

N. 02631/2013REG.PROV.COLL.
N. 02495/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 2495 del 2013, proposto da:

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey e Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

contro

Impresa Dema Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Monti, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

nei confronti di

M.A.C.E. Manutenzione Appalti Costruzioni Edili Srl;

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocato dello Stato Ettore Figliolia, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n. 00504/2013, resa tra le parti, concernente esclusione dall'appalto e

comunicazione ai fini dell'inserimento del casellario informatico -
escussione polizza fideiussoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Impresa Dema Srl e di Autorità
per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2013 il Cons. Paolo
Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Izzo e Pafundi, per
delega dell'Avvocato Monti;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevato che la sentenza impugnata, TAR Lombardia, Milano sez. I, 25
febbraio 2012, n. 504, ha accolto il ricorso di primo grado, annullando i
provvedimenti in epigrafe indicati nella predetta sentenza, in particolare il
provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura di cui al bando
d'appalto n. 28-2012, comunicato con nota del direttore del settore gare e
opere pubbliche del comune di Milano n. prot. 722150 del 15.11.2012;

Rilevato che, secondo il TAR, gli elementi valorizzati dalla stazione
appaltante per l'esclusione della ricorrente, a fronte di quelli distintivi
indicati in sede odierna, risultano non soddisfare i parametri individuati in
giurisprudenza per la dimostrazione dell'identità del centro decisionale e, in
particolare, il semplice rapporto di parentela tra gli amministratori delle
società sospettate di collegamento, in assenza di altri indizi univoci, si rivela
del tutto inidoneo a fondare il convincimento dell'unicità di interessi tra le
suddette società;

Ritenuto che la giurisprudenza assolutamente prevalente di questo
Consiglio, in relazione alla nuova disciplina prevista dall'art. 38, comma 1
lett. m-quater), d. lgs. n. 163 del 2006, per l'esclusione dalle gare di imprese

tra loro collegate nel caso in cui sussistano una serie di indici presuntivi, ha stabilito che:

- l'art. 38, comma 1, lett. m-quater), d. lgs. n. 163 del 2006, inserito dall'art. 3, comma 1, d.l. 25 settembre 2009, n. 13, nel prevedere il divieto alle gare di imprese tra loro collegate, in aggiunta alla fattispecie tipizzata delle situazioni di controllo ex art. 2359 cod. civ., ormai contempla espressamente, a ricognizione del principio in precedenza 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;

- mentre l'ipotesi ex art. 2359 cod. civ. integra una forma di presunzione *iuris tantum* di collegamento tra ditte partecipanti, invece 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;

- legittimamente vengono escluse da una gara due imprese, per collegamento sostanziale tra di esse, nel caso in cui sussistano una serie di indici presuntivi gravi, precisi e concordanti, costituiti, *in primis*, dagli intrecci personali tra gli assetti societari delle imprese in questione, quali evincibili dalla documentazione acquisita in giudizio, con riferimento all'epoca di partecipazione alla gara e tenuto conto delle circostanze di tempo e di luogo di spedizione delle domande di partecipazione e Ritenuto, infatti, che la giurisprudenza comunitaria, lungi dal porsi in contrasto con la normativa italiana, 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;

Rilevato che questo Consiglio (*ex multis*, sentenze sez. VI, 8 maggio 2012 n. 2657 e 27 luglio 2010 n. 4888) ha sancito che il cd. “collegamento sostanziale” incide negativamente sul rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, non avendo le imprese partecipanti ad una gara presentato offerte serie, indipendenti e segrete;

Rilevato che, nel caso di specie, dopo l'apertura delle offerte economiche, il Presidente di gara ha escluso le imprese Dema e Immobiliare Habitat *“per violazione del principio della 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 l'art. 38, comma 1, lett. m-quater) del Codice dei Contratti e*

dal Patto d'integrità allegato al Capitolato Speciale d'appalto sottoscritto per accettazione con il quale le ditte hanno 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";

Ritenuto che il TAR non ha preso in considerazione i molteplici ed univoci dati materiali di comunanza tra le due Imprese, ovvero che:

- i plichi sono stati recapitati a mano, lo stesso giorno, dal medesimo soggetto, Valerio De Maio, in qualità di titolare della Dema S.r.l. e delegato della Immobiliare R.B. Habitat S.r.l.;
- i plichi risultano uguali per colore e dimensioni e presentano impostazione e grafica simili; inoltre, tutti i dati riferiti all'appalto e all'impresa in entrambi i plichi sono stati stampati su foglio bianco, incollato con nastro adesivo sulla busta;
- i documenti di gara sono stati inseriti per entrambe le imprese in una busta a parte, non richiesta dal bando di gara;
- tali buste presentano impostazione e grafica simili e tutti i dati riferiti all'appalto e all'impresa sono stampati su foglio bianco, incollato con nastro adesivo sulla busta;
- le attestazioni SOA sono state rilasciate dal medesimo organismo di attestazione e le certificazioni di qualità sono state emesse dal medesimo ente certificatore e riportano la stessa data di prima emissione;
- entrambe le imprese hanno presentato copia del DURC e del certificato del casellario giudiziale e dei carichi pendenti, documenti non richiesti dal bando di gara;
- le polizze fideiussorie sono state rilasciate lo stesso giorno, dalla medesima compagnia di assicurazioni e dalla stessa agenzia, a firma del medesimo procuratore di agenzia, con numerazione progressiva successiva ed autenticate nello stesso giorno, con numero di repertorio progressivo successivo;

- entrambe le imprese hanno sede a Bareggio in via Monviso, Dema S.r.l. al n. 4/B e Immobiliare R.B. Habitat S.r.l. al n. 9/A;
- dalle visure camerali risulta infine che l'impresa Dema S.r.l., fino al 20/5/2011, ha avuto la sede legale a Bareggio in Via Monviso 9/A, indirizzo coincidente con l'attuale sede legale dell'Immobiliare R.B. Habitat S.r.l.;
- il legale rappresentante, direttore tecnico e socio unico dell'impresa Dema S.r.l. è il sig. De Maio Valerio Luigi e il legale rappresentante e socio per la quota del 50% dell'Immobiliare R.B. Habitat S.r.l. è il sig. De Maio Raffaele; la restante quota è posseduta dalla sig.ra De Maio Nadia che riveste la carica di direttore tecnico;
- dalla dichiarazione presentata in sede di gara dall'impresa Dema S.r.l., relativa ai soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando, risulta che De Maio Raffaele (legale rappresentante e socio al 50% dell'Immobiliare R.B. Habitat S.r.l.) è cessato dalla carica di socio di maggioranza;
- dalle visure camerali si è potuto accertare che il sig. De Maio Raffaele (legale rappresentante dell'Immobiliare R.B. Habitat S.r.l. dal 7.11.2007) è stato amministratore unico dell'impresa Dema S.r.l. fino al 20.5.2011;

Ritenuto, pertanto, che tali indizi risultano evidentemente gravi, precisi e concordanti nel senso di far ritenere provata la sussistenza del collegamento sostanziale individuato dall'Amministrazione;

Ritenuto che la sentenza della Corte di Giustizia n. C-538/07 non impone alla Stazione Appaltante, in ipotesi di collegamento sostanziale, alcun sub-procedimento in contraddittorio e ritenuto che l'art. 38, comma 1, lettera m-quater, ha imposto solo alle stazioni appaltanti di disporre "La verifica e l'eventuale esclusione dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica" (art. 38 comma 1, lett. m-quater) e ai concorrenti di rendere le dichiarazioni ex art. 38, comma 2, consistenti:

- 1) nell'aver formulato l'offerta autonomamente;
- 2) nell'essere o meno a conoscenza che alla medesima procedura partecipino soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una situazione di controllo;

Ritenuto, pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, che l'appello deve essere accolto e che, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi, tra l'appellante e l'Autorità di Vigilanza convenuta e seguono la soccombenza con riferimento al ricorrente di primo grado (Dema S.r.l.).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio tra l'appellante e l'Autorità di Vigilanza convenuta e condanna Dema S.r.l. al pagamento delle spese di entrambi i gradi di giudizio in favore dell'appellante, spese che liquida in euro 7000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2013

IL SEGRETARIO

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