

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 30/09/2010

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/30220-per-le-societ-di-capitali-le-cause-di-esclusione-hanno-rilevanza-solamente-quando-riguardano-gli-amministratori-muniti-di-poteri-di-rappresentanza-e-i-direttori-tecnici-qualifiche-queste-che-debb>

Autore: Lazzini Sonia

Per le società di capitali, le cause di esclusione hanno rilevanza solamente quando riguardano gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e i direttori tecnici; qualifiche, queste, che debbono essere rivestite in entrambe le società di cui si s

C.St. 24.08.2010 n. 5923

Per le società di capitali, le cause di esclusione hanno rilevanza solamente quando riguardano gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e i direttori tecnici; qualifiche, queste, che debbono essere rivestite in entrambe le società di cui si sospetta il collegamento che porta all'unità decisionale delle offerte presentate

Quindi, sia in base alla vecchia che alla nuova normativa, diventa essenziale verificare se l'amministrazione abbia svolto in maniera adeguata l'indagine sulla possibile sussistenza di una delle situazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, oppure del caso in cui le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale.

La consistenza della partecipazione azionaria, pacificamente inferiore alla maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria da parte della società Controinteressata due e la mancata prova di particolari vincoli contrattuali tra essa e le società partecipanti alla gara, esclude quel tipo di collegamento di cui all'articolo 2359, comma 1, nn. 1 e 3, che sarebbe stato da solo, ove sussistente, idoneo a determinare l'esclusione

Parimenti insufficienti -nel senso che gli indizi denunciati dall'appellante non sono univoci a determinare la presenza di un unico centro decisionale cui sarebbero riconducibili le offerte presentate dalle due imprese appellate- sono i collegamenti tra organi amministrativi o di rappresentanza tra le due imprese.

anche la nuova normativa si affida al meccanismo dell'autodichiarazione, laddove prevede che l'impresa debba effettuare la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo e di aver formulato un'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione, fornendo documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta

La società appellante ha dedotto che le società appellate avrebbero dovuto essere escluse dalla gara, ai sensi dell'articolo 34, comma 2, del decreto legislativo n.163 del 2006, in quanto un'unica società, la Controinteressata due S.p.A., non partecipante alla gara, deterrebbe il 49% delle quote della Controinteressata Italia S.r.l. e il 41% delle quote della CONTROINTERESSATA TRE S.r.l.; sicché la società Controinteressata due controllerebbe entrambe le società partecipanti, ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, nn.1 e 2, del codice civile.

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

L'appello non è fondato

La società appellante ha dedotto che le società appellate avrebbero dovuto essere escluse dalla gara, ai sensi dell'articolo 34, comma 2, del decreto legislativo n.163 del 2006, in quanto un'unica società, la Controinteressata due S.p.A., non partecipante alla gara, deterrebbe il 49% delle quote della Controinteressata Italia S.r.l. e il 41% delle quote della CONTROINTERESSATA TRE S.r.l.; sicché la società Controinteressata due controllerebbe entrambe le società partecipanti, ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, nn.1 e 2, del codice civile.

7.2. Come giustamente rilevato dal giudice di primo grado, la questione va riguardata alla luce di quanto statuito dalla Corte di giustizia della comunità europea, con la sentenza del 19 maggio 2009 C-538/07, laddove, pur riaffermando che il divieto di simultanea partecipazione ad una medesima gara da parte di imprese controllate contrasta con il diritto comunitario e con i principi della libera circolazione (della massima partecipazione e della proporzionalità), ha anche stabilito che la sussistenza del rapporto di controllo non determina l'esclusione automatica delle imprese, essendo necessario verificare da parte dell'amministrazione se esso abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della procedura e se abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito della stessa procedura.

La statuizione della Corte di giustizia ha una imprescindibile valenza interpretativa anche rispetto alla norma vigente al momento dell'espletamento della gara, in quanto anche l'abrogato comma 2 dell'articolo 34 prevedeva l'esclusione dei concorrenti per i quali le stazioni appaltanti accertassero l'imputabilità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate sulla base di univoci elementi; previsione, che è stata riprodotta dal nuovo articolo 38, emanato proprio in applicazione della sentenza. In altri termini il nuovo impianto normativo tende ad escludere solamente l'automaticità dell'esclusione, ma non incide sui presupposti che la possono determinare. D'altronde ciò costituisce il fulcro su cui poggia l'impianto motivazionale dell'appello.

7.3. Com'è noto, il legislatore nazionale ha dato attuazione alla citata sentenza mediante l'articolo 3 del decreto legge n. 135 del 25 settembre 2009, convertito con modificazioni in legge 20 novembre 2009 n. 166, che ha abrogato il comma 2 dell'articolo 34 del codice dei contratti pubblici. Esso, vigente all'epoca dello svolgimento della procedura di gara, stabiliva: <<non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino tra 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>>.

Lo stesso art. 3 del decreto legge convertito ha inserito la disciplina sulla partecipazione alle gare di società controllate e collegate nell'articolo 38 dello stesso codice dei contratti, dove è stato aggiunto, al comma 2, il seguente periodo:<< a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente in cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione corredata dei documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica>>.

Quindi, sia in base alla vecchia che alla nuova normativa, diventa essenziale verificare se l'amministrazione abbia svolto in maniera adeguata l'indagine sulla possibile sussistenza di una delle situazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, oppure del caso in cui le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale.

E' noto che, sulla base di quanto dispone l'articolo 2359 del codice civile, il primo caso si ha quando una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di altra società; quando la medesima società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di altra società; quando le società sono sotto l'influenza dominante di altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Sulla base della medesima norma sono, invece, considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole ma non

dominante. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società possiede azioni quotate in mercati regolamentati.

Invece, il secondo caso ricorre quando, al di là dell'espressa previsione codicistica, si verifichi una situazione di collegamento sostanziale, desumibile sulla base di univoci elementi individuati in concreto dalla stazione appaltante, da cui è possibile ritenere che vi sia stato un rapporto tra società tale da alterare il libero svolgimento della gara nel rispetto della parità dei concorrenti. In altri termini, la normativa in esame è diretta a scongiurare i riflessi che i complicati meccanismi legati al fenomeno dei gruppi societari possono avere sulle procedure ad evidenza pubblica.

Il persistente riferimento ad un unico centro decisionale cui sono imputabili le diverse offerte, a prescindere dal controllo e collegamento di cui all'articolo 2359 del codice civile, quale causa di esclusione, costituisce la riprova che il legislatore ha imposto una soluzione sostanziale e non formale, laddove consente l'esclusione dalle gare di concorrenti che siano tra loro in un rapporto di effettivo controllo, ancorché realizzato attraverso ipotesi non riconducibili allo schema della norma del codice civile. Sicché, è sufficiente la presenza di un collegamento tra imprese perché sorga l'onere in capo all'amministrazione di verificare se esso è stato tale da alterare il normale meccanismo della gara. D'altronde ciò è coerente con il sistema disegnato dalla norma del codice civile, laddove essa, prevedendo semplicemente una presunzione nell'unica ipotesi di collegamento rilevante individuata, non esclude che vi possano essere altre forme di collegamento o controllo societario in concreto idonei ad alterare il meccanismo di gara.

7.5. La norma vigente al momento dello svolgimento della procedura prevedeva l'esclusione solamente per le situazioni di controllo e non anche per quelli di semplice collegamento.

Tuttavia la previsione di cui all'ultima parte del comma 2 dell'articolo 34, secondo cui le stazioni appaltanti dovevano escludere dalla gara i concorrenti per i quali era accertato che le relative offerte fossero imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi, finiva con l'attrarre nella previsione legislativa anche l'ipotesi del collegamento sostanziale, ossia quello non espressamente previsto in via presuntiva dall'articolo 2359 del codice civile.

Ad avviso della sezione, le due ipotesi non erano collocate sullo stesso piano, nel senso che per la prima si poteva ipotizzare l'esclusione automatica, poi definitivamente sconfessata dalla giurisprudenza comunitaria e dal legislatore, mentre per la seconda era necessaria comunque una verifica, attraverso l'apertura di un sub procedimento, da parte dell'amministrazione. Ciò si evince da due elementi di sicuro affidamento: il primo, costituito dal dato normativo, laddove per la prima ipotesi legislatore usa l'espressione "non possono partecipare", mentre per la seconda ipotesi usa l'espressione "le stazioni appaltanti escludono "altresi" dalla gara"; il secondo, costituito dal fatto che il cosiddetto collegamento sostanziale deve necessariamente scaturire da un accertamento in-diziario di fatto, non determinabile a priori come il collegamento semplice o presunto, di cui all'ultimo comma dell'articolo 2359, dove l'influenza notevole, che è una situazione di genere di cui "l'unicità del centro decisionale" è una specie, viene desunta dall'entità dell'esercizio dei voti assembleari.

In ogni caso, anche a voler ammettere l'esclusione automatica per entrambe le ipotesi, persiste comunque il potere di accertamento dell'amministrazione circa la sussistenza dei presupposti, a prescindere dalla questione dell'automaticità dell'effetto. Sicché diventa determinante verificare se sussistessero o meno i presupposti dell'esclusione.

7.6. Ad avviso della sezione, nel caso di specie, non ricorre nessuna delle ipotesi, formali o sostanziali, esibite dal sistema della legge, così come di sopra ricostruito.

In punto di fatto, si riscontra che dai documenti e dalle visure camerali prodotti dall'impresa appellante, allegati al verbale di gara, la società Controinteressata due S.p.a. detiene il 49% del capitale sociale di Controinteressata Italia S.r.l. e il 41% del capitale sociale di Controinteressata tre Foligno S.r.l. È emerso altresì che alcuni consiglieri di amministrazione della società Controinteressata due fanno parte dell'organo amministrativo di Controinteressata Italia S.p.A., mentre il dottor Luciano G. riveste la carica di sindaco effettivo sia nella suddetta società controllata e sia nella società Controinteressata tre Foligno S.r.l. Risulta altresì pacifico che la società Controinteressata due non ha partecipato alla gara.

Preliminarmente, la sezione osserva che il riferimento della legge all'unico centro decisionale -che, ove sussistente, comporta l'esclusione dalla gara- determina l'irrilevanza della mancata partecipazione della

società Controinteressata due alla gara, ben potendo il centro decisionale essere collocato fuori della procedura di gara e al tempo stesso influire sulla formulazione delle offerte delle imprese partecipanti. Anzi questo costituisce il normale modo di operare dei gruppi societari in cui si realizza il cosiddetto controllo "a raggiera" (cui si contrappone quello "a catena"), dove la società capogruppo si avvale delle società operative, che possono non avere nessun collegamento formale tra di loro e tuttavia realizzare l'interesse della società controllante o comunque del gruppo societario di cui sono espressione.

Tuttavia, la sezione osserva che la consistenza della partecipazione azionaria, pacificamente inferiore alla maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria da parte della società Controinteressata due e la mancata prova di particolari vincoli contrattuali tra essa e le società partecipanti alla gara, esclude quel tipo di collegamento di cui all'articolo 2359, comma 1, nn. 1 e 3, che sarebbe stato da solo, ove sussistente, idoneo a determinare l'esclusione. Parimenti va esclusa l'ipotesi di cui al n. 2 della medesima norma, in quanto il cosiddetto controllo "di fatto" ivi previsto, pur avendo la stessa intensità del controllo "di diritto", non si può ravvisare per il solo fatto che il restante delle quote societarie è cointestato ad una stessa famiglia, ossia i fratelli B., se non si prova che vi siano dei collegamenti giuridicamente qualificati con la società Controinteressata due. Anzi, il fatto che la maggioranza delle azioni sia concentrata nelle mani di un'unica famiglia costituisce un sicuro segnale che il potere decisionale non è distribuito e frammentato in un azionariato diffuso, in presenza del quale l'effettiva volontà societaria può essere espressa da un socio organizzato, quale una società a responsabilità limitata.

Parimenti insufficienti -nel senso che gli indizi denunciati dall'appellante non sono univoci a determinare la presenza di un unico centro decisionale cui sarebbero riconducibili le offerte presentate dalle due imprese appellate- sono i collegamenti tra organi amministrativi o di rappresentanza tra le due imprese.

Infatti, quella che viene definita negli atti difensivi come situazione di "intreccio" di persone svolgenti funzioni per l'una e l'altra impresa appellata, deve riguardare, per essere rilevante, soggetti che abbiano poteri di rappresentanza del concorrente o incarichi tecnici che li abilitino a formulare o a concorrere a formulare un'offerta, così come sono stati individuati dall'articolo 38, comma 1, lettera b) e c) del decreto legislativo n.163 del 2006., laddove ipotizza le cause ostative alla partecipazione alla gara.

Per le società di capitali, le cause di esclusione hanno rilevanza solamente quando riguardano gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e i direttori tecnici; qualifiche, queste, che debbono essere rivestite in entrambe le società di cui si sospetta il collegamento che porta all'unità decisionale delle offerte presentate.

Orbene, non risulta seriamente contestato che una delle persone indicate (il sig. Messina) è amministratore solo di CONTROINTERESSATA TRE e non di Controinteressata ed è sprovvisto sia di poteri di rappresentanza della società e sia di deleghe operative. Inoltre il fatto che signor G. risulti essere sindaco sia di Controinteressata che di CONTROINTERESSATA TRE non costituisce certamente l'elemento idoneo ad ipotizzare la reciproca conoscenza delle offerte delle società appellate, in quanto il sindaco, normalmente un professionista esterno alla società, non ha alcuna funzione di gestione operativa. Analoghe considerazioni valgono anche per l'altra persona indicata (il sig. Negrini) come sintomatica dell'"intreccio" di cui sopra, in quanto egli è sindaco solo di CONTROINTERESSATA TRE e non anche di Controinteressata

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 5923 del 24 agosto 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 05923/2010 REG.DEC.
N. 10547/2009 REG.RIC.

III QUATER n. 00331/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI OSSIGENOTERAPIA A DOMICILIO - MCP...

Visto il ricorso in appello ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Unita' Sanitaria Locale Rm e (Asl) e di Controinteressata Italia Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2010 il Cons. Gianpiero Paolo Cirillo e uditi per le parti gli avvocati Fantini, Miranda, su delega dell' avv. Russo Valentini, e Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'azienda Usl Roma E ha indetto una gara europea per l'affidamento del servizio quadriennale di somministrazione di ossigenoterapia continua a lungo termine per il recupero della funzionalità respiratoria a domicilio.

Iniziata la procedura, sono pervenute dieci domande, tra le quali quelle di Ricorrente Italia S.r.l., di Controinteressata Italia S.r.l. e di Controinteressata tre Foligno S.r.l, tutte ammesse alla procedura medesima.

Nella seduta pubblica del 14 novembre 2008, un'impresa concorrente ha ipotizzato la provenienza da un unico centro decisionale per le offerte delle ditte Controinteressata Italia S.r.l. e Controinteressata tre Foligno S.r.l. , in quanto entrambe le ditte avrebbero fatto parte del medesimo gruppo, facente capo alla ditta Controinteressata due. Pertanto ha chiesto la loro esclusione dalla gara.

La commissione giudicatrice, dopo aver constatato che l'offerta formulata da Controinteressata S.r.l. era quella più vantaggiosa in relazione a tutti e tre i lotti dei

servizi da appaltare, si è riservata di verificare la veridicità di quanto sostenuto dall'impresa concorrente.

Successivamente, dopo che la società potenzialmente aggiudicataria ha inviato una nota con la quale ha escluso che le due imprese facessero parte di un unico gruppo e che fossero assoggettate ad un unico centro decisionale, la società Ricorrente, classificatasi seconda in graduatoria nella procedura, ha anch'essa contestato l'illegittimità della partecipazione di Controinteressata alla gara, trovandosi in una delle situazioni richiamate dall'art. 34, secondo comma, del Decreto legislativo n.163 del 2006.

Quindi, la commissione, dopo aver esaminato la documentazione presentata dalle imprese interessate, rilevata l'impossibilità di desumere un collegamento tra le due società tale da desumere un unico centro decisionale, ha ammesso al prosieguo della gara le offerte presentate e ha disposto l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto a favore di Controinteressata Italia S.r.l.

2. La società Ricorrente S.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto innanzi al Tar di Roma, che, con dispositivo 2 dicembre 2009 n. 331 e con successiva sentenza n. 11 99 del 18 maggio 2010, ha rigettato il ricorso.

3. La società soccombente ha proposto appello immediato contro il dispositivo di sentenza e successivo appello integrativo, a seguito del deposito della motivazione della sentenza medesima.

4. I motivi dedotti sono i seguenti: a) ha errato il Tar, laddove non ha rilevato la compresenza di una pluralità di indizi di collegamento societari gravi precise e concordanti, non tenendo conto del fatto che le quote che non appartengono alla società Controinteressata due sono frammentate, e quindi in grado di far prevalere la propria volontà; b) il collegamento tra le società in questione avrebbe dovuto indurre la commissione di gara e conseguentemente il giudice di primo grado a ritenere operante il divieto di cui all'articolo 34, secondo comma, del codice degli

appalti, laddove, nella formulazione vigente al momento della gara, stabiliva chiaramente che non potevano partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovassero in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile ovvero concorrenti, le cui offerte fossero imputabili, sulla base di univoci elementi, ad un unico centro decisionale. In altri termini la commissione di gara non si sarebbe sufficientemente attivata per accertare il collegamento e le sue conseguenze sulle offerte, né le società interessate avrebbero fornito la necessaria prova contraria, ossia l'autonomia delle proprie singole offerte di gara, nonostante il collegamento societario che le unisce; c) ha errato il giudice di primo grado nell'aver ritenuto legittimo il fatto che l'amministrazione abbia omissis di includere nella lex specialis di gara anche un solo riferimento alle cause di esclusione di cui all'articolo 34, comma 2, del Codice dei contratti; d) ha errato il primo giudice del non aver correttamente valutato la doglianza relativa all'illegittimità dell'operato della stazione appaltante che ha richiesto la consulenza legale esterna; e) ha contestato anche la decisione del giudice di primo grado di condannare l'appellante al pagamento delle spese di giudizio. Con l'appello integrativo i motivi sono stati ulteriormente illustrati, senza mutarne l'impianto fondamentale.

5. Si sono costituite in giudizio l'azienda USL Roma 3 e la società Controinteressata Italia S.r.l.

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 13 luglio 2010.

7. L'appello non è fondato.

7.1. I primi due motivi possono essere esaminati congiuntamente, poiché involgono la medesima questione.

La società appellante ha dedotto che le società appellate avrebbero dovuto essere escluse dalla gara, ai sensi dell'articolo 34, comma 2, del decreto legislativo n.163 del 2006, in quanto un'unica società, la Controinteressata due S.p.A., non partecipante alla gara, deterrebbe il 49% delle quote della Controinteressata Italia

S.r.l. e il 41% delle quote della CONTROINTERESSATA TRE S.r.l.; sicché la società Controinteressata due controllerebbe entrambe le società partecipanti, ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, nn.1 e 2, del codice civile.

7.2. Come giustamente rilevato dal giudice di primo grado, la questione va riguardata alla luce di quanto statuito dalla Corte di giustizia della comunità europea, con la sentenza del 19 maggio 2009 C-538/07, laddove, pur riaffermando che il divieto di simultanea partecipazione ad una medesima gara da parte di imprese controllate contrasta con il diritto comunitario e con i principi della libera circolazione (della massima partecipazione e della proporzionalità), ha anche stabilito che la sussistenza del rapporto di controllo non determina l'esclusione automatica delle imprese, essendo necessario verificare da parte dell'amministrazione se esso abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della procedura e se abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito della stessa procedura.

La statuizione della Corte di giustizia ha una imprescindibile valenza interpretativa anche rispetto alla norma vigente al momento dell'espletamento della gara, in quanto anche l'abrogato comma 2 dell'articolo 34 prevedeva l'esclusione dei concorrenti per i quali le stazioni appaltanti accertassero l'imputabilità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate sulla base di univoci elementi; previsione, che è stata riprodotta dal nuovo articolo 38, emanato proprio in applicazione della sentenza. In altri termini il nuovo impianto normativo tende ad escludere solamente l'automaticità dell'esclusione, ma non incide sui presupposti che la possono determinare. D'altronde ciò costituisce il fulcro su cui poggia l'impianto motivazionale dell'appello.

7.3. Com'è noto, il legislatore nazionale ha dato attuazione alla citata sentenza mediante l'articolo 3 del decreto legge n. 135 del 25 settembre 2009, convertito con

modificazioni in legge 20 novembre 2009 n. 166, che ha abrogato il comma 2 dell'articolo 34 del codice dei contratti pubblici. Esso, vigente all'epoca dello svolgimento della procedura di gara, stabiliva: <<non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino tra 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>>.

Lo stesso art. 3 del decreto legge convertito ha inserito la disciplina sulla partecipazione alle gare di società controllate e collegate nell'articolo 38 dello stesso codice dei contratti, dove è stato aggiunto, al comma 2, il seguente periodo:<< a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente in cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione corredata dei documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica>>.

Quindi, sia in base alla vecchia che alla nuova normativa, diventa essenziale verificare se l'amministrazione abbia svolto in maniera adeguata l'indagine sulla possibile sussistenza di una delle situazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, oppure del caso in cui le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale.

7.4. E' noto che, sulla base di quanto dispone l'articolo 2359 del codice civile, il primo caso si ha quando una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di altra società; quando la medesima società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di altra società; quando le società sono sotto l'influenza dominante di altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Sulla base della medesima norma sono, invece, considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole ma non dominante. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società possiede azioni quotate in mercati regolamentati.

Invece, il secondo caso ricorre quando, al di là dell'espressa previsione codicistica, si verifichi una situazione di collegamento sostanziale, desumibile sulla base di univoci elementi individuati in concreto dalla stazione appaltante, da cui è possibile ritenere che vi sia stato un rapporto tra società tale da alterare il libero svolgimento della gara nel rispetto della parità dei concorrenti. In altri termini, la normativa in esame è diretta a scongiurare i riflessi che i complicati meccanismi legati al fenomeno dei gruppi societari possono avere sulle procedure ad evidenza pubblica. Il persistente riferimento ad un unico centro decisionale cui sono imputabili le diverse offerte, a prescindere dal controllo e collegamento di cui all'articolo 2359 del codice civile, quale causa di esclusione, costituisce la riprova che il legislatore ha imposto una soluzione sostanziale e non formale, laddove consente l'esclusione dalle gare di concorrenti che siano tra loro in un rapporto di effettivo controllo, ancorché realizzato attraverso ipotesi non riconducibili allo schema della norma del codice civile. Sicché, è sufficiente la presenza di un collegamento tra imprese perché sorga l'onere in capo all'amministrazione di verificare se esso è stato tale da alterare il normale meccanismo della gara. D'altronde ciò è coerente con il sistema disegnato dalla norma del codice civile, laddove essa, prevedendo semplicemente

una presunzione nell'unica ipotesi di collegamento rilevante individuata, non esclude che vi possano essere altre forme di collegamento o controllo so-cietario in concreto idonei ad alterare il meccanismo di gara.

7.5. La norma vigente al momento dello svolgimento della procedura prevedeva l'esclusione solamente per le situazioni di controllo e non anche per quelli di semplice collegamento.

Tuttavia la previsione di cui all'ultima parte del comma 2 dell'articolo 34, secondo cui le stazioni appaltanti dovevano escludere dalla gara i concorrenti per i quali era accertato che le relative offerte fossero imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi, finiva con l'attrarre nella previsione legislativa anche l'ipotesi del collegamento sostanziale, ossia quello non espressamente previsto in via presuntiva dall'articolo 2359 del codice civile.

Ad avviso della sezione, le due ipotesi non erano collocate sullo stesso piano, nel senso che per la prima si poteva ipotizzare l'esclusione automatica, poi definitivamente sconfessata dalla giurisprudenza comunitaria e dal legislatore, mentre per la seconda era necessaria comunque una verifica, attraverso l'apertura di un sub procedimento, da parte dell'amministrazione. Ciò si evince da due elementi di sicuro affidamento: il primo, costituito dal dato normativo, laddove per la prima ipotesi legislatore usa l'espressione “non possono partecipare”, mentre per la seconda ipotesi usa l'espressione “le stazioni appaltanti escludono “altresi” dalla gara”; il secondo, costituito dal fatto che il cosiddetto collegamento sostanziale deve necessariamente scaturire da un accertamento in-diziario di fatto, non determinabile a priori come il collegamento semplice o presunto, di cui all'ultimo comma dell'articolo 2359, dove l'influenza notevole, che è una situazione di genere di cui “l'unicità del centro decisionale” è una specie, viene desunta dall'entità dell'esercizio dei voti assembleari.

In ogni caso, anche a voler ammettere l'esclusione automatica per entrambe le ipotesi, persiste comunque il potere di accertamento dell'amministrazione circa la sussistenza dei presupposti, a prescindere dalla questione dell'automaticità dell'effetto. Sicché diventa determinante verificare se sussistessero o meno i presupposti dell'esclusione.

7.6. Ad avviso della sezione, nel caso di specie, non ricorre nessuna delle ipotesi, formali o sostanziali, esibite dal sistema della legge, così come di sopra ricostruito.

In punto di fatto, si riscontra che dai documenti e dalle visure camerali prodotti dall'impresa appellante, allegati al verbale di gara, la società Controinteressata due S.p.a. detiene il 49% del capitale sociale di Controinteressata Italia S.r.l. e il 41% del capitale sociale di Controinteressata tre Foligno S.r.l. È emerso altresì che alcuni consiglieri di amministrazione della società Controinteressata due fanno parte dell'organo amministrativo di Controinteressata Italia S.p.A., mentre il dottor Luciano G. riveste la carica di sindaco effettivo sia nella suddetta società controllata e sia nella società Controinteressata tre Foligno S.r.l. Risulta altresì pacifico che la società Controinteressata due non ha partecipato alla gara.

Preliminarmente, la sezione osserva che il riferimento della legge all'unico centro decisionale -che, ove sussistente, comporta l'esclusione dalla gara- determina l'irrilevanza della mancata partecipazione della società Controinteressata due alla gara, ben potendo il centro decisionale essere collocato fuori della procedura di gara e al tempo stesso influire sulla formulazione delle offerte delle imprese partecipanti. Anzi questo costituisce il normale modo di operare dei gruppi societari in cui si realizza il cosiddetto controllo "a raggiera" (cui si contrappone quello "a catena"), dove la società capogruppo si avvale delle società operative, che possono non avere nessun collegamento formale tra di loro e tuttavia realizzare l'interesse della società controllante o comunque del gruppo societario di cui sono espressione.

Tuttavia, la sezione osserva che la consistenza della partecipazione azionaria, pacificamente inferiore alla maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria da parte della società Controinteressata due e la mancata prova di particolari vincoli contrattuali tra essa e le società partecipanti alla gara, esclude quel tipo di collegamento di cui all'articolo 2359, comma 1, nn. 1 e 3, che sarebbe stato da solo, ove sussistente, idoneo a determinare l'esclusione. Parimenti va esclusa l'ipotesi di cui al n. 2 della medesima norma, in quanto il cosiddetto controllo "di fatto" ivi previsto, pur avendo la stessa intensità del controllo "di diritto", non si può ravvisare per il solo fatto che il restante delle quote societarie è cointestato ad una stessa famiglia, ossia i fratelli B., se non si prova che vi siano dei collegamenti giuridicamente qualificati con la società Controinteressata due. Anzi, il fatto che la maggioranza delle azioni sia concentrata nelle mani di un'unica famiglia costituisce un sicuro segnale che il potere decisionale non è distribuito e frammentato in un azionariato diffuso, in presenza del quale l'effettiva volontà societaria può essere espressa da un socio organizzato, quale una società a responsabilità limitata.

7.7. Parimenti insufficienti -nel senso che gli indizi denunciati dall'appellante non sono univoci a determinare la presenza di un unico centro decisionale cui sarebbero riconducibili le offerte presentate dalle due imprese appellate- sono i collegamenti tra organi amministrativi o di rappresentanza tra le due imprese.

Infatti, quella che viene definita negli atti difensivi come situazione di "intreccio" di persone svolgenti funzioni per l'una e l'altra impresa appellata, deve riguardare, per essere rilevante, soggetti che abbiano poteri di rappresentanza del concorrente o incarichi tecnici che li abilitino a formulare o a concorrere a formulare un'offerta, così come sono stati individuati dall'articolo 38, comma 1, lettera b) e c) del decreto legislativo n.163 del 2006., laddove ipotizza le cause ostative alla partecipazione alla gara.

Per le società di capitali, le cause di esclusione hanno rilevanza solamente quando riguardano gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e i direttori tecnici; qualifiche, queste, che debbono essere rivestite in entrambe le società di cui si sospetta il collegamento che porta all'unità decisionale delle offerte presentate.

Orbene, non risulta seriamente contestato che una delle persone indicate (il sig. Messina) è amministratore solo di CONTROINTERESSATA TRE e non di Controinteressata ed è sprovvisto sia di poteri di rappresentanza della società e sia di deleghe operative. Inoltre il fatto che signor G. risulti essere sindaco sia di Controinteressata che di CONTROINTERESSATA TRE non costituisce certamente l'elemento idoneo ad ipotizzare la reciproca conoscenza delle offerte delle società appellate, in quanto il sindaco, normalmente un professionista esterno alla società, non ha alcuna funzione di gestione operativa. Analoghe considerazioni valgono anche per l'altra persona indicata (il sig. Negrini) come sintomatica dell'”intreccio” di cui sopra, in quanto egli è sindaco solo di CONTROINTERESSATA TRE e non anche di Controinteressata.

Parimenti irrilevante, così come ha ritenuto il giudice di primo grado, è la circostanza secondo cui la società Controinteressata due sarebbe abituale fornitore di gas medicinali di Controinteressata, sia perché la situazione di per sé non presenta aspetti di anomalia e sia perché comunque nella gara in esame la Controinteressata ha dichiarato di voler utilizzare un altro fornitore.

7.8. Occorre ora esaminare l'ultimo profilo del secondo motivo d'appello, laddove viene dedotto che la commissione non ha svolto un' istruttoria adeguata e che le imprese appellate non hanno fornito la prova circa la mancanza di un collegamento rilevante.

La sezione osserva che la commissione, come riferito in punto di fatto, ha svolto tutte le indagini possibili nel caso di specie, acquisendo le giustificazioni delle interessate e tutti gli atti risultanti dagli uffici pubblici, tenendo conto anche della

documentazione presentata dai controinteressati. Tutto ciò appare più che sufficiente, tanto più che non vengono indicate quali altre attività istruttorie essa avrebbe potuto compiere.

Parimenti, le controinteressate hanno depositato gli atti in loro possesso e fornito le giustificazioni da sottoporre alla valutazione della commissione. D'altronde non spettava ad esse fornire la prova negativa dell'assenza di un unico centro decisionale, avendo esse semplicemente l'onere di fornire la documentazione ritenuta idonea ad escludere l'emanazione del provvedimento sfavorevole ai propri interessi, ossia l'esclusione dalla gara.

Peraltro, anche la nuova normativa si affida al meccanismo dell'autodichiarazione, laddove prevede che l'impresa debba effettuare la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo e di aver formulato un'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione, fornendo documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta.

8. Venendo ora al terzo motivo di gravame, ossia il mancato inserimento nella legge di gara del benché minimo riferimento all'articolo 34, secondo comma, del codice dei contratti.

La sezione condivide quanto ritenuto dal giudice di primo grado ossia che, trattandosi di norma imperativa di legge, essa va applicata in ogni caso, essendo del tutto irrilevante la sua riproduzione nel bando di gara. Tuttavia si conviene con quanto dedotto dall'impresa appellante, laddove critica talune pronunce di merito che hanno fatto derivare conseguenze inaccettabili dalla presenza o meno nel bando nella disposizione in parola.

9. Parimenti infondato è il motivo in base al quale l'amministrazione avrebbe errato nel rivolgersi a consulenze esterne per regolarsi nella soluzione della vicenda. Ricorrere a consulenze esterne non solo è perfettamente legittimo, ma

impinge nel merito amministrativo ed è sindacabile solamente quel risultato della consulenza trasfuso nell'atto amministrativo.

10. Circa l'ultimo motivo, riguardante la condanna alle spese del giudizio di primo grado, la sezione osserva che, a parte la genericità della doglianza, è stato rispettato il principio secondo cui le spese vanno sopportate dalla parte soccombente. Tanto basta alla sezione per ritenere infondato il motivo, essendo affidata all'ampia discrezionalità del collegio giudicante la decisione di compensare le spese. In ogni caso le doglianze non hanno fondamento, non essendoci un metro obiettivo per valutare la difficoltà delle questioni giuridiche trattate.

11. In conclusione l'appello va rigettato la sentenza va confermata.

12. La condanna alle spese del grado del giudizio segue la soccombenza. Esse vanno liquidate come da dispositivo.

DIRITTO

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, definitivamente pronunciando, rigetta l'appello.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del grado del giudizio che si liquidano in complessivi euro cinquemila (5000,00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Calogero Piscitello, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere, Estensore

Cesare Lamberti, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/08/2010

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

Il Dirigente della Sezione