

Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA



*Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana*

Prot. n. 23978 / 112/2018.11 del 23 OTT 2018 Pos. Coll. e Coord. n.2.

Oggetto: Avviso pubblico per la concessione di un contributo di cui all'articolo 128 della legge regionale n. 11/2010 per l'anno 2017 – Assegnazione contributo Istituto Regionale Siciliano “Fernando Santi” di Palermo – Quesito.

Assessorato della Famiglia, delle Politiche Sociali e del Lavoro
Dipartimento della Famiglia e del lavoro
Servizio 5
Palermo
(Rif. Prot. 32082 del 4.10.2018)

1. Con la nota in riferimento, premessa l'esposizione di un'articolata vicenda afferente l'assegnazione di un contributo di cui all'articolo 128 della legge regionale n. 11/2010, nei confronti dell'Istituto Regionale Siciliano “Fernando Santi” di Palermo, viene chiesto l'avviso dello scrivente relativamente al concetto di “unico centro decisionale”, nonché a quello di “ente a scopo di lucro”, attesa la condizione di “imprenditore commerciale fallibile” dell'ente medesimo, acclarata con provvedimento del Tribunale.

Quanto precede, con specifico riferimento ad eventuali incompatibilità così come previste dall'articolo 2, ultimo comma, dell'Avviso pubblico 2017, per l'accesso ai contributi di cui all'articolo 128 della legge regionale 11/2010.

2. Con riferimento al quesito sottoposto all'attenzione dello scrivente Ufficio, ed in disparte ogni considerazione circa il merito della specifica vicenda, si osserva quanto segue.

L'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016 dispone l'esclusione dell'operatore economico che si trovi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se tali circostanze comportino l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale.

La norma, come già l'omologo art. 38, comma 1, lett. m-quater) del previgente d.lgs. n. 163/2006, assolve alla funzione di garantire nelle gare pubbliche i principi di segretezza e serietà delle offerte e di leale ed effettiva competizione.

L'interpretazione giurisprudenziale della norma, adeguata agli indici comunitari, è univoca nel ritenere che *“L'applicazione della norma, specie con riferimento alla ipotesi della relazione anche di fatto deve basarsi su rigorosi, obbiettivi e comprovanti elementi, tali da non incidere sulla libertà del diritto di impresa. In particolare, nel caso di collegamento sostanziale deve essere provata in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti (cfr. Cons. Stato, VI, n. 6469 del 2010; n. 844 del 2012; n. 6469 del 2010; n. 1091 del 2013)”* (Consiglio di Stato sez. V 20 agosto 2013 n. 4198)¹.

Sul punto, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, con la recente delibera n. 540 del 6 giugno 2018, si è pronunciata sui collegamenti che devono esistere tra le imprese affinché si possa pervenire ad una esclusione ex art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016 per esistenza di un unico centro decisionale.

L'ANAC, nel richiamare i precedenti giurisprudenziali in materia, afferma, tuttavia, che *“anche la sussistenza di un'eventuale relazione di collegamento non è di per sé sufficiente ad escludere le imprese tra loro collegate, senza consentire alle stesse la possibilità di dimostrare che il rapporto di collegamento non ha influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara”* (Consiglio di Stato, sez. V, 7 agosto 2017 n. 3914).

La giurisprudenza ha, però, elaborato alcune regole di esperienza sostenendo l'esistenza di un centro decisionale unitario laddove tra imprese concorrenti vi sia intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, vi sia contiguità di sede, utenze in comune (indici soggettivi), oppure, anche in aggiunta, vi siano identiche modalità formali di redazione delle offerte, vi siano strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi.

“La ricorrenza di questi indici, ma non uno solo di essi bensì di un numero sufficiente legato da nesso oggettivo di gravità, precisione e concordanza tale da giustificare la correttezza dello strumento presuntivo, è stato ritenuto sufficiente a giustificare l'esclusione dalla gara dei concorrenti che si trovino in questa situazione.

Occorre tuttavia che la stazione appaltante operi puntuali verifiche con riferimento al caso concreto per accertare se la situazione rappresenta anche solo un pericolo che le condizioni di gara vengano alterate, ovvero che provi l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, e non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale vi sia stata effettivamente e in concreto (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. V, 16 febbraio 2017, n. 496; id., sez. III, 23 dicembre 2014, n. 6379; id., sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189)².

¹Giuridanella.it – rivista di Diritto Amministrativo

²Giuridanella.it – rivista di Diritto Amministrativo

In particolare, e' stata ritenuta, in astratto, una situazione di centro unico decisionale nel caso di due imprese in presenza dei seguenti indici:

- a) gli stessi soggetti sono soci di entrambe le società;
- b) gli amministratori unici delle due società sono fratelli;
- c) l'amministratore unico di una società il procuratore speciale dell'altra società hanno legame di parentela diretta;
- d) le due società possiedono il medesimo certificato di conformità alle norme ISO 9001:2008, rilasciato dallo stesso soggetto certificatore in pari data
- e) le due società hanno sede legale presso il medesimo indirizzo.

In altri termini, quindi, " *affinchè la procedura di gara possa ritenersi inquinata dalla partecipazione di imprese collegate in via di fatto è sufficiente, da un lato, che tale partecipazione determini di per sé il rischio di una turbativa della gara intesa quale "pericolo presunto" e, dall'altro, che le imprese interessate non dimostrino in concreto l'assenza di qualsiasi incidenza di detto collegamento sull'esito della procedura. Pertanto, una volta ricostruiti gli elementi indiziari gravi e precisi di collegamento sostanziale in un quadro complessivo tale da ritenere provata questa situazione, l'alterazione del risultato della gara è legittimamente presunta dalla stazione appaltante*" (Tar Sicilia, Catania, Sez. I, 23 giugno 2017, n. 1543).

3. Quanto al secondo quesito posto all'attenzione dello scrivente, si osserva preliminarmente che l'articolo 2195 del codice civile, definisce l'imprenditore commerciale come colui che svolge: un'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi; un'attività intermediaria nella circolazione dei beni (attività commerciale in senso stretto); un'attività di trasporto per terra, per acqua e per aria; un'attività bancaria o assicurativa; attività ausiliarie delle precedenti.

Al riguardo deve osservarsi che (anche) un ente non profit, pur avendo fini altruistici, può svolgere in via esclusiva, prevalente o anche non prevalente, attività commerciale lucrativa finalizzata alla realizzazione diretta di fini altruistici, ovvero indiretta, attraverso la destinazione altruistica degli utili conseguiti.

In tali casi l'ente acquista comunque la qualifica di imprenditore commerciale, come le società, e va soggetto al relativo regime giuridico.

In altri termini, quindi, così come osservato dal Tribunale di Palermo nel decreto 7/2018 dell'1 agosto 2018, la qualità di imprenditore commerciale (e cioè colui che esercita

un'attività finalizzata alla realizzazione di un utile), "è strettamente correlata all'attività svolta dall'impresa", ed avendo il medesimo Organo acclarato che l'ente in questione rientra tra gli imprenditori commerciali, non v'è ragione di dubitare che lo stesso svolga un'attività lucrativa, ferma restando la possibilità che i frutti di tali attività vengano devoluti per scopi altruistici.

Nei termini che precedono viene resa la consultazione richiesta.

Ai sensi dell'art. 15 del regolamento approvato con D.P. Reg. 16 giugno 1998, n. 12, lo Scrivente acconsente alla diffusione del presente parere in relazione ad eventuali domande di accesso, presso codesto Dipartimento, inerenti al medesimo.

Si ricorda poi che, in conformità alla circolare presidenziale n.16586/66.98.12 dell'8 settembre 1998, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere, senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati dello scrivente Ufficio.

Avv. Dario Schelffi

Il dirigente avvocato
Anna Maria La Vecchia

Anna Maria La Vecchia

L'AVVOCATO GENERALE

Gianluigi M. Amico

Gianluigi M. Amico

