

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29258-l-influenza-notevole-dalla-quale-l-art-2359-c-c-desume-il-collegamento-fra-le-societ-debba-essere-valutata-alla-luce-del-art-34-comma-secondo-ultimo-inciso-del-d-lgs-n-163-2006-dalla-influenza-no>

Autore: Lazzini Sonia

l'“influenza notevole” dalla quale l'art. 2359 c.c. desume il collegamento fra le società debba essere valutata alla luce del'art. 34, comma secondo, ultimo inciso del D.Lgs. n. 163/2006: dalla “influenza notevole” deve infatti discendere l'accertamento n

C.St. 04.03.2010 n. 1265

l'“influenza notevole” dalla quale l'art. 2359 c.c. desume il collegamento fra le società debba essere valutata alla luce dell'art. 34, comma secondo, ultimo inciso del D.Lgs. n. 163/2006: dalla “influenza notevole” deve infatti discendere l'accertamento nei confronti dei concorrenti “che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi”

In sostanza l'influenza notevole non deve rilevare sul piano solamente civilistico dei rapporti fra soci delle società controllate in quanto diretta a preconstituire particolari posizioni di vantaggio per alcuni soci a carico di altri, ma deve spiegare i suoi effetti nell'ambito della partecipazione alla gara, alterando le posizioni di par condicio dei contraenti in ragione della finalità cui risponde la norma del decreto legislativo che riprende disposizioni e criteri tradizionali nel collegamento societario nelle pubbliche gare

manca perciò dell'apposita puntuale prova dell'esistenza di un unico centro decisionale o di interessi comuni o comunque tale da far ritenere possibile una reciproca conoscenza o un condizionamento delle rispettive offerte, basata su fatti gravi, precisi e concordanti, in presenza dei quali, secondo l'id quod plerumque accidit, si può ragionevolmente ritenere si sia verificato un inquinamento della gara ed una violazione del principio di segretezza.

Nell'accogliere le contestazioni nel ricorso principale di CONTROINTERESSATA soc. coop. Relativamente all'identità grafica delle offerte e dei plichi contenenti le stesse, la sentenza ha constatato, sulla base della documentazione acquisita in istruttoria che non sussiste alcun indizio di identità quanto alle polizze assicurative (stipulate con compagnie diverse e in giorni diversi, quanto ai bollettini attestanti i versamenti CIG (effettuati in giorni diversi e in uffici postali diversi) e quanto alle buste contenenti i documenti._ Elementi di somiglianza grafica sono stati rinvenuti nelle offerte economiche e nelle dichiarazioni allegate, circostanza quest'ultima giustificata dall'utilizzo dei moduli predisposti dalla stessa stazione appaltante._ Non appare perciò censurabile la sentenza che ha ritenuto tali evenienze istruttorie troppo labili per inferire il collegamento sostanziale tra le partecipanti alla gara e non in grado di integrare gli indizi gravi, precisi e concordanti della provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, con violazione del principio della par condicio e della segretezza delle offerte (Cons. Stato, V, 25 luglio 2006, n. 4658; VI, 23 giugno 2006, n. 4012).

Secondo consolidata giurisprudenza, è ravvisabile l'unico centro decisionale nella possibilità di un soggetto di fissare offerte tra loro coordinate al fine di influire sull'esito della gara a proprio vantaggio oppure nel legame reciproco di soggetti diversi che, in quanto legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da consistente stabilità, non siano ritenuti capaci di formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità, così vanificando i principi generali in tema di segretezza delle offerte e trasparenza della competizione

Con la sentenza impugnata, il Tribunale amministrativo regionale di Lecce ha accolto il ricorso di CONTROINTERESSATA soc. coop ed ha annullato l'aggiudicazione della gara ad Ricorrente Ascensori ritenuta l'inesistenza di seri indizi di collegamento, al momento di presentazione dell'offerta, fra la CONTROINTERESSATA soc. coop e ALFA Ascensori. Ha poi disposto la reintegrazione in forma specifica, ritenuta l'irrelevanza delle questioni sollevate dalla Provincia. Ha infine respinto, prescindendo dalle eccezioni di inammissibilità, il ricorso incidentale proposto da Ricorrente.

6. La sentenza è appellata dalla società Ricorrente Ascensori di S. Antonio che insiste sul collegamento societario fra la CONTROINTERESSATA soc. coop. E ALFA Ascensori.

6.1. Nel presente giudizio resiste la CONTROINTERESSATA soc. coop. Che richiama integralmente il ricorso e le difese di primo grado e propone appello incidentale condizionato all'accoglimento dell'appello principale, richiamando e riproponendo le eccezioni di inammissibilità e irricevibilità.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

In accoglimento del ricorso principale della società Consorzio S.A.CONTROINTERESSATA Società Cooperativa (CONTROINTERESSATA soc. coop.), la sentenza di primo grado ha annullato l'aggiudicazione in favore della società Ricorrente Ascensori di S. Antonio (Ricorrente), della gara indetta dalla Provincia di Taranto per l'affidamento del servizio triennale di manutenzione completa degli impianti a-scensori installati presso edifici di proprietà e/o competenza dell'ente. La sentenza ha innanzitutto respinto il ricorso incidentale di Ricorrente, escludendo la fondatezza dei fatti e presupposti dedotti a dimostrazione del collegamento sostanziale fra le società CONTROINTERESSATA. soc. coop. E ALFA Ascensori ed ha poi disatteso, sulla base delle emergenze istruttorie, gli argomenti della Commissione di gara che aveva ravvisato la violazione dell'art. 34 D.Lgs. n. 163/2006 ad opera delle predette società, così accogliendo il ricorso principale di CONTROINTERESSATA. soc. coop..

1.1. Ad avviso del Collegio le motivazioni della sentenza resistono alle critiche mosse dalla società Ricorrente nell'appello principale e vanno confermate nella loro totalità.

2. Nel respingere il ricorso incidentale della società Ricorrente, alla quale l'Amministrazione aveva aggiudicato la gara, sono stati ritenuti irrilevanti per dimostrare il collegamento sostanziale fra imprese determinante l'esclusione, i seguenti indici rivelatori:

- a) identità di due soggetti che ricoprono cariche societarie in CONTROINTERESSATA. soc. coop., in ALFA Ascensori e in CONTROINTERESSATA. International (sig.ri Cariani e Macchietti);
- b) avvenuta incorporazione di CONTROINTERESSATA. International in ALFA A-scensori;
- c) compimento di operazioni societarie (fusioni, incorporazioni, cessione di rami di azienda, cessione di crediti) che denotano uno stretto collegamento fra le due imprese;
- d) influenza dominante di ALFA Ascensori su CONTROINTERESSATA. soc. coop., in ragione dell'esistenza di crediti di importo rilevante.

Delle fattispecie in cui l'art. 2359 c.c., cui rinvia l'art. 34 D.Lgs. 163/2006, per individuare le situazioni di controllo soggette al divieto di partecipazione alla medesima gara, la sentenza ha escluso l'esistenza di quella stabilita dal comma primo, n. 3 (società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa) e quella prevista dal comma terzo (società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole).

3. E' incontroverso che l'incorporazione di CONTROINTERESSATA. International da parte di ALFA Ascensori si è verificata nel luglio 2007 e il relativo progetto di fusione è stato presentato a maggio 2007. Ed è parimenti incontestato che l'avvenuta cessione di un ramo di azienda da parte di CONTROINTERESSATA. soc. coop. A favore di ALFA risale al luglio 2007 e che la proprietà delle azioni di ALFA Ascensori in capo all'aggiudicataria CONTROINTERESSATA. soc. coop. È avvenuta alla fine dell'anno 2007.

3.1. Anche considerate nel loro insieme, come intende la società appellante per dimostrare l'indizio del collegamento societario, le operazioni sopra riportate sono intervenute tutte ad un momento successivo al termine fissato per la presentazione delle offerte, che scadeva il 10 aprile 2007.

3.2. Al momento di presentazione dell'offerta non sussistevano (o comunque non ne sussisteva la prova certa) i "particolari vincoli contrattuali" dai quali l'art. 2359 c.c. fa discendere l'influenza dominante di una società su un'altra, che rileva ai fini del collegamento fra imprese partecipanti alla gara previsto fra le cause soggettive di esclusione dall'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006.

3.3. Le conclusioni della sentenza devono essere perciò confermate in parte qua.

Il Tribunale territoriale ha ritenuto sforniti di prova sia il patto di sindacato a cui avrebbe dato vita ALFA Ascensori al fine di controllare CONTROINTERESSATA. International a cui avrebbe aderito CONTROINTERESSATA. soc. coop. Sia l'esistenza di particolari condizioni di favore alle quali sarebbe stata stipulata la cessione dei crediti fra CONTROINTERESSATA. e ALFA Ascensori.

5.1.1. Nell'appello è riaffermato che ALFA Ascensori aveva stipulato nel 2006 con alcuni soci di CONTROINTERESSATA. International a cui aderisce anche CONTROINTERESSATA. soc. coop. Un patto parasociale di blocco e di voto.

5.1.2. L'appellante non chiarisce però in che misura l'obbligo degli aderenti al patto a non vendere le loro azioni se non alle condizioni previste nel patto stesso o a vincolare il loro voto in assemblea possa

avere influenzato in misura notevole le offerte della partecipanti alla coma previsto per l'esclusione dall'art. 34 D.Lgs. n. 163/2006 né offre un concreto principio di prova di come ciò sia potuto avvenire.

5.1.3. Analogo indizio non è desumibile neppure dalle notizie contenute nel bilancio del 2006 di CONTROINTERESSATA. soc. coop., e di ALFA Ascensori s.p.a. nonché nella nota integrativa al bilancio 2006 di ALFA Ascensori.

5.1.4. Le informazioni ivi riportate fanno riferimento al patto di sindacato e di blocco, indicano genericamente un controllo di CONTROINTERESSATA. soc. coop. Su CONTROINTERESSATA. International, riportano la funzione con CONTROINTERESSATA. International di CONTROINTERESSATA. Elevators ... "nata da una scissione parziale di CONTROINTERESSATA. soc. coop., della quale risultava esse-re socio al 7,2% il sig. Macchietti successivamente sotto il con-trollo di ALFA Ascensori s.p.a., eletto anche presidente del Col-legio sindacale di CSA International e contemporaneamente pre-sidente del consiglio di sorveglianza di CONTROINTERESSATA. soc. coop." (cfr. atto introduttivo pag. 12).

5.1.5. In nessuna delle menzionate ipotesi è possibile evincere un collegamento tale fra CONTROINTERESSATA. soc. coop. E ALFA Ascensori da in-fluenzare le reciproche decisioni per quanto attiene alla parteci-pazione alla gara indetta dalla Provincia di Taranto.

5.2. Correttamente, sotto l'aspetto logico, la sentenza ha, infine, escluso che i rapporti economici fra le società configurassero i presupposti per una situazioni di controllo fra le concorrenti nei seguenti ulteriori indizi:

- cessione dei crediti pro soluto al controvalore del 90% del cre-dito (considerevolmente inferiore alla percentuale propria di sif-fatte operazioni pari al 50%): il favor è giustificato dal bassissi-mo rischio del credito ceduto, riguardante obbligazioni assunte da condomini nei confronti della società per riparazioni e manu-tenzioni di ascensori e pertanto di agevole e pronta realizzazione;

- incidenza sul fatturato della società e non sul capitale sociale del credito valutato da ALFA dei riguardi di CONTROINTERESSATA. soc. coop.: la possibilità di configurare in astratto una situazione di controllo desumibile dall'entità del credito (di € 217.500,00 pari a tre volte il capitale di CONTROINTERESSATA. soc. coop. Di 72.500,00) perde concreto ri-lievo se si considera che il credito di ALFA Ascensori era impu-tabile a forniture in favore di CONTROINTERESSATA. soc. coop. Il cui bilancio, al 2006, esponeva un attivo di € 19.801.244,00 e debiti verso forni-tori di € 10.158.155,00, del quale faceva parte anche il debito nei confronti della società ALFA Ascensori.

Nel confutare il rigetto da parte del giudice di primo grado, del proprio ricorso incidentale, l'appello della società Ricorrente manca perciò dell'apposita puntuale prova dell'esistenza di un unico centro decisionale o di interessi comuni o comunque tale da far ritenere possibile una reciproca conoscenza o un condizio-namento delle rispettive offerte, basata su fatti gravi, precisi e concordanti, in presenza dei quali, secondo l'id quod plerumque accidit, si può ragionevolmente ritenere si sia verificato un inquinamento della gara ed una violazione del principio di segre-tezza.

6. Nell'accogliere le contestazioni nel ricorso principale di CONTROINTERESSATA. soc. coop. Relativamente all'identità grafica delle offerte e dei plichi contenenti le stesse, la sentenza ha constatato, sulla base della documentazione acquisita in istruttoria che non sussi-ste alcun indizio di identità quanto alle polizze assicurative (sti-pulate con compagnie diverse e in giorni diversi, quanto ai bol-lettini attestanti i versamenti CIG (effettuati in giorni diversi e in uffici postali diversi) e quanto alle buste contenenti i documenti.

6.1. Elementi di somiglianza grafica sono stati rinvenuti nelle of-ferte economiche e nelle dichiarazioni allegate, circostanza quest'ultima giustificata dall'utilizzo dei moduli predisposti dalla stessa stazione appaltante.

6.2. Non appare perciò censurabile la sentenza che ha ritenuto ta-li evenienze istruttorie troppo labili per inferire il collegamento sostanziale tra le partecipanti alla gara e non in grado di integrare gli indizi gravi, precisi e concordanti della provenienza delle of-ferte da un unico centro decisionale, con violazione del principio della par condicio e della segretezza delle offerte (Cons. Stato, V, 25 luglio 2006, n. 4658; VI, 23 giugno 2006, n. 4012).

7. Allo stesso modo, la sentenza di primo grado non appare cen-surabile nella parte in cui ha escluso la riferibilità ad un unico centro decisionale del possesso alla data di presentazione delle offerte, di una

partecipazione azionaria in CONTROINTERESSATA. International da parte di CONTROINTERESSATA. coop. Soc. e di ALFA Ascensori e della comunanza nell'ambito delle tre imprese di alcuni titolari di cariche sociali.

7.1. Secondo consolidata giurisprudenza, è ravvisabile l'unico centro decisionale nella possibilità di un soggetto di fissare offerte tra loro coordinate al fine di influire sull'esito della gara a proprio vantaggio oppure nel legame reciproco di soggetti diversi che, in quanto legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da consistente stabilità, non siano ritenuti capaci di formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità, così vanificando i principi generali in tema di segretezza delle offerte e trasparenza della competizione, (Cons. Stato, VI, 23 giugno 2006, n. 4012; V, 08 settembre 2008, n. 4267).

A cura di Sonia Lazzini

N.1265/10 Reg. Dec.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1265 del 4 marzo 2010, emessa dal **N. 2795 Reg. Ric.** Consiglio di Stato

Anno: 2008

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 2795 del 2008, proposto dalla società Ricorrente Ascensori di S. Antonio, in persona del legale rappresentante pro tempore, corrente in Surbo, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Memmo, con domicilio eletto in Roma alla via Cosseria 2, presso il dott. Alfredo Placidi;

contro

il Consorzio S.A.CONTROINTERESSATA Società Cooperativa (CONTROINTERESSATA soc. coop), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Alfredo Caggiula e Paola Petix, con domicilio eletto presso l'avv. Ugo De Luca (studio B.D.L.) in Roma, via Bocca di Leone, n. 78;

e nei confronti

della Provincia di Taranto, in persona del Presidente della Giunta provinciale, legale rappresentante pro tempore, non costituita;

della società ALFA Ascensori s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, Sede di Lecce, III Sezione, n. 530, del 19 febbraio 2008, che, in accoglimento del ricorso principale, di CONTROINTERESSATA soc. coop, ha annullato i seguenti atti: -verbale di gara in data 12 ottobre 2007; - determinazione n. 138 del 18.10.2007 del dirigente del Settore Appalti e Contratti della Provincia di Taranto e della determinazione del dirigente del Settore notificata alla ricorrente unitamente a nota di trasmissione del 12.11.2007; -nota 12.11.2007 del dirigente del Settore Appalti e Contratti della Provincia di Taranto; -foglio-messaggio telefax 22.10.2007 di trasmissione dei verbali di gara e di comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva e precedente foglio 15.10.2007 del medesimo Settore Appalti e Contratti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio S.A.CONTROINTERESSATA Società Cooperativa (CONTROINTERESSATA soc. coop);

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 24 marzo 2009, il consigliere Cesare Lamberti ed uditi, altresì, gli avvocati Quinto per delega di Memmo e Petix, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. La Provincia di Taranto indisse una gara con procedura aperta ai sensi dell'art. 55 del D.Lgs. n. 163/2006 per l'affidamento del servizio triennale di manutenzione completa degli impianti ascensori installati presso edifici di proprietà e/o competenza della Provincia di Taranto – CIG [00016311F1] per la durata di trentasei mesi dalla data di consegna del servizio e per un importo a base d'asta di € 293.760,00 oltre IVA per l'intero triennio.

1.1. Il criterio di aggiudicazione previsto dal bando era quello di cui all'art. 82 –comma 2 lett. A) del D.Lgs. n. 163/2006 e cioè al prezzo più basso determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara e con verifica delle offerte anomale, ai sensi degli artt. 86, 87 e 88.

1.2. Alla gara furono ammesse otto imprese, tra cui la società Ricorrente Ascensori di S. Antonio (Ricorrente), la società Cooperativa Consorzio S.A.CONTROINTERESSATA (CONTROINTERESSATA soc. coop.) e la società ALFA Ascensori s.p.a. che fu sorteggiata ai fini della verifica del possesso dei requisiti dichiarati ex art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, conclusasi con la conferma.

1.3. La Commissione di gara dispose l'apertura delle buste “B” contenenti le offerte economiche ammesse, formò la relativa graduatoria e procedé alla determinazione della soglia di anomalia.

1.4. L'offerta della CONTROINTERESSATA soc. coop. Fu quindi valutata come più favorevole in quanto aveva proposto il ribasso più vantaggioso per l'ente. Con nota in calce al verbale di gara n. 2 la Commissione si riservò di verificare l'eventuale collegamento o situazione di controllo tra le CONTROINTERESSATA soc. coop e ALFA Ascensori.

2. Con nota del 9 maggio 2007, la società Ricorrente Ascensori contestò la mancata esclusione del CONTROINTERESSATA soc. coop e di ALFA Ascensori per la situazione di collegamento sostanziale tra società.

2.1. Ad istanza del Responsabile del procedimento fu acquisito un parere dall'Ufficio legale della

Provincia di Taranto che si manifestò in senso favorevole alla esclusione poiché: *“dalla fattispecie prospettata pare emergere proprio quella situazione di possibile alterazione delle vicende di gara, il cui impedimento costituisce la ratio legis delle disposizioni evocate, con tutte le conseguenze dalla legge connesse in ordine alla esclusione dalla gara di Imprese in ordine alle quali sia stata accertata dalla stazione appaltante la situazione di controllo e/o collegamento”*.

2.2. La Commissione di gara esclude dalla procedura selettiva il CONTROINTERESSATA soc. coop e la ALFA Ascensori s.p.a., rideterminò la nuova graduatoria per la rilevazione della soglia di anomalia ed aggiudicò la gara alla società Ricorrente che aveva presentato l'offerta più conveniente.

2.3. L'esclusione si basò sui seguenti elementi; -la □ n conferentine di entrambe le imprese al capitale sociale di CONTROINTERESSATA. International; -l'identità soggettiva di due persone che ricoprivano incarichi in tutte e tre le predette società (la sig.ra Corrada Cariani era presidente del Consiglio di Sorveglianza in ALFA Ascensori, revisore dei conti in CONTROINTERESSATA soc. coop. E sindaco effettivo del collegio sindacale di CONTROINTERESSATA. International ed il sig. Stefano Macchietti era presidente del Collegio sindacale in CONTROINTERESSATA. International, e presidente del Consiglio di Sorveglianza in CONTROINTERESSATA soc. coop.); -la notevole identità grafica delle dichiarazioni allegate alle rispettive offerte e delle buste contenenti la documentazione prodotta in sede di gara.

3. Avverso l'esclusione propose ricorso la CONTROINTERESSATA soc. coop., per i seguenti motivi (a) violazione dell'art. 34 comma 2 D.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 3 n. L. 241/1990 per motivazione insufficiente e contraddittoria; (b) violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 1, co. 1, L. n. 241/1990 e dell'art. 2, co. 1, D.Lgs. n. 163/2006 per difformità con il criterio della tassatività delle cause di esclusione dalle pubbliche gare; (c) illegittimità derivata e violazione dell'art. 3 L. n. 241/1990 per erronea applicazione del disciplinare di gara, punto 2, “procedura di aggiudicazione” penultimo periodo.

3.1. Si costituirono in primo grado la Provincia di Taranto e la società Ricorrente, confutando il motivi

del ricorso.

3.2. Il Tribunale salentino dispose incumbenti istruttori.

4. A seguito della documentazione depositata e delle deduzioni della Provincia:

- la società Ricorrente, divenuta aggiudicataria dell'appalto, a seguito dell'esclusione di CONTROINTERESSATA soc. coop, ha proposto ricorso incidentale, spedito il 2 gennaio e depositato l'11 gennaio 2008, per violazione dell'art. 34 D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 2359 c.c., in materia di collegamento sostanziale e dei principi in materia di divieto di partecipazione alle gare in caso di collegamento e/o controllo, così articolati: (a) CONTROINTERESSATA. International è una controllata di ALFA Ascensori, la quale ha stipulato con altri azionisti, fra cui CONTROINTERESSATA soc. coop, un patto di sindacato, circostanza questa che rafforza ancora di più il legame esistente fra le due imprese; (b) CONTROINTERESSATA. International (che nel 2006 aveva incorporato un'altra società, nata a sua volta da una scissione parziale di CONTROINTERESSATA. Coop.) è collegata a CONTROINTERESSATA soc. coop. (c) nel corso del 2007 ALFA ha incorporato CONTROINTERESSATA. International; (d) nel luglio 2007 CONTROINTERESSATA soc. coop ha ceduto a ALFA un ramo di azienda; (e) fra ALFA e CONTROINTERESSATA soc. coop è stata stipulata una cessione di crediti a condizioni che vengono ritenute "fuori mercato", il che denoterebbe un collegamento particolarmente stretto fra le due imprese; (f) ALFA vanta nei confronti di CONTROINTERESSATA soc. coop un credito di importo tale da configurare un'influenza dominante; (g) CONTROINTERESSATA soc. coop, è azionista di ALFA.
- la società CONTROINTERESSATA soc. coop ha proposto motivi aggiunti al ricorso principale notificati il 10 gennaio e depositati il 15 e il 23 gennaio 2008, ove si evidenzia che: (I) non sussiste la dedotta somiglianza grafica della documentazione allegata alle rispettive offerte; (II) sono ☐ n conferenti per integrare la motivazione dell'esclusione, le argomentazioni della Provincia, in quanto esse fanno riferimento a situazioni cessate definitivamente prima della data di presentazione delle offerte per la

presente gara oppure venute ad esistenza in epoca successiva.

5. Con la sentenza impugnata, il Tribunale amministrativo regionale di Lecce ha accolto il ricorso di CONTROINTERESSATA soc. coop ed ha annullato l'aggiudicazione della gara ad Ricorrente Ascensori ritenuta l'inesistenza di seri indizi di collegamento, al momento di presentazione dell'offerta, fra la CONTROINTERESSATA soc. coop e ALFA Ascensori. Ha poi disposto la reintegrazione in forma specifica, ritenuta l'irrilevanza delle questioni sollevate dalla Provincia. Ha infine respinto, prescindendo dalle eccezioni di inammissibilità, il ricorso incidentale proposto da Ricorrente.

6. La sentenza è appellata dalla società Ricorrente Ascensori di S. Antonio che insiste sul collegamento societario fra la CONTROINTERESSATA. soc. coop. E ALFA Ascensori.

6.1. Nel presente giudizio resiste la CONTROINTERESSATA. soc. coop. Che richiama integralmente il ricorso e le difese di primo grado e propone appello incidentale condizionato all'accoglimento dell'appello principale, richiamando e riproponendo le eccezioni di inammissibilità e irricevibilità.

7. La causa viene in decisione all'udienza del 24 marzo 2009.

DIRITTO

1. In accoglimento del ricorso principale della società Consorzio S.A.CONTROINTERESSATA Società Cooperativa (CONTROINTERESSATA soc. coop.), la sentenza di primo grado ha annullato l'aggiudicazione in favore della società Ricorrente Ascensori di S. Antonio (Ricorrente), della gara indetta dalla Provincia di Taranto per l'affidamento del servizio triennale di manutenzione completa degli impianti ascensori installati presso edifici di proprietà e/o competenza dell'ente. La sentenza ha innanzitutto respinto il ricorso incidentale di Ricorrente, escludendo la fondatezza dei fatti e presupposti dedotti a dimostrazione del collegamento sostanziale fra le società CONTROINTERESSATA. soc. coop. E ALFA Ascensori ed ha poi disatteso, sulla base delle emergenze istruttorie, gli argomenti della Commissione di gara che aveva ravvisato la violazione dell'art. 34 D.Lgs. n. 163/2006 ad opera delle predette società, così accogliendo il ricorso principale di

CONTROINTERESSATA. soc. coop..

1.1. Ad avviso del Collegio le motivazioni della sentenza resistono alle critiche mosse dalla società Ricorrente nell'appello principale e vanno confermate nella loro totalità.

2. Nel respingere il ricorso incidentale della società Ricorrente, alla quale l'Amministrazione aveva aggiudicato la gara, sono stati ritenuti irrilevanti per dimostrare il collegamento sostanziale fra imprese determinante l'esclusione, i seguenti indici rivelatori:

- a) identità di due soggetti che ricoprono cariche societarie in CONTROINTERESSATA. soc. coop., in ALFA Ascensori e in CONTROINTERESSATA. International (sig.ri Cariani e Macchietti);
- b) avvenuta incorporazione di CONTROINTERESSATA. International in ALFA Ascensori;
- c) compimento di operazioni societarie (fusioni, incorporazioni, cessione di rami di azienda, cessione di crediti) che denotano uno stretto collegamento fra le due imprese;
- d) influenza dominante di ALFA Ascensori su CONTROINTERESSATA. soc. coop., in ragione dell'esistenza di crediti di importo rilevante.

2.1. Delle fattispecie in cui l'art. 2359 c.c., cui rinvia l'art. 34 D.Lgs. 163/2006, per individuare le situazioni di controllo soggette al divieto di partecipazione alla medesima gara, la sentenza ha escluso l'esistenza di quella stabilita dal comma primo, n. 3 (società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa) e quella prevista dal comma terzo (società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole).

3. E' incontroverso che l'incorporazione di CONTROINTERESSATA. International da parte di ALFA Ascensori si è verificata nel luglio 2007 e il relativo progetto di fusione è stato presentato a maggio 2007. Ed è parimenti incontestato che l'avvenuta cessione di un ramo di azienda da parte di CONTROINTERESSATA. soc. coop. A favore di ALFA risale al luglio 2007 e che la proprietà delle azioni di ALFA Ascensori in capo all'aggiudicataria CONTROINTERESSATA. soc. coop. È avvenuta alla fine dell'anno 2007.

3.1. Anche considerate nel loro insieme, come intende la società appellante per dimostrare l'indizio del collegamento societario, le operazioni sopra riportate sono intervenute tutte ad un momento successivo al termine fissato per la presentazione delle offerte, che scadeva il 10 aprile 2007.

3.2. Al momento di presentazione dell'offerta non sussistevano (o comunque non ne sussisteva la prova certa) i “*particolari vincoli contrattuali*” dai quali l'art. 2359 c.c. fa discendere l'influenza dominante di una società su un'altra, che rileva ai fini del collegamento fra imprese partecipanti alla gara previsto fra la cause soggettive di esclusione dall'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006.

3.3. Le conclusioni della sentenza devono essere perciò confermate *in parte qua*.

4. In relazione all'altro presupposto dal quale l'art. 2359 c.c. desume il collegamento, costituito dalla clausola di chiusura contenuta nel comma terzo e costituita dalla “*influenza notevole*” di una società su un'altra, la sentenza ha escluso che siffatto presupposto potesse ricorrere dall'insieme delle operazioni commerciali considerate significative dalla ricorrente incidentale nel presente grado ed appellante principale nel presente.

4.1. Ritiene il Collegio che l’“*influenza notevole*” dalla quale l'art. 2359 c.c. desume il collegamento fra le società debba essere valutata alla luce del'art. 34, comma secondo, ultimo inciso del D.Lgs. n. 163/2006: dalla “*influenza notevole*” deve infatti discendere l'accertamento nei confronti dei concorrenti “*che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi*”.

4.2. In sostanza l'influenza notevole non deve rilevare sul piano solamente civilistico dei rapporti fra soci delle società controllate in quanto diretta a precostituire particolari posizioni di vantaggio per alcuni soci a carico di altri, ma deve spiegare i suoi effetti nell'ambito della partecipazione alla gara, alterando le posizioni di *par condicio* dei contraenti in ragione della finalità cui risponde la norma del decreto legislativo che riprende disposizioni e criteri tradizionali nel collegamento societario nelle pubbliche gare.

5. Sotto questo aspetto, le conclusioni cui giunge la sentenza di primo grado non si presta ad alcuna

critica.

5.1. Il Tribunale territoriale ha ritenuto sformati di prova sia il patto di sindacato a cui avrebbe dato vita ALFA Ascensori al fine di controllare CONTROINTERESSATA. International a cui avrebbe aderito CONTROINTERESSATA. soc. coop. Sia l'esistenza di particolari condizioni di favore alle quali sarebbe stata stipulata la cessione dei crediti fra CONTROINTERESSATA. e ALFA Ascensori.

5.1.1. Nell'appello è riaffermato che ALFA Ascensori aveva stipulato nel 2006 con alcuni soci di CONTROINTERESSATA. International a cui aderisce anche CONTROINTERESSATA. soc. coop. Un patto parasociale di blocco e di voto.

5.1.2. L'appellante non chiarisce però in che misura l'obbligo degli aderenti al patto a non vendere le loro azioni se non alle condizioni previste nel patto stesso o a vincolare il loro voto in assemblea possa avere influenzato in misura notevole le offerte della partecipanti alla coma previsto per l'esclusione dall'art. 34 D.Lgs. n. 163/2006 né offre un concreto principio di prova di come ciò sia potuto avvenire.

5.1.3. Analogo indizio non è desumibile neppure dalle notizie contenute nel bilancio del 2006 di CONTROINTERESSATA. soc. coop., e di ALFA Ascensori s.p.a. nonché nella nota integrativa al bilancio 2006 di ALFA Ascensori.

5.1.4. Le informazioni ivi riportate fanno riferimento al patto di sindacato e di blocco, indicano genericamente un controllo di CONTROINTERESSATA. soc. coop. Su CONTROINTERESSATA. International, riportano la funzione con CONTROINTERESSATA. International di CONTROINTERESSATA. Elevators ... “nata da una scissione parziale di CONTROINTERESSATA. soc. coop., della quale risultava essere socio al 7,2% il sig. Macchietti successivamente sotto il controllo di ALFA Ascensori s.p.a., eletto anche presidente del Collegio sindacale di CSA International e contemporaneamente presidente del consiglio di sorveglianza di CONTROINTERESSATA. soc. coop.” (cfr. atto introduttivo pag. 12).

5.1.5. In nessuna delle menzionate ipotesi è possibile evincere un collegamento tale fra

CONTROINTERESSATA. soc. coop. E ALFA Ascensori da influenzare le reciproche decisioni per quanto attiene alla partecipazione alla gara indetta dalla Provincia di Taranto.

5.2. Correttamente, sotto l'aspetto logico, la sentenza ha, infine, escluso che i rapporti economici fra le società configurassero i presupposti per una situazione di controllo fra le concorrenti nei seguenti ulteriori indizi:

- cessione dei crediti *pro soluto* al controvalore del 90% del credito (considerevolmente inferiore alla percentuale propria di siffatte operazioni pari al 50%): il *favor* è giustificato dal bassissimo rischio del credito ceduto, riguardante obbligazioni assunte da condomini nei confronti della società per riparazioni e manutenzioni di ascensori e pertanto di agevole e pronta realizzazione;

- incidenza sul fatturato della società e non sul capitale sociale del credito valutato da ALFA dei riguardi di CONTROINTERESSATA. soc. coop.: la possibilità di configurare in astratto una situazione di controllo desumibile dall'entità del credito (di € 217.500,00 pari a tre volte il capitale di CONTROINTERESSATA. soc. coop. Di 72.500,00) perde concreto rilievo se si considera che il credito di ALFA Ascensori era imputabile a forniture in favore di CONTROINTERESSATA. soc. coop. Il cui bilancio, al 2006, esprimeva un attivo di € 19.801.244,00 e debiti verso fornitori di € 10.158.155,00, del quale faceva parte anche il debito nei confronti della società ALFA Ascensori.

5.2.1. Delle riferite circostanze ed emergenze contabili, esaminate dalla sentenza di primo grado e ribadite nella memoria di costituzione di CONTROINTERESSATA. soc. coop., non vi è contestazione specifica nell'appello, che si limita a riaffermare, peraltro senza dedurre specifiche ragioni a sostegno, l'incongruità della valutazione del debito al capitale e non al fatturato di CONTROINTERESSATA. soc. coop., laddove in una situazione di complessiva prosperità aziendale, riferire una passività ai profitti e perdite anziché al capitale meglio risponde alla finalità di comprenderne la situazione di autonomia e l'assenza di controlli anche indiretti da parte di altre imprese.

5.3. Nel confutare il rigetto da parte del giudice di primo grado, del proprio ricorso incidentale, l'appello

della società Ricorrente manca perciò dell'apposita puntuale prova dell'esistenza di un unico centro decisionale o di interessi comuni o comunque tale da far ritenere possibile una reciproca conoscenza o un condizionamento delle rispettive offerte, basata su fatti gravi, precisi e concordanti, in presenza dei quali, secondo *l'id quod plerumque accidit*, si può ragionevolmente ritenere si sia verificato un inquinamento della gara ed una violazione del principio di segretezza.

6. Nell'accogliere le contestazioni nel ricorso principale di CONTROINTERESSATA. soc. coop. Relativamente all'identità grafica delle offerte e dei plichi contenenti le stesse, la sentenza ha constatato, sulla base della documentazione acquisita in istruttoria che non sussiste alcun indizio di identità quanto alle polizze assicurative (stipulate con compagnie diverse e in giorni diversi, quanto ai bollettini attestanti i versamenti CIG (effettuati in giorni diversi e in uffici postali diversi) e quanto alle buste contenenti i documenti.

6.1. Elementi di somiglianza grafica sono stati rinvenuti nelle offerte economiche e nelle dichiarazioni allegate, circostanza quest'ultima giustificata dall'utilizzo dei moduli predisposti dalla stessa stazione appaltante.

6.2. Non appare perciò censurabile la sentenza che ha ritenuto tali evenienze istruttorie troppo labili per inferire il collegamento sostanziale tra le partecipanti alla gara e non in grado di integrare gli indizi gravi, precisi e concordanti della provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, con violazione del principio della par condicio e della segretezza delle offerte (Cons. Stato, V, 25 luglio 2006, n. 4658; VI, 23 giugno 2006, n. 4012).

7. Allo stesso modo, la sentenza di primo grado non appare censurabile nella parte in cui ha escluso la riferibilità ad un unico centro decisionale del possesso alla data di presentazione delle offerte, di una partecipazione azionaria in CONTROINTERESSATA. International da parte di CONTROINTERESSATA. coop. Soc. e di ALFA Ascensori e della comunanza nell'ambito delle tre imprese di alcuni titolari di cariche sociali.

7.1. Secondo consolidata giurisprudenza, è ravvisabile l'unico centro decisionale nella possibilità di un soggetto di fissare offerte tra loro coordinate al fine di influire sull'esito della gara a proprio vantaggio oppure nel legame reciproco di soggetti diversi che, in quanto legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da consistente stabilità, non siano ritenuti capaci di formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità, così vanificando i principi generali in tema di segretezza delle offerte e trasparenza della competizione, (Cons. Stato, VI, 23 giugno 2006, n. 4012; V, 08 settembre 2008, n. 4267).

7.2. Le partecipazioni comuni di CONTROINTERESSATA. coop. Soc. e di ALFA Ascensori si riferiscono, infatti a CONTROINTERESSATA. International, che non aveva preso parte alla gara indetta dalla Provincia di Taranto e alla data di presentazione delle offerte né CONTROINTERESSATA. International né ALFA Ascensori avevano partecipazioni azionarie in CONTROINTERESSATA. coop. soc.: di talché non appariva possibile individuare con certezza chi fosse la persona o il medesimo gruppo di persone in grado di influenzare l'offerta della partecipante con distorsione della concorrenza o della par condicio (Cons. Stato, V, 1 luglio 2002, n. 3601).

7.3. Altrettanto condivisibile è l'assunto della prima decisione, laddove esclude che l'assenza di cariche operative o direttive in capo ai sigg.ri Cariani e Macchietti ponesse costoro in grado di influenzare del scelte della società: sintomo questo rilevato dalla giurisprudenza nell'intreccio degli organi amministrativi e di rappresentanza o nella comunanza di uno o più amministratori e dei soci che facciano ritenere plausibile una reciproca conoscenza o condizionamento delle rispettive offerte (Cons. Stato, IV, 4 febbraio 2003, n. 560; VI, 22 aprile 2004, n. 2367).

7.4. Nella specie nessuno dei due soggetti citati riveste cariche operative o di gestione, ma di mero controllo; la sig.ra Cariani è presidente del Consiglio di Sorveglianza in ALFA Ascensori, revisore dei conti in CONTROINTERESSATA soc. coop. E sindaco effettivo del collegio sindacale di CONTROINTERESSATA. International ed il sig. Stefano Macchietti è presidente del Collegio

sindacale in CONTROINTERESSATA. International, e presidente del Consiglio di Sorveglianza in CONTROINTERESSATA soc. coop..

7.5. Anche sotto questo aspetto la sentenza è perciò meritevole di conferma.

8. In conclusione, l'appello deve essere respinto e, per l'effetto, confermata la sentenza impugnata.

8.1. Deve, conseguentemente essere dichiarato improcedibile l'appello incidentale di CONTROINTERESSATA. soc. coop.

8.2. Sussistono giustificati motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali relative al secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 24 marzo 2009, con l'intervento dei Signori:

Raffaele Iannotta	Presidente
Cesare Lamberti rel. Est	Consigliere
Claudio Marchitiello	Consigliere
Vito Poli	Consigliere
Giancarlo Motedoro	Consigliere

L'Estensore
f.to Cesare Lamberti

Il Presidente
f.to Raffaele Iannotta

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

04/03/10

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

**Il Direttore della Sezione
f.to Antonio Serrao**