



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 400 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da Itel Telecomunicazioni s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Pietro Berzaghi e Aldo Lopez, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Chimienti, in Bari, via Calefati, 133;

contro

Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Delle Donne, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Mele in Bari, via Abate Gimma, 231;

nei confronti di

Sparkle s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Renato Coltorti, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaella Diomeda in Bari, via Melo, 114;

Acom Advanced Center Oncology Macerata s.p.a.;

per l'annullamento,

previa adozione della più idonea misura cautelare,

- della deliberazione dell'Azienda Sanitaria Locale BAT n. 98/CS del 19 gennaio 2011, avente ad oggetto "procedura telematica *ex art.* 125 del d.lgs. 163/2006 per la fornitura del radiofarmaco 18 f fdg per le esigenze del Servizio di Medicina Nucleare P.O. Barletta. Aggiudicazione", nella parte in cui aggiudica la predetta fornitura a Sparkle s.r.l. e classifica Acom s.p.a. come seconda in graduatoria;

- di ogni atto presupposto, consequenziale e connesso;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto *inter partes*;

per l'accertamento dell'obbligo dell'Amministrazione di escludere Sparkle s.r.l. e Acom s.p.a. dalla predetta procedura;

e per l'aggiudicazione e/o il subentro nel contratto di fornitura *de quo* in favore della ricorrente, con la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente;

quanto al ricorso *ex artt.* 43 e 59 cod. proc. amm. depositato in data 28 maggio 2011, per l'esecuzione dell'ordinanza cautelare n. 257 del 24 marzo 2011;

nonché per l'annullamento e/o per la dichiarazione di nullità e/o inefficacia,

previa adozione della più idonea misura cautelare,

- della deliberazione dell'Azienda Sanitaria Locale BAT n. 481/CS

del 6 aprile 2011, avente ad oggetto “Fornitura radiofarmaco 18 f fdg per le esigenze del Servizio di Medicina Nucleare P.O. Barletta. Provvedimenti”;

- della deliberazione dell’Azienda Sanitaria Locale BAT n. 552/CS del 13 aprile 2011, avente ad oggetto “Procedura telematica di cottimo fiduciario *ex art.* 125 d.lgs. n. 163/2006 per fornitura bimestrale del radio farmaco 18 f fdg per scintigrafia pet per le esigenze del Servizio di Medicina Nucleare della ASL BT. Indizione e approvazione atti di gara”;

- di tutti gli atti allegati alla suddetta deliberazione (schema di lettera invito, disciplinare di gara, capitolato speciale e i relativi allegati);

- di ogni atto presupposto, consequenziale e connesso;

e per la condanna dell’Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani e di Sparkle s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell’udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2012 per le parti i difensori avv. Emanuele Di Ciocia, su delega dell’avv. Pietro Berzaghi, avv. Alessandro Delle Donne e avv. Raffaella Diomeda, su delega dell’avv. Renato Coltorti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con deliberazione n. 33 del 22 settembre 2010, l'Azienda Sanitaria Locale BAT ha approvato gli atti di gara della procedura telematica *ex art.* 125 dlgs 12 aprile 2006, n. 163 per la fornitura del radiofarmaco 18 f-fdg per le esigenze del Servizio di Medicina Nucleare del P.O. di Barletta, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 83 dlgs n. 163/2006.

La società Itel Telecomunicazioni s.r.l., già fornitrice per l'A.S.L. BAT del prodotto in questione, ha presentato la propria domanda di partecipazione.

Nella seduta del 14 gennaio 2011, la Commissione giudicatrice ha espresso il giudizio di qualità, preliminare alla successiva fase di valutazione economica.

In data 19 gennaio 2011, sono state aperte le offerte economiche delle ditte partecipanti.

All'esito, la Commissione giudicatrice ha stilato la graduatoria finale, con i seguenti risultati:

- 1) Sparkle s.r.l. - punti 92/100;
- 2) Acom s.p.a. - punti 84,33/100;
- 3) Itel Telecomunicazioni s.r.l. - punti 58,999/100;
- 4) AAA s.r.l. - punti 51,78679/100.

Sulla base della graduatoria, con il provvedimento gravato, l'A.S.L. BAT ha deliberato l'aggiudicazione in favore di Sparkle s.r.l. della

fornitura, per il periodo complessivo di due mesi, da destinare al servizio di Medicina Nucleare - sede di Barletta.

La ricorrente Itel Telecomunicazioni s.r.l. impugna con l'atto introduttivo l'aggiudicazione in favore di Sparkle s.r.l., chiedendo altresì l'esclusione, oltre che della stessa Sparkle, della seconda classificata Acom s.p.a.

Evidenzia parte ricorrente che la prima classificata (Sparkle s.r.l.) e la seconda classificata (Acom s.p.a.) sono legate da un rapporto di collegamento sostanziale ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. risultante dalla documentazione in atti, tale per cui le rispettive offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale; che ciò avrebbe dovuto comportare l'esclusione delle stesse ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. *m-quater*) dlgs n. 163/2006; che in data 28 gennaio 2011 essa ricorrente inviava alla stazione appaltante l'informativa *ex art. 243 bis* dlgs n. 163/2006; che con nota prot. n. 10296 del 7 febbraio 2011 la A.S.L. BAT annunciava l'avvio del procedimento d'ufficio per verificare la sussistenza delle circostanze predette; che, tuttavia, l'Amministrazione non ha comunicato le proprie determinazioni finali nel termine di legge, né è intervenuta in autotutela.

La Itel invoca, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto e la condanna dell'A.S.L. BAT alla aggiudicazione della fornitura in proprio favore.

Questo T.A.R. con ordinanza n. 257 del 24 marzo 2011 ha accolto l'istanza di sospensiva proposta dalla Itel.

Con ricorso *ex artt.* 43 e 59 cod. proc. amm. la Irel agisce in giudizio per l'esecuzione dell'ordinanza cautelare n. 257/2011; impugna, inoltre, le deliberazioni n. 481 del 6 aprile 2011 e n. 552 del 13 aprile 2011 con cui l'A.S.L. BAT ha deciso di procedere ad una nuova gara, accantonando la precedente.

Rileva la deducente che, essendo terza classificata, avrebbe avuto diritto - in forza dell'ordinanza cautelare di accoglimento n. 257/2011 - alla aggiudicazione della gara ed alla stipula del contratto; che le due deliberazioni gravate con motivi aggiunti danno atto della pendenza del presente giudizio; che in particolare secondo la deliberazione n. 552/2011 in caso di accoglimento definitivo del ricorso il contratto con la società risultata aggiudicataria (Sparkle) si intenderà automaticamente risolto; che i provvedimenti adottati in via successiva dalla A.S.L. BAT costituiscono elusione della pronuncia cautelare n. 257/2011; che non vi è alcuna ragione per accantonare la procedura già espletata, dovendosi procedere, viceversa, con l'aggiudicazione in favore di essa ricorrente; che la previsione contenuta nella deliberazione n. 552/2011, secondo cui nel caso di definitivo accoglimento del giudizio di merito pendente il contratto stipulato con la Sparkle si intenderà definitivamente risolto, non trova alcun fondamento nell'ordinamento giuridico positivo, potendo al più la stazione appaltante esercitare poteri di autotutela; che l'asserita "urgenza" - di cui si dà atto nelle citate deliberazioni - di procedere ad una nuova gara avrebbe dovuto indurre al più la

stazione appaltante ad aggiudicare l'appalto in proprio favore, tanto più che la stessa A.S.L. ha continuato ad approvvigionarsi per la fornitura *de qua* dal precedente aggiudicatario (*i.e.* la stessa Itel).

Con ordinanza n. 555 del 23 giugno 2011 questo T.A.R. dichiarava l'inefficacia ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. c) cod. proc. amm. delle deliberazioni n. 481 del 6 aprile 2011 e n. 552 del 13 aprile 2011, in quanto elusive della portata dell'ordinanza cautelare n. 257/2011, non sussistendo alcuna valida ragione per accantonare la procedura già espletata, dovendo l'A.S.L. BAT ripartire dalla esclusione della prima e della seconda classificata, piuttosto che procedere alla indizione di una nuova gara.

Accoglieva, conseguentemente, il ricorso per ottemperanza e, per l'effetto, ordinava alla A.S.L. BAT di conformarsi alla ordinanza cautelare n. 257/2011 entro il termine indicato.

Per l'ipotesi di ulteriore inadempimento, nominava quale commissario *ad acta* il dr. Enrico Viola.

Con deliberazione n. 1038 del 29 giugno 2011 l'A.S.L. BAT, in esecuzione delle ordinanze di questo T.A.R. n. 257/2011 e n. 555/2011, ha provveduto ad annullare in autotutela le precedenti deliberazioni n. 481 del 6 aprile 2011 e n. 552 del 13 aprile 2011; per l'effetto ha escluso la prima e la seconda classificata in quanto legate ad unico centro decisionale ed ha aggiudicato la fornitura del radiofarmaco 18 f fdg nei confronti del concorrente terzo che segue in graduatoria (*i.e.* l'odierna ricorrente Itel Telecomunicazioni s.r.l.).

Successivamente, grazie all'intervento del *commissario ad acta* nominato dr. Enrico Viola, è stato stipulato in data 3 novembre 2011 il contratto tra la stazione appaltante e la Itel.

Con memoria depositata in data 22 dicembre 2011 la ricorrente Itel insiste nel ricorso, sostenendo che la stazione appaltante non ha ancora provveduto alle comunicazioni all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, affinché la stessa Autorità possa procedere alla doverosa iscrizione nel casellario informatico delle due società controinteressate, avendo le stesse presentato dichiarazioni false.

Si costituivano l'A.S.L. BAT e la controinteressata Sparkle s.r.l., resistendo al gravame.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso introduttivo, integrato da motivi aggiunti (così qualificato - ai sensi dell'art. 32, comma 2 cod. proc. amm. - il ricorso *ex* artt. 43 e 59 cod. proc. amm.), sia fondato nei sensi di seguito esposti.

Non è possibile dichiarare la cessazione della materia del contendere a seguito dell'adozione della deliberazione n. 1038 del 29 giugno 2011 e della stipulazione in data 3 novembre 2011 del contratto tra la stazione appaltante e la Itel. Detti atti non sono, infatti, frutto di spontanea determinazione della Amministrazione resistente, avendo quest'ultima agito unicamente in esecuzione delle ordinanze cautelari di questo Tribunale.

Dalle visure camerali e dagli altri documenti prodotti emerge una chiara situazione di collegamento sostanziale intercorrente tra prima

e seconda classificata, situazione ostativa alla aggiudicazione in favore della Sparkle e che avrebbe dovuto comportare *ab origine* l'esclusione sia di Sparkle che di Acom.

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-*quater*) dlgs n. 163/2006 (introdotto dall'art. 3 decreto legge 25 settembre 2009 n. 135 convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166) sono esclusi dalla partecipazione alle gare pubbliche coloro "... che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale ...".

Ex art. 38, comma 2, secondo inciso dlgs n. 163/2006 (formulazione antecedente all'entrata in vigore del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 2011, n. 106, applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie) "Ai fini del comma 1, lett. m-*quater*), i concorrenti allegano, alternativamente: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione è corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha

influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.”.

Rileva anche - a meri fini di ricostruzione sistematica della disciplina giuridica in esame - la nuova formulazione dell'art. 38, comma 2 dlgs n. 163/2006 (come novellato sul punto dal decreto legge n. 70/2011 convertito, con modificazioni, nella legge n. 106/2011): “Ai fini del comma 1, lett. *m-quater*), il concorrente allega, alternativamente: a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente; b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente. Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di

univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.”.

È pur vero che da un punto di vista testuale la presentazione della dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 2, secondo inciso dlgs n. 163/2006 (nella versione antecedente all'entrata in vigore del decreto legge n. 70/2011, applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie) riguarda specificamente le situazioni di “controllo” di cui all'art. 2359 cod. civ. (evidentemente il comma 1 dell'art. 2359 cod. civ.), non già “qualsiasi relazione anche di fatto” di cui alla lett. m-*quater*) e, comunque, non è espressamente prevista dalla citata disposizione a pena di esclusione.

Si deve, tuttavia, ritenere che il requisito di cui alla lett. m-*quater*) implica la rilevanza, ai fini dell'eventuale esclusione dalla gara, di una “qualsiasi relazione anche di fatto” diversa dal “controllo” di cui all'art. 2359, comma 1 cod. civ. (e quindi anche il collegamento societario di cui all'art. 2359, comma 3 cod. civ.) laddove la stessa comporti l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale e quindi la formulazione non autonoma delle stesse offerte.

In tal senso si è orientato Cons. Stato, Sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6469: “Il divieto posto in capo alle imprese concorrenti di una gara di appalto di trovarsi in situazioni di controllo *ex art.* 2359, commi primo e secondo, c.c. con altra concorrente, ovvero di collegamento formale e sostanziale *ex art.* 2359, comma terzo, c.c. con altra partecipante alla gara, in modo tale da essere l'una di fatto influente

sull'altra, così da condizionarne le scelte nella formulazione dell'offerta di partecipazione, è posto a tutela della *par condicio* tra i partecipanti e della serietà del confronto. In tal senso pare imprescindibile rilevare che se da un lato il collegamento tra imprese è di per sé indubbiamente legittimo, dall'altro è incontestabile che l'Amministrazione, a tutela della regolarità ed effettività della competizione, è tenuta ad evitare situazioni distorsive del confronto mediante l'esclusione dalla gara di offerte che, in quanto provenienti da imprese tra di loro collegate, risultino presumibilmente frutto di accordi tesi ad influenzarne il risultato. In ogni caso l'Amministrazione interessata, prima di procedere all'esclusione delle imprese, è tenuta a verificare, con indagini a tal uopo dirette, l'effettiva e reale sussistenza della ipotizzata situazione di collegamento, non potendo far luogo ad esclusione in presenza di una situazione obiettivamente incerta. Avuto riguardo al caso concreto, l'ambiguità della situazione determinatasi, nella quale elementi e coincidenze non erano certamente tali da configurare con certezza quella stessa situazione di collegamento ipotizzata dal bando di gara, l'Amministrazione avrebbe dovuto indiscutibilmente approfondire l'effettiva esistenza di un reciproco condizionamento tra le imprese di fatto escluse, tale che in difetto ne deriva la illegittimità dell'esclusione in quanto comminata sulla base di un riscontro non sufficientemente probante.”.

Ne consegue che l'omessa dichiarazione circa la sussistenza di una

situazione di collegamento societario *ex art. 2359*, comma 3 cod. civ. produce effetti espulsivi dalla partecipazione alla gara.

Una interpretazione sistematica del combinato disposto di cui agli artt. 38, comma 1, lett. *m-quater*) dlgs n. 163/2006 e 38, comma 2, secondo inciso dlgs n. 163/2006 (nella versione antecedente al decreto legge n. 70/2011; analoga argomentazione opera anche con riferimento alla nuova formulazione) induce a ritenere che dalla mancata dichiarazione della sussistenza di una situazione di collegamento societario nei termini in precedenza esposti derivi l'esclusione dalla gara.

Viene in rilievo, nel caso di specie, la carenza di un elemento essenziale dell'offerta (causa di esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1 *bis* dlgs n. 163/2006) e comunque la violazione di una disposizione inderogabile di primaria rilevanza (*i.e.* art. 38 dlgs n. 163/2006 il cui esordio, non a caso, è posto in questi termini: "Sono esclusi ..."), che organicamente interpretata non può non determinare l'esclusione dalla gara in caso di mancato adempimento di una prescrizione essenziale imposta dallo stesso codice dei contratti pubblici (*i.e.* presentazione della dichiarazione *ex* menzionato comma 2, secondo inciso, estensivamente inteso).

Pertanto, l'interpretazione sistematica offerta da questo Collegio non determina alcuna compromissione del principio di tassatività delle cause di esclusione (ora cristallizzato dal novellato art. 46, comma 1 *bis* dlgs n. 163/2006).

In altri termini, se a norma della lett. *m-quater*) una qualsiasi relazione, anche di fatto, diversa dalla situazione di controllo di cui all'art. 2359, comma 1 cod. civ. è causa di esclusione laddove comporti l'imputabilità e la riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale, è evidente che la dichiarazione di cui al comma 2 dell'art. 38 dlgs n. 163/2006 non può non essere intesa, nonostante il tenore letterale della disposizione da ultimo citata, come volta ad evidenziare obbligatoriamente (e quindi a pena di esclusione nel caso di dichiarazione omessa o non veritiera) anche la sussistenza di eventuali relazioni fattuali diverse dal controllo societario in senso tecnico.

Risulta dagli atti di causa che la controinteressata Sparkle, pur versando in una situazione di collegamento sostanziale *ex art.* 2359, comma 3 cod. civ. (anche se non di "controllo" rilevante ai sensi dell'art. 2359, comma 1 cod. civ.) con la Acom (*i.e.* in una "qualsiasi relazione anche di fatto" cui si riferisce la lett. *m-quater*) ha presentato la dichiarazione generica (di non trovarsi nelle condizioni di cui all'art. 38 dlgs n. 163/2006) e quindi non ha consentito alla stazione appaltante di appurare se le due offerte formulate rispettivamente da Sparkle e da Acom siano o meno riconducibili in concreto ad un unico centro decisionale.

In sostanza, la dichiarazione generica presentata dalla Sparkle opera quale dichiarazione *ex art.* 38, comma 2, secondo inciso, lett. a) dlgs n. 163/2006 (versione precedente alla riformulazione di cui al

decreto legge n. 70/2011, applicabile - come detto - *ratione temporis*) e cioè quale dichiarazione di non versare in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 cod. civ. ovvero altra relazione anche di fatto (tali da importare la riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale) con nessun partecipante alla medesima procedura.

All'opposto, la controinteressata avrebbe dovuto, in base alle argomentazioni espresse in precedenza, presentare la dichiarazione di cui alla lett. b) corredata dai documenti utili, onde consentire alla stazione appaltante gli opportuni accertamenti.

La mancata dichiarazione, da parte della controinteressata Sparkle, della sussistenza di una evidente situazione di collegamento societario (rilevante ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 38, comma 1, lett. *m-quater* dlgs n. 163/2006, 38, comma 2 dlgs n. 163/2006 e 2359, comma 3 cod. civ.) avrebbe dovuto comportare, per ciò solo, l'esclusione dalla gara sia della prima che della seconda classificata.

Va, inoltre, evidenziato che, diversamente da quanto sostenuto dalla Sparkle, con riferimento alla gara in questione (*i.e.* appalto di fornitura di valore inferiore alla soglia comunitaria) trovano applicazione i requisiti di cui all'art. 38 dlgs n. 163/2006.

Invero, ai sensi del comma 1 dell'art. 121 dlgs n. 163/2006 (recante "Disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria") "Ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di

importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo.”.

Tra le disposizioni della parte II del codice dei contratti pubblici rientra anche la previsione normativa di cui all’art. 38 dlgs n. 163/2006 relativa ai “Requisiti di ordine generale”.

Deve, altresì, essere rilevato che ai sensi del previgente art. 34, comma 2 dlgs n. 163/2006 la situazione di controllo *ex art. 2359 cod. civ.* comportava un obbligo assoluto per la stazione appaltante di automatica esclusione dalla gara, essendovi in tal caso una presunzione assoluta di reciproca influenza.

La Corte di Giustizia europea con sentenza del 19 maggio 2009 nella causa C-538/2007 ha ravvisato in detta presunzione assoluta la violazione dei principi comunitari.

Il legislatore nazionale nel 2009 (cfr. art. 3 decreto legge 25 settembre 2009 n. 135 convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166) in ottemperanza alla sentenza del giudice comunitario ha soppresso l’art. 34, comma 2 dlgs n. 163/2006 e ha introdotto la lett. *m-quater* nel corpo dell’art. 38, comma 1 dlgs n. 163/2006, prevedendo che in qualsiasi ipotesi di controllo *ex art. 2359 cod. civ.* ovvero di collegamento (testualmente: “qualsiasi relazione anche di fatto”) la stazione appaltante esclude i partecipanti solo se dette situazioni comportino, sulla base di elementi univoci, la

riconducibilità delle offerte formulate ad un unico centro decisionale, così eliminando la presunzione assoluta (in precedenza prevista dall'art. 34, comma 2 dlgs n. 163/2006 esclusivamente per le ipotesi di controllo *ex art. 2359 cod. civ.*).

La disposizione in esame è volta a garantire “la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte e, di conseguenza, l'effettività della libera concorrenza, la *par condicio* tra i partecipanti alla gara e la correttezza e trasparenza della competizione” (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6469).

Sussistono, nel caso di specie, una serie di “univoci elementi” certamente idonei a dimostrare che le offerte Sparkle s.r.l. e da Acom s.p.a. sono imputabili ad un “unico centro decisionale” ai sensi della lett. *m-quater*) e, conseguentemente, a determinare l'esclusione di Sparkle s.r.l. e di Acom s.p.a. dalla gara in questione.

Infatti, Acom s.p.a. è proprietaria di una quota di €. 792.000,00 pari al 24% del capitale di Sparkle s.r.l., cosicché tra le due società sussiste una situazione di collegamento *ex art. 2359, comma 3 cod. civ.* (“sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati”), e, quindi, Sparkle s.r.l. è soggetta ad un'influenza notevole da parte di Acom s.p.a. (cfr. doc. 5 della produzione documentale di Itel).

In proposito, si sottolinea ancora una volta che il rapporto di collegamento presunto tra imprese *ex art. 2359*, comma 3 cod. civ. rileva anche ai fini dell'applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. *m-quater*) dlgs n. 163/2006; che “una volta riconosciuto come causa di distorsione della concorrenza e della parità di trattamento il collegamento sostanziale tra imprese, non può che attribuirsi rilevanza anche al collegamento presunto tra imprese *ex art. 2359*, terzo comma, trattandosi dell'esigenza di tutelare i medesimi interessi pubblici” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4285, che ha ritenuto legittima l'esclusione di due società partecipanti alla gara a causa del possesso da parte dell'una società di una quota pari al 28,47% del capitale dell'altra società).

Acom s.p.a. ha assunto, inoltre, una fideiussione di €. 648.000,00 a beneficio di Sparkle s.r.l. nei confronti di Banca Popolare di Ancona, a garanzia dei finanziamenti concessi da quest'ultima in favore di Sparkle s.r.l. (cfr. doc. 6, pag. 19 e doc. 7, pag. 4 della produzione documentale di Itel).

La società Sparkle s.r.l. è amministrata da un Consiglio di Amministrazione il cui Presidente e legale rappresentante è il dr. Gianluca Valentini, il quale, quindi, ha sottoscritto l'offerta di Sparkle s.r.l. (cfr. doc. 7 della produzione documentale di A.S.L. BAT).

La società Acom s.p.a. è amministrata da un Consiglio di Amministrazione investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società e composto da cinque membri,

tra i quali figura anche il dr. Gianluca Valentini quale vice presidente e consigliere (cfr. docc. 6 e 8 della produzione documentale di Itel).

A tal riguardo giova, altresì, evidenziare che, ai sensi dell'art. 22 dello statuto di Acom s.p.a., “la firma sociale e la rappresentanza legale della società è attribuita al Presidente del Consiglio di Amministrazione”, ma “il Consiglio potrà anche delegare l'uso della firma sociale, con quelle limitazioni che crederà opportune, ad uno o più amministratori, ovvero ad uno o più direttori o procuratori, tanto congiuntamente che separatamente” (cfr. doc. 31 della produzione documentale di Itel).

In data 28 ottobre 2009 (ben prima dell'indizione della gara *de qua*), il Consiglio di Amministrazione di Acom s.p.a. ha distribuito specifiche deleghe e, in particolare, ha conferito “la delega ad aderire, formulare offerte e sottoscrivere bandi e gare” al Direttore Scientifico (nella persona dello stesso dr. Gianluca Valentini) (cfr. doc. 33 della produzione documentale di Itel).

Con la deliberazione del 5 gennaio 2011, il Consiglio di Amministrazione di Acom s.p.a. ha confermato al Direttore Scientifico dr. Gianluca Valentini la “delega ad aderire, formulare offerte e sottoscrivere bandi e gare” (cfr. doc. 7 della produzione documentale di Itel).

Pertanto, la presenza del dr. Gianluca Valentini in entrambi gli organi amministrativi di Sparkle s.r.l. e di Acom s.p.a., il conferimento al medesimo dr. Gianluca Valentini di compiti specifici in materia di

formulazione delle offerte da parte di Acom s.p.a. (cfr. docc. 7 e 33 della produzione documentale di Itel) e l'attribuzione della legale rappresentanza di Sparkle s.r.l. allo stesso dr. Gianluca Valentini dimostrano con certezza la provenienza delle due offerte da "un unico centro decisionale" e la conseguente violazione dei principi di segretezza, serietà e indipendenza delle offerte, tutelati dall'art. 38, comma 1, lett. m-*quater*) dlgs n. 163/2006.

Inoltre, tutti i componenti del Consiglio di Amministrazione di Sparkle s.r.l. (ossia il dr. Gianluca Valentini e la dr.ssa Paola Panichelli) sono dipendenti di Acom s.p.a. (cfr. doc. 6, pag. 2 della produzione documentale di Itel) e, quindi, sono vincolati all'obbligo di fedeltà nei confronti del proprio datore di lavoro, previsto dall'art. 2105 cod. civ. e sanzionato dall'art. 2106 cod. civ.

In particolare, l'art. 2105 cod. civ. vieta al lavoratore subordinato di "trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore" e l'art. 2106 cod. civ. prevede che "l'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione".

Ora, pur avendo Sparkle s.r.l. presentato un'offerta in (asserita) concorrenza con Acom s.p.a. e pur risultando la prima società aggiudicataria della fornitura *de qua*, non risulta che Acom s.p.a. abbia mai contestato alcun inadempimento nei confronti dei suoi due dipendenti che sono anche i rappresentanti e gli amministratori di

Sparkle s.r.l.; né risulta essere stata irrogata alcuna sanzione nei loro confronti.

Pertanto, appare evidente che, in realtà, le offerte di Acom s.p.a. e di Sparkle s.r.l. non sono state formulate autonomamente.

Il Presidente di Sparkle s.r.l., dr. Gianluca Valentini, è altresì proprietario di una quota di €. 1.650.000,00, pari al 50% del capitale della medesima società Sparkle (cfr. doc. 5 della produzione documentale di Itel).

Il Presidente e legale rappresentante e proprietario del 50% (ora il 41%, comunque quota di maggioranza relativa) di Sparkle s.r.l., dr. Gianluca Valentini, era ed è - come visto in precedenza - componente del Consiglio di Amministrazione di Acom s.p.a. (cfr. doc. 8 della produzione documentale di Itel) e, in tale veste, si deve ritenere sia stato a conoscenza ed abbia concorso alla predisposizione delle offerte di entrambe le società, ai fini della procedura ad evidenza pubblica in oggetto.

Come già sottolineato, il Presidente di Sparkle s.r.l., dr. Gianluca Valentini, era ed è, altresì, dipendente (cfr. doc. 6 della produzione documentale di Itel) e direttore scientifico (cfr. docc. 7 e 33 della produzione documentale di Itel) di Acom s.p.a. e, in tale veste, si deve ritenere sia stato a conoscenza ed abbia concorso alla predisposizione delle offerte di entrambe le società, ai fini della procedura ad evidenza pubblica in esame.

Il Presidente di Sparkle s.r.l., dr. Gianluca Valentini, è altresì

proprietario della quota di maggioranza assoluta (53%) della società Amg Uno s.r.l. (cfr. doc. 9 della produzione documentale di Itel), che a sua volta detiene il 49,90% di Acom s.p.a. quale unico socio privato operativo della società mista a prevalente capitale pubblico Acom s.p.a. (appartenente per il restante 50,10% alla Provincia di Macerata, al Comune di Montecosaro, al Comune di Tolentino e all'Università degli Studi di Camerino) e, quindi, soggetto competente a formulare l'offerta tecnico-economica anche di Acom s.p.a. (cfr. doc. 8 della produzione documentale di Itel).

Inoltre, le offerte presentate da Sparkle s.r.l. e da Acom s.p.a. sono strutturalmente simili, sia nella parte tecnica (cfr. verbale n. 2 della Commissione Tecnica del 14.1.2011) che nella parte economica.

Le offerte presentate da Sparkle s.r.l. e Acom s.p.a. presentano il medesimo sito di *back-up* presso la società Acom Milan s.r.l., partecipata al 100% da Acom s.p.a., avente quale Presidente del Consiglio di Amministrazione ancora una volta il dr. Gianluca Valentini e sede in Milano (cfr. doc. 10 della produzione documentale di Itel).

Le offerte presentate da Sparkle s.r.l. (€ 28.000,00) e Acom s.p.a. (€ 30.000,00) presentano un minimo scostamento economico, ben distante dalle altre due offerte presentate da soggetti indipendenti (€ 53.700,00 da parte di Itel Telecomunicazioni s.r.l. ed € 53.280,00 da parte di AAA s.r.l.) (cfr. doc. 1 della produzione documentale di Itel). Sul sito internet di Acom s.p.a. (www.acompet.it), viene presentato il

“Gruppo Acom”, che opera in maniera sinergica e coordinata e di cui fanno parte Acom s.p.a., Acom Servizi s.r.l., Acom Milan s.r.l. e Sparkle s.r.l. (cfr. doc. 11 della produzione documentale di Itel).

In una procedura di gara contemporanea per l’A.S.L. di Brindisi, Acom s.p.a. ha presentato in sede di offerta per la fornitura del medesimo prodotto oggetto della gara *de qua* (18 f-fdg) una documentata dichiarazione dalla quale risulta che Sparkle s.r.l. è di proprietà di Acom s.p.a. e Acom s.p.a. possiede il sito produttivo di Sparkle s.r.l. (cfr. doc. 12 della produzione documentale di Itel).

Nella visura camerale (cfr. doc. 5 della produzione documentale di Itel), Sparkle s.r.l. dichiara di disporre di un’unità locale (laboratorio) presso la sede legale di Acom s.p.a., in Montecosaro (MC).

Gli evidenziati intrecci di azioni e quote sociali e gli incarichi amministrativi e/o tecnici ricoperti dalle stesse persone nelle due organizzazioni societarie, le coincidenti sedi produttive e le dichiarazioni delle due società costituiscono precisi e concordanti indici rivelatori della riferibilità - ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. *m-quater*) dlgs n. 163/2006 - delle offerte di Sparkle ed Acom ad un unico centro decisionale, con il conseguente obbligo dell’Amministrazione resistente di escludere entrambe le offerte in forza della normativa appena richiamata e di aggiudicare la fornitura *de qua* a Itel Telecomunicazioni s.r.l.

Come riconosciuto dalla stessa Sparkle s.r.l. nella comunicazione del 9 febbraio 2011 (cfr. doc. 5 di Sparkle s.r.l.) e nella memoria

illustrativa depositata in data 19 marzo 2011 (pag. 9), le due società Sparkle e Acom configurano una vera e propria “*holding* individuale” (“gruppo di società caratterizzato dalla presenza di un socio dominante di tutte le società del gruppo”) e, di conseguenza, danno vita ad una situazione qualificabile in termini non già di mero collegamento, bensì di vero e proprio controllo *ex art.* 2359, comma 1, n. 2, cod. civ. (“sono considerate società controllate: ... 2) le società in cui un’altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria”).

Sul punto, si rammenta in primo luogo che, ai fini del possesso dei requisiti generali per la partecipazione alle gare pubbliche (art. 38, comma 1, lett. *m-quater*) dlgs n. 163/2006), la situazione di controllo *ex art.* 2359 cod. civ. può fare capo sia ad una società sia ad una persona fisica (cfr. determinazione n. 1 del 29.3.2007 dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: “il Codice dei contratti pubblici ha inteso, pertanto, estendere a tutti gli eventuali soggetti affidatari di appalti pubblici, a prescindere dalla forma che in concreto essi rivestano (soggetti individuali o collettivi), la disciplina, espressamente dettata per le società, di cui all’art. 2359 c.c.”).

Peraltro, la stessa Autorità nella menzionata determinazione ha precisato che «... l’art. 2359 c.c., terzo comma, non esaurisce tutte le possibili fattispecie di collegamento fra concorrenti, rilevanti ai fini dell’esclusione dalle gare pubbliche; esistono, infatti, altre situazioni

che possono dar origine ad ipotesi di collegamento sostanziale, il cui principale fattore sintomatico è la riconducibilità di due o più offerte ad un medesimo centro decisionale o di interessi. ...», con una valutazione - condivisa da questo Collegio - che è sicuramente applicabile al caso di specie.

In secondo luogo, la giurisprudenza ha riconosciuto altresì che “il divieto di partecipazione alla gara di imprese tra loro collegate trova applicazione non soltanto nel caso in cui partecipino alle gare imprese controllanti e controllate, ma anche quando la situazione di controllo delle imprese partecipanti alle gare sia oggettivamente rilevante rispetto ad un terzo non partecipante, ma in grado tuttavia, come detentore di pacchetti di maggioranza delle diverse partecipanti, di esercitare l’influenza dominante descritta dall’art. 2359 c.c.” (così, Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2009 n. 1459; Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008 n. 4285; Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2950).

In particolare, Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2950 ha rimarcato che “La *ratio* posta a base del divieto di partecipazione alle gare di imprese strette tra loro da un collegamento impone l’applicazione di detto principio non solo nel caso in cui alla gara vi sia la partecipazione di società controllanti e controllate ma anche laddove la situazione di controllo delle società partecipanti alla gara sia “rilevante” rispetto ad un terzo non partecipante ma in grado tuttavia, come detentore di pacchetti di maggioranza delle diverse

partecipanti, di esercitare l'influenza dominante descritta dall'art. 2359 c.c. Tal tipo di profilo di collegamento si deve considerare apprezzabile anche nel caso in cui venga in rilievo la partecipazione alla medesima procedura di tre società controllate dalla medesima *holding*, in un contesto complessivo contraddistinto da una significativa commistione tra organi amministrativi e tecnici.”.

Di conseguenza, la riconducibilità di Acom s.p.a. e di Sparkle s.r.l. ad una *holding* individuale (nella persona del dr. Gianluca Valentini) dimostra la sussistenza di un unico centro decisionale.

Se è vero che comunanze a livello strutturale, pur presenti nel caso di specie, sono di per sé insufficienti a dimostrare l'unitarietà del centro decisionale, tuttavia sussiste nella fattispecie oggetto del presente giudizio - sulla base degli elementi in precedenza analizzati - una comunanza di interessi nel comportamento tenuto in concreto nel corso della gara per cui è causa (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 febbraio 2010, n. 1120 e Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 247).

Si deve, quindi, ritenere che in concreto le due società (Sparkle e Acom) non hanno agito in modo autonomo nella formulazione delle rispettive offerte.

Nel caso di specie, la società Sparkle e la società Acom risultano, pertanto, legate da un evidente rapporto di collegamento sostanziale ai sensi della lett. *m-quater*) che determina la loro esclusione dalla gara.

In ogni caso, l'Amministrazione interessata era tenuta a verificare,

con indagini a tal uopo dirette, l'effettiva e reale sussistenza della ipotizzata situazione di collegamento, a fronte della l'informativa *ex art. 243 bis* dlgs n. 163/2006 che la ricorrente Itel inviava alla stazione appaltante.

Nonostante la nota prot. n. 10296/2011 con cui la A.S.L. BAT comunicava l'avvio del procedimento d'ufficio per verificare la sussistenza delle circostanze dedotte dalla Itel, risulta che la A.S.L. BAT non ha comunicato le proprie determinazioni finali nel termine di legge.

Ciò evidenzia un comportamento scorretto dell'Amministrazione evocata in giudizio.

Dalle considerazioni espresse discende l'accoglimento del ricorso introduttivo come in epigrafe proposto e, per l'effetto, l'annullamento della deliberazione dell'Azienda Sanitaria Locale BAT n. 98/CS del 19 gennaio 2011.

Quanto al ricorso *ex artt. 43 e 59* cod. proc. amm., lo stesso può essere qualificato, in virtù della previsione normativa di cui all'art. 32, comma 2 cod. proc. amm., come ricorso per motivi aggiunti (avverso le contestate deliberazioni n. 481 del 6 aprile 2011 e n. 552 del 13 aprile 2011 con cui l'A.S.L. BAT ha deciso di procedere ad una nuova gara, accantonando la precedente), in quanto ne ha tutti i requisiti, ed i motivi di censura in tal modo proposti devono essere accolti.

Come correttamente evidenziato dalla Itel odierna deducente, in

virtù dell'ordinanza cautelare di accoglimento n. 257/2011 ad essa (terza classificata) spetta l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto.

Pertanto, i provvedimenti adottati in via successiva dalla A.S.L. BAT n. 481/2011 e n. 552/2011 costituiscono elusione della pronuncia cautelare n. 257/2011, non essendovi alcuna ragione per accantonare la procedura già espletata e dovendosi procedere viceversa con l'aggiudicazione in favore della ricorrente.

In particolare, la previsione contenuta nella deliberazione n. 552/2011, secondo cui nel caso di definitivo accoglimento del giudizio di merito pendente il contratto stipulato con la Sparkle si intenderà definitivamente risolto, non trova alcun fondamento nell'ordinamento giuridico positivo, potendo al più la stazione appaltante esercitare poteri di autotutela (cosa che tuttavia non è avvenuta).

L'asserita "urgenza" - di cui si dà atto nelle deliberazioni censurate con motivi aggiunti - di procedere ad una nuova gara avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante ad aggiudicare l'appalto in favore della Itel, tanto più che l'A.S.L. BAT ha continuato ad approvvigionarsi per la fornitura *de qua* dal precedente aggiudicatario (*i.e.* la stessa Itel).

In conclusione, dalle considerazioni espresse in precedenza discende l'accoglimento ricorso introduttivo come in epigrafe proposto, integrato da motivi aggiunti (così qualificato - ai sensi dell'art. 32, comma 2 cod. proc. amm. - il ricorso *ex* artt. 43 e 59 cod. proc.

amm.), e, per l'effetto, l'annullamento della deliberazione dell'Azienda Sanitaria Locale BAT n. 98/CS del 19 gennaio 2011, della deliberazione dell'Azienda Sanitaria Locale BAT n. 481/CS del 6 aprile 2011 e della deliberazione dell'Azienda Sanitaria Locale BAT n. 552/CS del 13 aprile 2011.

Ogni altra censura formulata da parte ricorrente resta assorbita.

Conseguentemente, deve essere dichiarata la salvezza degli atti (*i.e.* deliberazione dell'A.S.L. BAT n. 1038/2011 e contratto stipulato con la ricorrente Itel in data 3.11.2011) adottati in esecuzione dell'ordinanza n. 555/2011.

La domanda risarcitoria per equivalente formulata dalla Itel deve essere respinta poiché la stessa ricorrente pone detta azione nell'atto introduttivo in alternativa rispetto alla domanda risarcitoria in forma specifica. Avendo la società deducente ottenuto piena soddisfazione delle proprie pretese per quanto concerne la tutela in forma specifica, va, pertanto, disattesa la domanda risarcitoria per equivalente.

Deve, infine, essere dichiarata inammissibile la censura di cui alla memoria della Itel depositata in data 22.12.2011 relativa all'omessa comunicazione alla Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

La Itel, infatti, è priva di un interesse concreto e attuale rispetto a detta contestazione, che, peraltro, è formulata per la prima volta in una semplice memoria non notificata alle controparti (e quindi non valutabile alla stregua di ricorso per motivi aggiunti).

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

Il commissario *ad acta* è liquidato come da dispositivo. Il relativo compenso è posto a carico di A.S.L. BAT, Sparkle s.r.l. e Acom s.p.a. in solido tra loro.

Questo Collegio dispone, ai sensi dell'art. 331, comma 4 cod. proc. pen., la trasmissione, a cura della Segreteria, di copia del fascicolo d'ufficio e della presente sentenza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trani, emergendo dal procedimento giurisdizionale *de quo* un fatto che può configurare gli estremi del reato di turbata libertà degli incanti (*ex art. 353 cod. pen.*) perseguibile d'ufficio.

Dispone, altresì, la trasmissione, a cura della Segreteria, di copia del fascicolo d'ufficio e della presente sentenza alla Procura Regionale della Corte dei Conti in Bari.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo come in epigrafe proposto, integrato da motivi aggiunti (così qualificato - ai sensi dell'art. 32, comma 2 cod. proc. amm. - il ricorso *ex artt. 43 e 59 cod. proc. amm.*), lo accoglie e, per l'effetto, disattesa ogni altra domanda, annulla le deliberazioni dell'Azienda Sanitaria Locale BAT n. 98/CS del 19 gennaio 2011, n. 481/CS del 6 aprile 2011 e n. 552/CS del 13 aprile 2011.

Condanna l'A.S.L. BAT al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente Itel Telecomunicazioni s.r.l., liquidate in complessivi €. 4.000,00, oltre accessori come per legge.

Condanna Sparkle s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente Itel Telecomunicazioni s.r.l., liquidate in complessivi €. 4.000,00, oltre accessori come per legge.

Condanna Acom s.p.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente Itel Telecomunicazioni s.r.l., liquidate in complessivi €. 4.000,00, oltre accessori come per legge.

Liquida in favore del commissario *ad acta* nominato la somma complessiva di €. 2.000,00, oltre accessori come per legge, da porre a carico di A.S.L. BAT, Sparkle s.r.l. e Acom s.p.a. in solido tra loro.

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

Dispone, ai sensi dell'art. 331, comma 4 cod. proc. pen., la trasmissione, a cura della Segreteria, di copia del fascicolo d'ufficio e della presente sentenza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trani per gli adempimenti di competenza.

Dispone, altresì, la trasmissione, a cura della Segreteria, di copia del fascicolo d'ufficio e della presente sentenza alla Procura Regionale della Corte dei Conti in Bari per gli adempimenti di competenza.

Manda alla Segreteria per gli adempimenti e le comunicazioni di rito.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Referendario

Francesco Cocomile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/03/2012

IL SEGRETARIO

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