



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6460 del 2008, proposto da:
CO.GE.MI. s.r.l., in proprio e quale mandataria e capogruppo
dell'a.t.i. costituenda con l'Impresa F.M.S. - F.lli Michieletto Strade
s.r.l., in persona del legale rappresentate *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Pierluigi Piselli, Annapaola Zecchini, con
domicilio eletto presso il primo in Roma, via G. Mercalli 13;

contro

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e
forniture - Avpc, in persona del Presidente in carica, rappresentata e
difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in
Roma, via dei Portoghesi, 12;

Comune di Milano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e
difeso dagli avvocati Maria Teresa Maffey, Maria Rita Surano,
Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma,

Lungotevere Marzio, 3;

nei confronti di

Impresa F.lli Passoni s.r.l., Impresa Ferrario Costante di Ferrario Diego & C. s.a.s., non costituite in giudizio nel presente grado;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA, SEZIONE III, n. 02518/2008, resa tra le parti, concernente ESCLUSIONE GARA PER COLLEGAMENTO CON ALTRA IMPRESA PARTECIPANTE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2012 il Cons. Bernhard Lageder e uditi per le parti gli avvocati Giammaria, per delega dell'avvocato Piselli, Izzo e l'avvocato dello Stato Tidore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio respingeva (a spese compensate) il ricorso n. 1979 del 2006, proposto dalla CO.GE.MI. s.r.l. avverso

(i) il bando n. 91/2005 pubblicato il 26 ottobre 2005, con il quale il Comune di Milano aveva indetto la gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di sistemazione del nodo stradale di via Cascina Gobba, 1° variante Olgettina, lotto 1, al prezzo base d'asta di euro 4.823.944,98,

secondo il criterio del massimo ribasso,

(ii) l'esclusione della ricorrente, disposta dalla commissione di gara nella seduta del 28 dicembre 2005 sul presupposto di un collegamento sostanziale con altre imprese partecipanti alla stessa procedura, e

(iii) i provvedimenti consequenziali di escussione della garanzia fideiussoria, di segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (oggi, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture-Avpc) e di annotazione del provvedimento di esclusione nel casellario informatico delle imprese ai sensi dell'art. 27, comma 2, d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34.

L'adito Tribunale amministrativo regionale ravvisava la sussistenza degli indici rilevatori di un collegamento sostanziale tra la società ricorrente e la Costruzioni Miotti s.p.a., pure partecipante alla gara, comportante l'imputabilità delle relative offerte ad un unico centro decisionale, e riteneva di conseguenza legittima l'esclusione disposta dalla stazione appaltante.

2. Avverso tale sentenza interponeva appello la ricorrente soccombente, deducendo i motivi come di seguito testualmente rubricati:

a) *“Inesistenza di ‘indici rivelatori del collegamento sostanziale’. Carenza di motivazione; travisamento; immotivato contrasto con precedenti del medesimo Tribunale”;*

b) *“Irrilevanza del ‘collegamento sostanziale’ ai fini della partecipazione alle gare. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 10, comma 1-bis, legge n. 109/1994 e succ. mod. e dell’art. 2359 c.c.; eccesso di potere per violazione dei principi di*

legalità, di libertà di iniziativa economica e di massimo accesso alle gare; eccesso di potere per sviamento”;

c) *“Inesistenza dei presupposti di legge per l’iscrizione dell’annotazione nel casellario informatico. Violazione dell’art. 27 D.P.R. 25.1.2000 n. 34 e dell’art. 75 D.P.R. 21.12.1999 n. 554. Eccesso di potere per travisamento e sviamento”;*

d) *“Illegittimità del Patto di Integrità ed insussistenza dei presupposti per l’escussione della cauzione provvisoria. Violazione dell’art. 1 L. n. 689/1981 e degli artt. 10, comma 1-quater e 30 L. n. 109/1994. Eccesso di potere per travisamento, sviamento, carenza di motivazione. Immotivato contrasto con precedenti del medesimo Tribunale”.*

L’appellante chiedeva dunque, in riforma dell’impugnata sentenza, l’accoglimento del ricorso in primo grado e l’annullamento dei gravati provvedimenti.

3. Costituendosi in giudizio, l’appellato Comune di Milano contestava l’appello e ne chiedeva la reiezione con vittoria di spese.

4. Si costituiva altresì l’appellata Avcp, eccependo l’irricevibilità dell’appello, in quanto proposto oltre il termine di centoventi giorni dalla pubblicazione della sentenza di primo grado, di cui all’art. 23-bis, comma 7, l. 6 dicembre 1971, n. 1034. Per il resto, contestava la fondatezza dell’appello, chiedendone il rigetto con vittoria di spese.

5. All’udienza pubblica del 28 febbraio 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

5.1. L’eccezione di irricevibilità dell’appello è infondata, in quanto per un verso dall’*“avviso di deposito sentenza”* del 21 marzo 2008,

comunicato dalla segreteria del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ai difensori delle parti, risulta che la sentenza “è stata depositata il 21/03/2008 con il n. 2518/2008” – con ciò dovendosi ritenere precisata in modo univoco la data di pubblicazione, la quale invece non emerge in modo chiaro e univoco dal timbro di intervenuta pubblicazione apposto sulla sentenza, attesa l’illeggibilità del segno numerico indicante il mese di pubblicazione nel senso che non è chiaro se si tratti della cifra “2” oppure “3” –, e per altro verso il ricorso in appello risulta consegnato all’ufficiale giudiziario per la notificazione il 18 luglio 2008, con conseguente osservanza del termine di centoventi giorni dalla pubblicazione della sentenza, non notificata, *ex art. 23-bis*, comma 7, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (applicabile *ratione temporis* alla fase introduttiva del presente giudizio d’impugnazione).

5.2. Posta con ciò la rituale instaurazione del rapporto processuale d’appello, si osserva nel merito che l’appello è da respingere.

5.2.1. Destituiti di fondamento sono i motivi d’appello *sub* 2.a) e 2.b), tra di loro connessi e da esaminare congiuntamente.

5.2.1.1. Giova premettere, in linea di fatto, che il provvedimento di esclusione dell’odierna appellante dalla gara in esame risulta motivata testualmente come segue: “(...) *Il Presidente, preso atto che le imprese COSTRUZIONI MIOTTI SPA e CO.GE.MI. SRL, così come risulta dal Casellario Informatico dell’Autorità di Vigilanza, sono stata escluse per collegamento sostanziale da gare bandite dall’ANAS-Compartimento della Viabilità per il Piemonte, esclude l’impresa COSTRUZIONI MIOTTI SPA*

e l'impresa CO.GE.MI. SRL (in associazione temporanea d'impresa con F.M.S. F.LLI MICHIELETTO STRADE SRL), per violazione del principio della segretezza avendo riscontrato nella documentazione presentata elementi idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate da parte delle diverse imprese. Sono stati infatti rilevati elementi tali da far presumere forme di collegamento sostanziale tra le stesse riconducibili ad un unico centro di interessi in contrasto con quanto dichiarato in sede di gara nel documento di cui al punto 1 lettera j) del bando integrale di gara ed in violazione a quanto previsto dal punto p) pag. 10 del bando integrale di gara e dal Patto d'integrità allegato al bando stesso, sottoscritto dalle imprese partecipanti a pena di esclusione, con il quale le ditte hanno espressamente dichiarato, tra l'altro, "di non trovarsi in situazioni di controllo o collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti e che non si è accordata e non si accorderà con altri partecipanti alla gara" (...)." (v. verbale di seduta della Commissione di gara del 28 dicembre 2005). Segue l'enunciazione analitica degli elementi di fatto assunti a suffragio dell'affermato collegamento sostanziale tra le due imprese partecipanti, comportante l'esclusione delle imprese dalla gara in esame.

Il bando di gara, per quanto qui interessa, prevedeva che le imprese concorrente era tenute a dichiarare, a pena di esclusione, "(...) *l'inesistenza di forme di controllo con altre imprese concorrenti ai sensi dell'art. 2359 del c.c. nonché l'inesistenza di situazioni di collegamento e/o di collegamento sostanziale con altre imprese concorrenti, quali ad esempio la non comunanza con altre imprese concorrenti del legale rappresentate/ titolare/ amministratori/ soci/ direttori tecnici/ procuratori con poteri*

di rappresentanza (...)” (v. così, testualmente, il punto 1j) del bando di gara), e stabiliva che “(...) verranno escluse dalla gara per violazione del principio di segretezza delle offerte (art. 75 del R.D. 23/5/1924 n. 827), fatta salva l'applicazione delle ulteriori sanzioni previste dal Patto di Integrità, la cui sottoscrizione da parte delle imprese concorrenti è condizione di ammissibilità della gara, le imprese concorrenti fra le quali esistono forme di controllo ai sensi dell'art. 2359 del C.C. o situazioni di collegamento e/o di collegamento sostanziale quali ad esempio la non comunanza con altre imprese concorrenti del legale rappresentate/titolare/amministratori/soci/direttori tecnici/procuratori con poteri di rappresentanza (...)”.

Nel c.d. “Patto di integrità”, firmata dalle imprese partecipanti alla gara, le stesse dichiaravano “(...) di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti (...)”, assumendo l'obbligo di non “accordarsi” con altri partecipanti alla gara.

5.2.1.2. In linea di diritto, rileva il Collegio, in adesione a ormai consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato. V, 30 novembre 2011, n. 6329; VI, 6 settembre 2010, n. 6469; VI, 27 luglio 2010, n. 4888; CIV, 19 ottobre 2006, n. 6212; VI, 13 giugno 2005, n. 3089), che l'art. 10, comma 1-bis, l. 11 febbraio 1994, n. 109, aggiunto dall'art. 3 l. 18 novembre 1998, n. 415 – applicabile *ratione temporis* alla fattispecie dedotta in giudizio, ma ormai superato dall'art. 34, comma 2, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ora confluito nell'art. 38, comma lett. *m-quater*) –, il quale vietava la partecipazione alle gare d'appalto per la realizzazione di lavori pubblici alle imprese in situazione di collegamento ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ., non può

qualificarsi alla stregua di disposizione tassativa di stretta interpretazione, preclusiva dell'individuazione di fattispecie ulteriori di collegamento sostanziale tra imprese, che siano lesive del principio di segretezza delle offerte e dunque falsino la competizione e violino la *par condicio* tra le partecipanti alla gara.

Premesso che il collegamento sostanziale ricorre nel caso in cui le offerte, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi, si osserva che tale fattispecie, delineata dal richiamato orientamento giurisprudenziale sulla scorta della disciplina comunitaria, secondo cui il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese partecipanti si trovano in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza, ha poi avuto riconoscimento normativo nel d. lgs. n. 163 del 2006 – dapprima, nell'art. 34, comma 2, ora, nell'art. 38, comma 1 lett. *m-quater*), inserito dall'art. 3, comma 1, d.l. 25 settembre 2009, n. 135 –, che, in aggiunta alla fattispecie tipizzata delle situazioni di controllo *ex art. 2359 Cod. civ.*, contempla espressamente, a ricognizione del principio già affermato in via giurisprudenziale, le ipotesi di collegamenti, anche di fatto, tra imprese partecipanti che comportino l'imputabilità delle relative offerte ad un unico centro decisionale.

In sostanza, l'ipotesi *ex art. 2359 Cod. civ.* integra una forma di presunzione *iuris tantum* di collegamento tra ditte partecipanti, mentre l'ipotesi del collegamento sostanziale va, di volta in volta, desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza

in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti alla gara, distorsivo delle regole di gara.

La giurisprudenza comunitaria, lungi dal porsi in contrasto con tale orientamento (come adombra l'odierna appellante nella memoria difensiva del 9 febbraio 2012), tutt'al contrario tende ad avallarlo a presidio dei principi di effettività e trasparenza della competizione tra le imprese partecipanti alla gara. Infatti, la Corte di Giustizia CE nella causa C-538/07, con sentenza 19 maggio 2009, affermando 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, si è limitata ad escludere che rapporti di mero collegamento formale possano dimostrare di per sé l'esistenza o la potenzialità del condizionamento, dovendo alle imprese sempre essere consentito dimostrare l'inefficacia di tali rapporti. Ma la stessa Corte nella citata sentenza ha, al contempo, affermato che rapporti fra imprese partecipanti alla medesima gara d'appalto possono condizionare i rispettivi comportamenti e falsare quel rapporto squisitamente concorrenziale che costituisce la stessa ragion d'essere delle procedure di evidenza pubblica, purché ne sia fornita la prova concreta caso per caso e non siano introdotte fattispecie presuntive legali *iuris et de iure* escludenti la possibilità di prova contraria.

5.2.1.3. Orbene, applicando le enunciate coordinate normative e giurisprudenziali alla fattispecie *sub iudice*, deve, in primo luogo, affermarsi la legittimità delle impugnate previsioni della *lex specialis* di gara e del c.d. “*Patto di integrità*”, sopra citate, in quanto conformi all’enunciato principio della natura escludente di collegamenti sostanziali tra imprese partecipanti lesivi dei canoni della segretezza delle offerte e della serietà e trasparenza delle procedure di evidenza pubblica.

In secondo luogo, merita conferma la valutazione del Tribunale amministrativo regionale in ordine alla sussistenza, nel caso concreto, di elementi indiziari plurimi, precisi e concordanti, atti a suffragare il giudizio di riconducibilità delle offerte provenienti dalla CO.GE.MI. s.r.l. e dalla Costruzioni Miotti s.p.a. ad un unico centro d’interesse, falsante la competizione tra le imprese concorrenti.

A favore di tale inferenza probatoria militano, invero, gli indici presuntivi gravi, precisi e concordanti, puntualmente messi in rilievo nell’impugnata sentenza *sub* § 2.2., costituiti, *imprimis*, dagli intrecci personali tra gli assetti societari delle due imprese, quali evincibili dalla documentazione acquisita al giudizio (con riferimento all’epoca di partecipazione alla gara):

- soci della CO.GE.MI. s.r.l. erano Miotti Marianna al 99% e Calgaro Mario all’1%;
- soci della Costruzioni Miotti s.p.a. erano Miotti Luigi al 50% e Miotti Stefano al 50%, fratelli di Miotti Marianna, mentre la carica di legale rappresentante era rivestita da Miotti Adriano, padre di

quest'ultima, e le funzioni di sindaco erano esercitate da Calgaro Mario (al contempo socio della CO.GE.MI. s.r.l.);

- la carica di amministratore unico della CO.GE.MI. s.r.l. fino al 1995 era ricoperta da Miotti Adriano e successivamente, fino al 23 giugno 1999, da Miotti Luigi;

- il 4 giugno 1999 Miotti Luigi aveva ceduto la propria quota societaria nell'ambito della CO.GE.MI. s.r.l. a Miotti Marianna, la quale a sua volta pochi giorni dopo aveva ceduto ai fratelli e al padre la quota societaria posseduta nell'ambito della Costruzioni Miotti s.p.a.

Se, poi, si tiene conto delle circostanze, analiticamente evidenziate nell'impugnata sentenza, della predisposizione di buste identiche, contenenti offerte, documenti e richieste redatti in modo identico (nelle parti difformi e/o aggiuntive rispetto ai moduli predisposti), delle certificazioni ottenute il medesimo giorno, delle fidejussioni rilasciate dalla medesima banca e autenticate con numero progressivo dallo stesso notaio, e della spedizione con lo stesso corriere, non possono sussistere dubbi in ordine alla riconducibilità delle due offerte a un medesimo centro d'interessi, in violazione dei principi di trasparenza, segretezza e serietà delle offerte poste a presidio della *par condicio* tra le imprese partecipanti alla gara, per effetto delle rilevate condotte idonee a incidere sul corretto svolgimento della gara.

Si aggiunga che nelle more del presente giudizio d'appello è intervenuta la sentenza del Tribunale penale di Milano n. 10988/08 del 16 ottobre 2008 – prodotta dalla difesa dell'Amministrazione

comunale, senza che vi si possa scorgere una violazione del divieto del *ius novorum* in appello, trattandosi di documentazione sopravvenuta alla proposizione dell'impugnazione –, con la quale i legali rappresentanti della CO.GE.MI. s.r.l. (Miotti Marianna) e della Costruzioni Motti s.p.a. (Miotti Adriano), con riferimento all'appalto in esame, sono stati dichiarati responsabili dei reati di tentata turbativa della libertà degli incanti *ex artt. 56 e 353 Cod. pen.* e di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico *ex art. 483 Cod. pen.* Va, al riguardo, precisato che le relative risultanze processuali sono valutabili come elementi di fatto ulteriormente suffraganti il sopra evidenziato quadro probatorio.

Ne consegue che i motivi d'appello in esame devono essere disattesi, in quanto inidonei a incrinare, in fatto e in diritto, le valutazioni *in parte qua* compiute dal Tribunale amministrativo regionale.

5.2.2. Privi di pregio sono, altresì, i motivi d'appello *sub* 2.c). e 2d), in quanto:

(i) la segnalazione del provvedimento di esclusione all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici e la conseguente annotazione nel casellario informatico delle imprese (*ex art. 27 d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, applicabile ratione temporis*) costituiscono atti dovuti, ed eventuali vizi formali del procedimento d'iscrizione (quale la dedotta violazione delle garanzie partecipative), in applicazione del principio di conservazione sancito dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, sarebbero comunque inidonee ad inficiare la legittimità dell'annotazione, poiché il contenuto dispositivo del provvedimento

comunque non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato;

(ii) in conformità a orientamento consolidato di questo Consiglio di Stato, da cui non v'è ragione di discostarsi, l'impresa partecipante alla gara, con la sottoscrizione del c.d. "*Patto di integrità*", accetta regole del bando che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara, sicché l'incameramento della cauzione ivi previsto in caso di violazione di tali doveri (nel caso di specie, del divieto di "accordarsi" con altre imprese concorrenti, astrette da legami sostanziali, in funzione manipolativa delle offerte) non assume natura di sanzione amministrativa che, in quanto tale, sarebbe riservata alla legge, ma costituisce la conseguenza dell'accettazione di regole e doveri comportamentali accompagnati dalla previsione di una responsabilità patrimoniale, aggiuntiva alla esclusione dalla gara, assunti su base pattizia (v. in tal senso, *ex plurimis*, Cons. Stato, V, 9 settembre 2011, n. 5066).

5.2.3. Per le esposte ragioni, l'appello è da respingere, con assorbimento di ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisorii.

6. Le spese del grado seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza; condanna l'appellante a rifondere alle Amministrazioni appellate (Comune di Milano e Avcp) le spese del presente grado di giudizio

che si liquidano, in favore di ciascuna delle stesse, nell'importo complessivo di euro 5.000,00 (cinquemila), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/05/2012

IL SEGRETARIO

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