

L'art. 2359 del codice civile identifica due tipi di relazione fra società: il "controllo" e il "collegamento": in linea di principio, l'art. 34 comma 2 si riferisce solo al controllo, non anche al semplice collegamento.

Un caso esemplare di «unicità del centro decisionale» può essere quello nel quale si presentino due società controllate entrambe dalla stessa persona fisica quale azionista maggioritario dell'una e dell'altra. Una situazione del genere non rientra negli schemi di cui all'art. 2359 cod. civ., ma certamente rientra nella previsione dell'art. 34, comma 2, del codice degli appalti

Ma, reciprocamente, non è detto che una situazione riconducibile all'art. 2359, comma 3, integri la figura della «unicità del centro decisionale» qualora questa non venga comprovata (come in questo caso non viene comprovata) mediante altri specifici ed univoci elementi di fatto.

Si dice che una società è "controllata" da un'altra società, quando la seconda dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria o comunque di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nella stessa assemblea; o ancora quando la prima è sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Si dice invece che una società è "collegata" ad un'altra quando la seconda esercita una "influenza notevole" sulla prima. La disposizione aggiunge che «L'influenza [notevole] si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti (...)».

Ciò posto, risulta evidente, innanzi tutto, che fra le due controinteressate non vi sono relazioni dirette qualificabili come "controllo" o "collegamento". Nessuna delle due esercita sull'altra né quella "influenza dominante" in cui consiste il controllo, né quella "influenza notevole" in cui consiste il collegamento.

. La ricorrente espone, tuttavia, che le due società sono entrambe controllate da (o collegate a) una società terza la quale detiene in ciascuna delle due una quota di poco inferiore al 50%.: è ciò sarebbe sufficiente a vietare la partecipazione delle due società controllate ad una stessa gara.? Ci si chiede ora se ciò basti per ritenere senz'altro inammissibili le offerte delle due società collegate?

Sul punto, il Collegio ritiene di aderire alla prospettazione della ricorrente, in quanto si può ritenere assodato in giurisprudenza che il divieto di simultanea partecipazione alle gare, di cui all'art. 34, comma 2, del codice degli appalti, riguarda non solo le società di cui l'una sia dominata dall'altra, ma anche le società che siano dominate dalla terza._Si può dunque affermare che fra le due società sussiste, quanto meno, l'ipotesi del "collegamento" di cui all'art. 2359, comma terzo, cod. civ., in quanto la quota di partecipazione detenuta nell'una e nell'altra dalla società terza supera il 20%. _ Il Collegio ritiene di dover rispondere negativamente al quesito se ciò basti per dover necessariamente escludere le due

imprese, perché si è accertato (sinora) che fra le due società e la terza sussiste una relazione di “collegamento”, ma non si è (ancora) accertato che sussista una relazione di “controllo”. _Peraltro, la giurisprudenza in materia ha sempre attribuito rilievo alla differenza fra il concetto di controllo e quello di (semplice) collegamento, ed ha riconosciuto che, in linea di principio, l’art. 34 comma 2 si riferisce solo al controllo, non anche al semplice collegamento. _ E’ vero che l’art. 34, comma 2, non prevede l’esclusione solo nel caso in cui sussista la situazione tipica di controllo come definita dall’art. 2359, primo comma, cod. civ., ma anche nel caso in cui sussista quella situazione che la giurisprudenza chiama “collegamento sostanziale” e che si verifica quando «sulla base di univoci elementi» risulta che «le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale». _Questo Collegio, tuttavia, ritiene che non vi sia coincidenza fra la previsione testé citata e quella dell’art. 2359, secondo comma, cod. civ.. **In altre parole, il Collegio ritiene, da un lato, che la causa di esclusione di cui all’art. 34, comma 2, secondo periodo, si possa riconoscere (beninteso, sempreché vi siano univoci elementi di fatto) anche in casi nei quali non sussiste quella partecipazione azionaria superiore al 20% nella quale consiste il collegamento; ma, dall’altro, che la suddetta partecipazione superiore al 20% non sia sufficiente, da sola, a far ritenere che le due offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale.** _In altre parole, dettando l’art. 34, comma 2, seconda parte, il legislatore ha imposto a chi vuol sostenere l’inammissibilità delle offerte – laddove manchi la situazione di controllo in senso tipico - l’onere di dimostrare “in concreto” la unicità del centro decisionale. Unicità che non si può ritenere presunta solo perché sussista la partecipazione superiore al 20%. _Nulla impediva invero al legislatore di formulare l’art. 34, ad esempio, come segue: «Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo “o di collegamento” di cui all’articolo 2359 del codice civile». Ma il legislatore non ha seguito questa strada. **In conclusione, la parte ricorrente non ha assolto l’onere di provare che fra le due partecipanti sussista una relazione di controllo o che comunque le loro offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale**

Si legga anche

ANCHE IL COLLEGAMENTO PRESUNTO (ex art. 2359, 3° comma, c.c.) TRA IMPRESE È CAUSA DI ESCLUSIONE DALLA PROCEDURA

Trattandosi di collegamento presunto ex. 2359, 3° comma, c.c. la Commissione di gara non doveva fornire ulteriori indizi da cui desumere la presenza di un unico centro decisionale, essendo nella specie l’influenza notevole desumibile ex lege, diversamente da quanto avviene per l’ipotesi del collegamento sostanziale tra imprese

Sulla problematica in esame è ora intervenuto il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture), che ha attribuito espressamente rilevanza non solo al collegamento sostanziale tra imprese ma anche a quello presunto ex art. 2359, 3° comma, c.c. Invero, l’art. 34 in riferimento all’affidamento dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture ha disposto che “non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazione di controllo di cui all’art. 2359 del codice civile”, precisando poi, nel periodo successivo, 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”; e l’art.90 in riferimento alla progettazione e concorsi di progettazione ha statuito che non può partecipare alle relative gare “..un soggetto controllato, controllante o collegato all’affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall’articolo 2359 del codice civile”. _Di detta normativa ha preso atto anche l’Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (ora sui contratti pubblici) con la determinazione n. 1 del 29.3.2007, ove

viene affermato che “quella prevista dall’art. 2359, comma 3, c.c., vale a dire la situazione di collegamento presunto in funzione dell’influenza notevole esercitata da un soggetto su un altro soggetto, senza necessità di ulteriori indagini al fine di accertare il collegamento stesso”. **Anche se il bando di gara risale a data anteriore al D. L.vo n.163/2006, nel relativo capitolato speciale (art. 8), per i partecipanti alla gara, è stata espressamente prevista la dichiarazione di “non trovarsi..... in una situazione di collegamento o controllo di cui all’ art. 2359 c.c. , formale o sostanziale, con altri concorrenti, singoli o in associazione.....”, clausola che comprende non solo il collegamento sostanziale tra imprese ma anche quello presunto.**

Merita di essere segnalata la decisione numero 4285 dell’ 8 settembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

< Il raggruppamento appellante sostiene in sostanza che nella specie sussisterebbe un collegamento indiretto a carico della SIC e della ALFA2, cioè tra due partecipanti alla gara, non ricorrendo alcuna ipotesi di collegamento ex art. 2359 c.c., né tanto meno sarebbero stati forniti elementi che dimostrino in maniera concludente una preventiva concertazione delle offerte formulate, per cui non potrebbero essere escluse dalla gara due imprese per il solo fatto di un collegamento indiretto in cui un terzo soggetto possiede un pacchetto azionario in entrambe le società.

7.Detta tesi non può essere condivisa in quanto non tiene conto della specifica disciplina di gara e degli orientamenti attuali di questo Consiglio in tema di collegamento presunto tra imprese ex art. 2359, 3° comma, c.c.

7.1. Come è noto, sotto la vigenza dell’art. 10, comma 1-bis, della L. n. 109 del 1994 e successive modificazioni (secondo cui “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”), questo Consiglio di Stato si è orientato inizialmente in senso negativo sulla possibilità di escludere dalle gare le imprese per il solo fatto del collegamento senza considerare gli eventuali effetti distorsivi che il collegamento societario avesse prodotto in concreto (V. la decisione della Sezione n.16 del 12 gennaio 1999).

In modo ancora più restrittivo si è espressa l’Autorità di vigilanza su lavori pubblici con la determinazione n. 27/2000 del 9.6.2000, ritenendo che “il tenore letterale della disposizione di cui all’art. 10, comma 1 bis della legge 109/94 fa emergere che il divieto ivi contenuto è da considerarsi relativo esclusivamente al caso di società che si trovino tra loro in una situazione di controllo di cui all’art. 2359 c.c..”

5.2.Peraltro, successivamente si è progressivamente affermato un orientamento favorevole alla possibilità di individuare ipotesi di “collegamento sostanziale” tra imprese, diverse e ulteriori rispetto a quelle indicate nel menzionato art. 10, comma 1-bis (Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2002, n. 685; V, 15 febbraio 2002, n. 923; IV, 27 dicembre 2001, n. 6424), con la precisazione che, mentre nel caso della sussistenza dell’ipotesi del “controllo” di cui all’art.10, comma 1-bis, 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” deve essere provato nello specifico e in concreto l’esistenza di elementi oggettivi e concordanti, che siano tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei richiamati principi (Cons. Stato, V, 22 aprile 2004, n. 2317).

5.3.E’ evidente che 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.

E' stato dunque ritenuto consentito alla stazione appaltante prevedere l'esclusione delle offerte, quando specifici elementi oggettivi e concordanti inducano a ritenere la sussistenza di situazioni (ulteriori rispetto alle forme di collegamento societario di cui all'art. 2359 Cod. civ.) capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purché l'individuazione non oltrepassi il limite della ragionevolezza e della logicità rispetto alla tutela avuta di mira e consistente nell'autentica concorrenza tra le offerte.

Inoltre, questo Consiglio di Stato, tenendo conto che si tratta dell'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara, ha ritenuto che, anche in assenza di specifiche previsioni nella *lex specialis*, la stazione appaltante debba comunque disporre l'esclusione di offerte contenenti i indizi di una concordata modalità di presentazione e formulazione, ovvero della provenienza da un unico centro decisionale, per quanto rimanga preferibile che il divieto sia rafforzato attraverso clausole espresse del bando di gara.

La giurisprudenza ha invero rilevato che tra le cause di esclusione dalle gare vi sono, oltre ai casi di cui all'art. 2359 Cod. civ., le ipotesi non codificate di "collegamento sostanziale", le quali, attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla procedura a un unico centro decisionale, causano la vanificazione dei principi generali in tema di par condizio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione; il fatto che la rilevanza del collegamento anche sostanziale sia stata esplicitata nel bando vale a fortiori, non essendo la previsione di questa clausola essenziale per una tale esclusione (si vedano, tra le molte, Cons. Stato, VI, 13 giugno 2005, n. 3089; V, 12 ottobre 2004, n. 6570; VI, 13 giugno 2005, n. 3089; IV, 19 ottobre 2006, n. 6212; VI, 30 ottobre 2006, n. 6449).

5.4. Indubbiamente, in relazione alla specifica disciplina di gara che normalmente in passato non prevedeva l'esclusione per le imprese collegate ma solo di quelle controllate, sono venute per lo più all'esame della giurisprudenza situazioni di collegamento sostanziale tra imprese e dei relativi indizi di riconoscibilità, che hanno oscurato la rilevanza del collegamento presunto di cui al vigente art. 2359 comma 3, c.c. secondo cui "sono considerate società collegate le società sulle quali 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" (la cui formulazione attuale risale all'art. 1 D. L.vo 9 aprile 1991 n. 127).

Peraltro, in linea generale si deve osservare che una volta riconosciuto come causa di distorsione della concorrenza e della parità di trattamento il collegamento sostanziale tra imprese non può che attribuirsi rilevanza anche al collegamento presunto tra imprese ex art. 2359, 3° comma, c.c., trattandosi dell'esigenza di tutelare i medesimi interessi pubblici .>

Ma non solo

< D'altra parte, questo Consiglio già prima del D. L.vo n. 163/2006 aveva lucidamente segnalato la differenza tra il collegamento presunto di imprese ed il collegamento sostanziale in un caso in cui la *lex specialis* rinviava alle nozioni di controllo e collegamento ai sensi dell'articolo 2359 c.c., precisando che "Il terzo comma di detta ultima disposizione, a sua volta, fissa una presunzione di collegamento legata alla presenza di partecipazioni che attribuiscono un diritto di voto nell'assemblea ordinaria per almeno un quinto o un decimo in caso di società quotate, stabilendo poi una nozione elastica, da sostanziare nel caso concreto, di influenza notevole tra le società in questione. E' poi chiaro che detta ultima nozione, in omaggio alle coordinate comunitarie, fa riferimento ad una situazione di potere effettivo di condizionamento non necessariamente legato a dati formali quale l'entità della partecipazione azionaria."

Inoltre, ha recentemente affermato il principio secondo cui “un’interpretazione utile della ratio posta a fondamento del divieto di partecipazione alla gara di imprese avvinte da un collegamento sostanziale impone l’applicazione del principio non solo al caso in cui partecipino alle gare società controllanti e controllate ma anche laddove la situazione di controllo delle società partecipanti alle gare sia rilevante rispetto ad un terzo non partecipante ma in grado tuttavia, come detentore di pacchetti di maggioranza delle diverse partecipanti, di esercitare l’influenza dominante descritta dall’art. 2359 c.c.” (Sez. VI, n. 2950 del 4 giugno 2007).>

Si legga anche

Legittimo annullamento di un’aggiudicazione definitiva

Un’interpretazione utile della ratio posta a fondamento del divieto di partecipazione alla gara di imprese avvinte da un collegamento sostanziale impone l’applicazione del principio non solo al caso in cui partecipino alle gare società controllanti e controllate ma anche laddove la situazione di controllo delle società partecipanti alle gare (e non di mero collegamento) sia rilevante rispetto ad un terzo non partecipante ma in grado tuttavia, come detentore di pacchetti di maggioranza delle diverse partecipanti, di esercitare l’influenza dominante descritta dall’art. 2359 c.c..

merita di essere segnalato il seguente passaggio espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 2950 del 4 giugno 2007:

< Le eccezioni preliminari articolate dalle parti resistenti non sono suscettibili di accoglimento alla stregua dei rilievi che seguono:

a) quanto al profilo di improcedibilità del ricorso in relazione all’omessa impugnazione dell’aggiudicazione definitiva è sufficiente ricercare che il profilo di nullità di detta ultima statuizione colto dal Primo Giudice esclude l’opponibilità di sbarramenti decadenziali rilevanti per le sole cause di annullamento;

b) in ordine, poi, alla preclusione derivante dalla stipula del contratto intervenuto nelle more è sufficiente rammentare, per un verso, che l’interesse dell’annullamento si radica anche in relazione ai soli risvolti risarcitori e che, in ogni caso, alla stregua di un orientamento già espresso dalla Sezione e pienamente applicabile al caso di specie caratterizzato dal supposto annullamento dell’aggiudicazione provvisoria seguita da un’aggiudicazione definitiva ab origine inefficace in quanto radicalmente nulla, l’annullamento dell’atto di aggiudicazione costituente mero presupposto abilitante alla stipulazione contrattuale produce effetto caducante a danno di quest’ultima;

c) la tempestività del ricorso di primo grado esclude infine l’attribuzione di valenza preclusiva all’avvenuta pregressa impugnazione in un precedente giudizio in seno al quale, peraltro, il contraddittorio non era stato ritualmente instaurato>

ma vi è di più

l’adito giudice infatti decreta anche che:

< Dall’esame degli atti si evince che l’aggiudicazione definitiva è avvenuta in epoca successiva all’ordinanza con la quale questa Sezione ha accolto l’istanza cautelare di sospensione della sentenza accordando una misura cautelare da intendersi, pena la sua inutilità, come volta a sospendere

l'aggiudicazione provvisoria e, in ogni caso, ad inibire la futura aggiudicazione definitiva e le misure conseguenti.

L'intervento del provvedimento di aggiudicazione definitiva in costanza di una misura cautelare che tale approdo amministrativo precludeva, configura pertanto un'ipotesi paradigmatica di carenza di potere sanzionata con la nullità ai sensi della regola juris sottesa al disposto dell'art. 21 septies, comma 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241.>

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 261 del 28 maggio 2009, emessa dal Tar Umbria, Perugia

N. 00261/2009 REG.SEN.

N. 00169/2009 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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 169 del 2009, proposto da: ALFA Medica S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Calvieri, Ottavio Grandinetti, Alessandro Pace, con domicilio eletto presso Carlo Calvieri in Perugia, via Bartolo, 43;

contro

Asl n. 3 - Foligno, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Marcucci, con domicilio eletto presso Massimo Marcucci in Perugia, via Bartolo N. 10; Asl 4 - Terni;

nei confronti di

BETA Foligno S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Marco Mariani, con domicilio eletto presso Luciano Ghirga in Perugia, piazza Piccinino, 10; BETADUE Life S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Maria Rosaria Ambrosini,

Emanuela Persichetti, Elena Tascini, con domicilio eletto presso Elena Tascini in
Perugia, piazza Piccinino, 10;
BETATRE Italia S.r.l.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

1. in parte qua, del verbale di gara n. 5 del 12 febbraio 2009 e dei relativi allegati, con cui l'ASL 3 Umbria ha proceduto ad aggiudicare provvisoriamente -tra gli altri- il lotto n. 5 della procedura aperta per l'acquisto e la fornitura in service di ausili tecnici per persone disabili; di ogni atto presupposto, coevo e conseguente anche sconosciuto, ivi compresi i verbali di gara n. 1 del 23 ottobre 2008; n. 2 del 28 ottobre 2008; n. 3 del 7 gennaio 2009; n. 4 del 16 gennaio 2009, nella parte in cui non hanno escluso dalla stessa gara i concorrenti BETATRE Italia s.r.l. e RTI BETADUE Life s.r.l. e BETA Foligno s.r.l.; nonché, l'aggiudicazione definitiva se intervenuta medio tempore, comunque anch'essa sconosciuta;
2. nonché per l'integrale risarcimento di tutti danni subiti e conseguenti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl n. 3 - Foligno;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di BETA Foligno S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di BETADUE Life S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27/05/2009 il Pres. Pier Giorgio Lignani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente, ALFA Medicale s.r.l., ha partecipato alla gara indetta dalla Azienda Sanitaria Locale n. 3 dell'Umbria per la fornitura di ausili tecnici per persone disabili.

La fornitura era divisa in cinque lotti, e in pratica per ciascuno di essi si è svolta una gara autonoma.

Relativamente al lotto 5, la ALFA Medicale s.r.l. si è classificata al secondo posto, mentre al primo posto si è classificato il raggruppamento BETADUE Life s.r.l. con BETA Foligno s.r.l.; alla gara per il lotto n. 5 aveva partecipato anche BETATRE Italia s.r.l., la cui offerta però era stata esclusa per ragioni formali.

2. Ricorre ora ALFA Medicale s.r.l., deducendo che il raggruppamento aggiudicatario del quinto lotto doveva essere escluso, così come si sarebbe dovuta escludere (se non fosse stata esclusa per altro motivo) BETATRE Italia s.r.l., in applicazione dell'art. 34, comma 2, del codice degli appalti pubblici.

L'art. 34, comma 2, dispone: «Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile».

Ad avviso della ricorrente ALFA, tale situazione sussiste fra BETA Foligno s.r.l. (componente del raggruppamento aggiudicatario) e BETATRE Italia s.r.l., e ciò in quanto una società terza (BETATERZA s.p.a.) detiene il 49% delle quote di BETATRE ed il 41% delle quote di BETA Foligno.

3. Resistono al ricorso l'Azienda appaltante e – con separate difese - le controinteressate BETADUE Life e BETA Foligno.

4. In occasione della trattazione della domanda cautelare in camera di consiglio, le parti hanno aderito alla definizione immediata della controversia ed il Collegio ritiene di poter procedere in tal senso.

5. Il Collegio osserva che l'art. 2359 del codice civile identifica due tipi di relazione fra società: il “controllo” e il “collegamento”.

Si dice che una società è “controllata” da un'altra società, quando la seconda dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria o comunque di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nella stessa assemblea; o ancora quando la prima è sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Si dice invece che una società è “collegata” ad un'altra quando la seconda esercita una “influenza notevole” sulla prima. La disposizione aggiunge che «L'influenza

[notevole] si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti (...)».

Ciò posto, risulta evidente, innanzi tutto, che fra BETATRE e BETA Foligno non vi sono relazioni dirette qualificabili come “controllo” o “collegamento”. Nessuna delle due esercita sull'altra né quella “influenza dominante” in cui consiste il controllo, né quella “influenza notevole” in cui consiste il collegamento.

6. La ricorrente espone, tuttavia, che le due società sono entrambe controllate da (o collegate a) una società terza, e cioè la BETATERZA s.p.a., la quale detiene in ciascuna delle due una quota di poco inferiore al 50%.

E ciò sarebbe sufficiente a vietare la partecipazione delle due società controllate ad una stessa gara.

Sul punto, il Collegio ritiene di aderire alla prospettazione della ricorrente, in quanto si può ritenere assodato in giurisprudenza che il divieto di simultanea partecipazione alle gare, di cui all'art. 34, comma 2, del codice degli appalti, riguarda non solo le società di cui l'una sia dominata dall'altra, ma anche le società che siano dominate dalla terza.

Si può dunque affermare che fra le due società sussiste, quanto meno, l'ipotesi del “collegamento” di cui all'art. 2359, comma terzo, cod. civ., in quanto la quota di partecipazione detenuta nell'una e nell'altra dalla società terza (BETATERZA) supera il 20%.

7. Ci si chiede ora se ciò basti per ritenere senz'altro inammissibili le offerte delle due società collegate.

Il Collegio ritiene di dover rispondere negativamente, perché si è accertato (sinora) che fra le due società e la BETATERZA sussiste una relazione di “collegamento”, ma non si è (ancora) accertato che sussista una relazione di “controllo”.

Peraltro, la giurisprudenza in materia ha sempre attribuito rilievo alla differenza fra il concetto di controllo e quello di (semplice) collegamento, ed ha riconosciuto che, in linea di principio, l'art. 34 comma 2 si riferisce solo al controllo, non anche al semplice collegamento.

La ricorrente cita alcune pronunce (in particolare, Cons. Stato n. 4285/2008) nelle quali sembra affermata, invece, l'equiparazione fra controllo e collegamento, ai fini di cui ora si discute.

Ma la decisione n. 4285/2008, a ben vedere, si riferisce ad un caso nel quale era la “lex specialis” della gara a prevedere il (semplice) collegamento come causa di

esclusione; e conferma, richiamando anche giurisprudenza anteriore, che l'ente appaltante può legittimamente aggravare in tal modo il divieto disposto dall'art. 34, comma 2.

Nel caso in esame, invece, non risulta, o comunque non viene dedotto, che la "lex specialis" contenesse disposizioni di questo genere.

8. E' vero che l'art. 34, comma 2, non prevede l'esclusione solo nel caso in cui sussista la situazione tipica di controllo come definita dall'art. 2359, primo comma, cod. civ., ma anche nel caso in cui sussista quella situazione che la giurisprudenza chiama "collegamento sostanziale" e che si verifica quando «sulla base di univoci elementi» risulta che «le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale».

Questo Collegio, tuttavia, ritiene che non vi sia coincidenza fra la previsione testé citata e quella dell'art. 2359, secondo comma, cod. civ..

In altre parole, il Collegio ritiene, da un lato, che la causa di esclusione di cui all'art. 34, comma 2, secondo periodo, si possa riconoscere (beninteso, sempreché vi siano univoci elementi di fatto) anche in casi nei quali non sussiste quella partecipazione azionaria superiore al 20% nella quale consiste il collegamento; ma, dall'altro, che la suddetta partecipazione superiore al 20% non sia sufficiente, da sola, a far ritenere che le due offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale.

In altre parole, dettando l'art. 34, comma 2, seconda parte, il legislatore ha imposto a chi vuol sostenere l'inammissibilità delle offerte – laddove manchi la situazione di controllo in senso tipico - l'onere di dimostrare "in concreto" la unicità del centro decisionale. Unicità che non si può ritenere presunta solo perché sussista la partecipazione superiore al 20%.

Nulla impediva invero al legislatore di formulare l'art. 34, ad esempio, come segue: «Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo "o di collegamento" di cui all'articolo 2359 del codice civile». Ma il legislatore non ha seguito questa strada.

Un caso esemplare di «unicità del centro decisionale» può essere quello nel quale si presentino due società controllate entrambe dalla stessa persona fisica quale azionista maggioritario dell'una e dell'altra. Una situazione del genere non rientra negli schemi di cui all'art. 2359 cod. civ., ma certamente rientra nella previsione dell'art. 34, comma 2, del codice degli appalti.

Ma, reciprocamente, non è detto che una situazione riconducibile all'art. 2359, comma 3, integri la figura della «unicità del centro decisionale» qualora questa non

venga comprovata (come in questo caso non viene comprovata) mediante altri specifici ed univoci elementi di fatto.

9. Altra questione è se la relazione fra BETATERZA, BETA Foligno e BETATRE vada oltre il (semplice) collegamento di cui all'art. 2359, terzo comma, cod. civ., sino a raggiungere la soglia del vero e proprio controllo, come definito dal primo comma.

A questo proposito si ricorda che la quota di BETATERZA nelle due società è superiore al 40% ma inferiore al 50%.

La ricorrente tuttavia adombra la tesi che BETATERZA disponga in realtà del 100% dei voti nell'assemblea di BETATRE, in quanto "procuratrice" di SIAD s.p.a. che è titolare di tutte le altre quote.

Ma, ad avviso del Collegio, la circostanza denunciata non è pertinente, e ciò per due distinte e risolutive ragioni:

(a) l'art. 2359 cod. civ. espressamente chiarisce che per quanto da esso previsto non si tiene conto dei voti spettanti per conto di terzi;

(b) dal certificato camerale relativo a SIAD s.p.a., prodotto dalla ricorrente, emerge che la procura rilasciata a BETATERZA non consente a quest'ultima di esercitare per conto di SIAD i poteri inerenti alle partecipazioni in altre società.

Si può dunque escludere che ricorra l'ipotesi di controllo di cui all'art. 2359, primo comma, n. 1 (titolarità della maggioranza dei voti in assemblea).

10. Ci si chiede ora se ricorra l'ipotesi di cui all'art. 2359, primo comma, n. 2: titolarità di un numero di voti sufficiente per esercitare una influenza dominante.

A questo proposito appare manifesto che nella mente del legislatore la "influenza dominante" menzionata nel primo comma è cosa diversa dalla "influenza notevole" menzionata nel terzo.

Ora, si può senz'altro escludere che BETATERZA abbia un'influenza dominante nell'assemblea di BETATRE perché, come si è visto, la maggioranza delle azioni è detenuta interamente da un altro azionista, SIAD s.p.a., che non è controllato da BETATERZA.

Ma non risulta provato neppure che BETATERZA, con il suo 41%, abbia un'influenza dominante nell'assemblea di BETA Foligno.

Dalla documentazione camerale in atti risulta che il 56% delle quote è cointestato ai signori Francesco, Marco e Carlo B., e che il restante 3% è intestato allo stesso Francesco B.. Sembra quindi escluso che si possano configurare situazioni nelle quali la quota di BETATERZA venga a risultare determinante.

La ricorrente tuttavia prospetta l'ipotesi (peraltro estrema e non realistica) che eventuali dissidi fra gli altri soci inducano costoro a disertare l'assemblea. Ma è un argomento che prova troppo, perché allora sarebbe virtualmente "dominante" chiunque detenga qualsivoglia numero di azioni, anche una sola, non potendosi escludere a priori che quel socio si trovi ad essere l'unico presente e votante, o a determinare la formazione di una maggioranza. Chiaramente l'art. 2359 non vuol dire questo.

Non è significativa, infine, l'ulteriore circostanza addotta dalla ricorrente: e cioè che uno dei tre membri del consiglio di amministrazione di BETA Foligno sia un esponente di BETATERZA (gli altri due sono Francesco B., che è anche presidente e amministratore delegato, e Carlo B.). Anzi questo dato di fatto conferma che la posizione di BETATERZA è minoritaria anche in seno al consiglio di amministrazione.

11. In conclusione, la parte ricorrente non ha assolto l'onere di provare che fra BETATRE e BETA Foligno sussista una relazione di controllo o che comunque le loro offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale (ed in questa situazione ci si può dispensare dall'approfondire il problema del limitato "peso" di BETA Foligno in seno al raggruppamento con BETADUE Life).

In conclusione, il ricorso va respinto. Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese legali che liquida nella somma di Euro 3.000 per ciascuna delle tre parti costituite, oltre agli accessori di legge ed alle spese successive che occorrono.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 27/05/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente, Estensore

Annibale Ferrari, Consigliere

Carlo Luigi Cardoni, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO