

Parere n. 17 del 23/01/2008

PREC498/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Comune di Giulianova - realizzazione strada di collegamento via Fonte Noci - via Iaconi e sistemazione di alcune strade in zona Villa Volpe.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 25 ottobre 2007 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale il Comune di Giulianova rappresenta la controversia insorta con le imprese Adriatica Bitumi s.p.a. e SO.CA.BI. s.r.l., escluse per violazione dei punti 11.5 e 11.6 del bando di gara, concernenti "l'inesistenza di forme di controllo e collegamento cd. formale" e "l'inesistenza di forme di controllo e/o collegamento sostanziale".

L'esclusione è stata motivata in base alla circostanza che tre azionisti della Adriatica Bitumi s.p.a. sono anche soci della SO.CA.BI. s.r.l., di cui uno munito di potere di rappresentanza e della carica di direttore tecnico di quest'ultima società.

In sede di istruttoria procedimentale, le imprese controinteressate hanno rappresentato che non ricorre alcuna ipotesi di collegamento, né quella delineata dall'articolo 2359, comma 3, del codice civile, né quella di collegamento sostanziale, in considerazione del fatto che: la partecipazione azionaria di ognuno dei tre soci della SO.CA.BI. s.r.l. nella Adriatica Bitumi s.p.a. è, rispettivamente, dello 0,067% e 0,044%; in quest'ultima società i medesimi soggetti non ricoprono cariche sociali o qualifiche tali da poter influenzare o condizionare la formulazione dell'offerta; non ricorrono gli elementi sostanziali atti a qualificare la presenza, nella fattispecie de qua, dell'esistenza di un unico centro decisionale.

Ritenuto in diritto

Ai sensi dell'articolo 34, comma 2, del d. Lgs. n. 163/2006 non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra 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.

Per la normativa in tema di appalti pubblici il bene da tutelare è il rispetto delle regole della concorrenza e la necessità di evitare meccanismi distorsivi delle stesse (la c.d. turbata libertà degli incanti). Il fine ultimo è pertanto quello di rimuovere il rischio di procedure inquinate da accordi che possano influenzare le offerte, con pregiudizio dell'interesse pubblico al miglior risultato possibile, se garantito da una concorrenza piena, e quindi di una vera parità di condizione fra i vari offerenti, che, sola, può garantire non solo la vera concorrenza e trasparenza (interesse degli imprenditori di settore) ma anche la possibilità della migliore offerta, e conseguentemente la esecuzione ottimale dell'opera pubblica. Nel rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, enunciati dall'articolo 97 Cost., la procedura di scelta del "giusto contraente" si impernia fondamentalmente sui postulati di trasparenza e imparzialità, che, a loro volta, si concretizzano nel principio della par condicio di tutti i concorrenti e nel principio della concorsualità, segretezza e serietà delle offerte.

Inoltre, la disposizione dell'articolo 34, comma 2, del d. Lgs. n. 163/2006 ha una portata più ampia rispetto alla nozione civilistica del controllo e del collegamento di cui all'articolo 2359 cod. civ., comprendendo sia la nozione di collegamento tipizzata dal codice civile sia quella, formatasi su un consolidato orientamento giurisprudenziale, ora recepito dal legislatore, del cd. collegamento sostanziale.

Secondo l'orientamento più volte espresso da questa Autorità (da ultimo parere n. 68/2007) e per costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'esclusione per collegamento sostanziale può ritenersi ammissibile soltanto laddove venga a realizzarsi una fattispecie presuntiva fondata sull'accertamento oggettivo di una pluralità di indizi gravi, precisi e concordanti univocamente volti a configurare il presupposto applicativo della esclusione.

Nel caso in esame, non si è in presenza della fattispecie di cui all'articolo 2359, comma 3, del codice civile, in quanto ciascuno dei tre azionisti non detiene quote di capitale tali da consentire di esercitare nell'assemblea ordinaria un quinto dei voti. Occorre allora valutare se la circostanza che un socio munito di cariche sociali e di direzione tecnica di una società a responsabilità limitata, sia anche socio, sebbene di minoranza, di una società per azioni, assurga ad elemento indiziario oggettivo ed effettivo, potenzialmente determinante un vulnus del principio della concorrenza e libertà del mercato, sotto il profilo della circolarità e del flusso delle informazioni.

Al riguardo si deve tener conto che la semplice partecipazione azionaria in quota minoritaria, e senza ricoprire alcuna carica, ad una società per azioni, non può comportare in capo al socio di minoranza alcun potere di effettiva gestione della società. Detto elemento comporta l'insussistenza del "continuo flusso di informazioni", individuato dalla giurisprudenza, soprattutto nell'ambito delle società di persone, come uno dei parametri presuntivi del collegamento sostanziale.

Detto elemento non appare di per sé requisito sufficiente ad integrare il presupposto applicativo dell'esclusione dalla gara, in considerazione dell'assenza di gravi indizi necessari ai fini della individuazione della fattispecie del collegamento sostanziale.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione delle imprese Adriatica Bitumi s.p.a. e So.CA.BI. s.r.l. dalla gara in esame non è conforme all'articolo 34, comma 2, ultimo periodo, del d. Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 13.02.2008