



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE per
la LOMBARDIA, SEZIONE III
ha pronunciato la seguente
SENTENZA**

sul ricorso proposto da **L.P.M. STRADE S.R.L.**, in persona del l.p.t., rappresentato e difeso dall'Avv.to TANZARELLA, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, p.zza Velasca n. 5

contro

METROPOLITANA MILANESE S.P.A., in persona del l.p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti MUSCARDINI e GRECO presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, p.le Lavater n. 5

e nei confronti

S.A.S. S.R.L., in persona del l.p.t., in proprio e quale mandataria del raggruppamento **S.A.S. S.R.L. DIMENSIONI NUOVE S.R.L.**, rappresentata e difesa dagli Avv.ti DELUIGI e SALADINO, presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliata in Milano, v.le Regina Margherita n. 43

per l'annullamento

1) del provvedimento 2 febbraio 2004 con cui METROPOLITANA MILANESE S.P.A. ha diposto l'esclusione della società ricorrente, già aggiudicataria provvisoria, dalla gara di appalto per la realizzazione delle opere di manutenzione di cui al bando 2 dicembre 2003, nonché di ogni altro atto o provvedimento allo stesso preordinato, conseguente, connesso;

2) del provvedimento 21 maggio 2004 con cui METROPOLITANA MILANESE S.P.A. ha diposto l'esclusione della società ricorrente, già aggiudicataria provvisoria, dalla gara di appalto per la realizzazione delle opere di manutenzione di cui al bando 2 dicembre 2003, nonché di ogni altro atto o provvedimento allo stesso preordinato, conseguente, connesso;

**per la condanna di METROPOLITANA MILANESE S.P.A.
al risarcimento del danno ingiusto patito**

VISTO il ricorso ed i documenti depositati;
VISTA la memoria di costituzione in giudizio della resistente amministrazione;
VISTI gli atti tutti di causa;
uditi alla pubblica udienza del 4 dicembre 2008, relatore il dott.
DARIO SIMEOLI, gli avv.ti NAPOLI, GRISELLI, SALADINO

FATTO

Con nota del 2 febbraio 2004, la METROPOLITANA MILANESE S.P.A. (d'ora in avanti M.M. S.P.A.) comunicava alla società ricorrente la sua esclusione dalla gara d'appalto, indetta con bando del 2 dicembre 2003 dalla stessa M.M. S.P.A. (ente gestore del servizio idrico integrato) per conto del Comune di Milano. L'esclusione, in particolare, era disposta dalla stazione appaltante in quanto erano stati rilevati elementi tali da far ritenere sussistente un collegamento sostanziale tra la società ricorrente ed il concorrente LA PORTA MARIO (essendo quest'ultimo il padre del legale rappresentante della L.P.M. STRADE S.R.L.).

Con un primo ricorso (r.g. 1023/2004), la L.P.M. STRADE S.R.L. impugnava il citato atto di esclusione ed il Tribunale Amministrativo, con ordinanza 627/04, accoglieva l'istanza cautelare di sospensione sostenendo che, in seno alla determinazione amministrativa, non facendosi riferimento ad alcuna delle ipotesi contemplate dall'art. 2359 c.c. (in presenza del quale il collegamento è presunto per legge), sarebbe stato necessario motivare in ordine alla sussistenza di elementi precisi e concordanti di riconoscibilità del collegamento sostanziale; nella stessa ordinanza, il Giudice faceva salvi gli ulteriori provvedimenti assunti dalla stazione appaltante all'esito di più dettagliati accertamenti.

Con nota del 21 maggio 2004, M.M. S.P.A. confermava l'atto di esclusione precedentemente adottato, sia per la ritenuta sussistenza di un collegamento sostanziale, sia per aver riscontrato in capo alla società della ricorrente la fattispecie di esclusione di cui all'art. 75 lett. h) d.p.r. 554/1999. Impugnato anche quest'ultimo atto, il Tribunale Amministrativo, con ordinanza 1465/04, respingeva la nuova istanza incidentale di sospensione, ritenendo che il riesame della questione avesse fatto emergere nuovi e consistenti indizi del collegamento sostanziale nonché i presupposti della sanzione interdittiva di cui all'art. 75 lett. h) d.p.r. 554/1999.

Sia nel giudizio r.g. 1023/04 che in quello r.g. 2705/04, la controinteressata S.a.s. s.r.l. aveva impugnato a sua volta, con ricorso incidentale, i medesimi provvedimenti oggetto dei ricorsi principali, nella parte in cui non avevano disposto l'esclusione della ricorrente anche per gli ulteriori profili ivi dedotti.

Sul contraddittorio così istauratosi, la causa è stata discussa e decisa con sentenza definitiva all'odierna udienza.

DIRITTO

1. I due ricorsi in epigrafe vanno riuniti, attesa l'evidente connessione oggettiva e soggettiva tra le questioni ivi prospettate.

Per economia di giudizio, ritiene il Collegio di esaminare preventivamente il ricorso r.g. 2705/2004, sebbene depositato per secondo.

2. La correttezza e la trasparenza della gara vengono pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi. Ciò anche alla luce della disciplina comunitaria, secondo cui il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese partecipanti si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza.

La giurisprudenza si è sempre orientata in senso favorevole alla possibilità di individuare ipotesi di "collegamento sostanziale" tra imprese, diverse e ulteriori rispetto a quelle espressamente indicate all'art. 10, comma 1 *bis* l. n. 109 del 1994 ("imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c."), norma in questa sede applicabile *ratione temporis*. Mentre nel caso di "controllo" ai sensi dell'art. 2359 c.c., opera un meccanismo di presunzione *iuris et de iure* circa la sussistenza di un'ipotesi turbativa del corretto svolgimento della procedura concorsuale (e quindi dei principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti), nel caso di sussistenza del c.d. "collegamento sostanziale", l'amministrazione è onerata di provare in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti, che siano tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei richiamati principi (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, V, 22 aprile 2004 n. 2317; Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2002, n. 685; V, 15 febbraio 2002, n. 923; IV, 27 dicembre 2001, n. 6424). Anche in assenza di specifiche previsioni nella *lex specialis*, la stazione appaltante deve disporre l'esclusione di offerte contenenti gli indizi di una concordata modalità di presentazione e formulazione, ovvero della provenienza da un unico centro decisionale. Difatti, in considerazione della peculiarità della materia e degli interessi pubblici tutelati, sarebbe irragionevole e contraddittorio richiedere nel bando la tipizzazione del fatto del collegamento o del controllo societario diverso da quello di cui all'articolo 2359 c.c., dal momento che tale previsione farebbe refluire il perseguimento dell'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente nel mero controllo della regolarità formale del procedimento, esponendo l'interesse protetto al pericolo di situazioni concrete di fenomeni di effettivo controllo o di altre situazioni societarie capaci di alterare la gara, non facilmente prevedibili o ipotizzabili. Ciò in quanto la tutela apprestata all'interesse pubblico alla corretta e regolare scelta del "giusto" contraente è finalizzata ad evitare che il relativo bene giuridico sia addirittura messo in pericolo: infatti, quand'esso fosse già stato leso o

vulnerato, sarebbe molto difficile, se non addirittura impossibile una *restitutio in integrum*, salva l'ipotesi dell'annullamento della gara e la sua rinnovazione, che però in ogni caso comporterebbe, per il tempo occorrente e per le risorse umane e finanziarie da impiegare e riallocare, un'offesa non riparabile ai principi di economicità, speditezza, celerità ed adeguatezza dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato VI, 13 giugno 2005, n. 3089; 23 giugno 2006, n. 4012; Sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7894). Sarebbe, comunque, preferibile che il divieto fosse esemplificato attraverso clausole del bando di gara.

A conferma della lesività ed illegittimità del “collegamento sostanziale” tra imprese partecipanti alla medesima procedura, l'art. 34 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture), ha precisato che “*le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi.*”

3. Passando all'esame del caso qui controverso, il Collegio, in ciò confermando la delibazione manifestata in sede cautelare con l'ordinanza 1465/04, ritiene che legittimamente l'amministrazione ha desunto, sulla scorta degli elementi raccolti nel corso dell'istruttoria procedimentale, un collegamento sostanziale tra la società ricorrente e un altro concorrente (LA PORTA MARIO), ostativo alla presentazione di offerte distinte nella medesima gara.

A questo riguardo rilevano ampiamente: il forte legame familiare (essendo LA PORTA MARIO il padre del legale rappresentante della L.P.M. STRADE S.R.L.); la circostanza di aver prodotto entrambi i concorrenti una certificazione di qualità ISO 9001, rilasciata non solo dalla stessa Società (la *European quality assurance*) ma anche in pari data e con numerazione progressiva.

A ciò si aggiunge che, anche nel corso di precedenti gare di appalto indette nel maggio e luglio 2002, gli stessi soggetti (L.P.M. STRADE S.R.L. E LA PORTA MARIO) erano stati parimenti esclusi dalla stazione appaltante (con determinazione accertata legittima dal Giudice amministrativo), per la sussistenza di elementi fortemente indiziari di collegamento sostanziale (il rilascio di polizze fideiussorie da parte della medesima agenzia con numero progressivo, la consegna contemporanea delle offerte, sede legali risultanti presso un medesimo studio di commercialisti). Tali elementi, sebbene rimossi per poter partecipare alla successiva gara per cui è causa, sono senza dubbio in grado di suffragare la bontà della opinione formulata dalla stazione appaltante circa la messa in pericolo dell'interesse pubblico alla corretta e regolare scelta del “giusto” contraente.

3.1. L'atto impugnato è, altresì, legittimamente giustificato dal fatto di essere la società ricorrente incorsa nella ipotesi di esclusione automatica di cui all'art. 75 lett. h) d.p.r. 554/1999.

Difatti, con riferimento alle precedenti gare di appalto citate pocanzi (punto 3 della motivazione), è stato accertato con sentenza del Giudice amministrativo passata in cosa giudicata (Cons. Stato, V sez., 15 aprile 2004 n. 2150), un collegamento sostanziale tra la società concorrente e il concorrente LA PORTA MARIO.

Sulle circostanze fondanti il collegamento sostanziale, la ricorrente ebbe a rendere false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, e ciò nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara del 2003 (quindi l'anno 2002) e nel corso dell'anno successivo alla data di iscrizione (30 giugno 2003) nel casellario informatico della causa di esclusione operante nei confronti della ricorrente.

Opera, allora, l'art. 75 comma 1 lett. h) d.P.R. n. 554 del 1999, nella parte in cui prevede espressamente che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici i concorrenti che, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici. Difatti, tale norma va interpretato in relazione all'art. 27 d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, concernente l'istituzione del "casellario-informatico" presso l'Osservatorio per i lavori pubblici, il quale dispone che in esso vanno inserite eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gare, accertate in esito alla procedura di cui all'art. 10 comma 1 quater l. n. 109 del 1994); le falsità cui fa riferimento l'art. 10 comma 1 quater l. n. 109 del 1994, all'uopo richiamato dall'art. 27 d.P.R. n. 34 del 2000, concernono i casi di accertata non veridicità delle dichiarazioni in ordine ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 23 novembre 2004, n. 3389).

3.2. Non sussiste violazione dell'art. 7 l. 241 del 1990, avendo la pubblica amministrazione, con comunicazione 11 maggio n. 20736, ottemperato all'onere fissato dalla norma, avendo avvertito di *“aver deciso di verificare l'eventuale sussistenza di specifici elementi oggettivi e concordanti di riconoscibilità del collegamento sostanziale già rilevato in capo ai concorrenti LA PORTA MARIO e L.P.M. STRADE S.R.L.”*

3.3. In definitiva, l'esclusione dalla gara, disposta dall'amministrazione il 21 maggio 2004, è pienamente conforme a legge.

4. Il rigetto del ricorso r.g. 2705/2004 determina, inesorabilmente, la sopravvenuta carenza di interesse alla caducazione del primo atto di esclusione del 2 febbraio 2004 (costituente oggetto del ricorso r.g. 1023/04), salvo l'accertamento incidentale della illegittimità ai soli fini risarcitori.

A quest'ultimo riguardo, si osserva che, avendo questo Tribunale accertati gli elementi costitutivi della fattispecie del controllo sostanziale e la conseguente legittimità dell'ultimo atto di esclusione della società ricorrente, è, in radice, esclusa l'antigiuridicità del danno invocato.

4.1. Per sopravvenuta carenza di interesse sono improcedibili i ricorsi incidentali proposti da S.A.S. S.R.L.

5. Le spese di lite seguono la soccombenza secondo la regola generale.

PQM

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così provvede:

Rigetta il ricorso 2705/2004;

Dichiara improcedibile la domanda di annullamento esperita nel ricorso r.g. 1023/04 e rigetta la domanda risarcitoria nel medesimo articolata;

Dichiara improcedibili i ricorsi incidentali proposti da S.a.s. s.r.l.;

Condanna L.P.M. STRADE S.R.L. al pagamento delle spese di lite in favore di METROPOLITANA MILANESE S.P.A. e di S.A.S. S.R.L. che si liquida complessivamente in € 1.600,45 ciascuno, oltre IVA e CPA, come per legge;

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 4 dicembre 2008, con l'intervento dei seguenti magistrati:

dott.	DOMENICO GIORDANO	Presidente,
dott.	STEFANO COZZI	Referendario
dott.	DARIO SIMEOLI	Referendario Estensore

Presidente
DOMENICO GIORDANO

Estensore
DARIO SIMEOLI

