

Parere n. 71 del 11/06/2009

PREC 32/09/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Insula S.p.A. – Esecuzione dell'intervento denominato "Insula di Burano - Lotto 5 Stralcio 1 San Martino Destro e Terranova" – Isole di San Martino e Giudecca e rio di Terranova a Burano – commessa IA.00215 – codice OO.PP n. 9527 – CIG 0201714BA5 - Importo a base d'asta euro 4.200.000,00 - S.A.: Insula S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9 dicembre 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, presentata dalla Isula S.p.A., società partecipata dal Comune di Venezia in via maggioritaria e dalla Veritas S.p.A., per la salvaguardia e la manutenzione della città di Venezia e della laguna.

La società istante ha rappresentato di aver indetto, in qualità di stazione appaltante, una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto in oggetto e di aver ricevuto, nel corso della verifica dei requisiti del concorrente aggiudicatario provvisorio, risultato l'ATI costituenda tra l'impresa CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l. (capogruppo mandataria) e l'impresa Freguglia Teobaldo s.r.l., un atto di diffida in nome e per conto del Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti", secondo in graduatoria.

Tale diffida conteneva una segnalazione in merito ad un collegamento presunto, ex art. 2359, comma 3, del codice civile, e/o collegamento sostanziale, ex art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, tra la suddetta capogruppo mandataria CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l. e l'impresa Rossi Renzo Costruzioni s.r.l., capogruppo mandataria della costituenda ATI con l'impresa Frison Costruzioni di Alessandro Frison s.a.s..

Pertanto, nella missiva la stazione appaltante veniva diffidata dal Consorzio secondo graduato a revocare e/o annullare l'aggiudicazione provvisoria già disposta, nonché ad escludere dalla gara l'ATI CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l./Freguglia Teobaldo s.r.l. e l'ATI Rossi Renzo Costruzioni s.r.l./Frison Costruzioni di Alessandro Frison s.a.s. e a procedere, altresì, al conseguente ricalcolo della soglia di anomalia, con individuazione dell'aggiudicatario nel Consorzio medesimo.

Nello specifico, ai fini della valutazione della sussistenza della contestata situazione di collegamento presunto e/o sostanziale, nell'atto di diffida sono stati segnalati alla stazione appaltante Insula S.p.A. gli elementi di seguito riportati.

Innanzitutto, è stato descritto un intreccio di partecipazioni societarie e sostanziale comunanza di soci, evidenziando che la società Panizzo s.r.l. controlla sia la CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l. (detenendone il 97,15% delle quote) sia, benché indirettamente, la Rossi Renzo Costruzioni s.r.l. (detenendone il 50% delle quote, per il tramite della Corte della Libertà s.r.l., della quale ultima la Panizzo s.r.l. detiene il 100% delle quote). In altri termini la Panizzo s.r.l. costituirebbe la *holding* che controlla le due imprese capogruppo mandatarie, operanti e concretamente concorrenti nella gara di cui trattasi.

Inoltre, sono stati segnalati stretti legami di parentela e convivenza tra amministratori e/o tra soci e amministratori, tra cui particolare rilievo riveste la circostanza che Stoppa Chiara - Vice Presidente del Consiglio di Amministrazione e Consigliere Delegato dell'impresa Rossi Renzo Costruzioni s.r.l. - è moglie convivente di Xodo Emilio - Presidente del Consiglio di Amministrazione nonché Direttore Tecnico dell'impresa CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l., capogruppo mandataria dell'ATI aggiudicataria provvisoria - e madre convivente di Xodo Giorgia - Consigliere della predetta CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l..

Sono stati, altresì, esposti intrecci di incarichi amministrativi e tecnici, con particolare riguardo al fatto che Stoppa Chiara è sia Amministratore Unico dell'impresa Corte della Libertà s.r.l., con i più ampi poteri di gestione ordinaria e straordinaria, (come da visura camerale in atti), sia Consigliere, Vice Presidente del Consiglio di Amministrazione e Consigliere Delegato dell'impresa Rossi Renzo Costruzioni s.r.l., con i poteri per tutti gli atti di ordinaria amministrazione, (come da visura camerale e dalle delibere di nomina e di conferimento dei poteri dei Consigli di Amministrazione del 27 marzo 2001 e del 18 maggio 2007 presenti in atti), sia Amministratrice della Panizzo s.r.l., con i più ampi ed illimitati poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società (come da visura camerale in atti).

Infine, è stata evidenziata l'estrema vicinanza delle percentuali di ribasso offerte: su cinquantasette concorrenti, collocatisi tra il ribasso minimo di 4,998% ed il ribasso massimo del 17,750%, la provvisoria aggiudicataria ATI CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l./Freguglia Teobaldo s.r.l. ha offerto un ribasso del 16,080% e l'ATI Rossi Renzo Costruzioni s.r.l./Frison Costruzioni di Alessandro Frison s.a.s. ha offerto un ribasso del 15,896%.

La stazione appaltante Insula S.p.A. ha informato questa Autorità anche delle note di risposta prodotte dalle imprese segnalate nel richiamato atto di diffida del Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti", da cui la vicenda che occupa è stata originata.

In particolare, la costituenda ATI CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l./Freguglia Teobaldo s.r.l., provvisoria aggiudicataria, ha negato la riconducibilità ad uno stesso centro decisionale delle offerte presentate, considerato che la Panizzo s.r.l., che ad avviso del Consorzio secondo graduato costituirebbe la holding del gruppo, è estranea alla procedura di gara in esame e che le due imprese in gara, CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l. e Rossi Renzo Costruzioni s.r.l. non hanno nulla in comune che faccia presumere l'esistenza di un collegamento distorsivo del corretto svolgimento del confronto concorrenziale: non i soci, né gli amministratori, né le sedi sociali, né sussistono intrecci di partecipazione azionarie e nemmeno può essere attribuita rilevanza in sé decisiva ai rapporti di parentela e coniugio segnalati dal Consorzio autore della diffida.

Inoltre, ha osservato l'ATI provvisoria aggiudicataria, il gruppo non implica di per sé il formarsi di una soggettività distinta, in quanto le società che ne fanno parte mantengono la piena indipendenza ed autonomia sul piano giuridico.

Anche la Renzo Rossi Costruzioni s.r.l., capogruppo mandataria dell'ATI con Frison Costruzioni di Alessandro Frison s.a.s., ha contestato che le partecipazioni azionarie detenute dalla Panizzo s.r.l. possano avere valore inficiante della sua partecipazione alla gara in oggetto e della partecipazione alla gara medesima di CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l..

Al riguardo è stato sostenuto che il controllo esercitato dalla Panizzo s.r.l. sulla CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l. (di cui detiene il 97,15% delle quote) e la partecipazione indiretta e non maggioritaria della stessa Panizzo s.r.l. nella Rossi Renzo Costruzioni s.r.l. (di cui detiene il 50% delle quote, per il tramite della Corte della Libertà s.r.l., a sua volta partecipata al 100% dalla Panizzo s.r.l.) costituiscono elementi del tutto irrilevanti al fine di postulare l'esistenza di un unico

centro decisionale accomunante le imprese concorrenti, non potendosi desumere in alcun modo da ciò un attuale o anche solo potenziale condizionamento reciproco delle rispettive attività di impresa.

Nella nota inviata alla stazione appaltante è stato altresì evidenziato che, quand'anche si riconoscesse l'esistenza di un "gruppo" Panizzo, l'appartenenza ad uno stesso gruppo di più imprese concorrenti non integra di per sé un comportamento distorsivo dei principi di correttezza e segretezza e par condicio, qualora a tale dato non si affianchino concomitanti ed univoci indici dell'esistenza di un unico centro decisionale, ed è stata inoltre negata rilevanza in sé decisiva sia ai rapporti parentali sia agli intrecci di incarichi amministrativi e tecnici sia al dato della vicinanza delle offerte presentate, segnalati nella diffida notificata dal Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti".

Ciò posto, nella nota di cui trattasi è stato conclusivamente evidenziato che, qualora i riepilogati elementi fossero ritenuti indici presuntivi della esistenza di una situazione di collegamento sostanziale tra CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l. e Renzo Rossi Costruzioni s.r.l., i medesimi elementi caratterizzano anche la posizione del Consorzio autore della diffida e di altre imprese concorrenti alla gara in oggetto.

A tal fine, premesso che il suddetto Consorzio ha indicato come impresa esecutrice dei lavori la consorziata Coop. Sandro Gallo, è stato segnalato alla stazione appaltante che la sig.ra De Nobili Elena, che detiene il 70% delle partecipazioni azionarie della Coop. Sandro Gallo, è coniugata con il sig. Tiozzo Dimitri, Amministratore della società Tiozzo Gianfranco s.r.l., anch'essa partecipante alla gara di cui trattasi.

Inoltre, è stato evidenziato che i fratelli Tiozzo Dimitri e Tiozzo Mirco, ciascuno titolare di una partecipazione azionaria pari al 19,09% della Tiozzo Gianfranco s.r.l. (le restanti quote appartengono ai genitori) vantano entrambi una partecipazione paritetica, pari al 25,50% ciascuno, delle quote della società Satio s.r.l. a sua volta amministrata dal sig. Campese Savino, che ne detiene il 49% delle quote. Amministratore della Coop. Sandro Gallo è il sig. Campese Francesco, figlio convivente del Sig. Campese Savino, Amministratore della Satio s.r.l., la cui sede corrisponde al comune luogo di residenza dei sigg.ri Campese Savino e Francesco.

Infine, con riguardo all'impresa I.co.mar. s.r.l., anch'essa partecipante alla gara, è stata richiamata la deliberazione n. 191 del 16 giugno 2007, con la quale l'Autorità, interpellata dalla Regione Marche in qualità di stazione appaltante, aveva accertato l'esistenza di una fattispecie di collegamento sostanziale tra le imprese Tiozzo Gianfranco s.r.l., Icomar s.r.l. e Eco Stile s.r.l. ed è stata ravvisata, altresì, una significativa contiguità tra i ribassi offerti dal Consorzio Ciro Menotti (15,898%), dalla Tiozzo Gianfranco s.r.l. (15,83%) e dalla I.co.mar. s.r.l. (15,79%).

La stazione appaltante Insula S.p.A. ha ritenuto opportuno precisare, al riguardo, che il soggetto che ha formulato l'offerta economica nella gara in oggetto è il Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti", secondo graduato, e non la Coop. Sandro Gallo, indicata soltanto come esecutrice dei lavori, ed ha altresì informato questa Autorità delle note di risposta prodotte dalle imprese segnalate nella illustrata nota dell'impresa Renzo Rossi Costruzioni s.r.l..

In particolare, la Icomar s.r.l. ha sostenuto che è assolutamente incoerente il richiamo alla deliberazione dell'Autorità n. 191/2007, in quanto la propria compagine societaria è totalmente mutata dal 18 dicembre 2007, in forza di un atto di cessione di quote (presente in atti) con il quale Tiozzo Marco e Tiozzo Dimitri cedevano interamente la loro partecipazione, uscendo definitivamente dalla società medesima.

Quanto alla contiguità dei ribassi offerti dal Consorzio Ciro Menotti (15,898%), dalla Tiozzo Gianfranco s.r.l. (15,83%) e dalla I.co.mar. s.r.l. (15,79%), l'impresa medesima ha evidenziato l'assoluta inconsistenza e irrilevanza dell'argomento, atteso che la gara in oggetto annovera 57 imprese concorrenti e che nello spazio di un punto percentuale (dal 15,00% al 15,898%) sono racchiuse ben 14 concorrenti.

L'impresa Tiozzo Gianfranco s.r.l. e il Consorzio Ciro Menotti hanno precisato, altresì, che Tiozzo Dimitri è marito della sig.ra Elena De Nobili, ma ne è separato da anni e vive in diversa abitazione, come risulta dai certificati allegati; che in ogni caso la medesima De Nobili non ha alcun incarico di rappresentanza, né direttivo né tecnico nella Coop. Sandro Gallo, per cui il rapporto di coniugio non ricorre tra rappresentanti legali o tecnici, ma tra un socio e un amministratore e che, trattandosi di cooperativa, il diritto di voto compete "per testa", per cui, essendo tre i soci della Coop. Sandro Gallo, la sig.ra De Nobili è titolare del 33% della forza decisionale in seno all'assemblea generale.

Inoltre, è stato evidenziato come la comunanza della sede della Satio s.r.l. con la residenza del sig. Campese Savino (Amministratore della Satio s.r.l.) e del sig. Campese Francesco (Amministratore della Coop. Sandro Gallo, che ha comunque diversa sede) è assolutamente irrilevante.

Infine, di particolare importanza è il fatto che la Satio s.r.l. non riveste il ruolo di società terza non partecipante alla gara, ma in grado di esercitare l'influenza dominante descritta dall'art. 2359 codice civile come detentrica di pacchetti di maggioranza delle diverse partecipanti alla gara, in quanto non è titolare di quote né della Tiozzo Gianfranco s.r.l., né della Coop. Sandro Gallo né della Icomar s.r.l., né in via diretta né in via indiretta e, peraltro, nessun altro dei succitati soggetti concorrenti si trova nella condizione del soggetto che esercita influenza dominante, né notevole in impresa partecipante alla gara.

Al contraddittorio documentale avviato da questa Autorità ha partecipato la sola Renzo Rossi Costruzioni s.r.l., con una memoria che ripropone sostanzialmente le argomentazioni già sostenute nella illustrata nota inviata alla stazione appaltante Insula S.p.A..

Conclusivamente, alla luce di quanto sopra, la stazione appaltante Insula S.p.A. ha chiesto a questa Autorità di pronunciarsi sull'eventuale sussistenza di collegamento ex art. 2359, comma 3, del codice civile ovvero ex art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, tale da integrare gli estremi per l'esclusione dalla gara, in primo luogo, tra le due capogruppo CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l., in ATI costituenda con Freguglia Teobaldo s.r.l., e Rossi Renzo Costruzioni s.r.l., in ATI costituenda con Frison Costruzioni s.a.s.; in secondo luogo tra il Consorzio Ciro Menotti, a mezzo della Coop. Sandro Gallo, e Tiozzo Gianfranco s.r.l..

Ritenuto in diritto

Al fine di formulare una ipotesi di soluzione della questione giuridica controversa sottoposta a questa Autorità, è necessario innanzitutto stabilire quale sia il corretto inquadramento giuridico della fattispecie prospettata dalla stazione appaltante Insula S.p.A..

Al riguardo si evidenzia che le situazioni di controllo e collegamento tra i partecipanti alle gare di appalto sono disciplinate dall'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, che prevede due distinte ipotesi di divieto di partecipazione ad una stessa gara.

La prima parte della citata disposizione 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."* e la seconda parte dispone 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”.

La prima ipotesi comporta un'esclusione automatica, che non ammette prova contraria, nel senso che il divieto scatta una volta accertata la situazione di controllo ex art. 2359 del codice civile, senza che possa assumere rilievo la concreta situazione delle due imprese o l'effettiva reciproca conoscenza o imputabilità delle offerte.

La seconda ipotesi è stata introdotta dal Legislatore in recepimento di una consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, favorevole alla possibilità di individuare ipotesi di “collegamento sostanziale” tra imprese, diverse ed ulteriori rispetto alle ipotesi di controllo e collegamento societario di cui all'art. 2359 del codice civile, espressamente richiamate nella prima parte della disposizione in esame. Ciò al fine di evitare che il corretto e trasparente svolgimento delle gare di appalto e il libero gioco della concorrenza siano irrimediabilmente alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi (v., fra tutte, Cons. Stato, Sez. IV, 8 luglio 2004, n. 6367) e, in tale ipotesi, l'esclusione deve essere disposta dalla stazione appaltante anche in caso di assenza di una esplicita clausola nel bando di gara (v., al riguardo, Cons. Stato, Sez. VI, 1 marzo 2005, n. 3089).

Entrambe le previsioni contenute nel citato art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 sono ispirate alla *ratio* di evitare il rischio di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti capaci di formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità.

Passando ad esaminare la fattispecie di cui si controverte in via principale, si evidenzia che la peculiarità della stessa è costituita dal fatto che si è in presenza di una società terza non partecipante alla gara (Panizzo s.r.l.) che possiede quote di soggetti concorrenti alla gara, sia in via diretta, in quanto detiene il 97,15% delle quote della capogruppo CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l., che pertanto è sua controllata, sia in via indiretta, in quanto, attraverso un'altra società sua controllata (Corte della Libertà s.r.l., non partecipante alla gara, di cui detiene il 100% delle quote) possiede il 50% delle quote della capogruppo Rossi Renzo Costruzioni s.r.l..

Stante le descritte caratteristiche della fattispecie sottoposta all'esame di questa Autorità, risulta evidente che la stessa non integra l'ipotesi di cui alla prima parte dell'art. 34, comma 2, in quanto le due capogruppo concorrenti alla gara in oggetto, CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l. e Renzo Rossi Costruzioni s.r.l., non si trovano “*fra di loro*” in nessuna delle situazioni di cui all'art. 2359 del codice civile.

Infatti, in disparte l'ipotesi di influenza dominante esercitata da una società su un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa (c.d. “controllo esterno” o “controllo contrattuale”), per la quale non è stato fornito dalla stazione appaltante alcun elemento di valutazione, le altre situazioni di controllo di cui all'art. 2359, comma 1, che sussistono quando una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società (c.d. “controllo interno di diritto”) e quando una società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di un'altra società (c.d. “controllo interno di fatto”), come pure la situazione di “collegamento presunto”, descritta dal comma 3 dell'art. 2359, che sussiste quando una società esercita su un'altra società un'influenza notevole, che 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, sono tutte situazioni oggettive, legate alla presenza di intrecci di

partecipazioni azionarie tra due società concorrenti nella medesima gara che, in base alla documentazione in atti, non si riscontrano nella fattispecie oggetto del presente parere.

Invece, con specifico riferimento alla previsione contenuta nella seconda parte dell'art. 34, comma 2, che prevede l'esclusione dalla gara in presenza di ipotesi di c.d. "collegamento sostanziale", diverse ed ulteriori rispetto a quelle di cui all'art. 2359 del codice civile, al cospetto delle quali è ragionevolmente ipotizzabile la riconducibilità delle offerte dei concorrenti in gara ad un unico centro decisionale, appare possibile e opportuno, al fine della risoluzione del caso in esame, richiamare l'orientamento già espresso dal Giudice Amministrativo secondo il quale 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.*" (Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2007, n. 2950).

E' necessario, peraltro, tenere in debito conto che nel caso di specie la società terza non partecipante alla gara (Panizzo s.r.l.), per un verso, controlla la capogruppo CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l., detenendone in via diretta il 97,15%, per altro verso, possiede solo in via indiretta il 50% delle quote della capogruppo Rossi Renzo Costruzioni s.r.l., attraverso un'altra società sua controllata al 100% denominata Corte della Libertà s.r.l..

Al riguardo non si può sottacere, altresì, che il capitale sociale della Renzo Rossi Costruzioni s.r.l. è ripartito tra due soci con partecipazione paritetica (Rossi Renzo 50% e Corte della Libertà s.r.l. 50%) e che, pertanto, un siffatto assetto societario non appare conciliabile con le caratteristiche strutturali del collegamento c.d. presunto, di cui all'art. 2359, comma 3, del codice civile, ipotizzato dalla stazione appaltante, il quale presuppone, invece, un capitale sociale suddiviso in misura non solo formalmente compatibile con le percentuali previste dalla citata disposizione codicistica per il configurarsi dell'influenza notevole ("*almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati*"), ma concretamente idonea a creare una situazione di potere effettivo di condizionamento.

Invece, tenuto conto che il socio Corte della Libertà s.r.l. è partecipato al 100% dalla Panizzo s.r.l., appare possibile ritenere che sussista un controllo indiretto, esercitato dalla Panizzo s.r.l. nella società Renzo Rossi Costruzioni s.r.l. per il tramite della sua controllata Corte della Libertà s.r.l., reso operativo da un possibile accordo per l'esercizio dei voti in assemblea, anche atto ad assicurare alla suddetta controllata una posizione di prevalenza sulla gestione amministrativa e tecnica della Renzo Rossi Costruzioni s.r.l..

Ovviamente la prospettata ipotesi di un siffatto accordo, stante la carenza in atti di documentazione idonea a comprovarne l'effettiva sussistenza, necessita di un'autonoma verifica da parte della stazione appaltante Insula S.p.A., attraverso l'acquisizione di adeguati elementi di valutazione, tra cui, ad esempio, l'esistenza di eventuali accordi parasociali, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia C-538/07 del 19 maggio 2009.

Qualora una siffatta ipotesi dovesse risultare confermata, entrambe le imprese capogruppo, CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l. e Renzo Rossi Costruzioni s.r.l. risulterebbero controllate dalla holding Panizzo s.r.l. "*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.*" e ciò costituirebbe sicuramente un elemento di prova da valutare ai fini della imputabilità delle

due offerte ad un unico centro decisionale (in questo senso v. Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2007, n. 2950 e Cons. Stato, Sez. V, 16 maggio 2008, n. 4285), ben potendosi ricavare la riconducibilità delle offerte in gara ad un unico centro decisionale anche sulla base di elementi attinenti alla particolare struttura societaria delle società concorrenti e/o del gruppo in cui sono inserite (da ultimo, v. Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 2008, n. 6037).

Del resto, la richiamata giurisprudenza che ha ispirato la formulazione della seconda parte dell'art. 34, comma 2, mutuando un concetto proprio della dottrina penalistica ha affermato che la tutela apprestata all'interesse pubblico alla corretta e regolare scelta del "giusto" contraente è finalizzata ad evitare che il relativo bene giuridico sia addirittura messo in pericolo: infatti, qualora fosse già stato lesa o vulnerato sarebbe molto difficile, se non addirittura impossibile una *restitutio in integrum*, salva l'ipotesi dell'annullamento della gara e la sua rinnovazione, che però in ogni caso comporterebbe, per il tempo occorrente e per le risorse umane e finanziarie da impiegare e riallocare, un'offesa non riparabile ai principi di economicità, speditezza, celerità ed adeguatezza dell'azione amministrativa.

Si evidenzia, altresì, che il Legislatore stesso ha attribuito una particolare rilevanza al controllo di società da parte di una *holding* mediante l'introduzione nel codice civile della presunzione di cui all'art. 2497-sexies, il quale prevede espressamente che "*si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359*".

Da tale disposizione, infatti, emerge chiaramente che l'appartenenza di due imprese partecipanti alla stessa gara ad un'unica società madre che le controlla costituisce un indice presuntivo, salvo prova contraria, di attività di direzione e coordinamento delle società controllate, che, a sua volta, implica la presunzione di imputabilità delle offerte presentate dalle stesse ad un unico centro decisionale (Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 2008, n. 6037).

Nel caso di specie, inoltre, tale presunzione sarebbe rafforzata dagli elementi indiziari riguardanti gli intrecci di incarichi amministrativi e tecnici, con particolare riguardo al fatto che Stoppa Chiara è sia Amministratore Unico dell'impresa Corte della Libertà s.r.l., con i più ampi poteri di gestione ordinaria e straordinaria, (come da visura camerale in atti), sia Consigliere, Vice Presidente del Consiglio di Amministrazione e Consigliere Delegato dell'impresa Rossi Renzo Costruzioni s.r.l., capogruppo dell'ATI con Frison Costruzioni s.a.s. concorrente nella gara in oggetto, con i poteri per tutti gli atti di ordinaria amministrazione (come da visura camerale e dalle delibere di nomina e di conferimento dei poteri dei Consigli di Amministrazione del 27 marzo 2001 e del 18 maggio 2007 presenti in atti), sia Amministratrice della *holding* Panizzo s.r.l., con i più ampi ed illimitati poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società (come da visura camerale in atti).

Fondamentalmente diversa, invece, è la seconda fattispecie di ipotizzato collegamento sottoposta all'esame di questa Autorità dalla stazione appaltante Insula S.p.A..

Infatti, a differenza della Panizzo s.r.l., la Satio s.r.l., che viene in rilievo in tale secondo caso prospettato, non riveste il ruolo di società terza non partecipante alla gara, ma in grado di esercitare l'influenza dominante descritta dall'art. 2359 codice civile come detentrica di pacchetti di maggioranza delle diverse partecipanti alla gara. Ciò innanzitutto, perché la Satio s.r.l. non è titolare di quote (né in via diretta né in via indiretta) né della Tiozzo Gianfranco s.r.l., né della Coop. Sandro Gallo, e nemmeno della I.co.mar. s.r.l., (che sembra erroneamente chiamata in causa, stante l'avvenuto totale cambiamento della compagine societaria in passato censurata), in quanto le partecipazioni contestate sono in realtà in capo a singoli soggetti, soci o amministratori di dette società. Inoltre, perché la Coop. Sandro Gallo non è un partecipante alla gara di cui trattasi; infatti, come correttamente richiamato dalla stazione appaltante, il soggetto che ha formulato l'offerta

economica nella procedura di gara in oggetto è il Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro “Ciro Menotti”, secondo graduato, mentre la Coop. Sandro Gallo è stata indicata soltanto come esecutrice dei lavori.

Nessun dei succitati soggetti concorrenti si trova, infine, per quanto risulta in atti, nella condizione del soggetto che esercita influenza dominante, né notevole in impresa partecipante alla gara.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

1. è possibile ipotizzare un collegamento sostanziale ex art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 tra le due rispettive capogruppo delle costituende ATI CGX Costruzioni Generali XODO s.r.l./ Freguglia Teobaldo s.r.l. e Rossi Renzo Costruzioni s.r.l./Frison Costruzioni di Alessandro Frison s.a.s., previo accertamento da parte della stazione appaltante del ricorrere della fattispecie del controllo indiretto, esercitato dalla Panizzo s.r.l. nella Rossi Renzo Costruzioni s.r.l. per il tramite della sua controllata Corte della Libertà s.r.l., attraverso l’acquisizione di adeguati elementi di valutazione;
2. non sussistono in atti elementi per configurare un collegamento sostanziale ex art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 tra il Consorzio Ciro Menotti, a mezzo della Coop. Sandro Gallo, e Tiozzo Gianfranco s.r.l..

I Consiglieri Relatori: Andrea Camanzi, Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30/06/2009