



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 2578 del 2009, proposto da:
Cml Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Barberis, con
domicilio eletto presso Riccardo Barberis in Roma, via Antonio Pollaiuolo 3; Delta
Costruzioni Srl, Emi Strade e Consolidamenti Srl, Pelcar Srl Tecnologia e
Costruzioni in Pr. e Man. Cg Ati, Ati Lavoritalia di De Blasio Nunzia e in Pr.;

contro

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

nei confronti di

Autorita' Vigilanza Sui Contratti Pubblici Lav. Serv. Forn., rappresentato e difeso
dall'Avvocatura Gen.Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi 12;
Paco Pacifico Costruzioni Spa;

per la riforma

della sentenza del TAR LAZIO - ROMA :Sezione III n. 10697/2008, resa tra le parti, concernente ESCLUSIONE DA UNA GARA PER ELEMENTI DI COLLEGAMENTO SOSTANZIALE AD ALTRA GARA.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2009 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Barberis, Izzo e l' Avvocato dello Stato Collabolletta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Le odierne appellanti hanno impugnato la sentenza del T.a.r. Lazio n. 10697/2008, con cui è stato respinto il ricorso per l'annullamento dell'esclusione delle medesime dalla gara n. 12/2008, nonché delle sanzioni accessorie di segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti Pubblici ai fini dell'inserimento di annotazione nel casellario Informatico e della escussione di polizze fideiussorie richieste dal Comune a carico di ognuna delle appellante per l'importo di oltre € 35.000,00 per ciascuna impresa.

Tutti i provvedimenti erano stati adottati dal Comune di Milano sul presupposto della esistenza di elementi tali da far presumere forme di collegamento sostanziale tra le imprese.

Le appellanti negano l'esistenza di un collegamento sostanziale e sostengono che non vi sarebbero comunque stati i presupposti per disporre l'escussione della polizza fideiussoria, né per procedere alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

Alla pubblica udienza del 1 dicembre 2009, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'appello merita accoglimento.

3. Nella presente fattispecie assume particolare rilievo la recente sentenza della Corte di Giustizia, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/2007.

Tale sentenza ha chiaramente affermato che il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.

La motivazione della citata sentenza comunitaria si snoda in particolare lungo i seguenti passaggi.

“E' giocoforza constatare che la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale, nella misura in cui estende il divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane influente sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure, eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza” (punto 29).

“Una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti” (punto 30).

“A tale riguardo va sottolineato che i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti. Del resto, come rilevato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, i rapporti tra imprese di un medesimo gruppo possono essere disciplinati da disposizioni particolari, ad esempio di tipo contrattuale, atte a garantire tanto l'indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte che vengano poi presentate contemporaneamente dalle imprese in questione nell'ambito di una medesima gara d'appalto” (punto 31”).

“In tale contesto, il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare. La constatazione di un'influenza siffatta, in qualunque forma, è sufficiente per escludere tali imprese dalla procedura di cui trattasi. Per contro, la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura”.

Nel caso di specie, non risulta che l'amministrazione abbia attivato un sub-procedimento in contraddittorio con le imprese al fine di accertare che le stesse erano reciprocamente condizionate nella formulazione dell'offerta; non risulta accertato, in altri termini, che il collegamento, dimostrato a livello strutturale, abbia

poi avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della gara, con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale.

Ne discende, alla luce dei principi espressi dalla citata sentenza della Corte di Giustizia, un difetto di istruttoria che giustifica l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Sotto tale profilo, l'appello va, pertanto, accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata. Non può, invece, essere accolta la domanda risarcitoria presentata dalle società appellanti, atteso che non risultano dimostrati danni ulteriori rispetto a quello derivante dall'escussione della polizza fideiussoria.

3. Sussistono giusti motivi per compensare le spese del doppio grado di giudizio, anche in considerazione del fatto che i provvedimenti impugnati sono anteriori rispetto alla sentenza della Corte di Giustizia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Domenico Cafini, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2010

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

Il Dirigente della Sezione