

Determinazione n. 22/2000 del 7/4/2000

G.u. S.O. N. 80 del 25.05.2000

R260

Oggetto: "Divieto di partecipazione alla medesima gara di imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile"

Il Comune di Agazzano ha comunicato, con una nota in data 19 ottobre 1999, di aver riscontrato delle irregolarità nel corso di una procedura di gara, esperita dall'ente stesso con pubblico incanto. Nel bando è stata inserita la clausola che richiedeva ai concorrenti di attestare di non trovarsi, con altri partecipanti, in situazioni di controllo e/o collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c. e di non avere in comune titolari, amministratori o procuratori con poteri di rappresentanza. Entro i termini sono pervenute le offerte, in seguito valutate; all'esito delle operazioni di gara si è proceduto all'aggiudicazione provvisoria e la commissione si è riservata di procedere a verifiche e controlli.

Dalle indagini svolte dalla stazione appaltante sono emersi elementi tali da far ritenere che, tra alcuni dei partecipanti, poteva essersi concretizzata una situazione atta ad alterare i risultati della procedura che, pertanto, è stata sospesa e gli atti relativi inoltrati all'Autorità, affinché quest'ultima, ai sensi dell'art. 4, comma 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, potesse espletare il controllo sulla regolarità delle procedure di gara.

La ricostruzione dell'intreccio societario, a prescindere dalla qualificazione come controllo e collegamento è stata effettuata tenendo conto della relazione fornita dalla Guardia di Finanza, dalla documentazione fornita dai soggetti interessati, nonché dalle risultanze dell'audizione tenutasi presso l'Autorità in data 26 gennaio 2000 alla quale hanno preso parte i rappresentanti del Comune e delle Imprese.

Nel caso specifico, il primo elemento che, pur rivestendo carattere difficilmente probante, concorre a dimostrare una relazione tra le società partecipanti alla gara è relativo alla comunanza di sedi, siano esse principali o secondarie, il che trova conferma negli atti depositati presso questa Autorità.

Il secondo elemento, riscontrato nei verbali della commissione di gara, è la progressività del numero delle raccomandate spedite dalle tre imprese e contenenti le offerte.

Il terzo elemento è la presenza dell'amministratore unico e legale rappresentante di una quarta società del gruppo, non partecipante alla gara, nelle assemblee ordinarie di due delle società partecipanti tenutesi entrambe il 30 aprile 1999. Quest'ultima affermazione trova conforto nella tabella allegata alla relazione della Guardia di Finanza.

Tutto ciò premesso, va considerato che, ai fini di provare una qualsivoglia ipotesi di controllo societario tra le tre società che hanno partecipato all'appalto, dalla relazione della Guardia di Finanza, risulta che né la Igeco, né la G.C.S. posseggono partecipazioni in alcuna società e la Cogni possiede partecipazioni in società comunque estranee a quelle in questione.

In una memoria per il Comune di Agazzano si è sostenuta la sussistenza del controllo societario in base a situazione di partecipazione sociale indiretta che lega tra loro non tanto le tre società partecipanti alla gara, quanto le stesse con altre del gruppo.

Il chiaro disposto dell'art. 2359 comma 1 c.c. porta invece ad escludere che ricorrano le situazioni previste dalla norma stessa sia per l'ipotesi del punto 1 che per quella del punto 2 e per quanto riguarda quelle di cui al punto 3, dai documenti esaminati non si evince la presenza di vincoli contrattuali che possano far supporre l'influenza dominante esercitata da una delle tre società sulle altre.

Ad ulteriore riprova della inesistenza di una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 del c.c., si ricorda la tesi, cui ha fatto riferimento la difesa della società: in base al tenore letterale del disposto di cui all'art. 10, comma 1 bis della legge 109/94 e successive modifiche ed integrazioni, secondo cui il divieto di partecipazione alla medesima gara, contenuto nella norma, è relativo esclusivamente al caso di società che si trovino tra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 c.c.

Per le società in questione cioè non ricorrerebbero ipotesi di reciproco intreccio quanto alle partecipazioni, che, invece, esistono con altre società appartenenti al medesimo gruppo.

Che si tratti di un gruppo è fuor di dubbio, ma che le società dello stesso abbiano perso la loro individualità gestionale ed acquisito quella di un unico centro decisionale quanto a determinazione della volontà sociale è una circostanza che non risulta provata nella ricostruzione appena formulata e tendente a dimostrare l'inesistenza delle fattispecie di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.. Ne può

avere rilievo la ricorrenza di situazioni di controllo da parte di altre società del gruppo, non implicate nella gara di cui trattasi, secondo quanto dispone l'art. 10 comma 1-bis della legge 109/94.

Occorre ora verificare se, nel caso che ci occupa si sia in presenza di una situazione di collegamento come definita dall'art. 2359 c.c. al comma 3, in quanto a questa situazione si riferisce con effetti ostativi alla partecipazione, il bando che è "legge della gara" e che non risulta essere stato impugnato.

La norma del codice civile ora citata non appare di facile lettura in quanto prende come riferimento per la definizione del collegamento societario il concetto, elastico, di influenza notevole. Di detta influenza deve essere offerta dimostrazione al di fuori delle ipotesi in cui la norma la presume e cioè quando, nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa. Ma la realtà delle partecipazioni societarie, indicata in precedenza, rende non configurabile nel caso in esame questa situazione e, dunque, non si ravvisa l'ipotesi del collegamento presunto.

Per quanto riguarda, invece, le altre ipotesi di influenza notevole, quali individuate dall'elaborazione della giurisprudenza in materia, si deve ritenere che ricorre questa situazione tra le società partecipanti alla gara di cui trattasi.

Dalle indagini svolte dalla Guardia di Finanza, emerge un elemento idoneo a far ritenere esistente un collegamento tra le suddette imprese e che riguarda la compagine sociale di ciascuna delle tre società partecipanti: in tutte si evidenzia la presenza, a vario titolo, di componenti della famiglia Cogni.

Appare evidente, allora, come un intreccio di organi amministrativi, di rappresentanza e tecnici si sia concretizzato tra le imprese in questione. Non ignora l'Autorità che la giurisprudenza del Consiglio di Stato nella recente pronuncia della Sez. IV, 12 gennaio 1999, n.16, ha ritenuto che una ipotesi di collegamento societario, definita ai sensi dell'art. 2359 c.c., non è di per sé idonea a concretizzare quegli effetti distorsivi e pertanto atti ad inficiare il buon esito di una procedura di gara. Ciò in quanto, in presenza di un gruppo, le società che di esso fanno parte, mantengono la piena indipendenza ed autonomia sul piano giuridico. Il gruppo, non implica di per sé il formarsi di una soggettività distinta, soggettività che permane in capo a ciascuna impresa.

Tuttavia a parte il fatto se sia determinante la clausola del bando che ha assegnato all'intreccio di organi della società, come dato obiettivo, la qualità di situazione idonea ad influire sul risultato della procedura di gara, è la realtà degli accertamenti che rende coerente la valutazione fatta dall'amministrazione e ciò in conformità a consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui è ammissibile l'esclusione dalle gare nell'ipotesi di offerte di più imprese riconducibili ad un medesimo centro decisionale che alteri la trasparenza e la *par condicio* tra i concorrenti.

Nel caso di specie, cioè, non è il collegamento in sé, come categoria generale di cui all'art. 2359 c.c., ed a cui il Comune si è richiamato nel bando di gara, che legittima la esclusione, bensì la valutazione della potenziale incidenza delle esposte situazioni di fatto a consentire l'adozione del provvedimento di esclusione.