

In tema di collegamento sostanziale e formale tra partecipanti alla stessa procedura ad evidenza pubblica: nel caso in cui si è in presenza di una posizione dominante concretizzantesi esclusivamente nel possesso delle quote finanziarie di alcune società

Autore: Lazzini Sonia

In: Coperture assicurative

Attualmente l'art. 34, comma 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, così recita: "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. 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". Può quindi affermarsi, in via generale, che la vicenda conosciuta come collegamento tra imprese e rilevante nel settore dell'affidamento delle commesse pubbliche, manifesta le seguenti caratteristiche:a)esso, sulla base dei concetti desumibili dal comma 3 dell'art. 2359 c.c., è quel rapporto tra Società in virtù del quale l'una esercita sull'altra un'influenza notevole;b)

tale influenza si presume nel caso in cui nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti, o un decimo se la Società è quotata in borsa (si parla così di collegamento "formale"), mentre va verificata in concreto nelle altre ipotesi, non tipizzate né tipizzabili (che appunto per questo fanno parlare di collegamento "sostanziale");c)deriva dalla suesposta sintetica definizione, esportata dal diritto civile, la considerazione secondo la quale il collegamento è un fenomeno di natura preminentemente economico-funzionale che coinvolge due o più imprese, finalizzato (appunto, tramite l'influenza notevole) all'utilizzo del potenziale di ciascuna di esse in una logica di gruppo, con la conseguenza che la fotografia esteriore del fenomeno non determina la nascita di un autonomo centro di interessi, poiché le Società collegate mantengono la propria personalità giuridica e la propria autonomia_ gli intrecci parentali e di partecipazioni azionarie costituiscono meri indizi di un possibile collegamento sostanziale, che necessariamente, al fine di ritenere operativa la disposizione di cui all'art. 10, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994, deve essere confermato da riscontri concreti e comunque idonei a fornire la prova che le offerte provengano da un unico centro di interessi_ e)

il Codice dei contratti pubblici ha inteso, pertanto, estendere a tutti gli eventuali soggetti affidatari di appalti pubblici, a prescindere dalla forma che in concreto essi rivestano (soggetti individuali o collettivi), la disciplina, espressamente dettata per le società, di cui all'art. 2359 c.c.. Infatti, il citato art. 34, comma

2, si riferisce non alle sole società, ma a tutti i concorrenti intesi quali potenziali partecipanti, seppure richiamando l'art. 2359 c.c. ai fini della sola individuazione del controllo: l'anzidetta disposizione del decreto legislativo n. 163 del 2006 impone l'automatica esclusione dei concorrenti per lo stesso affidamento in caso di situazioni di controllo. La situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. realizza, infatti, una presunzione *juris et de jure* di conoscibilità dell'offerta della controllata da parte della controllante, che non può essere confutata neppure fornendo la prova che la controllata ha formulato la propria offerta in totale autonomia. L'esistenza di situazioni di influenza dominante tra più imprese comporta un turbamento nello svolgimento della gara, che può incidere sulle offerte dei concorrenti, sulla loro media e sulla conseguente soglia di anomalia. A siffatto tipo di alterazione viene riconosciuta, dal legislatore, una rilevanza assoluta e di principio ai fini dell'esclusione dalle gare d'appalto, non legata all'onere di dimostrarne la specifica influenza negativa sull'esito della procedura concorsuale. **_ se è vero che l'accertamento del collegamento tra società, in relazione alla presunzione di cui all'art. 2359 comma 3 c.c., che considera collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole, va condotto alla stregua di elementi oggettivi e concordanti, utili a dimostrare che le ditte siano riconducibili ad un unico centro decisionale, in una situazione di intreccio delle partecipazioni finanziarie e degli organi amministrativi e societari che faccia ritenere plausibile una reciproca conoscenza o condizionamento delle rispettive offerte e quindi una lesione della par condicio e della segretezza delle offerte medesime, nel caso in cui - come è quello in esame - un soggetto risulti titolare delle quote sociali di una o più società tutte concorrenti nella medesima gara, solo allorquando la società dominante abbia la possibilità di determinare la gestione ordinaria e straordinaria delle imprese partecipate e di nominare gli amministratori e quindi anche di condizionare la quantificazione dei rispettivi ribassi percentuali in vista della partecipazione alla gara, si produrrebbe l'effetto illegittimo della violazione della par condicio dei concorrenti nelle gare pubbliche**

Nel caso di specie, dalla documentazione prodotta dalle parti, non si apprezza la sussistenza dei più volte richiamati gravi e concordanti indici rivelatori del collegamento, in quanto:

§

la BETA & BETA S.r.l., la Leo DELTA S.r.l. e la GAMMA S.p.a. non risultano essere collegate tra di loro attraverso partecipazioni reciproche o partecipazioni dell'una nell'altra, in assenza di alcuna prova di documentazione patrizia idonea a dimostrare tale intreccio;

§

dall'esame degli organi delle Società in questione, non risultano sussistere intrecci tra gli organi amministrativi, stante l'assoluta diversità tra i componenti;

§

non emergono clausole sociali o patti parasociali dai quali far discendere una posizione dominante da parte della ZETA Italy Holding S.r.l. tale da ricomprendere, oltre alla mera (seppur significativa) partecipazione finanziaria, anche una potenziale capacità decisionale in ordine alle attività svolte dalle singole Società partecipate;

§

sedi sociali ed operative sono collocate in luoghi differenti;

§

non si sono manifestate, infine, modalità di presentazione delle offerte da parte delle tre ditte che possano indurre a ritenere che le stesse siano state confezionate in un unico contesto ovvero nella conoscenza del contenuto delle stesse da parte delle ditte prima della loro presentazione.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 3418 del 23 aprile 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

<sotto altro versante prospettico, il fenomeno del collegamento non è di per sé illecito, atteso che le norme civilistiche che se ne occupano lo fanno in funzione della tutela del diritto all'informazione degli azionisti e dei terzi, a garanzia del quale è prevista un'articolata serie di prescrizioni, da osservare nella formazione del bilancio di esercizio;

d'altronde, la stessa normativa civilistica consente di tratteggiare una differenza essenziale tra i due fenomeni nei quali può riconoscersi l'intreccio, vale a dire il "controllo" ed il "collegamento". Tale differenza si compendia nella decrescente gradazione di intensità della relazione tra i soggetti appartenenti al gruppo: mentre nel controllo l'influenza tra le imprese è "dominante" - e dunque lascia presumere il totale condizionamento della volontà dell'una sull'altra - nel collegamento l'influenza è soltanto "notevole" e quindi richiede di volta in volta un'indagine per verificare se questo condizionamento in concreto vi sia, laddove esso sia finalizzato a ledere o mettere in pericolo un bene protetto.>

ma non solo

La giurisprudenza sul punto ha chiarito che:

§

è sicuramente vero che in tema di appalto di lavori pubblici, il divieto previsto art. 10, comma 1-bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 si basa, attraverso il richiamo all' art. 2359 c.c., su una presunzione, di talché non è escluso che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo societario, da accertare di volta in volta, atte ad alterare la gara d'appalto, il che rende legittimo che l'Amministrazione appaltante possa introdurre clausole di esclusione dalla gara in presenza di tali ulteriori ipotesi di fatto, con il limite della loro ragionevolezza rispetto alla tutela che intende perseguire, e cioè la corretta individuazione del giusto contraente

§

nonostante ciò, l'art. 2359 stabilisce che sono collegate le società sulle quali un'altra società esercita una influenza notevole (che si presume in caso di titolarità del quinto delle azioni). La ratio della legge in materia di lavori pubblici consiste nell'evitare il turbamento nello svolgimento della gara, derivante da situazioni di influenza dominante tra più imprese, che possano influire sulle offerte delle concorrenti, sulla

loro media, e sulla conseguente soglia di anomalia, con connessa violazione dei principi di segretezza dell'offerta, della par condicio e della trasparenza; non può pertanto ritenersi che tale divieto di partecipazione (che determina la esclusione) si applichi solo alle società, perché è evidente che la struttura di impresa non societaria costituirebbe soltanto lo strumento per frodare la legge. In altri termini, rimandando all'art. 2359 c.c., la legge n. 109 del 1994 fa rilevare il fatto che, in virtù di incroci di partecipazioni, di collegamenti tra amministratori, di patti parasociali, o per altre situazioni di influenza notevole, si rilevi la esistenza di un unico centro decisionale, corrispondente a quello che, con la maggioranza dei voti, si avvera nelle società controllate o collegate

§

premesso quanto sopra e precisato come, al fine di individuarsi una situazione di controllo societario, le forme e le misure di possesso di azioni, di quote o partecipazioni in genere, la esistenza di patti parasociali, la collocazione di soggetti negli organi di amministrazione possono essere le più varie, deve chiarirsi, in modo significativo, che quello che assume rilievo, ai fini della partecipazione alle gare, è che non vi sia riferibilità ad una medesima persona, ad un medesimo gruppo di persone o ad una medesima società, delle decisioni formalmente attribuibili ad entità diverse. In altri termini, laddove la situazione di collegamento non sia acclarata a mezzo di elementi oggettivi (vincoli contrattuali parasociali, coincidenza tra organi esecutivi, partecipazioni incrociate), essa può essere tuttavia desunta da elementi indiziari, e pur tuttavia oggettivi e concordanti, numerosi, univoci e peraltro obiettivamente rilevabili in via fatto

§

ancora più in particolare, per quel che qui rileva, si è ulteriormente precisato che l'art. 10, comma 1-bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, che vieta la partecipazione a gare d'appalto di lavori pubblici alle imprese che si trovino tra loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., va inteso in senso tecnico, come volontà di includere nel divieto le sole situazioni di controllo e di escluderne quelle di collegamento e non è suscettibile di applicazione estensiva o analogica sia per l'insussistenza di una lacuna dell'ordinamento, emergente dal confronto con altre disposizioni della stessa legge, sia perché di stretta interpretazione, posto che il divieto costituisce un'eccezione ai principi costituzionali di libertà di iniziativa economica e di uguaglianza

§

ma non solo: l'Autorità, nella determinazione n. 1 del 29 marzo 2007, ha ulteriormente chiarito che, oltre alla situazione di controllo, da cui discende l'automatica esclusione dalla gara, l'art. 34, comma 2, menziona altresì un'altra ipotesi legittimante l'estromissione dalla procedura ad evidenza pubblica, vale a dire l'accertamento, da parte della stazione appaltante, che i concorrenti o alcuni di essi abbiano presentato offerte imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. Questa ipotesi costituisce una tipica situazione di collegamento, ulteriore rispetto a quella espressamente prevista nel terzo comma dell'art. 2359 c.c. (si veda al riguardo l'Atto di regolazione n. 27 del 9 giugno 2000 dell'Autorità)

§

non possono concorrere alle gare soggetti riconducibili ad un unico centro decisionale (stessi amministratori, stessa sede, analoghe modalità di presentazione delle offerte, stessa compagnia di assicurazioni, ecc., ovvero elementi ed indici oggettivi che inducono a ritenere che le offerte provengano dallo stesso soggetto). La disposizione del Codice stabilisce un preciso limite alla discrezionalità dell'amministrazione, che può esercitare il potere di esclusione, solo allorché disponga di elementi significativi che non lascino margini di dubbio sul "collegamento sostanziale" tra i concorrenti. Al fine di individuare gli elementi probatori sulla cui base la stazione appaltante può dichiarare la violazione dei principi di segretezza e par condicio ed è, quindi, abilitata ad emettere il provvedimento di esclusione in caso di collegamento sostanziale distorsivo del corretto esplicarsi della procedura ad evidenza pubblica, occorre compiere un esame approfondito del caso concreto, prendendo in considerazione soltanto elementi oggettivi di riconoscibilità del collegamento sostanziale, utili per poter affermare che le offerte di alcuni concorrenti siano oggettivamente riconducibili ad un medesimo centro di interessi, ovvero ad un centro decisionale comune

§

Il potere di accertamento e di valutazione di tali situazioni ben può essere esercitato dalla commissione di gara che, in quanto incaricata di vagliare la documentazione e le offerte prodotte dalle imprese partecipanti, si rivela l'organo maggiormente capace di percepire, in modo diretto ed immediato (proprio nell'espletamento della sua specifica funzione), anomalie tali da palesare la sussistenza di una situazione idonea ad alterare la regolarità della competizione

E per quanto riguarda il parere del giudice civile?

Anche il giudice civile si è occupato di tale profilo dell'istituto del collegamento negoziale, puntando l'accento sulla fattispecie in cui emerge uno stretto legame economico tra imprese partecipate, affermando che (cfr., da ultimo, Cass., Sez. III, 17 luglio 2007 n. 15879):

§

per la configurabilità del gruppo di società o di imprese (che non costituisce un soggetto giuridico o, comunque, un centro d'interessi autonomo rispetto alle società collegate) occorre la prova di un accordo fra le varie società, diretto a creare un'impresa unica, con direzione unitaria e patrimoni tutti destinati al conseguimento di una finalità comune e ulteriore;

§

il gruppo o collegamento di società è tale solo in senso economico, mentre, sul piano giuridico, è considerato ai limitati effetti previsti dal codice civile (art. 2359 c.c., art. 2424 c.c., comma 1, n. 10, art. 2624 c.c.), senza che possa in alcun modo parlarsi, rispetto ad esso, di personalità giuridica e neppure di una qualsiasi, pur limitata, forma di soggettività o di centro d'imputazione;

§

fermo quanto sopra, in tema di collegamento societario la previsione dell'art. 2359 c.c., comma 3, considera collegate le società sulle quali un'altra società esercita una influenza notevole e detta influenza ritiene sussistente, per presunzione di legge, qualora nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa;

§

il valore precettivo, che esprime la suddetta norma (che, peraltro, stabilisce una regola generale valida per tutte le società di capitali, ancorchè essa si collochi nella disciplina della società per azioni), è, quindi, nel senso che il collegamento deve consistere in un rapporto intercorrente tra società o imprese e che la situazione della "influenza notevole", non altrimenti individuata se non nella ipotesi della prevista presunzione di legge, non può che derivare essenzialmente in virtù di intese dirette a realizzare finalità comuni, attraverso una convergente politica societaria e mediante l'utilizzazione delle risorse patrimoniali di ciascuna delle partecipanti al gruppo

per la particolare fattispecie sottoposta ai giudici romani quindi:

<Sicuramente una situazione egemonica di una Società (nel caso la ZETA Italy Holding S.r.l.), presente totalitariamente (100%) nella composizione societaria di tre Società partecipanti alla stessa gara (vale a dire socio unico della BETA & BETA S.r.l., della Leo DELTA S.r.l. e della GAMMA S.p.a.) indurrebbe a ritenere plausibile un collegamento negoziale. Tuttavia tale elemento - la presenza totalitaria sotto il profilo finanziario - non esaurisce il profilo degli indici rivelatori del collegamento, dovendo esso invece accompagnarsi (per raggiungere quella consapevolezza, anche in via di fatto, oltre che quel rilievo in via di diritto) ad altri gravi e concordanti elementi relativi, ad esempio, alle concrete modalità di presentazione delle offerte da parte delle predette imprese, semmai spedite nello stesso giorno dallo stesso ufficio postale (presentando un numero progressivo di raccomandata), ovvero accompagnate da polizze fidejussorie stipulate presso lo stesso Ente, anche queste rilasciate dalla stessa società di assicurazione e contrassegnate da un numero progressivo), ecc., elementi tutti che farebbero ritenere che le offerte provengano da un unico centro di interessi>

Ma vi è di più

§

Nel caso di specie, dalla documentazione prodotta dalle parti, non si apprezza la sussistenza dei più volte richiamati gravi e concordanti indici rivelatori del collegamento, in quanto:

§

la BETA & BETA S.r.l., la Leo DELTA S.r.l. e la GAMMA S.p.a. non risultano essere collegate tra di loro attraverso partecipazioni reciproche o partecipazioni dell'una nell'altra, in assenza di alcuna prova di documentazione patrizia idonea a dimostrare tale intreccio;

§

dall'esame degli organi delle Società in questione, non risultano sussistere intrecci tra gli organi amministrativi, stante l'assoluta diversità tra i componenti;

§

non emergono clausole sociali o patti parasociali dai quali far discendere una posizione dominante da parte della ZETA Italy Holding S.r.l. tale da ricomprendere, oltre alla mera (seppur significativa) partecipazione finanziaria, anche una potenziale capacità decisionale in ordine alle attività svolte dalle singole Società partecipate;

§

sedi sociali ed operative sono collocate in luoghi differenti;

§

non si sono manifestate, infine, modalità di presentazione delle offerte da parte delle tre ditte che possano indurre a ritenere che le stesse siano state confezionate in un unico contesto ovvero nella conoscenza del

contenuto delle stesse da parte delle ditte prima della loro presentazione.

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

N.

7161

ANNO 2007

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

Sezione Seconda

ANNO 2008

composto dai Signori:

Luigi TOSTI

Presidente

Carlo Modica de MOHAC

Componente;

Stefano TOSCHEI

Estensore;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. R.g **7161** del **2007** proposto dalla

“ARMANDO ALFA S.p.a.”, in persona del rappresentante legale pro tempore, in proprio nonché quale mandataria in costituendo R.T.I. con le Società “ALFABIS CONSULTING S.r.l.” e “ALFATER & CO. S.r.l.”, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Mario Sanino, Riccardo Rossotto e Federico Vecchio ed elettivamente domiciliate presso lo studio di quest’ultimo in Roma, Via Ludovisi n. 16;

contro

l’AMMINISTRAZIONE AUTONOMA DEI MONOPOLI DI STATO, in persona del Direttore pro tempore, rappresentata e difesa dall’Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, domicilia per legge;;

e nei confronti

di “BETA & BETA S.r.l.” e di “BETABIS S.r.l.”, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti Domenico Dodaro e Serena Cianciullo ed elettivamente domiciliati presso il loro studio in Roma, Via Bissolati n. 76;

per l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia

-

del verbale del 1° giugno 2007 n. 9 con cui la Commissione incaricata della valutazione delle offerte di partecipazione all’appalto concorso - con procedura ristretta, per l’affidamento dei servizi di cui al lotto n. 1 della gara indetta con bando inviato all’Ufficio delle pubblicazioni della Comunità europea in data 11 dicembre 2006 - ha proceduto all’aggiudicazione provvisoria della predetta gara nei confronti del R.T.I. tra le Società BETA & BETA S.r.l., quale mandataria e BETABIS S.r.l., quale mandante;

-

della lettera prot. n. 2007/19801-1/giochi/GST del 4 giugno 2007 con la quale l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato ha dato comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria di cui sopra;

-

di ogni altro atto comunque connesso, coordinato, anteriore o successivo a quello sopra indicato;

e per la condanna

al risarcimento del danno;

nonché per l'annullamento, per effetto di motivi aggiunti

-

del decreto direttoriale n. prot. 2007/22174/giochi/GST del 3 luglio 2007 con cui è stata disposta, ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, l'aggiudicazione definitiva in favore del R.T.I. tra le Società BETA & BETA S.r.l., quale mandataria e BETABIS S.r.l., quale mandante, per il lotto n. 1 e della V.p.a., per il lotto n. 2;

del decreto direttoriale n. prot. 2007/24755/giochi/GST dell'11 luglio 2007 con cui è stato approvato il contratto n. prot. 2007/24296/giochi/GST del 9 luglio 2007, stipulato tra l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato e il R.T.I. composto tra la Società BETA & BETA S.r.l., quale mandataria e BETABIS S.r.l., per l'affidamento dei servizi oggetto del lotto n. 1 dell'appalto concorso più sopra meglio indicato;

-

di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi compreso, per quanto di ragione e per quanto occorre possa, del contratto n. prot. 2007/24296/giochi/GST del 9 luglio 2007, stipulato tra l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato e il R.T.I. composto tra la Società BETA & BETA S.r.l., quale mandataria e BETABIS S.r.l., per l'affidamento dei servizi oggetto del lotto n. 1 dell'appalto concorso più sopra meglio indicato;

e per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

Visto il ricorso principale e quello contenente motivi aggiunti con i documenti allegati;

Vista la costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e delle Società controinteressate ed i documenti prodotti;

Esaminate le memorie integrative depositate;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 23 gennaio 2008 il dott. Stefano Toschei; presenti per la parte ricorrente l'avv. Sanino e l'avv. Vecchio, per la Società controinteressata l'avv. Cianciullo e l'avv. dello Stato Fedeli per la difesa erariale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso indicato in epigrafe il Raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalle Società Armando ALFA S.p.a, ALFABIS Consulting S.r.l. e ALFATER & Co. S.r.l. (d'ora in avanti indicato come RTI

ricorrente) ha impugnato i provvedimenti con i quali l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato ha aggiudicato la selezione di appalto concorso con procedura ristretta per l'affidamento di alcuni servizi in favore del Raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalle Società BETA & BETA S.r.l. e BETABIS S.r.l. (d'ora in poi RTI controinteressato).

In particolare i servizi da affidarsi erano distinti in due lotti.

Al primo lotto erano assegnati:

-

servizio di ideazione e realizzazione di campagne di prodotto e istituzionali tese a promuovere, sostenere e valorizzare il portafoglio giochi dell'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato;

-

servizio di ideazione e realizzazione di iniziative di comunicazione prodotto specifiche (a mero titolo indicativo e non esaustivo: promozioni, eventi stampa e non, concorsi a premi, materiali POP, new media) su target group mirati;

-

pianificazione, proposizione, contrattualizzazione e monitoraggio di iniziative di sponsorizzazione, di manifestazioni sportive e non, riconducibili alla strategia di comunicazione pubblicitaria dell'Amministrazione, volte a valorizzare e diffondere la conoscenza dei marchi del portafoglio giochi, nell'ambito dello specifico target di riferimento.

Al secondo lotto erano assegnati:

-

pianificazioni strategiche, prenotazioni e acquisto spazi media, sia per campagne di prodotto che per iniziative di carattere istituzionale;

-

sviluppo di iniziative stampa e tv, che completino ed integrino la pianificazione strategica senza incidere sul costo della stessa, consentendo all'Azienda autonoma di rivolgersi direttamente al target.

Il Raggruppamento ricorrente sostiene che l'aggiudicazione, prima provvisoria e poi definitiva, disposta nei confronti del Raggruppamento controinteressato debba ritenersi illegittima, attesa l'evidente situazione di collegamento intercorrente tra le imprese BETA & BETA S.r.l., risultata aggiudicataria, la Leo DELTA Company S.r.l. e la GAMMA S.p.a., partecipanti alla selezione. In secondo luogo l'aggiudicazione deve, altresì, ritenersi illegittimamente disposta in quanto i criteri di valutazione dei componenti delle offerte non erano stati compiutamente determinati nella lex specialis di gara, di talché la Commissione si sarebbe prodotta in un intervento sostitutivo da ritenersi contrario con le disposizioni vigenti disciplinanti la corretta selezione delle ditte nell'ambito della procedura di affidamento di una pubblica commessa.

Il Raggruppamento ricorrente proponeva domanda di risarcimento dei danni subiti nonché di dichiarazione di inefficacia della convenzione medio tempore stipulata.

Si sono costituiti in giudizio l'Amministrazione resistente e la RTI controinteressata, conALFAndo analiticamente le avverse affermazioni e chiedendo la reiezione dei ricorsi proposti (quello originario e quello contenente motivi aggiunti) nonché delle domande risarcitorie e conseguenti azionate dal Raggruppamento ricorrente.

Le parti depositavano ulteriori memorie con altri documenti e confermavano le già rassegnate conclusioni.

Alla udienza pubblica del 23 gennaio 2008 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. - Viene all'esame del Tribunale la conALFata legittimità della procedura per l'affidamento, tramite appalto concorso a procedura ristretta, di alcuni servizi in materia di pubblicità delle attività svolte dall'Amministrazione dei Monopoli di Stato, in particolare nel settore dei giochi, sopra meglio indicati.

Il RTI ricorrente deduceva due motivi di gravame:

A)

il primo riferito ad un conALFato collegamento tra imprese intercorrente tra la BETA & BETA S.r.l., mandataria del Raggruppamento risultato aggiudicatario, la Leo DELTA Company S.r.l. e la GAMMA S.p.a., quali ditte partecipanti alla selezione;

B)

il secondo avente ad oggetto la non corretta valutazione delle offerte operata dalla Commissione di gara atteso che questa, per evidente carenze riscontrabili nella lex specialis, avrebbe operato la ridetta valutazione intervenendo illegittimamente nello specificare il peso ponderale degli elementi oggetto di indagine e di assegnazione dei relativi punteggi.

2. - Al fine di scrutinare adeguatamente la fondatezza del primo motivo di gravame, occorre evidenziare in via di fatto gli elementi che darebbero luogo al conALFato illegittimo collegamento per come emergono dalla documentazione depositata in atti.

Alla selezione hanno partecipato, tra le altre, le seguenti concorrenti: Armando ALFA S.p.a, ALFABIS Consulting S.r.l. e ALFATER & Co. S.r.l. (cioè il RTI ricorrente), BETA & BETA S.r.l. e BETABIS S.r.l. (cioè il RTI controinteressato), Leo DELTA Company S.r.l. (mandataria dell'omonimo RTI), GAMMA S.r.l. e GAMMA Dialog S.r.l. (mandante e mandataria del RTI GAMMA).

Ad avviso delle ricorrenti la BETA & BETA S.r.l., la BETABIS S.r.l., la Leo DELTA Company S.r.l., la GAMMA S.r.l. e la GAMMA Dialog S.r.l. appartengono al medesimo gruppo societario internazionale facente parte della GAMMA Groupe S.A., la cui consociata italiana, ZETA Holding Italy S.r.l., detiene il 100% del capitale sociale di ciascuna delle Società stesse (così a pag 5 del ricorso introduttivo), di talché non può che evidenziarsi, a parere delle stesse ricorrenti, l'illegittimità della procedura selettiva siccome svolta dall'Amministrazione intimata, non avendo quest'ultima rilevato l'evidente collegamento tra le

imprese ed adottato le decisioni (di esclusione) conseguenti.

In particolare, tenuto conto che l'ordinamento vigente da rilievo sia alle situazioni di controllo tra imprese partecipanti ad una selezione sia a quelle, più ampie nel realizzarsi, di collegamento sostanziale, ad avviso delle ricorrenti entrambe le fattispecie si sarebbero realizzate nel caso in esame, giacché alla medesima selezione hanno partecipato ben tre diversi candidati riuniti in tre RTI che (la BETA & BETA S.r.l. e la BETABIS S.r.l., la Leo DELTA Company S.r.l., la GAMMA S.r.l. e la GAMMA Dialog S.r.l.) oltre a fare riferimento, attraverso un sistema di partecipazioni a catena, alla medesima Società di diritto straniero (la GAMMA Groupe S.A.), hanno tutte un capitale sociale detenuto dalla Società ZETA: ne deriva che ben potrebbe affermarsi come alla selezione bandita dall'Azienda autonoma dei Monopoli di Stato abbia partecipato soltanto la ZETA che (per il tramite delle tre RTI, BETA & BETA, Leo DELTA Company e GAMMA) ha moltiplicato le proprie possibilità di vedersi aggiudicata la medesima selezione, ricavando in tal modo un illegittimo vantaggio concorrenziale nei confronti delle altre ditte partecipanti.

3. - Controdeduce l'Amministrazione dei Monopoli chiarendo che sia la giurisprudenza amministrativa più recente sia le decisioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici concludono nel senso che l'intreccio delle partecipazioni azionarie non è di per sé vietato dal sistema normativo e, quindi, tale elemento non si riconduce direttamente alla fattispecie di collegamento sostanziale dalla quale il medesimo ordinamento fa discendere il divieto per le ditte coinvolte di partecipazione alla stessa selezione pubblica. Tale evenienza si verifica, piuttosto, allorquando ricorrano gravi precisi e concordanti elementi che, attraverso una indagine condotta caso per caso, disvelino l'idoneità della partecipazione di ditte collegate ad alterare quei principi di imparzialità, correttezza e par condicio tra i concorrenti che regolano l'ordinato svolgersi delle selezioni per l'affidamento di pubbliche commesse.

Nel caso di specie, precisa l'Amministrazione, la BETA & BETA, la Leo DELTA Company e GAMMA sono partecipate ciascuna per l'integrità del proprio capitale sociale da una holding finanziaria denominata ZETA Italy Holding S.r.l. che, a propria volta, risulta essere una holding finanziaria che, per statuto, svolge unicamente "attività, non nei confronti del pubblico, di assunzione di partecipazioni in altre società o enti, di finanziamento delle società o enti nei quali partecipa, di compravendita di titoli pubblici o privati con esclusione di qualsiasi attività di direzione e coordinamento delle società nelle quali partecipa" (ved. pagg. 11 e 12 della memoria dell'Amministrazione resistente). E ciò risulterebbe anche dalle visure camerali.

Da qui, ad avviso dell'Amministrazione, l'insufficienza a determinare la riconduzione ad unico centro decisionale della posizione sussumibile in capo ad una Società svolgente attività esclusivamente finanziaria e non imprenditoriale nei confronti di una o più società da essa, (ripetesi) solo economicamente, partecipate.

Questo per quanto concerne il rapporto tra ZETA Italy Holding S.r.l. e la triade BETA & BETA, Leo DELTA Company e GAMMA.

Con riguardo, invece, al collegamento tra le tre imprese, esse non risultano collegate attraverso partecipazioni reciproche o che comunque le interessino e le coinvolgano né si apprezzerebbero elementi di intreccio tra gli organi decisionali.

4. - Nello stesso solco tracciato dall'Amministrazione si pone anche la difesa del RTI controinteressato che specifica come:

-

le sedi, legali ed operative, delle tre Società sono fissate in luoghi diversi (BETA & BETA ha la sede legale a Roma, in Piazza del Popolo n. 18 ed una sede operativa a Milano, in Corso Monforte n. 52; la Leo DELTA Company ha sede legale a Milano, Via Fatebenefratelli n. 14 ed una sede operativa a Roma, in Via Crescenzo n. 38; la GAMMA ha sede legale a Milano, Via Alberto Riva Villasanta n. 3 ed una sede operativa a Roma, Via Tata Giovanni n. 8);

-

nessuno dei componenti degli organi amministrativi di una società è al contempo componente degli organi amministrativi delle altre;

-

le società operano in regime di concorrenza tra di loro e ne è dimostrazione la circostanza che molti clienti dalle stesse curati sono in aperta e diretta concorrenza tra di loro.

-

in ragione di quanto sopra, ad avviso della RTI controinteressata, le prospettazioni della RTI ricorrente raccolte nel primo motivo di gravame risulterebbero nei fatti infondate.

5. - Con riferimento alla prima censura prospettata dalla parte ricorrente, in punto di diritto e sotto il versante normativo, giova ricordare che:

a)

l'art. 10, comma 1-bis (aggiunto dall'art. 3 della legge 18 novembre 1998 n. 415), della legge 11 febbraio 1994 n. 109 stabiliva 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";

b)

a sua volta l'art. 2359 c.c. recita "Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate 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";

c)

attualmente l'art. 34, comma 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, così recita: "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. 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".

Può quindi affermarsi, in via generale, che la vicenda conosciuta come collegamento tra imprese e rilevante nel settore dell'affidamento delle commesse pubbliche, manifesta le seguenti caratteristiche:

a)

esso, sulla base dei concetti desumibili dal comma 3 dell'art. 2359 c.c., è quel rapporto tra Società in virtù del quale l'una esercita sull'altra un'influenza notevole;

b)

tale influenza si presume nel caso in cui nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti, o un decimo se la Società è quotata in borsa (si parla così di collegamento "formale"), mentre va verificata in concreto nelle altre ipotesi, non tipizzate né tipizzabili (che appunto per questo fanno parlare di collegamento "sostanziale");

c)

deriva dalla suesposta sintetica definizione, esportata dal diritto civile, la considerazione secondo la quale il collegamento è un fenomeno di natura preminentemente economico-funzionale che coinvolge due o più imprese, finalizzato (appunto, tramite l'influenza notevole) all'utilizzo del potenziale di ciascuna di esse in una logica di gruppo, con la conseguenza che la fotografia esteriore del fenomeno non determina la nascita di un autonomo centro di interessi, poiché le Società collegate mantengono la propria personalità giuridica e la propria autonomia (cfr. in tal senso, Cass. 16 maggio 2000 n. 6361, Cass. 29 novembre 1993 n. 11801, Cass. 3 agosto 1991 n. 8532 e Cass. 2 febbraio 1988 n. 957);

d)

sotto altro versante prospettico, il fenomeno del collegamento non è di per sé illecito, atteso che le norme civilistiche che se ne occupano lo fanno in funzione della tutela del diritto all'informazione degli azionisti e

dei terzi, a garanzia del quale è prevista un'articolata serie di prescrizioni, da osservare nella formazione del bilancio di esercizio;

e)

d'altronde, la stessa normativa civilistica consente di tratteggiare una differenza essenziale tra i due fenomeni nei quali può riconoscersi l'intreccio, vale a dire il "controllo" ed il "collegamento". Tale differenza si compendia nella decrescente gradazione di intensità della relazione tra i soggetti appartenenti al gruppo: mentre nel controllo l'influenza tra le imprese è "dominante" - e dunque lascia presumere il totale condizionamento della volontà dell'una sull'altra - nel collegamento l'influenza è soltanto "notevole" e quindi richiede di volta in volta un'indagine per verificare se questo condizionamento in concreto vi sia, laddove esso sia finalizzato a ledere o mettere in pericolo un bene protetto.

6. - La giurisprudenza sul punto ha chiarito che:

a)

è sicuramente vero che in tema di appalto di lavori pubblici, il divieto previsto art. 10, comma 1-bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 si basa, attraverso il richiamo all' art. 2359 c.c., su una presunzione, di talché non è escluso che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo societario, da accertare di volta in volta, atte ad alterare la gara d'appalto, il che rende legittimo che l'Amministrazione appaltante possa introdurre clausole di esclusione dalla gara in presenza di tali ulteriori ipotesi di fatto, con il limite della loro ragionevolezza rispetto alla tutela che intende perseguire, e cioè la corretta individuazione del giusto contraente (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2004 n. 5464);

b)

nonostante ciò, l'art. 2359 stabilisce che sono collegate le società sulle quali un'altra società esercita una influenza notevole (che si presume in caso di titolarità del quinto delle azioni). La ratio della legge in materia di lavori pubblici consiste nell'evitare il turbamento nello svolgimento della gara, derivante da situazioni di influenza dominante tra più imprese, che possano influire sulle offerte delle concorrenti, sulla loro media, e sulla conseguente soglia di anomalia, con connessa violazione dei principi di segretezza

dell'offerta, della par condicio e della trasparenza; non può pertanto ritenersi che tale divieto di partecipazione (che determina la esclusione) si applichi solo alle società, perché è evidente che la struttura di impresa non societaria costituirebbe soltanto lo strumento per frodare la legge. In altri termini, rimandando all'art. 2359 c.c., la legge n. 109 del 1994 fa rilevare il fatto che, in virtù di incroci di partecipazioni, di collegamenti tra amministratori, di patti parasociali, o per altre situazioni di influenza notevole, si rilevi la esistenza di un unico centro decisionale, corrispondente a quello che, con la maggioranza dei voti, si avvera nelle società controllate o collegate (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1 luglio 2002 n. 3601);

c)

premesse quanto sopra e precisato come, al fine di individuarsi una situazione di controllo societario, le forme e le misure di possesso di azioni, di quote o partecipazioni in genere, la esistenza di patti parasociali, la collocazione di soggetti negli organi di amministrazione possono essere le più varie, deve chiarirsi, in modo significativo, che quello che assume rilievo, ai fini della partecipazione alle gare, è che non vi sia riferibilità ad una medesima persona, ad un medesimo gruppo di persone o ad una medesima società, delle decisioni formalmente attribuibili ad entità diverse. In altri termini, laddove la situazione di collegamento non sia acclarata a mezzo di elementi oggettivi (vincoli contrattuali parasociali, coincidenza tra organi esecutivi, partecipazioni incrociate), essa può essere tuttavia desunta da elementi indiziari, e pur tuttavia oggettivi e concordanti, numerosi, univoci e peraltro obiettivamente rilevabili in via fatto (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 luglio 2004 n. 5185);

d)

ancora più in particolare, per quel che qui rileva, si è ulteriormente precisato che l'art. 10, comma 1-bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, che vieta la partecipazione a gare d'appalto di lavori pubblici alle imprese che si trovino tra loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., va inteso in senso tecnico, come volontà di includere nel divieto le sole situazioni di controllo e di escluderne quelle di collegamento e non è suscettibile di applicazione estensiva o analogica sia per l'insussistenza di una lacuna dell'ordinamento, emergente dal confronto con altre disposizioni della stessa legge, sia perché di stretta interpretazione, posto che il divieto costituisce un'eccezione ai principi costituzionali di libertà di iniziativa economica e di uguaglianza (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III, 25 maggio 2005, n. 4170 e T.A.R. Lazio, Latina, 6 agosto 2004 n. 663);

e)

conseguentemente ed in definitiva, gli intrecci parentali e di partecipazioni azionarie costituiscono meri indizi di un possibile collegamento sostanziale, che necessariamente, al fine di ritenere operativa la disposizione di cui all'art. 10, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994, deve essere confermato da riscontri concreti e comunque idonei a fornire la prova che le offerte provengano da un unico centro di interessi (cfr., anche, in merito, Consiglio Stato, Sez. IV, 7 settembre 2004 n. 5792).

7. - Nel contesto normativo sopra riportato e nella consapevolezza interpretativa fatta propria dalla dottrina e dalla giurisprudenza surriferita, si è inserito anche l'avviso dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (oggi Autorità di vigilanza sui contratti pubblici).

Con determinazione n. 1 del 29 marzo 2007, l'Autorità, con riferimento alla disposizione introdotta nel Codice dei contratti pubblici in tema di divieto di partecipazione alle selezioni di imprese in collegamento tra di loro, ha affermato che:

a)

l'art. 2359 c.c. individua, come è noto, il rapporto di controllo societario nelle seguenti fattispecie: **a)** società in cui un'altra società dispone dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (cd. controllo interno o azionario di diritto); **b)** società in cui un'altra società dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (cd. controllo interno o azionario di fatto); **c)** società che sono sotto l'influenza dominante di altra società, in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa (cd. controllo esterno o contrattuale);

b)

da siffatte situazioni di controllo il terzo comma dell'art. 2359 c.c. tiene distinte le situazioni di collegamento, laddove stabilisce che: "Sono considerate 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 borsa";

c)

l'art. 2359 c.c. definisce entrambe le nozioni di controllo e di collegamento, in funzione del concetto di influenza dominante per le ipotesi di controllo (commi 1 e 2) e di influenza notevole per le ipotesi di collegamento (comma 3);

d)

l'art. 2359 c.c. rileva ai fini del divieto, imposto dall'art. 34, comma 2, del decreto legislativo n. 163 del 2006, alla partecipazione a procedure di affidamento dei contratti pubblici. Tale disposizione prevede, infatti, che "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. 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)

il Codice dei contratti pubblici ha inteso, pertanto, estendere a tutti gli eventuali soggetti affidatari di appalti pubblici, a prescindere dalla forma che in concreto essi rivestano (soggetti individuali o collettivi), la disciplina, espressamente dettata per le società, di cui all'art. 2359 c.c.. Infatti, il citato art. 34, comma 2, si riferisce non alle sole società, ma a tutti i concorrenti intesi quali potenziali partecipanti, seppure richiamando l'art. 2359 c.c. ai fini della sola individuazione del controllo;

f)

l'anzidetta disposizione del decreto legislativo n. 163 del 2006 impone l'automatica esclusione dei concorrenti per lo stesso affidamento in caso di situazioni di controllo. La situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. realizza, infatti, una presunzione *juris et de jure* di conoscibilità dell'offerta della controllata da parte della controllante, che non può essere confutata neppure fornendo la prova che la controllata ha formulato la propria offerta in totale autonomia. L'esistenza di situazioni di influenza dominante tra più imprese comporta un turbamento nello svolgimento della gara, che può incidere sulle offerte dei concorrenti, sulla loro media e sulla conseguente soglia di anomalia. A siffatto tipo di

alterazione viene riconosciuta, dal legislatore, una rilevanza assoluta e di principio ai fini dell'esclusione dalle gare d'appalto, non legata all'onere di dimostrarne la specifica influenza negativa sull'esito della procedura concorsuale.

8. - Fissato quanto sopra l'Autorità, nella determinazione n. 1 del 29 marzo 2007, ha ulteriormente chiarito che, oltre alla situazione di controllo, da cui discende l'automatica esclusione dalla gara, l'art. 34, comma 2, menziona altresì un'altra ipotesi legittimante l'estromissione dalla procedura ad evidenza pubblica, vale a dire l'accertamento, da parte della stazione appaltante, che i concorrenti o alcuni di essi abbiano presentato offerte imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. Questa ipotesi costituisce una tipica situazione di collegamento, ulteriore rispetto a quella espressamente prevista nel terzo comma dell'art. 2359 c.c. (si veda al riguardo l'Atto di regolazione n. 27 del 9 giugno 2000 dell'Autorità).

Viene così recepito legislativamente il consolidato indirizzo giurisprudenziale (ex multis Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2006 n. 6212), secondo cui non possono concorrere alle gare soggetti riconducibili ad un unico centro decisionale (stessi amministratori, stessa sede, analoghe modalità di presentazione delle offerte, stessa compagnia di assicurazioni, ecc., ovvero elementi ed indici oggettivi che inducono a ritenere che le offerte provengano dallo stesso soggetto). La disposizione del Codice stabilisce un preciso limite alla discrezionalità dell'amministrazione, che può esercitare il potere di esclusione, solo allorché disponga di elementi significativi che non lascino margini di dubbio sul "collegamento sostanziale" tra i concorrenti. Al fine di individuare gli elementi probatori sulla cui base la stazione appaltante può dichiarare la violazione dei principi di segretezza e par condicio ed è, quindi, abilitata ad emettere il provvedimento di esclusione in caso di collegamento sostanziale distorsivo del corretto esplicarsi della procedura ad evidenza pubblica, occorre compiere un esame approfondito del caso concreto, prendendo in considerazione soltanto elementi oggettivi di riconoscibilità del collegamento sostanziale, utili per poter affermare che le offerte di alcuni concorrenti siano oggettivamente riconducibili ad un medesimo centro di interessi, ovvero ad un centro decisionale comune.

Laddove la situazione di collegamento non sia acclarata a mezzo di elementi oggettivi, essa, tuttavia, può essere desunta da elementi indiziari, purché siano sempre oggettivi e concordanti, numerosi ed univoci.

9. - Per completezza (con affermazioni che qui hanno rilievo al fine di acquisire ulteriori elementi utili per interpretare correttamente la disposizione contenuta nell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici, tenuto conto delle differenze che si evidenziano giusta il tenore della predetta disposizione rispetto a quella prevista nella normativa precedente) l'Autorità, poi, rammenta come, parimenti al citato art. 34, comma 2, anche l'art. 90, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, in materia di incarichi di progettazione e di conseguenti gare d'appalto o di concessione, valuta con sfavore sia le situazioni di controllo sia quelle riconducibili al collegamento.

In questo caso, tuttavia, la nozione di collegamento cui si riferisce espressamente l'art. 90, comma 8, del Codice sui contratti pubblici è soltanto 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. L'esclusivo riferimento a quanto disposto dalla norma civilistica, lungi dall'esaurire il novero delle possibili fattispecie di collegamento, potrebbe comportare qualche incertezza sulla corretta interpretazione dell'art. 90, comma 8, in relazione a quanto previsto dal citato art. 34, comma 2, dello stesso Codice dei contratti pubblici, il quale, a proposito del collegamento, individua come elemento qualificante e rilevante ai fini dell'esclusione dalle gare di affidamento dei contratti pubblici l'accertata imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, sulla base di elementi univoci, senza menzionare l'art. 2359, comma 3, del c.c.. Le due nozioni di collegamento, richiamate rispettivamente dall'art. 34, comma 2, e dall'art. 90, comma 8, sembrano, quindi, non coincidere pienamente: la prima, ex art. 34, comma 2, ha una portata più ampia rispetto alla nozione civilistica basata su una mera presunzione, poiché richiede un'attività di verifica ed accertamento del collegamento sostanziale sulla base di elementi univoci prima di addivenire alla esclusione dei concorrenti che versano in situazioni di collegamento.

10. - Per quanto si è sopra tratteggiato, anche per un ancor più puntuale riferimento all'orientamento più recente della giurisprudenza in materia, giova ulteriormente segnalare come:

A)

per un primo avviso, radicatosi partitamene presso il giudice amministrativo di prime cure, il c.d. collegamento sostanziale, determinando una limitazione forte della legittimazione negoziale delle imprese, mal si inserirebbe nel sistema, sicché esso può essere ravvisato esclusivamente nelle fattispecie previste dall'art. 2359 c.c., con esclusione di tutte quelle ipotesi che, pur non integrando gli estremi del collegamento o del controllo societario civilistico in senso stretto, siano pur tuttavia considerate idonee ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate da imprese diverse, oltre che la loro segretezza (cfr., anche per i richiami in merito, T.A.R. Lazio, Sez. III, 10 gennaio 2007 n. 81);

B)

secondo l'avviso accolto in sede giurisdizionale d'appello (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2006 n. 6212), le finalità pubblicistiche cui sono preordinati i principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, i quali, nella specie, possono sintetizzarsi nell'esigenza di individuazione del "giusto contraente", implicano che al loro rispetto sia vincolata non soltanto la Pubblica amministrazione, ma anche coloro che intendono partecipare alla gara, incombendo su questi ultimi l'obbligo di presentare offerte che, al di là del loro profilo tecnico-economico, devono avere le caratteristiche della completezza, della serietà, dell'indipendenza e della segretezza (cfr., in tal senso, Cons. Stato, Sez. IV, 1 ottobre 2004 n. 6367);

C)

in tale prospettiva, il divieto che era già previsto dall'art. 10, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994, che richiama la norma civilistica, si inquadra nell'ambito dei divieti normativi di ammissione alle gare di offerte provenienti da soggetti, i quali, in quanto stabilmente legati da una stretta comunanza di interessi, non sono ritenuti dal Legislatore capaci di formulare offerte serie, indipendenti ed affidabili: La norma, pertanto, è comunemente considerata "norma di ordine pubblico" che trova applicazione indipendentemente da una specifica previsione in tal senso da parte della stazione appaltante (così, ancora, Cons. Stato, Sez. IV, n. 6367 del 2004). La ratio della norma, invero, induce a ritenere che l'Amministrazione abbia il potere di introdurre nella lex specialis di gara clausole escludenti relative ad altri fatti e situazioni che, pur non integrando gli estremi del collegamento o controllo societario civilistico in senso stretto, siano tuttavia idonei ad alterare la serietà ed indipendenza delle offerte, oltre che la loro segretezza;

D)

la norma civilistica richiamata dall'art. 10, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994, basandosi su di una presunzione, non escluderebbe l'esistenza di altre ipotesi di collegamento o controllo societario idonee ad alterare le gare di appalto, con la conseguenza che la Commissione di gara, incaricata di vagliare la documentazione delle imprese partecipanti alla gara pubblica, può percepire in modo diretto ed immediato anomalie che rivelino situazioni atte ad alterare le gare;

E)

conseguentemente, se gli elementi che connotano il caso concreto fanno ritenere violati i principi in materia di pubbliche gare posti a garanzia della correttezza delle procedure prevale l'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara e, in particolare, la par condicio fra tutti i concorrenti, nonché la serietà, completezza, completezza ed indipendenza delle offerte, in modo da evitare che, attraverso meccanismi di influenza societari, pur non integranti collegamenti o controlli di cui all'art. 2359 cod. civ., possa essere alterata la competizione, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del "giusto contraente".

Come si è già sopra riferito, l'avviso fatto proprio dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato si manifesta quale fonte ispiratrice della formulazione della nuova disposizione del settore contenuta nell'art. 34 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

In conclusione la norma civilistica contenuta nell'art. 2359 c.c., precedentemente richiamata dall'art. 10,

comma 1-bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 ed oggi ispiratrice dell'art. 34 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, si fonda su presunzioni e non esaurisce, come tale, le ipotesi di collegamento o controllo societario idonee ad alterare le gare di appalto (desumibili, quindi, da indici diversi da quelli meramente presuntivi indicati nell'art. 2359 c.c.).

Deve, pertanto, ritenersi legittima la esclusione di una o più ditte da una selezione pubblica in presenza di indici ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti nella citata disposizione civilistica. Il potere di accertamento e di valutazione di tali situazioni ben può essere esercitato dalla commissione di gara che, in quanto incaricata di vagliare la documentazione e le offerte prodotte dalle imprese partecipanti, si rivela l'organo maggiormente capace di percepire, in modo diretto ed immediato (proprio nell'espletamento della sua specifica funzione), anomalie tali da palesare la sussistenza di una situazione idonea ad alterare la regolarità della competizione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2004 n. 5729).

11. - Ricostruito il quadro giurisprudenziale in ordine all'istituto qui oggetto di scrutinio, preme ancora riferire, con più particolare riferimento al caso in esame, come tra gli indici rivelatori del collegamento certo può porsi la circostanza che una o più concorrenti siano finanziariamente partecipate dallo stesso centro di interessi societario.

Anche tale aspetto si è segnalato all'attenzione dell'interpretazione giurisprudenziale.

Con decisione, pure richiamata dalle parti nelle difese prodotte, il Consiglio di Stato, Sez. VI, dec. 5 agosto 2004 n. 5464, ha chiaramente affermato come gli intrecci parentali e di partecipazioni azionarie costituiscono meri indizi di un possibile collegamento sostanziale, non utili in mancanza di riscontri concreti, costituiti dalle modalità di presentazione delle offerte da parte delle stesse imprese, che siano idonee a far ritenere, con sufficiente e ponderata certezza, che le offerte provengano da un unico centro di interessi.

In altri termini (cfr. anche, Cons. Stato, Sez. IV, 19 luglio 2004 n. 5196), laddove la situazione di collegamento non sia acclarata a mezzo di elementi oggettivi (vincoli contrattuali parasociali, coincidenza tra organi esecutivi, partecipazioni incrociate suffragate da documentazione inerente i patti intervenuti), essa può essere tuttavia desunta da elementi indiziari, e purtuttavia oggettivi e concordanti, numerosi, univoci e peraltro neanche conALFAti in fatto (nella specie, coincidenza del giorno di spedizione del plico, dal medesimo ufficio postale e con le medesime modalità, coincidenza della medesima compagnia per la polizza fideiussoria, medesima agenzia, stretta numerazione progressiva, identità di data di emissione e legalizzazione di firme, contiguità di sedi tra impresa al medesimo numero civico della stessa via, parentela tra imprenditori individuali), di talché la partecipazione finanziaria non appare utile da sola a testimoniare l'intreccio a fini di collegamento.

12. - Anche il giudice civile si è occupato di tale profilo dell'istituto del collegamento negoziale, puntando l'accento sulla fattispecie in cui emerge uno stretto legame economico tra imprese partecipate, affermando che (cfr., da ultimo, Cass., Sez. III, 17 luglio 2007 n. 15879):

a)

per la configurabilità del gruppo di società o di imprese (che non costituisce un soggetto giuridico o, comunque, un centro d'interessi autonomo rispetto alle società collegate) occorre la prova di un accordo fra le varie società, diretto a creare un'impresa unica, con direzione unitaria e patrimoni tutti destinati al conseguimento di una finalità comune e ulteriore;

b)

il gruppo o collegamento di società è tale solo in senso economico, mentre, sul piano giuridico, è considerato ai limitati effetti previsti dal codice civile (art. 2359 c.c., art. 2424 c.c., comma 1, n. 10, art. 2624 c.c.), senza che possa in alcun modo parlarsi, rispetto ad esso, di personalità giuridica e neppure di una qualsiasi, pur limitata, forma di soggettività o di centro d'imputazione;

c)

fermo quanto sopra, in tema di collegamento societario la previsione dell'art. 2359 c.c., comma 3, considera collegate le società sulle quali un'altra società esercita una influenza notevole e detta influenza ritiene sussistente, per presunzione di legge, qualora nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa;

d)

il valore precettivo, che esprime la suddetta norma (che, peraltro, stabilisce una regola generale valida per tutte le società di capitali, ancorché essa si collochi nella disciplina della società per azioni), è, quindi, nel senso che il collegamento deve consistere in un rapporto intercorrente tra società o imprese e che la situazione della "influenza notevole", non altrimenti individuata se non nella ipotesi della prevista presunzione di legge, non può che derivare essenzialmente in virtù di intese dirette a realizzare finalità comuni, attraverso una convergente politica societaria e mediante l'utilizzazione delle risorse patrimoniali

di ciascuna delle partecipanti al gruppo.

In conclusione, la nozione di raggruppamento o collegamento societario non può automaticamente derivare dalla posizione dominante, che un socio riveste nell'ambito delle distinte società, partecipe in misura quasi totalitaria al capitale delle società e unico amministratore delle stesse, quando ciò non abbia anche contribuito a determinare un collegamento, inteso nei termini di cui innanzi ed evidenziato da atti riferibili direttamente alle società. Del resto, poichè il collegamento societario postula la sussistenza di particolari vincoli e rapporti negoziali tra i soggetti collegati, è logico ritenere che l'accertamento della persistente esistenza di tali rapporti e dei comportamenti, nei quali il collegamento si realizza, costituisce una tipica *questio facti*, rimessa, come tale, all'apprezzamento del giudice del merito e sindacabile in sede di legittimità solo per aspetti di contraddizione interna all'iter logico formale della decisione ovvero per l'omesso esame di elementi determinanti.

13. - Facendo applicazione dell'istituto della presunzione semplice (art. 2729 c.c.), che si fonda su indizi gravi, precisi e concordanti, la stazione appaltante (e poi il giudice) adotta un procedimento logico in base al quale si desume la esistenza di un fatto ignoto o non del tutto provato (la esistenza di un unico centro decisionale), da fatti noti e non conALFAti (pluralità di coincidenze quantomeno sospette, su descritte), nel presupposto della regolarità nella successione di fatti appartenenti alla medesima serie e tipo. D'altronde è evidente che, come nel meccanismo degli strumenti idonei a frodare la legge, la norma imperativa a tutela della concorrenza nella specie, in mancanza di situazioni acclamate di controllo, non viene direttamente lesa, ma piuttosto elusa, sicchè la stazione appaltante (e poi il giudice) non può che fare applicazione di deduzioni logiche alle quali, tuttavia, non può sottrarsi (né l'una né l'altro), se non a costo di fare recedere quelle esigenze di tutela al cui presidio le norme imperative, anti-distorsive della concorrenza, sono poste.

Si tratta quindi di accertare di volta in volta con riguardo alle concrete modalità di svolgimento della gara, proprio perché, come già evidenziato, il bene giuridico protetto dalla norma è la sostanziale correttezza della serie procedimentale finalizzata alla scelta del contraente.

14. - Conformemente a quanto ritenuto dall'Amministrazione resistente, ad avviso della Sezione, gli elementi di fatto gravi, precisi e concordanti, non sono stati rinvenuti dall'Amministrazione in concreto e quindi quelli indicati solo in thesi dalla parte ricorrente non sono tali da far ritenere integrata una effettiva situazione di controllo sostanziale.

Sicuramente una situazione egemonica di una Società (nel caso la ZETA Italy Holding S.r.l.), presente totalitariamente (100%) nella composizione societaria di tre Società partecipanti alla stessa gara (vale a dire socio unico della BETA & BETA S.r.l., della Leo DELTA S.r.l. e della GAMMA S.p.a.) indurrebbe a ritenere plausibile un collegamento negoziale. Tuttavia tale elemento - la presenza totalitaria sotto il profilo finanziario - non esaurisce il profilo degli indizi rivelatori del collegamento, dovendo esso invece accompagnarsi (per raggiungere quella consapevolezza, anche in via di fatto, oltre che quel rilievo in via di diritto) ad altri gravi e concordanti elementi relativi, ad esempio, alle concrete modalità di

presentazione delle offerte da parte delle predette imprese, semmai spedite nello stesso giorno dallo stesso ufficio postale (presentando un numero progressivo di raccomandata), ovvero accompagnate da polizze fidejussorie stipulate presso lo stesso Ente, anche queste rilasciate dalla stessa società di assicurazione e contrassegnate da un numero progressivo), ecc., elementi tutti che farebbero ritenere che le offerte provengano da un unico centro di interessi (in argomento si veda, anche per argomentazioni a contrario, Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 923).

Nel caso di specie, dalla documentazione prodotta dalle parti, non si apprezza la sussistenza dei più volte richiamati gravi e concordanti indici rivelatori del collegamento, in quanto:

A)

la BETA & BETA S.r.l., la Leo DELTA S.r.l. e la GAMMA S.p.a. non risultano essere collegate tra di loro attraverso partecipazioni reciproche o partecipazioni dell'una nell'altra, in assenza di alcuna prova di documentazione patrizia idonea a dimostrare tale intreccio;

B)

dall'esame degli organi delle Società in questione, non risultano sussistere intrecci tra gli organi amministrativi, stante l'assoluta diversità tra i componenti;

C)

non emergono clausole sociali o patti parasociali dai quali far discendere una posizione dominante da parte della ZETA Italy Holding S.r.l. tale da ricomprendere, oltre alla mera (seppur significativa) partecipazione finanziaria, anche una potenziale capacità decisionale in ordine alle attività svolte dalle singole Società partecipate;

D)

sedi sociali ed operative sono collocate in luoghi differenti;

E)

non si sono manifestate, infine, modalità di presentazione delle offerte da parte delle tre ditte che possano indurre a ritenere che le stesse siano state confezionate in un unico contesto ovvero nella conoscenza del contenuto delle stesse da parte delle ditte prima della loro presentazione.

15. - Quindi, anche sotto il profilo dell'indagine in fatto circa la sussistenza del lamentato collegamento idoneo ad alterare la par condicio tra i concorrenti, può dirsi che la sussistenza dei conALFAti indici rivelatori del collegamento non si evidenzia.

In conclusione, se è vero che l'accertamento del collegamento tra società, in relazione alla presunzione di cui all'art. 2359 comma 3 c.c., che considera collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole, va condotto alla stregua di elementi oggettivi e concordanti, utili a dimostrare che le ditte siano riconducibili ad un unico centro decisionale, in una situazione di intreccio delle partecipazioni finanziarie e degli organi amministrativi e societari che faccia ritenere plausibile una reciproca conoscenza o condizionamento delle rispettive offerte e quindi una lesione della par condicio e della segretezza delle offerte medesime, nel caso in cui - come è quello in esame - un soggetto risulti titolare delle quote sociali di una o più società tutte concorrenti nella medesima gara, solo allorquando la società dominante abbia la possibilità di determinare la gestione ordinaria e straordinaria delle imprese partecipate e di nominare gli amministratori e quindi anche di condizionare la quantificazione dei rispettivi ribassi percentuali in vista della partecipazione alla gara, si produrrebbe l'effetto illegittimo della violazione della par condicio dei concorrenti nelle gare pubbliche (cfr., anche, Cons. Stato, Sez. V, 24 dicembre 2001 n. 6372). Nel caso, come è quello qui verificato, in cui si è in presenza di una posizione dominante concretizzantesi esclusivamente nel possesso delle quote finanziarie di alcune società che partecipano alla stessa gara pubblica, siffatta posizione non da luogo a quell'intreccio societario che il legislatore vieta, con l'art. 34 del decreto legislativo n. 163 del 2006, nell'ambito delle selezioni pubbliche.

Conclusivamente il primo motivo di gravame va respinto.

16. - Con il secondo motivo di ricorso il Raggruppamento ricorrente conALFA che la commissione abbia illegittimamente integrato i criteri di valutazione delle offerte in corso di gara, in assenza di una definizione "a monte" degli elementi valutabili e del peso ponderale, dei sub elementi e dei sub pesi.

Esaminando l'art. 15 del Capitolato d'oneri si legge che la "valutazione di ciascuno degli studi dei casi contenuti nell'offerta sarà effettuata sulla base di:

A)

Rispondenza alle linee guida della comunicazione, per una attribuzione max di 40 punti secondo i criteri:

-

idea guida coerente con l'obiettivo aziendale (vedi brief);

-

contenuti della campagna coerenti con l'idea guida e con gli obiettivi di comunicazione (vedi brief);

B)

Qualità e caratteristiche delle proposte presentate, per un'attribuzione max di 40 punti, secondo i criteri:

-

originalità del progetto;

-

valutazione economica della proposta presentata;

-

competenza professionale delle agenzie.

La Commissione si è limitata (può leggersi nei verbali) ad individuare dei micropesi, lasciando inalterati i macropesi suindicati. Gli stessi micropesi non sono stati individuati ex novo dalla Commissione ma sono stati tratti dal disciplinare di gara. Vale a dire:

-

idea guida coerente con l'obiettivo aziendale (vedi brief);

-

contenuti della campagna coerenti con l'idea guida e con gli obiettivi di comunicazione (vedi brief);

-

originalità del progetto;

-

valutazione economica della proposta presentata;

competenza professionale delle agenzie.

Il Collegio non ignora che la formulazione dell'art. 83, comma 4, ultimo periodo, del decreto legislativo n. 163 del 2006 (che così recita: "La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando"), verosimilmente costringerà la giurisprudenza a rimeditare in merito a quell'orientamento incline ad ammettere la possibilità da parte della Commissione di integrare i criteri fissati nella lex specialis di gara, sempreché ciò avvenga prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, tuttavia nel caso di specie la questione non si pone, atteso che la fissazione dei criteri motivazionali operata dalla Commissione si è compendiata in una operazione di chiarimento e precisazione dei parametri valutativi preesistenti, limitandosi ad intervenire nell'ambito di criteri già specificati nel bando.

17. - Sotto altro versante il Raggruppamento ricorrente lamenta che la Commissione abbia acquisito dei curriculum solo dopo la presentazione delle offerte.

Tuttavia è confermato in atti che la Commissione non ha chiesto ai partecipanti dei curriculum nel corso di gara, ma questi erano stati già acquisiti dall'Amministrazione al momento della presentazione delle offerte. Ciò che ha fatto la Commissione giudicatrice è solo il richiedere tale documentazione alla (diversa) Commissione che aveva esaminato la documentazione prodotta dalla ditte ai fini dell'ammissione alla selezione, quindi non documentazione acquisita successivamente allo spirare del termine per la presentazione delle offerte ma già nella disponibilità dell'Amministrazione precedente.

Conseguentemente, anche il secondo motivo di censura deve respingersi.

18. - In ragione delle suesposte osservazioni i motivi di gravame siccome dedotti dal Raggruppamento ricorrente debbono ritenersi infondati, di talché il ricorso, ivi compresi i motivi aggiunti, deve respingersi.

La reiezione delle domande di annullamento proposte esenta questo giudice dallo scrutinio in merito alla domanda risarcitoria pure proposta, divenendo la stessa inammissibile.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, tenuto conto della loro equa compensazione con riferimento all'Amministrazione intimata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, pronunciando in via definitiva sul ricorso indicato in epigrafe, lo respinge.

Condanna la Società Armando ALFA S.p.a. ed altri, come in epigrafe indicati, in persona del rappresentante legale pro tempore, a rifondere le spese di lite in favore della BETA & BETA S.r.l. +1, in persona del rappresentante legale pro tempore, che liquida in complessivi €. 3000,00 (tremila), oltre accessori come per legge.

Spese compensate nei confronti dell'altra parte costituita.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del 23 gennaio 2008.

Il Presidente

Il relatore ed estensore

Luigi Tosti

Stefano Toschei

<https://www.diritto.it/in-tema-di-collegamento-sostanziale-e-formale-tra-partecipanti-alla-stessa-procedura-ad-evidenza-pubblica-nel-caso-in-cui-si-e-in-presenza-di-una-posizione-dominante-concretizzantesi-esclusivamente-n/>