



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



GARE D'APPALTO E TUTELA DELLA CONCORRENZA: OFFERTE IMPUTABILI AD UN UNICO CENTRO DECISIONALE.

L'art. 38, lett. m) quater Codice Appalti prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento, nonché il divieto di subappalto e conclusione di contratti, per tutti quei soggetti che, rispetto ad una società partecipante alla medesima procedura, si trovino in una posizione di controllo tale per cui le offerte risultino imputabili ad un unico centro decisionale.

di **Mariateresa Armenise**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Venerdì 11 Settembre 2015

Uno dei pilastri fondanti la disciplina delle gare pubbliche è la certezza che il sistema degli appalti di lavori, servizi e forniture funzioni solo se le **imprese partecipanti** siano in posizione di **reciproca ed effettiva concorrenza**.

Questo principio, oltre ad essere stato delineato negli anni dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, ha trovato esplicito riscontro normativo nel **D.Lgs. 163/2006**, che all'**art.38, comma 1, lett.m-quater** dispone che

“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”

Le **ipotesi giuridicamente rilevanti** ai fini della valutazione della imputabilità dell'offerta all'unico centro decisionale sono, quindi, due:

- a) una situazione di controllo di cui all'**articolo 2359 del codice civile**;
- b) una qualsiasi **relazione**, anche **di fatto**.

In presenza di una delle due ipotesi, la stazione appaltante può procedere alla **espulsione** dalla gara, **subordinatamente** “alla verifica in concreto dell'effettiva **incidenza causale** di tali situazioni sull'autonomia decisionale dei soggetti interessati, che dovrà essere effettuata autonomamente da parte della stazione appaltante.” [ANAC, Parere Precontenzioso n.191 del 20 novembre 2013].

E' evidente che non è la mera situazione di controllo societario, o la mera relazione fattuale tra imprese, a determinare l'esclusione della gara, bensì la **dimostrazione dell'incidenza di una delle due circostanze** sulla autonomia nella formulazione delle offerte presentate: “L'eliminazione, a seguito dell'introduzione nel Codice dei Contratti della lett. m-quater dell'art. 38, della causa automatica di esclusione dalla procedura di gara dei soggetti che si trovino tra loro in situazione di controllo e la sua sostituzione con la previsione della necessità di procedere al controllo, caso per caso ed in concreto, attraverso la verifica dell'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, dell'effettività della lesione dei fini che si intendono tutelare, ovvero la

garanzia della concorrenza e della leale competizione, pone in evidenza la stretta finalizzazione della previsione dell'esclusione del concorrente con l'effettività della lesione del bene tutelato. Tale stretta interrelazione tra fattispecie escludente e lesione del principio della libera concorrenza, consente di valorizzare il riferimento, nel caso di specie, contenuto nella citata norma, alla '**medesima procedura di affidamento**'. Ed invero, se la ratio della norma in esame risiede nell'esigenza di garantire un'effettiva e leale competizione tra gli operatori economici attraverso l'imposizione di un limite alla partecipazione alle gare a tutte quelle imprese le cui offerte si rivelino in concreto espressione di un unico centro decisionale e, quindi, come tali, idonee a condizionare le regole proprie di un mercato concorrenziale, è evidente che la mancanza di autonomia nella formulazione delle offerte può assumere rilievo, ai fini concorrenziali al cui presidio la norma è rivolta, unicamente nelle ipotesi in cui le offerte, provenienti da un unico centro decisionale, siano volte ad **ottenere l'aggiudicazione della medesima gara**, essendo solo in tali casi le offerte non formulate in modo autonomo e indipendente idonee a falsificare il confronto concorrenziale. La ratio della norma esclude, quindi, che possa assumere rilievo la riconducibilità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate da imprese collegate o controllate laddove le stesse partecipino a gare distinte." [TAR Lazio, sez. II, sent. n. 4810 del 08 maggio 2014]

Analizzando nello specifico le due ipotesi suddette:

a) il controllo ex art. 2359 c.c.

secondo tale norma, 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.

La medesima norma al **comma 2** specifica che

“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 inoltre 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 borsa.”.

b) una relazione, anche meramente di fatto, tra le società

per cui deve essere valutata l'eventuale sussistenza, tra due o più imprese partecipanti alla medesima gara di una relazione tra le stesse, anche in via meramente fattuale.

Su tale seconda ipotesi il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che “Ai fini della partecipazione alle gare pubbliche di appalto le disposizioni normative dell'art. 2359 c.c. e dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater del Codice Appalti, comportano che la "qualsiasi relazione anche di fatto" cui possa imputarsi l'unico centro decisionale delle offerte, non può sfuggire ad un **esame fattuale e concreto delle circostanze e degli elementi** che caratterizzano la fattispecie; tale "unicità", ove non corrisponda a ipotesi tipizzate, deve scaturire da dati e indizi seri, probanti, oggettivi, coincidenti, precisi e univoci, non contestati in fatto” . [C. d. S., sez. III, sent. n. 1 del 02 gennaio 2012]

Si è dunque in presenza di una valutazione che di volta in volta la stazione appaltante è chiamata ad effettuare con estremo rigore e precisione: “Nelle gare pubbliche, la riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale può essere affermata dalla stazione appaltante solo in presenza di **indizi gravi, precisi e concordanti** (art. 38, comma 1 lett. m quater Codice Appalti)” . [T.A.R. Piemonte, sez. I, sent. n. 430 del 06 marzo 2015]

Illuminante al riguardo appare un **recente pronunciamento del Consiglio di Stato**, secondo cui “Va premesso che non può dirsi accertato in re ipsa che un collegamento tra imprese, ancorchè dimostrato a livello strutturale, abbia poi avuto un impatto concreto sul rispettivo comportamento delle imprese medesime nell'ambito della gara con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale” [C.d.S., sez. VI, sent. n. 1120 del 26 febbraio 2010,).

Del resto, l'ipotesi di cui all'art. 2359 c.c. integra una forma di **presunzione iuris tantum** di collegamento tra ditte partecipanti, mentre l'ipotesi del collegamento sostanziale va, di volta in volta, desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti alla gara, distortivo delle regole di gara [C.d.S., sez. VI, n. 1091 del 22 febbraio 2013]; tali **elementi**, giova ribadire, **plurimi**, possono essere costituiti, oltre che da intrecci personali tra gli assetti societari delle imprese, anche dalla predisposizione di buste identiche contenenti offerte, documenti redatti in modo identico, delle certificazioni ottenute il medesimo giorno, fideiussioni rilasciate dalla medesima banca e autenticate con numero progressivo dallo stesso notaio, nonché dalla spedizione con lo stesso corriere [cfr.C.d.S., sez. V, sent. n. 2657 del 8 maggio 2012].

E, soprattutto, grava sulla stazione appaltante e, a fortiori, su chi ne allega l'esistenza in sede di giudizio, l'onere di provare in concreto l'esistenza di tali elementi

oggettivi concordanti, tali da ingenerare il pericolo per i principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio dei concorrenti". [C.d.S., sez. V, sent. n. 246 del 22 gennaio 2015].

GARE D'APPALTO E TUTELA DELLA CONCORRENZA: OFFERTE IMPUTABILI AD UN UNICO CENTRO DECISIONALE.