

Il Codice dei contratti pubblici prefigura una serie procedimentale progressiva, interamente regolata da norme pubblicistiche, preordinate all'individuazione del miglior contraente possibile, sia dal punto di vista soggettivo, sia dal punto di vista oggettivo

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Collegamento formale o sostanziale

L'articolo 34, comma 2 del codice dei contratti

Predisporre lex specialis di gara nel rispetto dei principi di legalità

Buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa

Enunciati dall'art. 97 della Costituzione

Postulati di trasparenza ed imparzialità

Nel principio di concorsualità, segretezza, completezza, serietà, autenticità e compiutezza delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni ed alle previsioni della lex specialis: progressivo accertamento da parte

della Stazione appaltante

Sufficienti valutazioni di carattere strutturale delle compagini societarie

Il Codice dei contratti pubblici prefigura una serie procedimentale progressiva, interamente regolata da norme pubblicistiche, preordinate all'individuazione del miglior contraente possibile, sia dal punto di vista soggettivo (con riferimento ai requisiti soggettivi, alle capacità tecniche, organizzative e finanziarie), sia dal punto di vista oggettivo, con riferimento all'economicità dell'offerta formulata e quindi al buon uso del denaro pubblico.

Nel rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, enunciati dall'art. 97 della Costituzione, la predetta serie procedimentale si impernia sui postulati di trasparenza ed imparzialità, che, a loro volta, si concretizzano nel principio di par condicio tra tutti i concorrenti, realizzata attraverso la previa predisposizione del bando di gara, e nel principio di concorsualità, segretezza, completezza, serietà, autenticità e completezza delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni ed alle previsioni della lex specialis, nonché nella previa predisposizione, da parte dell'amministrazione appaltante, dei criteri di valutazione delle offerte (cfr, fra tutte, Cons. St., sez. IV, n. 6367/2004).

Tutto ciò comporta che le amministrazioni aggiudicatrici, al fine di verificare la rispondenza delle varie offerte ai canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui sono espressione i molteplici profili di buon governo sopra considerati, dovranno procedere ad un progressivo accertamento dal seguente sviluppo istruttorio:

a) la sussistenza di situazioni di controllo e collegamento ex art. 2359 c.c.;

b) ove tale indagine abbia dato esito negativo, dovrà procedersi all'ulteriore verifica " sulla base di univoci elementi " se le offerte dei partecipanti alla gara siano " imputabili ad un unico centro decisionale ";

c) quest'ultima verifica avrà, a sua volta, un duplice oggetto, anch'esso di carattere progressivo: in primo luogo, dovrà verificarsi preventivamente e ab externo, cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle varie società partecipanti, se esista, in base ad univoci elementi anche di natura presuntiva, un unico centro decisionale della presentazione e del contenuto di più offerte;

d) ove non si raggiunga tale convinzione, dovrà procedersi ad un'ulteriore verifica, che si risolva in un attento esame del contenuto delle offerte, dal quale possa evincersi l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale, al di là di formali distinzioni, della provenienza delle offerte.

Sul punto, la Sezione ritiene di non condividere integralmente un orientamento espresso in seno a questo Consiglio, secondo il quale sarebbero di per sé insufficienti valutazioni di carattere strutturale delle compagini societarie, dovendosi piuttosto verificare comunque se tale comunanza strutturale abbia avuto un impatto concreto sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara, con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale (Cons. St., sez. VI, 08 giugno 2010 , n. 3637; sez. VI, 25 gennaio 2010 n. 247; Id., 16 febbraio 2010 n. 1120).

Si tratta di un orientamento non pienamente convincente, anzitutto alla luce del tenore letterale della norma, la quale, attraverso la nozione di " imputabilità " sembra voler richiedere anzitutto una preventiva analisi di carattere soggettivo, solo all'esito incerto e non significativo della quale è consentito un approfondimento di carattere oggettivo riferito al concreto contenuto delle offerte.

In secondo luogo, costringere le stazioni appaltanti ad un esame, sempre e comunque, del contenuto delle offerte per verificarne eventuali anomalie di coincidenza, sovrapposizione o effetti distorsivi sul

meccanismo di valutazione ed aggiudicazione anche quando traspaiano sintomi evidenti di concentrazione o condizionamento dei processi volitivi significherebbe appesantire inutilmente il procedimento e le incombenze delle amministrazioni, già sufficientemente gravate da una serie cospicua di adempimenti istruttori e valutativi.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 673 del 28 gennaio 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 00673/2011REG.SEN.

N. 10174/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10174 del 2008, proposto da***

contro***

nei confronti di***

per la riforma***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati dello Stato Sica;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al TAR Lazio, sede di Roma, l'attuale appellante ha impugnato il provvedimento in data 11.9.2007, con cui la Commissione esaminatrice dell'ANAS spa - Compartimento della Viabilità per la Puglia ha escluso le due società RICORRENTE Strade e De Alfa Francesco srl dalla gara indetta dalla stessa Azienda il giorno 6.9.2007, per l'appalto dei lavori da effettuare sulla S.S. 16, in quanto esistente uno stretto collegamento tra le due società, tale da far ritenere unico il centro decisionale e/o di interesse comune; nonché del conseguente provvedimento di esclusione di cui alla nota prot. n. 28179 del 21.9.2007.

Con sentenza n. 6140 del 2008 il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso compensando le spese di giudizio.

Avverso la predetta sentenza ha proposto il presente appello la soc. RICORRENTE Strade s.r.l., deducendo il vizio di violazione dell'art. 10 L. n. 109/1994, in base al quale, secondo l'interpretazione che di esso ha fornito la giurisprudenza, l'esclusione dalle gare d'appalto può essere disposta solo in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti, quali non erano quelli sulla base dei quali l'ANAS ha disposto l'esclusione dell'appellante.

In particolare, tra le imprese RICORRENTE e ***** non sussisteva alcun collegamento, come erroneamente ritenuto dall'amministrazione prima e dal TAR poi, sulla base di tre indizi concorrenti ma non univoci quali: il collegamento familiare tra i vari componenti la famiglia *****, per effetto del quale la stessa era comproprietaria di entrambe le società, nonché le modalità di invio dei plichi contenenti le offerte, spediti dallo stesso ufficio postale, alla stessa data ed ora e con numeri di protocollo immediatamente successivi.

Alla pubblica udienza del 30 novembre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1 - Come già esposto in fatto, l'attuale appellante è stata esclusa dalla gara meglio specificata in epigrafe, per presunto collegamento con l'impresa ******, anch'essa partecipante al procedimento di aggiudicazione.

In particolare, come pure esposto nell'atto d'appello, l'esclusione delle due imprese RICORRENTE. strade s.r.l. e ***** s.r.l., è stata disposta in quanto : “ Il sig. De Alfa Filippo, è sia socio al 45% sia legale rappresentante della CO.DE. CA. strade s. r. 1.; lo stesso è socio al al 3,33% della De Alfa Francesco s.r.l.; il sig. De Alfa Mario, è sia socio al 18,33% sia Direttore Tecnico della De Alfa Francesco s.r.l.; lo stesso è socio al 15% della RICORRENTE. strade s.r.l., nella fattispecie in esame i sig.ri De Alfa Filippo e De Alfa Mario sono proprietari di entrambe le società ed in particolare detengono il 60% della RICORRENTE. strade s.r.l. L'intreccio societario così come rilevato, unito agli stretti vincoli di parentela esistenti con gli altri proprietari della suddette società, portano a ritenere l'esistenza di un unico centro decisionale e/o di interesse comune. Tali elementi oggettivi sono suffragati dall'ulteriore elemento.... costituito dalla spedizione di entrambi i plichi effettuati nello stesso giorno dallo stesso ufficio postale col numero consecutivo di spedizione”.

2 - Il TAR ha ritenuto tale motivazione del tutto sufficiente per far ritenere esistente un unico centro decisionale giustificante l'impugnata esclusione dalla gara.

In particolare, il Giudice di primo grado - premesso che il collegamento delle imprese, di cui sia accertata la sussistenza, ai sensi dell'art. 34 comma 2, seconda parte, del D. Lgs. n. 163/2006, in forme anche diverse da quelle specifiche codificate dall'art. 2359 c.c., costituisce elemento di inquinamento delle necessarie esigenze di correttezza, trasparenza e concorrenzialità effettiva che devono assistere le gare

d'appalto ad evidenza pubblica - ha ritenuto che nella specie sussistesse tale collegamento desunte da tre concorrenti elementi.

2.1 - In particolare, gli indici rivelatori della situazione di collegamento sono stati rinvenuti dal TAR nelle seguenti, concorrenti e complessive circostanze:

a) le due imprese (Ricorrente. Strade srl e De Alfa Francesco srl) appartengono, nella loro totalità o per una quota di maggioranza, ad uno stesso gruppo familiare, identificato nelle persone di De Alfa Francesco (padre) e dei figli De Alfa Marianna, ***** e *****. Di qui, la ritenuta sussistenza dell'elemento sintomatico del collegamento rappresentato dal vincolo di parentela tra i soggetti cui le società suddette fanno capo;

b) De Alfa Francesco è socio al 70% della omonima s.r.l. ed Amministratore unico della stessa; De Alfa ***** (figlia) è socia all'8,33% della società predetta; De Alfa Filippo (figlio) è socio al 45% della Ricorrente Strade srl, legale rappresentante della stessa, e socio al 3,33% della De Alfa Francesco srl; De Alfa Mario (figlio), è socio al 15% della Ricorrente. e socio altresì al 18,33% della De Alfa Francesco srl, oltre che Direttore Tecnico della stessa. Di qui, la ritenuta sussistenza dell'ulteriore elemento dell'intreccio proprietario in capo a ***** e *****;

c) le due offerte sono state spedite, nello stesso giorno, ad una stessa ora e con numero consecutivo di spedizione da uno stesso ufficio postale.

3 - L'appellante, per converso, assume che i tre predetti indici rivelatori non abbiano i requisiti della gravità, precisione e concordanza, come individuati dalla giurisprudenza amministrativa.

In sintesi, parte appellante assume che il sig De Alfa Filippo detiene il 45% delle quote della CO DE CA

strade s r l, di cui e anche rappresentante legale, ma, per converso, il solo 3,3 3% della De Alfa Francesco (peraltro pervenutogli jure successionis) , mentre il sig De Alfa ***** risulta titolare del 15% delle quote della RICORRENTE. Strade s.r.l. e del 18% delle quote della De Alfa Francesco s.r.l, di cui è anche uno dei Direttori Tecnici.

In base alle predette percentuali sarebbe pertanto agevole desumere che, pur volendo prendere in considerazione l'esistenza di un accordo fra i due, volto a porre in essere una condotta atta a condizionare l'esito della gara d'appalto, gli stessi mai avrebbero potuto attuarla, non esercitando sulla società De Alfa, di cui insieme detengono appena il 21,3% delle quote, quella posizione dominante che sola avrebbe consentito loro di influenzare le scelte della società in vista della partecipazione alla gara.

Né rileverebbe - sempre secondo parte appellante - che il sig. De Alfa ***** rivesta la carica di Direttore Tecnico nell'ambito della suddetta società De Alfa, tenuto conto che tale funzione non sarebbe di sua esclusiva competenza e che, pertanto, non godrebbe di autonomia assoluta nell'assunzione delle decisioni connesse alla carica.

4 - Parte appellante contesta sotto ulteriore profilo la sentenza del TAR, la quale non avrebbe considerato che il sig De Alfa Francesco, titolare dell'omonima società, possiede, sì, il 70 % delle quote della stessa, oltre ad esserne Amministratore unico, ma egli non detiene alcuna partecipazione nell'ambito della CO DE CA s.r.l., né figura nell'organigramma societario di quest'ultima.

Anche la sig.ra De Alfa Marianna è proprietaria solo dell'8,33% delle quote della società De Alfa Francesco , non avendo, tuttavia, alcun legame con la RICORRENTE. strade s.r.l.

L'unico legame tra i sig.ri De Alfa Francesco e *****, titolari della maggioranza delle quote della De Alfa Francesco s.r.l., e la società odierna appellante risiederebbe, quindi, nel vincolo di parentela che li lega al sig. De Alfa Filippo, il quale tuttavia non sarebbe sufficiente a radicare un'ipotesi di controllo

societario; ciò, secondo l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale: ".....un rapporto di controllo e di collegamento tra imprese, idoneo ad alterare la trasparenza e la correttezza del confronto concorrenziale, sussiste soltanto nel caso in cui siano allegati elementi concreti, oltre al rapporto di parentela tra gli amministratori, che indichino l'imprescindibile esistenza di un vincolo proprietario o funzionale che lega le due imprese e che consente di presumere una coincidenza di interessi.

In difetto di tali indizi, la mera esistenza di un rapporto di parentela tra le persone fisiche preposte agli organi gestori si rivela - secondo la predetta giurisprudenza - del tutto inidonea a fondare il convincimento dell'unicità di interessi tra le suddette società ".

Sul punto, parte appellante richiama espressamente la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2003 n. 6332,

5 - L'unico intreccio societario vagamente configurabile nella fattispecie in questione - prosegue parte appellante - interesserebbe i sig.ri De Alfa Filippo e *****, i quali, tuttavia, non posseggono, comunque, un numero di quote delle due società sufficiente a consentire di assumere, in seno ad entrambe, un ruolo di dominanza.

Sicché, non si comprenderebbe, sempre secondo parte appellante, in base a quale criterio valutativo la stazione appaltante prima, e il TAR Lazio, poi, abbiano ritenuto determinanti le posizioni dei sig.ri De Alfa Francesco e *****, che se da un lato sono i9nmtestatari della maggioranza delle quote dell'omonima società, dall'altro, tuttavia, con la RICORRENTE. Strade s.r.l. non intrattengono rapporti di alcuna natura.

5.1 - Il Giudice di primo grado, inoltre, non avrebbe tenuto conto di un ulteriore dato, pur bene esposto nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, costituito dal fatto, cui già si è accennato sopra al punto 3, che il sig. *****, proprietario del 3,33% delle quote della De Alfa Francesco s.r.l., era divenuto titolare della ridetta partecipazione societaria per successione mortis causa, al momento del decesso della

madre, verificatasi appena un mese prima della data di “ celebrazione “ (così nell’atto d’appello) della gara d’appalto indetta dall’ANAS.

Ciò avrebbe dovuto far riflettere il TAR sulla circostanza per cui, ad appena un mese dall’apertura della procedura di aggiudicazione, il sig. ***** non detenesse alcuna quota societaria della De Alfa Francesco s.r.l., azienda di cui suo padre è Amministratore Unico, e che il sig. ***** non fosse e non è titolare di quote della RICORRENTE. Strade s.r.l..

Tutto ciò, a detta della parate appellante, costituirebbe l’indice evidente di un non idilliaco rapporto familiare, come l’espressione di una chiara volontà di mantenere una netta separazione ed autonomia fra le due imprese.

6 - L’appello è infondato.

Alla fattispecie si applica - per ragioni di tempo - l’articolo 34, comma 2, del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui al D.Lgs. 12-4-2006 n. 163.

La norma, disciplinante i requisiti soggettivi dei partecipanti alle procedure di affidamento, stabilisce (rectius: stabiliva, essendo essa stata abrogata dal comma 3 dell’art. 3, D.L. 25 settembre 2009, n. 135, recante Disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari , convertito nella legge n. 166/1999 e trasfusa con modificazioni , per effetto dello stesso d. l. n. 135, nell’articolo 38, lett. m) quater dello stesso Codice) - ampliando la portata dall’omologo precedente art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109 del 1994 - 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 “, aggiungendo a tale ipotesi, già prevista, come detto, dalla legge Merloni n. 109/1994, anche quella relativa ad “ offerte imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi “.

7 - La fattispecie normativa da ultimo riportata ricorre quando - al di là dell'espressa disciplina codicistica sui reciproci controlli e collegamenti societari presunti ex lege da situazioni di " influenza dominante o notevole" nell'ambito degli assetti degli schieramento di " voto " nelle assemblee ordinarie influenza, ovvero " in virtù di particolari vincoli contrattuali " - si registri una situazione di collegamento sostanziale, desumibile da univoci elementi individuati in concreto dalla stazione appaltante; elementi da cui sia possibile ritenere la sussistenza di un rapporto tra società, tale da alterare il libero svolgimento della gara nel rispetto della parità dei concorrenti e dei principi di concorrenza, trasparenza ed efficacia delle procedure di aggiudicazione.

In altri termini, la normativa in esame è diretta a scongiurare i riflessi che i complicati meccanismi legati al fenomeno dei gruppi societari possano avere sulle procedure ad evidenza pubblica.

7.1 - Il persistente riferimento ad un " unico centro decisionale ", cui siano imputabili le diverse offerte, a prescindere dal controllo e collegamento di carattere presuntivo legale e " documentale ", di cui all'articolo 2359 del codice civile, quale causa di esclusione, costituisce la riprova che il legislatore ha inteso allargare la disciplina codicistica, rilevante solo a determinati effetti, appunto privatistici (ad esempio, per il regime delle responsabilità degli impegni assunti dalle varie società), preferendo una soluzione sostanziale e non formale, laddove consente l'esclusione dalle gare d'appalto di concorrenti societari che siano tra loro in un rapporto di effettivo controllo, ancorché realizzato attraverso ipotesi non riconducibili allo schema della norma del codice civile.

7.1 - Sicché, è sufficiente la presenza di significativi elementi rivelatori di un collegamento materiale - a prescindere dai fenomeni di votazione assembleare - tra imprese, perché sorga l'onere, in capo all'amministrazione, di verificare se esso sia stato tale da alterare il normale, imparziale e concorrenziale meccanismo della gara.

D'altronde, ciò è coerente anche con il sistema disegnato dalla norma del codice civile, laddove essa, prevedendo semplicemente una presunzione nell'unica ipotesi di collegamento rilevante, individuata attraverso i meccanismi di partecipazione assembleare, non esclude che vi possano essere altre forme di

collegamento o controllo societario, in concreto idonee ad alterare il meccanismo di gara (cfr. al riguardo, Cons. St., sez. V, 24 agosto 2010 , n. 5923).

8 - La relazione di continenza intercorrente fra l'articolo 2359 c.c. e la più ampia fattispecie dell' ormai abrogato art. 34 del Codice dei contratti pubblici è stata, peraltro, ben messa in luce da questa Sezione, che ha rilevato come la valenza e gli effetti di norma di ordine pubblico collegati alle previsioni del Codice dei Contratti pubblici, inducono a tenere ben distinta la natura di tipo soggettivo della disposizione codicistica, avente riflessi sui rapporti di diritto privato (tra soci, tra soci e società, tra società e tra terzi e società) da quella di tipo oggettivo della norma pubblicistica, concernente il divieto di alterazione della concorrenza nel mercato degli appalti pubblici.

Per effetto di tale distinzione, la norma dell'art. 2359 c.c. svolge una funzione sussidiaria e complementare all'applicazione dell'art. 34 del codice dei contratti, nel senso che fornisce al sistema di garanzia della trasparenza ed efficacia predisposto dal Legislatore - che opera avendo riguardo al dato oggettivo esistente in concreto, avendo valenza di normativa di ordine pubblico - soltanto lo strumento di primo intervento, necessario per individuare con facilità ed immediatezza, attraverso la tecnica della tipizzazione dei casi di controllo e collegamento societario, le situazioni nelle quali debba ritenersi, in via di presunzione *juris et de jure*, che si sia verificata una delle ipotesi di controllo, per le quali debba scattare, automaticamente, il divieto di partecipazione alle gare pubbliche di appalto e, quindi, l'altrettanto automatica esclusione del soggetto imprenditoriale che si trovi in una delle relative situazioni (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009 , n. 1459).

9 - D'altra parte, la stessa relazione di continenza fra norma codicistica (art. 2359, cit.) e norme settoriali ispirate ad esigenze di carattere generale travalcano gli aspetti meramente privatistici, come quelle, ad esempio, in materia di contributi alle imprese editoriali ovvero di sostegno alle imprese che assumano lavoratori collocati in mobilità.

In questi casi si è ritenuto che la nozione di identico centro di interessi (che nella norma sui contratti pubblici si risolve nell'analoga nozione di unico centro decisionale) travalica le nozioni codicistiche

dell'articolo 2359 di controllo e collegamento e si individua non solo in ragione di un comune nucleo proprietario, ma anche di altre specifiche ragioni attestanti costanti legami di interessi anche essi comuni, quali legami di coniugio, di parentela, di affinità o finanche di collaudata e consolidata amicizia tra soci, che conducano ad ideare, o fare attuare, operazioni coordinate di politica imprenditoriale (cfr. Cass. , sez. I, 20 febbraio 2009 , n. 4205 ; Cass. , sez. lav., 25 luglio 2008 , n. 20499 ; Cass. 20 aprile 2006 n. 9224 cui adde per un analogo indirizzo tra le altre: Cass. 22 gennaio 2004 n. 1112 e Cass. 28 ottobre 2002 n. 15207; Cass. 1 luglio 2002 n. 9532).

10 - Il principio di segno sostanzialistico contenuto nel citato art. 34 del Codice dei contratti pubblici comporta, dunque, che, pur mancando gli elementi presuntivamente rivelatori di una situazione di collegamento e controllo fra imprenditori formalmente distinti sul piano della soggettività societaria, le stazioni appaltanti possano procedere ad una verifica più approfondita e complessa circa le relazioni di controllo o collegamento significativo intercorrenti fra i vari soggetti partecipanti alla gara ed eventualmente fra questi e i soggetti terzi rimasti apparentemente estranei alla stessa, ma esercitanti un'azione di influenza decisionale " ab externo " .

10.1 - In base al chiaro disposto del secondo comma dell'art. 34 citato, gli accertamenti tesi a verificare che non vi sia alterazione della par condicio travalicano, dunque, meccanismo di presunzione juris et de jure e coinvolgono anche situazioni di collegamento sostanziale ed ulteriore, in quanto sulla base degli stessi accertamenti le stazioni appaltanti " escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali le stazioni appaltanti ritengano, con istruttorie approfondite e motivazioni convincenti, accertino che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi " .

Il Codice dei contratti pubblici prefigura, in altri termini, una serie procedimentale progressiva, interamente regolata da norme pubblicistiche, preordinate all'individuazione del miglior contraente possibile, sia dal punto di vista soggettivo (con riferimento ai requisiti soggettivi, alle capacità tecniche, organizzative e finanziarie), sia dal punto di vista oggettivo, con riferimento all'economicità dell'offerta formulata e quindi al buon uso del denaro pubblico.

Nel rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, enunciati dall'art. 97 della Costituzione, la predetta serie procedimentale si impernia sui postulati di trasparenza ed imparzialità, che, a loro volta, si concretizzano nel principio di par condicio tra tutti i concorrenti, realizzata attraverso la previa predisposizione del bando di gara, e nel principio di concorsualità, segretezza, completezza, serietà, autenticità e completezza delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni ed alle previsioni della lex specialis, nonché nella previa predisposizione, da parte dell'amministrazione appaltante, dei criteri di valutazione delle offerte (cfr, fra tutte, Cons. St., sez. IV, n. 6367/2004 6367/2004).

11 - Tutto ciò comporta che le amministrazioni aggiudicatrici, al fine di verificare la rispondenza delle varie offerte ai canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui sono espressione i molteplici profili di buon governo sopra considerati, dovranno procedere ad un progressivo accertamento dal seguente sviluppo istruttorio:

a) la sussistenza di situazioni di controllo e collegamento ex art. 2359 c.c.;

b) ove tale indagine abbia dato esito negativo, dovrà procedersi all'ulteriore verifica " sulla base di univoci elementi " se le offerte dei partecipanti alla gara siano " imputabili ad un unico centro decisionale ";

c) quest'ultima verifica avrà, a sua volta, un duplice oggetto, anch'esso di carattere progressivo: in primo luogo, dovrà verificarsi preventivamente e ab externo, cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle varie società partecipanti, se esista, in base ad univoci elementi anche di natura presuntiva, un unico centro decisionale della presentazione e del contenuto di più offerte;

d) ove non si raggiunga tale convinzione, dovrà procedersi ad un'ulteriore verifica, che si risolva in un attento esame del contenuto delle offerte, dal quale possa evincersi l'esistenza dell'unicità soggettiva

sostanziale, al di là di formali distinzioni, della provenienza delle offerte.

12 - Sul punto, la Sezione ritiene di non condividere integralmente un orientamento espresso in seno a questo Consiglio, secondo il quale sarebbero di per sé insufficienti valutazioni di carattere strutturale delle compagini societarie, dovendosi piuttosto verificare comunque se tale comunanza strutturale abbia avuto un impatto concreto sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara, con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale (Cons. St., sez. VI, 08 giugno 2010, n. 3637; sez. VI, 25 gennaio 2010 n. 247; Id., 16 febbraio 2010 n. 1120).

Si tratta di un orientamento non pienamente convincente, anzitutto alla luce del tenore letterale della norma, la quale, attraverso la nozione di " imputabilità " sembra voler richiedere anzitutto una preventiva analisi di carattere soggettivo, solo all'esito incerto e non significativo della quale è consentito un approfondimento di carattere oggettivo riferito al concreto contenuto delle offerte.

In secondo luogo, costringere le stazioni appaltanti ad un esame, sempre e comunque, del contenuto delle offerte per verificarne eventuali anomalie di coincidenza, sovrapposizione o effetti distorsivi sul meccanismo di valutazione ed aggiudicazione anche quando traspaiano sintomi evidenti di concentrazione o condizionamento dei processi volitivi significherebbe appesantire inutilmente il procedimento e le incombenze delle amministrazioni, già sufficientemente gravate da una serie cospicua di adempimenti istruttori e valutativi.

13 - E' alla luce degli esposti ragionamenti di principio che occorre valutare, in concreto, le vicende e le situazioni di indubbio rilievo connettivo che caratterizzano le due società RICORRENTE. strade s.r.l. e ***** s.r.l., entrambe partecipanti alla gara in oggetto.

Al riguardo, già si è evidenziato (sopra, punti 3 e 4) come parte appellante riconosce che:

- al sig De Alfa Filippo appartiene il 45% delle quote della CO DE CA strade s r 1, di cui è anche rappresentante legale; lo stesso possiede il 3,3 3% della s.r.l. De Alfa Francesco ;
- il sig De Alfa ***** risulta titolare del 15% delle quote della RICORRENTE. Strade s.r.l. e del 18% delle quote della De Alfa Francesco s.r.l, di cui è anche uno dei Direttori Tecnici;
- il sig De Alfa Francesco, titolare dell'omonima società e padre dei due predetti soci, possiede il 70 % delle quote della stessa, oltre ad esserne Amministratore unico;
- la sig.ra De Alfa Marianna, anche lei figlia di ***** e sorella di ***** e *****, è proprietaria dell'8,33% delle quote della società De Alfa Francesco.

13.1 - Da quanto sopra riportato risulta, dunque un reciproco assetto societario, per effetto del quale lo stesso " gruppo " ristretto familiare, costituito da padre e tre figli, possiede, complessivamente ed al di là di intestazioni individuali, il 100% della omonima r.r.l. ed il 60% della RICORRENTE.

13.1 - A contrastare tale evidentissimo dato partecipativo non valgono le considerazioni atomistiche svolta dall'appellante, secondo cui il padre non avrebbe alcuna partecipazione in RICORRENTE, così come la figlia *****.

Ciò che rileva è il dato congiunto dell'esistenza di un unico gruppo familiare del quale due appartenenti sono anche contitolari di significative quote partecipative nelle due società RICORRENTE e *****, rispettivamente per il 60 % e per il 21,33 %.

Né può contestarsi che tale legame parentale sia di per sé irrilevante ed insignificante, attesi asseriti ma

indimostrati dissapori familiari, i quali, oltretutto, ove veramente esistenti, avrebbero dovuto portare i due figli ***** e ***** ad una dissociazione anzitutto formale dall'azienda paterna.

13.2 - Oltre a ciò, vale comunque il consolidato dato giurisprudenziale, per il quale il legame coniugale e familiare in genere, ove accompagnato da elementi di oggettiva partecipazione societaria, anche se distinta, vale ad evidenziare oggettive situazioni di concentrazione di potere decisionale in capo ad un " gruppo " o " centro di interessi " sostanzialmente unitario (cfr. giurisprudenza della Suprema Corte riportata sub punto 9).

13.3 - Il tutto, poi, senza voler ulteriormente considerare che i due figli De Alfa, ***** e ***** , in quanto possessori di una partecipazione di oltre il 20% nell'impresa paterna, esercitano comunque in essa una posizione rilevante di collegamento e, quindi, di partecipazione determinativa alle scelte di politica imprenditoriale, ai sensi dell'articolo 2359, terzo comma, del codice.

Vale ricordare, infatti, al riguardo, che secondo il costante indirizzo della Suprema Corte, perché sussista una tale posizione di collegamento non occorre riferirsi soltanto alla posizione acquisita da una società nell'ambito di un'altra compagine societaria, essendo sufficiente anche quella che sia conseguita dalle stesse persone in più società, così determinandone l'appartenenza ad un unico " gruppo " decisionale (fra le tante : Cass., Sez. I, 20 febbraio 2009, n. 4205).

14 - In conclusione, l'appello va respinto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono, come di regola, la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

Respinge l'appello.

Spese a carico della parte appellante, liquidate in euro 6.000,00 .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

***** , Presidente

***** , ***** , Estensore

***** , Consigliere

Sandro Aureli, Consigliere

