

AG-31/09

5 novembre 2009

Oggetto: IBM Italia s.p.a. – applicabilità della disciplina in materia di subappalto ai gruppi di imprese – richiesta di parere.

In esito a quanto richiesto con nota del 3 agosto 2009, si comunica che il Consiglio dell’Autorità nell’adunanza del 4 e 5 novembre 2009 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno illustrare in via preliminare la disciplina recata in materia subappalto dall’art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006, seppure limitatamente agli aspetti necessari per la definizione del caso.

Ai sensi della suindicata disposizione, l’affidatario è tenuto ad eseguire *in proprio* la prestazione oggetto dell’appalto; è tuttavia consentito procedere a sub affidamenti a terzi di tali prestazioni contrattuali, nei limiti indicati nel Codice, ferma restando la responsabilità dell’appaltatore nei confronti del committente. La norma in esame consente, infatti, il subappalto per tutte le prestazioni dedotte nel bando (salve particolari prescrizioni per i lavori pubblici), demandando al regolamento attuativo l’individuazione della percentuale massima subappaltabile delle stesse.

La disposizione in commento disciplina, inoltre, ai commi da 2 a 8, il procedimento di autorizzazione del subappalto da parte della stazione appaltante prevedendo, nel contempo, alcuni oneri a carico dell’appaltatore ed un regime di responsabilità solidale di quest’ultimo in relazione alla sicurezza ed alla tutela delle condizioni lavorative dei dipendenti del subappaltatore. E’ altresì previsto l’obbligo per l’affidatario di praticare nei confronti di quest’ultimo gli stessi prezzi risultanti dall’aggiudicazione, con ribasso non superiore al 20%.

Con specifico riferimento alla fattispecie in esame, l’art. 118 chiede all’affidatario che si avvale del subappalto di allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di situazioni di controllo ex art. 2359 c.c. o di collegamento con il titolare del subappalto. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio.

Il comma 10 precisa, infine, che la disciplina dettata dall’art. 118, si applica anche ai RTI e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili, nonché alle associazioni in partecipazione quando l’associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto; si applicano altresì alle concessioni per la realizzazione di opere pubbliche (come precisato anche dall’art. 142) ed agli affidamenti con procedura negoziata.

Alla luce della illustrata disciplina, costituisce subappalto qualunque tipo di contratto che intercorre tra l’appaltatore ed un terzo, in virtù del quale talune delle prestazioni dedotte in contratto non sono eseguite in proprio dall’appaltatore, bensì ricorrendo a soggetti giuridici distinti. Tra questi ultimi rientrano anche le imprese in situazioni di controllo o collegamento ex art. 2359 c.c. con l’appaltatore principale.

E’ quanto di evince dal disposto dell’art. 118, comma 8, del Codice che, come visto, non contempla divieti espressi in ordine al subaffidamento di commesse ad operatori economici controllati o collegati all’affidatario, ma richiede esclusivamente la produzione di apposita dichiarazione da parte di quest’ultimo, al fine di informare la stazione appaltante in ordine ai rapporti giuridici intercorrenti con i subaffidatari.

Ma se le situazioni di controllo e collegamento tra le imprese non rappresentano una causa ostativa per il ricorso al subappalto, al contrario, in relazione alle medesime il Codice contempla un espresso divieto in sede di gara: ai sensi dell’art. 34, comma 2, infatti, “ *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* ”.

Le ragioni di un simile divieto, sono ravvisabili nella necessità di evitare che l’apparente distinzione della personalità giuridica dei concorrenti possa dissimulare l’effettiva provenienza delle rispettive offerte da un unico centro decisionale, con conseguente violazione del principio di segretezza delle offerte e dell’equilibrio concorrenziale nelle gare d’appalto. Tali principi postulano, infatti, che tra gli operatori economici non sussista alcuna relazione idonea a consentire un flusso informativo in merito al contenuto dell’offerta, sicché la previsione di divieti come quello in esame valgono a scongiurare l’ipotesi che, mediante accordi tra i concorrenti, si verificino effetti distorsivi sulla regolarità dell’affidamento.

Occorre osservare, tuttavia, che l’art. 34, comma 2, del Codice, prevedendo un divieto assoluto di

partecipazione alla gara da parte di imprese controllate o collegate, fonda tale preclusione su un'astratta riconducibilità dell'offerta ad un unico centro decisionale da parte delle imprese che versino in tali situazioni. Il ricorrere delle condizioni contemplate nell'art. 2359 c.c. non richiede, dunque, ulteriori indagini in relazione ai rapporti intercorrenti tra gli operatori economici, ma vale come automatica causa di esclusione dalle gare.

Tale regime, tuttavia, deve ritenersi non più attuale alla luce dell'intervenuta pronuncia della Corte di Giustizia CE del 19 maggio 2009 (causa C-538/07) che, seppure relativa all'art. 29 della Direttiva 92/50/CE e non all'art. 34 del Codice, esprime rilevanti considerazioni sull'argomento in trattazione.

In particolare, in tale pronuncia si ritiene non conforme al diritto comunitario una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisce un divieto assoluto per le imprese in rapporto di controllo o collegamento di partecipare alla medesima gara, senza poter dimostrare che tale rapporto non ha influito sul loro comportamento in sede di gara. Ciò in quanto, spiega il giudice comunitario, " *i rapporti tra imprese di un medesimo gruppo possono essere disciplinati da disposizioni particolari, ad esempio di tipo contrattuale, atte a garantire tanto l'indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte che vengano poi presentate contemporaneamente dalle imprese in questione nell'ambito di una medesima gara d'appalto. In tale contesto, il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare. La constatazione di un'influenza siffatta, in qualunque forma, è sufficiente per escludere tali imprese dalla procedura di cui trattasi. Per contro, la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura* " .

Sulla base di tale orientamento, dunque, nelle ipotesi di controllo e collegamento la stazione appaltante è tenuta verificare se in concreto sussiste un condizionamento di un'impresa su un'altra nella formulazione dell'offerta, attivando un apposito subprocedimento di verifica in contraddittorio con le concorrenti interessate.

Il descritto indirizzo giurisprudenziale ha trovato "recepimento" nel D.L. 25 settembre 2009, n. 135 recante " *disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee* ", il quale ha abrogato, all'art. 3, comma 3, la citata disposizione dell'art. 34, comma 2, del Codice, introducendo nel contempo nell'art. 38, comma 1, la lettera *m-quater*) contemplante il divieto di partecipazione alle gare per le imprese " *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.* » . Con la precisazione, contenuta nel periodo aggiunto all'art. 38, comma 2, secondo la quale " *ai fini del comma 1, lettera m-quater), i concorrenti allegano, alternativamente: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione e' corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. 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* » .

Ai sensi della novella recata dal citato D.L. n. 135/2009, dunque, le ipotesi di controllo e collegamento non costituiscono più una causa di esclusione automatica dalle gare, in quanto in astratto atte a concretizzare effetti distorsivi della gara, ma necessitano di una previa verifica da parte della stazione appaltante in ordine alla autonoma e trasparente formulazione delle offerte da parte dei concorrenti.

Alla luce di quanto sopra, appare chiara la finalità perseguita dal legislatore con il divieto *de quo* solo in fase di partecipazione alla gara - a tutela dell'equilibrio concorrenziale - e non anche in fase esecutiva, nella quale - in relazione al subappalto - è sufficiente che la stazione appaltante sia edotta dei legami societari tra impresa aggiudicataria e subappaltatore.

Ed invero, proprio la richiesta di una simile dichiarazione, ex art. 118, comma 8 del Codice, sembra dimostrare l'applicabilità della disciplina in materia di subappalto alle imprese controllate o collegate, ritenute dal legislatore - come visto - quali distinte realtà giuridiche, ancorché unite sotto il profilo economico e funzionale.

In tal senso non sembra condivisibile l'assunto dell'istante secondo il quale non sussiste terzietà tra imprese appartenenti al medesimo gruppo; quest'ultimo costituirebbe infatti un'organizzazione unitaria dell'attività societaria, tale da escludere per tali compagini societarie l'applicazione del citato art. 118.

Invero, tali considerazioni sembrano smentite da dottrina e giurisprudenza, le quali sottolineano la duplice natura del gruppo di imprese "una e plurima" (G. Ferri "diritto commerciale", UTET). È una perché unitaria è la politica economica ed è unitario l'interesse che presiede all'attività delle organizzazioni singole, sicché nella politica unitaria di gruppo l'azione economica è in funzione del risultato complessivo e non del risultato di ciascuna organizzazione. È plurima perché dal punto di vista tecnico-economico, amministrativo e giuridico, essa si risolve in una *pluralità di organizzazioni autonome*, aventi ciascuna una propria giuridica individualità e una propria personalità. L'impresa rimane, dunque, economicamente unica perché tale è l'azione direttiva, ma giuridicamente l'unità dell'impresa si risolve in una pluralità di organizzazioni autonome.

Anche la Cassazione, peraltro, ha chiarito che il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società di un medesimo gruppo non comporta il venir meno della autonomia delle singole società dotate di personalità giuridica distinta (Cass. Civ., Sez. II, 24 marzo 1998, n. 3091).

L'autonomia delle imprese operanti in gruppo, implica dunque - da un lato - l'obbligo da parte delle stazioni appaltanti, in ossequio al novellato art. 38, comma 1, lett. m- *quater* e comma 2 ultimo periodo, del Codice, di procedere alla valutazione caso per caso delle posizioni dei concorrenti in situazioni di controllo o collegamento, al fine di accertare l'eventuale imputabilità ad un unico centro decisionale delle offerte da questi formulate in sede di gara.

Dall'altro, consente di ritenere pienamente operante, nelle descritte situazioni e, dunque, anche nell'ipotesi del gruppo di imprese, la disciplina del subappalto di cui all'art. 118 del Codice, trattandosi di subaffidamento ad operatori dotati di propria giuridica individualità.

Sotto altro profilo, escludere l'applicazione della disciplina in esame per i gruppi di imprese, costituirebbe un ingiustificato vantaggio per gli operatori che ne fanno parte, i quali potrebbero assumere commesse dall'appaltatore senza limiti (né controlli da parte della stazione appaltante), con evidenti risvolti negativi in termini di lesione della concorrenza.

Alla luce di tutto quanto sopra, tenuto conto delle illustrate caratteristiche del gruppo di imprese e dell'autonomia che permane in capo alle singole società che ne fanno parte, si ritiene pienamente operante per simili compagini la disciplina dettata dal legislatore in materia di subappalto.

Conclusione, questa, che riveste carattere assorbente rispetto ai restanti quesiti posti dalla società istante.

Firmato:

Avv. Giuseppe Busia