

In caso di subappalto è legittimo che la ditta appaltatrice subappalti alla seconda classificata, essendoci oltretutto legami stretti di parentela tra il titolare della ditta appaltatrice e un socio della seconda classificata?

In merito all'istituto del subappalto in materia di lavori pubblici, va rilevato che la disciplina prevista dall'art. 18 della legge n. 55 del 1990 e dall'art. 141 del d.P.R. n. 554 del 1999, richiede: a) la dichiarazione del concorrente, in sede di gara, di voler subappaltare determinate lavorazioni, b) il possesso, in capo al subappaltatore, dei requisiti di qualificazione, c) il rispetto dei vincoli posti dalla legislazione antimafia, d) la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 c.c. con l'affidataria delle lavorazioni, e) il deposito del contratto di subappalto. Inoltre, con la legge 18 novembre 1998, n. 415 è venuto meno l'obbligo di indicare in sede di offerta i nomi e anche il numero dei subappaltatori.

Per quanto concerne l'ipotesi di subappalto di lavori ad una impresa partecipante alla gara e classificatasi al secondo posto della graduatoria, è necessario ricordare che il prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale ritiene che la partecipazione alla gara non preclude la possibilità di affidare subappalti a ditte che hanno concorso all'aggiudicazione della gara medesima (cfr., da ultimo, VILLATA, *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2004, 723). Secondo il Consiglio di Stato "in tema di appalto di opere pubbliche, la preventiva dichiarazione delle ditte cui l'impresa intende ricorrere per l'esecuzione delle opere per mezzo del subappalto non impedisce, in assenza di una espressa previsione di legge, che le stesse possano direttamente concorrere con proprie autonome offerte alla medesima gara" (Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2002 n. 685 in *www.giustizia-amministrativa*; Cons. Stato, sez. VI, 28 febbraio 2000 n. 1056, *ivi*; nello stesso senso TAR Aquila 30 aprile 1998 n. 566, *ivi*; *contra* TAR Firenze 10 novembre 1998 n. 1036 *ivi*; in merito ad un'ipotesi particolare di intreccio tra sette delle undici imprese partecipanti ad una gara si veda Cons. St., sez. V, 5 marzo 2002 n. 1298, in *www.giustamm.it*; cfr. M. GRECO, *La partecipazione delle imprese alle gare in proprio e come subappaltatrici di*

altre concorrenti, in www.appaltiecontratti.it). Ciò perché “il collegamento tra imprese suscettibili di ricondurre due o più offerte ad un unico centro decisionale, con conseguente automatica violazione del principio di segretezza, si verifica soltanto nel caso in cui tra le imprese concorrenti vi sia una situazione di influenza dominante perché esiste un controllo ai sensi dell’art. 2359 cod. civ., oppure perché la comunanza di interessi è ravvisabile in una situazione di intreccio degli organi amministrativi e di rappresentanza che faccia ritenere plausibile una reciproca conoscenza o condizionamento delle rispettive offerte. In tema di appalto di opere pubbliche, la sussistenza di un rapporto di controllo tra società ai sensi dell’art. 2359 cod. civ., non inficia *ex se* l’esito della gara ove non sia dimostrata la sua influenza negativa sul corretto andamento della gara medesima” (cfr. Cons. Stato n. 685 del 2002, *cit.*; Cons. Stato n. 1056 del 2000, *cit.*). Infatti, mancando precise dimostrazioni sull’alterazione delle procedure concorsuali, anche il rapporto di controllo o collegamento azionario tra più imprese concorrenti alla gara non è condizione in astratto sufficiente per ricondurre le rispettive offerte ad un “unico centro decisionale” e per dedurre un generale divieto di contestuale partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Con riguardo alla possibile rilevanza di vincoli di parentela esistenti tra gli amministratori delle imprese partecipanti alla gara, appare utile sottolineare come l’art. 10, comma 1 bis, legge 11 febbraio, n. 109, il quale prevede il divieto di partecipazione alla medesima gara di imprese che si trovino in una delle situazioni di controllo di cui all’articolo 2359 c.c., abbia carattere di norma imperativa posta a tutela dell’ordine pubblico economico, debba essere interpretato in modo non estensivo e non possa, quindi, essere applicato oltre i casi di società controllate previsti e disciplinati dall’art. 2359 (TAR Lombardia, Milano, 30 aprile 2003 n. 1094, in *I TAR*, 2003, I, 967). Infatti, la norma in questione, attraverso l’espreso rinvio alla disposizione codicistica, intende limitare la possibilità di escludere eventuali partecipanti alla gara circoscrivendo le ipotesi di esclusione ai soli casi di società collegate e controllate, e, pertanto, gli elementi di carattere formale e sostanziale che la stazione appaltante riscontra quanto all’aspetto esteriore delle offerte, quali la sussistenza di vincoli di parentela tra gli amministratori, non costituiscono presupposto idoneo a giustificare l’esercizio automatico del potere di esclusione dei concorrenti dalla gara (Tar Piemonte, sez. II, 11 settembre 2004, n. 1783, in www.giustizia-amministrativa.it). Da ciò ne consegue che la stazione appaltante può introdurre nella disciplina di gara altri fatti e situazioni, tra cui l’esistenza di vincoli parentali, che, pur non integrando gli estremi del controllo societario, possono determinare l’esclusione - purché non automatica - dalla partecipazione alla gara nei limiti della ragionevolezza e della logicità (TAR Piemonte n. 1783 del 2004, *cit.*; Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2004 n. 5792, *ivi*; Id., sez. VI, 5 agosto 2004 n. 5464, *ivi*; Id., sez. V, 28 giugno 2004 n. 4789, *ivi*; Id., sez. V, 22 aprile 2004 n. 2318, *ivi*; TAR Lazio, Latina, 11 giugno 2004 n. 409, *ivi*; TAR Lombardia, sez. III, 30 aprile 2003 n. 1094, *ivi*; TAR Campania 26 settembre 1997 n. 2385, *ivi*; per ulteriori

richiami giurisprudenziali si rinvia a S. BACCARINI, *Il c.d. collegamento sostanziale tra imprese nelle gare di appalto, tra diritto giudiziario e accertamenti indiziari*, in www.giustamm.it; cfr. M.GRECO, *Sintesi degli orientamenti giurisprudenziali in tema di collegamento tra concorrenti*, in www.appaltiecontratti.it; F. CACCO, *Le situazioni di controllo e di collegamento fra imprese come motivo di divieto di partecipazione alla medesima gara*, *ivi*; A. FLORIS, *Il divieto di partecipazione alla medesima gara di imprese tra loro collegate. Nota a margine della sentenza del Consiglio di Stato Sez. V, 12/4/2005 n.1644*, *ivi*).

Con determinazione 15 ottobre 2003, n. 14 (in www.autoritalavoripubblici.it) l’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha ritenuto che “le stazioni appaltanti possono inserire nei bandi gara la clausola di gradimento sul divieto di affidare il subappalto ad imprese che hanno presentato autonoma offerta alla medesima gara, clausola che estrinseca una più puntuale definizione del principio della segretezza delle offerte, nel rispetto dell’art. 1 c. 1, della legge 109/1994. La dichiarazione di non aver presentato autonoma offerta alla medesima gara, dunque, non ha riscontro esplicito nella norma, ma può essere considerata espressione del rispetto del principio della trasparenza che in questo caso si concretizza in una azione (sottoscrizione della clausola) tesa ad evitare comportamenti anticoncorrenziali” (L. BELLAGAMBA, *Le clausole di gradimento sono lesive del principio di concorrenza*, in www.appaltiecontratti.it, e M. GRECO, *Dubbi sul divieto di subappalto a imprese concorrenti alla stessa gara*, *ivi*, non condividono la posizione dell’Autorità nella determinazione in oggetto).