

Anche il collegamento presunto (ex art. 2359, 3° comma, c.c.) tra imprese è causa di esclusione dalla procedura

Trattandosi di collegamento presunto ex. 2359, 3° comma, c.c. la Commissione di gara non doveva fornire ulteriori indizi da cui desumere la presenza di un unico centro decisionale, essendo nella specie l'influenza notevole desumibile ex lege, diversamente da quanto avviene per l'ipotesi del collegamento sostanziale tra imprese

Sulla problematica in esame è ora intervenuto il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture), che ha attribuito espressamente rilevanza non solo al collegamento sostanziale tra imprese ma anche a quello presunto ex art. 2359, 3° comma, c.c. Invero, l'art. 34 in riferimento all'affidamento dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture ha disposto che "non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile", precisando poi, nel periodo successivo, che "le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi"; e l'art.90 in riferimento alla progettazione e concorsi di progettazione ha statuito che non può partecipare alle relative gare "...un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile". _Di detta normativa ha preso atto anche l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (ora sui contratti pubblici) con la determinazione n. 1 del 29.3.2007, ove viene affermato che "quella prevista dall'art. 2359, comma 3, c.c., vale a dire la situazione di collegamento presunto in funzione dell'influenza notevole esercitata da un soggetto su un altro soggetto, senza necessità di ulteriori indagini al fine di accertare il collegamento stesso"._ **Anche se il bando di gara risale a data anteriore al D. L.vo n.163/2006, nel relativo capitolato speciale (art. 8), per i partecipanti alla gara, è stata espressamente prevista la dichiarazione di "non trovarsi..... in una situazione di collegamento o controllo di cui all' art. 2359 c.c. , formale o sostanziale, con altri concorrenti, singoli o in associazione.....", clausola che comprende non solo il collegamento sostanziale tra imprese ma anche quello presunto.**

Merita di essere segnalata la decisione numero 4285 dell' 8 settembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

< Il raggruppamento appellante sostiene in sostanza che nella specie sussisterebbe un collegamento indiretto a carico della SIC e della ALFA2, cioè tra due partecipanti alla gara, non ricorrendo alcuna ipotesi di collegamento ex art. 2359 c.c., né tanto meno sarebbero stati forniti elementi che dimostrino in maniera concludente una preventiva concertazione delle offerte formulate, per cui non potrebbero essere escluse dalla gara due imprese per il solo fatto di un collegamento indiretto in cui un terzo soggetto possiede un pacchetto azionario in entrambe le società.

7.Detta tesi non può essere condivisa in quanto non tiene conto della specifica disciplina di gara e degli orientamenti attuali di questo Consiglio in tema di collegamento presunto tra imprese ex art. 2359, 3° comma, c.c.

7.1. Come è noto, sotto la vigenza dell'art. 10, comma 1-bis, della L. n. 109 del 1994 e successive modificazioni (secondo cui "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile"), questo Consiglio di Stato si è orientato inizialmente in senso negativo sulla possibilità di escludere dalle gare le imprese per il solo fatto del collegamento senza considerare gli eventuali effetti distorsivi che il collegamento societario avesse prodotto in concreto (V. la decisione della Sezione n.16 del 12 gennaio 1999).

In modo ancora più restrittivo si è espressa l'Autorità di vigilanza su lavori pubblici con la determinazione n. 27/2000 del 9.6.2000, ritenendo che "il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 10, comma 1 bis della legge 109/94 fa emergere che il divieto ivi contenuto è da considerarsi relativo esclusivamente al caso di società che si trovino tra loro in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c.."

5.2. Peraltro, successivamente si è progressivamente affermato un orientamento favorevole alla possibilità di individuare ipotesi di "collegamento sostanziale" tra imprese, diverse e ulteriori rispetto a quelle indicate nel menzionato art. 10, comma 1-bis (Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2002, n. 685; V, 15 febbraio 2002, n. 923; IV, 27 dicembre 2001, n. 6424), con la precisazione che, mentre nel caso della sussistenza dell'ipotesi del "controllo" di cui all'art.10, comma 1-bis, opera un meccanismo di presunzione iuris et de iure circa la sussistenza di un'ipotesi turbativa del corretto svolgimento della procedura concorsuale (e quindi dei principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti), nel caso di sussistenza del c.d. "collegamento sostanziale" deve essere provato nello specifico e in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti, che siano tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei richiamati principi (Cons. Stato, V, 22 aprile 2004, n. 2317).

5.3. E' evidente che la correttezza e la trasparenza della gara vengono pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi. Ciò anche alla luce della disciplina comunitaria, secondo cui il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese partecipanti si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza.

E' stato dunque ritenuto consentito alla stazione appaltante prevedere l'esclusione delle offerte, quando specifici elementi oggettivi e concordanti inducano a ritenere la sussistenza di situazioni (ulteriori rispetto alle forme di collegamento societario di cui all'art. 2359 Cod. civ.) capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purché l'individuazione non oltrepassi il limite della ragionevolezza e della logicità rispetto alla tutela avuta di mira e consistente nell'autentica concorrenza tra le offerte.

Inoltre, questo Consiglio di Stato, tenendo conto che si tratta dell'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara, ha ritenuto che, anche in assenza di specifiche previsioni nella lex specialis, la stazione appaltante debba comunque disporre l'esclusione di offerte contenenti i indizi di una concordata modalità di presentazione e formulazione, ovvero della provenienza da un unico centro decisionale, per quanto rimanga preferibile che il divieto sia rafforzato attraverso clausole espresse del bando di gara.

La giurisprudenza ha invero rilevato che tra le cause di esclusione dalle gare vi sono, oltre ai casi di cui all'art. 2359 Cod. civ., le ipotesi non codificate di "collegamento sostanziale", le quali, attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla procedura a un unico centro decisionale, causano la vanificazione dei principi generali in tema di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione; il fatto che la rilevanza del collegamento anche sostanziale sia stata esplicitata nel bando vale a fortiori, non essendo la previsione di questa clausola essenziale per una tale esclusione (si vedano, tra le molte, Cons. Stato, VI, 13 giugno 2005, n. 3089; V, 12 ottobre 2004, n. 6570; VI, 13 giugno 2005, n. 3089; IV, 19 ottobre 2006, n. 6212; VI, 30 ottobre 2006, n. 6449).

5.4. Indubbiamente, in relazione alla specifica disciplina di gara che normalmente in passato non prevedeva l'esclusione per le imprese collegate ma solo di quelle controllate, sono venute per lo più all'esame della giurisprudenza situazioni di collegamento sostanziale tra imprese e dei relativi indizi di riconoscibilità, che hanno oscurato la rilevanza del collegamento presunto di cui al vigente art. 2359 comma 3, c.c. secondo cui "sono considerate società collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere

esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati” (la cui formulazione attuale risale all’art. 1 D. L.vo 9 aprile 1991 n. 127).

Peraltro, in linea generale si deve osservare che una volta riconosciuto come causa di distorsione della concorrenza e della parità di trattamento il collegamento sostanziale tra imprese non può che attribuirsi rilevanza anche al collegamento presunto tra imprese ex art. 2359, 3° comma, c.c., trattandosi dell’esigenza di tutelare i medesimi interessi pubblici .>

Ma non solo

< D’altra parte, questo Consiglio già prima del D. L.vo n. 163/2006 aveva lucidamente segnalato la differenza tra il collegamento presunto di imprese ed il collegamento sostanziale in un caso in cui la lex specialis rinviava alle nozioni di controllo e collegamento ai sensi dell’articolo 2359 c.c., precisando che “Il terzo comma di detta ultima disposizione, a sua volta, fissa una presunzione di collegamento legata alla presenza di partecipazioni che attribuiscono un diritto di voto nell’assemblea ordinaria per almeno un quinto o un decimo in caso di società quotate, stabilendo poi una nozione elastica, da sostanziare nel caso concreto, di influenza notevole tra le società in questione. E’ poi chiaro che detta ultima nozione, in omaggio alle coordinate comunitarie, fa riferimento ad una situazione di potere effettivo di condizionamento non necessariamente legato a dati formali quale l’entità della partecipazione azionaria.”

Inoltre, ha recentemente affermato il principio secondo cui “un’interpretazione utile della ratio posta a fondamento del divieto di partecipazione alla gara di imprese avvinte da un collegamento sostanziale impone l’applicazione del principio non solo al caso in cui partecipino alle gare società controllanti e controllate ma anche laddove la situazione di controllo delle società partecipanti alle gare sia rilevante rispetto ad un terzo non partecipante ma in grado tuttavia, come detentore di pacchetti di maggioranza delle diverse partecipanti, di esercitare l’influenza dominante descritta dall’art. 2359 c.c.” (Sez. VI, n. 2950 del 4 giugno 2007).>

Si legga anche

Legittimo annullamento di un’aggiudicazione definitiva

Un’interpretazione utile della ratio posta a fondamento del divieto di partecipazione alla gara di imprese avvinte da un collegamento sostanziale impone l’applicazione del principio non solo al caso in cui partecipino alle gare società controllanti e controllate ma anche laddove la situazione di controllo delle società partecipanti alle gare (e non di mero collegamento) sia rilevante rispetto ad un terzo non partecipante ma in grado tuttavia, come detentore di pacchetti di maggioranza delle diverse partecipanti, di esercitare l’influenza dominante descritta dall’art. 2359 c.c..

merita di essere segnalato il seguente passaggio espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 2950 del 4 giugno 2007:

< Le eccezioni preliminari articolate dalle parti resistenti non sono suscettibili di accoglimento alla stregua dei rilievi che seguono:

a) quanto al profilo di improcedibilità del ricorso in relazione all’omessa impugnazione dell’aggiudicazione definitiva è sufficiente ricercare che il profilo di nullità di detta ultima statuizione

colto dal Primo Giudice esclude l'opponibilità di sbarramenti decadenziali rilevanti per le sole cause di annullamento;

b) in ordine, poi, alla preclusione derivante dalla stipula del contratto intervenuto nelle more è sufficiente rammentare, per un verso, che l'interesse dell'annullamento si radica anche in relazione ai soli risvolti risarcitori e che, in ogni caso, alla stregua di un orientamento già espresso dalla Sezione e pienamente applicabile al caso di specie caratterizzato dal supposto annullamento dell'aggiudicazione provvisoria seguita da un'aggiudicazione definitiva ab origine inefficace in quanto radicalmente nulla, l'annullamento dell'atto di aggiudicazione costituente mero presupposto abilitante alla stipulazione contrattuale produce effetto caducante a danno di quest'ultima;

c) la tempestività del ricorso di primo grado esclude infine l'attribuzione di valenza preclusiva all'avvenuta pregressa impugnazione in un precedente giudizio in seno al quale, peraltro, il contraddittorio non era stato ritualmente instaurato>

ma vi è di più

l'adito giudice infatti decreta anche che:

< Dall'esame degli atti si evince che l'aggiudicazione definitiva è avvenuta in epoca successiva all'ordinanza con la quale questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare di sospensione della sentenza accordando una misura cautelare da intendersi, pena la sua inutilità, come volta a sospendere l'aggiudicazione provvisoria e, in ogni caso, ad inibire la futura aggiudicazione definitiva e le misure conseguenti.

L'intervento del provvedimento di aggiudicazione definitiva in costanza di una misura cautelare che tale approdo amministrativo precludeva, configura pertanto un'ipotesi paradigmatica di carenza di potere sanzionata con la nullità ai sensi della regola juris sottesa al disposto dell'art. 21 septies, comma 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241.>

A cura di Sonia Lazzini

N. 4285/08 REG.DEC.

N. 4105 REG.RIC.

ANNO 2007

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 4105/2007, proposto dalla RTI - ALFA S.p.A., RTI - ALFA2

S.p.A., RTI - ALFA3 S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Abbamonte, con domicilio eletto in Roma, via degli Avignonesi n. 5 presso l'avv. Andrea Abbamonte;

contro

il Comune di Napoli, rappresentato e difeso dagli avv.ti Edoardo Barone e Giuseppe Tarallo, con domicilio eletto in Roma, Lungotevere Flaminio 46 - IV B, presso il dr. Gian Marco Grez;

la BETA S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Di Somma e Leopoldo Villani, con domicilio eletto in Roma, Via Flaminia, 109 presso l'avv. Giuseppe Fontana;

ETA Solution Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Di Somma e Leopoldo Villani, con domicilio eletto in Roma, Via Flaminia, 109 presso l'avv. Giuseppe Fontana;

la GAMMA S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Di Somma e Leopoldo Villani, con domicilio eletto in Roma, Via Flaminia, 109 presso l'avv. Giuseppe Fontana;

la DELTA S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Di Somma e Leopoldo Villani, con domicilio eletto in Roma, Via Flaminia, 109 presso l'avv. Giuseppe Fontana;

la SI Campania S.p.A., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR Campania - Napoli: Sezione I n. 2197/2007, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di assistenza tecnica relativa ad attivita' di gestione;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di: Comune di Napoli, BETA S.p.A., ETA Solution Italia S.p.A., GAMMA S.p.A. e DELTA S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza del 16 Maggio 2008, relatore il Cons. Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati A. Abbamonte e M. De Tommasi, per delega di G. Tarallo;

Visto il dispositivo di decisione n.397/2008;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza gravata, il TAR Campania ha respinto il ricorso proposto dall'ATI ALFA ed altri avverso il verbale di gara del 6/10/2006, recante l'esclusione del raggruppamento medesimo (e dell'ATI SI Campania-FOSVI) dalla gara bandita dal Comune di Napoli per l'affidamento del servizio di assistenza tecnica relativa alle attività previste dal programma di sviluppo imprenditoriale delle piccole imprese nelle aree nord ed est di Napoli, e aggiudicazione in favore del raggruppamento BETA; nonché avverso il parere reso dall'Avvocatura municipale n. 34089 del 31/8/2006, il provvedimento di aggiudicazione definitiva e di ogni altro atto connesso.

2. In particolare il TAR ha ritenuto corretta l'esclusione dalla gara dei due raggruppamenti, considerando che l'art.8 del Capitolato speciale di appalto regolante la gara in questione (non impugnato) fa riferimento all'art. 2359 c.c. per quanto riguarda non solo le situazioni di controllo ma anche quelle di collegamento; che la sussistenza di tali condizioni viene considerata dalla "lex specialis" della gara come

di per sé preclusiva alla formulazione delle offerte, senza la necessità di dover dimostrare che per effetto dell'influenza (“dominante” o “notevole”) esercitata da un comune centro decisionale si sia concretamente verificata una effettiva turbativa d'asta; che l'ipotesi del collegamento societario è contemplata dallo stesso art. 2359, co. 3, c.c., secondo il quale sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole: questa influenza è presunta quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti; che la SIC (capogruppo di un'a.t.i. partecipante alla gara) è controllata dalla SI. A fronte di ciò, la ALFA2 (mandante del raggruppamento ALFA partecipante alla gara), essendo collegata alla SI, si presume soggetta ad una influenza “notevole” del medesimo centro decisionale: non solo, quindi, alla SI, alla quale è direttamente collegata, ma anche alla sua controllata SIC.

3. Avverso detta sentenza ha proposto appello la ricorrente originaria, deducendo quanto segue:

-la fattispecie in esame attiene ad un'ipotesi di collegamento indiretto a carico della SIC e della ALFA2, cioè tra due partecipanti alla gara, non sussistendo alcuna ipotesi di collegamento ex art. 2359 c.c., né tanto meno elementi che dimostrino in maniera concludente una preventiva concertazione delle offerte formulate, per cui non possono essere escluse dalla gara due imprese per il solo fatto di un collegamento indiretto in cui un terzo soggetto possiede un pacchetto azionario in entrambe le società;

-la stessa Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ha confermato che un'ipotesi di collegamento societario non è di per sé sufficiente a concretizzare gli effetti distorsivi della gara, occorrendo verificare la reale possibilità di violare i principi di libera concorrenza (atto n.27/00 del 9.6.2000; determinazione n.1 del 29.3.2007);

-le situazioni di collegamento societario che legittimano all'esclusione automatica delle imprese sono solo quelle ex art. 2359 c.c. , mentre negli altri casi occorre valutare gli elementi utili per poter affermare la riconducibilità ad un unico centro di interessi, mentre nella specie non è stata effettuata alcuna istruttoria in ordine a detti elementi;

-gli unici presunti indizi sono indicati dal gruppo BETA, in aperta violazione dei principi in materia e comunque non è veritiera la circostanza secondo cui S. I. parteciperebbe all'organo di controllo della ALFA2 nominandone il Presidente ed inoltre non costituisce elemento indiziario di collegamento il fatto che l'offerta economica dei due raggruppamenti riporta il medesimo ribasso del 10%, in quanto in caso di accordo semmai sarebbero state presentate offerte diverse;

-perplessità e contraddittorietà nella motivazione della sentenza del TAR, che da un lato ritiene non sufficienti gli elementi di collegamento rilevati dalla controinteressata e dall'altro conclude nel senso dell'esistenza di un unico centro decisionale in virtù di presunzione legale assoluta.

4.Si sono costituiti in giudizio il comune di Napoli ed il raggruppamento BETA, che hanno chiesto il rigetto dell'appello.

Con ordinanza n. 3919/2007, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

Tutte le parti costituite hanno presentato memoria conclusiva.

L'appellante ha ulteriormente illustrato i motivi di doglianza.

IL Comune ha rilevato l'improcedibilità dell'appello per omessa impugnativa dell'aggiudicazione definitiva e comunque la sua infondatezza, atteso che le partecipanti alla gara avevano omesso di indicare la sussistenza di un controllo sia pure indiretto dal momento che SI s.p.a. controlla con l'87% SI Campania s.p.a. e

possiede il 28,47% della ALFA2 e pertanto è in re ipsa la potenzialità di alterare la libera concorrenza.

Parimenti, per l'infondatezza dell'appello ha concluso il raggruppamento BETA.

All'udienza del 16 maggio 2008, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. Può prescindersi dall'eccezione di improcedibilità dell'impugnativa (per omessa impugnativa dell'aggiudicazione definitiva) sollevata dal comune in quanto l'appello è infondato nel merito.

6. Il raggruppamento appellante sostiene in sostanza che nella specie sussisterebbe un collegamento indiretto a carico della SIC e della ALFA2, cioè tra due partecipanti alla gara, non ricorrendo alcuna ipotesi di collegamento ex art. 2359 c.c., né tanto meno sarebbero stati forniti elementi che dimostrino in maniera concludente una preventiva concertazione delle offerte formulate, per cui non potrebbero essere escluse dalla gara due imprese per il solo fatto di un collegamento indiretto in cui un terzo soggetto possiede un pacchetto azionario in entrambe le società.

7. Detta tesi non può essere condivisa in quanto non tiene conto della specifica disciplina di gara e degli orientamenti attuali di questo Consiglio in tema di collegamento presunto tra imprese ex art. 2359, 3° comma, c.c.

7.1. Come è noto, sotto la vigenza dell'art. 10, comma 1-bis, della L. n. 109 del 1994 e successive modificazioni (secondo cui "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile"), questo Consiglio di Stato si è orientato inizialmente in senso negativo sulla possibilità di escludere dalle gare le imprese per il solo fatto del collegamento senza considerare gli eventuali effetti distorsivi che il collegamento societario avesse prodotto in concreto (V. la decisione della Sezione n.16 del 12 gennaio 1999).

In modo ancora più restrittivo si è espressa l'Autorità di vigilanza su lavori pubblici con la determinazione n. 27/2000 del 9.6.2000, ritenendo che "il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 10, comma 1 bis della legge 109/94 fa emergere che il divieto ivi contenuto è da considerarsi relativo esclusivamente al caso di società che si trovino tra loro in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c.."

5.2. Peraltro, successivamente si è progressivamente affermato un orientamento favorevole alla possibilità di individuare ipotesi di "collegamento sostanziale" tra imprese, diverse e ulteriori rispetto a quelle indicate nel menzionato art. 10, comma 1-bis (Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2002, n. 685; V, 15 febbraio 2002, n. 923; IV, 27 dicembre 2001, n. 6424), con la precisazione che, mentre nel caso della sussistenza dell'ipotesi del "controllo" di cui all'art.10, comma 1-bis, opera un meccanismo di presunzione *iuris et de iure* circa la sussistenza di un'ipotesi turbativa del corretto svolgimento della procedura concorsuale (e quindi dei principi di segretezza, serietà delle offerte e *par condicio* tra i concorrenti), nel caso di sussistenza del c.d. "**collegamento sostanziale**" deve essere provato nello specifico e in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti, che siano tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei richiamati principi (Cons. Stato, V, 22 aprile 2004, n. 2317).

5.3. E' evidente che la correttezza e la trasparenza della gara vengono pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi. Ciò anche alla luce della disciplina comunitaria, secondo cui il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese partecipanti si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza.

E' stato dunque ritenuto consentito alla stazione appaltante prevedere l'esclusione delle offerte, quando specifici elementi oggettivi e concordanti inducano a ritenere la sussistenza di situazioni (ulteriori rispetto alle forme di collegamento societario di cui

all'art. 2359 Cod. civ.) capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purché l'individuazione non oltrepassi il limite della ragionevolezza e della logicità rispetto alla tutela avuta di mira e consistente nell'autentica concorrenza tra le offerte.

Inoltre, questo Consiglio di Stato, tenendo conto che si tratta dell'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara, ha ritenuto che, anche in assenza di specifiche previsioni nella *lex specialis*, la stazione appaltante debba comunque disporre l'esclusione di offerte contenenti i indizi di una concordata modalità di presentazione e formulazione, ovvero della provenienza da un unico centro decisionale, per quanto rimanga preferibile che il divieto sia rafforzato attraverso clausole espresse del bando di gara.

La giurisprudenza ha invero rilevato che tra le cause di esclusione dalle gare vi sono, oltre ai casi di cui all'art. 2359 Cod. civ., le ipotesi non codificate di “*collegamento sostanziale*”, le quali, attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla procedura a un unico centro decisionale, causano la vanificazione dei principi generali in tema di *par condizio*, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione; il fatto che la rilevanza del collegamento anche sostanziale sia stata esplicitata nel bando vale *a fortiori*, non essendo la previsione di questa clausola essenziale per una tale esclusione (si vedano, tra le molte, Cons. Stato, VI, 13 giugno 2005, n. 3089; V, 12 ottobre 2004, n. 6570; VI, 13 giugno 2005, n. 3089; IV, 19 ottobre 2006, n. 6212; VI, 30 ottobre 2006, n. 6449).

5.4. Indubbiamente, in relazione alla specifica disciplina di gara che normalmente in passato non prevedeva l'esclusione per le imprese collegate ma solo di quelle controllate, sono venute per lo più all'esame della giurisprudenza situazioni di collegamento sostanziale tra imprese e dei relativi indici di riconoscibilità, che hanno

oscurato la rilevanza del collegamento presunto di cui al vigente art. 2359 comma 3, c.c. secondo cui “ sono considerate società collegate le società sulle quali un’altra società esercita un’influenza notevole. L’influenza si presume quando nell’assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati” (la cui formulazione attuale risale all’art. 1 D. L.vo 9 aprile 1991 n. 127).

Peraltro, in linea generale si deve osservare che una volta riconosciuto come causa di distorsione della concorrenza e della parità di trattamento il collegamento sostanziale tra imprese non può che attribuirsi rilevanza anche al collegamento presunto tra imprese ex art. 2359, 3° comma, c.c., trattandosi dell’esigenza di tutelare i medesimi interessi pubblici .

7.5.Sulla problematica in esame è ora intervenuto il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture*), che ha attribuito espressamente rilevanza non solo al collegamento sostanziale tra imprese ma anche a quello presunto ex art. 2359, 3° comma, c.c. Invero, l’ art. 34 in riferimento all’affidamento dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture ha disposto che “non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazione di controllo di cui all’art. 2359 del codice civile”, precisando poi, nel periodo successivo, che “le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi”; e l’art.90 in riferimento alla progettazione e concorsi di progettazione ha statuito che non può partecipare alle relative gare “..un soggetto controllato, controllante o collegato all’affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile”.

Di detta normativa ha preso atto anche l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (ora sui contratti pubblici) con la determinazione n. 1 del 29.3.2007, ove viene affermato che “quella prevista dall'art. 2359, comma 3, c.c., vale a dire la situazione di collegamento presunto in funzione dell'influenza notevole esercitata da un soggetto su un altro soggetto, senza necessità di ulteriori indagini al fine di accertare il collegamento stesso”.

7.6.D'altra parte, questo Consiglio già prima del D. L.vo n. 163/2006 aveva lucidamente segnalato la differenza tra il collegamento presunto di imprese ed il collegamento sostanziale in un caso in cui la *lex specialis* rinviava alle nozioni di controllo e collegamento ai sensi dell'articolo 2359 c.c., precisando che “Il terzo comma di detta ultima disposizione, a sua volta, fissa una presunzione di collegamento legata alla presenza di partecipazioni che attribuiscano un diritto di voto nell'assemblea ordinaria per almeno un quinto o un decimo in caso di società quotate, stabilendo poi una nozione elastica, da sostanziare nel caso concreto, di influenza notevole tra le società in questione. E' poi chiaro che detta ultima nozione, in omaggio alle coordinate comunitarie, fa riferimento ad una situazione di potere effettivo di condizionamento non necessariamente legato a dati formali quale l'entità della partecipazione azionaria.”

Inoltre, ha recentemente affermato il principio secondo cui “un'interpretazione utile della *ratio* posta a fondamento del divieto di partecipazione alla gara di imprese avvinte da un collegamento sostanziale impone l'applicazione del principio non solo al caso in cui partecipino alle gare società controllanti e controllate ma anche laddove la situazione di controllo delle società partecipanti alle gare sia rilevante rispetto ad un terzo non partecipante ma in grado tuttavia, come detentore di pacchetti di maggioranza delle diverse partecipanti, di esercitare l'influenza dominante descritta

dall'art. 2359 c.c.” (Sez. VI, n. 2950 del 4 giugno 2007).

7.7. E' quest'ultima l'ipotesi che si è verificata nella specie e cioè quella del collegamento presuntivo tra imprese, atteso che la società ALFA2, mandante nel raggruppamento ALFA (partecipante alla gara) , è partecipata da SI s.p.a. (con una quota pari al 28,47% del capitale), che controlla (con l'87,22%) SI Campania s.p.a., partecipante alla stessa gara come mandataria di altro raggruppamento di imprese.

Perciò, le due imprese partecipanti alla gara (sia pure mediante due raggruppamenti distinti) e precisamente ALFA2 e SI Campania debbono ritenersi collegate in quanto su di esse esercita in via presuntiva influenza notevole SI s.p.a. che detiene, rispettivamente, il 28,47 e l'87,22 per cento del relativo capitale, che è superiore al limite del quinto dei voti (corrispondente al 20%) stabilito dall'art. 2359,3° comma, c.c.

7.8. Di conseguenza trattandosi di collegamento presunto ex. 2359, 3° comma, c.c. la Commissione di gara non doveva fornire ulteriori indizi da cui desumere la presenza di un unico centro decisionale, essendo nella specie l'influenza notevole desumibile ex lege, diversamente da quanto avviene per l'ipotesi del collegamento sostanziale tra imprese.

Né può essere messa in discussione nel presente giudizio la rilevanza del collegamento presunto in quanto, anche se il bando di gara risale a data anteriore al D. L.vo n.163/2006, nel relativo capitolato speciale (art. 8), per i partecipanti alla gara, è stata espressamente prevista la dichiarazione di “non trovarsi..... in una situazione di collegamento o controllo di cui all' art. 2359 c.c. , formale o sostanziale, con altri concorrenti, singoli o in associazione.....”, clausola che comprende non solo il collegamento sostanziale tra imprese ma anche quello presunto. Né tale clausola, a parte la sua legittimità, risulta impugnata.

7.9.Eventuali contraddittorietà nella motivazione della sentenza del TAR debbono ritenersi irrilevanti, in quanto superate dalle precedenti considerazioni.

8.Per quanto esposto, l'appello deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V) respinge l'appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 16 maggio 2008, con l'intervento dei Signori:

Pres. Cesare Lamberti

Cons. Marco Lipari

Cons. Aniello Cerreto Est.

Cons. Vito Poli

Cons. Nicola Russo

L'ESTENSORE

F.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

F.to Cesare Lamberti

IL SEGRETARIO

F.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 8-09-08

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

p.IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi