



DELIBERA N. 262

Del 30 marzo 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dal Comune di Chiavari - Affidamento del servizio di consulenza e brokeraggio assicurativo a favore del Comune di Chiavari per il periodo 2021 – 2024 - Importo a base della procedura: euro 88.825,62 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: CUC dei Comuni di Chiavari e Leivi, per conto del Comune di Chiavari

PREC 60/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Controllo e collegamento tra imprese – Unico centro decisionale

Massima

Controllo e collegamento tra imprese – Esclusione – Onere della prova - Imputazione offerte a unico centro decisionale

Il rapporto di collegamento tra due imprese non comprova *ex se* la riconduzione delle offerte a un unico centro decisionale come richiesto dall'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016. E' onere della stazione appaltante fornire adeguata prova circa il fatto che la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 marzo 2021

Vista l'istanza di parere acquisita al 17019 del 26 febbraio 2021 (che ha regolarizzato la precedente istanza acquisita al prot. n. 13886 del 17 febbraio 2021), con la quale il Comune di Chiavari ha chiesto all'Autorità di valutare se sia corretto ritenere configurata l'unicità del centro decisionale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016, con riferimento alla situazione di due operatori economici partecipanti alla gara - Marsh S.p.A. e MAG S.p.A. - uno dei quali (Marsh S.p.A.) ha dichiarato nel proprio DGUE che il gruppo cui appartiene (Gruppo MMC), in data 1 aprile 2019, ha acquisito il Gruppo JLT con sede a Londra, che possiede, tramite altra partecipata, una quota pari al 25% del capitale della società MAG S.p.A, il cui restante è detenuto, tra gli altri, per il 74.99% dall'azionista di maggioranza Marine & Aviation s.r.l.. Ad avviso del Comune di



Chiavari, sembrerebbe ricorrere la situazione prevista dall'ultimo comma dell'art. 2359 c.c. ("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"). Inoltre, la giurisprudenza più recente sarebbe incline a riconoscere l'unicità del centro decisionale in situazioni anche non codificate, anche dispensando la stazione appaltante dal fornire prove in genere molto difficili da acquisire (Consiglio di Stato, 28.12.2020 n. 8407);

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 1° marzo 2021 con nota prot. n. 17457;

Visto quanto replicato dalle due imprese partecipanti con nota prot. n. 19117 del 5 marzo 2021 (MAG S.p.A.) e con nota 19120 del 5 marzo 2021 (Marsh S.p.A.) circa l'insussistenza della situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. nonché di altri indici concreti, anche presuntivi, comprovanti la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, necessari affinché possa ritenersi configurata la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett.m.), d.lgs. n. 50/2016;

Vista la documentazione allegata all'istanza di parere e alle memorie di replica;

Visto l'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016 ai sensi del quale deve essere escluso dalla procedura di gara l'operatore economico che *«si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale»;*

Considerato che la Corte di giustizia con la nota sentenza del 19/05/2009, resa nella causa C-538/07, aveva già evidenziato la non conformità alle direttive comunitarie dell'abrogata previsione del d.lgs. n. 163/2006 (art. 34,) nella parte in cui vietava la partecipazione alle gare di imprese in rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., statuendo che *«la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura»;* statuendo, altresì, che *«il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara»;*

Considerato che secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza nazionale, e dell'Autorità, formatosi alla luce dei richiamati principi espressi dalla Corte di Giustizia, le situazioni di controllo codificate, non rilevano *ex se* e ciò che configura la causa di esclusione è l'unicità del centro decisionale cui sono riconducibili le offerte, al fine di evitare il rischio di ammettere alla gara offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da stretta comunanza di interesse caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti capaci di formulare offerte caratterizzate dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità. L'onere di provare l'esistenza dell'unico centro decisionale grava sulla stazione appaltante. Come ribadito nella pronuncia richiamata dal Comune di Chiavari (Cons. Stato, n. 8407/2020), la prova *"postula semplicemente l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale si sia effettivamente realizzata, nel caso concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie di pericolo (ex multis, Cons. Stato, V, 16 febbraio 2017, n. 496; III, 10 maggio 2017, n. 2173; III, 23 dicembre 2014, n. 6379; V, 18 luglio 2012, n. 4189)"* (Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n.



6010). Ovvero, *“ciò che deve essere provato [...] è soltanto l'unicità del centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale. Ciò, in quanto la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce ex se elemento idoneo a violare i generali principi in tema di par condicio, segretezza e trasparenza delle offerte (in tal senso – ex multis -: Cons Stato, V, 18 luglio 2012, n. 4189)»*. La fattispecie del collegamento sostanziale fra concorrenti è infatti qualificabile come di 'pericolo presunto' in coerenza con la sua funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante le procedure ad evidenza pubblica;

Considerato che, come anche ribadito nella recente sentenza del Consiglio di Stato n. 393 del 12 gennaio 2021, il percorso istruttorio che la stazione appaltante deve svolgere per la verifica della esistenza di un unico centro decisionale è delineato come segue: *«a) la verifica della sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ.; b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un 'unico centro decisionale' da effettuare ab externo e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale» (Cons. Stato, V, 3 gennaio 2019, n. 69, che richiama Cons. Stato, V, 10 gennaio 2017, n. 39)»;*

Considerato che, nel tempo, la giurisprudenza e l'Autorità hanno identificato una serie di indici idonei a fare presumere l'esistenza di un collegamento sostanziale, ovvero l'unicità del centro decisionale, individuandoli nell'intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, nella contiguità di sede, nelle utenze in comune (indici soggettivi), oppure, anche in aggiunta, nella identità delle modalità formali di redazione delle offerte, nelle strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi, oppure nelle significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte (indici oggettivi). La ricorrenza di una pluralità di questi indici, legati da nesso oggettivo di gravità, precisione e concordanza tale da sostenere la correttezza dello strumento presuntivo, è stato ritenuto sufficiente a giustificare l'esclusione dalla gara dei concorrenti che si trovino in questa situazione (cfr. determinazioni n. 1/2010 e n. 1/2012; TAR Sardegna, Sez. I, 27 febbraio 2018 n. 163);

Considerato che, nel caso in esame, non risulta configurata la situazione di controllo codificata dall'art. 2359 c.c.. Da quanto riferito e documentato, infatti, emerge che il Gruppo MMC, che detiene il 100% del capitale di Marsh S.p.A., ha acquisito il Gruppo JLT, il quale già possedeva indirettamente, attraverso la società JMIBHolding B.V., una partecipazione del 25% nella società MAG S.p.A., il cui restante 75% è detenuto quasi per intero dalla società Marine & Aviation S.r.l. (socio di maggioranza). Un tale assetto comporta che Marsh S.p.A. non ha la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di MAG S.p.A., possedendo indirettamente solo il 25% (art. 2359 c.c., comma 1, n.1) e non è in grado di esercitare, in assenza di peculiari regole statutarie che non sono state rilevate, un'influenza dominante a fronte di un socio di maggioranza che detiene quasi il 75% (art. 2359 c.c., comma 1, n.2). Inoltre non sono stati dedotti particolari vincoli contrattuali che possano giustificare un'influenza dominante secondo la previsione dell'art. 2359 c.c., comma 1, n. 3;

Considerato che i rapporti tra le due imprese possono in vero configurare una situazione di collegamento ai sensi del comma 3 dell'art. 2359 c.c., per la presenza di una società (il Gruppo MMC) che esercita su entrambe un'influenza notevole, da presumersi quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti. Tale relazione tra le imprese potrebbe in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte ma, come chiarito, non è sufficiente perché lo si possa inferire, essendo necessario che sia fornita adeguata prova circa il fatto che *«la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale»* (cfr., ex plurimis, T.A.R. Sicilia, Catania, I, 05/05/2020, n. 950, Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2018, n. 58; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater,



4 dicembre 2018, n. 11748; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 30 aprile 2018, n. 879; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12 aprile 2018, n. 972)»;

Considerato che la verifica della sussistenza di un unico centro decisionale, incumbente sulla stazione appaltante, deve rispettare i canoni tipici della "prova logica" (in termini di gravità, precisione e concordanza degli elementi utilizzati) e superare l'eventuale "controprova logica" dovendosi garantire alle imprese di dimostrare che il rapporto di collegamento non ha influito sul comportamento in gara (Cons. Stato, sez. V, 07/08/2017, n. 3914; TAR Sardegna, sez. II, 04/12/2019, n. 869);

Ritenuto che, sulla base della documentazione trasmessa in atti, risulta il mero rapporto di collegamento tra le imprese, ma non risulta che la stazione appaltante abbia indagato circa la sussistenza di alcun indice eventualmente sintomatico della riconduzione delle offerte ad un unico centro decisionale (Cfr. Parere di precontenzioso n. 734 del 9 settembre 2020);

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione dalla procedura delle ditte MAG S.p.A. e Marsh S.p.A. non sarebbe conforme alla normativa di settore, in quanto il rapporto di collegamento tra le due imprese non comprova *ex se* la riconduzione delle offerte a un unico centro decisionale come richiesto dall'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016.,

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 7 aprile 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente