

La norma civilistica (articolo 2359 del codice civile) richiamata dall'articolo 10, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 si basa, su di una presunzione e quindi non può escludere che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo s

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Merita di essere segnalato il pensiero, in tema di collegamento formale e/o sostanziale fra imprese, contenuto nella decisione numero 923 del 15 febbraio 2002 del Consiglio di Stato:

<La ratio e la natura della norma sopra esaminata consente di ritenere che con essa il legislatore non ha inteso per contro sterilizzare il potere dell'amministrazione di governare effettivamente la serie procedimentale delle gare per l'appalto di lavori pubblici, inibendole di introdurre nella lex specialis della gara l'introduzione di previsioni di fatti e situazioni che, pur non integrando gli estremi del collegamento o del controllo societario civilistico, siano capaci ed idonei ad alterare la serietà, indipendenza, completezza e completezza delle offerte presentate da imprese diverse, oltre che la loro segretezza, e che ne determinano l'esclusione dalla partecipazione alla gara>

ma non solo.

<Deve peraltro sottolinearsi che nella specifica materia in esame sarebbe irragionevole e contraddittorio richiedere, quale ulteriore condizione di legittimità del bando, la tipizzazione del fatto del collegamento o del controllo societario diverso da quello di cui all'articolo 2359 del codice civile, dal momento che una tale previsione farebbe refluire il perseguimento dell'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente nel mero controllo della regolarità formale del procedimento, esponendo quindi l'interesse stesso al pericolo di situazioni concrete di fenomeni di effettivi controllo o di altre situazioni societari capaci effettivamente di alterare la gara, non facilmente prevedibili o ipotizzabili>

a cura di *****

R
E
P
U
B
B
L
I
C
A

I
T
A
L
I
A
N
A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello numeri di registro generale 5255 del 2001 e 7271 del 2001, proposti:

- quanto al ricorso numero 5255 del 2001, dall'ANAS - Ente Nazionale Per Le Strade, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

contro

la Ing. *****, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

- quanto al ricorso numero 7271 del 2001, dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, già Ministero dei Lavori Pubblici, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici, per legge, domicilia in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12,

contro

la Ing. *****, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, per delega, dall'Avv. ***** e dall'Avv. *****, ed elettivamente domiciliata presso il secondo in Roma, alla via Mercalli, n. 15;

entrambi i ricorsi per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, 9 aprile 2001, numero 3081/2000, non notificata, resa tra le parti, di accoglimento del ricorso numero di quel T.a.r. 17921 del

2000, proposto dalla Ing. *****

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie difese.

Visti gli atti tutti della causa.

Relatore, alla pubblica udienza del 23 ottobre 2001, il Consigliere *****;

Uditi per la parte appellante l'Avv. dello Stato ***** e per la parte appellata l'Avv. *****.

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio la Ing. ***** impugnava la determinazione dell'Ispettorato Generale per l'Albo Nazionale dei Costruttori e dei Contratti Ministero dei Lavori Pubblici, comunicata con nota 4 luglio 2000, n. 814, con cui si riapriva la gara per l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di riparazione delle scogliere frangiflutti nel Comune di Ortona, località Foro e ***** , già esperita in data 22 novembre 1999, nonché il verbale di gara rep. n. 2731 del 10 luglio 2000, con il quale è stata riaperta la gara, è stata disposta l'estromissione delle offerte delle Imprese Ing. ***** e ***** , perché imprese collegate sostanzialmente, e pronunciata l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'Impresa *** S.r.l., provvedimento anch'esso impugnato insieme con ogni altro atto comunque connesso ai precedenti.

L'impresa ricorrente deduceva le censure di:

Eccesso di potere per carenza dei presupposti e contraddittorietà;

Violazione dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241;

Violazione dell'articolo 3 della citata legge n. 241 del 1990;

Violazione della lex concursualis. Eccesso di potere;

Illegittimità del bando di gara. Violazione dell'articolo 41 della Costituzione.

Con decisione 9 aprile 2001, numero 3081/2000 il T.a.r. adito, assorbiti i restanti motivi, giudicando fondato il quarto mezzo di impugnazione, con cui si deduceva l'insussistenza in concreto di un collegamento sostanziale fra le imprese partecipanti alla gara, che sarebbe risultata immune da vizi di perturbazione.

Avverso detta pronuncia interponeva appello il Ministero dei Lavori Pubblici, ora Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con atto notificato il 22 giugno 2001 e depositato in data 7 luglio 2001, proponendo un unico motivo di gravame.

In particolare l'Amministrazione appellante rileva che il bando di gara prevedeva l'esclusione delle imprese che, oltre alle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 cod. civ., presentassero un collegamento sotto il profilo sostanziale.

Tale collegamento sostanziale era ravvisabile fra le imprese *** e ***, in quanto entrambe controllate dalla impresa *** Holding (che possiede il 100% della *** ed il 95% della ***, il cui residuo 5% è della ***) e considerato inoltre che il presidente della *** Hoding (sig. *****) è al tempo stesso consigliere delegato della impresa ***, sicché le imprese *** e *** costituiscono attuazione di un unico centro di interessi e bracci operativi di un'unica struttura di gestione.

Resisteva all'appello la Ing. *****, e con memoria depositata il 19 luglio 2001 rassegnava le conclusioni insistendo per il rigetto dell'appello e riproponendo, in subordine, i motivi dedotti con il ricorso introduttivo e rimasti assorbiti all'esito del primo grado del giudizio.

La predetta decisione del T.a.r. veniva impugnata anche dall'ANAS, con ricorso in appello notificato l'11 maggio 2001 e depositato il 22 maggio 2001. In tale giudizio non si costituiva l'Impresa ***.

Con ordinanza collegiale 31 luglio 2001, n. 4645, veniva accolta la domanda di sospensione della esecuzione della impugnata sentenza.

All'udienza del 23 ottobre dello Stato l'avvocato dello Stato ha dichiarato che l'Anas - Ente Nazionale per le Strade rinunciava all'appello proposto (RG. 5255/2001).

DIRITTO

E' controversa la legittimità: a) della nota 4 luglio 2000, n. 814, con cui si riapriva la gara per l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di riparazione delle scogliere frangiflutti nel Comune di Ortona, località Foro e *****, già esperita in data 22 novembre 1999; b) del verbale di gara rep. n. 2731 del 10 luglio 2000, con il quale è stata disposta l'estromissione delle offerte delle Imprese Ing. ***** e ******, perché imprese collegate sostanzialmente, e pronunciata l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'Impresa *** S.r.l., provvedimento anch'esso impugnato insieme con ogni altro atto comunque connesso ai precedenti.

L'ANAS, Ente nazionale per le strade, ed il Ministero dei lavori pubblici hanno dedotto l'erroneità della pronuncia dei primi giudici che ha annullato i predetti provvedimenti impugnati sul presupposto che gli elementi di fatto individuati dall'Amministrazione come sintomatici della esistenza di una situazione di sostanziale collegamento tra la S.r.l. *** e la S.p.A. *** non erano neppure idonei a integrare gli estremi dell'indizio circa l'alterazione della regolarità della gara di appalto in argomento, non rientrando nella specifica previsione di cui all'articolo 2359 del codice civile, richiamata dall'art. 10, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109.

All'appello proposto dal Ministero dei lavori pubblici resiste la Ing. ******, deducendone l'inammissibilità ed infondatezza.

II. Deve essere innanzitutto disposta, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., la riunione dei due appelli in esame, proposti rispettivamente dall'ANAS - Ente nazionale per le strade e dal Ministero dei Lavori Pubblici, nei confronti della stessa sentenza, essendo necessario realizzare l'unità del rapporto processuale (C.d.S., sez. IV, 28 gennaio 2000 n. 442).

Sempre in linea preliminare la Sezione rileva che, come risulta dall'esposizione in fatto, all'odierna udienza pubblica il difensore dell'ANAS ha dichiarato a verbale di rinunciare al gravame iscritto al numero di ruolo generale 5255 del 2001.

Risulta pertanto verificatasi la previsione dell'articolo 46 del R.D. 17 agosto 1907 n. 642, secondo cui in qualunque stato della controversia si può rinunciare al ricorso mediante dichiarazione sottoscritta dalla parte da notificarsi alla controparte ovvero fatta oralmente all'udienza.

La Sezione deve pertanto dare atto della intervenuta rinuncia.

Poiché in tale giudizio la parte appellata non si è costituita non vi è luogo alla pronuncia sulle spese di giudizio.

III. Passando all'esame dell'appello proposto dal Ministero dei Lavori Pubblici la Sezione osserva quanto segue.

III.1. Deve essere innanzitutto esaminata l'eccezione di inammissibilità del gravame svolta dalla Ing. ******, per non essere stato notificato l'atto di appello all'impresa *** S.r.l., dichiarata aggiudicataria provvisoria dell'appalto dei lavori in argomento, giusta verbale rep. n. 2731 del 10 luglio 2000, anche in considerazione della circostanza che ad essa era stato ritualmente notificato l'atto introduttivo del giudizio di primo grado.

Detta eccezione non è fondata.

A parte la considerazione che l'omessa notifica dell'atto di appello ad una delle parti evocate nel giudizio di primo grado non comporta l'inammissibilità dell'impugnazione, imponendo soltanto l'integrazione del contraddittorio (ex pluribus C.d.S., sez. IV, 3 novembre 1998, n. 1429; 8 ottobre 1996 n. 1093; sez. V, 8 giugno 1992; sez. VI, 27 maggio 1998 n. 822), giova rilevare che, come emerge dall'esame dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado e dalla documentazione depositata in

atti, che, per un verso, Ing. ***** ha impugnato sostanzialmente il provvedimento di esclusione dalla gara, come risultante dal più volte ricordato verbale rep. n. 2731 del 10 luglio 2000, e, per altro verso, che non risulta neppure intervenuto il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto dei lavori di cui si discute.

E' noto che rispetto al provvedimento di esclusione da una gara non possono individuarsi controinteressati in senso proprio, e quindi soggetti ai quali notificare necessariamente l'impugnativa; d'altra parte solo rispetto all'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione definitivo l'aggiudicatario assume la qualità di controinteressato (C.d.S., sez. VI, 15 luglio 1998, n. 1093).

Pertanto, nel caso di specie, l'impresa *** S.r.l., quale semplice aggiudicataria provvisoria, non poteva e non può considerarsi controinteressata nel giudizio e dunque la notifica del ricorso di primo grado deve essere considerata come fatta a titolo di mera notizia e come tale inidonea a far scattare l'obbligo della notifica dell'atto di appello.

III.2. Passando all'esame del merito, l'appello è infondato.

Per la migliore comprensione delle questioni sottoposte al Collegio è necessario ricordare che con lettera di invito del 14 ottobre 1999 il Ministero dei Lavori Pubblici invitava l'impresa Ing. ***** alla licitazione privata indetta per l'appalto dei lavori di riparazione delle scogliere frangiflutti nel Comune di Ortona, località Foro e *****, danneggiate dalle mareggiate, per un import complessivo dei lavori posto a base d'asta di lire 2.836.346.197.

Fra i documenti necessari all'ammissione alla gara l'Amministrazione aggiudicatrice indicava anche una dichiarazione in carta legale nella quale l'impresa partecipante doveva attestare che "[...] non esistono forme di collegamento e controllo, sotto il profilo sostanziale, con altre imprese concorrenti", ferma la sanzione della "esclusione dalla gara nel caso che manchi o risulti incompleto od irregolare qualcuno dei documenti richiesti".

L'Amministrazione procedente, dopo aver aggiudicato l'appalto in via provvisoria all'impresa ***, con la determinazione impugnata riapre la gara e la aggiudicava in via provvisoria all'impresa *** S.r.l.

La riapertura della gara era motivata dall'Amministrazione allegando che l'impresa *** doveva essere esclusa dalla gara perché in rapporto di collegamento sostanziale con l'impresa *****, che aveva partecipato alla stessa licitazione, determinando "una situazione atta ad alterare i risultati della procedura".

La predetta relazione di collegamento sostanziale era individuata avendo riguardo a quattro elementi: "1) Composizione azionaria delle due imprese. Risulta infatti [...] che l'impresa Ing. *** è partecipata per il 95% dalla *** Holding e per il 5% dall'impresa *****. Da parte sua l'impresa ***** è partecipata al 100% dalla *** Holding S.p.a.". 2) Progressività del numero delle raccomandate e spedizione dal medesimo ufficio postale con medesima data. 3) Comunanza di sede legale e di sede amministrativa. 4) Polizza fideiussoria stipulata presso la stessa ***** di Assicurazione, con numero di polizza progressivo".

Da tali elemento l'Amministrazione desumeva la sussistenza di un collegamento per influenza notevole fra le due imprese, sicché le rispettive offerte erano ritenute riconducibili allo stesso centro di interessi e tali da alterare la trasparenza della gara e la par condicio dei concorrenti.

Con l'unico mezzo di gravame il Ministero appellante ribadisce la sussistenza del predetto rapporto di collegamento sostanziale fra le imprese *** e ***, che invece è stato esclusa dal Giudice di prime cure.

In relazione a tali censure il Collegio è chiamata in primo luogo a valutare se possa ritenersi legittima e, in ipotesi, se sia stata correttamente interpretata ed applicata dalla stazione appaltante la clausola della lettera d'invito alla licitazione privata in esame con cui si commina la sanzione dell'esclusione nel caso, tra l'altro, di forme di "collegamento [...] sotto il profilo sostanziale con altre imprese concorrenti".

La questione fondamentale di cui la Sezione deve occuparsi consiste nello stabilire se nelle procedure di

scelta del contraente ai fini di un appalto di lavori pubblici le fattispecie di collegamento fra imprese, che comportano l'esclusione dalla gara, siano esclusivamente quelle previste dall'articolo 2359 c.c., espressamente richiamato dall'art. 10, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, ovvero se l'amministrazione appaltante possa prevederne (ed eventualmente entro quali limiti) altre nella lex specialis della gara.

III.2.1 Occorre preliminarmente osservare che la scelta da parte di pubblica amministrazione del contraente con cui concludere un contratto di appalto per la realizzazione di lavori pubblici si realizza attraverso una serie procedimentale interamente regolata da norme pubblicistiche, preordinate all'individuazione del miglior contraente possibile, sia dal punto di vista soggettivo (con riferimento ai requisiti soggettivi, alle capacità tecniche, organizzative e finanziarie), sia dal punto di vista oggettivo, con riferimento all'economicità dell'offerta formulata e quindi al buon uso del danaro pubblico.

Nel rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, enunciati dall'art. 97 della Costituzione, la predetta serie procedimentale si impernia fundamentalmente sui postulati di trasparenza ed imparzialità che, a loro volta, si concretizzano nel principio della par condicio di tutti i concorrenti realizzata attraverso la previa predisposizione del bando di gara e quindi nel principio della concorsualità, della segretezza, completezza, serietà, autenticità e completezza delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni ed alle previsioni della lex concorsualis e nella previa predisposizione da parte dell'amministrazione appaltante dei criteri di valutazione delle offerte.

In considerazione della finalità pubblicistica cui sono preordinati tali principi, che - come sopra accennato - può sintetizzarsi nella esigenza di individuazione del "giusto" contraente, al loro rispetto non è vincolata soltanto la pubblica amministrazione, bensì anche coloro che intendono partecipare alla gara: su questi ultimi incombe infatti l'obbligo di presentare offerte che, al di là del loro profilo tecnico - economico (specifico oggetto della valutazione di merito da parte della stazione appaltante), devono avere le caratteristiche della completezza, della completezza, della serietà, della indipendenza e della segretezza, le quali soltanto assicurano quel gioco della libera concorrenza e del libero confronto attraverso cui può giungersi ad individuare il miglior contraente possibile.

A fronte di tale obbligo comportamentale che incombe sui concorrenti (e per l'interesse pubblico che esso intende conseguire) si giustifica il potere conferito dalla legge, nel rispetto delle specifiche norme di legge

e di quelle altrettanto specifiche contenute nella lex concursualis di escludere i concorrenti dalla partecipazione alla gara.

III.2.2. In tale ottica la norma contenuta nell'articolo 10, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, secondo cui "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo previste dall'articolo 2359 del codice civile" si inquadra nell'ambito dei divieti normativi sull'ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti dal legislatore capaci di formulare offerte caratterizzate dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità.

Si tratta di una chiara norma di ordine pubblico che trova applicazione indipendentemente da una specifica previsione in tal senso da parte dell'amministrazione appaltante: l'oggetto giuridico tutelato è quello del corretto e trasparente svolgimento delle gare per l'appalto dei lavori pubblici nelle quali il libero gioco della concorrenza e del libero confronto, finalizzati alla scelta del "giusto" contraente, risulterebbero irrimediabilmente alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, sono sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi, tale essendo quello che - secondo la previsione del legislatore - si realizza concretamente nelle ipotesi controllo o collegamento societario indicato dall'articolo 2359 del codice civile.

In tal modo il legislatore ha voluto assicurare all'amministrazione appaltante una specifica (e preventiva) tutela volta a garantire effettivamente l'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente possibile, evitando che, pur in presenza di procedimenti di gara formalmente corretti, la legittimità e la correttezza della serie procedimentale fossero sostanzialmente alterati dai suindicati fenomeni: è significativo al riguardo la circostanza che la norma in esame, attraverso un rinvio recettizio, introduce nella serie procedimentale la normativa sul collegamento e controllo societario elaborata ai fini civilistici e basata esclusivamente su di una presunzione assoluta ("...sono considerate...", recita testualmente la norma), iuris et de iure, non suscettibile di prova contraria.

III.2.3 La ratio e la natura della norma sopra esaminata consente di ritenere che con essa il legislatore non ha inteso per contro sterilizzare il potere dell'amministrazione di governare effettivamente la serie procedimentale delle gare per l'appalto di lavori pubblici, inibendole di introdurre nella lex specialis della gara l'introduzione di previsioni di fatti e situazioni che, pur non integrando gli estremi del collegamento o

del controllo societario civilistico, siano capaci ed idonei ad alterare la serietà, indipendenza, completezza e completezza delle offerte presentate da imprese diverse, oltre che la loro segretezza, e che ne determinano l'esclusione dalla partecipazione alla gara.

In tal senso è determinante - ad avviso della Sezione - la considerazione che la previsione della norma civilistica richiamata dall'articolo 10, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 si basa, come già rilevato, su di una presunzione e quindi non può escludere che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo societario atti ad alterare le gare di appalto ed è dunque pienamente legittimo che l'amministrazione appaltante possa introdurre clausole di esclusione dalla gara in presenza di tali ulteriori ipotesi di fatto.

Ovviamente, posta in generale la piena legittimità di clausole di bandi di gara che prevedano requisiti ulteriori rispetto a quelli già stabiliti direttamente dalla legge, in concreto il limite della legittimità di tali ulteriori previsioni è da rinvenirsi nella loro ragionevolezza e nella loro logicità rispetto alla tutela che intendono perseguire e cioè la corretta individuazione del "giusto" contraente.

Deve peraltro sottolinearsi che nella specifica materia in esame sarebbe irragionevole e contraddittorio richiedere, quale ulteriore condizione di legittimità del bando, la tipizzazione del fatto del collegamento o del controllo societario diverso da quello di cui all'articolo 2359 del codice civile, dal momento che una tale previsione farebbe refluire il perseguimento dell'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente nel mero controllo della regolarità formale del procedimento, esponendo quindi l'interesse stesso al pericolo di situazioni concrete di fenomeni di effettivi controllo o di altre situazioni societari capaci effettivamente di alterare la gara, non facilmente prevedibili o ipotizzabili.

III.3 Sulla base di tali osservazioni può esaminarsi la concreta fattispecie all'esame della Sezione.

III.3.1. In punto di fatto si rileva che, dalla documentazione in atti, ed in particolare proprio dall'impugnato verbale n. 2731 di repertorio del 10 luglio 2000, è emerso che la Ing. ***** (dichiarata provvisoriamente aggiudicataria dell'appalto dei lavori in argomenti all'esito dell'asta pubblica) è stata esclusa dalla gara, essendo stata accertata dall'Amministrazione, a seguito delle verifiche e dei controlli avviati proprio per addivenire alla stipula del contratto di appalto, l'esistenza di

una situazione atta ad alterare la gara stessa, ricavata: a) dalla composizione azionaria della stessa Ing. ***** e della S.r.l. ***, che aveva anch'essa partecipato alla gara e che è stata parimenti esclusa; b) dalla progressività del numero delle raccomandate contenenti le rispettive offerte e spedite nello stesso giorno dallo stesso ufficio postale; c) dalla comunanza di sede legale e di sede amministrativa delle due predette società ed infine d) dalle polizze fidejussorie prodotte, rilasciate alle predette imprese dalla stessa società di assicurazione ed aventi un numero progressivo.

L'Amministrazione appaltante ha dato atto che la predetta composizione societaria non integrava le ipotesi di controllo o collegamento societario previste dall'articolo 2359 del codice civile e sanzionate con l'automatica esclusione dalla gara ai sensi dell'articolo 10, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, in quanto la partecipazione della S.r.l. *** alla composizione societaria della S.p.A. *** escludeva la sussistenza del controllo tra le due imprese, mentre non poteva aver rilievo la ricorrenza di una situazione di controllo da parte della ***

Holding S.p.A. che non aveva neppure partecipato alla gara; tuttavia ha ravvisato, sulla base delle concrete modalità di presentazione delle offerte sopra riportate, la riconducibilità delle offerte della s.r.l. *** e della S.p.A. *** allo stesso centro di interesse con conseguente alterazione della trasparenza della gara e della par condicio dei concorrenti: a conferma di ciò nel verbale viene indicato che le predette società hanno tenuto il medesimo comportamento, identificato attraverso gli stessi quattro elementi sopra indicati, anche nelle altre gare esperite e relative all'appalto dei lavori per Pedaso, Spalmadoreddu e Massignano.

L'esclusione dalla gara è stata perciò disposta per la violazione del punto 3 del disciplinare di gara che prevedeva la espressa dichiarazione da parte dei partecipanti della inesistenza di forme di collegamento o controllo sotto il profilo sostanziale con altre imprese concorrenti.

III.3.2. Sulla base delle osservazioni precedentemente svolte, ad avviso della Sezione, la clausola della lex specialis di gara, con la quale l'amministrazione appaltante ha chiesto una dichiarazione circa la mancanza di un collegamento sostanziale con altre imprese partecipanti alla gara, prevedendo in caso contrario l'esclusione dalla partecipazione dalla gara stessa, è pienamente legittima.

Essa, infatti, è finalizzata alla effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara ed in particolare ad assicurare la par condicio fra tutti i concorrenti, nonché la serietà, completezza, completezza ed indipendenza delle offerte, in modo da evitare che, attraverso meccanismi di influenza societari, pur non

integranti collusioni vietati ovvero collegamento o controlli societari di cui all'art. 2359 c.c., possa essere alterata la gara, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente: rispetto al bene tutelato, essa appare quindi del tutto congrua e adeguata e non presenta i connotati della irragionevolezza, dell'illogicità e dell'arbitrarietà (che notoriamente costituiscono i limiti stessi della discrezionalità).

III.3.3. Resta, a questo punto, il solo problema della "prova" del collegamento sostanziale ovvero la concreta individuazione delle situazioni di fatto che dimostrino l'esistenza di alterazioni della gara.

Diversamente da quanto opinato dai primi giudici, ad avviso della Sezione, gli elementi di fatto accertati dall'amministrazione integravano effettivamente una situazione di controllo sostanziale.

Giova al riguardo segnalare che è ben vero che il collegamento economico - funzionale tra imprese gestite da società del medesimo gruppo non implica la nascita di un autonomo soggetto di diritto o di un autonomo centro di rapporti diverso dalle società collegate, le quali conservano la propria autonomia e personalità giuridica (Cass. 2 febbraio 1988 n. 957; 3 agosto 1991 n. 8532; 29 novembre 1993 n. 11801) e che la situazione di raggruppamento è situazione societaria diffusa che consente, senza dover giungere allo strumento della fusione, di utilizzare il potenziale economico di varie imprese; tale situazione di collegamento economico - funzionale, astrattamente lecita, non può tuttavia escludere che in concreto essa possa realizzare situazioni distorsive della par condicio di una gara di appalto.

Si tratta pertanto di un accertamento che va condotto di volta in volta con riguardo alle concrete modalità di svolgimento della gara, proprio perché - come più volte sottolineato - il bene giuridico protetto dalla norma è la sostanziale correttezza della serie procedimentale finalizzata alla scelta del contraente.

Infatti la particolare valenza di tale bene giuridico (il cui perseguimento interessa l'intera collettività e non è limitato ad un determinato settore) comporta che la sua tutela deve estendersi non solo e non tanto alle ipotesi in cui esso sia stato già leso o vulnerato, quanto piuttosto alla sua stessa messa in pericolo.

Mutuando un concetto proprio della dottrina penalistica deve dirsi che la tutela apprestata all'interesse pubblico alla corretta e regolare scelta del "giusto" contraente è finalizzata ad evitare che il relativo bene giuridico sia addirittura messo in pericolo: infatti, quando esso fosse già stato lesa o vulnerato sarebbe molto difficile, se non addirittura impossibile una restitutio in integrum, salva l'ipotesi dell'annullamento della gara e la sua rinnovazione che però in ogni caso comporterebbe, per il tempo occorrente e per le risorse umane e finanziarie da impiegare e riallocare, un'offesa non riparabile ai principi di economicità, speditezza, celerità ed adeguatezza dell'azione amministrativa.

III.3.4. Ciò posto, nel caso di specie, come si ricava dalla lettura del più volte citato verbale del 10 luglio 2000, gli elementi di fatto accertati, considerati nel loro complesso e con riferimento alla specifica situazione concreta, rappresentano in realtà indizi gravi, precisi e concordanti, in presenza dei quali, secondo l'id quod plerumque accidit, è ragionevole ritenere che si sia potuta verificare l'alterazione della par condicio dei concorrenti.

Ed invero la situazione egemonica della *** Holding S.p.A., presente totalitariamente (100%) nella composizione societaria della S.r.l. *** ed in modo quasi totalitario (95%) nella S.p.A. *** e l'ulteriore circostanza che quest'ultima per il rimanente 5% era partecipata dalla stessa S.r.l. ***, accompagnate dalle concrete (e non contestate) modalità di presentazione delle offerte da parte delle predette imprese, spedite nello stesso giorno dallo stesso ufficio postale (tant'è che presentano un numero progressivo di raccomandata), accompagnate da due polizze fidejussorie, anche queste rilasciate dalla stessa società di assicurazione e contrassegnate da un numero progressivo) fanno ritenere, come giustamente rilevato dall'amministrazione appaltante, che le due offerte provenissero da un unico centro di interessi.

Ad ulteriore conforto di tale tesi l'amministrazione ha poi accertato, come pure risulta dal ricordato verbale di gara, che le predette circostanze indizianti non erano frutto di un caso isolato, essendo comportate le due imprese allo stesso modo anche per le gare di appalto relative ai lavori per Pedaso, Splmadoreddu e Massignano.

III.4. In conclusione l'appello proposto dall'amministrazione deve essere accolto ed in riforma dell'impugnata sentenza deve essere respinto il quarto motivo del ricorso introduttivo del giudizio proposto dalla Ing. *****

IV.

L'accoglimento dell'appello impone alla Sezione di procedere all'esame degli altri motivi di ricorso di primo grado proposti dalla Ing. *****, dichiarati assorbiti dai primi giudici, ed espressamente riproposti in sede di costituzione nel presente grado di giudizio.

IV.1.

Il primo motivo, con cui è dedotto il vizio di eccesso di potere per carenza dei presupposti e contraddittorietà, è infondato.

Lamenta in primo luogo l'Impresa ricorrente che il precedente provvedimento di aggiudicazione pronunciato nei suoi riguardi non sarebbe mai stato caducato.

Va, per contro, rilevato che l'atto con cui l'Amministrazione dispone la riapertura della gara, ove motivato evidenziandosi vizi di legittimità della pregressa aggiudicazione, costituisce anche espressione della volontà di annullare in via di autotutela la suddetta precedente determinazione. Si tratta, quindi, di un atto che, pur essendo unitario sotto il profilo formale, corrisponde quanto al contenuto ed agli effetti a due distinti provvedimenti.

Anche la censura con cui si lamenta la contraddittorietà della condotta dell'Amministrazione, che avrebbe prima concluso il procedimento di gara e successivamente richiesto informazioni sulla composizione societaria dell'Impresa prescelta, è priva di fondamento, in quanto la stazione appaltante resta libera di verificare anche dopo l'aggiudicazione se sussistessero i presupposti di legittimità per l'adozione del provvedimento.

IV.2.

Possono essere esaminati congiuntamente il secondo ed il terzo motivo del ricorso di primo grado, con i quali la società ricorrente aveva lamentato che non le era stato comunicato l'avvio del procedimento teso alla revoca o all'annullamento dell'aggiudicazione avvenuta in suo favore dei lavori del cui appalto si discute, a seguito dell'asta pubblica già esperita, nonché il difetto di motivazione su tale provvedimento.

Entrambi tali motivi devono essere respinti.

E' vero che l'Amministrazione è obbligata a dare comunicazione all'aggiudicatario di un appalto pubblico dell'avvio del procedimento teso ad adottare un provvedimento, di secondo grado, di revoca o di annullamento della già disposta aggiudicazione, atteso che rispetto a quest'ultima l'aggiudicatario vanta una posizione giuridica qualificata.

Tale situazione di fatto non sussisteva però nel caso di specie, nel quale la Ing. *****, all'esito dell'asta pubblica già esperita, era stata dichiarata solo provvisoriamente aggiudicataria e non poteva vantare che una mera aspettativa alla conclusione del procedimento.

Deve d'altra parte rilevarsi che la fase procedimentale di scelta del contraente si conclude solo con il provvedimento di aggiudicazione definitivo: non essendo questo intervenuto, la riapertura della gara, disposta con la comunicazione via fax del 4 luglio 2000 (che in ogni caso ha adempiuto alla funzione di mettere in condizione tutte le parti di conoscere l'avviso dell'amministrazione e quindi di poter anche interloquire con essa), si inserisce nell'unica serie procedimentale in corso e mai conclusasi.

Non era pertanto necessaria alcuna comunicazione di avvio del procedimento.

Le precedenti osservazioni escludono la rilevanza del terzo motivo di censura svolto in primo grado, in ordine al presunto vizio di carenza di motivazione: in ogni caso è sufficiente rilevare che la necessità di una puntuale giustificazione è prescritta soltanto laddove il provvedimento ritirato o autoannullato o revocato dall'amministrazione abbia già prodotto degli effetti o quanto meno un legittimo affidamento, situazioni del tutto assenti nel caso di specie proprio perché si era in presenza di una mera aggiudicazione provvisoria.

IV.2. Egualmente infondato è il quinto motivo del ricorso di primo grado con il quale la S.p.a. *** aveva lamentato l'illegittimità del bando di gara, sotto il profilo della violazione dell'evidenza pubblica, dell'articolo 41 della Costituzione e dell'eccesso di potere per illogicità manifesta.

E' stato al riguardo evidenziato l'assoluta legittimità della clausola della lex specialis della gara che prevedeva l'ipotesi di collegamento sostanziale quale causa di esclusione dalla partecipazione alla gara stessa.

Come evidenziato tale clausola non era né irragionevole, né illogica, né arbitraria, essendo adeguata rispetto alla tutela dell'interesse pubblico alla corretta scelta del "giusto" contraente e si poneva dunque quale concreta manifestazione dei principi costituzionali di cui all'articolo 97 della Costituzione: il che esclude la paventata violazione dell'articolo 41 della Costituzione.

V.

In conclusione, disposta la riunione degli appelli in quanto proposti avversi la stessa sentenza, deve darsi atto della rinuncia dell'ANAS - Ente Nazionale per le strade all'appello N.R.G. 5255 del 2001 e deve essere accolto l'appello proposto dal Ministro dei lavori pubblici (N.R.G. 7271 del 2001) e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado dalla Ing.

In considerazione della particolarità delle questioni trattate sussistono giusti motivi per disporre la integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quarta) così provvede:

riunisce gli appelli;

dà atto della rinuncia dell'ANAS all'appello iscritto al N.R.G. 5255 del 2001, nulla spese;

accoglie l'appello del Ministero dei Lavori Pubblici e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado, spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 23 ottobre 2001

pubblicata il 15.2.2002

<https://www.diritto.it/la-norma-civilistica-articolo-2359-del-codice-civile-richiamata-dall-articolo-10-comma-1-bis-della-legge-11-febbraio-1994-n-109-si-basa-su-di-una-presunzione-e-quindi-non-puo-escludere-che-possa/>