

## **Mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario: situazione di controllo ex art. 2359 cod. civ., non comporta l'escussione della garanzia Annullamento di aggiudicazione e incameramento della provvisoria**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario: situazione di controllo ex art. 2359 cod. civ., non comporta l'escussione della garanzia!!!!!!!

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 3601 dell' 1 luglio 2002, si occupa di un ricorso avverso la mancata aggiudicazione definitiva, l'incameramento della cauzione prestata e l'aggiudicazione ad altra ditta. in quanto, in sede di verifica sulle dichiarazioni rese sul possesso dei requisiti per partecipare alla gara, l'Amministrazione comunale ha rilevato una connessione fra l'assetto proprietario della società per azioni aggiudicataria e quello di altra impresa, che aveva presentato offerta.

Entrambe le imprese offerenti avevano reso la dichiarazione, prescritta dal bando, "di non trovarsi in una delle situazioni di controllo, di cui all'art. 2359" del codice civile, con altra partecipante alla gara

Ad essere impugnata risulta essere la sentenza n. 484 del 18 agosto 2001, notificata il 12 settembre, del T.R.G.A. del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, con la quale è stato respinto il ricorso per l'annullamento della deliberazione della giunta del Comune di Trento n. 1146, in data 25 luglio 2000 in cui si stabiliva

di annullare l'aggiudicazione, in favore della società ricorrente, dei lavori di realizzazione di una percorso ciclabile nella città; di incamerare la cauzione prestata dalla società e di aggiudicare i lavori all'impresa controinteressata.

Sulla base delle seguenti considerazioni, i Giudici di Palazzo Spada, confermano l'operato della Stazione appaltante:

L'art. 10, comma 1-bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, pone il divieto di partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici alle imprese che versino in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c.

La possibilità di applicare a qualsiasi impresa la verifica di una situazione di controllo, e perciò anche ad altre società di capitali, alle società di persone o agli imprenditori individuali, non già alle sole società cui specificamente ha riguardo l'art. 2359, fa giustificatamente concludere che quel che la legge n. 109/1994 prende in considerazione è il fatto che, in virtù 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 società.

Quel che assume rilievo, ai fini della partecipazione alle suddette procedure, è che non vi sia riferibilità ad una medesima persona, ad un medesimo gruppo di persone o ad una medesima società delle decisioni formalmente attribuibili ad entità diverse.

la situazione di collegamento fra imprese, che comporta il divieto di partecipazione alla medesima gara d'appalto, deve accertarsi attraverso elementi oggettivi e concordanti, ed è sussistente quando questi riconducano ad un unico centro decisionale o di interesse comune.

In ambedue le società offerenti nella gara in discussione, l'indagine ha portato a due sole persone, entrambe in possesso della metà del capitale dell'una e dell'altra società ed entrambe presenti nei due consigli di amministrazione. Sussiste, perciò, una comunanza di interessi, fra i due soggetti, che fa concludere per l'esistenza di un unico centro decisionale cui fanno capo le due imprese. Non si tratta di elementi indiziari, ma di elementi oggettivi, che giustificano l'affermazione di una situazione di controllo sulle due società.

Relativamente alla collegata escussione della garanzia, il supremo giudice amministrativo ritiene fondata la doglianza e considera illegittimo il fatto che il Comune abbia ritenuto imputabile a fatto dell'impresa la mancata stipulazione del contratto.

Si legge infatti che:

“ (...) E' però da rilevare che la norma in esame prescrive che tutte le offerte siano corredate da una cauzione pari al cinque per cento dell'importo dei lavori, quando la base d'asta superi, come è nel caso in esame, l'importo di 500 milioni di lire. Tuttavia vi si precisa sia che la cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per volontà dell'aggiudicatario, sia che ai non aggiudicatari essa è restituita non appena avvenuta l'aggiudicazione.

Sembra giustificato ritenere che si tratti di una norma di stretta interpretazione. Essa mira a garantire le amministrazioni della Provincia autonoma da inadempimenti successivi all'aggiudicazione e che riguardano, appunto, la fase in cui sorge esclusivamente il rapporto fra i due contraenti, la quale deve portare alla formale conclusione del contratto. Si riferisce perciò al rifiuto di stipulare, a ritardi non giustificati, in contrasto con l'esigenza di definire tempestivamente il vincolo contrattuale e di rispettare i tempi di esecuzione dell'opera. Nel caso di specie, questa fase non ha nemmeno avuto inizio, proprio per l'avvenuto annullamento dell'aggiudicazione. E, se è vero che l'annullamento è stato pronunciato per la ragione che l'impresa non poteva risultare aggiudicataria, è anche vero che questo effetto deriva da una circostanza che doveva determinare la sua non ammissione alla gara. Il nesso fra comportamento volontario dell'aggiudicatario e mancata sottoscrizione va, dunque, rinvenuto soltanto in fatti posteriori ad un'aggiudicazione alla quale l'amministrazione deve necessariamente far seguito. E la cauzione si pone a garanzia del suo interesse al più sollecito compimento dei lavori, del quale è condizione primaria la sottoscrizione del contratto (...).”

A  
cura di \*\*\*\*\*

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il

Consiglio  
di  
Stato  
in  
sede  
giurisdizionale,

Quinta  
Sezione

ANNO 2001

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello n.r.g. 10182 del 2001, proposto dall'Impresa \*\*\*\* s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'ultimo, in Roma, via G. Mercalli, n. 16,

contro

il Comune di Trento, rappresentato e difeso dall'\*\*\*\*\* e presso il suo studio elettivamente domiciliato in Roma, viale Mazzini, n. 11,

e nei confronti

di s.r.l. \*\*\*, non cost.

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Regionale di giustizia amministrativa del Trentino-Alto Adige, sede di Trento, n. 484/01, pubblicata il 18 agosto 2001.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte su indicata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. della legge 21 luglio 2000, n. 205;

Designato relatore alla pubblica udienza del 1° febbraio 2002  
il consigliere \*\*\*\*\* ed uditi, altresì, gli avvocati, come da verbale d'udienza;

Visto il dispositivo di sentenza n. 71/02 del 04/02/2002;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue .

FATTO

Il ricorso in epigrafe è stato notificato l'11 e 12 ottobre 2001 e depositato il 24 ottobre.

E' impugnata la sentenza n. 484 del 18 agosto 2001, notificata il 12 settembre, del T.R.G.A. del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, con la quale è stato respinto il ricorso per l'annullamento della deliberazione della giunta del Comune di Trento n. 1146, in data 25 luglio 2000. Con tale provvedimento si è stabilito di annullare l'aggiudicazione, in favore della società ricorrente, dei lavori di realizzazione di una percorso ciclabile nella città; di incamerare la cauzione prestata dalla società e di aggiudicare i lavori all'impresa controinteressata.

Queste le censure:

illegittimità del provvedimento, per erronea rappresentazione e travisamento dei fatti, difetto di presupposto ed erronea applicazione dell'art. 10, comma 1-bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109;

illegittimità del provvedimento, per travisamento dei fatti ed erronea applicazione degli artt. 34 e 41 della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26.

E' chiesto anche il risarcimento dei danni conseguiti all'annullamento dell'aggiudicazione impugnata.

In vista dell'udienza di discussione, è stata prodotta memoria illustrativa.

Si è costituito in giudizio il Comune di Trento e, con memoria depositata il 19 novembre 2001, sono state confutate le tesi dell'appello.

Con ordinanza n. 6957 del 20 novembre 2001 è stata respinta la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

All'udienza del 1° febbraio 2002, dopo la discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. In favore della società appellante è stata pronunciata l'aggiudicazione della gara, mediante licitazione, per realizzare un percorso ciclabile nella città di Trento (verbale del 2 marzo 2000).

In sede di verifica sulle dichiarazioni rese sul possesso dei requisiti per partecipare alla gara, l'Amministrazione comunale ha rilevato una connessione fra l'assetto proprietario della società per azioni aggiudicataria e quello di altra impresa, che aveva presentato offerta.

Le azioni della s.p.a. sono possedute, per lo 0,13% ciascuna, da due persone fisiche e, per il 99,74%, da una società in nome collettivo. Di questa s.n.c. possiedono il 50 % ciascuna le stesse persone fisiche titolari, ciascuna, dello 0,13% suddetto. .

Dell'altra impresa che aveva partecipato, costituita in forma di società a responsabilità limitata, le medesime persone fisiche possiedono, ancora, ciascuna il 50% delle quote.

Entrambe le imprese offerenti avevano reso la dichiarazione, prescritta dal bando, "di non trovarsi in una delle situazioni di controllo, di cui all'art. 2359" del codice civile, con altra partecipante alla gara. Si può, sin d'ora, rilevare che la prescrizione di bando corrisponde a quanto stabilito dall'art. 10, comma 1-bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che vieta la partecipazione alla medesima gara delle imprese legate fra loro dal collegamento in parola.

\*\*\*\*'impugnato provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, è stato considerato:

che la norma da applicare riguarda il controllo sussistente fra qualsiasi tipo di impresa, non già per le sole società per azioni e le altre cui si riferisce la norma del codice;

che "il particolare intreccio" fra le due società in questione "si risolve, di fatto, in un'equa spartizione del capitale sociale" fra le due persone fisiche ivi indicate;

che tutta la normativa sui lavori pubblici è improntata alla necessità di garantire una concorrenza piena e corretta. Sono state richiamate, a sostegno di tale considerazione, le norme di cui alla legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26 (art. 36, comma 4-bis) e degli artt. 12, comma 5, e 13, comma 4, della legge 11 febbraio 1994, n. 109;

che va osservato anche il principio della segretezza dell'offerta, che si desume dalle medesime norme.

Rilevato, ancora, che ciascuno dei due soci al 50% delle due società dispone "di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante sull'altra società" e che sono entrambi presenti nei due consigli di amministrazione, l'autorità comunale si è avvalsa dell'art. 41 della citata L.P. n. 26 del 1993, che consente l'annullamento dell'aggiudicazione in seguito alla verifica dell'esistenza di cause di esclusione, posto che nel bando si prevedeva come causa siffatta la partecipazione cosiddetta "plurima".

E' stato, inoltre, disposto l'incameramento della cauzione prestata a corredo dell'offerta, cauzione che, a norma dell'art. 34, comma 7, della l.p. n. 26/1993, "copre la mancata sottoscrizione del contratto per volontà dell'aggiudicatario". Nel caso di specie la mancata stipulazione è stata ricondotta a fatto imputabile a quest'ultimo, ragione per cui si è ritenuto di fare applicazione della norma stessa.

2. Con il primo motivo si ripropone la complessa censura dedotta in primo grado, secondo la quale la situazione rilevata si atteggia non già come controllo definito dall'art. 2359 cod. civ., ma come mero

collegamento, che non inficia lo svolgimento della gara. Non v'è, infatti, né maggioranza di voti, né influenza dominante - che segue alla polverizzazione dei possessi azionari -, né vi sono particolari vincoli contrattuali. E sono queste le uniche situazioni che fanno presumere l'eventualità di accordi fra imprese che hanno per fine il condizionamento dello svolgimento della gara, attraverso la compressione della par condicio ed il pregiudizio della segretezza delle offerte. La sostanziale parità delle posizioni dei due soci non consente di ipotizzare una posizione di dominio dell'una rispetto all'altra. Non v'è stata, come una giurisprudenza ha avuto modo di rilevare, una distorsione di effetti in concreto prodottisi. Occorre, infine, tener conto del principio della massima apertura del mercato e la mera sussistenza di un vincolo di parentela fra le due persone non può assurgere ad elemento sintomatico della riconducibilità delle due offerte ad un unico centro decisionale.

La censura non è da condividere.

L'art. 10, comma 1-bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, pone il divieto di partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici alle imprese che versino in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c. Il riferimento alle imprese, anziché alle sole società 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 possibilità di applicare a qualsiasi impresa la verifica di una situazione di controllo, e perciò anche ad altre società di capitali, alle società di persone o agli imprenditori individuali, non già alle sole società cui specificamente ha riguardo l'art. 2359, fa giustificatamente concludere che quel che la legge n. 109/1994 prende in considerazione è il fatto che, in virtù 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 società. 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 essere le più varie. Quel che assume rilievo, ai fini della partecipazione alle suddette procedure, è che non vi sia riferibilità ad una medesima persona, ad un medesimo gruppo di persone o ad una medesima società delle decisioni formalmente attribuibili ad entità diverse.

Siffatte situazioni si possono configurare anche con partecipazioni a catena, ossia indirette, come si desume dal secondo comma dell'art. 2359, con riguardo ai voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie o a persone interposte; ovvero quando i poteri di decisione siano riconducibili a persone fisiche, attraverso taluni tipi di società, come è nel caso in esame. In ambedue le società offerenti nella gara in discussione, l'indagine ha portato a due sole persone, entrambe in possesso della metà del capitale dell'una e dell'altra società ed entrambe presenti nei due consigli di amministrazione. Sussiste, perciò, una comunanza di interessi, fra i due soggetti, che fa concludere per l'esistenza di un unico centro decisionale cui fanno capo le due imprese. Non si tratta di elementi indiziari, ma di elementi oggettivi, che giustificano l'affermazione di una situazione di controllo sulle due società.

La conclusione raggiunta si mostra coerente con altre disposizioni della medesima legge n. 109 del 1994, come si è esattamente considerato nel provvedimento impugnato. Sussistono, infatti, i divieti recati



dall'art. 12, comma 5, e 13, comma 4, di plurime partecipazioni alle procedure di affidamento di lavori pubblici. Essi sono vigenti per consorzio stabile e suoi consorziati; per i partecipanti ai consorzi, che non possono costituire, per la medesima gara, consorzi o associazioni temporanee di imprese con terzi soggetti (art. 12). E vigono per tutti i concorrenti (art. 13), in quanto inibiscono di partecipare alle gare in più di un'associazione temporanea o consorzio oppure in questi ed in forma individuale. Si tratta di norme che sono ispirate alla trasparenza. 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 parità di condizione fra i vari offerenti. Che tendono a scongiurare la concreta possibilità che partecipazioni plurime rechino pregiudizio alla segretezza delle offerte.

Per le considerazioni esposte, anche con riguardo all'art. 10, comma 1-bis, introdotto con la legge 18 novembre 1998, n. 415, si deve prestare adesione alla giurisprudenza di questo Consiglio (confr., fra le più recenti: V Sez., 2 luglio 2001, n. 3605 e 24 dicembre 2001, n. 6372), secondo la quale la situazione di collegamento fra imprese, che comporta il divieto di partecipazione alla medesima gara d'appalto, deve accertarsi attraverso elementi oggettivi e concordanti, ed è sussistente quando questi riconducano ad un unico centro decisionale o di interesse comune.

3. Poiché è infondata la censura di illegittimità del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, va, del pari, ritenuta priva di fondamento la domanda di risarcimento dei danni che è stata avanzata in conseguenza.

4. Appare invece fondata la doglianza relativa all'illegittimo incameramento della cauzione.

Come si è anticipato, il provvedimento fa applicazione dell'art. 34, comma 7, della citata legge provinciale n. 26 del 1993. Il Comune ha ritenuto imputabile a fatto dell'impresa la mancata stipulazione del contratto ed ha perciò disposto l'incameramento.

E' però da rilevare che la norma in esame prescrive che tutte le offerte siano corredate da una cauzione pari al cinque per cento dell'importo dei lavori, quando la base d'asta superi, come è nel caso in esame, l'importo di 500 milioni di lire. Tuttavia vi si precisa sia che la cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per volontà dell'aggiudicatario, sia che ai non aggiudicatari essa è restituita non appena avvenuta l'aggiudicazione.

Sembra giustificato ritenere che si tratti di una norma di stretta interpretazione. Essa mira a garantire le amministrazioni della Provincia autonoma da inadempimenti successivi all'aggiudicazione e che riguardano, appunto, la fase in cui sorge esclusivamente il rapporto fra i due contraenti, la quale deve portare alla formale conclusione del contratto. Si riferisce perciò al rifiuto di stipulare, a ritardi non giustificati, in contrasto con l'esigenza di definire tempestivamente il vincolo contrattuale e di rispettare i tempi di esecuzione dell'opera. Nel caso di specie, questa fase non ha nemmeno avuto inizio, proprio per l'avvenuto annullamento dell'aggiudicazione. E, se è vero che l'annullamento è stato pronunciato per la

ragione che l'impresa non poteva risultare aggiudicataria, è anche vero che questo effetto deriva da una circostanza che doveva determinare la sua non ammissione alla gara. Il nesso fra comportamento volontario dell'aggiudicatario e mancata sottoscrizione va, dunque, rinvenuto soltanto in fatti posteriori ad un'aggiudicazione alla quale l'amministrazione deve necessariamente far seguito. E la cauzione si pone a garanzia del suo interesse al più sollecito compimento dei lavori, del quale è condizione primaria la sottoscrizione del contratto.

5. In conclusione, mentre la sentenza appellata merita conferma nella parte relativa alla reiezione della prima domanda proposta, essa è da riformare con riguardo alla pronuncia di rigetto del motivo relativo all'incameramento della cauzione. L'appello è perciò da accogliere in parte.

Delle spese si può disporre la compensazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) accoglie in parte l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma,  
dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 1° febbraio  
2002, con l'intervento dei Signori:

\*\*\*\*\*

Presidente

\*\*\*\*\*

Consigliere rel. est.

\*\*\*\*\*

Consigliere

\*\*\*\*\*

Consigliere

\*\*\*\*\*

Consigliere

L'ESTENSORE



IL PRESIDENTE

\*\*\*\*\*

f.to \*\*\*\*\*

IL SEGRETARIO

f.to \*\*\*\*\*

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....01/07/2002.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to \*\*\*\*\*

<https://www.diritto.it/mancata-sottoscrizione-del-contratto-per-fatto-dell-aggiudicatario-situazione-di-controllo-ex-art-2359-cod-civ-non-comporta-l-escussione-della-garanziaannullamento-di-aggiudicazione-e-incameram/>