

Consiglio di Stato, sez. V, 17 settembre 2009, n. 5578

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5234/2007, proposto da: M. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti M. P. C. e F. B., elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. L. M. in R., via F. C. n. 5;

contro

- il Comune di M., in persona del Sindaco *pro tempore*,
- il Direttore *pro tempore* settore acquisti beni e servizi del Comune di M., rappresentati e difesi dagli avv.ti M. R. S., M. T. M. e D. P., elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. R. I., in R., L. M. n. 3;

e, nei confronti di

A. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, C.S.A. s.c.a.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*., D. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

sentenza del TAR Lombardia- Milano, Sezione I n. 4508 del 16.05.2007, resa tra le parti, concernente affidamento servizio manutenzione ascensori degli immobili comunali, periodo 2005-2007, lotto n. 6;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio della parte appellata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese; Vista l'ordinanza n. 4208/2007 con la quale è stata respinta l'istanza cautelare;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito, all'udienza del 1° aprile 2008, il relatore il Consigliere Michele Corradino ed uditi, altresì, gli avvocati C. e I., quest'ultimo per delega di S., come da verbale d'udienza.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza gravata, il TAR Lombardia - Milano ha respinto il ricorso proposto dalla società M. s.p.a. avverso il provvedimento di decadenza, per collegamento sostanziale tra l'appellante e altre società nell'ambito della gara per l'aggiudicazione del servizio di manutenzione degli ascensori degli immobili del Comune di M. (lotto n.

6). In particolare, l'amministrazione aveva tratto gli elementi di collegamento sostanziale tra la M. (aggiudicataria del lotto n. 6), la A. ascensori s.r.l. (aggiudicataria del lotto n. 8 e dichiarata decaduta) ed il C.S.A. s.c.a.r.l. (non risultato aggiudicatario di alcun lotto ma collocatosi comunque in graduatoria), dall'esito delle indagini della Polizia Municipale dal quale era emerso che:

- il 50% della A. Srl appartiene alla ditta G. P. e S. B. Srl;
- il 100% della G. P. e S. B. Srl appartiene alla ditta B. P. Srl;
- il 58% della ditta B. P. Srl appartiene alla holding R. S.
- il 10% della ditta B. P. Srl appartiene a M. L.
- il 4,5% della M. Spa appartiene alla ditta P. E. Srl;
- il 60% della P. E. Srl appartiene alla società R. S.
- R. R., rappresentante della ditta R. S. e legale rappresentante, consigliere e vice presidente del C.d.A. di P. E. Srl, è coniugata con C. P., legale rappresentante della B.P. Srl, nonché responsabile tecnico del C.S.A. S.C.A R.L.;
- M.L., proprietario del 10% della B.P. Srl, è anche direttore tecnico e responsabile tecnico della M.A. Spa.;
- B. G. L., direttore tecnico, responsabile tecnico e vicepresidente della M. A. Spa., nonché proprietario del 5% della medesima M. A. Spa., è fratello di B. A., direttore tecnico del C. S. A. S.C.A R.L.

Il Tribunale - richiamando la consolidata giurisprudenza in materia di collegamento sostanziale - ha ritenuto legittimo l'operato del Comune, considerando che: a) le clausole del bando di gara e del disciplinare avevano preventivamente definito il criterio di configurabilità del collegamento tra offerte, assumendo che esso sussiste, oltre che nelle ipotesi tipizzate nell'art. 2359 c.c., in presenza di forme di collegamento sostanziale, quali ad esempio la comunanza con le altre imprese concorrenti del legale rappresentante /titolare /amministratore/ soci /procuratore, con potere di rappresentanza, o comunque in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale) con altre imprese concorrenti, o in presenza di accordi fra i partecipanti e b) che i rapporti di partecipazione societaria sopra indicati con relativi intrecci familiari fra soci e cariche sociali, fossero idonei a configurare l'esistenza di un collegamento sostanziale con la società A. e CSA. Avverso la decisione del TAR Milano, ha proposto appello la M. s.p.a., riproponendo l'eccezione di tardività e le censure già articolate nel ricorso introduttivo finalizzate a dimostrare l'insussistenza di alcuna ipotesi di collegamento ex art. 2359 c.c., o di elementi idonei a dimostrare concretamente una preventiva concertazione delle offerte formulate e deducendo altresì l'erroneità della sentenza di primo grado per omessa denuncia e assenza di motivazione su alcuni motivi di ricorso. Il Comune di Milano si è costituito in giudizio per resistere all'appello. All'udienza del 1 aprile 2008, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Si può prescindere dall'eccezione di tardività riproposta dalla società Monti s.p.a., poiché l'appello è infondato nel merito.

Parte appellante sostiene che nella specie non sussisterebbe alcun collegamento sostanziale tra M., A. e CSA, non ricorrendo alcuna ipotesi di collegamento ex art. 2359 c.c., né tanto meno sarebbero stati forniti elementi che dimostrino in concreto una preventiva concertazione delle offerte formulate, per cui non potrebbero essere escluse dalla gara due imprese per il solo fatto di un collegamento indiretto in cui un terzo soggetto, la R. S. - peraltro fondazione e non società - possiede un pacchetto azionario in altre società partecipate dalle concorrenti. Insiste, inoltre, riformulando la tesi difensiva della tassatività delle clausole di esclusione tipizzate dall'art. 10 della legge n. 109/1994 articolata nel ricorso introduttivo.

Detta tesi non può essere condivisa in quanto non tiene conto della specifica disciplina di gara e degli orientamenti attuali di questo Consiglio in tema di collegamento presunto tra imprese ex art. 2359, 3° comma, c.c.

Come è noto, sotto la vigenza dell'art. 10, comma 1-bis, della L. n. 109 del 1994 e successive modificazioni (secondo cui "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile"), questo Consiglio di Stato si è orientato inizialmente in senso negativo sulla possibilità di escludere dalle gare le imprese per il solo fatto del collegamento senza considerare gli eventuali effetti distorsivi che il collegamento societario avesse prodotto in concreto (cfr. decisione della Sezione n.16 del 12 gennaio 1999). In modo ancora più restrittivo si è espressa l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici con la determinazione n. 27/2000 del 9.6.2000, ritenendo che "il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 10, comma 1 bis della legge 109/94 fa emergere che il divieto ivi contenuto è da considerarsi relativo esclusivamente al caso di società che si trovino tra loro in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c..".

Successivamente si è, tuttavia, progressivamente affermato un orientamento favorevole alla possibilità di individuare ipotesi di "collegamento sostanziale" tra imprese, diverse e ulteriori rispetto a quelle indicate nell'art. 10, comma 1-bis citato (Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2002, n. 685; V, 15 febbraio 2002, n. 923; IV, 27 dicembre 2001, n. 6424), con la precisazione che, mentre nel caso della sussistenza dell'ipotesi del "controllo" di cui all'art.10, comma 1-bis, opera un meccanismo di presunzione iuris et de iure circa la sussistenza di un'ipotesi 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 provato nello specifico e in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti, che siano tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei richiamati principi (Cons. Stato, V, 22 aprile 2004, n. 2317).E', dunque, 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.

Sulla questione è poi intervenuta la norma dell'art. 34 del codice dei contratti, per la quale "non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile", precisando poi, che "le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi".

Inoltre, è stato recentemente affermato il principio secondo cui un'interpretazione utile della ratio posta a fondamento del divieto di partecipazione alla gara di imprese avvinte da un collegamento sostanziale impone l'applicazione del principio non solo al caso in cui partecipino alle gare società controllanti e controllate ma anche laddove la situazione di controllo/collegamento delle società partecipanti alle gare sia rilevante rispetto ad un terzo non partecipante ma in grado, comunque, di esercitare l'influenza dominante descritta dall'art. 2359 c.c. (Sez. VI, n. 2950 del 4 giugno 2007).Ora, nel caso in esame - esclusa razione temporis l'applicazione dell'art. 34 citato, trattandosi di bando pubblicato in data anteriore all'entrata in vigore del codice dei contratti -, la lex specialis aveva definito il criterio di configurabilità del collegamento tra offerte, assumendo che esso sussiste, oltre che nelle ipotesi tipizzate nell'art. 2359 c.c., in presenza di forme di collegamento sostanziale, quali ad esempio la comunanza con le altre imprese concorrenti del legale rappresentante/titolare/amministratore/soci/procuratore, con potere di rappresentanza, o comunque in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale) con altre imprese concorrenti, o in presenza di accordi fra i partecipanti. Si tratta, evidentemente, di una previsione che non esorbita dai limiti della ragionevolezza e della logicità e che orienta in modo chiaro il concorrente anche ai fini della sottoscrizione della dichiarazione di non trovarsi in situazione di controllo o collegamento formale/sostanziale con altri concorrenti e di non essersi accordati con altri partecipanti alla gara.

Ciò premesso, va rilevato che gli atti di causa documentano diverse partecipazioni azionarie di R. S., B. P. e P. E. in M. A., A. e CSA, intrecci di legami familiari e sovrapposizioni di cariche sociali assunte dai signori R., C., M. e B., sintomatici di promiscuità gestionale e di un unico centro decisionale. Pertanto, il giudice di primo grado che, peraltro, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa dell'appellante ha integralmente esaminato il ricorso introduttivo) ha correttamente analizzato la situazione egemonica di R. S. ed il suo controllo su P. E. e su B. P., le partecipazioni di queste ultime in M. A. e A. Ascensori per il tramite della G. P. S. B. s.r.l., nonché l'intreccio di legami familiari, detenzione di quote e cariche sociali ricoperte,

Per quanto sopra esposto, l'appello deve essere respinto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, respinge l'appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 1° aprile 2008, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, presidente

Aldo Fera, consigliere

Marzio Branca, consigliere

Michele Corradino, estensore

Adolfo Metro, consigliere

ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Michele Corradino F.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

F.to Agatina Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....17/09/09.....

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale