

Determinazione n. 1 del 29/03/2007

“Partecipazione di concorrenti a gare di progettazione”

Considerato in fatto

L'OICE ha sottoposto a questa Autorità un quesito in merito alla trasparenza della partecipazione alle gare per servizi di progettazione. In particolare, l'OICE chiede un parere circa la legittima partecipazione ad una medesima gara di progettazione di un primo concorrente (società non quotata in Borsa), componente di un'associazione temporanea di progettisti, e di un secondo soggetto, componente di altro raggruppamento, a sua volta partecipato dal primo concorrente nella misura del 19,50%.

Stante la rilevanza della questione, il Consiglio dell'Autorità ha deliberato di procedere all'audizione dell'ANCE, dell'ANCI e della richiedente OICE.

Ritenuto in diritto

La problematica sollevata dall'OICE riveste carattere generale ed attiene ad una eventuale ipotesi di collegamento tra soggetti partecipanti, in diversi raggruppamenti temporanei, alla medesima gara di progettazione.

La previgente normativa in materia di lavori pubblici, di cui alla legge n. 109/1994 e s.m.i., non recava alcuna disciplina specifica sulla problematica concernente la partecipazione a gare di progettazione di concorrenti che versano in situazioni di controllo o di collegamento.

L'attuale Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, emanato con decreto legislativo n. 163/2006, disciplina, invece, le situazioni di controllo e di collegamento anche in relazione agli affidamenti di servizi di progettazione.

Le fattispecie del controllo e del collegamento sono, infatti, prese in considerazione e valutate con sfavore, seppur in maniera parzialmente diversa, sia dall'Art. 34, comma 2, del D. Lgs. n. 163/2006, in materia di divieto di partecipazione ad una medesima gara per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, forniture e servizi (quindi, anche nel caso di servizi di progettazione), sia dall'Art. 90, comma 8, in materia di incarichi di progettazione e di conseguente divieto di partecipazione a gare d'appalto o di concessione di lavori pubblici. Le citate disposizioni rinviano, entrambe, all'Art. 2359 del codice civile per la determinazione della nozione di controllo. Per l'individuazione del collegamento, invece, mentre l'Art. 90, comma 8, si limita a far riferimento sempre all'Art. 2359 c.c., l'Art. 34, comma 2, ravvisa - in assenza di un esplicito rinvio alla disposizione civilistica - nell'imputabilità accertata delle offerte "ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi" una situazione di collegamento tale da comportare l'esclusione dei relativi concorrenti dalla gara d'appalto.

L'Art. 2359 del codice civile definisce entrambe le nozioni di controllo e di collegamento, in funzione del concetto di influenza dominante per le ipotesi di controllo (commi 1 e 2) e di influenza notevole per le ipotesi di collegamento (comma 3).

La disposizione civilistica individua, come è noto, il rapporto di controllo societario nelle seguenti fattispecie: società in cui un'altra società dispone dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (cd. controllo interno o azionario di diritto); società in cui un'altra società dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (cd. controllo interno o azionario di fatto); società che sono sotto l'influenza dominante di altra società, in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa (cd. controllo esterno o contrattuale) e, da siffatte situazioni di controllo, il terzo comma dell'Art. 2359 c.c. tiene distinte le situazioni di collegamento, laddove stabilisce che: "Sono 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".

L'Art. 2359 c.c. rileva ai fini del divieto, imposto dall'Art. 34, comma 2, del decreto legislativo n. 163/2006, alla partecipazione a procedure di affidamento dei contratti pubblici. Tale disposizione prevede, infatti, 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. 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".

Il Codice dei contratti pubblici ha inteso, pertanto, estendere a tutti gli eventuali soggetti affidatari di appalti pubblici, a prescindere dalla forma che in concreto essi rivestano (soggetti individuali o

collettivi), la disciplina, espressamente dettata per le società, di cui all'Art. 2359 c.c.. Infatti, il citato Art. 34, comma 2, si riferisce non alle sole società, ma a tutti i concorrenti intesi quali potenziali partecipanti, seppure richiamando l'Art. 2359 c.c. ai fini della sola individuazione del controllo.

L'anzidetta disposizione del D. Lgs. n. 163/2006 impone l'automatica esclusione dei concorrenti per lo stesso affidamento in caso di situazioni di controllo. La situazione di controllo di cui all'Art. 2359 c.c. realizza, infatti, una presunzione *juris et de jure* di conoscibilità dell'offerta della controllata da parte della controllante, che non può essere confutata neppure fornendo la prova che la controllata ha formulato la propria offerta in totale autonomia. L'esistenza di situazioni di influenza dominante tra più imprese comporta un turbamento nello svolgimento della gara, che può incidere sulle offerte dei concorrenti, sulla loro media e sulla conseguente soglia di anomalia. A siffatto tipo di alterazione viene riconosciuta, dal legislatore, una rilevanza assoluta e di principio ai fini dell'esclusione dalle gare d'appalto, non legata all'onere di dimostrarne la specifica influenza negativa sull'esito della procedura concorsuale.

Oltre alla situazione di controllo, da cui discende l'automatica esclusione dalla gara, l'Art. 34, comma 2, menziona altresì un'altra ipotesi legittimante l'estromissione dalla procedura ad evidenza pubblica: l'accertamento, da parte della stazione appaltante, che i concorrenti o alcuni di essi abbiano presentato offerte imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. Questa ipotesi costituisce una tipica situazione di collegamento, ulteriore rispetto a quella espressamente prevista nel terzo comma dell'Art. 2359 c.c.. (si veda al riguardo l'Atto di regolazione n. 27 del 9 giugno 2000 dell'Autorità).

Viene così recepito legislativamente il consolidato indirizzo giurisprudenziale(*ex multis* Cons. Stato, sez. V, n. 2318/2004, Consiglio di Stato sentenza n. 6212/2006), secondo cui non possono concorrere alle gare soggetti riconducibili ad un unico centro decisionale (stessi amministratori, stessa sede, analoghe modalità di presentazione delle offerte, stessa compagnia di assicurazioni, ecc., ovvero elementi ed indici oggettivi che inducono a ritenere che le offerte provengano dallo stesso soggetto).

La disposizione del Codice stabilisce un preciso limite alla discrezionalità dell'amministrazione, che può esercitare il potere di esclusione, solo allorché disponga di elementi significativi che non lascino margini di dubbio sul "collegamento sostanziale" tra i concorrenti.

Al fine di individuare gli elementi probatori sulla cui base la stazione appaltante può dichiarare la violazione dei principi di segretezza e *par condicio* ed è, quindi, abilitata ad emettere il provvedimento di esclusione in caso di collegamento sostanziale distorsivo del corretto esplicarsi della procedura ad evidenza pubblica, occorre compiere un esame approfondito del caso concreto, prendendo in considerazione soltanto elementi oggettivi di riconoscibilità del collegamento sostanziale, utili per poter affermare che le offerte di alcuni concorrenti siano oggettivamente riconducibili ad un medesimo centro di interessi, ovvero ad un centro decisionale comune. Laddove la situazione di collegamento non sia acclarata a mezzo di elementi oggettivi, essa, tuttavia, può essere desunta da elementi indiziari, purché siano sempre oggettivi e concordanti, numerosi ed univoci.

Parimenti al citato Art. 34, comma 2, anche l'Art. 90, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, in materia di incarichi di progettazione e di conseguenti gare d'appalto o di concessione, valuta con sfavore sia le situazioni di controllo sia quelle riconducibili al collegamento.

L'Art. 90, comma 8, infatti, fa espresso divieto agli affidatari degli incarichi di progettazione ovvero di attività di supporto alla progettazione, nonché ai loro dipendenti e collaboratori, di partecipare agli appalti o alle concessioni per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori progettati. Lo stesso divieto è esteso ai soggetti controllati, controllanti o collegati agli affidatari di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano sempre con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 c.c..

La nozione di collegamento cui si riferisce espressamente l'Art. 90, comma 8, del Codice sui contratti pubblici è, quindi, soltanto quella prevista dall'Art. 2359, comma 3, c.c., vale a dire la situazione di collegamento presunto in funzione dell'influenza notevole esercitata da un soggetto su un altro soggetto, senza necessità di ulteriori indagini al fine di accertare il collegamento stesso. L'esclusivo riferimento a quanto disposto dalla norma civilistica, lungi dall'esaurire il novero delle possibili fattispecie di collegamento, potrebbe comportare qualche incertezza sulla corretta interpretazione dell'Art. 90, comma 8, in relazione a quanto previsto dal citato Art. 34, comma 2, dello stesso Codice dei contratti pubblici, il quale, a proposito del collegamento, individua come elemento qualificante e rilevante ai fini dell'esclusione dalle gare di affidamento dei contratti pubblici l'accertata imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, sulla base di elementi univoci, senza menzionare l'Art. 2359, comma 3, del c.c.. Le due nozioni di collegamento, richiamate rispettivamente dall'Art. 34, comma 2, e dall'Art. 90, comma 8, sembrano, quindi, non coincidere pienamente: la prima, ex Art. 34, comma 2, ha una portata più ampia rispetto alla nozione civilistica basata su una mera presunzione, poiché richiede un'attività di verifica ed accertamento del collegamento sostanziale sulla base di elementi univoci prima di addivenire alla esclusione dei concorrenti che versano in situazioni di collegamento.

Al riguardo, la previsione di cui all'Art. 91 del Codice dei contratti pubblici sembra sopperire a tale mancata piena corrispondenza tra le due nozioni di collegamento, consentendo un'interpretazione sistematica e coerente. Il primo comma dell'Art. 91 estende, infatti, anche agli affidamenti di incarichi di progettazione di cui al precedente Art. 90 l'applicazione delle disposizioni contenute nella parte II, titolo I del Codice, tra le quali compare il citato Art. 34, comma 2. Pertanto, anche in materia di incarichi di progettazione e di conseguenti gare d'appalto o concessione, si deve applicare un criterio di individuazione delle fattispecie di collegamento conforme sia a quanto previsto, a titolo presuntivo, dall'Art. 2359, comma 3, del codice civile, sia a quanto precedentemente illustrato in relazione al collegamento sostanziale.

Tutte le considerazioni finora esposte trovano piena rispondenza anche nella fattispecie descritta dall'OICE, alla quale si ritiene di non poter applicare la presunzione di cui all'Art. 2359, ultimo comma, del codice civile per mancato raggiungimento della soglia minima di partecipazione azionaria prevista (almeno un quinto dei voti). Tuttavia, non può escludersi che, in concreto, la partecipazione di un concorrente ad una gara di progettazione nella misura del 19,50% nella compagine sociale di un altro concorrente possa tradursi ugualmente in un collegamento suscettibile di realizzare la violazione dei principi di concorrenza, trasparenza e segretezza delle offerte. Di conseguenza, anche nelle gare di progettazione - in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che inducano a ritenere che le offerte provengono da un medesimo centro decisionale o che si tratta, comunque, di offerte previamente conosciute, anche se non concordate dai partecipantila stazione appaltante è chiamata ad una verifica puntuale e concreta circa la sussistenza di situazioni distorsive della *par condicio* dei partecipanti alla gara di progettazione e, in caso di riscontro positivo, alla esclusione dei soggetti responsabili di tali collusioni.

In base alle suddette considerazioni, si è dell'avviso che:

- il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui al D. Lgs. n. 163/2006, disciplina le situazioni di controllo e di collegamento con riferimento sia al momento della partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici (Art. 34, comma 2), sia alla incompatibilità per gli affidatari di incarichi di progettazione di partecipare alle successive gare d'appalto o di concessione dei lavori progettati (Art. 90, comma 8);
- l'Art. 2359 c.c., oltre ad individuare le fattispecie di controllo societario, stabilisce, al terzo comma, anche le ipotesi di collegamento presunto, individuando due distinte soglie di partecipazione azionaria che fanno supporre l'esercizio di un'influenza notevole di una società sull'altra, a seconda che la società abbia o meno azioni quotate in borsa; qualora si verifichi il ricorrere di una delle due fattispecie suindicate, non vi è alcun bisogno di ulteriori indagini e il collegamento, basato su elementi presuntivi inderogabili, si considera come accertato;
- l'Art. 2359 c.c., terzo comma, non esaurisce tutte le possibili fattispecie di collegamento fra concorrenti, rilevanti ai fini dell'esclusione dalle gare pubbliche; esistono, infatti, altre situazioni che possono dar origine ad ipotesi di collegamento sostanziale, il cui principale fattore sintomatico è la riconducibilità di due o più offerte ad un medesimo centro decisionale o di interessi.

I Consiglieri Relatori: Luigi Giampaolino, Guido Moutier

Il Presidente: Alfonso M. Rossi Brigante