

PROGRAM

AUTONOLEGGIO - CAR RENTAL

A.A.M.P.S. S.p.A. - Livorno
19 MAG. 2014
Prot. n. 3663

Spett.le
A.A.M.P.S.
Azienda Ambientale di Pubblico Servizio SPA
Via dell' Artigianato 39/B
57121 Livorno

c.a. Responsabile del Procedimento

Firenze 16/05/2014

Raccomandata AR anticipata via fax al 0586406033

Oggetto: procedura aperta per l'affidamento del servizio di noleggio a lungo termine senza conducente, di n. 23 autovetture per i servizi istituzionali aziendali. CIG 5686844420.

Richiesta di esclusione dalla gara della ditta Arval.

La scrivente Program di Autonoleggio Fiorentino s.r.l., con riferimento alla gara in oggetto, evidenzia quanto segue

La società Arval nella dichiarazione relativa ai requisiti di ordine generale e speciale (allegato 3) ha dichiarato di non trovarsi in situazioni di controllo ex art 2359 c.c.

Ciò non corrisponde al vero come pacificamente emerso già nel corso della seduta di gara.

Pertanto tale dichiarazione è stata resa in un contesto nel quale il disciplinare di gara (punto 2 dell' art. 15) chiedeva di indicare espressamente i soggetti in rapporto di controllo con il concorrente.

Con la presente informativa si evidenzia pertanto che la ditta Arval deve essere esclusa in quanto ha reso una dichiarazione non veritiera nei moduli di gara, e ciò per le seguenti ragioni.

Si fa riferimento, in particolare, innanzitutto all'art. 38, lett. m-quater), a mente del quale

"Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ... che si trovino, 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".

**PROGRAM di Autonoleggio Fiorentino s.r.l. - Società unipersonale**

Sede Sociale e Uffici: Via G. Plantanida, 14 - 50127 - Firenze

Tel. +39 055 3436040 r.a. - Fax +39 055 3436042

Capitale Sociale € 100.000,00 - Partita IVA e Cod. Fisc. 04435420486

Direzione e Coordinamento Salford Van Hire Ltd. (UK)

Registro delle Imprese R.E.A. 452878

PROGRAM

AUTONOLEGGIO - CAR RENTAL

In relazione a tale fattispecie, il c. 2 del medesimo art. 38 prevede che

"ai fini del comma 1, lettera m-quater, il concorrente allega, alternativamente: a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente; b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente".

Pertanto, al fine di comprendere se vi è la riconducibilità di due offerte ad un medesimo centro decisionale, l'ordinamento ha predisposto un obbligo dichiarativo in capo alle imprese, così delineato:

- dichiarazione di **non essere controllati/collegati con altre società** ("rispetto ad alcun soggetto");
- dichiarazione, in caso, evidentemente, di esistenza di situazione di controllo con altra società, di essere o meno a conoscenza della possibile partecipazione di altri soggetti, potenzialmente in relazione ex art. 2359 c.c. con il partecipante.

Ne segue che una società che sotto il profilo giuridico è controllata da altro soggetto, non può mai rendere la dichiarazione ex lett. a, ma dovrà necessariamente rendere la dichiarazione di cui alla lett. b o c.

Ciò in quanto, a voler diversamente ritenere, si precluderebbe all'Ente appaltante la possibilità stessa di venire a conoscenza della situazione di controllo societario in cui versa un concorrente; e, se ciò non viene reso noto, all'Ente sarà evidentemente preclusa ogni possibilità di verifica in ordine alla partecipazione alla gara di soggetti in rapporto di controllo con il concorrente.

Ciò peraltro non assume significato soltanto quando l'impresa controllata e quella controllante partecipino entrambe alla gara, ma anche nell'ipotesi in cui una delle due non vi partecipi.

Valga a titolo esemplificativo il seguente esempio per chiarire tale ultima considerazione:

- l'impresa A detiene il 100% dell'Impresa B;
- l'impresa B detiene a sua volta il 100% dell'impresa C;

Alla gara partecipano l'impresa A e l'impresa C, e **non** partecipa l'impresa B.

In una situazione del genere, vi è rapporto di controllo:



PROGRAM di Autonoleggio Fiorentino s.r.l. - Società unipersonale
Sede Sociale e Uffici: Via G. Plantanida, 14 - 50127 - Firenze
Tel. +39 055 3436040 r.a. - Fax +39 055 3436042
Capitale Sociale € 100.000,00 - Partita IVA e Cod. Fisc. 04435420466
Direzione e Coordinamento Salford Van Hire Ltd. (UK)
Registro delle imprese R.E.A. 462878

PROGRAM

AUTONOLEGGIO - CAR RENTAL

- di A nei confronti di B;
- di B nei confronti di C;
- seppur indirettamente, di A nei confronti di C.

Si dirà più avanti che la fattispecie del possesso della totalità delle azioni da parte di un soggetto integra caso paradigmatico di controllo societario ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Tanto premesso, se l'impresa C dichiara che "non si trova in una situazione di controllo ... rispetto ad alcun soggetto", e alla gara partecipa anche l'impresa A, che rende la dichiarazione al medesimo modo, è precluso all'Ente di venire a conoscenza del rapporto di controllo che lega le imprese A e C, in quanto la dichiarazione "di non trovarsi in una situazione di controllo" non consente di portare a conoscenza dell'Ente, compiutamente, la situazione di fatto dei reciproci rapporti societari; né l'Ente stesso potrà venirne a conoscenza aliunde.

Se, invece, correttamente, l'impresa C dichiara che "non è a conoscenza della partecipazione alla presente procedura di soggetti che si trovano rispetto al dichiarante in una delle situazioni di controllo ...", l'Ente potrà avere notizia che detta impresa C è in rapporto, sia pur indirettamente (attraverso l'impresa B) con l'impresa A.

E ciò, ovviamente, non perché a seguito della rilevata presenza di un rapporto di controllo societario possa esserci l'esclusione automatica dell'impresa, ma perché tale dato può essere utilizzato come uno di quegli indici sintomatici (forse il più importante) della imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale.

La fondatezza della tesi è confortata da un'ulteriore considerazione.

E' noto che le omissioni concernenti la documentazione amministrativa comportano l'esclusione normalmente dopo la seduta di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa.

Nel caso di esclusione di offerte imputabili ad un unico centro decisionale, il legislatore ha previsto invece che l'esclusione debba essere disposta dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica ("Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica"). Ciò in ragione del fatto che la commissione di gara deve valutare accuratamente tutti gli elementi, (anche compresi quelli che possono provenire dalla stesura dell'offerta economica) che rappresentano possibili indici di riconducibilità ad un unico centro decisionale.

In conclusione: l'ente deve poter avere un quadro completo della situazione e tutti gli elementi sintomatici devono poter essere esaminati, nessuno escluso; la dichiarazione falsa su un



PROGRAM di Autonoleggio Fiorentino s.r.l. - Società unipersonale
Sede Sociale e Uffici: Via G. Plantanida, 14 - 50127 - Firenze
Tel. +39 055 3436040 r.a. - Fax +39 055 3436042
Capitale Sociale € 100.000,00 - Partita IVA e Cod. Fisc. 04435420488
Direzione e Coordinamento Salford Van Hire Ltd. (UK)
Registro delle Imprese R.E.A. 452878

PROGRAM

AUTONOLEGGIO - CAR RENTAL

elemento essenziale è motivo di esclusione dalla gara.

Pertanto, la previsione di cui al co. 2 dell'art. 38, in ordine alle modalità tramite cui attestare il possesso del requisito di cui alla lett. m *quater*, è chiara nel prevedere la possibilità di dichiarare l'ipotesi *sub* a solo ove non vi sia alcuna situazione di controllo "rispetto ad alcun soggetto"; caso che non è certamente quello in cui versa Arval.

Arval è infatti controllata da un altro soggetto: ciononostante, Arval ha barrato la casella corrispondente alla lett. a) dell'art. 38, co. 2, in quanto ha dichiarato che "non si trova in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. rispetto ad alcun soggetto ed ha formulato l'offerta autonomamente".

Tale dichiarazione è inveritiera, poiché Arval si trova invece in una situazione di controllo rispetto ad altra società.

Che l'art. 38, co. 2, lett. a si riferisca a qualsivoglia soggetto e non ai semplici concorrenti è avvalorato da due circostanze:

- la lett. m *quater* dell'art. 38 fa riferimento ad una situazione di controllo "rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento"; tuttavia, sino al momento di chiusura del termine per le offerte i concorrenti non possono sapere quali altre società parteciperanno alla procedura
- l'art. 38, co. 2, fa invece riferimento alla dichiarazione che deve essere resa dal concorrente al fine di attestare il possesso del requisito predetto ("ai fini del comma 1, lettera m-quater"), recita infatti la predetta disposizione: tale dichiarazione, essendo resa prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, deve necessariamente fare riferimento non solo a soggetti partecipanti (di cui non si può avere conoscenza), bensì a tutti i soggetti societari; da cui, la scelta di utilizzo dell'espressione "rispetto ad alcun soggetto", e non "rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura".

Tramite questa dichiarazione, e soltanto così, come in precedenza esposto, l'Ente appaltante può venire a conoscenza di eventuali situazioni di controllo/collegamento, e valutare se esso sia tale da inficiare la partecipazione delle imprese alla procedura: tacendo, invece, la sottoposizione a controllo si impedisce di fatto all'Ente di operare tali controlli.

In tal senso è chiarissima la Determinazione dell'AVCP n. 1 del 16.5.2012, in ordine alla novella legislativa che ha interessato, proprio sul punto, l'art. 38, co. 2, in questione: "La novella in esame, quindi, articola diversamente il contenuto delle dichiarazioni con cui il concorrente attesta di trovarsi o meno in una situazione di controllo, ai fini della verifica da parte della stazione appaltante dell'imputabilità o meno di offerte ad un unico centro decisionale."

In primo luogo, viene evidenziato che la dichiarazione deve sempre attestare che il concorrente



PROGRAM di Autonoleggio Fiorentino s.r.l. - Società unipersonale

Sede Sociale e Uffici: Via G. Piantanida, 14 - 50127 - Firenze

Tel. +39 055 3436040 r.a. - Fax +39 055 3436042

Capitale Sociale € 100.000,00 - Partita IVA e Cod. Fisc. 04435420486

Direzione e Coordinamento Salford Van Hire Ltd. (UK)

Registro delle Imprese R.E.A. 452876

PROGRAM

AUTONOLEGGIO - CAR RENTAL

abbia formulato l'offerta autonomamente. In secondo luogo, il concorrente non deve dichiarare l'esistenza di situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., ma di essere o meno a conoscenza della partecipazione, alla medesima procedura di affidamento, di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una situazione di controllo".

Quindi, ove un soggetto sia controllato, è rilevante che dichiarare la sua conoscenza o meno in ordine alla partecipazione del controllante (o dei controllanti) alla medesima procedura di gara: l'opzione sub a), evidentemente, non viene minimamente presa in considerazione.

Ne segue, pertanto, la violazione dell'art. 38, nei termini anzidetti.

Ne segue, altresì, violazione delle norme di lex specialis, che richiamavano tale disposizione.

Ne segue, infine, violazione del principio di completezza della autodichiarazione, che costituisce vero e proprio presidio al principio di legalità nelle pubbliche gare.

La non veridicità della dichiarazione, infatti, inficia di per sé la partecipazione in gara del soggetto, come da consolidata giurisprudenza (cfr. sul punto Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397):

"nelle procedure di evidenza pubblica, la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; conseguentemente una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa o incompleta, deve ritenersi già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara".

Il principio è stato in seguito ribadito sempre dal Consiglio di Stato, sez. V, 16 ottobre 2013, n. 5023:

"Nelle gare pubbliche l'omissione o anche la sola incompletezza delle dichiarazioni chieste dall'art. 38, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 costituisce una autonoma violazione di legge sanzionabile, come tale, con l'esclusione dalla gara, senza che possano effettuarsi valutazioni circa la sussistenza in concreto del requisito atteso che la loro completezza è già di per sé un valore da perseguire, consentendo la celere decisione sull'ammissione dei soggetti giuridici alla gara".

Tale conseguenza è resa necessaria peraltro, anche dall'art. 75 d.p.r. n. 445/2000, come confermato da T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 28 gennaio 2013, n. 190:

"in tema di gare per l'affidamento di appalti pubblici, la falsità obiettiva dell'autodichiarazione



PROGRAM di Autonoleggio Fiorentino s.r.l. - Società unipersonale

Sede Sociale e Uffici: Via G. Plantanida, 14 - 50127 - Firenze

Tel. +39 055 3436040 r.a. - Fax +39 055 3436042

Capitale Sociale € 100.000,00 - Partita IVA e Cod. Fis. 04436420488

Direzione e Coordinamento Salford Van Hire Ltd. (UK)

Registro delle Imprese R.E.A. 452878

PROGRAM

AUTONOLEGGIO - CAR RENTAL

costituisce autonoma causa di esclusione dalla gara sia ex se, sia per la necessaria applicazione dell'art. 75, d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, in tema di autocertificazione".

Trattasi, per certi versi, di situazione analoga a quella che concerne l'obbligo da parte del concorrente di dichiarare tutti i reati commessi, ai sensi della lett. c) del medesimo articolo 38: spetterà alla commissione di gara stabilire se ciò possa integrare un'ipotesi di esclusione dalla gara o meno. Ma la falsa dichiarazione è di per se stessa motivo di esclusione dalla gara, proprio perché ha una concreta incidenza sulla possibilità di essere esclusi, in quanto sottrae all'Ente appaltante la possibilità di svolgere le proprie, doverose, valutazioni in ordine alla gravità dei reati (nel caso di cui alla lett. c), o, nel nostro caso, in ordine all'effettiva esistenza di un unico centro decisionale.

Ne segue, quindi, la necessaria esclusione dalla procedura di gara di Arval.

Distinti saluti.

Maurizio Vergalito

Direzione P.A.



PROGRAM di Autonoleggio Fiorentino s.r.l. - Società unipersonale

Sede Sociale e Uffici: Via G. Plantanida, 14 - 50127 - Firenze

Tel. +39 055 3436040 r.a. - Fax +39 055 3436042

Capitale Sociale € 100.000,00 - Partita IVA e Cod. Fisc. 04436420486

Direzione e Coordinamento Salford Van Hire Ltd. (UK)

Registro delle imprese R.E.A. 452878