



REPUBBLICA ITALIANA

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 228 del 2005, proposto da:

C.F.B. Costruzioni Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Oberdan e Davide Epicoco, con domicilio eletto presso il loro studio in Brescia, Via L. Gambara n. 75;

contro

Comune di Castiglione delle Stiviere, rappresentato e difeso dall'avv.to Giacomo Bonomi, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Via Vittorio Emanuele II n. 60;

nei confronti di

Smac di Milordo Angelo Luigi, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- DEL VERBALE DI GARA IN DATA 22/12/2004, RECANTE L'ESCLUSIONE DELLA RICORRENTE DALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI COMPLETAMENTO OPERE INTERNE, DEPOSITO E SALE POLIVALENTI.

- DELLA COMUNICAZIONE IN DATA 23/12/2004.

e per la condanna

AL RISARCIMENTO DEI DANNI SUBITI.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Castiglione delle Stiviere;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2013 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'impresa ricorrente ha preso parte alla gara indetta dal Comune di Castiglione delle Stiviere per l'aggiudicazione dei lavori di completamento opere interne, deposito e sale polivalenti, per un importo totale di 173.000 €. Il bando prevedeva (conformemente all'art. 10 comma 1-bis della L. 109/94) al titolo V che "Non possono partecipare alla

medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile”.

In data 22/12/2004 la Commissione ha escluso la ricorrente e la Società Martini Costruzioni Srl dalla selezione sulla scorta di elementi “tali da far presumere una forma di collegamento sostanziale tra le due ditte concorrenti, riconducibili ad un unico centro di interessi, con conseguente alterazione della competizione e della par condicio ...”, in quanto:

- il legale rappresentante amministratore unico della ditta C.F.B. Costruzioni S.r.l. riveste la carica di Consigliere nella ditta Martini Costruzioni Srl;
- entrambe le offerte sono state presentate a mano alle ore 11,34 del 21/12/2004 e riportano numeri di protocollo consecutivi;
- l'allegato “E” di dichiarazione del subappalto è stato redatto con impostazione analoga che denota il medesimo schema logico, lo stesso ordine di elenco e contenuti scritti in modo identico;
- sulle fotocopie degli attestati SOA delle due imprese la scritta “copia conforme all'originale” presenta la stessa impostazione e gli attestati sono stati rilasciati da “Oprah SOA Spa” per entrambe;
- gli atti di fidejussione bancaria presentati a titolo di cauzione provvisoria sono stati rilasciati dalla medesima Banca di Credito Cooperativo dell'Agro Bresciano Srl, sono stati rilasciati dalla stessa Agenzia (di Ghedi) e presentano la stessa impostazione grafica; inoltre hanno i numeri progressivi ravvicinati, la stessa data (17/12/2004) ed identica scadenza (al 30/6/2005).

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la ricorrente impugna il provvedimento in epigrafe, deducendo quale unico articolato motivo di diritto la violazione dell'art. 10 comma 1-bis della L. 109/94 come introdotto dalla L. 415/98, dell'art. 3 della L. 241/90, dell'art. 42 della Costituzione e dell'art. 92 del Trattato istitutivo della C.E. in quanto:

- non ricorre alcuna ipotesi di controllo o collegamento societario (si producono al riguardo visure, statuto e atto costitutivo di C.F.B.);
- il bando prevede l'esclusione automatica per le sole forme di controllo ex art. 2359 del c.c., le offerte non sono riconducibili ad un unico centro decisionale (da dimostrare concretamente) e sono irrilevanti i meri aspetti formali connessi alla modalità di presentazione;
- NELLO SPECIFICO l'Ing. Norberto Mantovani è amministratore unico di C.F.B. e Consigliere nella Società Martini ma presso quest'ultima non ha deleghe né poteri gestionali, non è rappresentante legale né svolge alcun incarico operativo (cfr. visura Martini doc. 4);
- la presentazione contestuale delle offerte al protocollo è una mera coincidenza;
- le dichiarazioni di subappalto sono redatte sulla base di modelli standard (opinando nel senso della stazione appaltante si dovrebbero escludere tutte le imprese che usano lo stesso schema prestampato);
- gli attestati SOA sono emessi dalla stessa Società ma ciò appare irrilevante;
- una banca non emette una sola fidejussione per un singolo partecipante alla gara ma soddisfa qualsivoglia richiesta, ed il fatto che sia coinvolta la stessa Agenzia di Ghedi (anche per la Società che ha sede a Cologno al Serio) dimostra il difetto di imparzialità della Commissione.

Parte ricorrente precisa che non avrebbe vinto la gara, ma intende evitare la conseguenza della segnalazione all'autorità per la vigilanza sui LLPP. Formula istanza di risarcimento dei danni in via equitativa.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione, chiedendo la reiezione del gravame.

Con decreto presidenziale n. 773/2012 è stata dichiarata la perenzione del ricorso, mentre a seguito di opposizione con decreto n. 1107 del 24/10/2012 è stata revocata la perenzione e disposta la re-iscrizione della causa a ruolo con

fissazione dell'udienza di discussione alla data odierna.

Alla pubblica udienza del 16/1/2013 il gravame è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

L'impresa ricorrente lamenta l'illegittimità dell'esclusione dalla gara per l'aggiudicazione dei lavori di completamento opere interne, deposito e sale polivalenti, fondata sul collegamento sostanziale tra la stessa ed altra ditta concorrente, entrambe riconducibili ad un unico centro di interessi.

Il ricorso è infondato e deve essere respinto, per le ragioni di seguito precisate.

1. Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, fra le cause di esclusione dalle gare pubbliche devono essere ricomprese, oltre alle ipotesi previste dall'art. 2359 del c.c., anche quelle non codificate di collegamento sostanziale le quali, attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla selezione ad un unico centro decisionale, causano o possono causare la vanificazione dei principi generali in tema di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione, risultando influente che la rilevanza del collegamento sia stata o meno esplicitata nel bando di gara (Consiglio di Stato, sez. V – 18/7/2012 n. 4189; sez. V – 6/4/2009 n. 2139): in tal modo si intende evitare il rischio di ammettere alla gara soggetti che, in quanto legati da stretta comunanza di interessi caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti, proprio per tale situazione, capaci di formulare offerte caratterizzate dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità, coerentemente ai principi di imparzialità e buon andamento cui deve ispirarsi l'attività della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 della Costituzione.

2. Anche a prescindere dall'inserimento di un'apposita clausola nel bando, in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti attestanti la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, è consentita l'esclusione delle imprese (benché non si trovino in situazione di controllo ex art. 2359 del c.c.) poiché altrimenti sarebbe facile eludere la descritta norma imperativa posta a tutela della concorrenza e della regolarità delle procedure di gara (Consiglio di Stato, sez. VI – 17/2/2012 n. 844).

In linea di diritto, dunque, l'art. 10 comma 1-bis della L. 109/94 – applicabile *ratione temporis* alla fattispecie dedotta in giudizio (il quale vietava la partecipazione alle gare d'appalto per la realizzazione di lavori pubblici alle imprese in situazione di collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c.) – non può qualificarsi alla stregua di disposizione tassativa di stretta interpretazione, preclusiva dell'individuazione di fattispecie ulteriori di collegamento sostanziale tra imprese, che siano lesive del principio di segretezza delle offerte e dunque falsino la competizione e violino la par condicio tra le partecipanti alla gara (Consiglio di Stato, sez. VI – 8/5/2012 n. 2657).

3. La successiva evoluzione normativa e giurisprudenziale – seppur non direttamente applicabile *ratione temporis* – conferma la correttezza delle conclusioni raggiunte.

Il Codice dei contratti pubblici – che ha sostituito, tra l'altro, la L. 109/94 – ha recepito il consolidato orientamento della giurisprudenza in relazione al collegamento sostanziale, prevedendolo, inizialmente, come causa di esclusione che si aggiunge al collegamento formale di cui all'art. 2359, quando vi sia la prova, sulla base di univoci elementi, che due o più offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale (art. 34 comma 2). Attualmente il D. Lgs. 163/2006 contempla come causa di esclusione “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”, da accertare ad opera della stazione appaltante sulla base di “univoci elementi” (cfr. art. 38 comma 1 lett. m-quater e comma 2 del D. Lgs. 163/2006, come modificato dal D.L. 25/9/2009 n. 135 conv. in L. 20/11/2009 n. 166).

4. L'esistenza di un unico centro di interesse tra due (o più) soggetti distinti, tale da consentire uno scambio di informazioni, esige significativi elementi rilevatori di un collegamento sostanziale tra le imprese, da provare in concreto enucleando elementi oggettivi concordanti suscettibili di generare il pericolo per i principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio dei concorrenti (Consiglio di Stato, sez. V – 19/6/2012 n. 3559).

5. Tale impostazione si rivela in linea con le statuizioni della Corte di giustizia (sentenza 19/5/2009 - causa C-538/2007), ad avviso della quale una normativa basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti (punto 30). Le amministrazioni aggiudicatrici hanno il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura selettiva: la constatazione di un'influenza siffatta, in qualunque forma, è sufficiente per escludere tali imprese dalla procedura di cui trattasi (punto 32).

6. Nel caso di specie la quantità degli elementi individuati, il loro contenuto non contestato dalla difesa di parte ricorrente e la valutazione complessiva degli stessi suffragano la conclusione nel senso della conoscibilità delle reciproche proposte, e fanno emergere una stretta relazione incompatibile con la contemporanea partecipazione all'appalto.

Infatti è stato acclarato che Mantovani Norberto (già amministratore unico di C.F.B.) è uno dei tre componenti del Consiglio di amministrazione di Martini costruzioni S.r.l. e pertanto è coinvolto nelle più importanti decisioni sulle iniziative di questa seconda impresa; le due offerte sono state presentate a mano, lo stesso giorno ed ora (presumibilmente da un'unica persona); le dichiarazioni di subappalto sono state verosimilmente redatte dallo stesso estensore (cfr. raffronto doc. 2-bis Comune); il rilascio della fidejussione è stato contestuale da parte dello stesso Istituto di Credito che ha sede a Pralboino (come Martini Costruzioni) mentre parte ricorrente si è stabilita a Cologno al Serio e pertanto si è plausibilmente avvalsa dello stesso Istituto con l'assistenza della Martini Costruzioni. In aggiunta la difesa comunale ha dato conto dell'esclusione della ricorrente disposta dal Comune di Milano nel febbraio 2009 per collegamento sostanziale con Martini Costruzioni Srl e di identica determinazione assunta dall'ALER di Brescia nel giugno 2007.

7. In conclusione l'amministrazione ha esibito concordanti indizi che depongono a favore di un collegamento sostanziale tra le due imprese.

La reiezione del ricorso comporta il rigetto della domanda risarcitoria.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e possono essere liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Respinge la richiesta di risarcimento del danno.

Condanna parte ricorrente a corrispondere all'amministrazione resistente la somma di 3.000 € a titolo di spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a dare comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2013

IL SEGRETARIO

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