



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1775 del 2012, proposto da:

Project Automation S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Valeria Catalano, con domicilio eletto presso lo studio della stessa in Milano, via A. De Togni, 28;

***contro***

Comune di Monza, rappresentato e difeso dagli avv. Paola Brambilla e Maria A. Banza, con domicilio eletto presso Paola Brambilla in Milano, piazza 5 Giomate, 10 c/o Atap;

***nei confronti di***

Mizar Automazione S.p.a. (ora Swarco Mizar S.p.a.), rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Zanardi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Michael Buse in Milano, via Monte Napoleone, 21;

***per l'annullamento***

del provvedimento, prot. n. 0062836 dell'1 giugno 2012, inviato in pari data a mezzo fax alla società ricorrente, con cui il comune di Monza comunicava l'aggiudicazione definitiva in capo alla controinteressata a seguito di espletata procedura per la progettazione, fornitura, posa in opera, avvio operativo, collaudo e manutenzione in garanzia di un sistema di controllo automatizzato degli accessi alla zona a traffico limitato del centro storico e di un centro operativo di supervisione della mobilità per la città di Monza;

della determinazione del Dirigente del Settore Pianificazione Territoriale n. 821/2012 del 16 aprile 2012, divenuta esecutiva in data 30 maggio 2012, richiamata nel suddetto provvedimento, che ha disposto l'aggiudicazione definitiva in capo alla Mizar Automazione S.p.a.;

nonchè di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso ai precedenti, ivi compresi i verbali di gara;

e per l'annullamento e/o la declaratoria di inefficacia, previa sospensione dell'efficacia, del contratto eventualmente sottoscritto dal comune di Monza e dalla società controinteressata nelle more della definizione del giudizio; e conseguente condanna del Comune al risarcimento dei danni subiti dal ricorrente, in forma specifica mediante aggiudicazione ovvero per equivalente nella misura che il Collegio riterrà di giustizia.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Monza e di Mizar Automazione S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2013 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il presente gravame la società ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, concernenti l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata della procedura per la progettazione, fornitura, posa in opera, avvio operativo, collaudo e manutenzione in garanzia di un sistema di controllo automatizzato degli accessi alla zona a traffico limitato del centro storico e di un centro operativo di supervisione della mobilità per la città di Monza.

Per l'aggiudicazione della fornitura, alla quale hanno preso parte solo la ricorrente e la controinteressata, il criterio previsto dalla *lex specialis* di gara era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le concorrenti hanno ricevuto un punteggio molto vicino, di 93,71 (Mizar) contro 92,57 (Project Automation), a fronte di offerte ritenute, dunque, dalla commissione entrambe di soddisfazione.

Con un unico motivo di ricorso Project Automation S.p.a. ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, nonché dell'art. 3 del disciplinare di gara e l'eccesso di potere per illegittimità, ingiustizia manifesta e travisamento in diritto, atteso che la commissione di gara, nonostante l'espressa comminazione di esclusione prevista dal disciplinare per l'ipotesi di verifica del mancato possesso dei requisiti generali previsti dall'art. 38, avrebbe ommesso di escludere Mizar dalla gara sebbene la stessa avesse presentato una dichiarazione non veritiera ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater, perché, pur avendo la stessa dichiarato: *di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile con alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente*, possiederebbe, invece, il 51% del capitale della società Bieffe Elettronica S.r.l., società, invero, non partecipante alla gara.

Si sono costituite l'amministrazione intimata e la società controinteressata, chiedendo la reiezione del ricorso per infondatezza nel merito.

Con ordinanza n. 1046/2012 del 18 luglio 2012 la sezione, in considerazione della rilevata obiettiva falsità della dichiarazione e della par condicio tra i concorrenti, ha accolto l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente, fissando la trattazione della causa nel merito.

Con provvedimento n. 4068/2012 del 10 ottobre 2012, il Consiglio di Stato: *Considerato che la questione giuridica dedotta in causa, per la sua complessità, postula una compiuta definizione in sede di merito* ed in relazione alla già fissata decisione di primo grado all'udienza pubblica del 9 gennaio 2013, ha confermato la succitata sospensione cautelare.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

Alla pubblica udienza del 9 gennaio 2013 il ricorso è stato, quindi, trattenuto per la decisione.

#### DIRITTO

Il collegio, dopo l'approfondito esame delle contrapposte difese delle parti e della documentazione versata in atti proprio della fase di merito, ritiene che il ricorso non meriti accoglimento.

Ed invero, la tesi della ricorrente si fonda sulla assunta non veridicità della dichiarazione presentata, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater, e comma 2, dalla società controinteressata, la quale, pur avendo barrato la casella a) dell'allegato B al disciplinare di gara, dichiarando, dunque, *di non trovarsi in alcuna situazione di*

*controllo di cui all'art. 2359 del codice civile con alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente, possiederebbe, invece, il 51% del capitale della società Bieffe Elettronica S.r.l., soggetto, quest'ultimo, non partecipante alla gara.*

Tale dichiarazione non veritiera assurgerebbe a motivo di esclusione, oltre che per la disposizione normativa succitata, anche con riferimento all'art. 3 del disciplinare di gara, che disporrebbe l'espressa comminatoria di esclusione per l'ipotesi di verifica del mancato possesso dei requisiti generali richiesti dall'art. 38.

Deve, in proposito, osservarsi che l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, così recita:

*“1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:*

*...*

*m-quater) 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. ...*

*1-ter. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.*

*2. ... Ai fini del comma 1, lettera 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...”.*

Al cospetto di tale disposto normativo, la stazione appaltante aveva richiesto alle partecipanti la compilazione dell'allegato B al disciplinare di gara che, con riferimento alle dichiarazioni di cui al combinato disposto del comma 2 e del comma 1, lett. m-quater, prevedeva, ricalcando la lettera della legge, le tre ipotesi di cui alle lett. a, b e c, e cioè:

*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;*

*oppure*

*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;*

*oppure*

*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.*

La controinteressata barrava la prima ipotesi, con ciò formulando, dunque, una dichiarazione non del tutto corrispondente alla effettiva situazione societaria. Essendo, infatti, Mizar in possesso del 51% del capitale della società Bieffe Elettronica S.r.l. – società, invero, non partecipante alla procedura concorsuale di specie – avrebbe dovuto barrare la seconda ipotesi, e cioè 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.

Ciò nonostante, il collegio ritiene che legittimamente la commissione di gara, peraltro sulla base di un parere legale previamente richiesto e del tutto condivisibile nella sostanza, non abbia provveduto ad escludere Mizar dalla procedura concorsuale di specie.

Innanzitutto, tale conclusione si ricava dal disposto normativo dell'art. 38, comma 1, che, in relazione alla lett. m-quater, prevede l'esclusione dei soggetti 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.

La dichiarazione richiesta dal comma 2 della norma, come si ricava dalla stessa lettera della legge (*Ai fini del comma 1, lettera m-quater*), *il concorrente allega ...*), risponde, dunque, alla ratio di permettere alla stazione appaltante la verifica dell'eventuale sussistenza di una situazione di controllo societario o comunque di una comunanza decisionale tra soggetti partecipanti alla gara, sussistenza che, sola, può far scaturire l'esclusione dalla procedura.

Infatti, la correttezza e la trasparenza della gara sono pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili a un medesimo centro di interessi.

Tanto premesso, la dichiarazione presentata dalla controinteressata, seppur non corrispondente alla reale situazione societaria in relazione alla sussistenza di un rapporto di controllo societario, non è idonea a provocare l'estromissione di Mizar dalla gara, atteso che la società della quale la medesima Mizar detiene il 51% delle quote, la Bieffe Elettronica S.r.l., è rimasta del tutto estranea alla procedura concorsuale di specie, non avendo mai presentato domanda di partecipazione alla stessa.

In tale quadro, è escluso in radice il pericolo di compromissione delle regole di concorsualità, che il divieto di partecipazione simultanea alla gara di imprese che si trovino tra loro in rapporto di controllo o di collegamento societario, è volto a prevenire. Ne deriva che non ricorrono i presupposti per l'invocata esclusione della aggiudicataria dalla gara, in ragione della concreta irrilevanza del collegamento strutturale tra imprese societarie.

Risulterebbe, invero, contrastante con il principio di proporzionalità, di derivazione comunitaria, disporre l'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica di un'impresa in rapporto di controllo o collegamento, laddove il rapporto suddetto non abbia potuto concretamente rivestire alcuna influenza sul comportamento nell'ambito della gara e non abbia avuto alcun impatto sulla regolarità di questa.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso va respinto, unitamente all'istanza di risarcimento del danno.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi, in considerazione delle peculiarità della presente controversia, per compensare integralmente fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2013

IL SEGRETARIO

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