

ORIGINALEn° 140 REG. SENT. 2007
n° 36 REG. GEN. 2007**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA
MILANO
Prima Sezione**

ha pronunciato la seguente

SENTENZA**Ex Art. 26, IV co. della L. 6.12.1971 n. 1034**

Sul ricorso n. 36/2007, proposto da:

ADS AUTOMATED DATA SYSTEM SPA

rappresentata e difesa da:

**STEFANELLI ANDREA
MATTINA CLAUDIO**

con domicilio eletto in MILANO

**VIA F.GUICCIARDINI N.4
presso
MATTINA CLAUDIO****contro****PROVINCIA DI MILANO**

rappresentata e difesa da

**FIORI LUCIANO
BARTOLOMEO ANGELA
FERRARI MARIALUISA
BAVIERA ELISABETTA**

con domicilio eletto in MILANO

**VIA VIVAIO, 1
presso
l'Avvocatura della Provincia di Milano****e nei confronti di
DELTA DATOR SPA****rappresentata e difesa dagli Avv.ti Avv. Maria Cristina Osele e Angela Sarti
con domicilio eletto in Galleria San Babila 4/A - Milano**

*e nei confronti di
SANTER SPA
rappresentata e difesa dagli Avv.ti Guido Salvadori del Prato e Gaetano Morazzoni
con domicilio eletto in via Manara n. 15 - Milano*

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,
della determina dirigenziale n. 96/2006 del 12.10.2006 d'aggiudicazione della gara per
l'affidamento della fornitura con messa in opera e manutenzione di un sistema
informatico contabile integrato all'ATI costituenda "DeltaDator spa - Santer spa", della
comunicazione 23 ottobre 2006 prot. n. 0218212, dell'atto prot. n. 144373/2006 del 9
giugno 2006 d'affidamento di detta fornitura al suindicato ATI, nonché del contratto
d'appalto, se ed in quanto intervenuto;
e di ogni altro atto preordinato, connesso e/o consequenziale, ancorchè non conosciuto;
Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione e delle controinteressate;
Visti gli atti tutti della causa;
Udito il Pres. Avv. Piermaria Piacentini, relatore per l'udienza del 10 gennaio 2007;
Uditi i difensori presenti delle parti;
Ritenuto in fatto e diritto:

FATTO

Con avviso pubblicato sul Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia n. 22 del
31/5/2006, la Provincia di Milano ha indetto una gara per l'aggiudicazione di un Sistema
informatico contabile integrato in esecuzione della determina dirigenziale n. 2 del
17/5/2006;

A tale gara hanno partecipato, tra gli altri, la ricorrente A.D.S. e l'ATI DeltaDator-Santer.

Nel corso delle varie sedute di gara tenutesi, tanto pubbliche che segrete (26 e 28 giugno,
3, 5, 7, e 11 luglio), venivano valutate le offerte tecniche delle imprese ammesse ed
aperte le buste contenenti l'offerta economica; al termine di dette operazioni si procedeva
alla stesura della graduatoria provvisoria che vedeva al 1° posto DeltaDator-Santer (con
complessivi punti 91), seguita da A.D.S. (con punti 85,44);

Entrambe le offerte venivano peraltro giudicate anormalmente basse e conseguentemente sottoposte al vaglio del sub-procedimento di verifica d'eventuale anomalia.

Nel corso della successiva seduta del 22 agosto 2006. la Provincia di Milano, preso atto delle giustificazioni addotte dalle concorrenti, confermava la graduatoria iniziale proponendo per l'aggiudicazione il raggruppamento costituito composta da Delta Dator s.p.a. e Santer s.p.a.;

Peraltro, con la legge 4 agosto 2006 n. 248 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale. dell'11 agosto 2006 ed entrata in vigore il giorno successivo) era stato *medio tempore* convertito il decreto-legge 4 luglio 2006 n. 223, il cui art. 13 ha posto il divieto alle società miste pubblico-private di partecipare ed aggiudicarsi gare non indette dagli Enti loro partecipanti. Ritenendo applicabile tale disposizione, la Provincia di Milano avviava pertanto, dandone comunicazione al raggruppamento vincitore, il procedimento di esclusione dalla gara atteso che la mandante Santer risultava essere "*società a capitale misto in quanto partecipata da Lombardia Servizi s.p.a., a sua volta partecipata dalla Regione Lombardia*"

In particolare il capitale sociale della Santer S.p.A., risultava essere così ripartito:

- Reply S.p.A: 53,77%),
- Camera di Commercio di Milano: 12,94%,
- Unioncamere: 1,61%,
- Lombardia Servizi S.p.A: 31,68%,

Tale ultima società, peraltro, è posseduta al 100% da Lombardia Informatica s.p.a , delle cui azioni la Regione Lombardia è titolare al 100%

Con provvedimento n. 96/2006 del 12 ottobre 2006, la Provincia di Milano decideva, comunque, di confermare l'aggiudicazione della fornitura in gara all'ATI, Delta Dator-Santer, dandone, con nota n. 218212 del 23 ottobre 2006, formale comunicazione ad A.D.S. s.p.a.

Ricevuta tale comunicazione, la ricorrente proponeva istanza d'accesso a tutti gli atti di gara, riscontrata dall'Ente appaltante con nota n. 238094 del 17/11/2006.

Con ricorso notificato il 22 dicembre 2006, A.D.S. s.p.a proponeva ricorso per l'annullamento della determina dirigenziale n. 96/2006 del 12 ottobre 2006 e della nota del 23 ottobre 2006 n. 218212, deducendo le seguenti censure:

VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 13 DELLA LEGGE 4/8/2006 n. 248.

ECESSO DI POTERE PER CONTRADDITTORIETA; IRRAZIONALITA' MANIFESTA

Si è costituita in giudizio la Provincia di Milano eccependo in via preliminare l'inammissibilità ed irricevibilità del ricorso e chiedendo, nel merito, il rigetto dello stesso per infondatezza

Anche la controinteressata ATI Delta Dator-Santer si è costituita in giudizio eccependo anch'essa, in via preliminare l'inammissibilità ed irricevibilità del ricorso e chiedendo nel merito il rigetto dello stesso.

Nella Camera di consiglio del 10 gennaio 2007, sussistendo i presupposti per una pronuncia ai sensi degli artt. 21 e 26, quarto comma, della legge 7 dicembre 1971 n. 10034, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

In via preliminare va esaminata l'eccezione di tardività del ricorso, sollevata sia dalla resistente Provincia, sia dalla controinteressata, sotto il profilo che l'atto lesivo della sfera giuridica della ricorrente dovrebbe identificarsi con il provvedimento definitivo di aggiudicazione avvenuto con la determinazione dirigenziale 96/2006 del 12 ottobre 2006 e non dalla comunicazione formale del medesimo provvedimento avvenuta con lettera del 23 ottobre successivo.

Tale assunto peraltro non tiene conto della circostanza che, successivamente alla determinazione dirigenziale 96/2006 del 12 ottobre 2006, si è svolto un supplemento di procedimento, avente ad oggetto l'applicabilità, nella specie, dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, che aveva messo in dubbio la legittimità dell'aggiudicazione all'ATI vincitrice della gara.

Si badi che non si trattava della solita istanza di riesame per vizi procedurali. Come meglio si vedrà in prosieguo, l'art. 13 del d.l. n. 223, costituisce una norma di carattere imperativo la cui violazione comporta la nullità degli atti compiuti in difformità, e corretto appare il comportamento della Provincia che, messa sull'avviso di tale possibilità, ha avviato un procedimento per accertare l'applicabilità della disposizione. Peraltro, così operando, è stata la stessa stazione appaltante a mettere in dubbio la immediata esecutività dell'avvenuta aggiudicazione, fino al momento in cui ha ritenuto di dover risolvere il problema, confermando - tale invero è il senso della nota del 23 ottobre - le determinazioni cui era pervenuta con il provvedimento del 12 ottobre.

È quindi solo con la lettera del 23 ottobre 2006, il cui contenuto, in ogni caso, non è atto confermativo in senso tecnico, ma la nuova determinazione, assunta dopo un riesame della situazione alla luce della normativa sopravvenuta, che la ricorrente ADS ha avuto la definitiva certezza di non essere risultata aggiudicataria della commessa, ed è pertanto da tale data che devono decorrere i termini per l'impugnazione che, secondo l'ordinario computo, venivano a scadere il 22 dicembre successivo.

E poiché risulta per tabulas che il ricorso è stato consegnato all'Ufficiale giudiziario o all'Ufficio postale, proprio il 22 dicembre 2006, il ricorso non può considerarsi tardivo anche se ricevuto in data posteriore (il 27 dicembre dalla Provincia; il 2 gennaio 2007 dall'ATI controinteressata) dagli altri soggetti cui il ricorso andava notificato.

Nel merito si deve osservare che, come si è evidenziato nella esposizione di fatto, le azioni di Santer s.p.a. (mandante dell'ATI "Delta Dator-Santer" aggiudicataria della fornitura di cui si discute) sono, ad oggi, possedute da

| | |
|---------------------------------|---------|
| REPLY s.p.a. per il | 53,77 % |
| LOMBARDIA SERVIZI s.p.a. per il | 31,68 % |
| C.C.I.A.A. Milano per il | 12,94 % |
| Altre C.C.I.A.A. per il | 1,61 % |

risulta inoltre che le azioni della "Lombardia Servizi S.p.A." siano al 100% di proprietà della società "Lombardia Informatica S.p.A." che, a sua volta, è posseduta al 100% dalla Regione Lombardia



Dalla documentazione camerale in atti si ricava, inoltre che "Lombardia Informatica s.p.a." ha come oggetto sociale *"la fornitura di servizi e prestazioni informatiche nonché ogni attività a tali servizi connessa, contemplati dai piani e progetti approvati dalla Regione Lombardia. In particolare:[.] I servizi e le prestazioni possono essere resi alla Regione, agli Enti locali territoriali[.], Enti simili o assimilabili..."*, mentre l'oggetto sociale di "Lombardia Servizi s.p.a." è costituito dalla *"fornitura di servizi e prestazioni informatiche nonché ogni attività a tali servizi connessa, anche contemplati dai piani e progetti approvati dalla Regione Lombardia"*.

Va a questo punto preso in esame il comma 1 dell'art. 13 della legge n. 248 del 4 agosto 2006, il quale recita: *«Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti»*.

Si tratta quindi di accertare se la mandante Santer s.p.a., rientri nell'ambito delle previsioni della norma richiamata e, in particolare se rientri nell'ambito delle *società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività*.

In proposito si osserva che, indubbiamente la Santer rientra nelle previsioni del 1° comma dell'art. 13, non solo per la partecipazione diretta nel suo capitale di enti pubblici quali la C.C.I.A.A. di Milano e le altre Camere di Commercio, ma anche per la partecipazione della Lombardia Servizi S.p.A. A riguardo è indifferente che, come osserva la controinteressata, si sarebbe in presenza di "terza generazione" in quanto tra la Regione Lombardia e la Santer vi sarebbero di mezzo la Lombardia Servizi S.p.A. e la Lombardia Informatica S.p.A.. Lo stretto collegamento tra queste ultime due (le seconda possiede il 100% delle azioni della prima) e di queste due con la Regione Lombardia (che possiede il



100% delle azioni della Lombardia Informatica S.p.A.) impone di ritenere che la Regione Lombardia abbia una posizione di totale controllo delle due società intermedie e, quindi partecipi anche della Santer.

Una simile interpretazione appare del tutto conforme alla *ratio legis*, che non solo è volta a tutelare il principio di concorrenza e di trasparenza, ma anche – e soprattutto – quello di libertà di iniziativa economica che risulterebbe gravemente turbato dalla presenza (e dalla operatività sul mercato) di soggetti che proprio per la presenza (diretta o mediata) della mano pubblica finiscono in sostanza con l'eludere il *rischio di impresa*.

Tanto ciò è vero che il comma 3° dell'art. 13 della legge n. 248 del 2006 (nel testo modificato dal comma 720 dell'art. 1, della legge 27 dicembre 2006, n. 296), prevede che *«al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite»*, proprio per evitare il permanere di una situazione suscettibile di turbare la libera concorrenza tra le imprese.

La Santer pur avendo partecipato legittimamente alla gara, non avrebbe potuto quindi essere dichiarata aggiudicataria né da sola, né in raggruppamento con la mandataria Delta Dator S.p.A, della gara stessa che si è conclusa il 22 agosto 2006 dopo la conversione in legge (avvenuto con la legge 4 agosto 2006, n. 248) del d.l. 4 luglio 2006 n. 223.

Né in contrario può opporsi che l'attuale comma 4 del decreto legge (nel testo introdotto dal comma 720 dell'art. 1, della legge n. 296 del 2006,) possa far salva la aggiudicazione di cui si discute. Invero tale disposizione prevede che *«i contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data»*, ma nella specie, pur trattandosi di gara bandita anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto legge richiamato, a quest'ultima data non vi era un *contratto concluso*, ma solo un'aggiudicazione che conclude bensì il procedimento ma non costituisce *contratto* nel senso inteso dal legislatore.

Per quanto concerne l'impossibilità della Santer di rendersi aggiudicataria in raggruppamento con la mandataria, appare opportuno chiarire che il sistema

dell'associazione temporanea di imprese si basa sul mandato conferito alla mandante, che agisce *in nome e per conto* delle mandatarie che, pertanto attraverso tale meccanismo, vengono ad essere parti del contratto, tanto è vero che la vigente normativa prevede che *«L'offerta congiunta deve essere sottoscritta da tutte le imprese raggruppate e deve specificare le parti della fornitura che saranno eseguite dalle singole imprese e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese si conformeranno alla disciplina prevista nel presente articolo».*

Per le considerazioni sopra esposte il ricorso proposto da ADS S.p.A, appare fondato e va accolto.

La novità della questione e la complessità delle vicende normative intervenute nel corso del procedimento e che hanno determinato l'esito del giudizio, impongono di compensare tra le parti le spese, le competenze e gli onorari del presente giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Milano definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie.

Spese compensate.

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 10 gennaio 2007, con l'intervento dei Signori :

Piermaria Piacentini - Presidente estensore

Elena Quadri - Primo Referendario

Alessandro Cacciari - Referendario

