Pubblicato il 22/10/2018

N. 06010/2018REG.PROV.COLL.

N. 01607/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1607 del 2018, proposto da

Atm – Azienda Trasporti Milanesi s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Mascherino, 72;

contro

Galassia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Cesali, Antonino La Lumia e Pasquale Orrico, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via G. G. Belli, 36;

nei confronti

Carrozzeria F.R. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 00172/2018, resa tra le parti, concernente esclusione da gara per l'affidamento del servizio di riparazione urti ed atti vandalici sugli autobus Solaris.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Galassia s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2018 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Luca Tozzi, in dichiarata delega di Maurizio Zoppolato, nonché Pasquale Orrico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che in data 8 maggio 2017 l'Azienda Trasporti Milanesi s.p.a. (di seguito "Atm") aveva indetto una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di riparazione urti ed atti vandalici sugli autobus Solaris, per un importo complessivo stimato in euro 410.000,00.

L'appalto, destinato ad essere aggiudicato al massimo ribasso sui prezzi di listino dei ricambi ufficiali Solaris dell'anno 2016, era suddiviso in due lotti cumulabili, rispettivamente del valore di euro 206.640,00 ed euro 203.360,00, per la durata di 18 mesi.

Alla procedura venivano invitati otto operatori, quattro dei quali facevano pervenire le loro offerte.

Nel corso della seduta del 31 maggio 2017 si procedeva all'apertura delle relative buste ed alla verifica della documentazione contenuta, tra cui quella di Galassia s.r.l. e S.T.L. Car.Bus s.r.l.

All'esito di tali riscontri, la Commissione di gara – rilevato che il legale rappresentante della Car.Bus era altresì socio di maggioranza della Galassia s.r.l. – disponeva procedersi ad ulteriori accertamenti per verificare, in concreto, quale effettivamente fosse la relazione in essere fra le imprese concorrenti, tra cui una visura camerale di entrambe le società, da cui emergeva come il predetto legale rappresentante fosse:

- socio al 51% della Galassia, nella quale ricopriva pure anche la carica di consigliere “con i più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società senza alcuna eccezione di sorta […] con firma disgiunta”;

- socio all’80% della Car.Bus, oltre che suo consigliere e legale rappresentante.

In virtù di quanto sopra, sul presupposto che entrambe le offerte – pur formalmente imputabili a soggetti distinti – fossero in realtà imputabili ad un unico centro decisionale, integrandosi quindi un’ipotesi di collegamento sostanziale vietato ex art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Sulla base di tale premessa e considerata altresì la dichiarazione non veritiera resa dalle imprese circa l’assenza di collegamenti, la Commissione escludeva Galassia s.r.l. e Car.Bus s.r.l. dalla gara, dandone comunicazione alle stesse con note del 16 giugno 2017.

In tale occasione la stazione appaltante preannunciava inoltre che sarebbe stata effettuata apposita segnalazione all’Anac, ai sensi dell’art. 80, comma 12, d.lgs. n. 50 del 2016.

La società Galassia s.r.l. proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Lombardia avverso il provvedimento di esclusione, deducendo i seguenti profili di doglianza:

1) mancata comunicazione alle concorrenti della data della seduta di gara in cui sarebbero state aperte le buste amministrative e le buste economiche, con conseguente violazione del principio di pubblicità cui dovrebbero essere assoggettate tali sedute;

2) carenza di motivazione circa l’esclusione della ricorrente dalla procedura di gara, non essendo stati precisati gli elementi di fatto e di diritto che avrebbero supportato la rilevata situazione di collegamento con altra impresa concorrente;

3) falsa applicazione al caso di specie di quanto stabilito dall’art. 80 comma 5 lett. m) del vigente codice dei contratti pubblici, non sussistendo, a dire della ricorrente, i presupposti per l’imputabilità delle offerte escluse ad un unico centro decisionale, ed essendo stato, ad ogni modo, violato il principio del contraddittorio posto a presidio della non automaticità della situazione di collegamento individuata in prima battuta dalla commissione giudicatrice;

4) conseguente insussistenza della falsa dichiarazione rilevata dalla stazione appaltante, in ordine al suddetto presupposto di ammissibilità dell’offerta.

Costituitasi in giudizio, Atm s.p.a. contestava la fondatezza delle contestazioni della ricorrente, chiedendone il rigetto.

Con sentenza 22 gennaio 2018, n. 172, il Tribunale adito accoglieva il ricorso, sul presupposto che "la stazione appaltante, in assenza di indizi di collegamento sostanziale univoci, aveva l'obbligo o di acquisirli tramite ulteriori accertamenti o di stimolare a tali fini il contraddittorio con gli operatori economici coinvolti, per poi fare confluire le valutazioni operate in una motivazione puntuale e non tautologica". Non avendo peraltro la ricorrente chiesto il subentro nel contratto, né il risarcimento del danno eventualmente subito, gli effetti dell'annullamento venivano circoscritti dal primo giudice al provvedimento di esclusione.

Avverso tale decisione interponeva appello Atm s.p.a., articolato nei seguenti motivi di gravame:

1) Erroneità, anche per omessa pronuncia, in relazione all'art. 80, co. 5, lett. f-bis) del d.lgs. n. 50/2016;

2) Erroneità della pronuncia in merito alla presunta violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990;

3) Erroneità della sentenza impugnata, in relazione alla presunta violazione dell'art. 80, co. 5, lett. m) del d.lgs. 50/2016 ed alla valutazione in concreto.

Si costituiva in giudizio Galassia s.r.l., eccependo l'infondatezza del gravame e chiedendone il rigetto.

Quindi, all'udienza del 19 luglio 2018, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ad un complessivo esame delle risultanze di causa, il Collegio ritiene opportuno, per ragioni di sistematicità, esaminare innanzitutto il secondo motivo di appello, direttamente attinente al merito della controversia: la sentenza impugnata, infatti, aveva ritenuto insufficienti le motivazioni fornite dalla stazione appellante circa le esatte ragioni dalle quali la stessa aveva desunto che le offerte di Galassia s.r.l. e Car.Bus s.r.l. fossero riconducibili ad un medesimo centro decisionale.

In particolare il primo giudice aveva evidenziato come la commissione di gara si fosse limitata, in seduta riservata, a richiamare nel verbale del 31 maggio 2017 la formula di legge prevista dall'art. 80, comma 5, lett. m) del d.lgs. n. 50 del 2016, senza ulteriori e più precise indicazioni.

Ad avviso dell'appellante, trattandosi di ipotesi di esclusione espressamente prevista dalla legge (tanto più a fronte di uno specifico obbligo, in capo ai concorrenti, di dichiarare l'eventuale ricorrenza di indici di

collegamento), una volta rilevatine i presupposti la stazione non avrebbe dovuto fornire ulteriori puntualizzazioni.

Ad un complessivo esame delle risultanze di causa, il Collego ritiene che il motivo sia, nel suo complesso, fondato.

Nel caso di specie, come del resto risulta dalle visure prodotte agli atti di causa, le due società fatte oggetto di esclusione dalla gara avevano in comune lo stesso socio di maggioranza – sig. Silvio Donato Cadei – il quale pure disponeva, in entrambe le imprese, di rilevanti poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, esercitabili in piena autonomia.

Al riguardo, anche in considerazione della normativa posta con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative), che tra l'altro ha

le dette conclusioni risultano infine in linea con la nuova, e successive modifiche, che ha avvalorato l'elemento personale delle società a responsabilità limitata, va detto che il socio di maggioranza dotato dei poteri di amministratore è certamente in grado di assumere tutte le decisioni necessarie per il funzionamento della società (Cons. Stato, Ad. plen. 6 novembre 2013, n. 24), esercitando dunque un decisivo potere condizionante delle scelte operative di quest'ultima.

A ciò aggiungasi che la gestione delle due società – a responsabilità limitata e con un modesto capitale sociale – faceva capo al medesimo nucleo familiare (allo stretto rapporto di parentela tra Giovanni e Silvio Donato Cadei, entrambi soci di Galassia s.r.l., si aggiungeva infatti quello con gli altri due sigg.ri Cadei – oltretutto domiciliati presso lo stesso indirizzo – affidatari della gestione tecnica delle due società).

In argomento, va poi ricordato come "la comunanza dell'organo di vertice fra due imprese partecipanti alla procedura selettiva […] costituisca elemento che, per la sua consistenza e gravità, poteva considerarsi idoneo e sufficiente, anche di per sé solo, a denunciare l'esistenza di una relazione di fatto tra i concorrenti interessati tale da far ritenere che le rispettive offerte potessero provenire da un unico centro decisionale (con potenziale violazione dei principi di segretezza delle offerte e di par condicio fra i concorrenti)" (Cons. Stato, Sez. III, 10 maggio 2017, n. 2173).

Appare dunque corretto il rilievo dell'appellante, per cui la riconducibilità delle offerte al medesimo centro decisionale, in presenza di comunanza dell'amministratore, può ritenersi presunta, "anche perché tale condizione, ponendo l'amministratore in comune nella agevole condizione di formulare o comunque conoscere entrambe le offerte, già concretizza quel rischio potenziale che la norma è diretta a scongiurare".

Le due società avevano poi le sedi legali ubicate a breve distanza l'una dall'altra e, soprattutto, una parziale comunanza dell'oggetto sociale.

Ciò premesso deve ribadirsi, alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale, che la valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale postula semplicemente l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale si sia effettivamente realizzata, nel caso concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie di pericolo (ex multis, Cons. Stato, V, 16 febbraio 2017, n. 496; III, 10 maggio 2017, n. 2173; III, 23 dicembre 2014, n. 6379; V, 18 luglio 2012, n. 4189).

Gli elementi sovra richiamati, tutti risultanti dalla documentazione di gara, erano evidentemente idonei ad integrare perlomeno dei seri indici presuntivi del "collegamento" di cui trattasi, tra loro ponendosi in rapporto di gravità, precisione e concordanza.

Per contro, le considerazioni esposte dall'appellata Galassia s.r.l. (già ricorrente nel precedente grado di giudizio) non appaiono suscettibili di pienamente superare tali riserve.

In particolare, nel confermare che la propria partecipazione azionaria, all'epoca dei fatti, era ripartita tra i sigg.ri Giovanni Cadei (49%) e Silvio Donato Cadei (51%), il primo con la qualifica di presidente del Consiglio di amministrazione e poteri di legale rappresentante dell'impresa, nonché preposto alla gestione tecnica per la sede operativa di Torino, la società sostiene che a quest''ultimo socio competessero altresì tutti i poteri operativi relativi al perseguimento dell'oggetto sociale dell'azienda.

Per contro, deduceva che, sebbene il socio maggioritario Silvio Donato Cadei fosse consigliere di amministrazione, di fatto i poteri annessi alla carica non sarebbero mai stati utilizzati, tant'è che lo stesso non risultava neppure inserito nell'organigramma aziendale.

La documentazione prodotta a comprova di quanto sopra, però, non risulta in tal senso univoca: da un lato, infatti, i contratti indicati sono sottoscritti dal Cadei Giovanni nella sua (pacifica) qualità di legale rappresentante pro tempore dell'impresa, il che però nulla prova circa l'asserita titolarità, in capo allo stesso, anche di paralleli poteri gestori de facto.

Lo stesso dicasi per quanto concerne i contratti delle utenze relative alle sedi aziendali.

Al riguardo, va ricordato che il legale rappresentante della società è semplicemente colui che manifesta all'esterno la volontà di tutti i soci (ruolo che comporta, tra l'altro, che sia lui a dover sottoscrivere i contratti stipulati dalla società con soggetti terzi), laddove l'amministratore è colui cui compete la gestione interna della società.

Analogamente nulla aggiunge, al riguardo, la comunicazione privata (a mezzo email) del 30 giugno 2017, nella quale semplicemente si dichiara che legittimati ad operare su un conto corrente bancario

apparentemente riconducibile alla società vi sarebbe anche il predetto Cadei Giovanni, anche qui però non nell'ipotetica veste di amministratore (de facto), bensì, appunto, di legale rappresentante.

Né ovviamente rileva, ad escludere gli indici di collegamento sostanziale di cui trattasi, il fatto che il suddetto Cadei Giovanni a sua volta non abbia cariche o partecipazioni in seno alla Car.Bus s.r.l., non richiedendosi certo, a tal fine, l'esistenza di partecipazioni reciproche e/o incrociate tra le dite coinvolte.

Del pari non sarebbe significativa, ad escludere quanto sopra, la circostanza che le due società abbiano sedi operative ubicate in località diverse, così come non sembra cogliere nel segno l'obiezione che le due aziende avevano dei preposti alla gestione tecnica diversi (sigg.ri Cadei Matteo per Galassia e Cadei Luca per Car.Bus), laddove oggetto di segnalazione era piuttosto lo stesso legame familiare tra questi ed i soci della Galassia s.r.l.

Infine, per quanto concerne la censura della mancata attivazione di un confronto contraddittorio con gli interessati, va confermato il principio già espresso nel precedente di Cons. Stato, V, 15 maggio 2013, n. 2633, dal quale non vi è evidente ragione per discostarsi, nel caso di specie, per cui "la sentenza della Corte di Giustizia n. C-538/07 non impone alla Stazione appaltante, in ipotesi di collegamento sostanziale, alcun sub-procedimento in contraddittorio".

Conclusivamente, ritiene il Collegio che l'accoglimento del secondo motivo di appello, attenendo l'oggetto sostanziale della controversia in atto, sia assorbente delle ulteriori censure dedotte dall'Azienda Trasporti Milanesi s.p.a.

La particolarità delle questioni trattate giustifica peraltro l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e termini di cui in motivazione, per l'effetto respingendo – in riforma dell'appellata sentenza – il ricorso introduttivamente proposto da Galassia s.r.l.

Compensa tra le parti le spese di lite del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Valerio Perotti	Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO