

Legittimità della escussione della cauzione, espressamente prevista nel patto di integrità e dell'annotazione nel Casellario informatico, avverso le quali, peraltro, non sono state proposte autonome censure

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Ne deriva, altresì, la legittimità della escussione della cauzione, espressamente prevista nel patto di integrità e dell'annotazione nel Casellario informatico, avverso le quali, peraltro, non sono state proposte autonome censure

rilevante al fine della valutazione della legittimità della clausola posta nel bando di gara dal Comune di Milano è proprio la funzione di tutela della concorrenza posta alla base della rilevanza del collegamento sostanziale dalla Corte di Giustizia.

Come è noto, la Corte, con sentenza della Quarta Sezione 19 maggio 2009, n. 538, ha affermato che “il diritto comunitario si oppone a che una disposizione nazionale (nel caso la l. n. 109/94) 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.”

La Corte, in altri termini, ha affermato che rapporti fra imprese partecipanti alla stessa gara d'appalto possono condizionare i rispettivi comportamenti e distoglierle da quel rapporto squisitamente concorrenziale che costituisce la stessa ragion d'essere delle procedure di gara.

Ha escluso peraltro che rapporti anche di collegamento formale possano dimostrare di per sé l'esistenza o quanto meno la potenzialità del condizionamento, dovendo sempre essere consentito dimostrare l'inefficacia di tali rapporti.

Secondo il Consiglio di Stato da tale pronuncia della Corte di Giustizia si trae il principio della rilevanza degli elementi che connotano il caso concreto al fine di ritenere violati i principi della concorrenza e della regolarità della gara; prevalendo, quindi, l'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara e, in particolare, la par condicio fra tutti i concorrenti, nonché la serietà, completezza, completezza ed indipendenza delle offerte, si deve 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.

In tale senso si può affermare la legittimità della clausola posta dal bando di gara, in quanto questa faceva riferimento non solo ad indici formali (spedizione dei plichi, polizze assicurative), ma all'assunzione di cariche nelle società, vero sintomo di una possibile influenza sulla concorrenza tra imprese.

Quanto alla sussistenza nel caso concreto del collegamento sostanziale, dagli atti depositati in giudizio ritiene il Collegio che emergano quegli indizi seri, precisi e concordanti che inducono a considerare sussistente un collegamento sostanziale tra le imprese escluse dalla gara al fine di aggirare l'obbligo di segretezza e di indipendenza delle offerte

Nel caso di specie, anche in presenza delle contestazioni da parte della società ricorrente sugli effettivi rapporti di parentela tra i vari soggetti interessati (E_ *****, E_ Luigi che invece di essere padre e figlio sono fratelli) non è dubbio che vi sia una situazione di intrecci tra la qualità di socio in una società e le cariche rivestite nelle altre. In particolare tra ALFA e Ricorrente facenti capo sostanzialmente a E_ ***** socio della Ricorrente e direttore tecnico della ALFA; quanto alla BETA questa risulta nella proprietà maggioritaria della signora *****, moglie di E_ *****, come risulta dal certificato anagrafico in atti) e in una quota minoritaria di E_ ***** (5%), mentre l'amministratore unico è la figlia di entrambi . Tali circostanze che riportano sostanzialmente tutte le

società alla sfera di influenza del sig. E_ Antonio, unitamente agli indici formali sopra riferiti (spedizione dei plichi; agenzia assicurativa) portano a ritenere l'esistenza dell'unico centro decisionale.

Dunque, ritiene il Collegio che la suddetta serie di elementi, nella loro complessiva valenza, induce a considerare che gli stessi siano idonei a comprovare la riferibilità ad un medesimo gruppo di persone o ad una medesima sostanziale società delle decisioni formalmente emesse dalle distinte e diverse entità societarie.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 540 del 20 gennaio 2011 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

N. 00540/2011 REG.SEN.

N. 06909/2006 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6909 del 2006, proposto da:***

contro***

nei confronti di***

per l'annullamento

ESCLUSIONE DA GARA D'APPALTO -ISCRIZIONE ANNOTAZIONE NEL REGISTRO INFORMATICO-
RISARCIMENTO DANNI - (23 BIS)

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorita' di Vigilanza Sui Lavori Pubblici e di Comune di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2010 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Milano con bando n° 26 del 2006 indiceva una gara per opere di risanamento della scuola media di via Dalmazia. Presentavano domanda di partecipazione varie imprese, tra cui la ALFA s.r.l., Ricorrente s.r.l. BETA s.r.l. e GAMMA s.a.s. (le due ultime in costituendo raggruppamento tra loro) dichiarando espressamente nella domanda di partecipazione, come richiesto dal bando di gara, di non trovarsi in situazioni di controllo o collegamento formale o sostanziale con altre imprese.

La stazione appaltante, Comune di Milano, verificava che tali imprese si dovevano considerare in collegamento sostanziale tra loro, a causa di alcuni elementi significativi. Oltre alle circostanze della spedizione dei plichi dal medesimo ufficio postale (Bari centro 07), nella stessa data e con numeri di bollettini ravvicinati; le polizze fideiussorie rilasciate dalla stessa agenzia di assicurazione e nello stesso giorno e con l'autentica dello stesso notaio; il direttore tecnico della impresa ALFA, ***** E_ era altresì socio al 23 % della Ricorrente s.r.l.e del 5% della BETA s.r.l. ; nonché marito convivente della signora *****, socio accomandante della GAMMA s.a.s.; padre di ***** socio al 60% e

amministratore unico della ALFA e di *****, amministratrice unica della BETA s.r.l.; di ***** socio accomandatario e amministratore unico della GAMMA.

Il Comune di Milano provvedeva quindi alla esclusione delle imprese, alla escussione delle cauzioni e alle relative comunicazioni all'Autorità di Vigilanza. L'Autorità di Vigilanza disponeva l'annotazione.

Avverso tutti tali provvedimenti è stato proposto il presente ricorso dalla Ricorrente s.r.l. per i seguenti motivi:

violazione e falsa applicazione dell'art 10 comma 1 bis della legge n° 109 del 1994; dell'art 2359 del codice civile; dell'art 75 del d.p.r. n° 554 del 1999 e dei principi generali in materia di controllo e collegamento tra imprese concorrenti agli appalti pubblici;

eccesso di potere per assenza ed erroneità dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria ed abnormità dell'azione amministrativa;

illegittimità del bando di gara, del patto di integrità e dei successivi provvedimenti di gara per la violazione dell'art 10 comma 1 bis della legge n° 109 del 1994, dell'art 2359 c.c. e dell'art 41 della Costituzione.

E' stata proposta, altresì, domanda di risarcimento danni.

Si è costituito il Comune di Milano, contestando la fondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 27-7-2006 è stata respinta la domanda cautelare di sospensione del provvedimento impugnato, in relazione alla sussistenza degli indici rilevatori del collegamento sostanziale.

All'udienza pubblica del 3-12-2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

L'art 10 comma 1 bis della legge n° 109 del 1994, introdotto dalla cd. ***** ter prevedeva espressamente quale causa di esclusione le ipotesi di controllo e collegamento di cui all'art 2359 del codice civile.

Il Comune di Milano, prima del d.lgs. n° 163 del 2006, aveva previsto nei bandi di gara una apposita clausola, riprodottriva del cd. patto di integrità, nella quale richiedeva espressamente alla stazione appaltante di non trovarsi in situazioni di collegamento anche sostanziale.

In particolare la clausola, oggetto di impugnazione nel presente giudizio, prevedeva espressamente: "dichiara la inesistenza di ... situazioni di collegamento sostanziale con imprese concorrenti, quali ad esempio la non comunanza con altre imprese concorrenti del legale rappresentante/titolare/amministratori/soci/direttori tecnici/procuratori/soci".

La giurisprudenza di questa sezione, in un primo tempo, aveva affermato la illegittimità della clausola,

ritenendo le ipotesi di collegamento sostanziale previste dall'art 2359 e del rinvio a tale norma operata dall'art 10 comma 1 bis della legge n° 109 del 1994 di stretta interpretazione.

Tale orientamento restrittivo è stato più di recente superato dalla sezione (Tar Lazio III 2518/2008) anche in relazione alle sentenze del Consiglio di Stato, che hanno ritenuto che la stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità in maniera legittima poteva introdurre la rilevanza del collegamento sostanziale, in funzione della tutela della concorrenza e del rispetto della par condicio tra i candidati anche prima della previsione espressa dell'art 34 comma 2 del d.lgs. n° 163 del 2006 (ora confluita nella lettera m-quater dell'art 38) .

La giurisprudenza del Consiglio di Stato è, quindi, consolidata nel ritenere che anche nel vigore della l. n. 109/1994, poteva avere 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 (cfr. di recente Consiglio Stato n°3637 dell'8 aprile 2010; n° 2664 del 07 maggio 2010).

Poichè il divieto normativo contenuto nell'art. 10, 1 comma bis, L. 11 febbraio 1994, n. 109 si basa, attraverso il richiamo dell'art. 2359 c.c., 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 (Cons. Stato sez IV 6212/2006; sez V, n. 2317/2004; sez VI, n. 5464/2004).

La ratio della norma, invero, induce a ritenere che l'Amministrazione abbia il potere di introdurre nella lex specialis di gara clausole escludenti 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 norma civilistica richiamata dall'art. 10, comma 1-bis, della legge n° 109/1994, basandosi su di 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.

Mentre nel caso di controllo ex art. 10 comma 1 bis, l. 11 febbraio 1994 n. 109 opera un meccanismo di presunzione iuris et de iure circa la sussistenza di turbativa del corretto svolgimento della procedura concorsuale (e quindi dei principi di segretezza, serietà delle offerte e "par condicio" tra i concorrenti), nel caso di sussistenza del c.d. collegamento sostanziale deve essere provata in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti, tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei succitati principi; di conseguenza è consentito alla stazione appaltante prevedere l'esclusione delle offerte quando specifici elementi oggettivi e concordanti inducano a ritenere la sussistenza di situazioni (ulteriori rispetto alle forme di collegamento societario di cui all'art. 2359 c.c.) capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purché l'individuazione non oltrepassi il limite della ragionevolezza e della logicità rispetto alla tutela avuta di mira e consistente nell'autentica concorrenza tra le offerte (Tar Lazio III 2518/2008).

Tale orientamento, da ultimo è stato confermato dal Consiglio di Stato anche alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia del 2009.

In particolare, secondo la ricostruzione del Consiglio di Stato (cfr Consiglio di Stato n° 4888 del 2010), rilevante al fine della valutazione della legittimità della clausola posta nel bando di gara dal Comune di Milano è proprio la funzione di tutela della concorrenza posta alla base della rilevanza del collegamento sostanziale dalla Corte di Giustizia .

Come è noto, la Corte, con sentenza della Quarta Sezione 19 maggio 2009, n. 538, ha affermato che "il diritto comunitario si oppone a che una disposizione nazionale (nel caso la l. n. 109/94) 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.”

La Corte, in altri termini, ha affermato che rapporti fra imprese partecipanti alla stessa gara d'appalto possono condizionare i rispettivi comportamenti e distoglierle da quel rapporto squisitamente concorrenziale che costituisce la stessa ragion d'essere delle procedure di gara.

Ha escluso peraltro che rapporti anche di collegamento formale possano dimostrare di per sé l'esistenza o quanto meno la potenzialità del condizionamento, dovendo sempre essere consentito dimostrare l'inefficacia di tali rapporti.

Secondo il Consiglio di Stato da tale pronuncia della Corte di Giustizia si trae il principio della rilevanza degli elementi che connotano il caso concreto al fine di ritenere violati i principi della concorrenza e della regolarità della gara; prevalendo, quindi, l'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara e, in particolare, la par condicio fra tutti i concorrenti, nonché la serietà, completezza, completezza ed indipendenza delle offerte, si deve 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.

In tale senso si può affermare la legittimità della clausola posta dal bando di gara, in quanto questa faceva riferimento non solo ad indici formali (spedizione dei plichi, polizze assicurative), ma all'assunzione di cariche nelle società, vero sintomo di una possibile influenza sulla concorrenza tra imprese.

Quanto alla sussistenza nel caso concreto del collegamento sostanziale, dagli atti depositati in giudizio ritiene il Collegio che emergano quegli indizi seri, precisi e concordanti che inducono a considerare sussistente un collegamento sostanziale tra le imprese escluse dalla gara al fine di aggirare l'obbligo di

segretezza e di indipendenza delle offerte

Nel caso di specie, anche in presenza delle contestazioni da parte della società ricorrente sugli effettivi rapporti di parentela tra i vari soggetti interessati (E_ *****, E_ Luigi che invece di essere padre e figlio sono fratelli) non è dubbio che vi sia una situazione di intrecci tra la qualità di socio in una società e le cariche rivestite nelle altre. In particolare tra ALFA e Ricorrente facenti capo sostanzialmente a E_ ***** socio della Ricorrente e direttore tecnico della ALFA; quanto alla BETA questa risulta nella proprietà maggioritaria della signora *****, moglie di E_ *****, come risulta dal certificato anagrafico in atti) e in una quota minoritaria di E_ ***** (5%), mentre l'amministratore unico è la figlia di entrambi . Tali circostanze che riportano sostanzialmente tutte le società alla sfera di influenza del sig. E_ Antonio, unitamente agli indici formali sopra riferiti (spedizione dei plichi; agenzia assicurativa) portano a ritenere l'esistenza dell'unico centro decisionale.

Dunque, ritiene il Collegio che la suddetta serie di elementi, nella loro complessiva valenza, induce a considerare che gli stessi siano idonei a comprovare la riferibilità ad un medesimo gruppo di persone o ad una medesima sostanziale società delle decisioni formalmente emesse dalle distinte e diverse entità societarie.

Ne deriva, altresì, la legittimità della escussione della cauzione, espressamente prevista nel patto di integrità e dell'annotazione nel Casellario informatico, avverso le quali, peraltro, non sono state proposte autonome censure.

L'infondatezza del ricorso comporta il rigetto della domanda di risarcimento danni.

In considerazione della complessità delle questioni e della oscillazione della giurisprudenza della sezione, in particolare alla data di proposizione del ricorso, sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

*****, Consigliere

Cecilia Altavista, *****
*****, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2011

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/legittimita-della-escussione-della-cauzione-espressamente-prevista-nel-patto-di-integrita-e-dell-annotazione-nel-casellario-informatico-avverso-le-quali-peraltro-non-sono-state-proposte-autonome-c/>