

La situazione dove ben quattro imprese che hanno partecipato alla gara sono controllate al 100% dalla da una Holding. (a sua volta facente capo al gruppo societario internazionale), rimasta estranea alla gara stessa, costituisce ipotesi esattamente corrispondente a quella in astratto prevista dal legislatore, attraverso il rinvio all'art. 2359 c.c., e cioè che il controllo oggettivamente esercitato da una società sull'altra, nella specie mediante influenza dominante, rileva comunque ai fini dell'applicazione del divieto in questione (contenuto nell'articolo 34 del codice dei contratti), indipendentemente dalla circostanza che la relazione si manifesti nei rapporti reciproci tra le imprese concorrenti, ovvero, come nel caso in esame, nei rapporti tra queste ultime ed un soggetto terzo non partecipante alla gara_ **la norma dell'art. 2359 c.c. svolge una funzione complementare all'applicazione dell'art. 34 del codice dei contratti, nel senso che fornisce al microsistema di garanzia predisposto dal Legislatore** -che opera avendo riguardo al dato oggettivo esistente in concreto, avendo valenza di normativa di ordine pubblico- soltanto lo strumento necessario per tipizzare le situazioni nelle quali debba ritenersi, in via di presunzione juris et de jure, che si sia verificata una delle ipotesi di controllo per le quali debba scattare, automaticamente, il divieto di partecipazione alle gare pubbliche di appalto e, quindi, l'altrettanto automatica esclusione del soggetto imprenditoriale che si trovi in una delle relative situazioni.

Qual è il parere del Consiglio di Stato sul pensiero espresso dal giudice di primo grado relativamente a <per potersi ritenere sussistente il divieto previsto dal secondo comma dell'art. 34 del codice dei contratti pubblici non è sufficiente il controllo societario, pur se totale, se il controllante non partecipa alla gara, in quanto, in tale ipotesi, occorre accertare la sussistenza di elementi concreti di collegamento tra il controllante esterno alla gara ed i partecipanti alla gara stessa che dimostrino l'esistenza di un unico centro di interessi, cosa che, nella fattispecie, non sarebbe stato provato>? Ed ancora è corretto affermare che <sarebbero direttamente incidenti, ex art. 34, comma 2, senza bisogno di alcuna altra prova, soltanto le relazioni di controllo reciprocamente esistenti tra partecipanti ad una stessa gara e non anche quelle, sempre reciprocamente esistenti, tra le stesse partecipanti ed un soggetto non partecipante alla selezione, ancorché compendino, come nella specie, la dominanza totale del soggetto esterno sulle prime>?esiste la colpa della pa per non aver escluso le imprese oppure questa è una fattispecie nella quale può trovare applicazione l'ISTITUTO DELL'ERRORE SCUSABILE?

pare ragionevole ritenere che il Legislatore nazionale, sulla scia dello scopo e della funzione cui sono orientate le direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004 abbia voluto, in sede di loro recepimento con il decreto legislativo n. 163 del 2006, escludere, concretamente, ogni possibile falla nel disegnato perimetro dell'apprestata garanzia (ben essendo edotto, così come quello comunitario, della molteplicità e varietà dei modi attraverso i quali i rimedi regolatori possono sostanzialmente essere aggirati, al fine di condizionare il mercato a profitto esclusivo di interessi personali o di gruppo) attraverso l'introduzione di un concetto oggettivo di controllo che, prescindendo dalla forma diretta od indiretta con la quale si manifesta, comunque sia idoneo a far emergere l'esistenza di un'influenza dominante di un soggetto su altri ai fini dell'assegnazione di una gara pubblica._ **Il convincimento del Collegio è, dunque, nel senso che, dopo l'entrata in vigore della norma dell'art. 34 del codice dei contratti, la sussistenza, ex art. 2359 codice civile, di un controllo esplicito attraverso un'influenza dominante (cfr. sez. VI^, n. 2950 del 4 giugno 2007), ovvero anche soltanto di un collegamento consistente in un'influenza notevole esercitata dall'una società sull'altra (cfr. sez. V^, n. 4285 del 8 settembre 2008), rileva e comporta direttamente (ricorrendo ipotesi tipiche dell'art. 2359 c.c.) l'applicazione del divieto di partecipazione alle pubbliche gare non solo nel caso in cui la relazione vi sia tra le imprese partecipanti alla gara, ma anche quando detta relazione sussista con altra impresa, ben vero estranea alla stessa gara, ma in grado tuttavia, come detentore di pacchetti di maggioranza delle**

diverse partecipanti, di esercitare quel controllo o quell'influenza che comporta, ex art. 34, la diretta esclusione dalla gara non essendovi bisogno di acquisire ulteriori elementi a tal fine. *Infondata è la domanda di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno potendosi escludere che nella fattispecie sia sussistente l'elemento soggettivo della colpa, e cioè uno degli elementi essenziali per il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, tenuto conto delle difficoltà interpretative della norma applicata con i provvedimenti impugnati, che sono rese evidenti dalla diversità di avvisi giurisprudenziali formati in ordine all'ambito ed alle modalità di applicazione del divieto di cui all'art. 34, comma secondo, del d.lgs. n. 163 del 2006 e della novità della fattispecie in relazione alla quale detta norma doveva trovare applicazione*

In tema di corretta interpretazione dell'articolo 34 del codice dei contratti, risulta fondamentale la decisione numero 1459 del 12 marzo 2009, emessa dal Consiglio di Stato:

Questa la materia del contendere con le due diverse tesi:

<1.1 L'appellante RTI sottopone a critica la tesi interpretativa del TAR e sostiene che sarebbe irrilevante la circostanza che il controllo sarebbe esercitato su alcune imprese partecipanti alla gara da un soggetto non partecipante alla gara stessa, in quanto la norma avrebbe di mira la garanzia oggettiva del non inquinamento del confronto concorrenziale per cui rileverebbe da sola ed automaticamente, ex art 2359 c.c., la circostanza concreta della dominanza esercitata da un soggetto terzo su una parte dei concorrenti.

1.2 Sia l'Amministrazione sia il controinteressato RTI sostengono, invece, la correttezza dell'interpretazione data all'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 ed invocano, a sostegno delle rispettive tesi difensive, giurisprudenza di questo Consiglio che sarebbe in linea con i convincimenti espressi dal Giudice di prima istanza.>

Qual è il percorso finora seguito dal Supremo Giudice amministrativo?

< La questione, come segnalato dalle parti, è stata già esaminata da questo Consiglio di Stato con soluzioni che non sono del tutto convergenti. Si rende allora necessario un esame di detti precedenti per poter pervenire, nel caso in esame, ad una meditata scelta tra l'una o l'altra delle soluzioni interpretative dell'art. 34 del codice dei contratti sin ad ora prospettate.

Una prima tesi interpretativa è resa palese da due pronunzie emesse, rispettivamente, dalla sesta sezione con decisione n. 2950 del 4 giugno 2007 e dalla quinta sezione con decisione n. 4285 del 8 settembre 2008, con le quali, in maniera del tutto convergente, si è pervenuti al convincimento che il divieto di partecipazione alla gara di imprese tra loro collegate trova applicazione non soltanto nel caso in cui partecipino alle gare imprese controllanti e controllate, ma anche quando la situazione di controllo delle imprese partecipanti alle gare sia oggettivamente 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.

Una seconda tesi interpretativa si fonda su altra decisione della sesta sezione (n. 6037 del 5 dicembre 2008) che, pur partendo da identiche premesse ed anche condividendo la funzione in generale assegnata dal Legislatore alla norma dell'art. 34 del codice dei contratti, perviene, invece, a conclusioni diverse.

Detta decisione, infatti, in un caso identico a quello in esame, di controllo totale esercitato da un'impresa estranea alla gara su altre imprese concorrenti (tra di loro) in detta gara, ha espresso il seguente convincimento:

- che non possa applicarsi la disposizione di cui alla prima parte del comma secondo di detto art. 34, comportante l'esclusione automatica dalla gara delle controllate, poiché, a mente dell'art. 2497-sexies c.c., il possesso anche al 100% di quote delle controllate costituisce soltanto "...indice presuntivo di un'attività di direzione e coordinamento delle società controllate, salvo prova contraria...";

- che è, dunque, necessaria l'ammissione e valutazione della prova contraria per potersi ritenere sussistente un unico centro di interessi e di decisione e per potersi, quindi, in applicazione del divieto previsto dalla disposizione contenuta nella seconda parte del comma 2 dell'art. 34, procedere all'esclusione dalla gara del o dei soggetti che si trovino in tale situazione.>

E quindi...

< Una lettura attenta sia di detta norma sia dell'art. 2359 c.c. -che tenga conto della ratio sottostante ad entrambe, avuto riguardo al peculiare e specifico contesto dei pubblici appalti nel quale esse devono trovare applicazione- induce il Collegio, in adesione al primo degli indirizzi sopra indicati, a disattendere le conclusioni cui è pervenuto il Giudice di prime cure, alla stregua delle seguenti considerazioni.

1.5.1 Una prima considerazione può riguardare le modalità dell'approccio interpretativo le quali, a parere del Collegio, devono articolarsi in modo tale da porre in risalto, innanzi tutto, la funzione di entrambe le norme in esame per verificare quale di esse abbia una funzione principale e quale, invece, una funzione strumentale alla prima.

A parere del Collegio la norma dell'art. 2359 c.c. ha assunto, nel nuovo contesto legislativo, conseguente al recepimento delle direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004, una funzione ancor più strumentale all'interpretazione di quella pubblicistica dell'art. 34 del codice dei contratti, in ragione dei fini perseguiti da quest'ultima.

La previgente disciplina di diritto positivo (art. 10, comma 1-bis della legge n. 109 del 1994, come introdotto dall'art. 3, comma 1, della legge n. 415 del 1998), come è noto, era costituita soltanto dai casi individuati dall'art. 2359 c.c. ai quali, dunque, veniva fatto diretto e completo rinvio al fine di individuare le uniche ipotesi nelle quali fosse ammesso escludere dalla pubbliche gare i concorrenti, in ragione del reciproco controllo esercitato le une sulle altre.

Tutto ciò fino a quando l'interpretazione pretoria del Giudice amministrativo ha, poi, sostanzialmente integrato detta disposizione dell'art. 10, comma 1-bis, della legge n. 109/1994 attraverso l'enucleazione di ipotesi di collegamento sostanziale tra imprese ricavabili, in via di presunzione juris tantum, da elementi evidenziati l'esistenza di un unico centro di interessi a monte delle offerte presentate da più imprese partecipanti ad una stessa gara.

Orbene, l'aver il Legislatore, nel nuovo (ed attuale) regime dei pubblici contratti, reso diritto positivo anche la citata giurisprudenza pretoria in materia di collegamento sostanziale tra imprese, attraverso una unitaria formulazione del divieto -sia esso inquadrabile ex art. 2359 c.c., sia esso, invece, conseguenza dell'accertata esistenza, caso per caso, di un unico centro di interessi e di decisione- diversificato soltanto nelle sue modalità applicative (esclusione diretta o mediata dalla gara), induce il Collegio a ritenere che punti focali di interpretazione siano la ratio ed il fine della norma pubblicistica dell'art. 34, sui quali, dunque, deve essere orientata, per quanto necessario, anche l'interpretazione di quella civilistica, alla quale ben può riconoscersi una funzione di adeguamento strumentale della prima, attuata dal Legislatore con il connestare entrambe dette norme nel solco della tutela di una effettiva ed assoluta garanzia della libera concorrenza tra partecipanti alle pubbliche gare e di scelta del miglior contraente.>

MA NON SOLO

<Una seconda considerazione, intimamente connessa con la prima, può essere svolta con riferimento alla genesi della norma di cui al comma secondo dell'art. 34 poiché essa consente di evidenziare come il fine perseguito dal legislatore del Codice dei contratti sia stato quello di pervenire ad una completa ed efficace disciplina della materia della partecipazione delle imprese alle gare, non soltanto rendendo diritto positivo, come già evidenziato più innanzi, quella che prima era solo un'interpretazione giurisprudenziale, ma anche, e non a caso, cumulando quest'ultima con la previsione dell'art. 10, comma

1-bis della legge n. 109 del 1994 in un unico contesto -tale non solo strutturalmente, pur se sintatticamente articolato in due periodi- volto ad esprimere un'unitaria regola sostanziale di protezione effettiva della concorrenza nel mercato degli appalti>

Nella particolare fattispecie peraltro:

< La situazione esistente nel caso in esame, dove ben quattro imprese che hanno partecipato alla gara (la BETA & BETA, mandataria del RTI aggiudicatario; la Leo DELTA Company s.r.l., mandataria dell'omonimo RTI; la GAMMA s.r.l. e la GAMMA Dialog s.r.l. del RTI GAMMA) sono controllate al 100% dalla ZETA Holding Italy s.r.l. (a sua volta facente capo al gruppo societario internazionale GAMMA Groupe S.A.), rimasta estranea alla gara stessa, costituisce ipotesi esattamente corrispondente a quella in astratto prevista dal legislatore, attraverso il rinvio all'art. 2359 c.c., e cioè che il controllo oggettivamente esercitato da una società sull'altra, nella specie mediante influenza dominante, rileva comunque ai fini dell'applicazione del divieto in questione, indipendentemente dalla circostanza che la relazione si manifesti nei rapporti reciproci tra le imprese concorrenti, ovvero, come nel caso in esame, nei rapporti tra queste ultime ed un soggetto terzo non partecipante alla gara.>

**Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163
Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione
delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE**

Capo II - Requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento

Art. 34. Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici

(artt. 4 e 5 dir. 2004/18; artt. 11 e 12 dir. 2004/17; art. 10, legge n. 109/1994; art. 10 d.lgs. n. 398/1992; art. 11, d.lgs. n. 157/1995; art. 23, d.lgs. n. 158/1995)

1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; *(lettera così modificata dall'art. 2, comma 1, lettera g), d.lgs. n. 113 del 2007)*
- c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'[articolo 2615-ter del codice civile](#), tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'[articolo 36](#);
- d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'[articolo 37](#);
- e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'[articolo 2602 del codice civile](#), costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'[articolo 2615-ter del codice civile](#); si applicano al riguardo le disposizioni dell'[articolo 37](#);
- f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'[articolo 37](#);
- f-bis) operatori economici, ai sensi dell'[articolo 3, comma 22](#), stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi. *(lettera aggiunta dall'art. 1, comma 1, lettera g), d.lgs. n. 152 del 2008)*

2. Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'[articolo 2359 del codice civile](#). 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.

Si legga anche

Obbligatoria esclusione dalla gara dei concorrenti per i quali venga stato accertato che le relative offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale sulla base di univoci elementi, anche se la procedura, unica, è divisa in più lotti: la partecipazione a lotti distinti, lungi dall'evidenziare una separatezza delle logiche operative, evidenzia una desistenza frutto di una presumibile scelta strategica unitaria.

Sulla base di univoci elementi, quali l'identità del socio di maggioranza assoluta, l'esistenza di rapporti parentali tra le persone che rivestivano nei rispettivi ambiti societari cariche amministrative e rappresentative, l'identità di numero telefonico e di fax nonché l'identità della tecnica redazionale delle domande di partecipazione vengono integrati gli estremi della violazione del citato articolo 34, secondo comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006 per il quale < . Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. 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..>

Non vi è quindi dubbio che le offerte presentate da tali soggetti nell'ambito della procedura siano riconducibili ad un unico centro decisionale, sì da dare luogo alla sanzione dell'esclusione obbligatoria sancita dall'art. 2 dalla lex specialis e dall'art. 34 del codice dei contratti pubblici. Non può condurre ad un diverso approdo la circostanza, o valorizzata dal Primo Giudice, che la gara fosse divisa in cinque distinti lotti e che ognuna delle imprese collegate abbia presentato domanda per uno solo dei lotti diverso da quello delle altre. La molteplicità dei lotti non toglie infatti che si tratti di una gara unica inaugurata da un unico bando e caratterizzata dalla possibilità per ogni impresa di partecipare a tutti i lotti in esame

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 848 del 16 febbraio 2009 emessa dal Consiglio di Stato:

< Segnatamente, il reciproco condizionamento dei lotti, sub specie di aggiudicazione del solo lotto di importo più elevato in caso di presentazione di offerte per più di un lotto (capoverso 3 del punto 5 delle modalità di gara), dimostra che si tratta di una gara sostanzialmente unica e non di molteplici gare impermeabili l'una rispetto alle altre.

Da tale premessa si deve allora trarre il coerente precipitato della doverosa esclusione di tutti i soggetti che abbiano violato il divieto di partecipazione congiunta in base alla lex specialis ed alla normativa primaria, che non autorizzano distinzioni e limitazioni in caso di partecipazione disgiunta a lotti diversi.>

Ma vi è di più

< Se ne ricava che proprio la concentrazione di ognuna delle ditte collegate a lotti differenti costituisce l'espressione di quel centro decisionale unitario che la normativa primaria e speciale intendono evitare con la fissazione del divieto di partecipazione di imprese collegate alla medesima gara.>

SSSSSSSSSS

Le stazioni appaltanti devono escludere dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale sulla base di univoci elementi: la plausibile riconducibilità delle offerte ad un medesimo centro decisionale, oppure a realtà aziendali comunque connotate da molteplici elementi in comune, comporta il rischio che le medesime, anche se non previamente concordate, siano conosciute prima della loro presentazione con la conseguenza che, in tal guisa, vengono violati i principi di segretezza, di par condicio tra i partecipanti e di libera concorrenza.

Qual è l'ambito di applicazione della norma di cui all'art. 34 comma 2 d.l.g.s n. 163 smi la quale stabilisce che: "Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. 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".? Nel caso di comprovato collegamento, va annullata la determinazione di aggiudicazione definitiva impugnata in quanto inficiata dalla mancata esclusione delle predette imprese dalla gara che hanno concorso alla individuazione? l'annullamento dell'aggiudicazione risulta di per se stesso esaustivo di ogni pretesa risarcitoria mediante reintegrazione in forma specifica?

Tale norma, nel riprodurre la previsione già contenuta nel comma 1-bis dell'art. 10 della legge n. 109 del 1994, che sanciva unicamente il divieto di partecipazione a una stessa gara di imprese che si trovassero in situazione di "controllo" ai sensi dell'art. 2359 c.c., ne ha ampliato decisamente la portata, includendo anche la diversa ipotesi di collegamento, disciplinata dal comma 3 dell' art. 2359, riscontrabile ove una società eserciti su un'altra "un'influenza notevole"._La norma in esame mira a tutelare il libero confronto tra le offerte, nonché i principi di correttezza e trasparenza della gara che risultano pregiudicati dalla presentazione di offerte che, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi. Se le imprese partecipanti ad una gara non si trovano in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza, per effetto di accordi interni alle concorrenti, è inevitabile che si verifichi una distorsione nella regolarità della procedura di affidamento._ Sotto il profilo applicativo va rimarcato che, con l'elaborazione esegetica operata in subiecta materia dalla giurisprudenza amministrativa, l'esclusione per collegamento sostanziale può configurarsi solo previo accertamento della presenza di una pluralità di indizi gravi, precisi e concordanti univocamente volti a configurare il presupposto applicativo della esclusione. Tali indici rivelatori, alla stregua dell'insegnamento giurisprudenziale, devono essere tali "da ingenerare il più che ragionevole sospetto che l'accordo tra le partecipanti possa pregiudicare l'imparzialità e la regolarità della gara" _ **Va, invece, respinta la domanda di risarcimento del danno in forma specifica spiegata peraltro in via subordinata per il caso di mancata aggiudicazione della gara, che nella specie è stata sospesa in via cautelare con ordinanza di questo T.a.r. n.2536 del 29.09.2008 con cui veniva contestualmente fissata la udienza di discussione ex art. 23 bis comma 3 della legge n.1034/1971. _Peraltro l'annullamento dell'aggiudicazione risulta di per se stesso esaustivo di ogni pretesa risarcitoria mediante reintegrazione in forma specifica poiché, a seguito dell'esclusione della ditta aggiudicataria, la ricorrente potrà ottenere l'aggiudicazione dell'appalto in questione, avendo presentato l'offerta con il prezzo più basso, ed ottenuto l'aggiudicazione provvisoria in data 8.05.2008 prima della riammissione della controinteressata.**

In tema di collegamento formale e/o sostanziale e quindi di obbligatoria esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, merita di essere segnalata la sentenza numero 99 del 14 gennaio 2009, emessa dal Tar Campania, Napoli ed in particolar modo il seguente passaggio:

< In particolare, quanto all'individuazione degli elementi univoci indicatori della riconducibilità delle offerte a un unico centro decisionale, la giurisprudenza ha desunto la sussistenza del collegamento da una serie di elementi indiziari, ritenuti espressivi della comunanza delle imprese interessate, sulla base di una nutrita esemplificazione cui ha fatto peraltro puntualmente riferimento lo stesso ricorrente (indicazione nelle stesse buste spedite dalle imprese dalla medesima sede amministrativa; spedizione degli stessi plichi dal medesimo ufficio postale, nello stesso giorno e con le stesse modalità; rilascio delle polizze fideiussorie, presentate come cauzione, da parte della stessa compagnia e agenzia di assicurazioni, nella medesima data e con numero progressivo successivo; coincidenza del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica; rapporti di parentela tra gli amministratori unici di suddette società e gli intrecci azionari esistenti e facenti capo agli stessi soggetti; ecc.).

L'alterazione della par condicio dei concorrenti e la violazione dei principi di concorrenza e di segretezza dell'offerta possono ritenersi provate qualora ricorrano elementi di fatto dai quali possano trarsi indizi gravi, precisi e concordanti, che inducano a ritenere verosimile, secondo l'id quod plerumque accidit, il venir meno della correttezza della gara. Ciò si verifica se le offerte provengono da un medesimo centro decisionale o, comunque, provengono da due o più imprese collegate e sussistano elementi tali da far ritenere che si tratti di offerte previamente conosciute, anche se non concordate dalle partecipanti. >

Questo in linea di principio.

Per quanto riguarda la specifica fattispecie inoltre:

< Tanto premesso, nel caso di specie, il Collegio ritiene che ricorrano una serie di elementi oggettivi tali da far ritenere sussistente una situazione di collegamento sostanziale tra le due imprese BETA Giuseppe ed Edil Costruzioni BETA s.r.l., e che tale situazione illegittimamente non sia stata rilevata dalla stazione appaltante sì da comportare la violazione dei principi di segretezza delle offerte e di par condicio dei concorrenti e da pregiudicare la correttezza e l'esito della gara.

2.1 I plurimi elementi che, a parere del Collegio, inducono a desumere l'esistenza di una situazione di collegamento sostanziale tra le imprese citate, sono i seguenti:

- BETA Giuseppe titolare dell'omonima ditta individuale è stato amministratore unico della BETA Costruzioni s.r.l. fino al 18.06.2003, come desumibile in atti dal contenuto della istanza di partecipazione alla procedura negoziata inoltrata dalla BETA Costruzioni s.r.l. nella parte relativa ai soggetti cessati dalla carica;

- le due imprese hanno sede legale entrambe in Afragola alla stessa via Leutrek con numeri civici progressivi (al civico 5 risulta la sede legale per BETA Costruzioni s.r.l. ed al civico 7 risulta la sede legale della impresa BETA Giuseppe) sì da ritenere che i relativi uffici siano adiacenti;

- la documentazione prodotta dalle predette imprese a corredo delle rispettive offerte presenta una serie di dati in comune tali da far desumere che le offerte siano state predisposte contestualmente in quanto: 1) le polizze fideiussorie presentate come cauzioni sono state rilasciate dalla stessa compagnia Liguria Assicurazioni, dalla stessa agenzia di Nocera Inferiore cod. 214, lo stesso giorno, con numero progressivo (155759885 per BETA Giuseppe e 55759886 per BETA Costruzioni). 2) i versamenti di

euro 70,00 all'Autorità di Vigilanza allegati alle offerte sono stati effettuati presso il medesimo Ufficio Postale lo stesso giorno, e recano numeri progressivi (VCY 0837 d 0838)

3) i plichi delle rispettive offerte sono stati consegnati contestualmente al protocollo comunale poiché recano la stessa data del 6.05.2208 e numeri di protocollo progressivi (n. 15237 per BETA Giuseppe e n. 15238 per BETA Costruzioni s.r.l.);

4) le atALFAzioni di sistema di gestione di qualità sono state rilasciate dalla medesima società (ANCCP);

5) le atALFAzioni di qualificazione sono state rilasciate dal medesimo organismo di atALFAzione Soa Quadrifoglio, ed ivi risulta che le due imprese partecipano allo stesso Consorzio Stabile Arcobaleno;>

Quali le conseguenze?

< L' esclusione delle predette imprese in quanto risultate collegate, avrebbe comportato il restringimento del numero dei partecipanti ammessi alla gara al di sotto del numero di cinque, con conseguente aggiudicazione, in assenza della verifica di cui all'art. 86 del d.lgs. 163/2006, ai sensi del comma 4 della stessa norma, come avvenuto in sede di aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente prima della riammissione della DELTA.

3. Per le esposte considerazioni, pertanto, va annullata la determinazione di aggiudicazione definitiva impugnata in quanto inficiata dalla mancata esclusione delle predette imprese dalla gara che hanno concorso alla individuazione .>

E per quanto concerne la richiesta di risarcimento del danno?

< Non sono, pertanto, ravvisabili - allo stato - gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria con particolare riferimento ad un pregiudizio ulteriore rispetto a quello della mancata aggiudicazione della fornitura; pregiudizio che verrà rimosso attraverso l'attività provvedimentale della stazione appaltante consequenziale all'annullamento dell'aggiudicazione impugnata.>

GIURISPRUDENZA CORRELATA

Non deve esserci un'intesa preventiva fra i partecipanti alla stessa gara

Il rispetto dei fondamentali principi della par condicio e della segretezza delle offerte, posti a garanzia della regolarità della procedura concorsuale, nell'interesse sia della pubblica amministrazione che dei partecipanti, postula necessariamente che fra i concorrenti ad una gara non venga in rilievo una relazione idonea a consentire un flusso formativo (delle offerte), e informativo in merito alla fissazione dell'offerta, ovvero agli elementi valutativi ad essa sottostanti; in presenza di significativi indizi sintomatici, il rischio di una intesa preventiva si traduce in una seria e ragionevole presunzione che le offerte dei diversi concorrenti siano riconducibili al medesimo centro decisionale

Le finalità pubblicistiche a cui è preordinata l' esigenza di individuazione del "giusto" contraente, implica che al loro rispetto non è vincolata soltanto la pubblica amministrazione, bensì anche coloro che intendono partecipare alla gara: su questi ultimi incombe, infatti, l'obbligo di presentare offerte che, al di là del loro profilo tecnico - economico (specifico oggetto della valutazione di merito da parte della stazione appaltante), devono avere le caratteristiche della compiutezza, della completezza, della serietà,

della indipendenza e della segretezza, le quali soltanto assicurano quel gioco della libera concorrenza e del libero confronto attraverso cui giungere all'individuazione del miglior contraente possibile

Merita di essere segnalato il seguente principio generale in ordine alle procedure ad evidenza pubblicato contenuto nella decisione numero 6212 del 19 ottobre 2006 emessa dal Consiglio di Stato, che peraltro ci offre anche un importante aiuto in tema di collegamento e controllo tra imprese:

< la scelta da parte della pubblica amministrazione del soggetto con cui concludere un contratto di appalto di lavori pubblici si realizzi attraverso una serie procedimentale

interamente regolata da norme pubblicistiche, preordinate all'individuazione del miglior contraente possibile,

sia dal punto di vista **soggettivo**
(con riferimento ai requisiti soggettivi, alle capacità tecniche, organizzative e finanziarie),
sia dal punto di vista **oggettivo**,
con riferimento all'economicità dell'offerta formulata e quindi al buon uso del denaro pubblico.

Nel rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, enunciati dall'art. 97 della Costituzione,

la predetta serie procedimentale si impernia sui postulati **di trasparenza ed imparzialità** che, a loro volta, si concretizzano

nel **principio di par condicio** tra tutti i concorrenti, realizzata attraverso

la previa predisposizione del bando di gara,

e nel principio di concorsualità, segretezza, completezza, serietà, autenticità e completezza delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni ed alle previsioni della lex specialis,
nonché nella previa predisposizione, da parte dell'amministrazione appaltante, **dei criteri di valutazione delle offerte**>

in particolare, in tema di collegamento fra imprese, il supremo giudice amministrativo sottolinea che:

<La Sezione ha quindi ritenuto che, anche a prescindere dall'inserimento di una apposita clausola nel bando di gara, in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti alla provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, è consentita l'esclusione delle imprese, benché non si trovino in situazione di controllo ex art.2359 c.c. (altrimenti sarebbe facile eludere la descritta norma imperativa posta a tutela della concorrenza e della regolarità delle procedure di gara).

Tale orientamento è stato poi motivatamente confermato dalla V Sezione del Consiglio di Stato, che ha precisato che la stessa circostanza che il bando di gara faccia esplicito riferimento solo all'art. 2359 c.c. non può precludere all'Amministrazione di disporre l'esclusione di imprese che vengano reputate in una situazione di collegamento sostanziale, se gli elementi che connotano il caso concreto facciano ritenere violati i principi generali in materia di pubbliche gare posti a garanzia della correttezza delle procedure. In tale evenienza, infatti, prevale l'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara ed in particolare la par condicio fra tutti i concorrenti nonché la serietà, completezza, completezza ed indipendenza delle offerte, in modo da evitare che, attraverso meccanismi di influenza societari, pur non integranti collegamenti o controlli di cui all'art. 2359 c.c., possa essere alterata la competizione, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente>

Ma rispetto alla citata giurisprudenza, questa volta il giudice di Palazzo Spada va più in là ed infatti afferma che:

<Sulla asserita penetrante limitazione della legittimazione negoziale delle imprese e della stessa libertà di iniziativa economica derivante dalla esclusione delle “collegate”, va osservato che l’affermazione appare fondata su un equivoco di fondo: **la liceità della situazione di collegamento tra imprese sul piano societario, delle logiche di mercato, della concorrenza, non preclude una differente valutazione normativa sul piano degli indicati principi pubblicistici di partecipazione alle pubbliche gare laddove siano ravvisabili elementi di fatto idonei a far presumere una non consentita condivisione della fase di formazione dell’offerta e, quindi, l’alterazione della regolarità della procedura.**

Ciò non senza ribadire che lo stesso divieto di collegamento sostanziale si risolve, in definitiva, anche nella tutela della libertà di iniziativa economica e della concorrenza, avuto riguardo agli effetti distorsivi sul libero mercato derivanti dalla alterazione delle procedure di gara>

A cura di Sonia LAzzini



N. 1459/2009

Reg. Dec.

N. 7935 Reg. Ric.

Anno 2008

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 Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello iscritto al n. 7935 del 2008 R.G., proposto dalla ARMANDO ALFA S.P.A., in proprio e quale mandataria in costituendo R.T.I. con le società mandanti ALFADUE s.r.l. e Klaus ALFATRE & Co. S.r.l., nonché dalla KLAUS ALFATRE & CO. S.r.l., in proprio e quale società mandante del R.T.I. con la mandataria Armando ALFA s.p.a. e la mandante ALFADUE s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti Mario Sanino, Riccardo Rossotto e Federico Vecchio ed elettivamente domiciliati presso lo studio di detto ultimo legale, in Roma, via Ludovisi n. 16;

contro

L’AMMINISTRAZIONE AUTONOMA MONOPOLI DI STATO ed il MINISTERO

DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato e presso la stessa domiciliata ex lege, in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti

- della BETA & BETA s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Dodaro con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Bissolati n. 76;

- della BETADUE s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sez. II[^], n. 3418 del 23 aprile 2008;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie delle Amministrazioni intime, nonché della parte controinteressata BETA & BETA;

Visto il Dispositivo di sentenza n. 60 del 5 febbraio 2009;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 3 febbraio 2009 la relazione del Consigliere Guido Romano ed uditi gli avv. Sanino e Vecchio per la parte appellante, l'avv. Dodaro per la controinteressata BETA & BETA e l'avvocato dello Stato Fedeli per le Amministrazioni resistenti;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

1. La Armando ALFA s.p.a., unitamente alla Acciari ALFADUE s.r.l. ed alla Klaus ALFATRE & Co. S.r.l. partecipavano, in costituendo Raggruppamento

Temporaneo di Imprese (di seguito RTI ricorrente), all'appalto concorso, mediante procedura ristretta, per l'affidamento di alcuni servizi dei Monopoli di Stato relativi alle lotterie e, all'esito della gara, risultavano classificati al secondo posto, essendo stato aggiudicato l'appalto al Raggruppamento Temporaneo di Imprese BETA & BETA ed BETADUE s.r.l. (di seguito RTI controinteressato).

ConALFAvano detta aggiudicazione provvisoria ed il verbale presupposto con ricorso al Tar del Lazio sostenendo che:

- la BETA & BETA avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara attesa l'evidente situazione di controllo intercorrente tra questa impresa, risultata aggiudicataria in RTI con BETADUE s.r.l., e le imprese Leo DELTA Company s.r.l. e GAMMA s.p.a, anch'esse partecipanti alla gara;
- la Commissione di gara, in violazione delle regole di corretta selezione delle offerte, avrebbe sostanzialmente, quanto illegittimamente, dettato i sostanziali criteri di valutazione dei componenti delle anzidette offerte, tenuto conto che quelli indicati nella *lex specialis* di gara non sarebbero stati compiutamente determinati;
- che sarebbero stati acquisiti curricula in corso di gara;
- che, pertanto, dovesse essere annullata l'aggiudicazione disposta e dovesse essere, conseguentemente, dichiarata inefficace la convenzione stipulata nelle more di tempo iintercorse, nonché accertato anche il diritto al risarcimento dei danni subiti.

Con motivi aggiunti la stessa RTI impugnava anche il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto ed il decreto di approvazione del contratto stipulato tra le parti.

2. Con l'appellata sentenza il Giudice di prima istanza ha respinto il ricorso

affermando sostanzialmente, in relazione ai tre motivi articolati dal ricorrente RTI, che:

- per potersi ritenere sussistente il divieto previsto dal secondo comma dell'art. 34 del codice dei contratti pubblici non è sufficiente il controllo societario, pur se totale, se il controllante non partecipa alla gara, in quanto, in tale ipotesi, occorre accertare la sussistenza di elementi concreti di collegamento tra il controllante esterno alla gara ed i partecipanti alla gara stessa che dimostrino l'esistenza di un unico centro di interessi, cosa che, nella fattispecie, non sarebbe stato provato;
- che la Commissione di gara può introdurre dei "micropesi" ad ulteriore specificazione dei criteri di valutazione previsti dalla lex specialis;
- che nessuna nuova documentazione è stata acquisita in corso di gara, essendo stati richiesti e prodotti i curriculum da ogni partecipante alla gara al momento della presentazione dell'offerta.

3. La RTI ricorrente ha chiesto l'annullamento della sentenza impugnata, con l'Alfando, sia la correttezza dell'interpretazione data dal primo Giudice alla norma del comma 2 dell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, con conseguente annullamento di tutti i provvedimenti impugnati con il ricorso principale e con i motivi aggiunti, tenuto conto che il controinteressato RTI doveva essere escluso dalla gara, sia la declaratoria di inammissibilità della richiesta di risarcimento danni.

L'Amministrazione si è costituita in giudizio e con memoria ha argomentato in ordine alla correttezza della decisione assunta dal Giudice di prima istanza della quale ha chiesto la conferma.

Il controinteressato RTI ha controdedotto alle tesi di parte appellante,

invocando quella giurisprudenza che sarebbe concordante con l'avviso espresso dalla sentenza appellata.

All'udienza del 3 febbraio 2009, il ricorso è stato assegnato in decisione.

DIRITTO

1. Il Raggruppamento Temporaneo di Imprese ALFA spa, ALFADUE srl e Klaus ALFATRE & Co srl (di seguito: RTI appellante) conALFA la correttezza della impugnata sentenza limitatamente al capo di motivazione con il quale il Giudice di prima istanza ha rigettato il motivo di ricorso (di primo grado) volto a dimostrare che il RTI BETA & BETA srl ed BETADUE srl (di seguito: RTI controinteressato), poi risultato aggiudicatario, doveva essere escluso dalla gara perché costituente unico centro di interessi con altre imprese partecipanti alla medesima gara in quanto tutte controllate al 100% da altra società (ZETA Holding Italy srl), esterna alla competizione.

La questione sulla quale, quindi, il Collegio è chiamato a pronunciarsi concerne l'interpretazione che deve essere data alla norma dell'art. 34, comma 2, del codice dei contratti pubblici (di seguito: codice dei contratti) in correlazione alla fattispecie, qui sussistente, della partecipazione ad una pubblica gara di appalto di più imprese, riunite in raggruppamenti distinti, tutte partecipate in maniera totale da altra impresa esterna alla gara.

Il TAR ha, sostanzialmente, ritenuto, sul punto, che il controllo totale di più imprese concorrenti (in formazioni distinte) ad una pubblica gara, da parte di un'unica società non partecipante alla stessa gara, non è di per se sufficiente a compendiare la violazione della norma sopra riportata, se non accompagnato da indici concreti di collegamento sostanziale tali da far emergere l'esistenza di un unico centro di interessi. Infatti, ha affermato il primo Giudice che "...nel caso,

come è quello qui verificato, in cui si è in presenza di una posizione dominante concretizzantesi esclusivamente nel possesso delle quote finanziarie di alcune società che partecipano alla stessa gara pubblica, siffatta posizione non da luogo a quell'intreccio societario che il legislatore vieta, con l'art. 34 del decreto legislativo n. 163 del 2006, nell'ambito delle selezioni pubbliche...".

Dunque, sarebbero direttamente incidenti, ex art. 34, comma 2, senza bisogno di alcuna altra prova, soltanto le relazioni di controllo reciprocamente esistenti tra partecipanti ad una stessa gara e non anche quelle, sempre reciprocamente esistenti, tra le stesse partecipanti ed un soggetto non partecipante alla selezione, ancorché compendino, come nella specie, la dominanza totale del soggetto esterno sulle prime.

1.1 L'appellante RTI sottopone a critica la tesi interpretativa del TAR e sostiene che sarebbe irrilevante la circostanza che il controllo sarebbe esercitato su alcune imprese partecipanti alla gara da un soggetto non partecipante alla gara stessa, in quanto la norma avrebbe di mira la garanzia oggettiva del non inquinamento del confronto concorrenziale per cui rileverebbe da sola ed automaticamente, ex art 2359 c.c., la circostanza concreta della dominanza esercitata da un soggetto terzo su una parte dei concorrenti.

1.2 Sia l'Amministrazione sia il controinteressato RTI sostengono, invece, la correttezza dell'interpretazione data all'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 ed invocano, a sostegno delle rispettive tesi difensive, giurisprudenza di questo Consiglio che sarebbe in linea con i convincimenti espressi dal Giudice di prima istanza.

1.3 Ciò premesso, appare utile, innanzi tutto, riportare il contenuto dispositivo, sia della norma dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, sia dell'art. 2359 codice civile.

Dispone la prima che: *“Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. 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”*.

Dispone la seconda che: *“Sono considerate società controllate:*

1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate 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”.

1.4 La questione, come segnalato dalle parti, è stata già esaminata da questo Consiglio di Stato con soluzioni che non sono del tutto convergenti. Si rende allora necessario un esame di detti precedenti per poter pervenire, nel caso

in esame, ad un meditata scelta tra l'una o l'altra delle soluzioni interpretative dell'art. 34 del codice dei contratti sin ad ora prospettate.

Una prima tesi interpretativa è resa palese da due pronunzie emesse, rispettivamente, dalla sesta sezione con decisione n. 2950 del 4 giugno 2007 e dalla quinta sezione con decisione n. 4285 del 8 settembre 2008, con le quali, in maniera del tutto convergente, si è pervenuti al convincimento che il divieto di partecipazione alla gara di imprese tra loro collegate trova applicazione non soltanto nel caso in cui partecipino alle gare imprese controllanti e controllate, ma anche quando la situazione di controllo delle imprese partecipanti alle gare sia oggettivamente 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.

Una seconda tesi interpretativa si fonda su altra decisione della sesta sezione (n. 6037 del 5 dicembre 2008) che, pur partendo da identiche premesse ed anche condividendo la funzione in generale assegnata dal Legislatore alla norma dell'art. 34 del codice dei contratti, perviene, invece, a conclusioni diverse.

Detta decisione, infatti, in un caso identico a quello in esame, di controllo totale esercitato da un'impresa estranea alla gara su altre imprese concorrenti (tra di loro) in detta gara, ha espresso il seguente convincimento:

- che non possa applicarsi la disposizione di cui alla prima parte del comma secondo di detto art. 34, comportante l'esclusione automatica dalla gara delle controllate, poiché, a mente dell'art. 2497-sexies c.c., il possesso anche al 100% di quote delle controllate costituisce soltanto “...*indice presuntivo di un'attività di direzione e coordinamento delle società controllate, salvo prova contraria...*”;

- che è, dunque, necessaria l'ammissione e valutazione della prova contraria per potersi ritenere sussistente un unico centro di interessi e di decisione e per potersi, quindi, in applicazione del divieto previsto dalla disposizione contenuta nella seconda parte del comma 2 dell'art. 34, procedere all'esclusione dalla gara del o dei soggetti che si trovino in tale situazione.

1.5 Una lettura attenta sia di detta norma sia dell'art. 2359 c.c. -che tenga conto della *ratio* sottostante ad entrambe, avuto riguardo al peculiare e specifico contesto dei pubblici appalti nel quale esse devono trovare applicazione- induce il Collegio, in adesione al primo degli indirizzi sopra indicati, a disattendere le conclusioni cui è pervenuto il Giudice di prime cure, alla stregua delle seguenti considerazioni.

1.5.1 Una prima considerazione può riguardare le modalità dell'approccio interpretativo le quali, a parere del Collegio, devono articolarsi in modo tale da porre in risalto, innanzi tutto, la funzione di entrambe le norme in esame per verificare quale di esse abbia una funzione principale e quale, invece, una funzione strumentale alla prima.

A parere del Collegio la norma dell'art. 2359 c.c. ha assunto, nel nuovo contesto legislativo, conseguente al recepimento delle direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004, una funzione ancor più strumentale all'interpretazione di quella pubblicistica dell'art. 34 del codice dei contratti, in ragione dei fini perseguiti da quest'ultima.

La previgente disciplina di diritto positivo (*art. 10, comma 1-bis della legge n. 109 del 1994, come introdotto dall'art. 3, comma 1, della legge n. 415 del 1998*), come è noto, era costituita soltanto dai casi individuati dall'art. 2359 c.c. ai quali, dunque, veniva fatto diretto e completo rinvio al fine di individuare le uniche

ipotesi nelle quali fosse ammesso escludere dalla pubbliche gare i concorrenti, in ragione del reciproco controllo esercitato le une sulle altre.

Tutto ciò fino a quando l'interpretazione pretoria del Giudice amministrativo ha, poi, sostanzialmente integrato detta disposizione dell'art. 10, comma 1-bis, della legge n. 109/1994 attraverso l'enucleazione di ipotesi di collegamento sostanziale tra imprese ricavabili, in via di presunzione *juris tantum*, da elementi evidenzianti l'esistenza di un unico centro di interessi a monte delle offerte presentate da più imprese partecipanti ad una stessa gara.

Orbene, l'aver il Legislatore, nel nuovo (ed attuale) regime dei pubblici contratti, reso diritto positivo anche la citata giurisprudenza pretoria in materia di collegamento sostanziale tra imprese, attraverso una unitaria formulazione del divieto -sia esso inquadrabile ex art. 2359 c.c., sia esso, invece, conseguenza dell'accertata esistenza, caso per caso, di un unico centro di interessi e di decisione- diversificato soltanto nelle sue modalità applicative (esclusione diretta o mediata dalla gara), induce il Collegio a ritenere che punti focali di interpretazione siano la ratio ed il fine della norma pubblicistica dell'art. 34, sui quali, dunque, deve essere orientata, per quanto necessario, anche l'interpretazione di quella civilistica, alla quale ben può riconoscersi una funzione di adeguamento strumentale della prima, attuata dal Legislatore con il coinnestare entrambe dette norme nel solco della tutela di una effettiva ed assoluta garanzia della libera concorrenza tra partecipanti alle pubbliche gare e di scelta del miglior contraente.

1.5.2 Una seconda considerazione, intimamente connessa con la prima, può essere svolta con riferimento alla genesi della norma di cui al comma secondo dell'art. 34 poiché essa consente di evidenziare come il fine perseguito dal

legislatore del Codice dei contratti sia stato quello di pervenire ad una completa ed efficace disciplina della materia della partecipazione delle imprese alle gare, non soltanto rendendo diritto positivo, come già evidenziato più innanzi, quella che prima era solo un'interpretazione giurisprudenziale, ma anche, e non a caso, cumulando quest'ultima con la previsione dell'art. 10, comma 1-bis della legge n. 109 del 1994 in un unico contesto -tale non solo strutturalmente, pur se sintatticamente articolato in due periodi- volto ad esprimere un'unitaria regola sostanziale di protezione effettiva della concorrenza nel mercato degli appalti.

1.5.3 Traendo una prima conclusione, pare ragionevole ritenere che il Legislatore nazionale, sulla scia dello scopo e della funzione cui sono orientate le direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004 abbia voluto, in sede di loro recepimento con il decreto legislativo n. 163 del 2006, escludere, concretamente, ogni possibile falla nel disegnato perimetro dell'apprestata garanzia (ben essendo edotto, così come quello comunitario, della molteplicità e varietà dei modi attraverso i quali i rimedi regolatori possono sostanzialmente essere aggirati, al fine di condizionare il mercato a profitto esclusivo di interessi personali o di gruppo) attraverso l'introduzione di un concetto oggettivo di controllo che, prescindendo dalla forma diretta od indiretta con la quale si manifesta, comunque sia idoneo a far emergere l'esistenza di un'influenza dominante di un soggetto su altri ai fini dell'assegnazione di una gara pubblica.

La situazione esistente nel caso in esame, dove ben quattro imprese che hanno partecipato alla gara (*la BETA & BETA, mandataria del RTI aggiudicatario; la Leo DELTA Company s.r.l., mandataria dell'omonimo RTI; la GAMMA s.r.l. e la GAMMA Dialog s.r.l. del RTI GAMMA*) sono controllate al 100% dalla ZETA Holding Italy s.r.l. (*a sua volta facente capo al gruppo societario internazionale GAMMA*

Groupe S.A.), rimasta estranea alla gara stessa, costituisce ipotesi esattamente corrispondente a quella in astratto prevista dal legislatore, attraverso il rinvio all'art. 2359 c.c., e cioè che il controllo oggettivamente esercitato da una società sull'altra, nella specie mediante influenza dominante, rileva comunque ai fini dell'applicazione del divieto in questione, indipendentemente dalla circostanza che la relazione si manifesti nei rapporti reciproci tra le imprese concorrenti, ovvero, come nel caso in esame, nei rapporti tra queste ultime ed un soggetto terzo non partecipante alla gara.

Il convincimento del Collegio è, dunque, nel senso che, dopo l'entrata in vigore della norma dell'art. 34 del codice dei contratti, la sussistenza, ex art. 2359 codice civile, di un controllo esplicantesi attraverso un'influenza dominante (*cf. sez. VI[^], n. 2950 del 4 giugno 2007*), ovvero anche soltanto di un collegamento consistente in un'influenza notevole esercitata dall'una società sull'altra (*cf. sez. V[^], n. 4285 del 8 settembre 2008*), rileva e comporta direttamente (ricorrendo ipotesi tipiche dell'art. 2359 c.c.) l'applicazione del divieto di partecipazione alle pubbliche gare non solo nel caso in cui la relazione vi sia tra le imprese partecipanti alla gara, ma anche quando detta relazione sussista con altra impresa, ben vero estranea alla stessa gara, ma in grado tuttavia, come detentore di pacchetti di maggioranza delle diverse partecipanti, di esercitare quel controllo o quell'influenza che comporta, ex art. 34, la diretta esclusione dalla gara non essendovi bisogno di acquisire ulteriori elementi a tal fine.

1.5.4 Né può indurre a diverso avviso il già citato orientamento di cui alla decisione della sezione VI[^], n. 6037 del 5 dicembre per le seguenti ulteriori considerazioni.

Detta decisione sostiene che:

- l'esclusione automatica dalla gara concerne soltanto l'ipotesi in cui la relazione di controllo sussista fra partecipanti ad una identica gara;

- pur partendo dagli stessi identici presupposti individuati dalle altre pronunzie qui condivise, afferma, conclusivamente, che l'appartenenza al 100% ad un'unica società madre di più imprese concorrenti in una pubblica gara non integri l'ipotesi di cui alla prima parte della norma dell'art. 34, in quanto le imprese non si trovano *"fra loro"* in una situazione di controllo ex art. 2359, potendo tale circostanza costituire soltanto un indice presuntivo, ex art. 2497-sexies c.c., di un'attività di direzione e coordinamento delle società controllate, che, ammettendo la prova contraria, deve concorrere con altri elementi strutturali od organizzativi che oggettivamente conducano all'esistenza di un unico centro di interessi e che, quindi, consentano di ritenere verificata una ipotesi di divieto di partecipazione alle pubbliche gare di appalto.

Al riguardo, può osservarsi che non condivisibile è l'operazione ermeneutica attraverso la quale si trasfondono automaticamente nel settore della regolazione degli appalti norme civilistiche aventi funzione e scopi distinti e diversi, poiché una tale metodologia non sembra valutare nella giusta misura:

- che il rinvio ai riferimenti normativi dell'art. 2359 introdotti con la riforma del diritto societario del 2004 (*art. 2497-sexies*), al fine di definire il grado di presunzione che assiste la specifica disposizione in esame dell'art. 34, appare ancora più dubbia ove si tenga presente che detta norma civilistica ha un ambito di applicazione espressamente limitato al capo nel quale è inserita (*" Ai fini di quanto previsto nel presente capo..."*), che è caratterizzato dalla norma sulla responsabilità in materia di direzione e coordinamento di società (*art. 2497*);

- che la ratio della norma pubblicistica in questione, la sua genesi derivativa dal diritto comunitario della concorrenza e la necessità, già segnalata dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, di riconoscere, all'allora art. 10, comma 1 bis della legge n. 109/1994 ed oggi all'art. 34, comma 2, del d.lgs n. 163 del 2006, la valenza e gli effetti di norma di ordine pubblico, inducono a tenere ben distinta la natura di tipo soggettivo della norma codicistica di diritto privato da quella di tipo oggettivo della norma pubblicistica di divieto di alterazione della concorrenza nel mercato degli appalti pubblici;

- che, conseguentemente, la norma dell'art. 2359 c.c. svolge una funzione complementare all'applicazione dell'art. 34 del codice dei contratti, nel senso che fornisce al microsistema di garanzia predisposto dal Legislatore -che opera avendo riguardo al dato oggettivo esistente in concreto, avendo valenza di normativa di ordine pubblico- soltanto lo strumento necessario per tipizzare le situazioni nelle quali debba ritenersi, in via di presunzione juris et de jure, che si sia verificata una delle ipotesi di controllo per le quali debba scattare, automaticamente, il divieto di partecipazione alle gare pubbliche di appalto e, quindi, l'altrettanto automatica esclusione del soggetto imprenditoriale che si trovi in una delle relative situazioni.

1.6 In conclusione, in riforma della sentenza del Giudice di prime cure, può ritenersi fondata la domanda di annullamento proposta dal ricorrente e, quindi, illegittimi i provvedimenti impugnati poiché il RTI BETA & BETA srl ed BETADUE srl, per tutte le considerazioni sin qui espresse, doveva essere escluso dalla gara.

2. Infondata è la domanda di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno potendosi escludere che nella fattispecie sia sussistente l'elemento soggettivo della colpa, e cioè uno degli elementi essenziali per il

riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, tenuto conto delle difficoltà interpretative della norma applicata con i provvedimenti impugnati, che sono rese evidenti dalla diversità di avvisi giurisprudenziali formati in ordine all'ambito ed alle modalità di applicazione del divieto di cui all'art. 34, comma secondo, del d.lgs. n. 163 del 2006 e della novità della fattispecie in relazione alla quale detta norma doveva trovare applicazione.

3. – In conclusione, l'appello deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado, disponendosi in tal senso anche ai fini della correzione dell'errore materiale al riguardo esistente nel dispositivo di sentenza pubblicato in data 5 febbraio 2009.

Quanto alle spese di giudizio, può disporsi la loro integrale compensazione per il doppio grado di giudizio, sussistendo giusti motivi per provvedere in tale modo attesa la novità e peculiarità delle questioni trattate.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento di tutti i provvedimenti impugnati; respinge, invece, la domanda di risarcimento danni.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato, Sezione IV, riunito nella Camera di Consiglio del 3 febbraio 2009, con la partecipazione dei seguenti magistrati:

Gaetano TROTTA	- Presidente
Pier Luigi LODI	- Consigliere
Giuseppe ROMEO	- Consigliere
Goffredo ZACCARDI	- Consigliere
Guido ROMANO	- Consigliere, est.

L'ESTENSORE
Guido Romano

IL PRESIDENTE
Gaetano Trotta

IL SEGRETARIO
Rosario Giorgio Carnabuci

Depositata in Segreteria

II 12/3/2009

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Per il / Il Dirigente

Sig.ra Maria Grazia Nusca