

ORIGINALE



n° 5717 REG. SENT. 2004
n° 3059 REG. GEN. 2004
3223 2004

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA

(Sezione III)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi riuniti nn. 3059/2004 e 3223/2004 proposti:

A) il primo (R.g. n. 3059/2004) da DBD Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Laura Sofia Allamprese ed elettivamente domiciliata nello studio dell'avv. Andreina Degli Esposti in Milano, via San Barnaba n. 30;

contro

Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Rossi nello studio del quale è elettivamente domiciliata Milano, via Manara n. 1;

per l'annullamento

- del provvedimento n. 4367/DAG/GC/mm in data 7 aprile 2004 del Direttore Generale della Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a. di esclusione della ricorrente dalla gara indetta con bando 15 gennaio 2004 n. 1/2004, per l'affidamento dei lavori di realizzazione di barriere antirumore e delle relative

- opere connesse lungo la carreggiata sud della Tangenziale Ovest, e di contestuale comunicazione all'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici;
- del verbale della Commissione di gara – di data e numero non conosciuti – con cui si è proceduto alla esclusione della ricorrente dalla gara in argomento;
- ove occorra, del bando di gara – art. 16 – e del disciplinare di gara – art. 2, n. 3), lett. k. – nella parte in cui prevedono l'automatica esclusione per le imprese le cui offerte siano riconducibili ad un medesimo centro decisionale e/o le imprese coinvolte in situazioni oggettive lesive della *par condicio* tra i concorrenti e/o lesive della segretezza delle offerte;
- di tutti gli atti preordinati, connessi e conseguenti;

e per la condanna

della stazione appaltante al risarcimento dei danni subiti in ragione dell'illegittimo inserimento nel casellario informatico dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, ai sensi dell'art. 35 del D.Lgs n. 80/1998;

nonchè,

con atto di motivi aggiunti, depositato il 6 luglio 2004 e notificato alla società Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a., come sopra rappresentata e difesa, ed all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso cui è domiciliata "ex lege" in Milano, via Freguglia n. 1,

per l'annullamento

del provvedimento – di data e numero non conosciuti – con cui l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ha inserito, ai sensi dell'art. 27 del DPR n. 34/2000, l'annotazione relativa al provvedimento di esclusione del 7 aprile 2004 del Direttore Generale della Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a.;

B) il secondo (R.g. n. 3223/2004) da Di Benedetto Domenico, titolare dell'omonima Impresa, in proprio e quale mandante dell'ATI costituita con Sincofer s.r.l., rappresentato e difeso dagli avv.ti Felice Laudadio, Ferdinando Scotto e Carlo Russo nello studio dei quali è elettivamente domiciliato in Milano, p.zza Piemonte n. 8;

contro

- Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Rossi nello studio del quale è elettivamente domiciliata Milano, via Manara n. 1;
- l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso cui è domiciliata "ex lege" in Milano, via Freguglia n. 1;

per l'annullamento

- del provvedimento n. 4369/DAG/GC/mm in data 7 aprile 2004 del Direttore Generale della Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a. di esclusione del ricorrente dalla gara indetta con bando 15 gennaio 2004 n. 1/2004, per
-
- ~~l'affidamento dei lavori di realizzazione di barriere antirumore e delle relative~~
-
-

- opere connesse lungo la carreggiata sud della Tangenziale Ovest, e di contestuale comunicazione all'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici;
- della nota n. 5851/DAG/GC/MT in data 13 maggio 2004 della stazione appaltante di reiezione dell'istanza di riammissione alla gara avanzata dal ricorrente;
 - della nota n. 21488 del 25 maggio 2004 dell'Autorità di vigilanza sui LL.PP. di reiezione della richiesta di cancellazione dell'annotazione inserita nel casellario informatico presso l'Osservatorio per i lavori pubblici;
 - del bando di gara n. 1/2004 e del relativo disciplinare di gara, se ed in quanto lesivi dei diritti del ricorrente;
 - di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, se ed in quanto lesivi dei diritti del ricorrente,

e per la condanna

della stazione appaltante al risarcimento dei danni in favore del ricorrente, ai sensi degli artt. 33 e 35 del D.Lgs n. 80/1998, da disporsi, in via principale, in forma specifica e, subordinatamente, per equivalente.

VISTI i ricorsi con i relativi allegati;

VISTO l'atto di motivi aggiunti al ricorso n. 3059/2004 notificato in data 24 e 25 giugno 2004;

VISTI gli atti di costituzione in giudizio della società Milano Mare – Milano Tangenziali e dell'Autorità di vigilanza sui LL.PP. intimati;

VISTE le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

VISTI gli atti tutti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 21 ottobre 2004 il Ref. Daniele Dongiovanni;

Uditi, per il ricorso n. 3059/2004, l'avv. Allamprese per la ricorrente, l'avv. M. Costa, in sostituzione dell'avv. Rossi, per la società Milano Mare e, ai preliminari, l'avv. dello Stato F. Vignoli per l'Autorità di vigilanza sui LL.PP.;

Uditi, altresì, ai preliminari per il ricorso n. 3223/2004, l'avv. C. Minieri, delegato dall'avv. Laudadio, per il ricorrente, l'avv. M. Costa, in sostituzione dell'avv. Rossi, per la società Milano Mare e l'avv. dello Stato F. Vignoli per l'Autorità di vigilanza;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

La DBD Costruzioni s.r.l., in ATI con la società Cosmo Sider, e la ditta individuale Di Benedetto Domenico, in raggruppamento temporaneo d'impresa con Sicomfer s.r.l., hanno partecipato alla gara indetta dalla Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a. (d'ora in poi, solo Milano Mare) per l'affidamento dei lavori di realizzazione di barriere antirumore e delle relative opere connesse lungo la carreggiata sud della Tangenziale Ovest.

La stazione appaltante, in applicazione dell'art. 16 del bando di gara e dell'art. 2, n. 3), lett. k) del disciplinare, ha escluso le ricorrenti dalla procedura concorsuale (con i provvedimenti impugnati nn. 4367 e 4369 del 7 aprile 2004) avendo riscontrato una rapporto di collegamento sostanziale tra la ditta Di Benedetto

Domenico e la società DBD Costruzioni.

A sua volta, Milano Mare, in ragione della predetta esclusione, ha provveduto ad informare l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici dei predetti provvedimenti di esclusione al fine del loro inserimento nel casellario informatico ex art. 27 del DPR n. 34/2000.

Avverso la determinazione di esclusione dalla gara n. 4367/DAG/GC/mm del 7.4.2004, ed ogni altro atto a questa connesso, presupposto e consequenziale, la società DBD Costruzioni s.r.l. ha proposto il ricorso n. 3509/2004, deducendo i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 1 bis, della legge 109/1994; violazione della normativa in materia di collegamento societario di cui all'art. 2359 c.c.; eccesso di potere; difetto di istruttoria; difetto di motivazione.

Sia il bando di gara (art. 16) che il disciplinare (art. 2, n. 3, lett. k.) prevedono un'ipotesi di esclusione automatica per le imprese che si trovino in rapporto di collegamento sostanziale e che siano coinvolti in situazioni lesive della *par condicio* tra i concorrenti e della segretezza delle offerte.

Tali clausole sono illegittime in quanto l'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994 si limita a richiamare solo le ipotesi di società controllate.

I rapporti di collegamento sostanziale tra imprese non possono, quindi, comportare un'esclusione automatica dalla gara in quanto tale conseguenza

~~deve essere fatta discendere da una verifica circa l'effettiva incidenza di tali situazioni sulla segretezza ed effettività della concorrenza nella gara pubblica;~~

2) difetto di istruttoria; difetto dei presupposti di fatto e di diritto; eccesso di potere per falsa causa; difetto nei motivi e nella motivazione; violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del bando e dell'art. 2, n. 3, lett. K del disciplinare.

La stazione appaltante ha proceduto all'esclusione della società DBD Costruzioni senza svolgere un'approfondita indagine e senza verificare se vi sia stata un'influenza negativa sull'andamento della gara.

L'esclusione della ricorrente è stata disposta sulla base delle seguenti risultanze:

- la DBD Costruzioni (d'ora in avanti, solo DBD) e la ditta individuale Di Benedetto Domenico hanno sede in Canello Arnone, via Colomba n. 44;
- il capitale sociale della DBD è detenuto da Simone Anna Maria, moglie di Di Benedetto Domenico (titolare dell'omonima impresa), entrambi residenti in Canello Arnone, via delle Orchidee;
- la Cosmo Sider s.r.l. (in ATI con DBD) ha sede a Vitaluzio (CE) Zona industriale, ove la società Sicomfer (in ATI con l'impresa Di Benedetto) ha la sua sede operativa.

Da tali risultanze non si evince una stretta comunanza di interessi né che le decisioni assunte dai due soggetti (DBD e ditta Di Benedetto) siano riconducibili ad un unico centro decisionale.

Infatti, l'amministratore unico di DBD è un altro soggetto mentre la moglie del Di Benedetto non riveste alcuna carica sociale né ha incarichi di natura gestionale

~~all'interno della predetta società.~~

~~I coniugi Di Benedetto, poi, sono in regime patrimoniale di separazione dei beni.~~

Ciò è sufficiente per affermare l'inesistenza di collegamenti sostanziali tra le due ditte e l'assenza di un unico centro decisionale.

Manca, quindi, la prova che vi sia stata una violazione del principio di segretezza delle offerte e della *par condicio* tra i concorrenti;

3) difetto di istruttoria; difetto dei presupposti di fatto e di diritto; eccesso di potere per falsa causa; difetto nei motivi e nella motivazione; violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del bando e dell'art. 2, n. 3, lett. K del disciplinare.

Non risulta provata l'influenza negativa sul corretto andamento della gara.

Il criterio di aggiudicazione adottato è stato quello del massimo ribasso e, pertanto, l'eventuale esistenza di un collegamento sostanziale tra le due imprese, non avrebbe alcun effetto sull'esito della gara;

4) violazione e falsa applicazione dei principi di legalità, tipicità, tassatività, e nominatività delle sanzioni amministrative; dell'art. 27 comma 2, del DPR n. 34/2000 e del bando di gara; eccesso di potere; difetto dei presupposti di fatto e di diritto; ingiustizia manifesta; travisamento dei fatti.

Successivamente alla esclusione dalla gara, la stazione appaltante ha disposto la comunicazione all'Autorità di vigilanza sui LL.PP. per l'inserimento nel casellario informatico istituito presso di essa.

Tale comunicazione e la relativa annotazione eseguita dalla predetta Autorità

sono illegittime perché violano l'art. 27 del DPR n. 34/2000, non rientrando in

alcuna delle fattispecie ivi previste.

I motivi aggiunti, notificati in data 24 e 25 giugno 2004 e depositati il 6 luglio

2004, con i quali DBD chiede, poi, l'annullamento dell'iscrizione disposta dall'Autorità di vigilanza in ragione dell'intervenuta esclusione dalla gara contengono censure identiche a quelle del ricorso introduttivo del giudizio.

In conclusione, la DBD, nel chiedere l'annullamento degli atti impugnati e la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni, ha precisato che, sebbene non possa aspirare all'aggiudicazione della gara in quanto ha errato nell'inserire l'offerta economica nella busta "A" anziché nella "B" (altro motivo di esclusione comunicato con la nota n. 4367 del 7 aprile 2004 qui impugnata), conserva tuttavia interesse alla caducazione del provvedimento impugnato nella parte in cui ha riconosciuto l'esistenza di un rapporto di collegamento sostanziale tra le due imprese e ha comportato la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui LL.PP. con conseguente inserimento nel casellario informatico istituito presso di essa.



B) Il ricorso n. 3223/2004 proposto dalla ditta individuale Di Benedetto Domenico (in ATI con Sicomfer s.r.l.) si indirizza a sua volta contro il provvedimento di esclusione dalla gara del Di Benedetto e gli altri atti in epigrafe specificati.

A fondamento della pretesa azionata vengono dedotti i seguenti motivi:

- 1) *violazione e falsa applicazione dell'art. 10 della legge n. 109/1994 e dell'art. 75 del DPR n. 554/1999; violazione e falsa applicazione del DPR n. 34/2000; violazione e falsa applicazione del punto 16 del bando di gara n. 1/2004; ~~violazione e falsa applicazione dell'art. 3 lett. K) del disciplinare per gara lavori n. 1/2004; violazione e falsa applicazione dell'art. 41 della Cost.; violazione e falsa~~*

applicazione della determinazione regolamentare dell'Autorità di vigilanza n. 22/2000; carenza assoluta dei presupposti in fatto e in diritto; eccesso di potere; travisamento; illogicità manifesta.

Le clausole del bando di gara che impediscono la partecipazione alla gara di imprese che si trovino in rapporto di controllo e/o di collegamento sostanziale sono illegittime in quanto accomunano due ipotesi differenti che non trovano riscontro nella norma di rango primario di riferimento, l'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/94.

La citata disposizione, infatti, ha attribuito esclusivo rilievo alle situazioni di controllo societario tra diverse imprese partecipanti alla gara, ma nulla dice in merito alle ipotesi di collegamento sostanziale.

Le cause di esclusione, peraltro, devono essere considerate di stretta interpretazione anche perché la scelta del legislatore di non includere il collegamento societario nell'art. 10, comma 1 bis, della legge 109/1994 è frutto di una scelta inequivocabile se si considera che il successivo art. 17, comma 9, fa espresso riferimento, per un'altra fattispecie, alle due ipotesi;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 10 della legge n. 109/1994 e dell'art. 75 del DPR n. 554/1999; violazione e falsa applicazione del DPR n. 34/2000; violazione e falsa applicazione del punto 16 del bando di gara n. 1/2004; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 lett. K) del disciplinare per gara lavori n.

~~*1/2004; violazione e falsa applicazione dell'art. 41 della Cost.; violazione e falsa applicazione della determinazione regolamentare dell'Autorità di vigilanza n.*~~

22/2000; carenza assoluta dei presupposti in fatto e in diritto; eccesso di potere; travisamento; illogicità manifesta.

Perché vi sia un'ipotesi di collegamento sostanziale è necessario, come previsto dall'art. 2359 c.c., che un'impresa eserciti un'influenza notevole.

Alcune ipotesi tipiche sono state individuate dall'Autorità di vigilanza con la determinazione n. 27/2000.

Nessuna delle cause ivi contemplate è riscontrabile nel caso di specie.

La stazione appaltante ha, poi, fondato l'esclusione sull'unico presupposto del presunto collegamento tra le due imprese senza provare in concreto la lesione della *par condicio* tra i concorrenti e la violazione del principio di segretezza delle offerte.

Basti, al riguardo, considerare che Milano Mare non ha potuto verificare il contenuto delle buste presentate da DBD in quanto, poiché la documentazione era erroneamente inserita nella busta "B" anziché nella "A", non si è proceduto al loro esame.

Ciò non ha consentito di effettuare un'indagine approfondita delle offerte formulate, l'unica che avrebbe consentito, in modo inequivocabile, di verificare la lesione effettiva dei predetti principi propri delle gare pubbliche;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 10 della legge n. 109/1994 e dell'art. 75 del DPR n. 554/1999; violazione e falsa applicazione del DPR n. 34/2000;

~~*violazione e falsa applicazione del punto 16 del bando di gara n. 1/2004;*~~

~~*violazione e falsa applicazione dell'art. 3 lett. K) del disciplinare per gara lavori n.*~~

1/2004; violazione e falsa applicazione dell'art. 41 della Cost.; violazione e falsa applicazione della determinazione regolamentare dell'Autorità di vigilanza n. 22/2000; carenza assoluta dei presupposti in fatto e in diritto; eccesso di potere; travisamento; illogicità manifesta.

Le cause che hanno determinato l'esclusione del ricorrente per collegamento sostanziale fra imprese possono assimilarsi a meri indizi che non giustificano l'adozione dei provvedimenti impugnati, anche perché non si sono verificate quelle ipotesi contemplate dall'art. 2359 c.c..

Al di fuori di esse, è necessario verificare in concreto la presenza di una situazione di collegamento sostanziale e ciò può essere fatto solo esaminando le offerte presentate e valutando se le stesse possono essere imputate ad un unico centro decisionale;

4) violazione e falsa applicazione dell'art. 10 della legge n. 109/1994 e dell'art. 75 del DPR n. 554/1999; violazione e falsa applicazione del DPR n. 34/2000; violazione e falsa applicazione del punto 16 del bando di gara n. 1/2004; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 lett. K) del disciplinare per gara lavori n. 1/2004; violazione e falsa applicazione dell'art. 41 della Cost.; violazione e falsa applicazione della determinazione regolamentare dell'Autorità di vigilanza n. 22/2000; carenza assoluta dei presupposti in fatto e in diritto; eccesso di potere; travisamento; illogicità manifesta.

~~La stazione appaltante ha emanato gli atti in contestazione senza operare la
dovuta istruttoria e dando una motivazione del tutto insufficiente.~~

L'esclusione dalla gara dell'impresa individuale Di Benedetto è, quindi, illegittima.

In conclusione, il ricorrente chiede l'annullamento degli atti impugnati con conseguente risarcimento danni, in forma specifica attraverso la riammissione in gara, ovvero, in subordine, per equivalente.

Si sono costituiti in giudizio Milano Mare e l'Autorità di vigilanza sui LL.PP. per resistere ai ricorsi (nn. 3059/2004 e 3223/2004).

In prossimità della trattazione del merito, le parti hanno depositato memorie chiedendo il rigetto dei gravami perché infondati nel merito.

In particolare, poi, la difesa di Milano Mare, alla luce dei motivi di ricorso proposti dalla società DBD (n. 3059/2004), ha anche eccepito l'irricevibilità del gravame.

Alla pubblica udienza del 21 ottobre 2004, le cause sono state trattate dal Collegio per la decisione.

DIRITTO



1. In via preliminare, va disposta la riunione dei ricorsi n. 3059/2004, con i motivi aggiunti, e 3223/2004 per ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva.

2. Ciò premesso, deve essere disattesa l'eccezione, peraltro solo ventilata dalla difesa di Milano Mare, di tardività del gravame n. 3059/2004 in quanto la DBD, ritenendo che la clausola della *lex specialis* (art. 16 del bando e art. 2, n. 3, lett k. del disciplinare riguardanti il divieto di collegamento sostanziale tra imprese) sancisca un'ipotesi di esclusione automatica dalla procedura selettiva, avrebbe

~~devuto impugnare il bando di gara nel termine decadenziale previsto dall'art. 21,~~

~~comma 1, della legge n. 1034/1971, senza attendere il provvedimento di~~

esclusione.

Sul punto è sufficiente osservare che la clausola del bando gravata non può essere considerata, per come è formulata, una causa automatica di esclusione dalla gara.

L'automaticità dell'esclusione che si vorrebbe far derivare dalla lettura delle clausole in argomento è, infatti, il frutto di un'interpretazione prospettata dalla ricorrente (DBD) alla luce della condotta tenuta nella vicenda dalla stazione appaltante e che riguarda, quindi, un momento applicativo delle previsioni contenute nella *lex specialis*.

Al contrario, come si avrà modo di chiarire in seguito, la clausola del bando in esame, sebbene richiami contestualmente i casi di controllo societario e quelli di collegamento sostanziale, non fa discendere, dalla seconda ipotesi (collegamento) una causa di esclusione automatica che va invece riferita, in applicazione dell'art. 10 comma 1 bis, della legge n. 109/94, solo alla prima fattispecie (controllo societario).

Non si pone, pertanto, un problema di tempestività nella proposizione del ricorso in quanto la questione involge aspetti di carattere interpretativo connessi all'applicazione della clausola in sede di gara.

3. Passando al merito della controversia va precisato che entrambi i ricorsi propongono censure del medesimo tenore che, costituendo autonomi profili di

~~un'unica doglianza, possono essere esaminate congiuntamente.~~

In particolare i primi tre motivi del ricorso n. 3059/2004 ed i quattro motivi del

ricorso n. 3223/2004 sono volti a:

- prospettare che gli accertamenti svolti dalla stazione appaltante in ordine all'esistenza di un rapporto di collegamento sostanziale non siano sufficienti a giustificare l'adozione del provvedimento di esclusione adottato nei loro confronti anche perché non è stata provata in concreto la lesione della *par condicio* tra i concorrenti e la violazione del principio di segretezza delle offerte;

- contestare la legittimità della clausola del bando di gara che prevede l'esclusione delle imprese nei casi di collegamento societario per violazione dell'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994 e dell'art. 2359 c.c. (unica norma quest'ultima che fissa i casi dai quali sussumere ipotesi di collegamento societario).

3.1 La Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi diffusamente sui predetti profili di censura (per tutte, TAR Lombardia, sez. III, 27 gennaio 2003, n. 177) con argomentazioni che sono state condivise dal giudice di secondo grado (cfr, Cons. St., sez. V, 22 aprile 2004, n. 2317) e che possono riassumersi nel modo che segue.

3.2 L'art. 10, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 stabilisce il divieto di partecipazione alla medesima gara di imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 c.c..

~~Ai sensi dell'art. 2359 c.c., ricadono nell'ambito del concetto di "controllo societario" le ipotesi, in cui: una società dispone della maggioranza dei voti~~

esercitabili nell'assemblea ordinaria di altra società; una società dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di altra società; la società controllata sia sotto l'influenza dominante di altra società in virtù dell'esistenza di particolari vincoli contrattuali intercorrenti tra le due società. Ai sensi del terzo comma dell'art. 2359 c.c., l'ipotesi del "collegamento societario" si concretizza quando una società esercita su altra società un'influenza notevole: ipotesi che si presume qualora nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.

Poiché il citato art. 10, comma 1 bis, l.n. 109/94 si limita a richiamare solo l'ipotesi delle "società controllate" prevista e disciplinata dall'art. 2359 c.c., è evidente che la ricorrenza di ipotesi di "collegamento" (anche di quelle disciplinate dall'art. 2359 c.c.) non potrebbe condurre all'automatica esclusione delle offerte.

In sostanza, il legislatore della c.d. Merloni ter, al fine di imporre divieti alla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica, ha indicato soltanto le situazioni di controllo societario che vedono coinvolte imprese concorrenti per lo stesso affidamento.

Le ipotesi di collegamento di cui al citato comma terzo dell'art. 2359 c.c., non sono prese in considerazione e non sono richiamate, e ciò deve ritenersi frutto di una scelta precisa del legislatore.

Pertanto appare illegittima l'introduzione - nei bandi di gara, ovvero in altri atti

che integrino la *lex specialis* della procedura - di clausole che vietino in modo automatico la partecipazione o prevedano l'esclusione automatica per il solo fatto dell'esistenza di forme di collegamento.

Al citato art. 10, comma 1 bis, L.n. 109/94, infatti, viene generalmente attribuito il carattere di norma imperativa posta a tutela dell'ordine pubblico economico e ciò - anche alla luce dell'articolo 41 della Costituzione, che tutela la libertà di iniziativa economica privata - non può che indurre ad interpretarlo in modo non estensivo.

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (Atto di regolazione n. 27 del 9 giugno 2000) è del parere appena espresso e (a conferma) rileva giustamente che, in altre disposizioni oggetto di modifiche da parte della medesima legge, sono richiamate entrambe le fattispecie del controllo e del collegamento: - art. 18, comma 9, della legge 55/90, nel testo modificato dalla legge 415/98 (ove si chiede all'impresa che si avvale del subappalto o del cottimo di allegare alla copia autentica del contratto, la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento, a norma dell'articolo 2359 c.c., con l'impresa affidataria del subappalto o del cottimo); - art. 17, comma 9, della legge 109/94 (ove viene fatto un richiamo espresso alle situazioni di controllo e collegamento di cui all'art. 2359 c.c.); - l'articolo 2, comma 4, della L. n. 109/94 (nella parte in cui si prevede che i concessionari appaltino a terzi i lavori non

~~realizzati direttamente, è stabilito che per imprese terze si devono intendere, oltre alle controllate, anche imprese collegate; tale norma rinvia all'art. 2359 c.c. per la~~

definizione delle situazioni di controllo e collegamento).

Del resto, le fattispecie di collegamento costituiscono fenomeni di tipo organizzativo, i quali, in astratto, non possono ritenersi lesivi della correttezza della procedura.

Chiarito ciò, il Collegio ritiene che in assenza di norme *ad hoc* (come quella contenuta nell'art. 10, co. 1 bis, L.n. 109/94) le verifiche in ordine alla correttezza della procedura vadano compiute in concreto e caso per caso.

Pertanto, la stazione appaltante può prevedere nella *lex specialis* ulteriori ipotesi di esclusione - eventualmente legate all'esistenza di forme di collegamento tra imprese concorrenti -, purché non si stabilisca un'esclusione automatica dalla gara, dovendo in tali casi l'Amministrazione verificare se l'esame della fattispecie concreta induca a ritenere violati i principi posti a garanzia della correttezza della procedura.

Su questo punto il Tribunale condivide l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla possibilità di individuare ipotesi di collegamento sostanziale tra imprese, diverse da quelle indicate dal citato art. 10, co. 1 bis, l.n. 109/94 (Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 685; Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2002, n. 923; Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6424).

E' noto che la pubblica amministrazione sceglie il contraente con il quale concludere il contratto di appalto attraverso un procedimento regolato da norme

pubblicistiche, tese all'individuazione del miglior contraente possibile.

Il procedimento amministrativo è improntato al rispetto dei principi generali di

legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, secondo quanto imposto dall'art. 97 della Costituzione.

Tali principi, nell'ambito delle gare pubbliche, si estrinsecano nelle regole della concorsualità, della segretezza e della serietà delle offerte, che tendono a garantire la *par condicio* dei partecipanti e possono essere presi in considerazione ed esplicitati anche attraverso la predisposizione della *lex specialis* della procedura di gara.

Al rispetto di tali regole sono tenuti non solo la stazione appaltante, ma anche i concorrenti, i quali devono presentare offerte che, tra l'altro, devono essere serie, indipendenti e segrete, poiché solo così è rispettato il principio di libera concorrenza che garantisce l'individuazione del miglior contraente per l'Amministrazione.

In questo contesto va inquadrato il disposto dell'art. 10, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109:

La norma, nel prevedere che "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo previste dall'articolo 2359 del codice civile" sancisce l'impossibilità di ammettere alla gara offerte delle quali si dubita sotto i profili dell'indipendenza, della serietà, della segretezza e dell'affidabilità, in quanto provenienti da soggetti legati da una stretta comunanza di interessi.

~~Come detto, il citato art. 10, co. 1 bis, l.n. 109/94 va considerato norma di ordine pubblico e, quindi è applicabile a prescindere da una specifica previsione in tal~~

senso da parte dell'amministrazione appaltante (Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6424).

Si tratta di una norma basata su una presunzione assoluta e, quindi, non suscettibile di prova contraria.

La norma tende a tutelare il libero confronto tra le offerte, ed è chiaro che la correttezza e la trasparenza della gara risultano pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi.

In sostanza, anche alla luce della disciplina comunitaria, è evidente che il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese partecipanti si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza, essendo chiaro che in presenza di accordi interni alle concorrenti, risulta impossibile evitare che si producano effetti distorsivi sulla regolarità della procedura di affidamento.

Ma, se questa è la finalità dell'art. 10, co. 1 bis, l.n. 109/94 e se è vero che tale norma si basa su una presunzione, deve ritenersi che la stazione appaltante possa prevedere ulteriori fatti o situazioni (rispetto a quelli espressamente considerati dalla legge: le 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.

La differenza tra le ipotesi di esclusione di cui all'art. 10, comma 1 bis, L.n.

109/94 e le eventuali ulteriori ipotesi individuate dalla Stazione appaltante, consiste nel fatto che qualora si verifichi il primo caso l'Amministrazione sarà vincolata ad assumere il provvedimento di esclusione - essendo presunte le ipotesi di controllo di cui all'art. 2359 c.c. lesive delle regole indicate - mentre nel secondo caso sarà indispensabile individuare e valutare specifici elementi oggettivi e concordanti, che inducano a ritenere che più offerte siano in contrasto con i principi di segretezza e *par condicio*.

È quello che è avvenuto nel caso di specie.

Deve quindi affrontarsi il problema relativo all'individuazione degli elementi sulla base dei quali la stazione appaltante può affermare la violazione dei principi di segretezza e *par condicio* ed emettere il provvedimento di esclusione.

Per quanto riguarda, in modo specifico, le ipotesi di collegamento sostanziale; il

Collegio ribadisce che il collegamento tra imprese non comporta, di per sé, necessariamente la nascita di un autonomo centro di interessi, e che le società collegate mantengono la propria personalità giuridica e la propria autonomia

(Cass. 2 febbraio 1988 n. 957; 3 agosto 1991 n. 8532; 29 novembre 1993 n.

11801).

È noto, altresì, che il collegamento è un fenomeno diffuso, realizzato al fine di utilizzare il potenziale economico di varie imprese. È altrettanto noto, però, che situazioni di collegamento agevolano il prodursi di effetti distorsivi sulle gare

pubbliche - anche se non arrivano ad integrare fattispecie di reato quale la turbata

libertà degli incanti -, potendo determinare alterazioni della procedura ad

evidenza pubblica sotto i profili della trasparenza e della correttezza. Le situazioni di collegamento tra imprese costituiscono quindi, significativi indizi circa l'esistenza di un medesimo centro di interessi. Le ipotesi di collegamento tipizzate dall'art. 2359 c.c. risultano particolarmente significative ai fini che interessano in questa sede. Gli altri casi di collegamento sostanziale tra imprese non sono disciplinati espressamente dalla legge, e la giurisprudenza ha tentato di individuare, caso per caso, gli elementi utili per poter concludere nel senso che le imprese fossero riconducibili ad un medesimo centro di interessi (*Cons. Stato, sez. VI, 28 febbraio 2000, n. 1056; sez. V, 2 luglio 2001, n. 3605; TAR L'Aquila 20 aprile 1998, n. 556; TAR Piemonte, sez. II, 22 gennaio 1998, n. 31 e 18 dicembre 1998, n. 600; TAR Napoli, sez. I, 30 maggio 2000, n. 1699; TAR Trentino Alto Adige, 1 marzo 2001, n. 164*).

Tale modo di operare appare condivisibile e deve costituire una regola generale, poiché le fattispecie concrete riconducibili alla figura del collegamento sostanziale possono essere le più varie e, quindi, è inutile - oltre che inopportuno - tentare di individuare regole valide in ogni caso. L'unica regola da tenere presente è quella che impone di prendere in considerazione soltanto elementi oggettivi di riconoscibilità del collegamento sostanziale (*Cons. Stato, sez. VI, 28 febbraio 2000, n. 1056; sez. V, 2 luglio 2001, n. 3605; TAR L'Aquila 20 aprile 1998, n. 556*).

~~Resta fermo, quindi, che al fine di emettere un giudizio occorre procedere ad un esame approfondito del caso concreto, verificando le singole situazioni e gli~~

elementi emersi nel corso del procedimento.

L'alterazione della *par condicio* dei concorrenti e la violazione dei principi di concorrenza e di segretezza dell'offerta possono ritenersi provate qualora ricorrano elementi di fatto dai quali possano trarsi indizi gravi, precisi e concordanti, che inducano a ritenere verosimile, secondo *l'id quod plerumque accidit*, il venir meno della correttezza della gara. Ciò si verifica se le offerte provengono da un medesimo centro decisionale o, comunque, provengono da due o più imprese collegate e sussistano elementi tali da far ritenere che si tratti di offerte previamente conosciute, anche se non concordate dalle partecipanti. In sostanza, la violazione dei principi indicati comporta il rischio concreto di pregiudicare la correttezza della procedura e cioè, il rischio che - all'esito della gara - non sia individuato il miglior contraente per la pubblica amministrazione. Si tratta di un rischio, appunto, e come tale va preso in considerazione sotto il profilo probatorio, perché il bene coinvolto - la correttezza della gara pubblica e la reale concorrenza tra le imprese - va tutelato *ex ante*, nel momento in cui è messo in pericolo, senza attendere che si verifichi una sua lesione concreta.

E', del resto, evidente che sarebbe molto difficile garantire una *restitutio in integrum* nel caso in cui il bene indicato fosse stato leso, se si considera che l'annullamento e la rinnovazione della gara comporterebbero, comunque, effetti negativi sotto i profili dell'economicità e della speditezza dell'azione

amministrativa.

Per questi motivi deve ritenersi non indispensabile eseguire una prova di

resistenza al fine di verificare l'incidenza concreta sulla gara della violazione dei principi di segretezza e di *par condicio*.

3.3 Precisato quanto sopra, si può ora passare ad esaminare il caso di specie. Dal tenore delle clausole della *lex specialis* contestate (art. 16 del bando e art. 2, n. 3, lett k. del disciplinare) emerge che l'Amministrazione comunale ha preso in considerazione ipotesi di esclusione ulteriori rispetto a quelle di cui all'art. 10, co. 1 bis, L.n. 109/94, facendo riferimento a principi generali (lealtà, trasparenza, correttezza).

Occorre, quindi, verificare se dagli elementi di fatto presi in considerazione dalla Commissione e dagli accertamenti compiuti dall'Amministrazione possa trarsi il convincimento che, nel caso concreto, siano stati violati i principi indicati. Come emerge dagli atti di causa, la Milano Mare ha ritenuto violato il principio di segretezza avendo riscontrato elementi idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate dalle concorrenti DBD e Ditta Di Benedetto Domenico (in ATI con altre società).

Gli elementi che, a parere della stazione appaltante, inducono a far presumere l'esistenza di forme di collegamento sostanziale tra le imprese citate, sono i seguenti:

- la DBD Costruzioni e la ditta individuale Di Benedetto Domenico hanno sede in Canello Amonè via Colombo n. 44;
- il capitale sociale della DBD è detenuto da Simone Anna Maria, moglie di Di Benedetto Domenico (titolare dell'omonima impresa), entrambi residenti in

Cancello Amone via delle Orchidee;

- la Cosmo Sider s.r.l. (in ATI con DBD) ha sede a Vitaluzio (CE) Zona industriale, ove la società Sicomfer (in ATI con l'impresa Di Benedetto) ha la sua sede operativa.

A tali risultanze, vanno aggiunti ulteriori elementi, contenuti nella nota di Milano Mare del 13 maggio 2004 (peraltro, contestata solo dalla ditta Di Benedetto con il gravame n. 3223/2004):

- la DBD è una società unipersonale il cui capitale sociale è interamente posseduto da Simone Anna Maria, moglie di Di Benedetto Domenico;
- DBD sono le iniziali di Di Benedetto Domenico;
- la Cosmo Sider s.r.l. e la Sicomfer s.r.l., le altre due società costituenti le ATI, risultano costituite lo stesso 13 marzo 2001, iscritte alla CCIAA di Caserta il 23 marzo 2001 con numeri progressivi 193365 e 193366 ed hanno iniziato l'attività entrambi il 1° aprile 2001;
- l'amministratrice di DBD (Sammarco Giovanna) risiede a Cancello di Amone ed è coniugata con Di Benedetto Riccardo, genitori del Di Benedetto Domenico;
- i plichi contenenti le offerte delle ditte ricorrenti, sebbene abbiano la sede in provincia di Caserta, sono stati entrambi spediti dall'Ufficio postale di Assago lo stesso giorno (25 febbraio 2004) a 8 minuti di distanza l'uno dall'altro.

~~Nel caso di specie, il Collegio ritiene che tali circostanze, alla luce degli altri~~
~~elementi oggettivi presi in considerazione dalla stazione appaltante, possano~~

indurre a ritenere esistente un collegamento sostanziale tra le due imprese escluse, tale da far presumere violati i principi di segretezza delle offerte e di par condicio dei concorrenti e, conseguentemente, di mettere in pericolo la correttezza della gara.

Siffatti elementi, da valutare alla luce del rapporto di parentela indicato e dell'intreccio dei rapporti esistenti tra i soggetti che ricoprivano le massime cariche sociali all'interno delle società citate, costituiscono, a parere del Collegio, indizi gravi precisi e concordanti, e inducono a ritenere ragionevole il sospetto che le due imprese conoscessero le rispettive offerte e che, quindi, fosse in pericolo la regolarità della gara.

Per le ragioni sopra espresse il Collegio ritiene, inoltre, imilevante il fatto che l'Amministrazione non abbia eseguito prove di resistenza al fine di verificare l'incidenza sulla gara del collegamento tra le due imprese. La prova della violazione dei principi generali citati, infatti, è da ritenersi sufficiente per escludere dalla gara i concorrenti collegati, anche se l'esclusione comporta un restringimento del numero dei partecipanti, poiché l'interesse alla regolarità della gara prevale sull'interesse ad avere un'ampia partecipazione alla stessa.

3.4 In relazione a quanto precede risultano infondati il primo, secondo, terzo motivo del ricorso R.g. 3059/2004 ed i quattro motivi del gravame n. 3223/2004.

4. Con il quarto motivo dedotto nel ricorso n. 3059/2004 la società DBD evidenzia

~~l'illegittimità dell'inserimento della disposta esclusione dalla gara nel casellario informatico dell'Autorità di vigilanza sui LL.PP. a seguito della segnalazione~~

effettuata dalla stazione appaltante, in quanto ciò non rientrerebbe nelle previsioni dell'art. 27 del DPR n. 34/2000.

La censura va disaltesa, richiamando sul punto l'uniforme interpretazione fornita dalla giurisprudenza amministrativa (di recente, Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5792 e TAR Lazio, sede Roma, sez. III, 5035/2004).

Va, innanzitutto, rilevato che la notizia relativa all'esclusione di alcune imprese da una procedura di aggiudicazione, in quanto legate da un collegamento sostanziale che rivela l'imputazione delle relative offerte ad un unico centro decisionale, merita senz'altro di essere annotata e pubblicata, per mezzo della sua iscrizione nel casellario informatico, in quanto idonea a segnalare una circostanza di estrema rilevanza per la corretta conduzione delle procedure di affidamento dei lavori pubblici.

Ne consegue che tale scelta, non solo risulta immune da vizi di irragionevolezza o di difetto di proporzionalità, ma si rivela, al contrario, sicuramente opportuna, se non doverosa, per una corretta gestione del casellario informatico.

Ciò posto, va osservato che, nel provvedimento impugnato, l'Autorità richiama non singole lettere del predetto art. 27, co. 2, ma integralmente lo stesso comma e che, se non altro, l'ipotesi di violazione del principio di segretezza per collegamento sostanziale certamente rientra nel disposto della lettera t), nella quale si prevedono in via residuale "tutte le altre notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del casellario".

Al riguardo, non resta che ribadire come, secondo l'accolta interpretazione dell'art. 27 del DPR n. 34/2000, l'Autorità, ove sia posta a conoscenza di atti riguardanti le imprese qualificate, è tenuta - salvo il caso, qui neanche ipotizzato dalle ricorrenti, che consti l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante - a procedere all'annotazione nel casellario informatico dei relativi contenuti, atteso che; nel nuovo sistema unico ed obbligatorio di qualificazione delle imprese, detto casellario è *ex lege* la fonte ufficiale cui le singole stazioni appaltanti possono e devono attingere le notizie necessarie per verificare se un'impresa sia in condizioni o meno di potere legittimamente contrarre con la pubblica amministrazione in materia di opere e lavori pubblici; dunque, costituisce dovere dell'Autorità, per il tramite dell'Osservatorio dei lavori pubblici ed in applicazione delle norme degli artt. 4, co. 16, del DPR n. 554/1999 e 27 del DPR n. 34/2000, procedere alla puntuale e tempestiva annotazione nel casellario delle anzidette notizie riguardanti le imprese qualificate, così come pervenute, di modo che le stazioni appaltanti, le quali sono gli unici soggetti ai quali la legge ha affidato il potere di esclusione dalle gare, siano messe in grado, altrettanto tempestivamente, di operare le valutazioni di competenza.

5. I motivi aggiunti al ricorso n. 3059/2004, con i quali DBD chiede l'annullamento dell'iscrizione disposta dall'Autorità di vigilanza in ragione dell'intervenuta esclusione dalla gara, contengono censure identiche a quelle del gravame introduttivo.

In ragione delle medesime considerazioni esposte nei punti precedenti, le predette doglianze sono infondate.

6. In conclusione, palesandosi gli atti impugnati immuni dai vizi denunciati, non possono trovare accoglimento le domande di risarcimento dei danni formulate dai ricorrenti ed il ricorso n. 3059/2004 con i motivi aggiunti ed il ricorso n. 3223/2004 devono essere respinti.

7. Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. III, riuniti i ricorsi in epigrafe, stabilisce quanto appresso:

- respinge il ricorso n. 3059/2004, i motivi ad esso aggiunti ed il ricorso n. 3223/2004.

Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

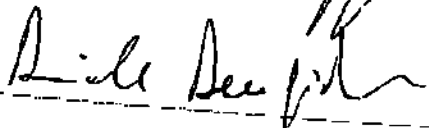
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 21 ottobre 2004, con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio - Presidente

Gianluca Bellucci - Primo Referendario

Daniele Dongiovanni - Referendario est.



DEPOSITATA IN SEGRETERIA

11 - 3 - 2004

11 - 3 - 2004

