

Obiettiva e certa “relazione di fatto” tra due operatori economici: scatta l’esclusione dalla gara d’appalto

Scritto da Interdata Cuzzola | 25/03/2024

Può ritenersi sussistente una obiettiva e certa “relazione di fatto” tra due operatori economici, idonea a legittimare l’esclusione dalla gara, l’utilizzo del medesimo macchinario specifico nelle relazioni tecniche di entrambi gli operatori economici partecipanti alla gara e la presenza di relazioni tecniche similari, addirittura a tratti identiche, sia nei contenuti sostanziali, sia nella forma: è quanto affermato dal TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, nella sent. 19 marzo 2024, n. 78.

Ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. m), del previgente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: (...) 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”*.

La disposizione normativa sopra richiamata contempla due distinte ipotesi alternative da cui è possibile inferire la riconducibilità delle offerte ad un *“unico centro decisionale”*, alla ricorrenza delle quali la stazione appaltante deve provvedere alla esclusione del concorrente, come desumibile, sul piano della tecnica legislativa, dall’uso dell’indicativo deontico *<escludono>* che sottende l’imperatività della norma:

1. sussistenza di una situazione di controllo “formale” di cui all’articolo 2359 del codice civile;
2. sussistenza di una relazione sostanziale.

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 serietà del confronto concorrenziale *<ciò, in quanto 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[...]>* (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 22 dicembre 2023, n. 11155; Consiglio di Stato, sez. V, sent. 6 febbraio 2017, n. 496).

Il bene giuridico tutelato dalla disposizione in esame è la concorrenza e lo sviluppo del mercato interno, che impongono, da un lato, la più ampia partecipazione possibile alle gare e, dall’altro lato, l’effettiva competizione fra i partecipanti (TAR Lazio, Roma, Sez. stralcio, sent. 24 agosto 2023, n. 13435).

Per consolidata giurisprudenza, la sussistenza di una posizione di controllo societario ai sensi

dell'articolo 2359 c.c., ovvero la sussistenza di una più generica «relazione, anche di fatto» (secondo una formulazione comprensibilmente ampia) fra due concorrenti costituiscono condizione necessaria, ma non anche sufficiente, perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate. A tal fine è altresì necessario che venga fornita adeguata prova circa il fatto «[che] la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale» (Cons. Stato, V sezione, 4 gennaio 2018, n. 58).

La più recente giurisprudenza ha chiarito che “L’esistenza di un “unico centro decisionale” può essere effettuata ab externo e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l’esistenza dell’unicità soggettiva sostanziale. Si rivela, dunque, dirimente in siffatte evenienze una puntuale verifica sulle concrete implicazioni che un tale rapporto possa avere avuto sul comportamento degli operatori nell’ambito della specifica procedura di gara e, segnatamente, quanto al confezionamento delle offerte.” (ibidem, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 22 dicembre 2023, n. 11155).