

Parere n.191 del 20/11/2013

PREC 191/13/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Azienda U.S.L. di Rieti – “Procedura aperta per l’appalto della fornitura in opera TAC e ANGIOGRAFI per O.G.P. di Rieti” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Data di pubblicazione del bando: 7.11.2012 – Importo a base d’asta: euro 1.726.000,00 – S.A.: Azienda U.S.L. di Rieti.

Art. 38, comma 1, lett. m-quater D.Lgs. n. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 11 luglio 2013 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l’Azienda U.S.L. di Rieti ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell’esclusione dalla gara in oggetto delle ditte MANTA S.r.l. ed EUROCOLUMBUS S.r.l., disposta sull’assunto “che tra i concorrenti suindicati possa essersi concretizzata una situazione atta ad alterare il regolare svolgimento della gara”.

Durante il controllo della documentazione prodotta dalla MANTA S.r.l. avvenuto nella seduta riservata del 3.7.2013, la commissione giudicatrice ha verificato che erano stati allegati, tra l’altro, certificati del sistema di qualità ISO 13485: 2003 e ISO 9001: 2008 a nome del produttore EUROCOLUMBUS S.r.l. e che la dichiarazione di cui all’Allegato “A-bis”, lett. h) del disciplinare di gara prodotta dalla MANTA s.r.l. era nel senso di non essere “a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all’art. 2359 c.c. e di aver formulato l’offerta autonomamente”. Con riferimento alla EUROCOLUMBUS, invece, questa ha dichiarato di “non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all’art. 2359 c.c. con alcun soggetto e di avere formulato l’offerta autonomamente”. Pertanto, ipotizzando la possibilità di un’alterazione del regolare svolgimento della gara, la Commissione di gara ha disposto l’esclusione dei suddetti concorrenti chiedendo un parere in merito alla legittimità del provvedimento adottato.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 5 agosto 2013, la EUROCOLUMBUS S.r.l. ha escluso categoricamente ogni forma di collegamento con la MANTA S.r.l..

Considerato in diritto

La questione oggetto del presente esame concerne la legittimità dell’esclusione dalla gara in oggetto di due ditte, disposta dalla stazione appaltante sull’assunto che le offerte da queste presentate possano essere imputate ad un unico centro decisionale.

L’articolo 38, comma primo, m-quater), del D. Lgs. n. 163/2006, stabilisce che “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure ... i soggetti ... 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”; il successivo comma secondo, nell’ultimo inciso, prevede poi che “Ai fini del comma 1, lettera m-quater), il concorrente allega, alternativamente: a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all’articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l’offerta autonomamente; b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di

cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente. Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica”.

L'articolo 4.1 del disciplinare di gara (Requisiti di partecipazione) prevede, al riguardo, che “Gli operatori economici partecipanti dovranno dichiarare, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, di essere in possesso di tutti i requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38, comma 1, lettere da a) ad m-quater, commi 1-bis, 1-ter, 2, 3, 4 e 5 del D.Lgs. n. 163/2006. A mero titolo esemplificativo...sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento...e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che:...si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento in una situazione di controllo di cui all'art. 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”.

In base all'art. 38, la sanzione espulsiva è subordinata alla verifica in concreto dell'effettiva incidenza causale di tali situazioni sull'autonomia decisionale dei soggetti interessati, che dovrà essere effettuata autonomamente da parte della stazione appaltante.

Si rammenta, in proposito, che la Corte di Giustizia CE (C. giust. CE, sez. IV, 19 maggio 2009 in C-538/07, richiamata da Consiglio di Stato, sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3637), pronunciandosi sul d.lgs. n. 157/1995, ha ritenuto incompatibile con il diritto comunitario (e segnatamente con la direttiva 92/50/CEE) la disciplina nazionale facente divieto in assoluto della partecipazione alla medesima gara di appalto di imprese trovatesi tra loro in una situazione di collegamento. Ha osservato, in particolare, la Corte di Giustizia che non si può impedire, *a priori*, una disciplina nazionale delle cause di esclusione dalle gare di appalto più severa di quella comunitaria, la quale prevede le cause di esclusione come facoltative. Pertanto, non è senz'altro illegittima la disciplina italiana, che prevede cause di esclusione obbligatorie. Tuttavia, la maggiore severità della disciplina nazionale, da un lato, deve trovare giustificazione nell'esigenza di una migliore tutela della concorrenza, della trasparenza e della *par condicio*, dall'altro, incontra un limite nel principio di proporzionalità.

Facendo applicazione di tali coordinate alla disciplina nazionale in tema di controllo di imprese e gare di appalto, la Corte di Giustizia ha rilevato che la legislazione italiana prevede una esclusione “automatica”, in quanto il solo fatto che vi sia una situazione di controllo preclude la partecipazione alla medesima gara e obbliga la stazione appaltante a dichiarare l'esclusione: tale automatismo, secondo la Corte, implica una presunzione assoluta di reciproca influenza nella formulazione delle offerte in gara; esso ostacola la libera concorrenza nel mercato comunitario e contrasta con il principio di proporzionalità, in quanto non si 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. Le imprese controllate – questo è il ragionamento della Corte – potrebbero godere comunque di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti; inoltre, i rapporti tra imprese di un medesimo gruppo potrebbero essere disciplinati da disposizioni particolari, ad esempio di tipo contrattuale, atte a garantire tanto l'indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte che siano poi presentate contemporaneamente dalle imprese in questione nell'ambito di una medesima gara d'appalto.

Proprio in adeguamento ai principi statuiti dalla decisione citata, il legislatore italiano ha apportato correttivi alla disciplina previgente, sicché l'art. 34, comma 2, del d.lgs n. 163/2006 (che prevedeva l'esclusione automatica dei concorrenti le cui offerte fossero risultate imputabili ad un unico centro decisionale sulla base di univoci elementi) è stato abrogato dal d.l. n. 135/2009 (convertito nella legge n. 166/2009) e la relativa disciplina è stata sostituita dalla riformulazione dell'art. 38, comma

1, cui è stata aggiunta la lettera *m-quater* (si veda, per una ricognizione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, Cons. St., sez. VI, n. 844/2012, in cui si conclude: a) che il Codice dei contratti attualmente non contempla come causa di esclusione il controllo formale *ex se*, ma ogni situazione di controllo e collegamento, sia esso formale o sostanziale, solo se vi sia la prova, sulla base di univoci elementi, che le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale; b) che la stazione appaltante può inserire *nella lex specialis* previsioni di esclusione per le ipotesi di collegamento sostanziale).

Il codice dei contratti pubblici è stato, quindi, come si è visto, adeguato alla citata pronuncia della Corte di Giustizia, e attualmente non contempla come causa di esclusione il controllo formale *ex se*, ma ogni situazione di controllo e collegamento, sia esso formale o sostanziale, solo se vi sia la prova, sulla base di univoci elementi, che le offerte siano riconducibili ad un "unico centro decisionale".

Nel caso di specie, quindi, l'eventuale esclusione dalla gara delle imprese MANTA ed EUROCOLUMBUS potrà essere disposta soltanto sulla base di una serie di oggettivi elementi tra loro concorrenti, idonei a configurare *iuris tantum* l'esistenza di un rapporto di collegamento sostanziale tra di esse, e quindi a far ragionevolmente presumere che le due offerte fossero riconducibili ad un "unico centro decisionale". Nella fattispecie, però, non può essere data rilevanza esclusiva e determinante ad un solo elemento quale quello sopra indicato.

Al riguardo, rileva la memoria della EUROCOLUMBUS srl, acquisita agli atti di questa Autorità in data 12.8.2013, che declina alcuni aspetti che meritano un attento vaglio da parte della S.A., quali: l'inesistenza di alcuna forma di controllo o collegamento societario con la società Manta srl, come evidenziato dalla copia del certificato di iscrizione alla C.C.I.A.A. di Milano allegata; l'inesistenza di partecipazioni della stessa in altre società e tantomeno in MANTA srl; l'assoluta distinzione ed indipendenza delle rispettive strutture e dei rispettivi management; il fatto che la EUROCOLUMBUS vende alcuni prodotti in regime di OEM alla MANTA, senza alcun tipo di vincolo; il fatto che la EUROCOLUMBUS vende alcuni modelli esclusivamente con il proprio marchio sia per motivi di prestigio che per motivi strategici.

Da ultimo, si consideri che, nel caso si addivenga all'esclusione, la segnalazione a questa Autorità, a parere della giurisprudenza, costituisce un atto dovuto, consequenziale all'accertamento della sussistenza del fatto previsto dalla legge come causa di esclusione dalla gara (cfr. le determinazioni di questa Autorità n. 1/2005 e n. 1/2008). La segnalazione all'Autorità va fatta, invero, non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale (cfr. Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5792; Id., sez. V, 12 febbraio 2007, n. 554).

Al riguardo, è bene ribadire, l'elemento evidenziato dall'istante nella richiesta di parere, non integra di per sé quegli indizi gravi, precisi e concordanti che sono alla base del collegamento sostanziale e quindi della applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. *m-quater* del Codice degli Appalti. Costante è la giurisprudenza in materia, nel ritenere la necessità della presenza di elementi univoci e concordanti integranti l'ipotesi della partecipazione e conseguente esclusione da una gara in caso di "collegamento sostanziale": tra le più recenti, cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, 22 febbraio 2013, n. 1091 che intercetta ogni situazione di controllo e collegamento, formale o sostanziale, accompagnata da univoci elementi di prova che le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale, prescrivendo altresì che la verifica e l'eventuale esclusione siano disposte dalla stazione appaltante soltanto dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica (in giurisprudenza si veda, in tal senso anche: Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2010 n. 3637; Id., sez. VI, 25 gennaio 2010 n. 247).

A quest'ultimo riguardo, si evidenzia che ogni decisione prematuramente adottata dalla commissione di gara risulterebbe viziata, in quanto cronologicamente anteriore all'esame delle offerte economiche delle due concorrenti sospettate di trovarsi in situazione di collegamento e priva, in ogni caso, di adeguata istruttoria e motivazione in ordine all'effettiva incidenza dei rapporti tra le due società sul contegno assunto nella gara; che, nel doveroso esame della reciproca

posizione delle due concorrenti, la stazione appaltante dovrà valutare le circostanze evidenziate nella memoria prodotta dalla EUROCOLUMBUS srl ed ogni altro elemento utile, in aggiunta al contenuto delle offerte economiche delle concorrenti sospettate di trovarsi in rapporto di collegamento, onde stabilirne la riconducibilità ad un medesimo centro di interessi.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- che la sanzione espulsiva è subordinata alla verifica in concreto dell'effettiva incidenza causale della situazione evidenziata sull'autonomia decisionale dei soggetti interessati, che dovrà essere effettuata autonomamente da parte della stazione appaltante;
- che nella fattispecie non può essere data rilevanza esclusiva e determinante all'unico elemento evidenziato dalla stazione appaltante;
- che la verifica e l'eventuale esclusione potranno essere disposte dalla stazione appaltante soltanto dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica;
- che la stazione appaltante dovrà valutare le circostanze evidenziate nella memoria prodotta dalla EUROCOLUMBUS srl ed ogni altro elemento utile, in aggiunta al contenuto delle offerte economiche delle concorrenti sospettate di trovarsi in rapporto di collegamento, onde stabilirne la riconducibilità ad un medesimo centro decisionale.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 dicembre 2013

Il Segretario Maria Esposito