

N. 03977/2010 REG.SEN.  
N. 01271/2009 REG.RIC.



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 1271 del 2009, proposto dalla Aldo Tarricone Sicurezza S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Tommaso Di Gioia, con domicilio eletto in Bari, via Cairoli, 7;

***contro***

A.DI.S.U. Puglia - Agenzia regionale per il diritto allo studio universitario -, rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Pezzuto, con domicilio eletto presso l'avv. Giorgio Costantino in Bari, via Argiro n. 90;

***nei confronti di***

Il Faro S.r.l., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con la Vigilanza Palumbo S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Muscatello, Marco Napoli e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il primo in Bari, via Giulio Petroni, 132/bis;

Securpol S.r.l.;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

- della determinazione dirigenziale n 53 del 18.5.2009, recante aggiudicazione definitiva della gara per il servizio di vigilanza armata degli edifici della A.DI.SU. all'A.T.I. Il Faro S.r.l.-Vigilanza Palumbo S.r.l.;
- della determinazione dirigenziale 261 del 14.4.2009;
- di tutti gli atti adottati dalla commissione di gara, ivi compresi i verbali redatti;
- di ogni altro atto relativo alla gara *de qua*, ivi compresi quelli espressamente citati nel presente ricorso, nonché quelli citati negli atti indicati nella presente epigrafe.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della A.DI.SU. e della Il Faro S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2010 il cons. Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori, avv.ti Tommaso Di Gioia, Riccardo Pezzato e Francesco Nanula, per delega degli avv.ti Francesco Muscatello, Marco Napoli e Maurizio Zoppolato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

A. La società a responsabilità limitata Aldo Tarricone si è collocata al secondo posto della graduatoria stilata dalla commissione della gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata e portierato, indetta dall'Agenzia regionale per il diritto allo studio universitario – A.DI.SU.- e aggiudicata alla A.T.I. Il Faro s.r.l. - Vigilanza Palumbo s.r.l.

Ritenendo illegittimi gli atti della procedura, la medesima li ha impugnati alla stregua dei seguenti motivi:

- 1) violazione del bando di gara, violazione dell'articolo 38, comma primo, lettera d), del codice dei contratti; eccesso di potere per erroneità dei presupposti; violazione delle regole a garanzia della regolarità delle operazioni di gara;
- 2) violazione della *lex specialis*; violazione del d.P.R. 153/2008; eccesso di potere per difetto dei presupposti ed irragionevolezza; falsa applicazione dell'articolo 19 del capitolato speciale d'appalto;
- 2.b) violazione dell'articolo 257 *ter*, comma secondo, del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza;
- 2.c) violazione dell'articolo 19 del capitolato speciale d'appalto;
- 3) violazione di legge; violazione della *par condicio*; eccesso di potere (verificandosi tra la Vigilanza Palumbo e la Securpol S.r.l., altra partecipante alla gara, una situazione di controllo ovvero di collegamento, *ex* articolo 2359 del codice civile).

Si sono costituite la A.DI.SU. e Il Faro s.r.l., in proprio e quale

mandataria della A.T.I. con la Vigilanza Palumbo s.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso.

Le medesime hanno evidenziato l'avvenuta stipulazione del contratto in data 25 giugno 2009.

La causa è stata riservata la decisione all'udienza del 6 ottobre 2010.

B. Le censure dedotte sono infondate.

1. La ricorrente lamenta che la Vigilanza Palumbo s.r.l., mandante nell'associazione temporanea aggiudicataria, annoveri tra i soci una società fiduciaria, la Aletti s.p.a. (la quale –si deve subito aggiungere– è autorizzata ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966).

Secondo la tesi attorea, tale situazione comporta l'esclusione, ai sensi dell'articolo 38, comma primo, lett. d), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, poiché la Vigilanza Palumbo s.r.l., omettendo d'indicare la presenza della società fiduciaria, non ha messo in condizione l'Amministrazione aggiudicatrice di ottenere ogni informazione utile riguardo all'identità dei fiducianti.

Il motivo, come formulato, non merita accoglimento.

La mandante della A.T.I. aggiudicataria infatti ha presentato domanda di partecipazione attraverso il modello predisposto dalla A.DI.SU. e ha perciò semplicemente dichiarato “ di non trovarsi in una delle cause di esclusione di cui all'articolo 38 lett. ... d)...del D.Lgs. 163/2006 e s.m.”

Tale comportamento, in sé conforme agli atti inditivi, non integra neppure una violazione ovvero un'elusione del divieto d'intestazione

fiduciaria, come normativamente previsto.

Il codice degli appalti invero si è limitato ad estendere ai settori dei servizi e delle forniture la prescrizione già contemplata dall'articolo 75, comma 1, lett. d), del d.P.R. n. 554/1999 per i lavori pubblici, con il fine di contrastare il rischio di infiltrazioni occulte delle organizzazioni mafiose nell'esecuzione degli stessi.

Per ciò oggi, in definitiva, in base all'articolo 38, comma primo, lett. d), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, "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:

...d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55".

A sua volta, il citato all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, nella parte tuttora in vigore, ovvero all'articolo 3, prevede:

"Entro lo stesso termine di cui al comma 2, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro del tesoro, d'intesa con il Ministro dei lavori pubblici, sono altresì, definite disposizioni per il controllo sulle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche, ivi compresi i concessionari, e sui relativi mutamenti societari. Con lo stesso decreto sono comunque vietate intestazioni ad interposte persone, di cui deve essere comunque prevista la cessazione entro un termine predeterminato, salvo le

intestazioni a società fiduciarie autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, a condizione che queste ultime provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiducianti; in presenza di violazioni delle disposizioni del presente comma, si procede alla sospensione dall'Albo nazionale dei costruttori o, nei casi di recidiva, alla cancellazione dall'Albo stesso".

Infine, il d.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187 ("regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatori di opere pubbliche") dispone che "Le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, le società cooperative per azioni o a responsabilità limitata, le società consortili per azioni o a responsabilità limitata aggiudicatarie di opere pubbliche, ivi comprese le concessionarie e le subappaltatrici, devono comunicare all'amministrazione committente o concedente prima della stipula del contratto o della convenzione, la propria composizione societaria, l'esistenza di diritti reali di godimento o di garanzia sulle azioni "con diritto di voto" sulla base delle risultanze del libro dei soci, delle comunicazioni ricevute e di qualsiasi altro dato a propria disposizione, nonché l'indicazione dei soggetti muniti di procura irrevocabile che abbiano esercitato il voto nelle assemblee societarie nell'ultimo anno o che ne abbiano comunque diritto" (articolo 1).

I riferimenti ai "soggetti aggiudicatari" e alla fase della "stipula del

contratto o della convenzione” escludono senza dubbio che, normalmente, perlomeno alla stregua della vigente normativa e in riferimento ad un bando privo di specificazioni sul punto, l’onere di comunicazione relativo alle intestazioni fiduciarie risalga al momento della richiesta di partecipazione alla gara e alla relativa ammissione.

Di conseguenza, non si può ritenere che i rilievi della ricorrente possano propriamente riferirsi alla procedura di gara fino all’aggiudicazione definitiva e, pertanto, la doglianza, come formulata in ricorso, tendente ad accertare che la A.T.I. aggiudicataria dovesse per tali motivi essere esclusa dalla gara, dev’essere disattesa.

Peraltro la contestazione è stata ampliata nella memoria del 16-18 ottobre 2010: in questa sede la società istante denuncia che la Vigilanza Palumbo s.r.l. solo in data 31 agosto 2009, ovvero dopo l’aggiudicazione definitiva e addirittura dopo la conclusione del contratto (stipulato il 25 giugno 2009), ha richiesto alla fiduciaria di comunicare all’Amministrazione l’identità dei fiducianti; né risulta che tale richiesta sia stata riscontrata.

La censura è già in sé inammissibile perché è contenuta in una memoria non notificata alle controparti; inoltre, dalla normativa sopra ricostruita si evince che le formalità riguardanti il disvelamento dei fiducianti non rientrano nella fase procedurale di selezione dei concorrenti, imponendosi invece in prospettiva del contratto.

L’atto negoziale e il perfezionarsi del relativo presupposto, costituito dall’avverarsi dell’efficacia dell’aggiudicazione definitiva, a seguito

della verifica del possesso dei prescritti requisiti, però non sono stati in alcun modo coinvolti nell'azione promossa dalla Aldo Tarricone, né in sede civile, né in questa sede.

2. Il secondo motivo, con cui la Aldo Tarricone denuncia l'inammissibilità dell'offerta aggiudicataria perché derogante i minimi tariffari prefettizi, è anch'esso infondato.

È opportuno chiarire preliminarmente che il capitolato speciale d'appalto (articolo 10, ultimo periodo), laddove richiede (solo) di allegare all'offerta le "tariffe di legalità previste dai Decreti Prefettizi della Provincia di Bari", non impone una specifica limitazione alla possibilità di applicare sconti percentuali sulle medesime.

In generale, secondo la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, anche nell'ordinamento previgente, non si rinveniva alcuna disposizione normativa, di carattere primario o secondario, che autorizzasse i prefetti a stabilire tariffe minime inderogabili per i servizi di vigilanza, non essendo tali le disposizioni contenute negli artt. 9 e 134 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773, e 257 del r.d. 6 maggio 1940, n. 635 (Sez. V, 20 aprile 2009, n. 2348; Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4273; 17 ottobre 2008, n. 5674; Sez. IV, 5 ottobre 2007, n. 4644; 20 settembre 2005, n. 4816, 25 marzo 2003, n. 1544).

D'altra parte anche il Ministero dell'Interno nelle sue circolari aveva recepito quell'orientamento (espresso in particolare nella decisione della Sez. V, 3 giugno 2002, n. 3065) secondo il quale le tariffe c.d. "di legalità" erano fissate dal prefetto come parametri di congruità,

rilevanti in sede di accertamento e verifica nei confronti delle imprese del settore, per cui l'approvazione delle tariffe perseguiva lo scopo d'impedire che gli istituti di vigilanza potessero praticare prezzi più alti di quelli in essa stabiliti, ma non impediva di richiedere prezzi inferiori a quelli minimi.

Più recentemente, la fissazione dei prezzi dei servizi di vigilanza privata mediante approvazione del prefetto, di cui al r.d. 18 giugno 1931, n. 773, con altri rilevanti aspetti della disciplina, è stata ritenuta violativa degli obblighi derivanti dall'art. 49 del Trattato CE dalla sentenza della Corte di giustizia 13 dicembre 2007 C-465/05 (punti 123-128).

Già da questa pronuncia derivava, come conseguenza, che gli artt. 134 e 135 del T.U.L.P.S., nonché l'art. 257 del regolamento di esecuzione, riconoscendo al prefetto il potere di fissare anche i minimi tariffari per i servizi di vigilanza, in quanto integranti una violazione del diritto comunitario, dovevano essere disapplicati.

Il legislatore italiano ha poi preso atto di tale contrasto, provvedendo a recepire le statuizioni derivanti dalla decisione. In particolare, l'art. 4, comma terzo, lettera f), del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59, convertito nella legge 6 giugno 2008, n. 101, con riferimento all'art. 135 del T.U.L.P.S. ha, infatti, abrogato le parole «o ricevere mercedi maggiori di quelle indicate nella tariffa», contenute nell'originario quinto comma; inoltre ha soppresso integralmente il sesto comma, che recitava «la tabella delle operazioni deve essere vidimata dal

Prefetto».

Di conseguenza, le censure mosse sono prive di fondamento alla luce della ricordata evoluzione normativa.

Non è poi pertinente il richiamo al d.P.R. 4 agosto 2008 n. 153. Esso (in specie attraverso i criteri introdotti nell'articolo 257 del regolamento di esecuzione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza 18 giugno 1931, n. 773, di cui al regio decreto 6 maggio 1940, n. 635) delinea un sistema di controllo dell'attività autorizzata di competenza del prefetto e deve quindi ritenersi estraneo all'ordinaria verifica dell'anomalia dell'offerta affidata, in relazione alla singola specifica gara, alla stazione appaltante, che si atterrà alle regole del codice degli appalti.

Infine, le contestazioni mosse nel corpo del medesimo motivo (sub 2.c) alla composizione dell'offerta e alla sua plausibilità, in relazione all'inquadramento del personale, sono del tutto generiche e non consentono quindi alcuna verifica della ragionevolezza delle valutazioni amministrative sull'affidabilità dell'offerta stessa.

3. L'istante evidenzia infine che una società estranea alla gara, la Sicuritalia Group Holding s.p.a., possiede il 33% della Vigilanza Palumbo s.r.l. e il 2% della Securpol s.r.l., anch'essa partecipante alla procedura; inoltre pure la stessa fiduciaria Aletti s.p.a. sarebbe partecipata dalla Sicuritalia Group Holding s.p.a.

Le anzidette società si troverebbero quindi una situazione di controllo o di collegamento *ex* articolo 2359 del codice civile, che

però rimane indimostrata.

Invero, in questa sede sarebbe stata necessaria l'emersione di un particolare rapporto di controllo o collegamento, ovvero, per la prima ipotesi, che si trattasse di

- 1) “società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria”;
- 2) “società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria”;
- 3) “società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa”.

Per la seconda ipotesi, invece, sarebbe dovuto risultare quel collegamento che si verifica laddove su alcune società “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”.

In realtà, la ricorrente, attraverso l'esame delle risultanze del Registro delle imprese, dimostra sì l'esistenza di alcuni incroci proprietari fra gli istituti; tuttavia, nessuno di questi elementi integra le fattispecie ritenute rilevanti dal bando e dalla normazione richiamata dagli atti inditivi.

Occorre ricordare al proposito che la giurisprudenza, nei casi in cui venivano sollevati dubbi sulla sussistenza di un collegamento sostanziale con altre società partecipanti alla gara ha sempre richiesto

che fossero evidenziati i chiari indici della provenienza delle offerte da un unico centro decisionale (*ex plurimis*: Consiglio di Stato, sezione sesta, 13 giugno 2005 n. 30899).

In definitiva occorre prendere atto che il collegamento è un fenomeno diffuso, realizzato al fine di utilizzare il potenziale economico di varie imprese. Il rapporto tra imprese però non comporta, di per sé, necessariamente la nascita di un autonomo centro di interessi, poiché in astratto le società collegate mantengono pur sempre la propria personalità giuridica e la propria autonomia.

Perciò, visto che le fattispecie concrete riconducibili alla figura del collegamento sostanziale possono essere le più varie, 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 solo 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*, che si sia verificato un inquinamento della gara e quindi una violazione del principio di segretezza dell'offerta. Ciò si può ragionevolmente ritenere se le offerte provengano da un medesimo centro decisionale o, comunque, provengano 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.

È evidente perciò che, nella vicenda esaminata, i dati evidenziati nella difesa della Tarricone non assurgono ad indizi gravi, precisi e concordanti dell'esistenza di un unico centro decisionale e della conseguente irregolarità della selezione.

C. A tutto ciò consegue il rigetto dell'azione demolitoria, come originariamente proposta.

Con la domanda risarcitoria, la ricorrente, che non ha preteso il risarcimento in forma specifica e neppure l'inefficacia del contratto, neanche dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53, si è limitata a richiamare, per il ristoro monetario, il criterio forfetario di cui all'articolo 345 della legge 10 marzo 1865 n. 2248, all. F, oggi ribadito nell'articolo 134 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (sulla cui insufficienza e non pertinenza si è già espressa la giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143; 16 febbraio 2009 n. 842; Sez. VI, 3 aprile 2007 n. 1513). Anche questa richiesta è da respingere, non essendo stato riscontrato alcun danno qualificabile come ingiusto da imputarsi all'azione dell'Agenzia regionale, per le ragioni esposte al punto B.

Data la novità e la complessità delle questioni, sussistono i motivi che giustificano l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

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 Bari nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Doris Durante, Consigliere

Giuseppina Adamo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/11/2010

IL SEGRETARIO

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