

N. 01091/2013REG.PROV.COLL.
N. 02661/2011 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 2661 del 2011, proposto dalla Edilt s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Annalisa Agostinacchio, con domicilio eletto presso Marco Gardin in Roma, via Laura Mantegazza, 24;

contro

il Comune di Milano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Raffaele Izzo, Maria Teresa Maffey e Maria Rita Surano, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (oggi, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - Avcp), in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

le società Milano Assicurazioni s.p.a. e Solcasa s.r.l., non costituite in giudizio nel presente grado;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA, SEZIONE III, n. 39154/2010, resa tra le parti, concernente esclusione da gara d'appalto - annotazione nel casellario informatico - escussione cauzione;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e dell'Avcp;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2012 il Cons. Bernhard Lageder e uditi per le parti gli avvocati Agostinacchio e Maffey, nonché l'avvocato dello Stato Palasciano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio respingeva (a spese compensate) il ricorso n. 6899 del 2006, proposto dalla Edilt s.r.l. avverso i seguenti atti:

(i) l'esclusione della ricorrente, disposta dalla commissione di gara nella seduta del 26 maggio 2006, dalla gara d'appalto indetta dal Comune di Milano per l'affidamento delle opere di risanamento della scuola media di via Dalmazia 4 in Milano (all'importo base d'asta di euro 2.497.292,08 + oneri di sicurezza), sul presupposto di un collegamento sostanziale con altre impresa partecipante alla stessa procedura, in particolare con le società Imest s.r.l., Pantarei s.r.l. e Maralfa s.a.s. (le ultime due in costituenda associazione temporanea), sebbene nella domanda di partecipazione fosse stata dichiarata l'insussistenza di situazioni di controllo o collegamento sostanziale con altre imprese partecipanti;

(ii) i provvedimenti consequenziali di escussione della garanzia fideiussoria, di segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (oggi, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture -

Avcp) e di annotazione del provvedimento di esclusione nel casellario informatico delle imprese qualificate, ai sensi dell'art. 27, comma 2, d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34;

(iii) il bando di gara n. 26 del 2006, pubblicato il 28 marzo 2006 (con termine di presentazione delle offerte fino al 4 maggio 2006), segnatamente le clausole di cui ai punti 1), lett. j), e 10), nonché a p. 10, lett. p), e il relativo “patto di integrità”, nelle parti in cui definivano la causa di esclusione costituita dal collegamento sostanziale tra imprese concorrenti.

L'adito Tribunale amministrativo regionale ravvisava la legittimità della previsione nel bando di gara, quale causa escludente, del collegamento sostanziale tra imprese, anche nella vigenza della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio), nonché la sussistenza degli indici rilevatori di un collegamento sostanziale tra la società ricorrente e le menzionate imprese, pure partecipanti alla gara, comportante l'imputabilità delle relative offerte ad un unico centro decisionale, e riteneva di conseguenza legittima l'esclusione della società ricorrente, disposta dalla stazione appaltante.

2. Avverso tale sentenza interponeva appello la ricorrente soccombente, deducendo un unico complesso motivo, testualmente rubricato “*Error in iudicando: violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 1-bis, della l. 109/1994, dell'art. 2359 c.c., dell'art. 75 d.P.R. 554/1999 e dei principi generali in materia di controllo e collegamento tra imprese concorrenti agli appalti di lavori pubblici; eccesso di potere per assenza ed erroneità dei presupposti in fatto e in diritto, difetto di istruttoria ed abnormità dell'azione amministrativa*”. L'appellante chiedeva dunque, in riforma dell'impugnata sentenza, l'accoglimento del ricorso in primo grado e l'annullamento dei gravati provvedimenti.

3. Costituendosi in giudizio, l'appellato Comune di Milano contestava la fondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione con vittoria di spese.

4. Si costituiva in giudizio altresì l'appellata Avcp con comparsa di stile,

resistendo.

5. All'udienza pubblica del 16 novembre 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

6. L'appello è infondato.

6.1. Giova premettere, in linea di fatto, che il provvedimento di esclusione dell'odierna appellante dalla gara in esame risulta motivata testualmente come segue: “(...) *Il Presidente inoltre esclude le imprese EDILT SRL, IMEST SRL ed il costituendo ATI tra le imprese PANTAREI SRL e MARALFA SAS, 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 interessi in contrasto con quanto dichiarato in sede di gara nel documento di cui al punto 1 lettera j) del bando integrale di gara ed in violazione a quanto previsto dal punto p) pag. 10 del bando integrale di gara e dal Patto d'integrità allegato al bando stesso, sottoscritto dalle imprese partecipanti a pena di esclusione, con il quale le ditte hanno espressamente dichiarato, tra l'altro, 'di non trovarsi in situazioni di controllo o collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti e che non si è accordata e non si accorderà con altri partecipanti alla gara' (...)*” (v. verbale di seduta della Commissione di gara del 26 maggio 2006). Segue l'enunciazione analitica degli elementi di fatto assunti a suffragio dell'affermato collegamento sostanziale tra le due imprese partecipanti, comportante l'esclusione delle imprese dalla gara in esame.

Il bando di gara, per quanto qui interessa, prevedeva che le imprese concorrenti erano tenute a dichiarare, a pena di esclusione, “(...) *l'inesistenza di forme di controllo con altre imprese concorrenti ai sensi dell'art. 2359 del c.c. nonché l'inesistenza di situazioni di collegamento e/o di collegamento sostanziale con altre imprese concorrenti, quali ad esempio la non comunanza con altre imprese concorrenti del legale rappresentate/ titolare/ amministratori/ soci/ direttori*

tecnici/procuratori con poteri di rappresentanza (...)” (v. così, testualmente, il punto 1) lett. j) del bando di gara), e stabiliva che “(...) verranno escluse dalla gara per violazione del principio di segretezza delle offerte (art. 75 del R.D. 23/5/1924 n. 827), fatta salva l’applicazione delle ulteriori sanzioni previste dal Patto di Integrità, la cui sottoscrizione da parte delle imprese concorrenti è condizione di ammissibilità della gara, le imprese concorrenti fra le quali esistono forme di controllo ai sensi dell’art. 2359 del C.C. o situazioni di collegamento e/o di collegamento sostanziale quali ad esempio la non comunanza con altre imprese concorrenti del legale rappresentate/titolare/amministratori/soci/direttori tecnici/procuratori con poteri di rappresentanza (...)”.

Nel c.d. “Patto di integrità”, firmato dalle imprese partecipanti alla gara, le stesse dichiaravano “(...) di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti (...)”, assumendo l’obbligo di non “accordarsi” con altri partecipanti alla gara.

6.2. In linea di diritto, rileva il Collegio, in adesione a ormai consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato (C.d.S., Sez. V, 30 novembre 2011, n. 6329; C.d.S., Sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6469; C.d.S., Sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4888; C.d.S., Sez. IV, 19 ottobre 2006, n. 6212; C.d.S., Sez. VI, 13 giugno 2005, n. 3089), che l’art. 10, comma 1-*bis*, l. 11 febbraio 1994, n. 109, aggiunto dall’art. 3 l. 18 novembre 1998, n. 415 – applicabile *ratione temporis* alla fattispecie *sub iudice*, ma ormai superato dall’art. 34, comma 2, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ora confluito nell’art. 38, comma 1 lett. *m-quater*), d. lgs. n. 163 del 2006 –, il quale vietava la partecipazione alle gare d’appalto per la realizzazione di lavori pubblici alle imprese in situazione di collegamento ai sensi dell’art. 2359 cod. civ., non può qualificarsi alla stregua di disposizione tassativa di stretta interpretazione, preclusiva dell’individuazione di fattispecie ulteriori di collegamento sostanziale tra imprese, che siano lesive del principio di segretezza delle offerte e dunque falsino la competizione e violino la par condicio tra le

partecipanti alla gara.

Premesso che il collegamento sostanziale ricorre nel caso in cui le offerte, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi, si osserva che tale fattispecie, delineata dal richiamato orientamento giurisprudenziale sulla scorta 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, ha poi avuto riconoscimento normativo nel d. lgs. n. 163 del 2006 – dapprima, nell’art. 34, comma 2, ora, nell’art. 38, comma 1 lett. *m-quater*), inserito dall’art. 3, comma 1, d.l. 25 settembre 2009, n. 135 –, che, in aggiunta alla fattispecie tipizzata delle situazioni di controllo *ex art.* 2359 cod. civ., contempla espressamente, a ricognizione del principio già affermato in via giurisprudenziale, le ipotesi di collegamenti, anche di fatto, tra imprese partecipanti che comportino l’imputabilità delle relative offerte ad un unico centro decisionale.

In sostanza, l’ipotesi *ex art.* 2359 cod. civ. integra una forma di presunzione *iuris tantum* di collegamento tra ditte partecipanti, mentre l’ipotesi del collegamento sostanziale va, di volta in volta, desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti alla gara, distorsivo delle regole di gara.

La giurisprudenza comunitaria, lungi dal porsi in contrasto con tale orientamento (come adombra l’odierna appellante nel ricorso in appello), tutt’al contrario tende ad avallarlo a presidio dei principi di effettività e trasparenza della competizione tra le imprese partecipanti alla gara. Infatti, la Corte di Giustizia CE nella causa C-538/07, con sentenza 19 maggio 2009, affermando che il diritto comunitario si oppone a che una disposizione nazionale (nel caso, la l. n. 109 del 1994) istituisca un divieto

assoluto a carico di imprese – fra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano fra loro collegate – di partecipare in modo simultaneo e concorrenziale alla stessa gara d'appalto, senza lasciar loro la possibilità di dimostrare che tale rapporto non influisce sul rispettivo comportamento nell'ambito della procedura di gara, si è limitata ad escludere che rapporti di mero collegamento formale possano dimostrare di per sé l'esistenza e/o la potenzialità del condizionamento, dovendo alle imprese sempre essere consentito dimostrare l'inefficacia di tali rapporti. Ma la stessa Corte nella citata sentenza ha, al contempo, affermato che rapporti fra imprese partecipanti alla medesima gara d'appalto possono condizionare i rispettivi comportamenti e falsare quel rapporto squisitamente concorrenziale che costituisce la stessa ragion d'essere delle procedure di evidenza pubblica, purché ne sia fornita la prova concreta caso per caso e non siano introdotte fattispecie presuntive legali *iuris et de iure* escludenti la possibilità di prova contraria.

6.3. Orbene, applicando le enunciate coordinate normative e giurisprudenziali alla fattispecie *sub iudice*, deve, in primo luogo, affermarsi la legittimità delle impugnate previsioni della *lex specialis* di gara e del c.d. "Patto di integrità", sopra citate, in quanto conformi all'enunciato principio della natura escludente di collegamenti sostanziali tra imprese partecipanti lesivi dei canoni della segretezza delle offerte e della serietà e trasparenza delle procedure di evidenza pubblica.

In secondo luogo, merita conferma la valutazione del T.a.r. in ordine alla sussistenza, nel caso concreto, di elementi indiziari plurimi, precisi e concordanti, atti a suffragare il giudizio di riconducibilità delle offerte provenienti dalle società in questione ad un unico centro d'interesse – sotto l'influenza del signor Evangelista Antonio Francesco –, falsante la competizione tra le imprese concorrenti.

A favore di tale inferenza probatoria militano, invero, gli indici presuntivi

gravi, precisi e concordanti, puntualmente messi in rilievo nell'appellata sentenza e costituiti, *in primis*, dagli intrecci personali tra gli assetti societari delle imprese in questione, quali evincibili dalla documentazione acquisita al giudizio (con riferimento all'epoca di partecipazione alla gara):

- il signor Evangelista Antonio Francesco, direttore tecnico della Edilt s.r.l. (dagli acquisiti certificati camerali della C.C.I.A.A. di Bari risulta che il predetto rivestiva tale carica a far tempo dal 21 dicembre 2004 e quantomeno fino al 20 dicembre 2007, accanto a quella di responsabile tecnico), era socio per una quota di oltre il 20% della Imest s.r.l. e per una quota del 5% della Pantarei s.r.l.;
- lo stesso è marito convivente della signora De Cosmis Maria, socio accomandante della Maralfa s.a.s.;
- il medesimo è fratello unilaterale del signor Evangelista Luigi, socio per una quota del 60% e amministratore unico della Edilt s.r.l.;
- lo stesso è padre sia della signora Evangelista Maria Chiara, amministratore unico della Pantarei s.r.l., sia del signor Evangelista Alessandro, socio accomandatario e amministratore unico della Maralfa s.a.s.

Se, poi, si tiene conto delle circostanze di tempo e di luogo di spedizione delle domande di partecipazione e degli elementi formali connotanti i documenti di gara, analiticamente evidenziati nell'appellata sentenza, non possono sussistere dubbi in ordine alla riconducibilità delle offerte delle società in questione a un medesimo centro d'interessi, in violazione dei principi di trasparenza, segretezza e serietà delle offerte poste a presidio della *par condicio* tra le imprese partecipanti alla gara, per effetto delle rilevate condotte idonee a incidere sul corretto svolgimento della gara.

Per le esposte ragioni, l'appello deve essere disatteso, in quanto inidoneo a incrinare l'impianto motivazionale dell'appellata sentenza.

7. Le spese del presente grado di giudizio, come liquidate nella parte

dispositiva, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 2661 del 2011), lo respinge e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza; condanna la società appellante a rifondere alle Amministrazioni appellate (Comune di Milano e Avcp) le spese del presente grado, che si liquidano, in favore di ciascuna delle stesse, nell'importo di euro 2.000,00 (duemila/00), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/02/2013

IL SEGRETARIO

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