

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29337-gli-indici-di-collegamento-pur-presenti-non-consentono-di-individuare-un-solo-centro-di-interessi-che-raggruppa-le-due-societ-in-parola-e-vero-infatti-che-in-entrambe-le-sudette-societ-interessa>

Autore: Lazzini Sonia

Gli indici di collegamento, pur presenti, non consentono di individuare un solo centro di interessi che raggruppa le due società in parola. E' vero, infatti, che in entrambe le suddette società è interessato un gruppo imprenditoriale; questo però ha la m

C.St. 26.03.2010 n. 1752

Gli indici di collegamento, pur presenti, non consentono di individuare un solo centro di interessi che raggruppa le due società in parola.

E' vero, infatti, che in entrambe le suddette società è interessato un gruppo imprenditoriale; questo però ha la maggioranza solo in una delle medesime società.

E' vero che anche situazioni di mero collegamento possono evidenziare la presenza di un solo centro decisionale e di interessi, ma ciò deve essere, in tali casi, specificamente dimostrato, mentre è presunto nelle sole situazioni di controllo societario.

Giova infine sottolineare come le considerazioni svolte dai primi giudici siano confermate dalla sentenza della Corte di Giustizia CE del 19 maggio 2009, resa nella causa C-538/07, a seguito del quale poi il legislatore con l'art. 3 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, in legge 20 novembre 2009, n. 166, ha modificato l'articolo 38, comma primo, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, aggiungendo dopo la lettera m-ter), in fine, la seguente:

«m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.», in tal modo chiarendo definitivamente la portata del principio.

L'appellante contesta anche la partecipazione alla gara della vincitrice, sostenendo che questa è collegata ad altra impresa partecipante alla gara, con vincolo così stretto da evidenziare un unico centro di interessi.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

La doglianza non può essere condivisa in quanto gli indici di collegamento, pur presenti, non consentono di individuare un solo centro di interessi che raggruppa le due società in parola.

E' vero, infatti, che in entrambe le suddette società è interessato un gruppo imprenditoriale; questo però ha la maggioranza solo in una delle medesime società.

Occorre osservare che la normativa di gara, riprendendo la previsione dell'art. 10 comma primo bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109. (non direttamente applicabile, trattandosi di appalto di servizi) esclude solo la partecipazione di imprese in situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Tale situazione deve essere esclusa nel caso in esame, nel quale un solo gruppo di interesse ha la maggioranza della società aggiudicataria; lo stesso gruppo partecipa a due società che a loro volta partecipano all'altra partecipante alla gara, senza peraltro raggiungere la maggioranza al suo interno.

In conclusione, afferma il Collegio che i suddetti elementi consentono di ravvisare un collegamento societario, ma non certo una situazione di controllo.

Il rapporto fra le società di cui si discute non è poi tale da palesare che le decisioni di una delle suddette compagnie siano coordinate con quelle dell'altra, mancando anche intrecci di persone nei rispettivi organi di amministrazione.

L'appellante contesta l'interpretazione della normativa di gara seguita dalla stazione appaltante e dai primi giudici, ritenendola restrittiva, ma la tesi non può essere condivisa in quanto la suddetta normativa fa specifico riferimento al solo concetto del controllo societario, senza fare affatto riferimento alle situazioni di collegamento.

E' vero che anche situazioni di mero collegamento possono evidenziare la presenza di un solo centro decisionale e di interessi, ma ciò deve essere, in tali casi, specificamente dimostrato, mentre è presunto nelle sole situazioni di controllo societario.

Invero, le norme di cui si tratta si basano su un delicato equilibrio fra libertà d'iniziativa imprenditoriale, in capo a soggetti che restano comunque distinti, che suggerirebbe di lasciare libera la partecipazione

alle gare, e l'esigenza di prevenire il problema, indiscutibilmente presente, degli accordi in danno dell'Amministrazione.

Di conseguenza, il punto di equilibrio individuato dal legislatore, ovvero dalla normativa di gara, ha natura di norma eccezionale, per la quale è preclusa l'applicazione estensiva.

Giova infine sottolineare come le considerazioni svolte dai primi giudici siano confermate dalla sentenza della Corte di Giustizia CE del 19 maggio 2009, resa nella causa C-538/07, a seguito del quale poi il legislatore con l'art. 3 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, in legge 20 novembre 2009, n. 166, ha modificato l'articolo 38, comma primo, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, aggiungendo dopo la lettera m-ter), in fine, la seguente:

«m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.», in tal modo chiarendo definitivamente la portata del principio.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1752 del 26 marzo 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 01752/2010 REG.DEC.

N. 00571/2005 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso in appello numero di registro generale 571 del 2005, proposto da:
Ricorrente Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Pizzutelli, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Capecci in Roma, via Cavour n. 211;

contro

ALFA., rappresentata e difesa dall'avv. Antonella Tomassini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Filippo Lippi n. 2;

Istituto di Vigilanza Città di Cassino S.r.l.-Metronotte Gruppo Controinteressata, rappresentato e difeso dall'avv. Danilo Giaccari, con domicilio eletto presso l'avv. Giampaolo Dickmann in Roma, viale Giulio Cesare n. 95; Istituto di Vigilanza Metropol Frosinone Servizi Sicurezza Srl;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo del Lazio - LATINA n. 00663/2004, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE DEL SERVIZIO TRIENNALE DI VIGILANZA ARMATA.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2010 il consigliere di Stato Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Pitruzzelli e Tomassini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale Amministrativo del Lazio, sede di Latina, Ricorrente s.r.l. in persona del presidente impugnava l'aggiudicazione definitiva del servizio triennale di vigilanza delle sedi di Frosinone e provincia della ALFA. s.p.a., unitamente agli atti presupposti tra i quali, segnatamente, i verbali di aggiudicazione provvisoria, la decisione di procedere a nuovo sorteggio solo tra gli istituti Metropol e Ricorrente, ed il contratto di appalto, lamentando violazione e falsa applicazione dei punti 5 lett. f) 8.1 della lettera d'invito, chiedendo il loro annullamento e la condanna della ALFA. s.p.a. al risarcimento dei danni mediante reintegrazione in forma specifica o equivalente monetario.

Con motivi aggiunti precisava l'oggetto dell'impugnazione nel provvedimento n. 62 in data 13 marzo 2003 con il quale il direttore generale di ALFA. s.p.a. aveva

disposto l'aggiudicazione definitiva del contratto in favore dell'Istituto di Vigilanza "Città di Cassino" s.r.l., ribadendo quindi le domande già formulate.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale Amministrativo del Lazio, sede di Latina, respingeva il ricorso.

Avverso la predetta sentenza insorge Ricorrente Srl in persona del legale rappresentante chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si sono costituiti in giudizio ALFA. ed Istituto di Vigilanza Città di Cassino S.r.l.- Metronotte Gruppo Controinteressata chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla pubblica udienza del 29 gennaio 2010 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. La stazione appaltante ha indetto la gara di cui in narrativa, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso; le quattro imprese partecipanti hanno presentato offerte identiche, per cui si è proceduto al sorteggio.

L'offerta dell'odierna appellata è risultata vincitrice; seconda è stata classificata l'offerta di un'altra impresa; l'odierna appellante ha contestato la partecipazione alla gara di quest'ultima impresa; la stazione appaltante ha condiviso le sue argomentazioni, escludendo l'impresa in questione e procedendo a nuovo sorteggio per l'individuazione della seconda migliore offerta, a seguito del quale l'offerta dell'appellante è stata individuata quale seconda migliore offerta.

2. L'appellante sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto ripetere il sorteggio anche per l'individuazione della migliore offerta, non solo della seconda.

La doglianza è infondata in quanto non spiega perché la partecipazione al sorteggio di un'impresa non legittimata avrebbe favorito quella poi dichiarata vincitrice, e deve essere respinta.

3. L'appellante contesta anche la partecipazione alla gara della vincitrice, sostenendo che questa è collegata ad altra impresa partecipante alla gara, con vincolo così stretto da evidenziare un unico centro di interessi.

La doglianza non può essere condivisa in quanto gli indici di collegamento, pur presenti, non consentono di individuare un solo centro di interessi che raggruppa le due società in parola.

E' vero, infatti, che in entrambe le suddette società è interessato un gruppo imprenditoriale; questo però ha la maggioranza solo in una delle medesime società.

Occorre osservare che la normativa di gara, riprendendo la previsione dell'art. 10 comma primo bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109. (non direttamente applicabile, trattandosi di appalto di servizi) esclude solo la partecipazione di imprese in situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Tale situazione deve essere esclusa nel caso in esame, nel quale un solo gruppo di interesse ha la maggioranza della società aggiudicataria; lo stesso gruppo partecipa a due società che a loro volta partecipano all'altra partecipante alla gara, senza peraltro raggiungere la maggioranza al suo interno.

In conclusione, afferma il Collegio che i suddetti elementi consentono di ravvisare un collegamento societario, ma non certo una situazione di controllo.

Il rapporto fra le società di cui si discute non è poi tale da palesare che le decisioni di una delle suddette compagini siano coordinate con quelle dell'altra, mancando anche intrecci di persone nei rispettivi organi di amministrazione.

L'appellante contesta l'interpretazione della normativa di gara seguita dalla stazione appaltante e dai primi giudici, ritenendola restrittiva, ma la tesi non può essere condivisa in quanto la suddetta normativa fa specifico riferimento al solo concetto del controllo societario, senza fare affatto riferimento alle situazioni di collegamento.

E' vero che anche situazioni di mero collegamento possono evidenziare la presenza di un solo centro decisionale e di interessi, ma ciò deve essere, in tali casi, specificamente dimostrato, mentre è presunto nelle sole situazioni di controllo societario.

Invero, le norme di cui si tratta si basano su un delicato equilibrio fra libertà d'iniziativa imprenditoriale, in capo a soggetti che restano comunque distinti, che suggerirebbe di lasciare libera la partecipazione alle gare, e l'esigenza di prevenire il problema, indiscutibilmente presente, degli accordi in danno dell'Amministrazione. Di conseguenza, il punto di equilibrio individuato dal legislatore, ovvero dalla normativa di gara, ha natura di norma eccezionale, per la quale è preclusa l'applicazione estensiva.

Giova infine sottolineare come le considerazioni svolte dai primi giudici siano confermate dalla sentenza della Corte di Giustizia CE del 19 maggio 2009, resa nella causa C-538/07, a seguito del quale poi il legislatore con l'art. 3 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, in legge 20 novembre 2009, n. 166, ha modificato l'articolo 38, comma primo, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, aggiungendo dopo la lettera m-ter), in fine, la seguente:

«m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.», in tal modo chiarendo definitivamente la portata del principio.

4. L'appello deve, in conclusione, essere respinto.

In considerazione della complessità della controversia le spese devono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Compensa integralmente spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2010 con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo, Presidente

Domenico Cafini, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2010

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

Il Dirigente della Sezione