

Determinazione n. 2/2004 del 10/3/2004

AG 101/03

Oggetto: contemporanea partecipazione alle gare di un consorzio di cui all'art. 10, comma 1, lettera b), della legge n. 109/94 e s.m. e dei suoi consorziati.

Considerato in fatto

L'ANIEM, ha chiesto a questa Autorita' alcuni chiarimenti in ordine alla determinazione n. 18 del 29 ottobre 2003, in materia di *"problematiche relative ai consorzi stabili (art. 12 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni)"*.

Nella suddetta determinazione e' stato osservato che la contemporanea partecipazione del consorzio stabile e di un proprio consorziato alla medesima procedura di gara, qualora negli organi amministrativi del primo siano presenti titolari o rappresentanti o direttori tecnici del secondo, potrebbe determinare una situazione di collegamento sostanziale, con il conseguente divieto, ove ricorrano le predette circostanze, di contemporanea partecipazione alla stessa procedura selettiva per i suddetti concorrenti.

L'ANIEM condividendo la posizione dell'Autorita', osserva tuttavia che la situazione di collegamento sostanziale come sopra delineata, puo' determinarsi non solo per i consorzi stabili, ma anche per i consorzi di cui all'art. 10, comma 1, letto b) della legge n. 109/94 e s.m., per i quali dovrebbe ugualmente operare, in presenza degli illustrati presupposti, l'inibitoria alla partecipazione alle gare.

Alla luce di quanto sopra, l'ANIEM ha richiesto all'Autorita' se l'ambito applicativo di tale prescrizione debba intendersi genericamente riferito a tutti i tipi di consorzi oppure solo ed esclusivamente ai consorzi stabili.

Ritenuto in diritto

Nella citata determinazione n. 18/2003, con esplicito riferimento ai consorzi stabili, oltre al divieto di partecipazione per quei consorziati per i quali il consorzio concorre, e' stato stabilito che *"non possono partecipare, in via autonoma, alle gare cui partecipa il consorzio stabile quei consorziati i cui titolari, rappresentanti e direttori tecnici siano presenti nell'organo amministrativo del consorzio"*, atteso che la contemporanea partecipazione del consorzio e del consorziato, ove ricorra una delle circostanze sopra illustrate, potrebbe configurare una situazione di collegamento sostanziale.

Al fine di stabilire se una simile prescrizione possa trovare applicazione anche nei confronti dei consorzi di societa' cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e s.m. e dei consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443, di cui all'art. 10, comma 1, lettera b), della legge n. 109/94 e s.m., deve in primo luogo osservarsi, in linea generale, che ai sensi dell'art. 10, comma 1 bis, della legge stessa *"non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile"*.

La disposizione sopra richiamata, come piu' volte evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, va considerata come norma di ordine pubblico economico, anche alla luce dell' art. 41 della Costituzione, che tutela la liberta' di iniziativa economica privata; la norma de qua tutela, infatti, il libero confronto tra le offerte, in quanto la correttezza e la trasparenza della gara possono essere pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppur provenienti da imprese diverse, sono riconducibili ad un medesimo centro di interessi.

In altre parole, il rispetto dei principi fondamentali della par condicio e della segretezza dell' offerta, posti a garanzia della regolarita' della procedura concorsuale nell' interesse sia della pubblica amministrazione sia dei singoli concorrenti, postula necessariamente che fra questi ultimi non sussista una relazione idonea a consentire un flusso informativo in merito alla fissazione dell' offerta ovvero agli elementi valutativi della stessa. Ne discende che vanno esclusi dalla gara i concorrenti che si trovino in una situazione di intreccio degli organi amministrativi o di rappresentanza o tecnici tali da far si che non vi siano le condizioni di trasparenza indispensabili per assumere l'autonomia e la segretezza delle offerte presentate da ciascuna ditta (Consiglio di Stato, sez. VI, 15/07/1998, n. 1093).

In ordine alla disposizione in esame, peraltro, sembra opportuno richiamare anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V del 01/07/2002, n. 3601), ai sensi della quale nell'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/94 e s.m., il riferimento alle imprese, anziche' alle sole societa' che la norma del codice contempla, consente di ritenere che si deve aver riguardo agli effetti delle situazioni che la stessa disposizione definisce per individuare i rapporti di controllo. La possibilita' di applicare a qualsiasi impresa la verifica di una situazione di controllo, e percio' anche ad altre societa' di capitali, alle societa' di persone o agli imprenditori individuali, non gia' alle sole societa' cui specificamente ha

riguardo l'art. 2359, fa giustamente concludere che quel che la legge n. 109/1994 e s.m. prende in considerazione e' il fatto che, in virtu' degli incroci di partecipazione e di interessi sussistenti, si rilevi l'esistenza di un unico centro decisionale, corrispondente a quello, che con la maggioranza dei voti, con l'influenza dominante o con particolari vincoli contrattuali, si avvera nelle predette societa'. Le forme e le misure di possesso di azioni, di quote o di partecipazioni in genere, l'esistenza di patti parasociali, la collocazione di soggetti negli organi di amministrazione possono avvenire a vario titolo. Quel che assume rilievo, ai fini della partecipazione alle suddette procedure, e' che non vi sia riferibilita' ad una medesima persona, ad un medesimo gruppo di persone o ad una medesima societa' delle decisioni formalmente attribuibili ad entita' diverse.

Tali rilievi si mostrano coerenti con altre disposizioni della medesima legge n. 109/1994 e s.m.

Sussistono, infatti, i divieti recati dall'art. 12, comma 5, e 13, comma 4, della legge stessa di plurime partecipazioni alle procedure di affidamento di lavori pubblici. Essi sono vigenti per il consorzio stabile e i suoi consorziati, ma anche per tutti i concorrenti (art. 13), in quanto inibiscono di partecipare alle gare in piu' di un'associazione temporanea o consorzio oppure in questi ed in forma individuale.

Si tratta di norme ispirate alla trasparenza, e che mirano a rimuovere il rischio di procedure inquinate da accordi che possono influenzare le offerte, con pregiudizio dell'interesse pubblico al miglior risultato ottenibile, se garantito da una concorrenza piena, e quindi da una vera parita' di condizione fra i vari offerenti; che tendono a scongiurare la concreta possibilita' che partecipazioni plurime rechino pregiudizio alla segretezza delle offerte.

Da tutto quanto sopra, puo' ritenersi quanto segue.

L'art. 10 della legge quadro, dopo aver elencato al comma 1, i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei lavori pubblici (imprese, individuali, societa', consorzi, associazioni temporanee), stabilisce, al successivo comma 1 bis, che i concorrenti non devono trovarsi in una delle situazioni di cui all'art. 2359 c.c.; situazioni che includono, secondo le indicazioni della giurisprudenza amministrativa, le ipotesi di intreccio degli organi amministrativi o di rappresentanza o tecnici, tali da far si' che non vi siano le condizioni di trasparenza indispensabili per assumere l'autonomia e la segretezza delle offerte presentate da ciascuna ditta.

In sostanza, il divieto e' posto con riferimento a tutti i concorrenti, siano essi singoli o associati o consorziati, a prescindere dalla tipologia di consorzio prescelta.

Sulla base delle considerazioni svolte, l'Autorita' e' dell' avviso che:

- - il divieto di contemporanea partecipazione alla medesima gara dei consorzi e dei consorziati, in caso di intreccio degli organi amministrativi o di rappresentanza o tecnici tale da determinare l'ipotesi di collegamento sostanziale, di cui all' art. 10, comma 1-bis della legge 109/94 e s.m., opera quale norma di ordine pubblico a tutela dei principi di par condicio dei concorrenti, libera concorrenza, trasparenza e correttezza delle offerte, oltre che per i consorzi stabili, anche per i consorzi di societa' cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e s.m. e per i consorzi tra imprese artigiane costituiti a norma della legge 8 agosto 1985, n. 443.