

**N. 00844/2012REG.PROV.COLL.
N. 04382/2007 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4382 del 2007, proposto da
Costruzioni Miotti s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Sebastiano Artale, con domicilio
eletto presso Arturo Cancrini in Roma, via G. Mercalli, 13;

contro

Comune di Milano, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Raffaele Izzo, Maria
Teresa Maffey, Maria Rita Surano, con domicilio eletto presso Studio Vaiano - Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;
Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Osservatorio sui lavori pubblici;

nei confronti di

Impresa Ferrario Costante s.r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Fratelli Passoni s.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE III, n. 85/2007, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO INTERVENTI DI SISTEMAZIONE NODO DI CASCINA GOBBA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati De Portu su delega dell'avv. Cancrini, Izzo, e l'avvocato dello Stato D'Ascia;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società odierna appellante, già ricorrente in primo grado, è stata esclusa della gara di appalto n. 91/2005 indetta dal Comune di Milano, per ritenuto collegamento sostanziale con altro concorrente.

Per l'effetto, il Comune di Milano ha incamerato la cauzione provvisoria, mentre l'Autorità di vigilanza ha annotato il provvedimento di esclusione nel casellario informatico, ai sensi dell'art. 27, d.P.R. n. 34 del 2000.

2. Contro i provvedimenti di esclusione, incameramento della cauzione, annotazione nel casellario informatico, nonché contro il bando di gara, la società ha proposto ricorso al Tar, che è stato respinto con la sentenza in epigrafe (Tribunale amministrativo regionale del Lazio – Roma, sez. III, 10 gennaio 2007 n. 85).

Ad avviso della sentenza:

- nel vigore della l. 11 febbraio 1994, n. 109, deve ritenersi consentita l'esclusione non solo per collegamento "formale" ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ., ma anche per collegamento sostanziale;
- nel caso di specie sussisterebbero univoci indici rivelatori del collegamento sostanziale;
- sarebbe legittimo l'incameramento della cauzione, che discende dalla sottoscrizione del protocollo di legalità, con cui le imprese concorrenti si impegnavano, nei confronti del Comune di Milano, a dichiarare le situazioni di controllo;
- legittima sarebbe l'iscrizione nel casellario informatico.

3. Ha proposto appello l'originaria ricorrente.

4. Con il terzo motivo di appello, che nell'ordine logico delle questioni è prioritario, si contesta l'interpretazione, seguita dal Tribunale amministrativo del Lazio, secondo cui nel vigore della l. n. 109 del 1994 avrebbe rilevanza, quale causa di esclusione, il c.d. collegamento sostanziale, a fronte del dato normativo testuale, che contemplava il solo collegamento "formale". Si invoca, a sostegno, una difforme giurisprudenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio.

5. Il mezzo è infondato.

5.1. Il Collegio non ignora il contrasto di giurisprudenza agitatosi, nel vigore della l. 11 febbraio 1994, n. 109, in

ordine alla rilevanza o meno del cd. collegamento “sostanziale”.

5.2. Siffatto contrasto è tuttavia sfociato in una prevalente giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui, nel vigore della l. n. 109 del 1994, aveva rilevanza quale causa di esclusione dalle gare non solo il collegamento formale tra imprese, ma anche il collegamento sostanziale, ogni volta che si accertasse che due o più offerte fossero riconducibili ad un unico centro decisionale.

Sicché, sotto tale profilo, la sentenza di primo grado deve essere confermata.

La posizione di questo Consiglio di Stato sulla questione all'esame deve ritenersi ben nota perché consolidata (Cons. Stato, IV, 27 dicembre 2001 n. 6424; IV, 19 ottobre 2006 n. 6212).

Secondo questa giurisprudenza, poiché il divieto normativo contenuto nell'art. 10, comma 1-*bis*, l. n. 109 del 1994 si basa, attraverso il richiamo dell'art. 2359 Cod. civ., su di una presunzione, non può escludersi che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo societario atte ad alterare una gara di appalto, il che rende legittimo che l'amministrazione appaltante possa introdurre clausole di esclusione dalla gara in presenza di tali ulteriori ipotesi di fatto, con il limite della loro ragionevolezza e logicità rispetto alla tutela che intende perseguire, e cioè la corretta individuazione del «giusto» contraente.

Nelle numerose decisioni in cui è stata affrontata la questione, è stato posto in rilievo come la scelta da parte della pubblica amministrazione del soggetto con cui concludere un contratto di appalto di lavori pubblici si realizzi attraverso una serie procedimentale interamente regolata da norme pubblicistiche, preordinate all'individuazione del miglior contraente possibile, sia dal punto di vista soggettivo (con riferimento ai requisiti soggettivi, alle capacità tecniche, organizzative e finanziarie), sia dal punto di vista oggettivo, con riferimento all'economicità dell'offerta formulata e quindi al buon uso del denaro pubblico. Nel rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed

imparzialità dell'azione amministrativa, enunciati dall'art. 97 Cost., detta serie procedimentale si impernia sui postulati di trasparenza ed imparzialità che, a loro volta, si concretizzano nel principio di *par condicio* tra tutti i concorrenti, realizzata attraverso la previa predisposizione del bando di gara, e nel principio di concorsualità, segretezza, completezza, serietà, autenticità e compiutezza delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni ed alle previsioni della *lex specialis*, nonché nella previa predisposizione, da parte dell'amministrazione appaltante, dei criteri di valutazione delle offerte (cfr, fra tutte, Cons. Stato, sez. IV, n. 6367/2004).

Le finalità pubblicistiche cui sono preordinati tali principi (che possono sintetizzarsi nella esigenza di individuazione del "giusto" contraente) implicano che al loro rispetto non è vincolata soltanto la pubblica amministrazione, bensì anche coloro che intendono partecipare alla gara: su questi ultimi incombe, infatti, l'obbligo di presentare offerte che, al di là del loro profilo tecnico - economico (specifico oggetto della valutazione di merito da parte della stazione appaltante), devono avere le caratteristiche della compiutezza, della completezza, della serietà, della indipendenza e della segretezza, le quali soltanto assicurano quel gioco della libera concorrenza e del libero confronto attraverso cui giungere all'individuazione del miglior contraente possibile.

In tale prospettiva, la norma contenuta nell'articolo 10, comma 1-*bis*, l. n. 109 del 1994, si inquadra nell'ambito dei divieti normativi di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti dal legislatore capaci di formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità.

La giurisprudenza ha poi precisato che ciò non esclude che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo societario atte ad alterare una gara di appalto, il che rende legittimo che l'amministrazione appaltante possa introdurre clausole di esclusione dalla gara in presenza di tali ulteriori ipotesi di fatto, con il limite della loro ragionevolezza e

logicità rispetto alla tutela che intende perseguire, e cioè la corretta individuazione del “giusto” contraente (v., fra tutte, Cons. Stato, IV, n. 6424/2001; n. 923/2002; V, n. 2317/2004; VI, n. 5464/2004).

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che, anche a prescindere dall’inserimento di un’apposita clausola nel bando di gara, in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti attestanti la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, è consentita l’esclusione delle imprese, benché non si trovino in situazione di controllo ex art. 2359 Cod. civ. (altrimenti sarebbe facile eludere la descritta norma imperativa posta a tutela della concorrenza e della regolarità delle procedure di gara).

Nel caso di specie, poi, il bando di gara contiene anche un’espressa clausola di esclusione delle offerte di imprese che siano in situazione di collegamento sostanziale.

5.3. La successiva evoluzione normativa e giurisprudenziale conferma la correttezza delle conclusioni raggiunte e merita menzione per la sua portata sistematica, ancorché non sia direttamente applicabile *ratione temporis*.

5.3.1. Il Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - che ha sostituito, tra l’altro, la l. n. 109 del 1994 - ha recepito il consolidato orientamento della giurisprudenza in relazione al collegamento sostanziale, prevedendolo, inizialmente, come causa di esclusione che si aggiunge al collegamento formale di cui all’art. 2359 Cod. civ., quando vi sia la prova, sulla base di univoci elementi, che due o più offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale (originario art. 34, comma 2):

5.3.2. Successivamente, la C. giust. CE (C. giust. CE, sez. IV, 19 maggio 2009 C-538/07) pronunciandosi sul d.lgs. n. 157/1995 ha ritenuto incompatibile con il diritto comunitario (e segnatamente con la direttiva 92/50/CEE) la disciplina nazionale che vieta in assoluto la partecipazione alla medesima gara di appalto di imprese che sono tra loro in una situazione di collegamento. Per la Corte che non si può impedire, *a priori*, una disciplina nazionale delle cause di

esclusione dalle gare di appalto più severa di quella comunitaria, la quale prevede le cause di esclusione come facoltative. Pertanto, non è senz'altro illegittima la disciplina italiana, che prevede cause di esclusione obbligatorie. Tuttavia la maggiore severità della disciplina nazionale, da un lato deve trovare giustificazione nell'esigenza di una migliore tutela della concorrenza, della trasparenza e della *par condicio*, dall'altro incontra un limite nel principio di proporzionalità (par. 23). Facendo applicazione di tali coordinate alla disciplina nazionale in tema di controllo di imprese e gare di appalto, la C. giust. CE ha rilevato che la legislazione italiana prevede un'esclusione <<automatica>>, in quanto il solo fatto che vi sia una situazione di controllo preclude la partecipazione alla medesima gara e obbliga la stazione appaltante a dichiarare l'esclusione: tale automatismo, secondo la Corte, implica una presunzione assoluta di reciproca influenza nella formulazione delle offerte in gara; esso ostacola la libera concorrenza nel mercato comunitario, e contrasta con il principio di proporzionalità.

5.3.3. Il Codice dei contratti pubblici è stato adeguato a tale pronuncia, e attualmente non contempla come causa di esclusione il controllo formale *ex se*, ma ogni situazione di controllo e collegamento, sia esso formale o sostanziale, solo se vi sia la prova, sulla base di univoci elementi, che le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale (art. 38, comma 1, lett. *m-quater* e comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

6. Stabilito che legittimamente il bando ha nel caso di specie previsto quale causa di esclusione il collegamento sostanziale, può esaminarsi la concreta fattispecie all'esame della Sezione, onde verificare se le due offerte fossero riconducibili sulla base di univoci elementi ad un unico centro decisionale.

6.1. Va all'uopo esaminato il secondo motivo di appello, con cui si deduce che gli elementi esaminati prima dalla stazione appaltante e poi dal Tribunale amministrativo non comproverebbero il collegamento sostanziale, trattandosi di elementi puramente formali ed estrinseci, suscettibili di spiegazione alternativa lecita, mentre non è mai stata

condotta un'indagine sul contenuto sostanziale delle offerte.

7 Il mezzo è fondato.

7.1. L'esclusione dalla gara dell'appellante è stata disposta sulla base di una serie di elementi, ritenuti dalla stazione appaltante idonei a configurare l'esistenza di un rapporto di collegamento con altra concorrente partecipante alla medesima gara.

Si è data rilevanza, in particolare, ad aspetti esteriori delle offerte, vale a dire i caratteri tipografici, il tipo di buste, l'ufficio di spedizione, la scrittura di redazione, alla identità del fideiussore, la data di rilascio dei certificati penali, e inoltre a legami di parentela tra i soci e gli amministratori delle due società.

7.2. La sola somiglianza della veste formale delle offerte non dimostra l'identità del centro decisionale, che invece postula una somiglianza del contenuto sostanziale delle offerte, o una loro differenza voluta e studiata per turbare la gara (Cons. Stato, VI, 8 giugno 2010 n. 3637); così come le circostanze che le buste siano spedite lo stesso giorno e dal medesimo ufficio postale, che la garanzia fideiussoria sia rilasciata dalla medesima agenzia e con polizze emesse in sequenza e lo stesso giorno, la somiglianza della veste grafica, di per sé, non sono tali da far necessariamente presumere una situazione di collegamento (Cons. Stato, VI, 6 settembre 2010 n. 6469).

7.3. Quanto ai presunti intrecci di soci e amministratori, essi non vi sono, in quanto sono dimostrati solo legami di parentela tra i soci e gli amministratori delle due società, ma non un'identità di soci e amministratori delle due società (Cons. Stato, VI, 8 giugno 2010 n. 3637).

7.4. Nella specie, poi, non è dimostrata l'identità dell'ufficio di spedizione delle offerte, né l'identità di data di rilascio dei certificati penali.

7.5. Parte appellante ha poi fornito una spiegazione alternativa lecita di alcune coincidenze fattuali, quanto alle

modalità di redazione delle offerte, avendo le due società una matrice comune venuta meno nel 1999.

7.6. Anche l'identità del notaio che ha autenticato le sottoscrizioni delle polizze non è elemento dirimente, atteso che il notaio viene scelto dalla banca che rilascia le fidejussioni.

7.7. Inoltre, nella specie, una delle due società asseritamente collegate ha partecipato in a.t.i. con un terzo soggetto, sicché andava dimostrata la partecipazione di tale terzo al collegamento sostanziale.

7.8. Quel che rileva, in conclusione, è che l'esclusione per asserito collegamento sostanziale è stata disposta senza aprire le buste contenenti le offerte, dunque senza che fosse compiuta la verifica, essenziale nella prospettiva della giurisprudenza comunitaria, della riferibilità di entrambe le offerte ad un unico centro decisionale, previa verifica del contenuto sostanziale delle offerte medesime, tanto più avuto riguardo alla circostanza che si trattava di gara da aggiudicarsi al prezzo più basso, e che vi erano oltre cento offerte, con ribassi inevitabilmente simili.

7.9. Difettano gli elementi univoci per ritenere sussistente un rapporto di collegamento sostanziale tra le due società, e in particolare per ritenere che le offerte fossero espressione di un unico centro decisionale, cosa che andava accertata mediante un attento esame del contenuto delle offerte.

Come già statuito da questo Consiglio di Stato, eventuali comunanze a livello strutturale sono di per sé insufficienti, essendo necessario verificare se tale comunanza abbia avuto un impatto concreto sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara, con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale(Cons. Stato, VI, 25 gennaio 2010 n. 247; 16 febbraio 2010 n. 1120; 8 giugno 2010 n. 3637).

8. In conclusione, deve ritenersi illegittima l'esclusione, per difetto di prova del collegamento sostanziale, con conseguente illegittimità derivata dell'incameramento della cauzione, della segnalazione all'Autorità di vigilanza, dell'iscrizione nel casellario informatico dell'Autorità di vigilanza.

Per l'effetto, le censure autonome rivolte, con il primo e quarto motivo di appello, contro l'incameramento della cauzione e l'iscrizione nel casellario informatico, possono ritenersi assorbite.

9. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate in considerazione della complessità delle questioni a causa dell'evoluzione del quadro normativo di riferimento.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati con il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)