



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 Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 259 del 2006, proposto da:
SANGALLI SPA, in proprio e per ATI con COGES SRL,
rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Pizzigoni ed Enrico
Codignola, con domicilio eletto presso il secondo in Brescia, via
Romanino 16;

contro

COMUNITÀ MONTANA VALLE SERIANA SUPERIORE,
rappresentata e difesa dall'avv. Federica Verdi, con domicilio eletto
presso la segreteria del TAR in Brescia, via Zima 3;

nei confronti di

SACAİM – SOCIETÀ PER AZIONI CEMENTI ARMATI ING.
MANTELLI, rappresentata e difesa dagli avv. Mario Viviani e Maria
Ughetta Bini, con domicilio eletto presso la seconda in Brescia, via

Ferramola 14;

per l'annullamento

- del verbale del 7 dicembre 2005, con il quale è stato aggiudicato provvisoriamente alla controinteressata l'appalto dei lavori di collettamento delle acque reflue dell'Alta Valle Seriana;
 - della determinazione del responsabile del Servizio Lavori Pubblici n. 363 del 9 dicembre 2005, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata;
- con domanda di risarcimento in forma specifica o per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Comunità Montana Valle Seriana Superiore e di SACAIM spa;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2011 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La Comunità Montana Valle Seriana Superiore con determinazione n. 291 del 17 ottobre 2005 ha indetto una gara per l'aggiudicazione dei lavori di collettamento delle acque reflue dell'Alta Valle Seriana. Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio

del prezzo più basso. Il bando precisa che l'importo a base d'asta è pari a € 4.289.000 (IVA esclusa).

2. Alla gara hanno partecipato 101 concorrenti, 94 sono stati ammessi alla procedura, di questi 13 sono poi stati esclusi, la soglia di anomalia è stata calcolata su 81 imprese, e alla fine l'aggiudicazione è stata disposta a favore della controinteressata Sacaim spa, che ha offerto un ribasso del 20,704%. La Comunità Montana ha disposto l'aggiudicazione definitiva con determinazione del responsabile del Settore Lavori Pubblici n. 363 del 9 dicembre 2005. Il contratto è stato stipulato il 20 dicembre 2005.

3. Contro l'esito della gara la ricorrente Sangalli spa ha proposto impugnazione con atto notificato il 20 febbraio 2006 e depositato il 22 febbraio 2006. Tutte le censure ruotano attorno all'asserita violazione dell'art. 10 comma 1-bis della legge 11 febbraio 1994 n. 109, in base al quale non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino tra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile. Nello specifico sono state ammesse alla gara due società (Ambiente srl e Alicante Costruzioni srl) riconducibili a un unico nucleo familiare. Se queste società fossero state escluse (come, secondo la ricorrente, sarebbe stato necessario in base non solo all'art. 10 comma 1-bis della legge 109/1994 ma soprattutto in applicazione dei principi di correttezza e trasparenza) la soglia di anomalia sarebbe stata diversa e l'aggiudicazione sarebbe toccata alla ricorrente, che aveva offerto un

ribasso pari al 20,840%. Oltre all'annullamento degli atti impugnati la ricorrente ha chiesto pertanto anche l'aggiudicazione dell'appalto, previa dichiarazione di inefficacia del contratto, e in subordine il risarcimento per equivalente.

4. La Comunità Montana e la controinteressata si sono costituite in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

5. Preliminarmente si osserva che il ricorso appare tempestivo. Il punto di riferimento nel caso in esame non è soltanto la conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva ma la scoperta degli indizi che potevano far supporre un collegamento tra le due offerte (unico motivo di ricorso). È verosimile che la ricorrente abbia indirizzato le proprie ricerche sulle due società in questione quando ha saputo dell'esito di una gara indetta dal Comune di Milano e svoltasi nello stesso periodo (v. doc. 7 della ricorrente), gara nel corso della quale era appunto stata disposta l'esclusione delle medesime società a causa della riconducibilità delle offerte a un unico centro decisionale, in violazione del bando e dell'allegato patto di integrità. Proprio per la particolarità della fattispecie si deve riconoscere alla ricorrente un tempo supplementare, entro limiti ragionevoli, per la proposizione del ricorso, tenendo conto sia della necessità di svolgere ricerche (in quanto la causa di esclusione esigeva approfondimenti ulteriori rispetto alla sola lettura degli atti di gara) sia del tempo impiegato per formulare una richiesta di intervento in autotutela, domanda che in effetti è stata presentata alla stazione

appaltante il 12 gennaio 2006 e il 1 febbraio 2006 ma non ha avuto alcuna risposta.

6. Ancora in via preliminare occorre prendere atto che la controinteressata (v. memoria depositata il 18 ottobre 2011) è stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 27 del Dlgs. 8 luglio 1999 n. 270 con decreto del Tribunale di Venezia del 29 settembre 2011. Peraltro la nuova condizione della controinteressata risulta influente ai fini processuali, e non determina l'interruzione del presente giudizio, in quanto vi è continuità nella soggettività giuridica (v. CS Sez. V 12 ottobre 2009 n. 6242). La procedura di amministrazione straordinaria è infatti attivata quando vi siano concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali.

7. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(a) le due società indicate dalla ricorrente si possono effettivamente ritenere collegate tra di loro e dunque è ipotizzabile anche un collegamento sostanziale tra le rispettive offerte;

(b) un primo sintomo di collegamento è costituito dalla composizione societaria e dall'intreccio di rapporti di parentela (elementi esaustivamente accertati dal Comune di Milano nell'ambito della gara contestuale a quella oggetto del presente giudizio – v. doc. 7 della ricorrente). I soci di Ambiente srl sono Anna Autuori (99%) e Alfredo Autuori (1%), i soci di Alicante Costruzioni srl sono Grazia

Colombo (99%) e Rachelina Vessa (1%). La signora Grazia Colombo è la moglie convivente del signor Alfredo Autuori, la signora Anna Autuori è la figlia convivente dei predetti Alfredo Autuori e Grazia Colombo;

(c) un secondo sintomo di collegamento è dato dalla circostanza che le predette società, entrambe con sede a Salerno, hanno preso visione dei luoghi e della documentazione di gara nello stesso giorno (11 novembre 2005), come attestato dal responsabile del procedimento;

(d) ulteriori indizi a sostegno della tesi del collegamento sono desumibili dalle polizze fideiussorie. Le società in questione hanno infatti ottenuto la fideiussione dalla medesima compagnia, lo stesso giorno e con polizze riportanti una numerazione quasi progressiva (82583 e 82585);

(e) la situazione appena descritta consente di ritenere esistente un unico centro decisionale. Tuttavia all'epoca dei fatti la normativa non colpiva in modo diretto questa fattispecie, in quanto l'art. 10 comma 1-bis della legge 109/1994 vietava espressamente soltanto la partecipazione alla medesima gara di imprese tra le quali intercorresse una relazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile;

(f) il contesto normativo è cambiato radicalmente qualche tempo dopo. Il Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163 alla lett. m-quater dell'art. 38 comma 1 (aggiunta dal comma 1 dell'art. 3 del DL 25 settembre 2009

n. 135) esclude ora i concorrenti che si trovino, rispetto a un altro partecipante alla medesima gara, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comportino che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale. La necessità che le offerte siano formulate in modo autonomo è ribadita e specificata nel comma 2 dell'art. 38 del Dlgs. 163/2006;

(g) prima delle suddette modifiche legislative i principi della materia, come interpretati e specificati dalla giurisprudenza, non erano univoci al punto da considerare sempre necessaria una verifica sul collegamento sostanziale tra le offerte. Una parte della giurisprudenza riteneva ammissibile una tale verifica, indipendentemente dall'inserimento di un'esplicita previsione nel bando o nel disciplinare di gara, in considerazione della necessità di garantire una tutela sostanziale alla scelta del giusto contraente (v. TAR Milano Sez. III 9 marzo 2011 n. 674, e sentenze ivi richiamate). Altra giurisprudenza qualificava invece l'art. 10 comma 1-bis della legge 109/1994 e l'art. 2359 del codice civile come norme tassative, a causa della tecnica normativa utilizzata, e dunque insuscettibili di applicazione estensiva o analogica (v. TAR Lazio Roma Sez. III 25 maggio 2005 n. 4170). In posizione intermedia, altra giurisprudenza ancora riteneva ammissibile l'inserimento di clausole di esclusione nel bando o nel disciplinare di gara finalizzate a colpire i comportamenti dei concorrenti non rispettosi dei requisiti di serietà,

indipendenza e segretezza delle offerte (v. CS Sez. IV 1 ottobre 2004 n. 6367);

(h) un contributo alla riflessione su questo tema è stato offerto dalla giurisprudenza comunitaria (v. C.Giust Sez. IV 19 maggio 2009 C-538/07). Tale pronuncia considera conformi al diritto comunitario le norme interne (nello specifico la questione pregiudiziale era stata sollevata proprio sull'art. 10 comma 1-bis della legge 109/1994) che prevedono cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle delle direttive comunitarie, se finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza. Peraltro la medesima pronuncia ha definito eccessiva la misura dell'esclusione automatica dei concorrenti tra cui esiste un rapporto di controllo: l'esclusione è ammissibile solo se si dimostra che la relazione esistente tra due (o più) società ha in concreto esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione;

(i) a questo quadro occorre aggiungere un elemento di fatto, precisando che nella gara oggetto del presente giudizio il bando non conteneva una specifica clausola di esclusione per il caso di collegamento tra le offerte, e si limitava invece a chiedere ai concorrenti (punto 16) di dichiarare se sussistesse o non sussistesse un rapporto di controllo con altre imprese partecipanti. La *lex specialis* era quindi sostanzialmente riproduttiva dell'art. 10 comma 1-bis della legge 109/1994;

(j) non sembra quindi che vi fosse a carico della stazione appaltante l'obbligo di escludere le due offerte che presentavano indici di collegamento. Un simile obbligo non era previsto dalla normativa nazionale o comunitaria (né era univocamente ricostruito in via interpretativa dalla giurisprudenza), e d'altra parte la stazione appaltante non aveva autonomamente assunto un vincolo in questo senso nella *lex specialis* (come avrebbe potuto fare per garantire maggiore tutela al corretto svolgimento della gara). Dunque doveva prevalere in via residuale il combinato dei principi generali della materia: (1) certezza del diritto (i concorrenti erano stati avvertiti del rischio di esclusione solo con riguardo all'ipotesi di controllo societario); (2) divieto di estensione *in malam partem* delle norme contenenti limiti all'iniziativa economica; (3) massima partecipazione alla procedura di gara; (4) tutela dell'affidamento degli altri concorrenti (alcuni dei quali, se potevano trarre vantaggio dall'esclusione del maggior numero di competitori all'inizio della gara, avevano al termine della stessa l'interesse opposto, perché non fosse alterato il calcolo della soglia di anomalia).

8. In conclusione il ricorso deve essere respinto sia nella parte impugnatoria sia relativamente alle richieste di risarcimento. La circostanza che la normativa sul collegamento sostanziale tra le offerte sia stata precisata solo successivamente ai fatti di causa consente l'integrale compensazione delle spese di giudizio. Il contributo unificato rimane a carico della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando, respinge il ricorso. Spese compensate. Contributo unificato a carico della società ricorrente ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis.1 del DPR 30 maggio 2002 n. 115.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2012

IL SEGRETARIO

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