

Parere n.69 del 03/05/2012

PREC 85/12/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Confcooperative Roma Capitale – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica –Importo a base di gara: 425.160.697,50 euro – Stazione appaltante: Roma Capitale

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 4.4.2012 è pervenuta l'istanza indicata in oggetto, con cui la Confcooperative Roma Capitale ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla disciplina di gara predisposta dal Comune di Roma per l'affidamento del servizio di refezione scolastica.

La gara in questione è suddivisa in 11 lotti ed il bando dispone che ciascuna impresa può partecipare ad uno o più lotti o anche a tutti, ma può rimanere aggiudicataria di massimo due lotti (punto II.1.8.). Il disciplinare di gara prevede che tale limite si applica ai concorrenti “*sia se partecipano singolarmente, sia in raggruppamento temporaneo d'impresе, sia in forma consortile, sia se risultino in rapporti di controllo e collegamento diretto o indiretto, determinati in base ai criteri di cui all'art. 2359 del codice civile, con altri soggetti partecipanti alla gara*”(punto 5, pag.9).

Secondo l'istante, quest'ultima disposizione sarebbe illegittima in quanto imprese collegate, in possesso singolarmente dei requisiti idonei per essere ammesse a concorrere all'aggiudicazione di distinti lotti ed in possesso del *know how* necessario per il conseguimento dell'eventuale aggiudicazione, sarebbero irrimediabilmente discriminati rispetto alle altre imprese singole, stante il limite massimo di due lotti aggiudicabili all'interno del gruppo. In altri termini, se le imprese A, B, C, e D, tra loro collegate, risultassero prime in otto lotti, in virtù della predetta disposizione potrebbero in realtà aggiudicarsene solo due.

Secondo l'istante la previsione di detto limite scaturirebbe da un'interpretazione fuorviante dell'art. 38, comma 1, lettera m-quater): difatti, mentre tale norma dispone l'esclusione dei soggetti che si trovano rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento in una situazione di controllo ex art. 2359 c.c. 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, la stazione appaltante avrebbe reso il collegamento strumento che limita, non la partecipazione, ma l'aggiudicazione. La clausola contestata, infatti, consente la partecipazione a tutte le imprese, anche quelle collegate, ma ne limita la capacità di essere aggiudicatarie. In tal modo la *lex specialis*, da un lato, rappresenterebbe una limitazione alla capacità imprenditoriale e, dall'altro, non consentirebbe alla stazione appaltante di avvantaggiarsi delle migliori condizioni di gestione in ragione di un'evidente ed arbitraria restrizione delle regole del mercato e della concorrenza. A sostegno delle

proprie argomentazioni, l'istante richiama il parere dell'Autorità n. 218/2011 e la giurisprudenza amministrativa.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, la stazione appaltante ha confermato la legittimità della clausola censurata. Preliminarmente l'Amministrazione ha fatto presente che la suddivisione dell'appalto in undici lotti territoriali rispecchia la macro struttura comunale ed agevola le attività di organizzazione e controllo del servizio *de quo* svolte dai Municipi. La previsione contestata è stata inserita a salvaguardia della concorrenza nel mercato di riferimento, in quanto è parso opportuno limitare il rischio che una sola impresa o gruppo di imprese potesse aggiudicarsi l'intera fornitura per un periodo di cinque anni, rafforzando in tal modo in termini economici ed organizzativi la propria posizione sul mercato a scapito degli altri operatori del settore. La disposizione in esame, infatti, garantirebbe all'Amministrazione almeno sei differenti aggiudicatari, mentre la mancanza del limite censurato potrebbe spingere le imprese in forma singola a porre in essere operazioni di scissione con la precipua finalità di concorrere per l'aggiudicazione di più di due lotti. La stessa, inoltre, consentirebbe alla stazione appaltante di differenziare il rischio connesso ad inadempienze o inefficienze gestionali che dovessero verificarsi durante l'esecuzione del contratto.

Quanto alle argomentazioni presentate dall'istante, il Comune le contesta precisando che nel caso in esame si tratterebbe di un'unica gara, come risulta dalla richiesta dei requisiti relativi alla capacità tecnica ed economica, dalle modalità di rilascio delle garanzie provvisorie e definitive e dall'unicità della documentazione di gara. L'Amministrazione, inoltre, chiarisce che la presenza di CIG diversi per gli undici lotti, elemento che confermerebbe secondo l'istante il fatto che si tratta di undici procedure distinte, costituisce in realtà esecuzione delle prescrizioni fissate dall'Autorità con le "Istruzioni relative alle contribuzioni dovute, ai sensi dell'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 dai soggetti pubblici e privati, in vigore dal 1 gennaio 2011", conseguentemente non sarebbe pertinente il richiamo al parere n. 218/2011 dell'Autorità, attenendo ad una fattispecie diversa rispetto a quella in esame.

Ritenuto in diritto

La questione posta dall'istante investe l'interpretazione e la corretta applicazione della *lex specialis*, alla luce delle prescrizioni del D.Lgs. 163/2006 e dei principi che regolano gli affidamenti dei contratti pubblici. L'istante, infatti, chiede di conoscere se nella fattispecie in esame, le imprese collegate tra loro e singolarmente dotate di adeguata capacità tecnica, economica e patrimoniale, partecipando a lotti distinti e, quindi, non in concorrenza tra loro, possano aggiudicarsi ciascuna due lotti.

Sul punto occorre preliminarmente considerare che l'art. 38, comma 1, lettera m-quater) è stato inserito nel corpo del Codice dei contratti pubblici ad opera del D.L. 25.9.2009 n.135 recante "*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*", per adeguare il dettato del D.Lgs. 163/2006 al diritto comunitario. La Corte di Giustizia europea, infatti, ha ritenuto non conforme al diritto comunitario il previgente l'art. 34, comma 2, D.Lgs. 163/2006, il quale prevedeva l'esclusione dalle gare dei concorrenti che si fossero trovati fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., senza possibilità per gli stessi di dimostrare che tale rapporto non aveva influenzato il loro comportamento nella procedura di gara (Corte di Giustizia del 19.5.2009, causa C-538/07). In particolare, la Corte, da lato, ha affermato che in linea generale l'esclusione dei soggetti che si trovano in una situazione tale da alterare la concorrenza non è contraria al diritto comunitario,

dall'altro, però, ha ritenuto che la sanzione dell'esclusione automatica non è proporzionata poiché *“la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale, nella misura in cui estende il divieto di partecipazione a una medesima procedura di aggiudicazione alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluyente sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure, eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza”*. In altri termini, ad avviso del giudice comunitario, il sistema della “presunzione assoluta”, di cui al previgente art. 34, comma 2, D.Lgs. 163/2006, si poneva in contrasto con il principio di proporzionalità *“in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti”*.

L'art. 3 del D.L. n.135/2009, in ossequio a tale indirizzo giurisprudenziale, ha abrogato il citato comma 2, dell'art. 34 ed introdotto l'art. 38, comma 1, lettera m-quater), il quale reca 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*.

A seguito della riforma, quindi, nelle ipotesi di controllo o di collegamento ex art. 2359 c.c., non è più prevista l'esclusione automatica delle imprese che concorrono al medesimo affidamento, ma la stazione appaltante è tenuta verificare se in concreto sussista un condizionamento di un'impresa su un'altra nella formulazione dell'offerta, attivando, a tal fine, un apposito subprocedimento di verifica in contraddittorio con le concorrenti interessate. La *ratio* della norma risiede nell'esigenza di garantire un'effettiva e leale competizione tra operatori economici indipendenti ed autonomi, attraverso l'imposizione di un limite alla partecipazione alle gare a tutte quelle imprese le cui offerte si rivelino in concreto espressione di un unico centro decisionale. Secondo il legislatore, infatti, la mancanza di una reale autonomia nella presentazione delle offerte volte all'aggiudicazione della medesima commessa è idonea a falsificare il confronto concorrenziale.

Nel Codice dei Contratti Pubblici la situazione di controllo o la relazione di fatto di cui al citato art. 38 rileva, quindi, ai fini della partecipazione alla gara e di conseguenza della esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione solo se *la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale*.

Non esiste, invece, alcun limite nel nostro ordinamento che riguardi l'esecuzione dell'appalto da parte di imprese collegate o controllate. Al riguardo può richiamarsi la disposizione dell'art 118, comma 8, D.Lgs. 163/2006 da cui si evince che la situazione di controllo o di collegamento tra imprese non rappresenta una causa ostativa all'esecuzione di un contratto di appalto da parte delle stesse, in quanto il legislatore, evidentemente, considera queste ultime quali distinte realtà giuridiche, in ragione della peculiare natura che caratterizza il gruppo di imprese. In tal senso si è espressa la Cassazione, secondo cui *“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).

Alla luce delle osservazioni appena svolte, non appare condivisibile l'operato della stazione appaltante come censurato dall'istante, in quanto lo stesso non trova fondamento nelle prescrizioni del D.Lgs. 163/2006 né nei principi di ragionevolezza e parità di trattamento che presiedono l'agere della Pubblica Amministrazione.

La clausola censurata, infatti, preclude ai soggetti collegati la cui offerta non sia riconducibile ad un unico centro decisionale, che concorrono all'affidamento di distinti lotti, la possibilità di essere

dichiarati aggiudicatari di più di un lotto, in virtù del mero collegamento fra gli stessi. In tal modo, quindi, il disciplinare di gara ha fatto del collegamento un limite automatico all'aggiudicazione, sebbene il Codice dei contratti pubblici, da un lato, non preveda simile barriera, e, dall'altro, con la novella su richiamata abbia eliminato qualsiasi forma di automatismo tra l'esclusione dalla gara e il collegamento tra le imprese, richiedendo alla stazione appaltante di accertare se in concreto tale collegamento abbia compromesso il regolare e libero confronto concorrenziale. Peraltro si osserva che la clausola censurata non risulta coordinata con le disposizioni del bando di gara e più precisamente con la previsione di cui al punto II.1.8), in cui non vengono menzionati i rapporti di collegamento o controllo ex art. 2359 c.c., ai fini del raggiungimento del limite di aggiudicazione.

Conseguentemente, non si comprende la ragione per cui le suddette imprese, pur venendo ammesse al confronto concorrenziale e, quindi, pur venendo inizialmente considerate dalla stazione appaltante come distinti operatori economici in possesso dei requisiti di ordine generale e speciale richiesti dalla *lex specialis*, siano successivamente valutate in termini unitari ai fini dell'aggiudicazione, perdendo in tal modo la possibilità di risultare affidatarie anche nel caso in cui presentino la migliore offerta.

Infine, si osserva che la clausola censurata finisce con il discriminare le imprese "collegate" rispetto alle imprese "individuali"; infatti, mentre queste ultime possono singolarmente risultare aggiudicatarie di due lotti ciascuna, alle prime detta possibilità è negata, sebbene, come le imprese individuali, siano soggetti dotati di autonoma personalità giuridica.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che nella fattispecie in esame, le imprese controllate o collegate ex art. 2359 c.c., dotate di propria personalità giuridica ed in possesso di adeguata capacità tecnica, economica e patrimoniale, partecipando a lotti distinti e, quindi, concorrendo all'affidamento di contratti diversi, possano aggiudicarsi ciascuna due lotti.

IL PRESIDENTE: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11 maggio 2012

Il Segretario: Maria Esposito