.

Ha dedotto quanto segue:

- non vi era alcun intreccio di ruoli tra i soggetti che all'interno delle tre società in questione in quanto, se si esclude la parentela, come ritenuto dal TAR, i legali responsabili di esse erano soggetti distinti e non vi era neppure intreccio tra i soci;
- le somiglianze formali ed esteriori erano dovute al fatto che le incombenze di confezionamento dei plichi e di formazione dei documenti, come anche delle fideiussioni, erano state affidate, in modo autonomo da parte di ciascuna Ditta, ad una nota azienda romana specializzata in tali servizi; così come non era probante il fatto che i plichi per partecipare alla gara fossero stati spediti dallo stesso Ufficio postale con numero progressivo;

- il TAR aveva erroneamente applicato i principi di diritto da esso stesso individuati, in quanto nella specie non sussistevano indizi gravi, precisi e concordanti per desumere la violazione del patto di integrità e dei principi e delle clausole di gara;

-neppure poteva condividersi l'assunto del TAR in base al quale l'infondatezza delle censure riferite al provvedimento di esclusione comportava anche il rigetto della domanda di annullamento dell'atto di incameramento della cauzione, atteso che avverso quest'ultimo provvedimento non era stati dedotti vizi di illegittimità derivata ma vizi propri, anche se conformi a quelli proposti avverso il provvedimento di esclusione, con contestazione dei relativi presupposti di fatto;

-pertanto la sentenza del TAR doveva essere riformata, in quanto gli indizi contestati alla Società non costituivano sufficiente motivazione del provvedimento di incameramento della cauzione, né vi era stata violazione del patto di integrità o di altre clausole del bando.

Ha concluso chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione e del relativo contratto, oltre che il risarcimento del danno.

Costitutosi in giudizio, il comune di Milano ha chiesto il rigetto dell'appello.

Ha evidenziato che per l'appalto n. 33/2002 avevano presentato offerta , tra le altre, anche le imprese La Meridiana, Edilizia Marco ed ELMAI; che tali imprese erano state escluse dalla gara nella prima seduta del 14.5.2002, in quanto erano state

riscontrate nella documentazione presentata elementi idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate, tali da far presumere forme di collegamento sostanziale tra le imprese, riconducibili ad un unico centro di interesse in violazione di quanto previsto dal punto K di pag. 9 del bando di gara e dal patto di integrità allegato al bando stesso, sottoscritto dalle imprese partecipanti a pena di esclusione, con la quale l'impresa si era impegnata, tra l'altro, a non accordarsi con altri partecipanti alla gara per limitare in alcun modo la concorrenza; che data inoltre la gravità degli indizi riscontrati e della reiterata condotta accertata era stata anche disposta l'escussione della cauzione in conformità al patto di integrità; che nella seconda seduta del 12.6.2002 erano state escluse altre ditte per la medesima ragione, con affidamento della gara all'impresa l'Idea Casa; che analogamente era avvenuto per gli appalti n.39/2002 , n. 41/2002 e n.42/2002, con aggiudicazione rispettivamente all'impresa IRTE, al Consorzio Ravennate ed al Consorzio Cooperative Virgilio.

Con ordinanza n. 3063/2003, questa Sezione ha accolto parzialmente l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente.

Con memoria conclusiva, ciascuna parte ha insistito nelle proprie conclusioni.

Alla pubblica udienza del 10.2.2004, il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

1. Con sentenza TAR Lombardia, sez. 3°, n.447 del 14.3.2003 è stato respinto il ricorso proposto dalla EL.MA s.r.l. avverso i provvedimenti di esclusione, ed incameramento della relativa cauzione provvisoria, dalle gare di appalto di lavori n.33/02, n. 39/02, n. 41/02 e n. 42/02, indette dal comune di Milano.

Avverso detta sentenza ha proposto appello la Società.

2.L'appello è infondato nella parte in cui si dirige avverso il provvedimento di esclusione.

2.1. Si deduce con l'appello che, ai fini del divieto di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, possono assumere rilievo esclusivamente le situazioni di controllo societario, mentre il collegamento organizzativo o la sussistenza di vincoli di parentela tra rappresentanti o soci delle imprese non possono considerarsi elementi sufficienti ad inficiare la trasparenza della procedura e l'autonomia delle singole offerte. In proposito, si assume altresì che l'art.10, comma 1 bis, l. n. 109/94 legittima l'esclusione automatica solo se sussistono forme di controllo, le quali, ai sensi dell'art.2359 c.c., devono ricondursi al concetto di influenza dominante, nella specie insussistente e comunque non dimostrata.

Rileva poi che gli elementi di carattere formale riscontrati nell'aspetto esteriore delle offerte, la cui identità ha indotto l'Amministrazione a desumere la loro provenienza da un unico centro di interessi, derivano in realtà dal fatto che le imprese si erano avvalse della consulenza della stessa Società di servizio per

la compilazione della documentazione amministrativa.

L'Amministrazione segnala che gli elementi di fatto accertati, considerati unitariamente, rappresentano indizi gravi, precisi e concordanti, che evidenziano l'esistenza di un collegamento sostanziale tra le imprese e rendono plausibile la reciproca conoscenza e condizionamento delle offerte presentate dalle società escluse, con conseguente violazione del principio di segretezza delle offerte e del patto di integrità sottoscritto dai concorrenti, ponendo a rischio il regolare esito della procedura. Ciò costituirebbe presupposto idoneo a giustificare l'esercizio del potere di esclusione dei concorrenti dalla gara e l'incameramento della cauzione provvisoria.

2.2. Il Collegio rileva al riguardo che l'art.10, comma 1-bis, L. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, stabilisce il divieto di partecipazione alla medesima gara di imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 c.c..

Ai sensi di quest'ultima disposizione., sono considerate società controllate:

-le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

-le società in cui un'altra società dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

-le società che sono sotto l'influenza dominante di altra società, in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai sensi del terzo comma dell'art.2359 c.c., l'ipotesi del "collegamento societario" si concretizza quando una società esercita su altra società un'influenza notevole: ipotesi che si presume qualora nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.

Poiché il citato art.10, comma 1 bis, l.n. 109/94 si limita a richiamare solo l'ipotesi delle "società controllate" prevista e disciplinata dall'art.2359 c.c., ma poi in altre disposizioni della stessa legge, sia pure ad altri fini, vi è ampio riferimento sia al controllo che al collegamento societario (V. artt. 2, comma 4° e 17, comma 9°), evidentemente ciò non esclude che possano essere introdotte nella disciplina di gara fatti e situazioni che pur non integrando, gli estremi del controllo o collegamento societario civilistico, siano idonei ad alterare la serietà, l'indipendenza e completezza delle offerte, oltre che la loro segretezza, e che ne determinino l'esclusione dalla partecipazione alla gara.

Pertanto, la stazione appaltante può prevedere nella lex specialis ulteriori ipotesi di esclusione capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purché l'individuazione non superi il limite della ragionevolezza e della logicità al fine di non aggravare in modo eccessivo il procedimento, che deve pur tendere ad un'ampia partecipazione al fine della scelta del giusto contraente.

La differenza tra le ipotesi di esclusione di cui all'art.10,

comma 1 bis, l.n. 109/94 e le eventuali ulteriori ipotesi individuate dalla stazione appaltante, consiste nel fatto che qualora si verifichi il primo caso l'Amministrazione potrà automaticamente procedere ad assumere il provvedimento di esclusione, essendovi una presunzione di controllo societario ex art.2359, 1° comma, c.c., mentre nel secondo caso sarà indispensabile individuare e valutare specifici elementi che inducano a ritenere che più offerte siano state presentate da un unico centro decisionale.

Le situazioni di collegamento sostanziale tra imprese derivano, quindi, da significativi indizi circa l'esistenza di un medesimo centro di interessi desunti da elementi oggettivi e concordanti (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. VI, 28 febbraio 2000, n. 1056; sez. V, 1.7.2002 n.3601 e sez. IV, 15.2002 n.949).

2.3.Nella specie, il punto K) del bando prevede l'esclusione dalla gara per "violazione del principio della segretezza delle offerte (art.75 del R.D. 23/5/1924 n. 827) per le imprese concorrenti fra le quali esistono forme di controllo o di collegamento ai sensi dell'art.2359 c.c."

Inoltre, ogni concorrente ha presentato "a pena di esclusione", a corredo dell'offerta, copia del ".. Patto di integrità sottoscritto dal legale rappresentante dell'impresa concorrente ovvero dai legali rappresentanti delle imprese concorrenti in caso di ATI come da modello allegato al presente bando". Con la

sottoscrizione di tale documento, tra l'altro, l'impresa concorrente ed il Comune di Milano si sono impegnati a “.. conformare i propri comportamenti ai principi di lealtà, trasparenza e correttezza ..” oltre che a non assumere condotte corruttive (non offrire, accettare o richiedere somme di danaro o altra ricompensa, vantaggio o beneficio, si direttamente che indirettamente, al fine dell'assegnazione del contratto e/o al fine di distorcere la relativa corretta esecuzione). L'impresa partecipante alla gara, inoltre, sottoscrivendo il Patto si è impegnata a “.. segnalare al Comune di Milano qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nelle fasi di svolgimento della gara .., da parte di ogni interessato o addetto o di chiunque possa influenzare le decisioni relative alla gara ..” ed ha dichiarato che “.. non si è accordata e non si accorderà con altri partecipanti alla gara per limitare in alcun modo la concorrenza”.

L'esclusione della Società (insieme ad altre due) è stata disposta (come risulta nel relativo verbale) “per violazione del principio di segretezza avendo riscontrato nella documentazione presentata elementi idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate da parte delle diverse imprese. Sono stati infatti rilevati elementi tali da far presumere forme di collegamento sostanziale tra le stesse riconducibili ad un unico centro di interesse in violazione di quanto previsto dal punto K del bando e del patto di integrità”.

Nella parte finale poi si precisa che : “Il mancato rispetto degli impegni assunti con la sottoscrizione da parte delle suddette imprese del Patto di integrità, comporta pertanto l’esclusione dei concorrenti dalla presente gara.

Gli elementi tenuti presenti dal Seggio di gara sono i seguenti:

- le buste contenenti i plichi hanno la stessa dimensione e colore, e presentano la stessa impostazione grafica;

i plichi risultano spediti dal medesimo ufficio postale, il medesimo giorno, con le medesime modalità di invio;

le domande di partecipazione alla gara, la dichiarazione sostitutiva del casellario giudiziale, la dichiarazione di cui al punto 4) del bando integrale di gara e la dichiarazione di subappalto sono state redatte, per tutte e tre le società, utilizzando i moduli predisposti dal Comune di Milano e compilate con grafia apparentemente simile e le marche da bollo sono state annullate tutte con il medesimo segno grafico;

le dichiarazioni relative all’ottemperanza della legge 68/99, per le quali non esistono modelli predisposti dal comune di Milano, sono state redatte, da tutte e tre le società, con una formulazione analoga, con la medesima impostazione grafica e su fogli uso bollo;

le polizze fideiussorie, presentate quale cauzione provvisoria, sono rilasciate dalla medesima compagnia di assicurazione e dalla stessa agenzia, nel medesimo giorno e con numero

progressivo successivo;

in tutte le polizze risulta il medesimo errore nell'oggetto dell'assicurazione dove viene indicato correttamente l'oggetto dell'appalto, ma riportato erroneamente il numero, indicando il n.35 al posto del n.33;

la EL.MA.I srl e la Edilizia Marco 82 srl hanno entrambe sede in Roma, via Grassano 42 e lo stesso numero telefonico e di fax;

i legali rappresentanti delle tre società hanno tutti la propria residenza in Roma, via al IV Miglio 118, indirizzo coincidente con la sede legale della Immobiliare La Meridiana s.r.l.

Ora, tali elementi possono essere ritenuti sufficienti per affermare l'esistenza di un'ingerenza reciproca nell'attività delle diverse imprese e, quindi, per considerare violato il principio di segretezza delle offerte.

Il fatto addotto dalla Società, secondo cui per gli adempimenti connessi alla partecipazione alla gara si era occupato il medesimo soggetto (una società di servizi) predisponendo i documenti necessari per prendere parte alla competizione, acuisce i rischi di commistioni e interferenze, tanto più che la società di servizi sembra aver curato non solo la "preparazione di domande di partecipazione" ma anche la "preparazione delle offerte".

Nel caso in esame, però, a parte il presumibile collegamento sostanziale esistente tra dette imprese, sono stati ritenuti violati anche gli impegni assunti con il Patto di integrità, il che

costituisce autonoma causa di esclusione dalla gara (non specificamente contestata), con riserva di ulteriori accertamenti che hanno poi evidenziato anche vincoli di parentela tra gli amministratori delle tre Società.

3. L'appello è, invece, fondato con riferimento ai provvedimenti di incameramento della cauzione provvisoria, giustificato dalla gravità degli indizi in conformità al patto di integrità.

Il TAR ha rilevato al riguardo la mancanza di censure autonome, che invece erano state proposte.

Invero, come evidenziato dalla Società, avverso quest'ultimo provvedimento non era stati dedotti vizi di illegittimità derivata ma vizi propri, anche se conformi a quelli proposti avverso il provvedimento di esclusione, con la sostanziale contestazione dei relativi presupposti giuridici e di fatto, nonché difetto di motivazione, doglianze che vanno condivise nel caso in esame.

3.1. Come è noto, la cauzione provvisoria prestata dal partecipante alla gara per l'appalto di lavori pubblici ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'Amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto (V. art. 332 L. 20.3.1865 n. 2248, allegato F, e artt. 2 e 4 D. P.R. 16.7.1962 n. 1063, art. 30, comma 1, L. n.109/1994 e successive modificazioni).

Recentemente, però, la cauzione provvisoria ha assunto anche

l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle Imprese in sede di partecipazione alle gare di appalti di lavori pubblici in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa prescritti dal bando o lettera di invito, tanto è vero che è stato evidenziato che essa sta a garantire l'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione ma anche a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara (V. le decisioni di questa Sezione n.124 del del 18.5.1998 e n. 5843 del 15.11.2001).

Invero, con l'art. 10 comma 1quater della L. n.109/94 e successive modificazioni è stato (implicitamente) consentito alla Stazione appaltante di non esigere, all'atto della presentazione della domanda per la partecipazione alle procedure di affidamento dei lavori pubblici, la documentazione necessaria per attestare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa prescritti dal bando o lettera di invito, con l'obbligo però di richiedere, prima dell'apertura delle buste delle offerte, ad almeno un numero offerenti non inferiori al 10 % delle offerte presentate, scelti con sorteggio pubblico, al fine di comprovare, entro dieci giorni dalla richiesta, il possesso di detti requisiti. Con l'espressa previsione che "Quando tale prova non sia fornita ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente

dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità (per la vigilanza su lavori pubblici) per i provvedimenti di cui all'art. 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 8, comma. La suddetta richiesta è altresì inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario ed al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano già compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”

Con la conseguenza che la Stazione appaltante, nel caso che tale prova non venga fornita ovvero non confermi quanto dichiarato nel termine prescritto, è tenuta all'esclusione del concorrente dalla gara ed all'escussione della relativa cauzione provvisoria, oltre che alla segnalazione del fatto all'autorità di vigilanza per i lavori pubblici per le ulteriori misure sanzionatorie (V. la decisione di questa Sezione n. 2482 dell'8.5.2002).

In particolare, poi ne è stato messo in rilievo il carattere sanzionatorio (V. Sez. VI n. n.416 del del 26.7.2001), peraltro confermato nell'ultima parte del menzionato art.1-quater L. n. 109/94 e successive modificazioni, per cui il relativo potere non può essere esercitato al di fuori dei limiti normativamente stabiliti (V. la decisione di questa Sezione n.2512 del 12.5.2003).

3.2. Nel caso di specie, il provvedimento di incameramento della cauzione risulta basato sulla gravità degli indizi in conformità al Patto di integrità, ma una tale estensione dei presupposti per l'esercizio del relativo potere sanzionatorio, in relazione a quanto sopra precisato, non può ritenersi consentita.

In ogni caso, pur tenendo conto del Patto di integrità, esso prevede l'incameramento della cauzione solo con riferimento alla violazione degli impegni 'anti-corruzione' ivi precisati, che nella specie non sono stati contestati.

D'altra parte, la stessa Sezione del TAR Lombardia in una controversia analoga (V. sentenza n. 1090 del 30.4.2003) ha poi ritenuto illegittimo il provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria con il richiamo alla violazione del Patto di integrità.

4. Per quanto considerato, l'appello deve essere accolto in parte, con conseguente annullamento dei quattro provvedimenti di incameramento della cauzione provvisoria impugnati in 1° grado. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V)

Accoglie in parte l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma parziale della sentenza del TAR, accoglie in parte il ricorso originario.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 10.2.2004, con l'intervento dei signori:

Pres. Emidio Frascione

Cons. Raffaele Carboni

Cons. Paolo Buonvino

Cons. Cesare Lamberti

Cons. Aniello Cerreto, Est.

L'ESTENSORE

f.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28 giugno 2004

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi