

I seguenti elementi sono idonei a comprovare la riferibilità ad un medesimo gruppo di persone o ad una medesima società delle decisioni formalmente attribuibili alle due diverse entità: a) polizze fideiussorie rilasciate dalla medesima compagnia di assicurazioni, a firma del medesimo procuratore di agenzia e autenticate nello stesso giorno dal medesimo notaio, nonché presentano numerazione progressiva successiva; b) entrambe le imprese hanno presentato sia la dichiarazione sostitutiva dei punti 3) e 4) del bando di gara utilizzando i modelli predisposti dal Comune di Milano che le copie conformi dei certificati dei casellari giudiziari e dei carichi pendenti autenticati dai rispettivi legali rappresentanti ai sensi del dpr 445/2000; c) entrambe le imprese hanno presentato il certificato rilasciato dalla Camera di commercio, non richiesto dal bando; d) entrambe le imprese sono state ammesse con riserva nella seduta del 30.11.2005 (con l'impegno) di presentare i certificati ISO, presentati in sede di gara; e) dall'esame delle integrazioni si è potuto accertare che i certificati di qualità sono stati autenticati lo stesso giorno presso il Comune di Salerno e gli originali risultano essere stati esibiti dalla medesima persona f) sussistono evidenti e stretti rapporti di parentela tra i soci delle due imprese.

Il Tar Lazio, Roma, con la sentenza numero 12108 dell'8 novembre 2006 ancora una volta è chiamato ad esprimersi in merito alle problematiche di controllo sostanziale fra due imprese che partecipano alla stessa procedura.

In particolare merita di essere segnalato il seguente pensiero:

< Le ricorrenti deducono, inoltre, la illegittimità delle annotazioni effettuate nel Casellario informatico, ritenendo, in sostanza, che nel caso di collegamento sostanziale non sussista alcuna falsa dichiarazione da ricondurre all'art. 75 del d.P.R. n. 554 del 1999.

L'art. 10 della legge n. 109 del 1994 riguarderebbe soltanto il controllo del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, richiesti dal bando di gara e, quindi, solo in tali casi sarebbe doverosa la segnalazione del fatto all'Autorità per la Vigilanza.

Osserva il Collegio che – una volta riconosciuto che la norma civilistica di cui all'art. 2359 cod. civ., basandosi su una presunzione che non esclude la sussistenza di altre ipotesi di collegamento o controllo societario idonee ad alterare le gare di appalto, comporti la legittima esclusione delle imprese per collegamento sostanziale - va da sé che la situazione “anomala”, vale a dire l'imputazione delle offerte ad un unico centro decisionale, meriti di essere segnalata alla competente Autorità per l'annotazione nel Casellario Informatico, trattandosi di notizia di estrema rilevanza per la corretta conduzione delle gare. Tale annotazione, tuttavia, va disposta ai sensi della lettera t) dell'art. 27 del d.P.R. n. 34 del 2000, la quale introduce una ipotesi di iscrizione innominata, relativa ad ogni altra notizia riguardante le imprese, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, che sia ritenuta utile ai fini della tenuta del Casellario.

Il riferito orientamento giurisprudenziale è stato oramai esplicitato anche nelle nuove disposizioni che disciplinano la materia, ditalché, una volta riconosciuta l'esistenza dei c.d. indici rilevatori, non può che procedersi all'esclusione

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE - PER IL LAZIO – SEZIONE III
Ha pronunciato la seguente sentenza

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 1623 del 2006/Reg.gen., proposto da LLE Imprese **** S.r.l., *** COSTRUZIONI S.r.l., rappresentate e difese dagli avv.ti Riccardo Barberis e Ilaria Barbetta, con domicilio eletto in Roma, Via A. Pollaiuolo, n. 3;

C O N T R O

L'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato;

e, nei confronti

del Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey e Raffaele Izzo, con domicilio eletto in Roma, Lungotevere Marzio, n. 9;

per l'annullamento

del provvedimento di cui al verbale di gara 28.12.2005, con cui il Comune di Milano ha escluso le ricorrenti dalla gara n. 91/2005 per pubblico incanto, per collegamento sostanziale, con comminazione della sanzione della segnalazione al Casellario Informatico;

delle annotazioni nel predetto Casellario, ai sensi dell'art. 27 del d.P.R. n. 34 del 2000;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e del Comune di Milano;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 21 giugno 2006 il Cons. Maria Luisa De Leoni e uditi gli avvocati come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con ricorso notificato il 13 febbraio 2006, le Imprese ricorrenti impugnano gli atti specificati in epigrafe, con cui è stata disposta la loro esclusione, per collegamento sostanziale, dalla gara n. 91/2005 per pubblico incanto indetta dal Comune di Milano ed è stata disposta l'annotazione nel Casellario Informatico dei Lavori Pubblici ai sensi dell'art. 27 del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34.

Le ricorrenti precisano che il loro interesse è circoscritto all'annullamento delle sanzioni, non avendo interesse alla riammissione alla gara stessa.

Deducedono:

1. violazione dell'art. 10 della legge n. 109 del 1994 e dei principi generali in materia di controllo e collegamento formale e sostanziale tra imprese concorrenti agli appalti di lavori pubblici; eccesso di potere sotto vari profili.

Le ricorrenti assumono di essere state escluse sulla base di elementi del tutto formali, irrilevanti ed esterni alla gara, quali parentele tra soci, emissione di polizze fideiussorie da parte della stessa Agenzia, autenticazione dei certificati ISO avvenuta nella stessa giornata, che, tuttavia, non comportano violazione della segretezza della gara, con la conseguenza che gli indici rilevatori sopra indicati non possono ritenersi idonei a sorreggere i provvedimenti impugnati, trattandosi di ipotesi che non integrano gli estremi della fattispecie del collegamento richiesti dalla normativa e dal bando.

Con riferimento, inoltre, all'indirizzo giurisprudenziale seguito da questa Sezione, le ricorrenti sottolineano come sia problematico, a fronte di una serie indeterminata di indizi eterogenei, per natura e per efficacia probatoria, disporre l'esclusione delle medesime dalla gara e, conseguentemente, disporre l'annotazione nel Casellario informatico, la quale, come noto, comporta l'esclusione dalle gare di appalto per la durata di un anno.

Sottolineano ancora le ricorrenti, condividendo l'indirizzo giurisprudenziale sopra accennato, che al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 2359 codice civile, l'esistenza di un unico centro di interessi tra imprese partecipanti alla medesima gara non può ritenersi automaticamente accertato in presenza di meri elementi formali estrinseci;

2. illegittimità dell'annotazione nel Casellario Informatico LL.PP. e della escussione della cauzione; violazione e falsa applicazione dell'art. 27, comma 1, lett. s), del d.P.R. n. 34 del 2000, dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994; della Circolare del Ministro dei LL.PP. n. 823 del 22.6.2000 e delle indicazioni contenute nella Determinazione dell'Autorità per la Vigilanza LL.PP. n. 15 del 30.3.2000.

Viene evidenziato, in particolare, la illegittimità delle annotazioni inserite nel Casellario informatico non rientrando il "supposto" collegamento sostanziale tra le fattispecie previste dall'art. 27 del d.P.R. n. 34 del 2000. La comminatoria della sanzione e dell'incameramento della cauzione provvisoria, infatti, è prevista solo in caso di mancata prova dei requisiti di idoneità tecnica ed economica. Aggiungono che non sussiste neanche la supposta non veridicità di quanto dichiarato dalle ricorrenti in relazione ai "punti" del bando di gara e del Patto di Integrità, atteso che non sussiste alcuna intesa limitativa della concorrenza, ma soltanto parentela tra soci di imprese diverse: non sussiste, quindi, la falsa dichiarazione.

Concludono per l'accoglimento del ricorso, con ogni consequenziale statuizione in ordine alle spese ed onorari di giudizio.

Sia l'Amministrazione intimata che il Comune di Milano si sono costituiti in giudizio, concludendo per il rigetto del ricorso, previamente evidenziando un profilo di inammissibilità, non avendo le ricorrenti notificato il ricorso alla controinteressata.

All'Udienza del 21 giugno 2006 la causa è stata ritenuta in decisione.

DIRITTO

Può prescindersi dalla eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura dello Stato sul rilievo che il ricorso non è stato notificato alla controinteressata.

Le ricorrenti, infatti, precisano che l'impugnativa, pur riguardando anche l'esclusione dalla gara in quanto provvedimento prodromico, è limitata al solo interesse sostanziale all'annullamento dei provvedimenti di segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui LL.PP. e di annotazione nel Casellario informatico.

Nel merito, il ricorso è infondato.

Il problema che viene all'attenzione del Collegio è stato varie volte affrontato da questa Sezione e risolto, con argomentazioni intese ad evidenziare che il c.d. collegamento sostanziale, determinando una limitazione forte della legittimazione negoziale delle imprese, mal si inserirebbe nel sistema, sicché esso può essere ravvisato esclusivamente nelle fattispecie previste dall'art. 2359 codice civile, con esclusione di tutte quelle ipotesi che pur non integrando gli estremi del collegamento o del controllo societario civilistico in senso stretto, siano pur tuttavia considerate idonee ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate da imprese diverse, oltre che la loro segretezza.

Tuttavia, il Giudice di appello non si è mai discostato dall'indirizzo giurisprudenziale dallo stesso seguito e riaffermato recentemente (Cons. Stato – Sezione IV – 19 ottobre 2006, n. 6212), sicché il Collegio non può che ad esso conformarsi.

E' stato, quindi, ribadito che le finalità pubblicistiche cui sono preordinati i principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, i quali, nella specie, possono sintetizzarsi nella esigenza di individuazione del "giusto" contraente, implicano che al loro rispetto sia vincolata non soltanto la pubblica amministrazione, bensì anche coloro che intendono partecipare alla gara, incombando su questi ultimi l'obbligo di presentare offerte che, al di là del loro profilo tecnico-economico, devono avere le caratteristiche della completezza, della serietà, della indipendenza e della segretezza (Cons. Stato, IV Sez., 1° ottobre 2004, n. 6367).

In tale prospettiva, il divieto previsto dall'art. 10, comma 1 bis, della legge n.109 del 1994, che richiama la norma civilistica, si inquadra nell'ambito dei divieti normativi di ammissione alle gare di offerte provenienti da soggetti, i quali, in quanto stabilmente legati da una stretta comunanza di interessi, non sono ritenuti dal legislatore capaci di formulare offerte serie, indipendenti ed affidabili. La norma, peraltro, è considerata comunemente "norma di ordine pubblico", che trova applicazione indipendentemente da una specifica previsione in tal senso da parte dell'Amministrazione appaltante (V. Cons. Stato, IV, n. 6367/2004).

La ratio della norma, invero, induce a ritenere che l'amministrazione abbia il potere di introdurre nella lex specialis previsione di clausole relative ad altri fatti e situazioni che, pur non integrando gli estremi del collegamento o controllo societario civilistico in senso stretto, siano tuttavia idonei ad alterare la serietà ed indipendenza delle offerte, oltre che la loro segretezza.

La giurisprudenza ha, altresì, affermato (cfr. sempre Cons. Stato, Sez. V, n. 6367 del 2004; n. 2317/2004; n. 923/2002) che la norma civilistica richiamata dall'art. 10, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994, basandosi su una presunzione, non escluderebbe l'esistenza di altre ipotesi di collegamento o controllo societario idonee ad alterare le gare di appalto, con la conseguenza che la Commissione di gara, incaricata di vagliare la documentazione delle imprese partecipanti alla gara pubblica, può percepire in modo diretto ed immediato anomalie che rivelino situazioni atte ad alterare le gare.

E' stato, altresì, ribadito dalla giurisprudenza del Giudice di appello che se gli elementi che connotano il caso concreto facciano ritenere violati i principi generali in materia di pubbliche gare posti a garanzia della correttezza delle procedure prevale l'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela alla regolarità della gara e, in particolare, la par condicio fra tutti i concorrenti, nonché la serietà, completezza ed indipendenza delle offerte, in modo da evitare che, attraverso meccanismi di influenza societari, pur non integranti collegamenti o controlli di cui all'art. 2359 cod. civ., possa essere alterata la competizione, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente.

Sulla base di tali osservazioni è, quindi, necessario verificare la sussistenza di quegli indici rilevatori nelle offerte delle ricorrenti, che la giurisprudenza ha elaborato per l'individuazione del collegamento sostanziale tra imprese.

Nel caso in esame, il Collegio ritiene che i vari indici rilevati nelle offerte delle due concorrenti, quali: a) polizze fideiussorie rilasciate dalla medesima compagnia di assicurazioni, a firma del medesimo procuratore di agenzia e autenticate nello stesso giorno dal medesimo notaio, nonché presentano numerazione progressiva successiva; b) entrambe le imprese hanno presentato sia la dichiarazione sostitutiva dei punti 3) e 4) del bando di gara utilizzando i modelli predisposti dal Comune di Milano che le copie conformi dei certificati dei casellari giudiziari e dei carichi pendenti autenticati dai rispettivi legali rappresentanti ai sensi del dpr 445/2000; c) entrambe le imprese hanno presentato il certificato rilasciato dalla Camera di commercio, non richiesto dal bando; d) entrambe le imprese sono state ammesse con riserva nella seduta del 30.11.2005 (con l'impegno) di presentare i certificati ISO, presentati in sede di gara; e) dall'esame delle integrazioni si è potuto accertare che i certificati di qualità sono stati autenticati lo stesso giorno presso il Comune di Salerno e gli originali risultano essere stati esibiti dalla medesima persona, sig.ra * Giovanna; f) sussistono evidenti e stretti rapporti di parentela tra i soci delle due imprese.

La serie di elementi accertati, nella loro complessiva valenza, inducono a ritenere l'idoneità degli stessi a comprovare la riferibilità ad un medesimo gruppo di persone o ad una medesima società delle decisioni formalmente attribuibili alle due diverse entità.

Le ricorrenti deducono, inoltre, la illegittimità delle annotazioni effettuate nel Casellario informatico, ritenendo, in sostanza, che nel caso di collegamento sostanziale non sussista alcuna falsa dichiarazione da ricondurre all'art. 75 del d.P.R. n. 554 del 1999.

L'art. 10 della legge n. 109 del 1994 riguarderebbe soltanto il controllo del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, richiesti dal bando di gara e, quindi, solo in tali casi sarebbe doverosa la segnalazione del fatto all'Autorità per la Vigilanza.

Osserva il Collegio che – una volta riconosciuto che la norma civilistica di cui all'art. 2359 cod. civ., basandosi su una presunzione che non esclude la sussistenza di altre ipotesi di collegamento o controllo societario idonee ad alterare le gare di appalto, comporti la legittima esclusione delle imprese per collegamento sostanziale - va da sé che la situazione “anomala”, vale a dire l'imputazione delle offerte ad un unico centro decisionale, meriti di essere segnalata alla competente Autorità per l'annotazione nel Casellario Informatico, trattandosi di notizia di estrema rilevanza per la corretta conduzione delle gare. Tale annotazione, tuttavia, va disposta ai sensi della lettera t) dell'art. 27 del d.P.R. n. 34 del 2000, la quale introduce una ipotesi di iscrizione innominata, relativa ad ogni altra notizia riguardante le imprese, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, che sia ritenuta utile ai fini della tenuta del Casellario.

Il riferito orientamento giurisprudenziale è stato oramai esplicitato anche nelle nuove disposizioni che disciplinano la materia, ditalché, una volta riconosciuta l'esistenza dei c.d. indici rilevatori, non può che procedersi all'esclusione

Per le argomentazioni che precedono, il ricorso va, pertanto, respinto.

Sussistono, tuttavia, motivi, derivanti dal riportato contrasto giurisprudenziale, per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nelle Camere di Consiglio del 21 Giugno e del 25 Ottobre 2006 .

Stefano BACCARINI Presidente

Maria Luisa De Leoni Estensore

Ric.n.1623/2006

Ric. n.1623/2006