



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 95, co. 2 lett. d) del d.lgs. 36/2023 - Richiesta di parere.

UPRE-CONS-0038/2024

FUNZ CONS 18/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 19 dicembre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 113539, trattata ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018 come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 23 aprile 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Allo stesso modo, esula dalla sfera di competenza dell'Autorità fornire alle stazioni appaltanti l'interpretazione autentica degli atti di gara (e contrattuali) dalle stesse predisposti (in tal senso parere AG 9/2017/AP e parere Funz Cons n. 47/2022).

Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

.....OMISSIS..... rivolge istanza di parere all'Autorità in relazione al caso della partecipazione contemporanea ad una gara di un consorzio di cui all'art. 65, co. 2 lett. b) e c) del d.lgs. n. 36/2023 e di più imprese singole ad esso consorziate, nel caso specifico in cui i titolari delle consorziate partecipanti risultino essere componenti, senza deleghe, del consiglio d'amministrazione del consorzio e rappresentino la maggioranza all'interno del consorzio. La stazione appaltante chiede di avere un chiarimento sulla possibilità di applicare, nel caso evidenziato, la causa di esclusione non automatica di cui all'art. 95, co. 1 lett. d) del d.lgs. n. 36/2023 riguardante la sussistenza di «*rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara*».

Nel caso di specie, quindi, l'elemento che assume rilevanza ai fini della valutazione della questione posta riguarda la possibilità di configurare un unico centro decisionale in una situazione in cui i titolari delle imprese consorziate figurino anche quali componenti del consiglio d'amministrazione del consorzio, seppur senza deleghe, e ne rappresentino la maggioranza, ai fini dell'applicabilità della causa di esclusione di cui all'art. 95, co. 1 lett. d) del d.lgs. n. 36/2023.

Occorre premettere che, come evidenziato nella Relazione al d.lgs. 36/2023, l'art. 67, co. 4 del nuovo codice dei contratti pubblici supera il divieto, presente nel codice previgente, di partecipare in

qualsiasi altra forma alla medesima gara da parte del consorzio necessaria in considerazione della procedura di infrazione n. 2018/2213, che ha avuto ad oggetto il divieto di partecipazione plurima nel caso di avvalimento. Tale divieto è stato ritenuto incompatibile con il principio di proporzionalità in quanto non consente agli operatori economici di dimostrare che la circostanza non ha influito sul loro comportamento nell'ambito della procedura di gara, né incide sulla loro capacità di rispettare gli obblighi contrattuali. Inoltre, la Corte di Giustizia aveva già avuto modo di affermare che «i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti» (Corte di Giustizia, sez. IV, 19 maggio 2009, in causa C-538/07, oltre che, con riferimento specifico ai consorzi stabili, 23 dicembre 2009, in causa C-376/08). La citata sentenza della Corte nella causa C-538/07 affermava anche il principio secondo cui 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 loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara». Dunque nel nuovo codice, in luogo del divieto di partecipazione plurima, è stata inserita la disposizione per cui la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorzio designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti della causa escludente dell'unico centro decisionale, sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali (v. Relazione cit.).

L'esclusione dalla gara non discende dunque in via automatica per il solo fatto della partecipazione contemporanea alla gara del consorzio e del consorzio indicato come esecutore. Come rilevato dalla Corte di Giustizia, «la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente», ma occorre che siano ravvisati "rilevanti" indizi atti a comprovare la sussistenza di un unico centro decisionale, come richiesto dall'art. 95 co. 1 lett. d) del d.lgs. 36/2023. In particolare, la norma, nel riprodurre con alcune modifiche la previsione già contenuta all'art. 80, co. 5 lett. m) del codice previgente, fa riferimento al fatto che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale "a cagione di accordi intercorsi con gli operatori economici partecipanti alla stessa gara". La Relazione al codice specifica che «Si è fatto riferimento agli accordi, quale presupposto della ricorrenza dell'unico centro decisionale che ha influenzato il contenuto delle offerte presentate, in ragione dell'espressione utilizzata nella stessa direttiva, già ritenuta comprensiva di eventuali situazioni di controllo e collegamento societario». La direttiva 2014/24/UE reca infatti all'art. 57 la previsione di esclusione del concorrente se l'amministrazione «dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza».

In tema di "unicità del centro decisionale", la più recente giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 353) ha ribadito i principi consolidati in materia, per cui «la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce *ex se* elemento idoneo a violare i generali principi in tema di par condicio, segretezza e trasparenza delle offerte [...]» (Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496). È stato quindi delineato il percorso istruttorio che la stazione appaltante deve svolgere per la verifica della esistenza di un unico centro decisionale: a) la verifica della sussistenza di situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ.; b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un 'unico centro decisionale' da effettuare *ab externo* e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli

assetto societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non è possibile, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale (Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2023, n. 5107; Cons. Stato, V, 3 gennaio 2019, n. 69, che richiama Cons. Stato, V, 10 gennaio 2017, n. 39). Si rivela, dunque, dirimente in siffatte evenienze una puntuale verifica sulle concrete implicazioni che un tale rapporto possa aver avuto sul comportamento degli operatori nell'ambito della specifica procedura di gara e, segnatamente, quanto al confezionamento delle offerte. La *ratio* della norma è quella, infatti, di evitare il (rischio di un) previo accordo tra gli offerenti (appartenenti al medesimo gruppo o centro di interessi economici), che comprometterebbe la segretezza reciproca delle offerte e la serietà del confronto concorrenziale (Cons. Stato, sez. III, 7 giugno 2022, n. 4625)».

Nel caso oggetto del presente parere, la stazione appaltante, al fine di valutare la sussistenza di indizi rilevanti della "unicità del centro decisionale", e la conseguente applicabilità della causa di esclusione di cui all'art. 95, co. 1 lett. d), riferisce il caso in cui i titolari delle consorziate partecipanti alla gara rivestano altresì il ruolo di componenti, sebbene senza deleghe, del consiglio d'amministrazione del consorzio, rappresentandone la maggioranza. In proposito, si rappresenta che secondo la giurisprudenza «non rileva il fatto che le deleghe per la partecipazione alle gare siano assegnate ad altro soggetto, atteso che gli intrecci fra gli organi amministrativi assumono (significativo) rilievo indiziario nell'individuazione dell'unico centro decisionale a prescindere dalle deleghe specifiche sulle gare» (Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2022, n. 2560). E' stato anche affermato che «la comunanza dell'organo di vertice fra due imprese partecipanti alla procedura selettiva costituisce elemento che, per la sua consistenza e gravità, può considerarsi idoneo e sufficiente, anche di per sé solo, a denunciare l'esistenza di una relazione di fatto tra i concorrenti interessati tale da far ritenere che le rispettive offerte possano provenire da un unico centro decisionale (con potenziale violazione dei principi di segretezza delle offerte e di *par condicio* fra i concorrenti), e che scarsamente rilevanti sono le considerazioni in ordine all'assetto interno delle società in questione» (Cons. Stato, Sez. III, 10 maggio 2017, n. 2173).

Resta il fatto che, alla stregua di quanto affermato dalla Corte di Giustizia UE, è da escludere «che rapporti di mero collegamento formale possano dimostrare di per sé l'esistenza e/o la potenzialità del condizionamento, dovendo alle imprese sempre essere consentito dimostrare l'inefficacia di tali rapporti» (Cons. Stato, VI, 22 febbraio 2013, n. 1091), dovendo quindi sempre ammettersi la possibilità alle interessate di offrire la prova contraria in contraddittorio;

In conclusione, spetta alla stazione appaltante valutare gli elementi in suo possesso alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza, attribuendo rilievo ai legami esistenti fra le imprese consorziate e il consorzio, con l'avvertenza che deve essere riconosciuta agli operatori economici la possibilità di dimostrare che tale circostanza non ha influito sulla gara né è idonea ad incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, ogni valutazione a codesta stazione appaltante, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente