

La dichiarazione di mancanza di collegamento, formale o sostanziale, fra imprese non riguarda solo quelle partecipanti alla medesima procedura, ma deve intendersi in assoluto in quanto nel momento di partecipazione, non è dato di sapere quali imprese parteciperanno e quali no.

In tema di obblighi relativi alla mancanza di collegamento, merita di essere segnalato il pensiero espresso dal Tar Sicilia, Catania, con la sentenza numero 2327 del 23 novembre 2006:

< E' evidente, pertanto, la sussistenza di situazioni di controllo sia c.d. sostanziale (vantando, l'amministratore l'esercizio delle funzioni di rappresentante legale in entrambe le società), sia la sussistenza di forme di collegamento societario, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2359 del codice civile, che espressamente considera società collegate quelle all'interno delle quali le decisioni degli organi possono essere influenzate da un unico soggetto (persona fisica o giuridica) e dunque nell'ipotesi, come quelle in esame, di concentrazione, in un unico centro di interessi, di rilevanti quote del capitale sociale di entrambe le società.

Di tutto ciò non vi è traccia nelle dichiarazioni di partecipazione alla gara dell'impresa ricorrente, atteso che quest'ultima ha attestato di non versare in alcuna situazione di controllo, diretto od indiretto, con altre società, né situazioni di collegamento societario.

Né sarebbe possibile sostenere che la dichiarazione di cui al punto 3 f) del disciplinare riguardi soltanto le imprese partecipanti alla gara, poiché dal tenore letterale di tale clausola surriportata è facile intuire che il Comune chiedeva una dichiarazione di insussistenza di situazioni con altre impresa tout court e non soltanto con quelle eventualmente concorrenti alla gara>

In particolare, osserva l'adito giudice, già la giurisprudenza si era espressa nel merito:

< Al riguardo, questa Sezione, con sentenza n. 1237 del 25 luglio 2005, ha affermato che "...l'art. 10, comma 1 bis della legge n. 109/94 dispone che non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, impedisce di partecipare alla stessa gara alle imprese collegate con altri concorrenti, per non turbare la libertà degli incanti, ma non esclude che possano sussistere situazioni di collegamento con ulteriori imprese, non partecipanti alla medesima gara, che vanno, comunque, dichiarate...".

Inoltre, con riferimento ad una identica clausola, introdotta dallo stesso Comune appaltante, il C.G.A., con sentenza n. 470 del 27 luglio 2005, ha sottolineato che tale onere "...non può essere riferito alle imprese partecipanti alla gara, se non altro perché, nel momento in cui è resa la dichiarazione, non è noto il quadro delle partecipazioni alla procedura concorsuale>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 1698/05 Reg. Gen.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania - Sezione Quarta, composto dai Signori Magistrati:

Dott. Biagio            CAMPANELLA            Presidente rel. est.

Dott. Ettore LEOTTA Consigliere

Dott. Francesco BRUGALETTA Consigliere

ha pronunciato la seguente

#### S E N T E N Z A

sul ricorso n. 1698/2005, proposto dalla \*\*\* COSTRUZIONI s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Seminara, presso il cui studio, sito in Catania, Corso delle Province, n. 203, è elettivamente domiciliata;

contro

il Comune di CATANIA, in persona del Sindaco pro tempore, costituito in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Fabio Alicata, dell'Avvocatura dell'Ente, presso la cui sede è elettivamente domiciliato, in Catania, via G. Oberdan, n. 141;

e nei confronti:

-del \*\*\* CONCORZIO, in persona del legale rappresentante pro tempore, controinteressato e ricorrente incidentale, rappresentato e difeso dall'avv. Fabio Lo Presti, presso il cui studio è elettivamente domiciliato, in Catania, via Etnea, n. 229;

-della \*\*\* 75 – società cooperativa a responsabilità limitata, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione –di cui al verbale di gara del 15.4.2005- dell'appalto dei lavori di costruzione della Scuola elementare e media, in via Grimaldi, 9, al controinteressato; del sottostante procedimento di gara, nella parte in cui il controinteressato è stato ammesso; in aggiunta, dell'ammissione alla gara dell'A.T.I. con capogruppo \*\*\* s.r.l.; di ogni successivo atto del procedimento che ha portato all'impugnata aggiudicazione, per quanto di interesse della ricorrente, e di ogni altro provvedimento e atto consequenziale, e per la declaratoria di invalidità del contratto, se stipulato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Catania e del controinteressato \*\*\* Consorzio, ricorrente incidentale;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore per la pubblica udienza dell'8 novembre 2006 il Presidente Dott. Biagio Campanella; uditi gli avvocati delle parti, come da relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Catania indiceva una gara per l'appalto dei lavori di costruzione di un edificio scolastico in via Grimaldi, 9, per l'importo complessivo a base d'asta di € 3.500.000,00.

Il bando richiedeva, al punto 8, la presentazione di una "cauzione provvisoria di € 17.500,00, costituita esclusivamente da fideiussione bancaria redatta secondo lo schema di cui al D.M. n. 123/04 pubblicato sulla G.U. n. 109 dell'11.5.2004 avente validità per almeno 180 giorni ...".

Partecipava alla gara, tra gli altri concorrenti, il \*\*\* Consorzio, il quale dichiarava "che l'impresa candidata all'esecuzione dei lavori, per il quale il Consorzio intende partecipare, è la \*\*\* 75 – soc. coop. a r.l...".

Oltre al predetto, partecipavano autonomamente alla gara - con offerte concorrenti - anche le imprese facenti parte del Consorzio medesimo.

Afferma la s.r.l. \*\*\* di aver appreso, a seguito di accesso agli atti, che il \*\*\* Consorzio è stato ammesso alla gara pur avendo presentato una cauzione non sottoscritta e non recante il richiamo dello schema-tipo; si deduce, pertanto, che lo stesso avrebbe dovuto essere escluso.

Inoltre, l'A.T.I. \*\*\* s.r.l. (capogruppo) – IMPIANTI E COSTRUZIONI s.r.l. (mandante) non avrebbe prodotto la cauzione richiesta.

Ciò nonostante, tanto l'ammissione del \*\*\* Consorzio quanto quella dell'A.T.I. appena menzionata venivano confermate; nella seduta conclusiva, le loro offerte, assieme a quella della \*\*\* Costruzioni, presentavano un identico ribasso, immediatamente inferiore alla soglia di anomalia.

Pertanto si procedeva al sorteggio, favorevole al \*\*\* Consorzio.

Con il ricorso in epigrafe, notificato il 17.6.2005 e depositato il 27 giugno successivo si chiede l'esclusione delle due menzionate concorrenti e si propongono i seguenti motivi di censura:

-Violazione del bando e del disciplinare di gara.

-Violazione del D.M. 12.3.2004, n. 123.

-Eccesso di potere per disparità di trattamento e manifesta ingiustizia.

Tanto il Comune di Catania quanto il \*\*\* Consorzio si sono costituiti in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso; il \*\*\* Consorzio ha pure proposto ricorso incidentale.

Non si è, invece, costituita l'altra A.T.I. controinteressata.

## DIRITTO

Il Collegio rileva che, con ulteriore ricorso incidentale, notificato il 31.3.2006 e depositato il 1° aprile successivo, il controinteressato \*\*\* CONSORZIO deduce l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa ricorrente per violazione e falsa applicazione del punto 3), lettera f) del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 1 bis della legge n. 109/94;

eccesso di potere per difetto dei presupposti e travisamento dei fatti.

Ricorda, preliminarmente, il Collegio che il ricorso incidentale assume una valenza pregiudiziale rispetto a quello principale ove abbia un effetto paralizzante, come nella ipotesi in cui l'aggiudicatario faccia valere una causa di esclusione a carico dell'impresa ricorrente; in tal caso il Giudice, di regola (salva la ipotesi, qui non rilevante, di due soli concorrenti), dovrà decidere sull'incidente e solo in caso di infondatezza di tale ricorso incidentale potrà esaminare l'impugnazione principale; e ciò nella considerazione che la ritenuta fondatezza del gravame incidentale precluderebbe, automaticamente e definitivamente, la possibilità, per l'impresa ricorrente principale, di veder valutata la propria offerta in comparazione con quelle concorrenti (cfr., C.G.A., nn. 205 del 15 maggio 2001 e 357 del 13 giugno 2005).

Orbene, il ricorso incidentale in questione è fondato.

Il disciplinare di gara imponeva alle imprese partecipanti di elencare, a pena d'esclusione, le imprese rispetto alle quali, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, si trovassero in situazione di controllo diretto od indiretto, od anche sostanziale, come controllante o come controllato, precisando, altresì, che "...tale dichiarazione deve essere resa, a pena di esclusione, anche se negativa...".

La previsione del bando, in sostanza, riportava il contenuto dell'art. 10 bis della legge n. 109/94, che espressamente esclude dalla partecipazione alla gara le "...imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile...", e ne allargava l'ambito, richiedendo l'elenco delle imprese in situazione di controllo diretto od indiretto, ovvero in situazione di collegamento sostanziale, anche con riferimento alle imprese non partecipanti alla gara, e comminandone l'esclusione nell'ipotesi di mancanza della dichiarazione ovvero di dichiarazione non veritiera.

Nel caso in esame, l'impresa ricorrente (già "\*\*\*\* Cantieri s.r.l.") ha reso una dichiarazione negativa, precisando di non accusare situazioni di collegamento o di controllo sostanziale.

Tuttavia, con nota n. 1051/04 del 25.1.2006, depositata presso questa Sezione in data 21 marzo 2006 (n. 4421 di prot.), inviata a riscontro di quanto richiesto con O.C.I. n. 461 del 15.12.2005, il Responsabile della P.O. Appalti LL.PP. del Comune di Catania ha comunicato:

"...E' da segnalare un fatto nuovo non conosciuto al momento della precedente relazione: l'impresa ricorrente ha fatto pervenire in data 27.07 2005 copia del verbale di assemblea del 02/05/2005 con il quale è stata modificata la ragione sociale da \*\*\* Cantieri s.r.l. a \*\*\* Costruzioni s.r.l. ed è stata trasferita la sede sociale; in tale atto si legge che la società ricorrente si trova in situazione di controllo diretto (art. 2359 c.c.) come con trollata, della società \*. s.r.l., la quale possiede il 94% del capitale di gara; tale situazione di controllo, però, non è stata dichiarata dalla società ricorrente in sede di gara, come espressamente richiesto dal disciplinare (art. 3 lett. F).

Proprio in relazione a tale comunicazione è stato proposto il ricorso incidentale in esame.

Anche dal verbale di assemblea del 2 maggio 2005, acquisito presso l'Ente appaltante, si rileva che l'impresa \*\*\* Cantieri, contrariamente a quanto affermato in sede di partecipazione alla gara, si trovava in posizione di società controllata rispetto ad un'altra società, denominata \*\*\* s.r.l.

In particolare, il 94% del capitale sociale dell'impresa oggi denominata \*\*\* Costruzioni è posseduto dall'impresa \*. s.r.l., mentre l'amministratore ed il legale rappresentante di entrambe le società è il sig. \*\*\* Giuseppe.

La società ricorrente principale si trova, quindi, in posizione di controllo come società controllata nei confronti di un'altra società, mentre entrambe sono amministrare dalla medesima persona fisica.

E' evidente, pertanto, la sussistenza di situazioni di controllo sia c.d. sostanziale (vantando, l'amministratore l'esercizio delle funzioni di rappresentante legale in entrambe le società), sia la sussistenza di forme di collegamento societario, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2359 del codice civile, che espressamente considera società collegate quelle all'interno delle quali le decisioni degli organi possono essere influenzate da un unico soggetto (persona fisica o giuridica) e dunque nell'ipotesi, come quelle in esame, di concentrazione, in un unico centro di interessi, di rilevanti quote del capitale sociale di entrambe le società.

Di tutto ciò non vi è traccia nelle dichiarazioni di partecipazione alla gara dell'impresa ricorrente, atteso che quest'ultima ha attestato di non versare in alcuna situazione di controllo, diretto od indiretto, con altre società, né situazioni di collegamento societario.

Né sarebbe possibile sostenere che la dichiarazione di cui al punto 3 f) del disciplinare riguardi soltanto le imprese partecipanti alla gara, poiché dal tenore letterale di tale clausola surriportata è facile intuire che il Comune chiedeva una dichiarazione di insussistenza di situazioni con altre impresa tout court e non soltanto con quelle eventualmente concorrenti alla gara.

Al riguardo, questa Sezione, con sentenza n. 1237 del 25 luglio 2005, ha affermato che "...l'art. 10, comma 1 bis della legge n. 109/94 dispone che non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, impedisce di partecipare alla stessa gara alle imprese collegate con altri concorrenti, per non turbare la libertà degli incanti, ma non esclude che possano sussistere situazioni di collegamento con ulteriori imprese, non partecipanti alla medesima gara, che vanno, comunque, dichiarate...".

Inoltre, con riferimento ad una identica clausola, introdotta dallo stesso Comune appaltante, il C.G.A., con sentenza n. 470 del 27 luglio 2005, ha sottolineato che tale onere "...non può essere riferito alle imprese partecipanti alla gara, se non altro perché, nel momento in cui è resa la dichiarazione, non è noto il quadro delle partecipazioni alla procedura concorsuale".

Pertanto, non avendo la società ricorrente elencato le società in posizione di controllo ed avendo reso, addirittura, al riguardo, una dichiarazione negativa, ne consegue che la ricorrente medesima avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

La fondatezza ed il conseguente accoglimento del ricorso incidentale comporta l'inammissibilità del ricorso principale.

Per quanto concerne le spese giudiziali, infine, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia-Sezione staccata di Catania-Sez. 4<sup>^</sup>, accoglie il ricorso incidentale proposto dalla \*\*\* Consorzio e dichiara INAMMISSIBILE il ricorso principale, meglio specificato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania, nelle Camere di consiglio dell'8 e del 22 novembre 2006.

IL PRESIDENTE rel. est.

Dott. Biagio CAMpanella

Depositata in Segreteria il 23 novembre 2006