

SULLA ESCLUSIONE DALLA GARA DI APPALTO AI SENSI DEL COMBINATO DISPOSTO DI CUI AGLI ARTICOLI 80 COMMA 5 LETT. M) DEL D.LGS N. 50/16 LETT M) E 2359 C.C.

Il Caso: la società X riceveva la comunicazione di *AVVIO DEL PROCEDIMENTO DI REVOCA AGGIUDICAZIONE* con cui veniva contestata la violazione dell'art. 80 comma 5° lett. m) del D.Lgs. 50/16 lett. m) che fa divieto di partecipare alla medesima gara ai concorrenti che si trovino tra di loro in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in qualsiasi altra relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comportino che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

Rivoltasi allo studio legale, veniva redatta e depositata memoria difensiva, con cui veniva richiesta all'Autorità comunale l'archiviazione del procedimento per la mancata prova del collegamento tra la società aggiudicatrice e l'altra impresa partecipante al bando.

L'Autorità Comunale accoglieva la richiesta e confermava l'aggiudicazione della gara alla impresa X.

Di seguito le questioni giuridiche trattate nella difesa.

L'art. 80 comma 5 lett. m) Dlgs n. 50/2016, recita: *“5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: (...omissis....) m) l'operatore economico si trovi 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”*.

Come noto in forza di tale disposizione, sono sanzionate con l'esclusione dalla gara non solo le ipotesi di collegamento formale tipizzate dall'art. 2359 cod. civ., ma anche le situazioni di cosiddetto collegamento sostanziale, le quali, attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla selezione ad un unico centro decisionale, possono mettere in pericolo il rispetto delle regole generali di *par condicio*, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione.

Il legislatore ha inteso evitare il rischio di ammettere alla gara soggetti che, in quanto legati da stretta e stabile comunanza di interessi, non sono ritenuti capaci di formulare offerte caratterizzate dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità. Tuttavia, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, la riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale può essere affermata dalla stazione appaltante **solo in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti, che, nel caso sottoposto al vaglio dello studio legale, analizzate le visure camerali delle due società partecipanti alla gara, non risultavano sussistere, essendo provata invece la mancanza di qualsivoglia collegamento tra l'amministrazione della società vincitrice e l'altra società partecipante alla gara.**

Peraltro, e come evidenziato nella memoria difensiva, è fatto notorio che la Corte di Giustizia Europea (C.E.D.U.) ha avuto modo di pronunciarsi sul previgente codice degli appalti (D. Lgs. n. 157 del 1995), giudicando la normativa italiana, in materia di appalti di servizi, incompatibile con il diritto comunitario, e segnatamente con la Direttiva 1992/50/CE, nella parte in cui vietava in assoluto la partecipazione alla medesima gara d'appalto di imprese che si trovassero in una situazione di collegamento. Secondo la Corte, il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara (Corte Giust. CE, sent. 19 maggio 2009, in C-538/07, As- s.r.l.).

I principi esposti dalla Suprema Corte di Giustizia, come debitamente evidenziato nella memoria difensiva, sono immediatamente applicabili in ogni Stato Membro e di conseguenza vi si devono uniformare tutte le amministrazioni pubbliche italiane.

Oggi pertanto viene prescritto che la verifica e l'eventuale esclusione dalla gara di appalto siano disposte dalla stazione appaltante solo dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica. Sotto il profilo procedimentale, a seguito della

pronuncia della Corte di Giustizia, **non è più consentito alle stazioni appaltanti di sanzionare il collegamento tra imprese mediante l'esclusione automatica dalla procedura selettiva, ma occorre accertare se, in concreto, tale situazione abbia influito o meno sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della gara, consentendo alle imprese interessate di dimostrare nell'apposito sub-procedimento l'insussistenza di rischi di turbativa della selezione** (così, da ultimo: TAR Piemonte, sez. I, 6 marzo 2015 n. 430; nel senso della necessità di un accertamento in contraddittorio con le imprese concorrenti; si vedano inoltre TAR PIEMONTE Sez. II Sentenza 10.07.2015, n.1214; TAR Lazio, sez. II, 8 maggio 2014 n. 4810; Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2010 n. 247; TAR Lazio Roma, Sez. 2 Sent. 16.01.2017, n. 275).