

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29830-il-comune-deve-restituire-all-impresa-l-importo-dell-escussa-cauzione-provvisoria>

Autore: Lazzini Sonia

Il Comune deve restituire all'impresa l'importo dell'escussa cauzione provvisoria

Tar Lombardia, Milano, 18.06.2010 n. 2108

Il Comune deve restituire all'impresa l'importo dell'escussa cauzione provvisoria

Per quanto precede il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, devono essere annullati l'atto di esclusione dalla gara e tutti i provvedimenti ad esso consequenziali, statuendosi il conseguente onere restitutorio, da parte del Comune, di quanto versato dalla ricorrente per effetto della disposta escussione della cauzione provvisoria.

Venuta meno la situazione di collegamento sostanziale, è a carico della Stazione appaltante l'onere di dimostrare la fondatezza dell'esclusione e dell'escussione della relativa cauzione provvisoria

il collegamento sostanziale può essere riscontrato anche in base ad elementi indiziari, a condizione che questi rivestano il necessario grado di verosimiglianza e consistenza ed emergano in esito a più compiuta istruttoria

ricorso per l'annullamento - del verbale della commissione di gara preposta all'appalto n. 27/2007 in data 24 maggio 2007 nella parte in cui esclude RICORRENTE Impianti dalla gara e applica la sanzione dell'escussione della cauzione provvisoria;

- di tutti gli atti connessi e presupposti, ivi compreso il bando di gara e il patto di integrità nella parte in cui prevedono l'escussione della cauzione provvisoria in caso di rilevato collegamento sostanziale tra ditte partecipanti;

- della annotazione nel Casellario dei LL.PP., disposta a seguito di tale esclusione dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici come da comunicazione del 31 luglio 2007;

e per l'accertamento negativo

del diritto del Comune di Milano ad escutere la cauzione prestata mediante polizza assicurativa ai fini della partecipazione alla gara d'appalto n. 27/2007;

e per la condanna

del Comune di Milano alla restituzione dell'importo di € 3.083,13 pagato direttamente da RICORRENTE Impianti a seguito dell'escussione della cauzione.

Con il ricorso in epigrafe la società RICORRENTE Impianti s.r.l. ha impugnato gli atti della gara n. 27/2007 indetta dal Comune di Milano per l'affidamento della manutenzione straordinaria degli impianti elettrici delle parti comuni dei mercati comunali coperti per l'adeguamento alla L. 46/90, in seguito ai quali è stata esclusa, per collegamento sostanziale ad altra impresa partecipante (ALFA s.r.l.), ed è stata disposta l'escussione della cauzione provvisoria nonché il provvedimento dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici con cui è stata disposta l'iscrizione nel casellario informatico di annotazione relativa alla predetta esclusione.

Nei confronti dei provvedimenti impugnati ha dedotto la violazione di legge e l'eccesso di potere sotto vari profili.

Ha premesso in fatto che il Comune di Milano aveva escluso E.S.M Impianti ed ALFA s.r.l. (all'epoca s.n.c.), da alcune gare del 2002, par vari indizi di collegamento (uffici presso lo stesso edificio a San Donato Milanese, cauzioni richieste contestualmente) tra i quali vi era l'asserita partecipazione del Sig. T. Giuseppe, uno dei due soci di ALFA, al capitale di RICORRENTE Impianti s.r.l, e aveva confermato tali esclusioni anche dopo essere stata posta a conoscenza della inesistenza di tale partecipazione "ritenendo tale elemento ininfluente ai fini delle decisione".

Avverso tali provvedimenti era stato proposto ricorso a questo Tribunale che, con sentenza n. 3714/03 della III sezione, aveva accolto il gravame, sotto il profilo dell'impossibilità per il Comune di escludere le cauzione per motivi diversi da quelli previsti dalla legge, non entrando nel merito della sussistenza del preteso collegamento sostanziale.

Anche l'impresa asseritamente collegata, la ALFA, su ricorso a questo Tribunale aveva ottenuto una sentenza favorevole n. 3400/2005 della III sezione, di annullamento del provvedimento impugnato relativamente all'escusione della cauzione; la sentenza precisava, tuttavia, in obiter, che gli elementi valutati dal Comune erano tali da far presumere la violazione dei principi di segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti.

La stessa situazione si era verificata per una gara indetta nel 2005 in cui le stesse società erano state escluse nonostante l'avvenuta dimostrazione della cessione di quota da parte del T., effettuata con atto notarile in data 6 marzo 1999, e di eliminazione degli ulteriori elementi di presunto collegamento.

Anche in tale ultima fattispecie il TAR Lazio, con sentenze n. 12145 /2006 e n. 12736/2006, aveva ritenuto gli elementi valutati dalla commissione idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate dalle imprese RICORRENTE Impianti e ALFA e sufficienti a far presumere il collegamento sostanziale affermando che "le imprese citate si sono limitate ad eliminare gli elementi materiali comuni riscontrati nelle offerte presentate nelle gare precedenti".

Da ultimo, nella gara per cui è causa, la commissione di gara si è limitata a ripetere le motivazioni delle esclusioni dalla precedenti gare, forte anche delle citate pronunce, senza svolgere autonoma istruttoria.

Sia l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici che il Comune di Milano si sono costituiti in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

In particolare il Comune, nella memoria conclusiva, ha dato atto della sentenza della VI Sezione del Consiglio di Stato del 24 novembre 2009, n. 7377, che ha riformato le citate sentenze del TAR Lazio, tuttavia ha evidenziato che essa è ininfluente poiché intervenuta in un momento successivo all'adozione degli atti gravati.

All'udienza pubblica del 19 maggio 2010, uditi i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorso è fondato e va accolto per le ragioni di seguito esplicitate.

La ricorrente osserva che l'unico elemento di collegamento sostanziale, tale da far presupporre l'esistenza di un centro d'interessi unico, era costituito dal fatto che un soggetto (T. Giuseppe) era detentore di consistenti partecipazioni ad entrambe le società, e che detto elemento è venuto meno, per cui è venuta meno anche la giustificazione dell'esclusione per cui è causa.

In proposito il Collegio, alla luce di quanto espresso dal Consiglio di Stato nella surriportata pronuncia - laddove osserva che la cessione di quote da parte del socio, comune ad entrambe, è avvenuta già prima del 2002 e che lo stesso Comune, già per la gara del 2005, aveva ammesso che erano venuti meno gli elementi di contiguità materiale che avevano concorso a far riconoscere, nella vicenda del 2002, il collegamento sostanziale - ritiene che vien più nel caso di specie incombesse sul Comune l'onere di spiegare adeguatamente quali fossero le ulteriori ragioni tali da indurlo a ritenere perdurante, in concreto, la situazione riscontrata nel 2002.

Tale onere, tuttavia, non è stato assolto.

Giova precisare, richiamando l'orientamento espresso dal Giudice di appello nella citata pronuncia, che il collegamento sostanziale può essere riscontrato anche in base ad elementi indiziari, a condizione che

questi rivestano il necessario grado di verosimiglianza e consistenza ed emergano in esito a più compiuta istruttoria.

Giova precisare, richiamando l'orientamento espresso dal Giudice di appello nella citata pronuncia, che il collegamento sostanziale può essere riscontrato anche in base ad elementi indiziari, a condizione che questi rivestano il necessario grado di verosimiglianza e consistenza ed emergano in esito a più compiuta istruttoria.

Per quanto precede il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, devono essere annullati l'atto di esclusione dalla gara e tutti i provvedimenti ad esso consequenziali, statuendosi il conseguente onere restitutorio, da parte del Comune, di quanto versato dalla ricorrente per effetto della disposta escussione della cauzione provvisoria.

Va posto, altresì, a carico del Comune resistente l'onere di rifondere alla parte ricorrente, previa dimostrazione di effettivo versamento all'erario, l'importo del contributo unificato, al netto di eventuali sopratasse e interessi.

Quanto alle spese del giudizio, se ne può disporre l'integrale compensazione tra le parti costituite in ragione della complessità della controversia, come emerge dalla non univocità delle pronunce sulla vicenda.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2108 del 18 giugno 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Milano

**N. 02108/2010 REG.SEN.
N. 02019/2007 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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2019 del 2007, proposto da:
RICORRENTE Impianti s.r.l., in persona del legale rappresentante pro – tempore,

rappresentata e difesa dall'avv. Enzo Barila', presso cui è elettivamente domiciliata in Milano, piazza Cinque Giornate 5;

contro

il Comune di Milano, in persona del Sindaco pro – tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Teresa Maffey e Maria Rita Surano, con domicilio eletto presso l'avvocatura comunale in Milano, via Guastalla 8;

nei confronti di

Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, in persona del legale rappresentante pro – tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso cui è domiciliata per legge in Milano, via Freguglia, 1; RGR Elettra s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del verbale della commissione di gara preposta all'appalto n. 27/2007 in data 24 maggio 2007 nella parte in cui esclude RICORRENTE Impianti dalla gara e applica la sanzione dell'escussione della cauzione provvisoria;
- di tutti gli atti connessi e presupposti, ivi compreso il bando di gara e il patto di integrità nella parte in cui prevedono l'escussione della cauzione provvisoria in caso di rilevato collegamento sostanziale tra ditte partecipanti;
- della annotazione nel Casellario dei LL.PP., disposta a seguito di tale esclusione dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici come da comunicazione del 31 luglio 2007;

e per l'accertamento negativo

del diritto del Comune di Milano ad escutere la cauzione prestata mediante polizza assicurativa ai fini della partecipazione alla gara d'appalto n. 27/2007;

e per la condanna

del Comune di Milano alla restituzione dell'importo di € 3.083,13 pagato direttamente da RICORRENTE Impianti a seguito dell'escussione della cauzione.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2010, i difensori avv. Enzo Barilà per la società ricorrente, l'avv. Stefania Pagano, in sostituzione dell'avv. Maffey, per il Comune di Milano e l'avv. Caridi, presente ai preliminari, per l'Avvocatura dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe la società RICORRENTE Impianti s.r.l. ha impugnato gli atti della gara n. 27/2007 indetta dal Comune di Milano per l'affidamento della manutenzione straordinaria degli impianti elettrici delle parti comuni dei mercati comunali coperti per l'adeguamento alla L. 46/90, in seguito ai quali è stata esclusa, per collegamento sostanziale ad altra impresa partecipante (ALFA s.r.l.), ed è stata disposta l'escussione della cauzione provvisoria nonché il provvedimento dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici con cui è stata disposta l'iscrizione nel casellario informatico di annotazione relativa alla predetta esclusione.

Nei confronti dei provvedimenti impugnati ha dedotto la violazione di legge e l'eccesso di potere sotto vari profili.

Ha premesso in fatto che il Comune di Milano aveva escluso E.S.M Impianti ed ALFA s.r.l. (all'epoca s.n.c.), da alcune gare del 2002, per vari indizi di collegamento (uffici presso lo stesso edificio a San Donato Milanese, cauzioni richieste contestualmente) tra i quali vi era l'asserita partecipazione del Sig. T. Giuseppe, uno dei due soci di ALFA, al capitale di RICORRENTE Impianti s.r.l, e aveva confermato tali esclusioni anche dopo essere stata posta a conoscenza della inesistenza di tale partecipazione "ritenendo tale elemento ininfluente ai fini delle decisione".

Avverso tali provvedimenti era stato proposto ricorso a questo Tribunale che, con sentenza n. 3714/03 della III sezione, aveva accolto il gravame, sotto il profilo dell'impossibilità per il Comune di escutere le cauzione per motivi diversi da quelli previsti dalla legge, non entrando nel merito della sussistenza del presunto collegamento sostanziale.

Anche l'impresa asseritamente collegata, la ALFA, su ricorso a questo Tribunale aveva ottenuto una sentenza favorevole n. 3400/2005 della III sezione, di annullamento del provvedimento impugnato relativamente all'escusione della cauzione; la sentenza precisava, tuttavia, in obiter, che gli elementi valutati dal Comune erano tali da far presumere la violazione dei principi di segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti.

La stessa situazione si era verificata per una gara indetta nel 2005 in cui le stesse società erano state escluse nonostante l'avvenuta dimostrazione della cessione di quota da parte del T., effettuata con atto notarile in data 6 marzo 1999, e di eliminazione degli ulteriori elementi di presunto collegamento.

Anche in tale ultima fattispecie il TAR Lazio, con sentenze n. 12145 /2006 e n. 12736/2006, aveva ritenuto gli elementi valutati dalla commissione idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate dalle imprese

RICORRENTE Impianti e ALFA e sufficienti a far presumere il collegamento sostanziale affermando che “le imprese citate si sono limitate ad eliminare gli elementi materiali comuni riscontrati nelle offerte presentate nelle gare precedenti”.

Da ultimo, nella gara per cui è causa, la commissione di gara si è limitata a ripetere le motivazioni delle esclusioni dalla precedenti gare, forte anche delle citate pronunce, senza svolgere autonoma istruttoria.

Sia l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici che il Comune di Milano si sono costituiti in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

In particolare il Comune, nella memoria conclusiva, ha dato atto della sentenza della VI Sezione del Consiglio di Stato del 24 novembre 2009, n. 7377, che ha riformato le citate sentenze del TAR Lazio, tuttavia ha evidenziato che essa è ininfluente poiché intervenuta in un momento successivo all'adozione degli atti gravati.

All'udienza pubblica del 19 maggio 2010, uditi i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è fondato e va accolto per le ragioni di seguito esplicitate.

La ricorrente osserva che l'unico elemento di collegamento sostanziale, tale da far presupporre l'esistenza di un centro d'interessi unico, era costituito dal fatto che un soggetto (T. Giuseppe) era detentore di consistenti partecipazioni ad entrambe le società, e che detto elemento è venuto meno, per cui è venuta meno anche la giustificazione dell'esclusione per cui è causa.

In proposito il Collegio, alla luce di quanto espresso dal Consiglio di Stato nella surriportata pronuncia - laddove osserva che la cessione di quote da parte del socio, comune ad entrambe, è avvenuta già prima del 2002 e che lo stesso Comune, già per la gara del 2005, aveva ammesso che erano venuti meno gli elementi di contiguità materiale che avevano concorso a far ravvisare, nella vicenda

del 2002, il collegamento sostanziale – ritiene che vieppiù nel caso di specie incombesse sul Comune l'onere di spiegare adeguatamente quali fossero le ulteriori ragioni tali da indurlo a ritenere perdurante, in concreto, la situazione riscontrata nel 2002.

Tale onere, tuttavia, non è stato assolto.

Giova precisare, richiamando l'orientamento espresso dal Giudice di appello nella citata pronuncia, che il collegamento sostanziale può essere riscontrato anche in base ad elementi indiziari, a condizione che questi rivestano il necessario grado di verosimiglianza e consistenza ed emergano in esito a più compiuta istruttoria.

Per quanto precede il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, devono essere annullati l'atto di esclusione dalla gara e tutti i provvedimenti ad esso consequenziali, statuendosi il conseguente onere restitutorio, da parte del Comune, di quanto versato dalla ricorrente per effetto della disposta escussione della cauzione provvisoria.

Va posto, altresì, a carico del Comune resistente l'onere di rifondere alla parte ricorrente, previa dimostrazione di effettivo versamento all'erario, l'importo del contributo unificato, al netto di eventuali sopratasse e interessi.

Quanto alle spese del giudizio, se ne può disporre l'integrale compensazione tra le parti costituite in ragione della complessità della controversia, come emerge dalla non univocità delle pronunce sulla vicenda.

Non vi è luogo a provvedere sulle spese nei confronti della parte non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'atto di esclusione dalla gara e tutti i provvedimenti ad esso consequenziali, statuendosi il conseguente onere

restitutorio, da parte del Comune, di quanto versato dalla ricorrente per effetto della disposta escussione della cauzione provvisoria.

Pone, altresì, a carico del Comune resistente l'onere di rifondere alla parte ricorrente, previa dimostrazione di effettivo versamento all'erario, l'importo del contributo unificato, al netto di eventuali sopratasse e interessi.

Spese compensate.

Non luogo a provvedere sulle spese nei confronti della parte non costituita.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Piermaria Piacentini, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/06/2010

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

IL SEGRETARIO