

*Sezione III*

**Atti di regolazione e determinazioni**

**Natura dei termini per gli adempimenti previsti per i soggetti ammessi alle gare ed ulteriori questioni interpretative relative all'applicazione dell'articolo 10, comma 1 *quater*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni**  
(Deliberazione del 30 marzo 2000)

In data 8 marzo 2000, presso l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, si è tenuta un'audizione in merito alle questioni interpretative derivanti dall'applicazione dell'ipotesi di cui all'art. 10, comma 1 *quater*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, sollevata anche da quesiti e segnalazioni di stazioni appaltanti.

*Premesso*

In base a quanto disposto dal comma 1 *quater* dell'art. 10 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, aggiunto dall'art. 3, comma 1, della legge 18 novembre 1998, n. 415, i soggetti aggiudicatori, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10% delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro 10 giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti dal bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nelle domande di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del condorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto alla Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 4, co. 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 8, co. 7 della legge n. 109/94. La suddetta richiesta è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi tra i concorrenti sorteggiati; nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni, si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia delle offerte ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione. Con riferimento all'indicata normativa sono emersi comportamenti non uniformi delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle concrete modalità di espletamento della verifica, all'ambito ed ai presupposti del procedimento relativo ed alle modalità della documentazione dei requisiti.

Si è ritenuto conseguentemente di indire l'audizione ricordata, al fine di:

1. definire la natura del termine di cui all'art. 10, comma 1 *quater* della legge in esame;
2. definire l'ambito di applicazione del procedimento ivi previsto;
3. individuare i presupposti al cui verificarsi si ricollegano le previste misure sanzionatorie;

*Sezione Terza*

4. accertare se trovi applicazione al procedimento indicato la normativa sull'autocertificazione ed individuare gli atti e la documentazione che i partecipanti alle gare sono tenuti a presentare.

E tanto alla luce, altresì, del regolamento sulla qualificazione 25 gennaio 2000 n. 34.

*Considerato*

Finalità evidente della indicata normativa (art. 10, co. 1 *quater*, l. n. 109/94 e successive modifiche) è quella di consentire alle stazioni appaltanti l'immediata esclusione dalle gare di appalto dei partecipanti che non siano in possesso dei requisiti richiesti, relativamente alla capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, e ciò per ragioni di speditezza del procedimento ed al fine, altresì, di evitare che le relative offerte possano influenzare la successiva fase di determinazione della soglia di anomalia delle offerte presentate. In relazione a tali finalità, sono da condividere le indicazioni contenute nella circolare del Ministero dei lavori pubblici prot. 1285/508/333 del 25 ottobre 1995, relative all'obbligatorietà dell'attivazione del procedimento di verifica ed alla sua applicabilità ai soli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi. Non sembra, infatti, che la norma, per come è formulata — con l'impiego dell'indicativo presente — lasci spazio di valutazione alla stazione appaltante, che è tenuta, pertanto, ad effettuare il controllo, mentre rientra nella sua discrezionalità la sola determinazione relativa al numero delle imprese da verificare che, in ogni caso, non può essere inferiore al dieci per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore.

Analogamente, poi, è da ritenere che l'esplicito riferimento ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi porti ad escludere — per il principio di tassatività delle sanzioni — che gli effetti correlati al mancato adempimento possano estendersi anche al caso di contestuale controllo, disposto dalla stazione appaltante, dei requisiti di carattere generale. Con riferimento ai medesimi, e se non comprovati, può procedersi, in via di autotutela, alla sola esclusione dalla gara per l'impresa inadempiente, senza l'applicazione alla stessa delle ulteriori sanzioni per tale caso non specificamente disposte, salvo ovviamente l'obbligo di denuncia dei fatti costituenti reato.

Sorge, invece, questione se le sanzioni possono essere irrogate solo nel caso in cui siano stati rispettati i preventivi adempimenti fissati dalla norma per l'individuazione delle imprese da controllare a seguito di pubblico sorteggio, dopo aver disposto l'esclusione immediata di quelle le cui offerte sono da ritenere, già nella prima fase, obiettivamente inammissibili. A tale quesito deve darsi risposta affermativa, in quanto l'individuazione dei soggetti da sottoporre a verifica costituisce adempimento necessario per l'individuazione dei soggetti cui possono essere irrogate le 'sanzioni' tutte previste dalla legge.

È da ritenere, inoltre, preclusa la possibilità di sottoporre a verifica soggetti non sorteggiati, salvi ovviamente quegli accertamenti che su quei soggetti — ove si rendano aggiudicatari — saranno disposti all'esito della procedura e in osservanza di precise indicazioni normative.

Non è più attuale, invece, la questione prospettata quando era necessaria, in ordine al possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organiz-

*Atti di regolazione*

zativi, l'esibizione del certificato di iscrizione all'Albo dei costruttori, se l'avverbio 'eventualmente' contenuto nella norma in esame fosse pleonastico, come ritenuto nella citata circolare del Ministero dei lavori pubblici.

Per quanto concerne il procedimento di verifica, è da premettere che la sua obbligatorietà riguarda tutte le procedure di gara con almeno due concorrenti ed ancorché relative ad appalti di valore pari o inferiore ad un milione di ECU, se i partecipanti non abbiano le attestazioni di cui al nuovo sistema di qualificazione. Il procedimento in esame non ha, invece, luogo nel caso di aggiudicazione a trattativa privata, ancorché la stessa sia stata preceduta da una gara informale, in quanto in tal caso non si procede a determinazione della media. La determinazione del numero delle imprese da assoggettare a verifica, come esattamente rilevato dal Ministero, deve avvenire con riferimento alle domande di partecipazione che siano state previamente considerate ammissibili. Se è pur vero, infatti, che la norma si riferisce testualmente alle offerte «presentate», è altrettanto vero, tuttavia, che una sua ragionevole interpretazione non può che implicare il solo riferimento alle offerte che siano state previamente ammesse alla gara, stante l'inutilità di considerare, ai fini della verifica a campione, quelle che manchino dei necessari presupposti formali o documentali, previsti dal bando, per poter essere prese in esame. Ed al riguardo va anche tenuto presente che l'indicazione normativa relativa alle buste, prima della cui apertura deve essere effettuato il controllo, è da ritenersi riferita alle buste contenenti l'offerta economica ed inserite nei plichi, unitamente alla domanda di partecipazione corredata con la documentazione concernente la qualificazione alla partecipazione stessa e la cauzione.

Concretamente, le stazioni appaltanti, dopo avere aperto i plichi, dovranno accantonare e adeguatamente custodire le buste contenenti l'offerta economica; verificata l'ammissibilità delle domande proposte, devono procedere ad individuare mediante sorteggio pubblico, tra le domande ritenute ammissibili, quelle relative alle imprese da controllare, sospendendo il procedimento per il tempo previsto dal bando e comunque superiore ai dieci giorni successivi all'inoltro della richiesta della documentazione indicata nel bando. La realtà delle gare ha evidenziato, in ordine alla presentazione della documentazione probatoria, il problema dei limiti alle richieste di documenti da parte delle stazioni appaltanti.

Questo problema riguarda sia la possibilità di richiedere certificazione relativa a fatti, la fonte documentale dei quali è nel possesso dell'amministrazione (requisiti, elenchi ecc.), sia la possibilità dei partecipanti alle gare di far riferimento a documenti già esibiti all'amministrazione. Ne costituisce corollario il quesito se le anzidette fonti documentali o i documenti debbano essere in possesso della stessa stazione appaltante ovvero siano oggetto possibile di riferimento anche se in possesso di separati uffici della stessa o di altra amministrazione.

In ordine al primo problema deve ritenersi applicabile l'art. 10 della legge 4 gennaio 1968, n. 15 il quale stabilisce: «Le singole amministrazioni non possono richiedere atti o certificati concernenti fatti, stati e qualità personali che risultino attestati in documenti già in loro possesso o che esse stesse siano tenute a certificare.».

## Sezione Terza

Deve, altresì, ammettersi la possibilità per l'impresa di adempiere all'obbligo probatorio depositando nei termini dichiarazione circa il possesso da parte della stazione appaltante dei documenti richiesti, ove conservino validità ed ovviamente sotto la propria personale responsabilità per eventuali difformità da sopravvenuti dati reali (art. 18 legge 7 agosto 1990, n. 241, confermata dall'art. 7 DPR 20 ottobre 1998, n. 403).

Circa il quesito posto come corollario, è coerente con principi di funzionalità e stante il riferimento normativo al «possesso» da parte dell'amministrazione che le fonti documentali ed i documenti ai quali il partecipante alla gara può fare riferimento sono quelle in possesso dell'apparato amministrativo cui appartiene l'Ufficio che svolge le funzioni di stazione appaltante, mentre non vi è possibilità materiale e non è quindi configurabile una potenzialità giuridica di «possesso» riferito ad altre pubbliche amministrazioni. Dalla formulazione del testo della norma e dalla *ratio* sottesa alla stessa si evince, poi, che il termine di dieci giorni entro cui occorre documentare i requisiti indicati è da considerare perentorio ed improrogabile; nel senso che il suo obiettivo decorso, senza che il sorteggiato abbia fatto pervenire alla stazione appaltante la necessaria documentazione, implica l'automatico effetto dell'esclusione dalla gara, dell'incameramento della cauzione provvisoria e della segnalazione alla Autorità di vigilanza. Né assume rilievo l'effettivo possesso dei requisiti da parte dell'impresa, ovvero la documentazione degli stessi successivamente al decorso dei dieci giorni assegnati, dato che, per come è formulata la norma, rileva, al fine della produzione degli effetti indicati, il solo dato obiettivo e formale dell'inadempimento nel termine prescritto.

Sul punto, appaiono condivisibili le indicazioni del rappresentante dell'ufficio legislativo del Ministero dei lavori pubblici relative alla natura dell'incameramento della cauzione. La dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto, prima della entrata in vigore della legge-quadro sui lavori pubblici, che la cauzione provvisoria dovesse servire come garanzia per l'amministrazione dell'adempimento da parte dell'aggiudicatario dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto. Il suo incameramento, nel caso di inadempimento all'obbligazione indicata, dava luogo ad un risarcimento forfettizzato del pregiudizio che si riteneva presuntivamente fosse derivato all'amministrazione. Con l'introduzione del comma 1 *quater* dell'art. 10 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, la previsione relativa all'incameramento della cauzione provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario, assumendo in tal modo una funzione di garanzia, non più in riferimento alla stipula del contratto, sebbene alla serietà ed affidabilità dell'offerta. In ogni caso, come è stato riconosciuto da quasi tutti gli *interventori* nel corso dell'audizione, la formulazione della norma non lascia spazio ad alcuna valutazione discrezionale per la stazione appaltante, dovendo la stessa, al verificarsi dell'inadempimento, procedere all'esclusione dalla gara ed all'incameramento della cauzione, oltre che alla segnalazione alla Autorità di vigilanza per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 4, co. 7, l. n. 109/94.

L'automatismo e il carattere sanzionatorio degli adempimenti ora descritti non precludono tuttavia la prospettazione di una duplice attenuazione degli effetti sopra indicati. La prima riguarda l'ipotesi che, ad istanza

*Atti di regolazione*

dell'impresa, sia comprovata la non imputabilità alla stessa della omissione o del ritardo. In questa ipotesi, viene meno lo stesso riferimento all'impresa del comportamento materiale che è a presupposto della sanzione. Equiparabile è il caso in cui non sussistano gli estremi della fattispecie prevista dalla legge. Così nell'ipotesi in cui si tratti di mancata prova del possesso dei requisiti generali o di errore della stazione appaltante nel ritenere non provato il possesso dei requisiti richiesti. Si ritiene allora ammissibile in sede amministrativa, nei limiti in cui si è verificata una situazione di impossibilità non imputabile all'impresa — comunque da valutare con estremo rigore sotto il profilo soggettivo ed oggettivo — l'esercizio dei poteri di autotutela con restituzione della cauzione già incamerata.

La seconda attenuazione è configurabile nel momento successivo della concreta irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 7 dell'art. 4 della legge quadro da parte dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, assumendo rilevanza in tal caso, oltre all'inadempimento, la mancanza di «giustificati motivi».

Diversa ipotesi normativa è quella della richiesta della documentazione di cui trattasi all'aggiudicatario provvisorio ed al secondo graduato, nel caso in cui gli stessi non siano stati già in precedenza sorteggiati. Qui la norma pone il termine di dieci giorni, ma per l'attività amministrativa intesa alla richiesta della documentazione di cui trattasi, termine cui non può riconoscersi che natura sollecitatoria, in quanto riferito all'attività di pubblici poteri e senza sanzione di decadenza.

L'amministrazione può certo fissare nella richiesta un termine per l'adempimento da parte delle imprese e la scadenza del termine porta all'adozione dei provvedimenti tutti previsti per l'altra ipotesi prima esaminata. Senonché, non essendo fissato per legge un tempo massimo e non superabile ed avendo quello determinato dall'amministrazione funzione di tutela degli interessi della amministrazione stessa, questa può valutare anche la coerenza con questi interessi stessi di iniziative di correzione od integrazione di documenti e la stessa possibilità — prospettata dal Ministero dei lavori pubblici — di addivenire ugualmente alla stipulazione del contratto con il primo o, in subordine, con il secondo graduato, la cui offerta sia la più vantaggiosa, qualora sia stata dagli stessi, sia pure tardivamente, fornita la prova relativa al possesso dei requisiti in esame.

Da ultimo è da precisare che nell'ipotesi in cui l'aggiudicatario provvisorio o il secondo classificato non comprovi il possesso dei requisiti sarà necessaria una nuova determinazione della soglia di anomalia delle offerte e, come afferma l'ultima parte dell'articolo 10, comma 1 *quater*, «la conseguente eventuale nuova aggiudicazione». Qualora il procedimento di verifica abbia dato esito negativo in ordine al secondo graduato e dal ricalcolo della media, successivo all'esclusione della sua offerta, sia derivata l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario provvisorio, non si provvederà all'aggiudicazione definitiva allo stesso, ma l'appalto dovrà essere aggiudicato all'impresa meglio classificata sulla base della nuova media, previa, ovviamente, verifica del possesso dei requisiti da parte del nuovo aggiudicatario.

La stessa procedura e le stesse determinazioni saranno assunte nel caso che entrambi — primo e secondo classificato — non forniscano la prova del possesso dei requisiti. In tutti i casi in cui si ridetermini la media, rimane

## Sezione Terza

all'amministrazione la facoltà di scegliere tra procedere all'aggiudicazione oppure dichiarare deserta la gara alla luce degli elementi economici desumibili dalla nuova media come rideterminata.

Va precisato, inoltre, che per gli appalti di importo pari o superiore al controvalore in euro di 5 milioni di DSP, si deve procedere alla determinazione della soglia di anomalia una sola volta, in quanto in tal caso non è consentita l'esclusione automatica delle offerte anomale, ma si deve procedere alla verifica progressiva, cominciando da quella più conveniente per la stazione appaltante, della congruità delle offerte stesse, oltre che del possesso dei requisiti di carattere economico-finanziario da parte di quello considerato migliore offerente (art. 21, co. 1 *bis*, l. n. 109/94).

Quanto, infine, alla possibilità di documentare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi facendo ricorso all'autocertificazione, non sembra che vi siano difficoltà di carattere generale all'applicazione della relativa normativa; resta, tuttavia, il fatto che il ricorso all'autocertificazione, sulla base della legge vigente, è consentito nei confronti delle amministrazioni pubbliche con riferimento a quei soli dati e fatti risultanti da certificati che in alternativa potrebbero essere rilevati da uffici pubblici. Pertanto, per ogni altro tipo di dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti, rimane integro l'obbligo di esibire documentazione non sostituibile con proprie dichiarazioni.

Alle indicazioni sin qui riportate possono essere aggiunte altre precisazioni, con riferimento ai più specifici problemi prospettati per iscritto da stazioni appaltanti o imprese e oralmente in sede di audizione.

Per quanto riguarda la verifica dei requisiti di ordine generale, che non è implicata nel sistema di cui all'art. 10 comma 1 *quater*, a parte le precisazioni già offerte, non possono che valere i criteri generali contenuti nella legislazione vigente in tema di documentazione amministrativa.

Circa la possibilità di ammissione con riserva alla gara di partecipanti sorteggiati che non abbiano provato il possesso dei requisiti, la soluzione non può essere che negativa, in quanto si concreterebbe una situazione che priverebbe di certezze la media delle offerte necessarie ai fini dell'indicazione della soglia di anomalia delle offerte, verifica di anomalia che è logico e funzionale presupposto per lo svolgimento delle ulteriori fasi della gara e sul quale, una volta sciolta la riserva, potrebbe essere necessario tornare con rideterminazione di detta soglia.

Al quesito prospettato con riferimento alla gestione degli enti locali e cioè della destinazione delle entrate da incameramento della cauzione, può darsi risposta col precisare che le entrate stesse possono essere qualificate '*una tantum*', con le conseguenze di legge.

Infine, in ordine ai requisiti proposti in tema di bilanci da presentare e di costo del personale (sul quale si veda, oggi, la precisa indicazione di cui all'art. 18 DPR n. 43/2000), può farsi rinvio alle indicazioni — che si condizionano — contenute nella circolare del Ministero dei lavori pubblici n. 182/400/93 del 1° marzo 2000.

**Divieto di partecipazione alla medesima gara di imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile (articolo 10, comma 1 *bis*, legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche ed integrazioni) e questione della legittimità delle clausole di bandi di gara che estendano tale divieto anche alle ipotesi di collegamento fra imprese, secondo la formulazione della stessa norma codicistica**

(Deliberazione del 9 giugno 2000)

In una nota pervenuta a questa Autorità, è stato segnalato un fenomeno che, da ricerche compiute, sembrerebbe non essere circoscritto al caso in questione, ma diffuso e in grado di generare non pochi dubbi e perplessità nell'applicazione del dettato normativo di cui all'art. 10, comma 1 *bis*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche ed integrazioni.

La norma, frutto di un'introduzione operata dalla legge 18 novembre 1998, n. 415, articolo 3, comma 1, dispone: «Non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile.». In particolare, è stato comunicato che nel corso di una procedura di gara, esperita dall'ente con pubblico incanto, sono state riscontrate talune irregolarità.

Nel bando era stata inserita la clausola che richiedeva ai concorrenti di attestare di non trovarsi, con altri partecipanti, in situazioni di controllo e/o collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c. e di non avere in comune titolari, amministratori o procuratori con poteri di rappresentanza. Entro i termini pervenivano le offerte, in seguito valutate; all'esito delle operazioni di gara si procedeva all'aggiudicazione provvisoria e la commissione si riservava di procedere a verifiche e controlli sui concorrenti rimasti in gara. Dalle indagini svolte dalla stazione appaltante emergevano elementi tali da far ritenere che, tra alcuni dei partecipanti, poteva essersi concretizzata una situazione atta ad alterare i risultati della procedura che, pertanto, veniva sospesa e gli atti relativi venivano inoltrati all'Autorità.

Il Consiglio dell'Autorità ha ritenuto che fosse opportuno procedere ad un confronto di opinioni sulle tematiche prospettate e, pertanto, ha predisposto un documento di base che offrisse i primi elementi di riflessione e successivamente ha convocato i soggetti interessati ad un'audizione che si è tenuta in data 7 marzo 2000, presso l'Autorità stessa.

Le problematiche emergenti dalla situazione appena rappresentata sono numerose e, comunque non possono prescindere da una corretta interpretazione del disposto di cui al comma 1 *bis* dell'articolo 10 della legge n. 109/94.

1. Il legislatore ha operato nel dettato normativo un espresso richiamo all'articolo 2359 c.c. ed in particolare alle situazioni di controllo da quest'ultimo disciplinate.



## Sezione Terza

La norma, nell'attuale formulazione, definisce la nozione di controllo e collegamento in funzione del concetto di *influenza dominante* per le ipotesi di controllo e *influenza notevole* per le ipotesi di collegamento. Essa, al comma 1, stabilisce che si considerano società controllate:

- I. quelle in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabile nell'assemblea ordinaria; questa prima fattispecie si identifica in un controllo *interno* (azionario) di diritto;
- II. le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; in tal caso si realizza l'ipotesi di controllo *interno* (o azionario) di fatto;
- III. le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Siamo nell'ipotesi di controllo *esterno* (o contrattuale).

Nel comma 2 della norma in questione viene precisato: «ai fini dell'applicazione dei numeri I e II del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persone interposte: non si computano i voti spettanti per conto terzi.». Tale fattispecie configura un controllo cosiddetto *indiretto*. Il controllo indiretto, di cui al comma 2 dell'art. 2359 c.c., è basato sul principio della transitività, per il quale se una società controlla un'altra e questa a sua volta una terza, si deduce che la prima società controlla anche la terza.

Le prime due ipotesi di controllo, come evidenziato dalla lettura della norma, si muovono tutte intorno alla disponibilità dei voti esercitabili in assemblea e dunque sulla capacità di una società di imporre le proprie decisioni ad un'altra e ai soci che ne facciano parte.

La dottrina ha identificato un'ulteriore fattispecie che potrebbe ricomprendersi nelle ipotesi disciplinate dall'art. 2359 c.c.: il controllo congiunto, che si realizza in quei casi in cui due o più società partecipanti congiuntamente governano la società partecipata, ma da sole non sarebbero in grado di raggiungere una posizione di dominio.

Quanto all'ipotesi di controllo esterno o contrattuale di cui al punto III, essa si configura nei casi in cui esiste tra due società un rapporto negoziale con vincolo di esclusiva (ad esempio: contratti di *franchising*) ovvero un rapporto negoziale mediante il quale l'attività della controllata è economicamente subordinata alle volontà o alle decisioni della controllante. Si realizza, in tale ultima fattispecie, una oggettiva dipendenza economica sicché la sopravvivenza della controllata è condizionata dalla volontà della controllante.

Il comma 3 dell'articolo in parola delinea la fattispecie del collegamento societario; si considerano società collegate quelle sulle quali un'altra società eserciti un'influenza notevole, che è presunta ogni qualvolta almeno un quinto dei voti, ovvero un decimo se la società è quotata in borsa, può essere esercitato nell'assemblea ordinaria.

Oltre ai casi in cui il collegamento è presunto, la dottrina civilistica ha configurato numerose ipotesi specifiche di collegamento, connesse a volte alla disponibilità dei voti esercitabili, a volte a particolari clausole statutarie per la nomina delle cariche sociali.

Nella definizione del concetto di collegamento societario applicabile allo specifico settore di interesse (appalti pubblici), vengono incontro le nume-

*Atti di regolazione*

rose elaborazioni della giurisprudenza, che consentono di ricondurre i termini della questione entro confini maggiormente definiti.

2. Ricostruita brevemente la nozione di controllo e collegamento, si pone in evidenza che il legislatore della 'legge Merloni *ter*' ha attribuito rilievo, ai fini del divieto di partecipazione a procedure ad evidenza pubblica, esclusivamente alle situazioni di controllo societario in cui si trovino coinvolte imprese che partecipano ad uno stesso affidamento, mentre le situazioni di collegamento, disciplinate dal comma 3 del richiamato art. 2359 c.c., non sono fatte oggetto di richiamo espresso da parte del legislatore nel dettato dell'art 10, comma 1 *bis*, della legge 109/94.

L'esclusione del collegamento societario, cui consegue il divieto di partecipazione alla gara, deve considerarsi frutto di una precisa scelta operata dal legislatore, specie in considerazione del fatto che, in altre disposizioni oggetto di modifiche da parte della medesima legge, le fattispecie del controllo e collegamento sono entrambe richiamate.

Ci si riferisce, in particolare, all'art. 18 della legge n. 55/90, nel testo modificato dalla legge n. 415/98, laddove, al comma 9, si richiede all'impresa che si avvale del subappalto o cottimo di allegare alla copia autentica del contratto, la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento, a norma dell'articolo 2359 c.c., con l'impresa affidataria del subappalto o del cottimo; anche nel comma 9 dell'art. 17 della legge n. 109/94, viene fatto un richiamo espresso alle situazioni di controllo e collegamento di cui all'art. 2359 c.c. La norma testualmente recita: «Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, ... per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici ... non può partecipare un soggetto controllante, controllato o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 c.c.». Anche nell'articolo 2, comma 4, della l. n. 109/94, laddove si prevede che i concessionari appaltino a terzi i lavori non realizzati direttamente, è disposto che per imprese terze si intendono, oltre che le controllate, anche imprese collegate; sempre la norma in commento rinvia all'art. 2359 c.c. per la definizione delle situazioni di controllo e collegamento. L'elencazione appena prospettata è esemplificativa di come il legislatore abbia, talvolta, valutato con sfavore le situazioni di collegamento, tanto da ritenere che, ove ricorrano, costituiscano motivo ostativo per la partecipazione agli affidamenti.

3. Atteso che nella norma in oggetto la situazione di collegamento non è stata considerata dal legislatore, il primo aspetto da affrontare è relativo all'introduzione nei bandi di gara, della clausola che vieta la partecipazione ad imprese tra loro collegate. L'introduzione di detta clausola sembrerebbe essere ricorrente anche successivamente all'introduzione del comma 1 *bis* dell'art. 10 operata dalla legge n. 415/98. Tale questione problematica è la prima da risolvere affinché le stazioni appaltanti possano adottare un comportamento conforme al dettato normativo, il più possibile omogeneo e soprattutto che riduca il ricorso al contenzioso.

## Sezione Terza

L'individuazione di una soluzione non può, comunque, prescindere da una breve disamina delle elaborazioni della giurisprudenza che hanno contribuito alla determinazione delle fattispecie di collegamento che la norma di cui all'art. 2359, comma 3, c.c. non ha definito nominativamente o che hanno, invece, escluso che situazioni di controllo o collegamento possano generare fenomeni contrari o lesivi della libertà di concorrenza e della *par condicio* tra partecipanti.

Recita testualmente l'articolo: «Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.».

Risulta, dunque, che mentre le situazioni che possono dare origine ad ipotesi di controllo societario sono più facilmente individuabili, quelle relative al collegamento, che non sia presunto, devono ricondursi al concetto di influenza notevole, complesso da circoscrivere.

Appare opportuno, in via preliminare, segnalare l'orientamento della giurisprudenza più recente, che tiene conto dell'introduzione del comma 1 *bis* dell'art. 10 nella legge n. 109/94. Il Consiglio di Stato, nella recente pronuncia della Sezione IV, 12 gennaio 1999, n. 16, ha ritenuto che un'ipotesi di collegamento societario, individuata concretamente ai sensi dell'art. 2359 c.c., non sia di per sé idonea a concretizzare quegli effetti distorsivi e pertanto atti ad inficiare il buon esito della procedura di gara. Ciò in quanto, in presenza di un gruppo, le società che di esso fanno parte mantengono la piena indipendenza ed autonomia sul piano giuridico. Il gruppo non implica il formarsi di una soggettività distinta, soggettività che permane in capo a ciascuna impresa.

Un orientamento della giurisprudenza, meno recente ma comunque ancora attuale, pone come condizione a garanzia della *par condicio* e della segretezza delle offerte, che «le offerte dei diversi concorrenti non siano riconducibili ad uno stesso centro decisionale».

In proposito, la giurisprudenza indicata ha identificato due ipotesi in cui, in presenza di uno stato di fatto, desumibile in via documentale, ci si troverà di fronte non già ad una situazione di collegamento o rapporto di dominio, ma ad un legame tale da far ritenere la sussistenza di una base comune tra soggetti che presentano l'offerta.

Le ipotesi sono le seguenti:

- a) il caso in cui la determinazione dell'offerta rientri nella competenza di diversi soggetti, tutti dotati del potere di rappresentanza disgiunta di una società, uno dei quali sia anche amministratore o legale rappresentante di altra società concorrente;
- b) la seconda ipotesi deriva dalla prima e riguarda il caso di intreccio di organi amministrativi, di rappresentanza e tecnici, tale da far sì che il soggetto firmatario dell'offerta condivida detto potere con un altro soggetto legittimato a firmare l'offerta per altra società.

Appare evidente come l'identificazione delle due fattispecie concrete e la conseguente valutazione circa l'opportunità di operare l'esclusione delle offerte presentate da imprese per le quali ricorrano le fattispecie stesse, scaturisca dall'analisi del caso di specie e non dalla verifica della ricorrenza di

*Atti di regolazione*

una specifica ipotesi normativa (controllo e/o collegamento) così come definita dal codice civile.

Una corrente giurisprudenziale largamente condivisa ha ritenuto che anche la ricorrenza di ipotesi di controllo *ex art. 2359*, comma 2, c.c. non rappresenta un elemento discriminante sicuro al fine di ritenere le offerte presentate in una pubblica gara dall'ente dominante e dalla società controllata siccome manifestazioni contrattuali riferibili ad un unico centro di interesse. Sostiene sempre il giudice amministrativo che i principi di *par condicio* e segretezza dell'offerta possono ritenersi elusi ogniqualvolta le offerte siano riconducibili ad un medesimo centro decisionale ma non, di per sé, dalla partecipazione alla medesima gara di soggetti tra i quali intercorra un controllo societario, poiché queste ultime si presentano, fino a prova contraria, come centri di interessi distinti.

Nella stessa sentenza si pone in evidenza un altro elemento che riguarda la non censurabilità, in senso astratto, dei vincoli di parentela e della posizione di socio in una delle imprese partecipanti alla gara.

Senza dubbio, l'elaborazione giurisprudenziale maggiormente consolidata ritiene che una situazione è tale da poter influire in maniera anomala sul risultato di una gara, attraverso il condizionamento della media, anche in assenza di ipotesi di controllo e collegamento *ex art. 2359* c.c.; nel caso in cui vi sia un intreccio tra organi amministrativi e di rappresentanza legale tra imprese partecipanti cui possa conseguire, anche astrattamente, la conoscibilità da parte di uno dei soggetti fornito di poteri in più di una società, delle offerte delle ditte stesse, si realizza una situazione atta ad inficiare le trasparenze della procedura.

Se si presentano, dunque, elementi sintomatici che consentono di ricondurre le diverse offerte al medesimo centro decisionale, ragioni evidenti suggeriscono di escludere i partecipanti dalla gara, prescindendo da una puntuale analisi circa il verificarsi delle ipotesi dell'art. 2359 c.c.

*Conclusioni*

a) Ricordati gli orientamenti della giurisprudenza che, come si è evidenziato, hanno fornito numerose indicazioni sulla identificazione di situazioni che concretizzano fattispecie di collegamento o che, seppur fuori da tali ipotesi, sono comunque atte ad inficiare il buon esito degli affidamenti, deve però aversi riguardo al dettato delle disposizioni contenute nell'art.10, comma 1 *bis*, della l. n. 109/94, che pone il divieto di partecipazione solo per quelle imprese che si trovino tra loro in situazioni di controllo.

È certamente sostenibile alla luce degli orientamenti giurisprudenziali in materia e della disciplina anche di matrice comunitaria, che il sistema della gara pubblica può funzionare solo nel caso in cui le imprese partecipanti si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza e, dunque, sia scongiurata l'ipotesi che, mediante accordi interni, vengano prodotti effetti distorsivi sulla regolarità dell'affidamento.

Una situazione ingenerante effetti distorsivi sul mercato e, dunque, in grado di arrecare pregiudizio alla libertà di concorrenza e di *par condicio* tra partecipanti, è tale anche se non sconfina in fattispecie di reato (nel caso di turbata libertà degli incanti). Più semplicemente, l'associazio-

## Sezione Terza

nismo tra più imprese, in qualsivoglia modo lo si identifichi, da fenomeno di mercato pienamente in accordo con le linee tendenziali di sviluppo dell'imprenditoria privata, può determinare situazioni atte ad alterare il sistema delineato attraverso regole che garantiscono la trasparenza, la tempestività e la correttezza dell'intero settore degli appalti pubblici, nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria.

In considerazione, comunque, della disposizione contenuta nell'art. 10, comma 1 *bis*, citato, che nell'ordinamento generale assume carattere di norma imperativa in quanto posta a tutela dell'ordine pubblico economico, deve ritenersi che la stessa non possa in alcun modo essere disattesa, né può esserne fatta applicazione in modo estensivo. Ciò soprattutto in virtù della previsione dell'articolo 41 della Costituzione, che tutela la libertà di iniziativa economica privata.

Pertanto, può concludersi con il ritenere illegittima la clausola dei bandi che contenga il divieto di partecipazione delle imprese collegate, in quanto il collegamento, come fenomeno di tipo organizzativo, non è astrattamente idoneo ad alterare gli equilibri della procedura.

b) Tuttavia ben può ammettersi l'introduzione di una clausola che, seppur con evidente carattere pleonastico, ammonisca i concorrenti sulle conseguenze cui potrebbero andare incontro qualora, a seguito di verifiche compiute caso per caso dalla stazione appaltante, emergessero situazioni oggettive lesive della *par condicio* tra concorrenti e della segretezza delle offerte, può essere lasciata al prudente apprezzamento della stazione appaltante che voglia cautelarsi rispetto a comportamenti pregiudizievoli per il buon esito degli affidamenti.

c) Sancita l'illegittimità di una clausola della *lex specialis* di gara che vieti *a priori* la partecipazione di imprese collegate, si può procedere ad esaminare ulteriori e diverse previsioni che il bando potrebbe contenere, per la salvaguardia delle regole poc'anzi enunciate.

Opportuna potrebbe risultare la previsione nei bandi di una clausola mediante la quale si richieda ai partecipanti di elencare le imprese (denominazione, ragione sociale e sede) rispetto alle quali si trova in situazione di controllo, secondo quanto disposto dall'art. 2359 c.c., o come controllante o come controllato, ovvero di dichiarare l'inesistenza di tali situazioni, in modo che la stazione appaltante possa verificare, senza aggravio del procedimento, il rispetto delle disposizioni di cui all'art. 10, comma 1 *bis*, della legge n. 109/94.

d) L'analisi sistematica, condotta anche attraverso le elaborazioni della giurisprudenza, delle situazioni che devono ritenersi atte ad alterare gli equilibri di gara e comportare come conseguenza l'esclusione delle imprese che abbiano originato le situazioni stesse, ha fatto emergere taluni indici sintomatici, in presenza dei quali sarà necessario che le stazioni appaltanti procedano a verifiche puntuali, sospendendo la procedura di aggiudicazione; all'esito delle verifiche la stazione appaltante dovrà decidere quali comportamenti porre in atto, nel rispetto della normativa vigente.

Bisogna inoltre valutare il momento in cui sarà opportuno che la stazione appaltante sospenda il procedimento per verificare le situazioni dubbie e che potrebbero aver inficiato il buon esito della gara. La procedura

*Atti di regolazione*

dovrà essere sospesa prima che la commissione di gara abbia aggiudicato, seppur in via provvisoria, i lavori, al fine di non creare in capo all'aggiudicatario una posizione giuridica differenziata e quindi rafforzata rispetto a quella comune a tutti i concorrenti; peraltro, a fronte della acquisita posizione differenziata, potrebbe avere origine una forma di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

- e) Il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 10, comma 1 *bis* della legge n. 109/94 fa emergere che il divieto ivi contenuto è da considerarsi relativo esclusivamente al caso di società che si trovino *tra loro* in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. Pertanto si ritiene che, stante la clausola del bando prevista come descritto al sopradicato punto *b*), la stazione appaltante non possa escludere dalla procedura concorsuale se non le imprese per le quali ricorre la specifica condizione vietata dal legislatore.

**Criteri di designazione dell'organo di collaudo  
e compenso per la collaudazione di lavori pubblici**  
(Deliberazione del 9 giugno 2000)

In data 23 marzo 2000 si è tenuta presso l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici un'audizione relativa alle problematiche connesse alla nomina dei collaudatori nel caso di lavori ammessi a finanziamento pubblico, con riferimento all'applicazione dell'art. 28, comma 4, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni.

*Premesso*

Con nota del 30 settembre 1999, il Consorzio per lo sviluppo industriale della provincia di Matera, nella qualità di amministrazione aggiudicatrice di lavori finanziati dal Ministero del tesoro, segnalava di avere provveduto all'individuazione dei collaudatori, in applicazione del disposto di cui all'art. 28, comma 4, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, nonostante che nell'atto di finanziamento il Ministero se ne fosse, invece, direttamente riservata la nomina.

Questione analoga veniva segnalata dal comune di Cassano Irpino il quale, con nota del 9 marzo 2000, chiedeva l'avviso dell'Autorità in ordine alla legittimità della nomina da parte del presidente della regione Campania del collaudatore tecnico amministrativo per lavori da esso appaltati e finanziati dall'ente regione, ed alla ammissibilità del collaudo nel caso in cui la verifica finale poteva essere attuata mediante la sola certificazione di regolare esecuzione.

*Considerato*

In base a quanto disposto dal comma 4 dell'art. 28 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, la competenza alla gestione delle operazioni di collaudo dei lavori pubblici spetta alle amministrazioni aggiudicatrici, che «nominano da uno a tre tecnici di elevata e specifica qualificazione con riferimento al tipo di lavori, alla loro complessità e all'importo degli stessi».

Consegue evidente l'incompatibilità con l'indicata normativa, di immediata applicazione e vincolante per tutte le nomine da effettuarsi successivamente alla sua entrata in vigore, della previsione contenuta nelle convenzioni di finanziamento cui si è fatto in precedenza riferimento e che riservano, invece, al soggetto finanziatore la facoltà dell'individuazione dell'organo di collaudo. Oltre che con il dato letterale della norma, come in precedenza definito, la riserva indicata si pone, infatti, in palese contrasto con la stessa finalità del collaudo, che è quella di verificare, nell'ambito del contratto di appalto, cui è estraneo l'ente finanziatore, la regolare esecuzione dei lavori e di determinare il credito finale dall'appaltatore.

## Sezione Terza

Più specificamente, il collaudo ha lo scopo di accertare e certificare che l'opera o il lavoro è stato eseguito a regola d'arte e secondo le prescrizioni tecniche prestabilite, in conformità del contratto, delle sue eventuali varianti e dei conseguenti atti di sottomissione o aggiuntivi debitamente approvati. Esso persegue, altresì, la finalità di verificare che i dati risultanti dalla contabilità e dai documenti giustificativi corrispondono tra loro e con le risultanze di fatto, non solo per dimensioni, forma e quantità, ma anche per qualità dei materiali, dei componenti e delle provviste, e che le procedure espropriative poste a carico dell'appaltatore sono state espletate tempestivamente e diligentemente.

Le operazioni di collaudo attengono ancora a tutte le verifiche tecniche previste dalla normativa di settore e concernono, infine, l'esame delle riserve dell'appaltatore, sulle quali non sia intervenuta una risoluzione definitiva in via amministrativa, ove siano state iscritte nel registro di contabilità e nel conto finale nei termini e nei modi stabiliti dal regolamento. Il collaudo, poi, va approvato dall'amministrazione committente, la quale fa in tal modo proprio l'operato, il giudizio e le conclusioni del collaudatore, esprimendo sostanzialmente la volontà di accettare l'opera e liquidando il credito dell'appaltatore previo accertamento del valore economico di quanto eseguito. Dal che appare evidente, come rilevato, che tutte le operazioni di collaudo — ancorché le si considerino esplicazione di attività unilaterale della stazione appaltante, cui l'appaltatore appresta o meno la propria adesione — attengono comunque ed esclusivamente all'ambito ed all'esplicazione degli effetti del contratto di appalto tra di essi intercorso, cui — ripetesi — è estranea l'amministrazione che eventualmente ha finanziato i lavori e che ha altri mezzi (nei casi in esame: i 'monitori' delle opere) a disposizione per controllare la regolarità della spesa disposta. In questa prospettiva, va anche indicata la possibilità di una funzionalizzazione dei dati sull'esecuzione e di quelli finali che affluiscono all'Osservatorio, nelle sue articolazioni regionali e che possono essere utilizzati per un monitoraggio dei lavori da parte degli enti finanziatori.

Ed è proprio in considerazione delle indicate finalità e della precisata natura delle operazioni di collaudo che alle stesse l'amministrazione aggiudicatrice deve provvedere prioritariamente mediante i suoi tecnici (non quindi amministrativi) interni che di essa sono diretta ed immediata espressione. Soltanto in caso di accertata e dichiarata carenza di organico si può, infatti, derogare a tale prescrizione, con la preclusione, tuttavia, in tale seconda ipotesi, della possibilità di rivolgersi a liberi professionisti esterni all'apparato pubblico complessivo.

Nel caso di carenza di organico, il regolamento generale prevede, infatti, che i collaudatori siano scelti nell'ambito di elenchi istituiti presso il Ministero dei lavori pubblici, le regioni e le province autonome, elenchi in cui possono essere iscritti, su domanda corredata da *curriculum* e da adeguata documentazione, distinti per specializzazione e competenza, i soggetti laureati in ingegneria, architettura e, limitatamente ad un solo componente della commissione, in geologia, scienza agrarie e forestali, anche se dipendenti da pubbliche amministrazioni, che siano abilitati all'esercizio della professione e siano iscritti da almeno cinque anni nel relativo albo professionale (escluso tale ultimo requisito per i dipendenti).



**Legislazione nazionale e normativa regionale  
in materia di qualificazione delle imprese  
esecutrici di lavori pubblici**  
(Deliberazione del 9 giugno 2000)

*Premesso*

Con numerose denunce proposte da soggetti operatori nel settore dei lavori pubblici, sono state segnalate a quest'Autorità di vigilanza alcune ipotesi di contrasto tra legislazione regionale e normativa nazionale in materia di individuazione dei requisiti occorrenti per la partecipazione delle imprese alle gare di appalto di lavori pubblici.

In particolare, in un bando di gara della provincia di Bolzano era previsto per le imprese concorrenti l'obbligo di presentare, all'esito dell'aggiudicazione, «il certificato di collaudo, in caso di opere pubbliche o il certificato di regolare esecuzione a regola d'arte di almeno un lavoro di importo non inferiore al 40% [di quello] a base d'asta, eseguito ed ultimato nel quinquennio precedente alla gara».

La disposizione era conforme al contenuto dell'art. 46 della legge provinciale 17 giugno 1998, n. 6, il quale indicava, tra i requisiti richiesti per la partecipazione alle gare di appalto relativi a lavori di importo superiore alla soglia comunitaria, l'iscrizione all'albo nazionale costruttori per la categoria e la classifica prescritta imponendo, altresì, che l'impresa «nel quinquennio precedente alla gara abbia eseguito a regola d'arte almeno un lavoro di importo non inferiore al 40% [di quello] a base d'asta ed ascrivibile alla categoria prevalente, da certificarsi, in caso di opere pubbliche, da certificato di collaudo».

La stessa, tuttavia, non teneva conto del disposto degli artt. 2 e 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni e contrastava con l'art. 10 del decreto legge 30 dicembre 1999, n. 502 – entrato in vigore prima della pubblicazione del bando – secondo cui l'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data della pubblicazione del bando stesso doveva essere comprovato «da certificati di esecuzione dei lavori contenenti la espressa dichiarazione della stazione appaltante che i lavori (medesimi) sono stati eseguiti regolarmente e con buon esito» e non già dal certificato di collaudo.

Analogamente, in alcuni bandi di gara dei comuni di Licata e di Comiso, e dell'Azienda policlinica dell'Università di Catania non si era tenuto conto delle prescrizioni relative alla qualificazione delle imprese di cui all'indicato decreto legge n. 502/99 e al decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, verosimilmente nel presupposto della non applicabilità delle stesse alle gare indette nell'ambito della regione Sicilia.

Veniva, infine, acquisita la circolare prot. n. 4761 del 17 marzo 2000 dell'assessorato dei lavori pubblici della regione Sardegna, secondo cui le disposizioni del regolamento di cui al DPR 25 gennaio 2000, n. 34 non tro-