

## COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA LE IMPRESE OFFERENTI

mercoledì 17 ottobre 2007

Ultimo aggiornamento mercoledì 17 ottobre 2007

Anche alla luce del sopravvenuto Codice dei contratti pubblici, le cause di esclusione da una gara d'appalto per l'esecuzione di opere pubbliche previste tramite il richiamo ob relationem dall'art. 2359 cod. civ. vanno interpretate in senso estensivo (la sentenza riprende i tre principali orientamenti sul tema).

T.A.R. VENETO, Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 2360:

"L'esclusione delle ricorrenti dalla selezione è stata motivata dalla Stazione Appaltante sulla base di un preteso collegamento sostanziale tra le stesse. Le doglianze di parte si incentrano innanzitutto e principalmente sull'assenza di detto collegamento.

Giova premettere che in subjecta materia si registrano disparità di vedute in giurisprudenza, che possono ricondursi sostanzialmente a tre diversi filoni interpretativi.

Secondo un primo orientamento l'art. 10 comma 1 bis l. 11 febbraio 1994 n. 109, che vieta la partecipazione a gare d'appalto di lavori pubblici alle imprese che si trovino tra loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., va inteso in senso tecnico, come volontà di includere nel divieto le sole situazioni di controllo e di escluderne quelle di collegamento, e non è suscettibile di applicazione estensiva o analogica sia per l'insussistenza di una lacuna dell'ordinamento, emergente dal confronto con altre disposizioni della stessa legge, sia perché di stretta interpretazione, posto che il divieto costituisce un'eccezione ai principi costituzionali di libertà di iniziativa economica e di uguaglianza; pertanto, una stazione appaltante non può introdurre clausole di esclusione in presenza di ipotesi ulteriori rispetto a quelle di controllo previste dal comma 1 dell'art. 2359 c.c., quali il collegamento c.d. sostanziale, tenuto anche conto dell'indeterminatezza del relativo concetto, privo di una base di legge, e degli elementi sintomatici mediante i quali possa esserne accertata la ricorrenza" (cfr. TAR Lazio, III, n. 7833 del 5 ottobre 2005; idem, n. 4170 del 25 maggio 2005).

Secondo altra tesi, che si pone su una linea interpretativa addirittura opposta a quella appena esaminata, "a prescindere dall'inserimento di una apposita clausola nel bando di gara, in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti attestanti la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, è consentita l'esclusione delle imprese, benché non si trovino in situazione di controllo ex art. 2359 c.c. (altrimenti sarebbe facile eludere la descritta norma imperativa posta a tutela della concorrenza e della regolarità delle procedure di gara)" (cfr. C.Stato, VI, n. 3089 del 13 giugno 2005). A sostegno di tale estensiva riconsiderazione dell'ambito applicativo dell'istituto si osserva che, in caso di collegamento sostanziale, prevale l'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara ed in particolare la par condicio fra tutti i concorrenti, nonché la serietà, compiutezza, completezza ed indipendenza delle offerte, in modo da evitare che, attraverso meccanismi di influenza societari, pur non integranti collegamenti o controlli di cui all'art. 2359 c.c., possa essere alterata la competizione, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente. L'esclusione dalla gara deriverebbe, quindi, proprio dall'applicazione diretta dei già richiamati principi posti a tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti. Per giunta, si rileva che se si opinasse diversamente, facendo riferimento all'art. 2359 c.c. solo alle società, sarebbero rilevanti le sole ipotesi di controllo societario, con la conseguenza di svuotare il contenuto del divieto e consentirne la facile elusione. Si conclude, quindi, nel senso che la stazione appaltante deve comunque disporre l'esclusione di quelle offerte, contenenti i richiamati indizi di una concordata modalità di presentazione e formulazione, ovvero della provenienza da un unico centro decisionale.

Infine, un terzo orientamento, per così dire intermedio, afferma che l'Amministrazione possa provvedere all'esclusione delle imprese in collegamento sostanziale soltanto quando ricorrano ipotesi espressamente previste nel bando di gara (TAR Lazio, III, n. 3315 del 4 maggio 2005), laddove si impone all'appaltante una verifica caso per caso della genuinità della concorrenza (atto di regolazione n. 27/2000 dell'Autorità di Vigilanza).

E' il caso di osservare che il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), impone alle stazioni appaltanti di escludere le imprese dalla gara non solo in caso di una delle situazioni di controllo ex art. 2359 c.c., ma anche, con il chiaro intento di mettere fine alle inveterate dispute giurisprudenziali in materia, ove si accerti "che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi" (cfr. art. 34). Tale intervento legislativo, ancorché non applicabile razione temporis alla fattispecie, può considerarsi esplicativo di un trend normativo che depone nel senso della possibilità di esclusione dalla gara per collegamento sostanziale, anche in assenza di una espressa previsione di bando.

Ne consegue che, aderendo al secondo degli indirizzi interpretativi su esposti, va definitivamente riconosciuto in capo alle Stazioni Appaltanti un generale potere di esclusione che si fonda direttamente sui principi che informano le procedure selettive e che si ispirano ad ineludibili esigenze di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione (C.Stato, VI, n. 6449 del 30 ottobre 2006)."