

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 20/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29520-legittimo-annullamento-di-un-aggiudicazione-con-escussione-della-relativa-cauzione-provvisoria-per-false-dichiarazioni-per-per-asserito-collegamento-sostanziale-con-altra-impresa-sussistendo-elem>

Autore: Lazzini Sonia

Legittimo annullamento di un'aggiudicazione (con escussione della relativa cauzione provvisoria per false dichiarazioni) per per asserito collegamento sostanziale con altra impresa, sussistendo elementi che sembrano ricondurre le loro offerte ad un unico

**Legittimo annullamento di un'aggiudicazione (con
escussione della relativa cauzione provvisoria per false
dichiarazioni) per per asserito collegamento sostanziale
con altra impresa, sussistendo elementi che sembrano
riconduurre le loro offerte ad un unico centro di
interessi**

il rapporto di stretta parentela, comprovata dalla comunanza di cognome, di luogo di nascita e di residenza, fra il direttore tecnico dell'impresa ricorrente e il rappresentante legale, amministratore unico e direttore tecnico dell'altra impresa concorrente, trattandosi di elemento è già da solo è sufficiente a comprovare un effettivo collegamento sostanziale fra le due imprese e l'esistenza di un unico centro decisionale.

il rispetto dei fondamentali principi della par condicio e della segretezza delle offerte, posti a garanzia della regolarità della procedura concorsuale, nell'interesse sia della Pubblica amministrazione che dei partecipanti, il quale necessariamente postula che fra i concorrenti ad una gara pubblica non sussista una relazione idonea a consentire un flusso formativo delle offerte e informativo in merito alla fissazione dell'offerta stessa ovvero agli elementi valutativi ad essa sottostanti.

In sostanza, in presenza di indizi sintomatici, purché complessivamente significativi, il rischio di una intesa preventiva può ragionevolmente tradursi in una legittima presunzione che le offerte dei diversi concorrenti siano riconducibili al medesimo centro decisionale, con conseguente obbligo per la commissione di escludere dalla gara le imprese nei cui confronti sia stata accertata la presenza di indici rilevatori di un collegamento sostanziale.

Ricorso per l'annullamento quanto al ricorso n. 7361 del 2008:

del provvedimento DSTE/GRP/CB notificato il 15 maggio 2008, relativo all'appalto dei lavori di "sistemazione idraulica del muro di sponda al km. 102+800 autostrada Genova - Serravalle", con il quale le è stata comunicata l'esclusione dalla gara;

del verbale del 6 maggio 2008, con il quale la commissione di gara ha proceduto all'apertura della documentazione amministrativa ed ha escluso la ricorrente per collegamento con altre concorrenti; del verbale di nomina della commissione di gara del 7 aprile 2008, avvenuta con decreto ministeriale del 9 gennaio 2008 n. 239;

nonché di ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e conseguente;

quanto al ricorso n. 8782 del 2008:

del provvedimento DSTE/GRP/CB relativo all'escussione della polizza fidejussoria D8001854509 per i lavori di "sistemazione idraulica del muro di sponda al km. 102+800 autostrada Genova - Serravalle", emesso dalla Società Autostrade per l'Italia s.p.a. ed inviato a mezzo posta prioritaria in data 6 giugno 2008, dal quale si evince la seguente motivazione: "Ricontrata la sussistenza dei profili di cui all'art. 34, secondo comma, D.L.vo n. 163 del 2006, riferibili all'attività posta in essere dalla suddetta società, si dispone l'escussione della summenzionata polizza per la somma di € 5.285,00";

Con ulteriore ricorso 8762/08, notificato in data 29 luglio 2008 e depositato il successivo 26 settembre, Ricorrente Costruzioni S.r.l. impugna il provvedimento in epigrafe relativo all'escussione della polizza fidejussoria D8001854509 per i lavori di "sistemazione idraulica del muro di sponda al km. 102+800 autostrada Genova - Serravalle", emesso da Autostrade per l'Italia s.p.a. ed inviato a mezzo posta prioritaria in data 6 giugno 2008, dal quale si evince la seguente motivazione: "Ricontrata la sussistenza dei profili di cui all'art. 34, secondo comma, D.L.vo n. 163 del 2006, riferibili all'attività posta in essere dalla suddetta società, si dispone l'escussione della summenzionata polizza per la somma di € 5.825,00.

4. Avverso il predetto provvedimento la ricorrente è insorta deducendo:

Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione D.L.vo n. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione art. 75, comma 6, D.L.vo n. 163 del 2006 – Violazione art. 34 D.Lvo n. 163 del 2006 –

Violazione e falsa applicazione art. 25, comma 2, Cost. in tema di principio di legalità – Violazione e falsa applicazione L. n. 689 del 1981 – Violazione e falsa applicazione dei principi di tassatività e di nominatività delle sanzioni amministrative – Eccesso di potere per genericità della motivazione – Eccesso di potere per inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto – Eccesso di potere per manifesta illogicità – Eccesso di potere per ingiustizia manifesta – Eccesso di potere per contraddittorietà.

Illegittimamente la stazione appaltante ha emesso il provvedimento impugnato sull'assunto che l'incameramento della polizza prestata per la partecipazione alla gara avrebbe natura sanzionatoria, punitiva del comportamento scorretto della concorrente e che, quindi, la polizza stessa non avrebbe natura di garanzia. Risultano in tal modo violati gli artt. 25, secondo comma, Cost. e 1 L. 24 novembre 1981 n. 689, con riferimento al principio di legalità e a quello di tassatività, di tipicità e di nominatività delle sanzioni amministrative. Ed invero, l'art. 34 individua ipotesi tipiche di collegamento tra concorrenti alle quali non riconnette, come sanzione, l'escussione della cauzione.

Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione D.Lvo n. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione art. 97 Cost. in tema di buon andamento ed imparzialità della Pubblica amministrazione - Eccesso di potere per ingiustizia manifesta – Eccesso di potere nell'agire amministrativo – Eccesso di potere per violazione dei presupposti di fatto e di diritto.

L'istituto della cauzione provvisoria va ricondotto alla figura della caparra confirmatoria di cui all'art. 1385 cod. civ., in quanto assolve ad una funzione di conferma della serietà dell'intento di stipulare il contratto sin dal momento delle trattative o del perfezionamento dello stesso. Illegittimamente, dunque, la stazione appaltante ha escusso la cauzione provvisoria al di fuori dell'ipotesi prevista dall'art 48, primo comma, D.Lvo n. 163 del 2006.

qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

In via preliminare occorre disporre la riunione dei ricorsi nn. 7361/08 e 8782/08, stante la loro connessione soggettiva ed oggettiva.

Come esposto in narrativa la ricorrente è stata esclusa dalla gara bandita da Autostrade per l'Italia s.p.a. per asserito collegamento sostanziale con altra impresa partecipante alla stessa procedura. In particolare la commissione ha rilevato che:

- a) ambedue le imprese hanno sede legale nella stessa località;
- b) il titolare dell'impresa n. 2 (RICORRENTE DUE. s.u.r.l.) ed il titolare dell'impresa n. 9 (Ricorrente Costruzioni s.r.l.) hanno la residenza nel medesimo Comune e nella medesima via (Prov.le per Cappella Reale s.n.c.);
- c) il direttore tecnico dell'Impresa n. 9 (Ricorrente Costruzioni s.r.l.) ha lo stesso cognome del legale rappresentante della impresa n. 2 (RICORRENTE DUE. s.u.r.l.) ed entrambi hanno la medesima residenza;
- d) le due imprese (RICORRENTE DUE e Ricorrente Costruzioni s.r.l.) hanno prodotto polizza fidejussoria rilasciata dal medesimo intermediario finanziario, con sottoscrizione autenticata dal medesimo notaio.

2. Con il primo ricorso n. 7361/08 Ricorrente Costruzioni (contrassegnata negli atti di gara con il n. 9) impugna la propria esclusione dalla procedura.

Venendo al merito del ricorso in esame è noto che già prima dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, approvato con D.Lvo 12 aprile 2006 n. 163 – che all'art 34, secondo comma, seconda alinea, ha codificato il principio del divieto di collegamento sostanziale tra imprese concorrenti ad una stessa gara pubblica – la giurisprudenza del giudice amministrativo era pervenuta pressoché costantemente alle stesse conclusioni, affermando che in questi casi l'unicità di centro decisionale può essere accertata anche in via presuntiva, applicando i criteri dell'art. 2729 cod. civ. e, quindi, sulla base di indizi purché gravi, precisi e concordanti, con l'onere per l'Amministrazione di esplicitarli nel provvedimento di esclusione (Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4850; sez. IV, 17 settembre 2007 n. 4839; sez. V, 7 settembre 2007 n. 4721; sez. VI, 23 giugno 2006 n. 4012; 13 giugno 2005 n. 3089). Dall'esame della casistica giurisprudenziale risulta che sono stati ritenuti elementi indiziari idonei a provare tale unicità di centro decisionale l'ubicazione della sede amministrativa delle imprese in un medesimo stabile, l'identità di data e luogo di spedizione dei plichi, il fatto che la cauzione provvisoria

sia stata rilasciata da un medesimo assicuratore nello stesso giorno e con numerazione progressiva, l'identità grafica di documenti allegati all'offerta, il rapporto di parentela tra gli amministratori delle suddette società, l'esistenza di intrecci azionari tra di esse, ecc. Si tratta di elementi che, soprattutto ove sussistenti in tutto o anche in parte contestualmente, possono essere ragionevolmente assunti come indici rivelatori di accordi tra i concorrenti al fine di alterare la regolarità della gara.

E' peraltro doveroso segnalare che nella stessa giurisprudenza non sono mancate voci di dissenso rispetto a tale conclusione, sul rilievo che l'esclusione dalla gara pubblica, per la gravità degli effetti che produce sulla sfera giuridico – patrimoniale del destinatario, richiede una prova più stringente dell'esistenza di collusioni di quella che può essere desunta da meri indizi (Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2007 n. 5289; T.A.R. Napoli, sez. I, 8 settembre 2006 n. 8029; T.A.R. Veneto, sez. I, 30 marzo 2006 n. 727).

Ritiene però il Collegio di poter responsabilmente e ragionevolmente aderire all'orientamento giurisprudenziale maggioritario tenuto conto della ratio che lo ispira e del risultato che esso intende garantire, e cioè il rispetto dei fondamentali principi della par condicio e della segretezza delle offerte, posti a garanzia della regolarità della procedura concorsuale, nell'interesse sia della Pubblica amministrazione che dei partecipanti, il quale necessariamente postula che fra i concorrenti ad una gara pubblica non sussista una relazione idonea a consentire un flusso formativo delle offerte e informativo in merito alla fissazione dell'offerta stessa ovvero agli elementi valutativi ad essa sottostanti. In sostanza, in presenza di indizi sintomatici, purché complessivamente significativi, il rischio di una intesa preventiva può ragionevolmente tradursi in una legittima presunzione che le offerte dei diversi concorrenti siano riconducibili al medesimo centro decisionale, con conseguente obbligo per la commissione di escludere dalla gara le imprese nei cui confronti sia stata accertata la presenza di indici rilevatori di un collegamento sostanziale.

Ciò premesso il Collegio osserva che gli indizi segnalati dalla commissione di gara appaiono sufficienti nel loro insieme a sostenere, sia pure in via presuntiva, l'esistenza di un'effettiva situazione di controllo sostanziale tra la ricorrente e l'altra impresa individuata dallo stesso organo collegiale. Gli elementi ritenuti significativi a tal fine sono quattro, e cioè: a) entrambe le imprese hanno la loro sede legale nel Comune di Canello ed Arnone; b) i titolari di entrambe le imprese hanno la loro residenza nel medesimo Comune e nella stessa via (Prov.le per Cappella Reale s.n.c.); c) il direttore tecnico dell'Impresa n. 2 (RICORRENTE DUE. s.u.r.l.) ha lo stesso cognome del legale rappresentante e direttore tecnico della n. 9 (Ricorrente Costruzioni s.r.l.) ed entrambi hanno la medesima residenza; d) l'impresa n. 2 (RICORRENTE DUE) e la n. 9 (Ricorrente Costruzioni s.r.l.) hanno prodotto polizza fidejussoria rilasciata dal medesimo intermediario finanziario, con sottoscrizione autenticata dal medesimo notaio.

Si tratta di elementi che, se considerati separatamente l'uno dall'altro, potrebbero, in ipotesi, non essere ritenuti significativi di un previo accordo fra le due imprese. Ed invero:

a) è accaduto del tutto normale che in un Comune di limitate dimensioni (poco più di cinquemila abitanti) più imprese svolgano la medesima attività professionale. La tesi della commissione, ove eletta a principio regolatore dei rapporti fra esercenti attività imprenditoriali, condurrebbe a conseguenze abnormi sulle quali è superfluo soffermarsi. Ed invero, la circostanza che in un piccolo Comune alcuni titolari di imprese abbiano la loro residenza nella stessa via non può essere ragionevolmente eletta ad elemento indiziario; in ogni caso le due imprese coinvolte nella vicenda all'esame del Collegio hanno sede legale in strade diverse (P.za Nino Bixio e via Roma);

b) le ridotte dimensioni del Comune di Canello ed Arnone potrebbero giustificare il fatto che le due imprese abbiano fatto ricorso al medesimo intermediario finanziario per l'acquisizione della polizza fideiussoria. Sicché, potrebbe non condividersi la conclusione alla quale la tesi della commissione inevitabilmente conduce, e cioè che il ricorso ai servizi di una stessa finanziaria, operante nel mercato del credito ed aperta ad ogni potenziale cliente, è elemento idoneo a stabilire un rapporto di reciproca dipendenza fra le imprese che di detto organismo si sono avvalse e a comprovare la loro soggezione ad un medesimo centro decisionale;

c) totalmente diverso è invece il discorso relativamente al rapporto di stretta parentela, comprovata dalla comunanza di cognome, di luogo di nascita e di residenza, fra il direttore tecnico dell'impresa

ricorrente e il rappresentante legale, amministratore unico e direttore tecnico dell'altra impresa concorrente, trattandosi di elemento che già da solo è sufficiente a comprovare un effettivo collegamento sostanziale fra le due imprese e l'esistenza di un unico centro decisionale, al quale è affidato il governo dell'attività professionale svolta dalle stesse; tale conclusione appare rafforzata dalla contemporanea presenza degli altri indici rivelatori sopra considerati. Ed è sintomatico il fatto che la ricorrente, così puntuale nel contestare l'affidabilità degli altri tre elementi indiziari, sull'ultimo sia quanto meno evasiva.

Con il successivo ricorso n. 8782/08 la Ricorrente Costruzioni impugna l'escussione della polizza fidejussoria disposta a seguito della sua esclusione dalla gara, decisa dalla commissione per l'accertato collegamento sostanziale con altra impresa partecipante alla medesima procedura, e ne denuncia l'illegittimità non in via derivata ma per vizi propri

Tale è la situazione che ricorre nel caso in esame atteso che la ricorrente, nella persona del suo amministratore unico, aveva rilasciato in data 7 aprile 2008 una dichiarazione scritta nella quale affermava sotto la propria responsabilità, anche penale, di non trovarsi "in una situazione di controllo" e l'insussistenza di "un unico centro decisionale con alcuna impresa e/o soggetto partecipante alla gara oggetto dell'appalto, ai fini dell'accertamento della sussistenza delle condizioni di partecipazione di cui all'art. 34, secondo comma, del Codice".

Ciò sta a significare che la ricorrente, avendo attestato l'assenza di situazioni di collegamento sostanziale la cui esistenza, affermata dalla commissione, è stata accertata in questa sede, ha reso una falsa dichiarazione che, oltre a giustificare e legittimare la sua esclusione dalla gara, legittima anche l'escussione della polizza fidejussoria.

In sostanza l'escussione della cauzione, il cui scopo è liquidare in via forfetaria il danno subito dalla stazione appaltante in conseguenza del comportamento scorretto tenuto nella vicenda da un'impresa partecipante alla gara, riguarda non solo il suo rifiuto di sottoscrivere il contratto dopo che si era aggiudicata l'appalto, ma anche tutti i casi in cui essa abbia prodotto dichiarazioni non confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione o abbia effettuato false dichiarazioni.

Tale è la situazione che ricorre nel caso in esame atteso che la ricorrente, nella persona del suo amministratore unico, aveva rilasciato in data 7 aprile 2008 una dichiarazione scritta nella quale affermava sotto la propria responsabilità, anche penale, di non trovarsi "in una situazione di controllo" e l'insussistenza di "un unico centro decisionale con alcuna impresa e/o soggetto partecipante alla gara oggetto dell'appalto, ai fini dell'accertamento della sussistenza delle condizioni di partecipazione di cui all'art. 34, secondo comma, del Codice".

Ciò sta a significare che la ricorrente, avendo attestato l'assenza di situazioni di collegamento sostanziale la cui esistenza, affermata dalla commissione, è stata accertata in questa sede, ha reso una falsa dichiarazione che, oltre a giustificare e legittimare la sua esclusione dalla gara, legittima anche l'escussione della polizza fidejussoria.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 6694 del 13 aprile 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

N. 06694/2010 REG.SEN.

N. 07361/2008 REG.RIC.

N. 08782/2008 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

a) sul ricorso numero di registro generale 7361 del 2008, proposto da: Soc. Ricorrente Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Renato Labriola, domiciliata elettivamente presso lo studio del medesimo in Roma, via O. Tommasini, 9;

contro

la Soc. Autostrade per l'Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Luca Scordino, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, p.zza dei Caprettari, 70;

nei confronti di

Soc. L & M Controinteressata, in persona del legale rappresentante p.t., non costituitasi in giudizio;

b) sul ricorso numero di registro generale 8782 del 2008, proposto da: Soc. Ricorrente Costruzioni S.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., nella qualità di capogruppo del RTI con la Soc Armando della Monica Costruttore S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Renato Labriola, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, via Tomassini, 9;

contro

la Soc. Autostrade per l'Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Luca Scordino, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, p.zza dei Caprettari, 70;

nei confronti di

Soc. Compagnia garante Riassicurazioni S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 7361 del 2008:

del provvedimento DSTE/GRP/CB notificato il 15 maggio 2008, relativo all'appalto dei lavori di "sistemazione idraulica del muro di sponda al km. 102+800 autostrada Genova - Serravalle", con il quale le è stata comunicata l'esclusione dalla gara;

del verbale del 6 maggio 2008, con il quale la commissione di gara ha proceduto all'apertura della documentazione amministrativa ed ha escluso la ricorrente per collegamento con altre concorrenti; del verbale di nomina della commissione di gara del 7 aprile 2008, avvenuta con decreto ministeriale del 9 gennaio 2008 n. 239; nonché di ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e conseguente;

quanto al ricorso n. 8782 del 2008:

del provvedimento DSTE/GRP/CB relativo all'escussione della polizza fidejussoria D8001854509 per i lavori di "sistemazione idraulica del muro di sponda al km. 102+800 autostrada Genova - Serravalle", emesso dalla Società Autostrade per l'Italia s.p.a. ed inviato a mezzo posta prioritaria in data 6 giugno 2008, dal quale si evince la seguente motivazione: "Riscontrata la sussistenza dei profili di cui all'art. 34, secondo comma, D.L.vo n. 163 del 2006, riferibili all'attività posta in essere dalla suddetta società, si dispone l'escussione della summenzionata polizza per la somma di € 5.285,00";

nonché di ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e conseguente;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in entrambi i giudizi di Soc Autostrade per l'Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2009 il Cons. Donatella Scala e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Premette in fatto, la Ricorrente Costruzioni S.r.l di aver partecipato alla gara, bandita da Autostrade per l'Italia s.p.a., per i lavori di “sistemazione idraulica del muro di sponda al km. 102+800 autostrada Genova - Serravalle”, dalla quale è stata però esclusa per asserito collegamento sostanziale con altra impresa, sussistendo elementi che sembrano ricondurre le loro offerte ad un unico centro di interessi.

Con il ricorso 7361/08, notificato il 9 luglio 2008 e depositato il successivo 23 luglio, la Ricorrente Costruzioni S.r.l. impugna, pertanto, tra gli altri, il provvedimento in epigrafe, notificatole il 15 maggio 2008, con il quale le è stata comunicata l'esclusione dalla suddetta gara per collegamento con altra impresa.

2. Avverso il predetto provvedimento la ricorrente è insorta deducendo:

Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione art. 34 D.Lvo n. 163 del 2006
– Violazione e falsa applicazione art. 2359 cod. civ. – Violazione e falsa applicazione artt. 3 e 41 Cost. – Violazione e falsa applicazione art. 3 L. n. 241 del 1990 – Violazione e falsa applicazione del principio del favor participationis – Violazione e falsa applicazione del principio della par condicio tra i concorrenti – Difetto di istruttoria – Eccesso di potere per genericità della motivazione –

Eccesso di potere per inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto – Eccesso di potere per manifesta illogicità – Eccesso di potere per ingiustizia manifesta – Eccesso di potere per contraddittorietà.

Il provvedimento di esclusione sarebbe carente di specifica motivazione esplicativa delle reali ragioni che hanno portato all'ingiustificata decisione della stazione appaltante. In ogni caso detto provvedimento sarebbe stato adottato sulla base di mere illazioni, insufficienti a suffragare ipotesi di collegamento.

Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione art. 2729 cod. civ. – Violazione e falsa applicazione art. 3 L. n. 241 del 1990 - Violazione e falsa applicazione artt. 3 e 41 Cost. – Violazione e falsa applicazione del principio del favor participationis – Violazione e falsa applicazione del principio della par condicio tra i concorrenti – Violazione e falsa applicazione art. 97 Cost. in tema di buon andamento ed imparzialità della P.A. – Eccesso di potere per manifesta illogicità – Eccesso di potere per ingiustizia manifesta – Eccesso di potere per contraddittorietà.

Illegittimamente la commissione di gara ha escluso la ricorrente dalla gara per collegamento tra imprese, non sussistendo, nella specie, indizi gravi, precisi e concordanti, che attestino cioè la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale.

Violazione e falsa applicazione artt. 9 e 10 L. n. 241 del 1990 – Difetto di istruttoria – Eccesso di potere per disparità di trattamento tra i concorrenti ammessi alla gara di appalto – Eccesso di potere per palese contraddittorietà di valutazione manifestata dalla commissione nel verbale di gara del 22 aprile 2008.

Illegittimamente, e con palese disparità di trattamento, ad alcuni concorrenti, che versavano in situazione identica a quella della ricorrente, sono stati chiesti chiarimenti, possibilità che non è stata invece offerta alla Ricorrente Costruzioni S.r.l.

Violazione e falsa applicazione art. 84 D.Lvo n. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione art. 84, commi 8 e 10, D.Lvo n. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione art. 97 Cost. in tema di buon andamento ed imparzialità della P.A..

Un ulteriore elemento idoneo ad inficiare tutte le operazioni di gara è costituito dal verbale di nomina della Commissione di gara, in quanto carente di specifica motivazione, atteso che la stazione appaltante nella selezione dei componenti che hanno costituito la commissione di gara ha disatteso i dettami indicati dall'art. 84 del codice degli appalti. Ed invero, ha proceduto alla nomina di componenti esterni senza aver previamente accertato e documentato la carenza in organico di adeguate professionalità; ha nominato componente dell'organo collegiale l'avv. Angelo G., che è nato nel 1977 e non ha, quindi, maturato dieci anni di iscrizione all'albo professionale di appartenenza; ha proceduto alla costituzione della commissione un mese prima rispetto alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, violando in tal modo l'art. 84, decimo comma, D.Lvo n. 163 del 2006.

3. Con ulteriore ricorso 8762/08, notificato in data 29 luglio 2008 e depositato il successivo 26 settembre, Ricorrente Costruzioni S.r.l. impugna il provvedimento in epigrafe relativo all'escussione della polizza fidejussoria D8001854509 per i lavori di "sistemazione idraulica del muro di sponda al km. 102+800 autostrada Genova - Serravalle", emesso da Autostrade per l'Italia s.p.a. ed inviato a mezzo posta prioritaria in data 6 giugno 2008, dal quale si evince la seguente motivazione: "Riscontrata la sussistenza dei profili di cui all'art. 34, secondo comma, D.Lvo n. 163 del 2006, riferibili all'attività posta in essere dalla suddetta società, si dispone l'escussione della summenzionata polizza per la somma di € 5.825,00.

4. Avverso il predetto provvedimento la ricorrente è insorta deducendo:

Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione D.Lvo n. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione art. 75, comma 6, D.Lvo n. 163 del 2006 –

Violazione art. 34 D.Lvo n. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione art. 25, comma 2, Cost. in tema di principio di legalità – Violazione e falsa applicazione L. n. 689 del 1981 – Violazione e falsa applicazione dei principi di tassatività e di nominatività delle sanzioni amministrative – Eccesso di potere per genericità della motivazione – Eccesso di potere per inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto – Eccesso di potere per manifesta illogicità – Eccesso di potere per ingiustizia manifesta – Eccesso di potere per contraddittorietà.

Illegittimamente la stazione appaltante ha emesso il provvedimento impugnato sull'assunto che l'incameramento della polizza prestata per la partecipazione alla gara avrebbe natura sanzionatoria, punitiva del comportamento scorretto della concorrente e che, quindi, la polizza stessa non avrebbe natura di garanzia. Risultano in tal modo violati gli artt. 25, secondo comma, Cost. e 1 L. 24 novembre 1981 n. 689, con riferimento al principio di legalità e a quello di tassatività, di tipicità e di nominatività delle sanzioni amministrative. Ed invero, l'art. 34 individua ipotesi tipiche di collegamento tra concorrenti alle quali non riconnette, come sanzione, l'escussione della cauzione.

Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione D.Lvo n. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione art. 97 Cost. in tema di buon andamento ed imparzialità della Pubblica amministrazione - Eccesso di potere per ingiustizia manifesta – Eccesso di potere nell'agire amministrativo – Eccesso di potere per violazione dei presupposti di fatto e di diritto.

L'istituto della cauzione provvisoria va ricondotto alla figura della caparra confirmatoria di cui all'art. 1385 cod. civ., in quanto assolve ad una funzione di conferma della serietà dell'intento di stipulare il contratto sin dal momento delle trattative o del perfezionamento dello stesso. Illegittimamente, dunque, la stazione appaltante ha escusso la cauzione provvisoria al di fuori dell'ipotesi prevista dall'art 48, primo comma, D.Lvo n. 163 del 2006.

5. In entrambi i giudizi si è costituita l'Autostrade per l'Italia s.p.a., che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, dei ricorsi. In relazione al ricorso n. 7361/08 ha eccepito anche l'inammissibilità del gravame sotto diversi profili.
6. Non si sono, invece, costituite in giudizio le controinteressate L & M Controinteressata e Compagnia garante Riassicurazioni S.pa.
7. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.
8. Con atto del 10 luglio 2009 la ricorrente ha dichiarato di rinunciare al ricorso n. 7361/08 nella parte relativa all'aggiudicazione, non avendo più interesse ad essa e alla ripetizione della gara, ma solo ad evitare l'iscrizione presso il Casellario informatico dell'Autorità dei lavori pubblici.
9. All'udienza del 16 luglio 2009 le cause sono state trattenute per la decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare occorre disporre la riunione dei ricorsi nn. 7361/08 e 8782/08, stante la loro connessione soggettiva ed oggettiva.
Come esposto in narrativa la ricorrente è stata esclusa dalla gara bandita da Autostrade per l'Italia s.p.a. per asserito collegamento sostanziale con altra impresa partecipante alla stessa procedura. In particolare la commissione ha rilevato che:
 - a) ambedue le imprese hanno sede legale nella stessa località;
 - b) il titolare dell'impresa n. 2 (RICORRENTE DUE. s.u.r.l.) ed il titolare dell'impresa n. 9 (Ricorrente Costruzioni s.r.l.) hanno la residenza nel medesimo Comune e nella medesima via (Prov.le per Cappella Reale s.n.c.);
 - c) il direttore tecnico dell'Impresa n. 9 (Ricorrente Costruzioni s.r.l.) ha lo stesso cognome del legale rappresentante della impresa n. 2 (RICORRENTE DUE. s.u.r.l.) ed entrambi hanno la medesima residenza;

d) le due imprese (RICORRENTE DUE e Ricorrente Costruzioni s.r.l.) hanno prodotto polizza fidejussoria rilasciata dal medesimo intermediario finanziario, con sottoscrizione autenticata dal medesimo notaio.

2. Con il primo ricorso n. 7361/08 Ricorrente Costruzioni (contrassegnata negli atti di gara con il n. 9) impugna la propria esclusione dalla procedura.

Nella disamina della materia del contendere deve darsi priorità all'eccezione di inammissibilità del ricorso dedotta dalla resistente Autostrade per l'Italia s.p.a. sul rilievo che la ricorrente non avrebbe impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara dalla quale era stata esclusa.

L'eccezione deve essere disattesa atteso che l'interesse coltivato dalla ricorrente, come dalla stessa meglio chiarito nella memoria depositata in data 10 luglio 2009 e di cui si dirà in seguito, è l'annullamento dei provvedimenti adottati in suo danno in dichiarata applicazione dell'esclusione, di cui chiede l'annullamento giurisdizionale solo in quanto presupposto legale degli stessi.

3. Sempre in via preliminare va esaminato l'atto con il quale la ricorrente ha dichiarato di rinunciare all'aggiudicazione, ma al tempo stesso ha confermato il suo interesse all'annullamento del provvedimento di esclusione.

Rileva il Collegio che l'atto di rinuncia è inammissibile perché non notificato alle controparti, come richiesto da pacifici principi di diritto processuale. In applicazione degli stessi principi l'atto in questione potrebbe essere interpretato come dichiarazione di sopravvenuta carenza d'interesse a coltivare il gravame, ma la pronuncia di inammissibilità rimarrebbe confermata per l'ovvia ragione che non è ipotizzabile, sotto un profilo logico prima ancora che giuridico, una rinuncia ovvero una declaratoria di sopravvenuto difetto d'interesse nei riguardi di un ricorso (quello avverso l'aggiudicazione definitiva) che non è stato mai proposto. Né l'atto in questione potrebbe essere inteso come rinuncia a proporre un futuro ricorso, atteso che i termini per insorgere eventualmente contro l'aggiudicazione

definitiva sono da tempo scaduti, con la conseguenza che la ricorrente non è in condizione di assumere un impegno che non è nella sua disponibilità.

4. Venendo al merito del ricorso in esame è noto che già prima dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, approvato con D.Lvo 12 aprile 2006 n. 163 – che all'art 34, secondo comma, seconda alinea, ha codificato il principio del divieto di collegamento sostanziale tra imprese concorrenti ad una stessa gara pubblica – la giurisprudenza del giudice amministrativo era pervenuta pressoché costantemente alle stesse conclusioni, affermando che in questi casi l'unicità di centro decisionale può essere accertata anche in via presuntiva, applicando i criteri dell'art. 2729 cod. civ. e, quindi, sulla base di indizi purché gravi, precisi e concordanti, con l'onere per l'Amministrazione di esplicitarli nel provvedimento di esclusione (Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4850; sez. IV, 17 settembre 2007 n. 4839; sez. V, 7 settembre 2007 n. 4721; sez. VI, 23 giugno 2006 n. 4012; 13 giugno 2005 n. 3089). Dall'esame della casistica giurisprudenziale risulta che sono stati ritenuti elementi indiziari idonei a provare tale unicità di centro decisionale l'ubicazione della sede amministrativa delle imprese in un medesimo stabile, l'identità di data e luogo di spedizione dei plichi, il fatto che la cauzione provvisoria sia stata rilasciata da un medesimo assicuratore nello stesso giorno e con numerazione progressiva, l'identità grafica di documenti allegati all'offerta, il rapporto di parentela tra gli amministratori delle suddette società, l'esistenza di intrecci azionari tra di esse, ecc. Si tratta di elementi che, soprattutto ove sussistenti in tutto o anche in parte contestualmente, possono essere ragionevolmente assunti come indici rivelatori di accordi tra i concorrenti al fine di alterare la regolarità della gara.

E' peraltro doveroso segnalare che nella stessa giurisprudenza non sono mancate voci di dissenso rispetto a tale conclusione, sul rilievo che l'esclusione dalla gara pubblica, per la gravità degli effetti che produce sulla sfera giuridico – patrimoniale

del destinatario, richiede una prova più stringente dell'esistenza di collusioni di quella che può essere desunta da meri indizi (Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2007 n. 5289; T.A.R. Napoli, sez. I, 8 settembre 2006 n. 8029; T.A.R. Veneto, sez. I, 30 marzo 2006 n. 727).

Ritiene però il Collegio di poter responsabilmente e ragionevolmente aderire all'orientamento giurisprudenziale maggioritario tenuto conto della *ratio* che lo ispira e del risultato che esso intende garantire, e cioè il rispetto dei fondamentali principi della par condicio e della segretezza delle offerte, posti a garanzia della regolarità della procedura concorsuale, nell'interesse sia della Pubblica amministrazione che dei partecipanti, il quale necessariamente postula che fra i concorrenti ad una gara pubblica non sussista una relazione idonea a consentire un flusso formativo delle offerte e informativo in merito alla fissazione dell'offerta stessa ovvero agli elementi valutativi ad essa sottostanti. In sostanza, in presenza di indizi sintomatici, purché complessivamente significativi, il rischio di una intesa preventiva può ragionevolmente tradursi in una legittima presunzione che le offerte dei diversi concorrenti siano riconducibili al medesimo centro decisionale, con conseguente obbligo per la commissione di escludere dalla gara le imprese nei cui confronti sia stata accertata la presenza di indici rilevatori di un collegamento sostanziale.

5. Ciò premesso il Collegio osserva che gli indizi segnalati dalla commissione di gara appaiono sufficienti nel loro insieme a sostenere, sia pure in via presuntiva, l'esistenza di un'effettiva situazione di controllo sostanziale tra la ricorrente e l'altra impresa individuata dallo stesso organo collegiale. Gli elementi ritenuti significativi a tal fine sono quattro, e cioè: a) entrambe le imprese hanno la loro sede legale nel Comune di Canello ed Arnone; b) i titolari di entrambe le imprese hanno la loro residenza nel medesimo Comune e nella stessa via (Prov.le per Cappella Reale s.n.c.); c) il direttore tecnico dell'Impresa n. 2 (RICORRENTE DUE. s.u.r.l.) ha lo

stesso cognome del legale rappresentante e direttore tecnico della n. 9 (Ricorrente Costruzioni s.r.l.) ed entrambi hanno la medesima residenza; d) l'impresa n. 2 (RICORRENTE DUE) e la n. 9 (Ricorrente Costruzioni s.r.l.) hanno prodotto polizza fidejussoria rilasciata dal medesimo intermediario finanziario, con sottoscrizione autenticata dal medesimo notaio.

Si tratta di elementi che, se considerati separatamente l'uno dall'altro, potrebbero, in ipotesi, non essere ritenuti significativi di un previo accordo fra le due imprese.

Ed invero:

a) è accadimento del tutto normale che in un Comune di limitate dimensioni (poco più di cinquemila abitanti) più imprese svolgano la medesima attività professionale. La tesi della commissione, ove eletta a principio regolatore dei rapporti fra esercenti attività imprenditoriali, condurrebbe a conseguenze abnormi sulle quali è superfluo soffermarsi. Ed invero, la circostanza che in un piccolo Comune alcuni titolari di imprese abbiano la loro residenza nella stessa via non può essere ragionevolmente eletta ad elemento indiziario; in ogni caso le due imprese coinvolte nella vicenda all'esame del Collegio hanno sede legale in strade diverse (P.za Nino Bixio e via Roma);

b) le ridotte dimensioni del Comune di Canello ed Arnone potrebbero giustificare il fatto che le due imprese abbiano fatto ricorso al medesimo intermediario finanziario per l'acquisizione della polizza fideiussoria. Sicché, potrebbe non condividersi la conclusione alla quale la tesi della commissione inevitabilmente conduce, e cioè che il ricorso ai servizi di una stessa finanziaria, operante nel mercato del credito ed aperta ad ogni potenziale cliente, è elemento idoneo a stabilire un rapporto di reciproca dipendenza fra le imprese che di detto organismo si sono avvalse e a comprovare la loro soggezione ad un medesimo centro decisionale;

c) totalmente diverso è invece il discorso relativamente al rapporto di stretta parentela, comprovata dalla comunanza di cognome, di luogo di nascita e di residenza, fra il direttore tecnico dell'impresa ricorrente e il rappresentante legale, amministratore unico e direttore tecnico dell'altra impresa concorrente, trattandosi di elemento che già da solo è sufficiente a comprovare un effettivo collegamento sostanziale fra le due imprese e l'esistenza di un unico centro decisionale, al quale è affidato il governo dell'attività professionale svolta dalle stesse; tale conclusione appare rafforzata dalla contemporanea presenza degli altri indici rivelatori sopra considerati. Ed è sintomatico il fatto che la ricorrente, così puntuale nel contestare l'affidabilità degli altri tre elementi indiziari, sull'ultimo sia quanto meno evasiva.

6. Attesa l'infondatezza delle censure fin qui esaminate occorre procedere allo scrutinio del terzo motivo di doglianza, con il quale si denuncia il trattamento ingiustificatamente peggio che sarebbe stato riservato dalla commissione ad altre imprese, parimenti sospettate di collegamento sostanziale e soggezione ad un unico centro decisionale, alle quali è stata offerta la possibilità (negata invece alla ricorrente) di fornire chiarimenti sul proprio operato prima dell'adozione della determinazione definitiva.

La censura è infondata innanzi tutto in punto di fatto, atteso che la commissione ha chiesto chiarimenti sulla posizione di taluni concorrenti alla stazione appaltante, e non anche ai diretti interessati, i quali peraltro risultano essere stati successivamente esclusi dalla gara per motivi analoghi a quelli adottati nei riguardi dalla ricorrente. In ogni caso la censura è infondata anche in punto di diritto, atteso che non può essere messo in discussione il potere - dovere della commissione di gara di chiedere delucidazioni nei casi nei quali avverte tale esigenza per un corretto svolgimento dei compiti ad essa assegnati, e di non chiedere quando detto bisogno a suo avviso non sussiste; né in questo ragionevole *modus operandi* può ravvisarsi una ingiusta disparità di trattamento.

7. Con il quarto motivo di doglianza la ricorrente denuncia l'illegittima composizione della commissione giudicatrice. La tesi svolta è che il decreto ministeriale n. 239 del 9 gennaio 2009, con il quale si è proceduto alla sua nomina, si pone in palese violazione dell'art. 84 del Codice degli appalti sotto molteplici profili, e cioè per carenza di motivazione in ordine alla scelta dei componenti esterni, per illegittima nomina dell'avv. Angelo G., il quale non avrebbe maturato dieci anni di iscrizione all'albo professionale di appartenenza, nonché, infine, perché la nomina di detta commissione è avvenuta prima della scadenza naturale del termine di presentazione delle offerte.

Si tratta di rilievi indubbiamente suggestivi, ma dedotti con un motivo palesemente inammissibile, non essendo stato evocato in giudizio il Ministero delle infrastrutture, al quale risale la paternità del decreto di nomina della commissione di cui è chiesto l'annullamento.

Il ricorso n. 7361/08 deve quindi essere respinto.

8. Con il successivo ricorso n. 8782/08 la Ricorrente Costruzioni impugna l'escussione della polizza fidejussoria disposta a seguito della sua esclusione dalla gara, decisa dalla commissione per l'accertato collegamento sostanziale con altra impresa partecipante alla medesima procedura, e ne denuncia l'illegittimità non in via derivata ma per vizi propri.

Al fine del decidere il Collegio ritiene sufficiente il richiamo ad un recente precedente della Sezione (17 febbraio 2009 n. 1541) nel quale ha avuto modo di chiarire che la cauzione provvisoria è destinata a garantire tutti gli aspetti della partecipazione e quindi la correttezza di tutti i comportamenti posti in essere a tal fine dal concorrente, ivi comprese le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti che connotano l'offerta e ne caratterizzano la serietà.

Già con l'art. 10 L. 11 febbraio 1994 n. 109 la previsione relativa all'incameramento della cauzione provvisoria era stata estesa anche ai partecipanti

diversi dall'aggiudicatario (in precedenza era prevista a garanzia dell'adempimento, da parte dell'aggiudicatario, dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto), assumendo in tal modo una funzione di garanzia non solo della stipula del contratto, ma anche della serietà e affidabilità dell'offerta, sicché può affermarsi che l'incameramento della cauzione provvisoria è correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e di produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta (Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2007 n. 4098). In sostanza l'escussione della cauzione, il cui scopo è liquidare in via forfetaria il danno subito dalla stazione appaltante in conseguenza del comportamento scorretto tenuto nella vicenda da un'impresa partecipante alla gara, riguarda non solo il suo rifiuto di sottoscrivere il contratto dopo che si era aggiudicata l'appalto, ma anche tutti i casi in cui essa abbia prodotto dichiarazioni non confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione o abbia effettuato false dichiarazioni.

Tale è la situazione che ricorre nel caso in esame atteso che la ricorrente, nella persona del suo amministratore unico, aveva rilasciato in data 7 aprile 2008 una dichiarazione scritta nella quale affermava sotto la propria responsabilità, anche penale, di non trovarsi "in una situazione di controllo" e l'insussistenza di "un unico centro decisionale con alcuna impresa e/o soggetto partecipante alla gara oggetto dell'appalto, ai fini dell'accertamento della sussistenza delle condizioni di partecipazione di cui all'art. 34, secondo comma, del Codice".

Ciò sta a significare che la ricorrente, avendo attestato l'assenza di situazioni di collegamento sostanziale la cui esistenza, affermata dalla commissione, è stata accertata in questa sede, ha reso una falsa dichiarazione che, oltre a giustificare e legittimare la sua esclusione dalla gara, legittima anche l'escussione della polizza fidejussoria.

9. Per le ragioni che precedono anche il ricorso n. 8782/08 deve essere respinto.
Quanto alle spese di giudizio, può disporsene l'integrale compensazione fra le parti costituite in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione III Ter -
definitivamente pronunciando sui ricorsi nn. 7361/2008 e 8782/2008, come in
epigrafe proposti:

li riunisce;

li respinge.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2009 con
l'intervento dei Magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Donatella Scala, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/04/2010

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

IL SEGRETARIO