

5.12.1994  
CEE2

PRIME E VARIE CONSIDERAZIONI SUI GRUPPI NEL SETTORE DEGLI AP-  
PALTÌ PUBBLICI DOPO UNA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE  
COMUNITÀ EUROPEE

di **Giovanni Sella**

Publicato in *I contratti della pubblica amministrazione*, 1995, p. 5 (n. 1).

## SOMMARIO

1) L'ABILITAZIONE DEI GRUPPI ALLA PARTECIPAZIONE ALLE GARE DI APPALTI PUBBLICI NELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE 14 APRILE 1994.....	3
2) IL DIVERSO MODO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DI LEGGERE LE DIRETTIVE .....	5
3) IL GRUPPO NELLE DIRETTIVE CEE COME ESPRESSIONE DELL'AUTONOMIA ORGANIZZATIVA DELL'IMPRESITORE E NELLA PRASSI NAZIONALE DEI CONTRATTI PUBBLICI.....	6
4) I GRUPPI NELLA "LEGGE QUADRO IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI" .....	10
5) GLI EFFETTI DELLA SENTENZA NEL SISTEMA NAZIONALE .....	14
6) PROFILI APPLICATIVI DELLA SENTENZA: IL GRUPPO E LE ISCRIZIONI ALL'ALBO NAZIONALE COSTRUTTORI, LA PARTECIPAZIONE ALLE GARE, L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO.....	18

## 1) L'ABILITAZIONE DEI GRUPPI ALLA PARTECIPAZIONE ALLE GARE DI APPALTI PUBBLICI NELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE 14 APRILE 1994

La Corte di giustizia, Sezione V, ha affermato il principio che “per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all’atto di un’abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, si deve tener conto delle società che appartengono al gruppo, purché la persona giuridica provi di avere effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l’esecuzione degli appalti. Spetta al giudice nazionale valutare se ciò sia stato provato nella causa principale”.

A seguito di un parere della competente Commissione degli imprenditori, il Ministero dei lavori pubblici belga non aveva rinnovato, nel 1987, l’abilitazione alla società olandese Ballast Nedam Groep per il motivo che “detta società non poteva essere considerata un’impresa di lavori pubblici perché, essendo una *holding*, non esegue essa stessa i lavori ma fa riferimento, per giustificare le sue capacità, ai lavori eseguiti dalle sue consociate, che sono tutte persone giuridiche distinte”.

La società olandese proponeva ricorso di fronte al Raad van State, il quale decideva di sottoporre alla Corte di giustizia la questione, ritenendo che dipendesse dall’interpretazione delle Direttive CEE in materia.

Il Raad van State chiedeva alla Corte se, nel valutare i criteri che l’impresa deve soddisfare, tra l’altro per quanto riguarda la capacità tecnica, si tenga conto solo della società “dominante e non delle consociate che fanno parte del gruppo, ciascuna con propria personalità giuridica”.

Le norme comunitarie considerate rilevanti dal Raad van State, ai fini della questione, erano:

- a) Direttiva 26 luglio 1971, n. 304, concernente la *Soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici e all’aggiudicazione degli appalti di lavori mediante pubblici agenzie o succursali*;
- b) Direttiva 26 luglio 1971, n. 305, *Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*:
  - art. 1<sup>1</sup>, che richiama la già citata Direttiva n. 304/71 e definisce la nozione di appalto pubblico, di Amministrazione aggiudicatrice, oltre che di imprenditore “offerente” e “candidato”;
  - art. 6<sup>2</sup>, concernente gli “appalti riguardanti la progettazione e la costruzione di un complesso di alloggi nel quadro dell’edilizia sociale, il cui piano, data l’entità, la complessità e la durata presunta dei relativi lavori, deve essere stabilito sin dall’inizio sulla base di una stretta collaborazione nell’ambito di un gruppo composto

---

<sup>1</sup> Oggi, art. 1 della Direttiva 14 giugno 1993, n. 37, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, la quale costituisce il testo unificato della Direttiva 26 luglio 1971, n. 305 con la Direttiva modificativa e integrativa 18 luglio 1989, n. 440 e con l’aggiornamento degli organismi di diritto pubblico e delle relative categorie di cui alla delibera della Commissione 1 luglio 1992, n. 456.

<sup>2</sup> Oggi, art. 9 della Direttiva 37/93.

dai delegati delle amministrazioni aggiudicatrici, da esperti e dall'imprenditore che riceverà l'incarico di eseguire l'opera";

- art. 21<sup>3</sup>, che stabilisce che i raggruppamenti di imprenditori possono presentare offerte per la partecipazione a gare d'appalto e che essi possono essere obbligati ad una "forma giuridica determinata" solo dopo l'aggiudicazione;
- art. 23<sup>4</sup>, concernente le cosiddette cause generali di esclusione dalle gare (fallimento, condanna per reati che incidano sulla moralità professionale, errore grave, *et cetera*);
- art. 26<sup>5</sup>, concernente la dimostrazione delle capacità tecniche dell'imprenditore e che fa tra l'altro riferimento all'attrezzatura, i mezzi d'opera di cui l'imprenditore "disporrà" per l'esecuzione dell'opera, e all'equipaggiamento tecnico, i tecnici o gli organi tecnici - che facciano o meno parte dell'impresa, come precisa la sentenza - di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera.

Per accogliere il ricorso, la Corte si è limitata a ripetere il senso letterale delle norme comunitarie, e cioè che esse consentono:

- a) la stipulazione di appalti mediante agenzie e succursali;
- b) che i raggruppamenti - cui, quindi, viene equiparato il gruppo industriale, sotto il profilo della sua ammissibilità alle gare, pur non costituente un unico soggetto giuridico - non sono condizionati, quanto alla partecipazione alle gare e, quindi, quanto alla "abilitazione", alla costituzione in specifiche forme giuridiche;
- c) che tecnici e organi tecnici non devono necessariamente far parte dell'impresa (e, secondo il citato art. 26 della Direttiva n. 305/71, neppure le attrezzature, di cui l'imprenditore deve solo disporre). L'impresa del gruppo, che si propone per la qualificazione, deve dimostrare naturalmente la disponibilità giuridica, precisa la sentenza<sup>6</sup>, delle strutture tecniche delle altre imprese di gruppo, data la distinta soggettività di queste ultime.

"Dal complesso di queste norme si desume che l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici può essere chiesta:

- a) non solo da una persona fisica o giuridica che provvede direttamente all'esecuzione dell'opera;
- b) ma altresì da una persona che la faccia eseguire tramite agenzie o succursali o si avvalga di tecnici od organi tecnici esterni;
- c) ovvero da un raggruppamento di imprenditori, a prescindere dalla sua forma giuridica".

La Corte di giustizia ha aggiunto che quanto già consentito dalle Direttive sopra citate è stato ulteriormente avvalorato dalla Direttiva n. 440/89, che ha modificato la Direttiva n. 305/71<sup>7</sup>.

La Direttiva n. 440/89<sup>8</sup> prevede infatti che i contratti di appalti di lavori pubblici possano avere ad oggetto - oltre che l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la

---

<sup>3</sup> Oggi, art. 21 della Direttiva n. 37/93 *cit.*

<sup>4</sup> Oggi, art. 24 della Direttiva n. 37/93 *cit.*

<sup>5</sup> Oggi, art. 27 della Direttiva n. 37/93 *cit.*

<sup>6</sup> V. § 6.

<sup>7</sup> Ambedue le Direttive, come ricordato, oggi traslate nella citata Direttiva di coordinamento n. 37/93.

<sup>8</sup> Art. 1, sostitutivo dell'art. 1 della Direttiva n. 305/71 e, oggi, art. 1, lett. a) della Direttiva n. 37/93 *cit.*

progettazione di lavori o di un'opera - "di fare eseguire, con qualsiasi mezzo, un'opera rispondente ai bisogni specificati dall'Amministrazione aggiudicatrice".

Secondo la Corte "l'esecuzione con qualsiasi mezzo ..." è stato solo una migliore specificazione dell'oggetto degli appalti pubblici con riferimento alle disposizioni delle Direttive del 1971. E "questa definizione conferma che una persona, che non ha l'intenzione di eseguire direttamente i lavori ovvero i mezzi per farlo, può partecipare ad una procedura di aggiudicazione di appalto."

## **2) IL DIVERSO MODO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DI LEGGERE LE DIRETTIVE**

La decisione della Corte di giustizia sembra doversi segnalare innanzitutto perché è espressione di un modo di leggere le Direttive europee ben diverso da quello col quale esse vengono lette, attuate e applicate in Italia.

L'organizzazione e la disciplina dell'attività amministrative, la tradizione formalista, il prevalere della deresponsabilizzazione, inadeguati apporti culturali, hanno fatto non comprendere, spesso, talvolta distorcere spirito e specifiche disposizioni delle Direttive.

La Corte di giustizia, con chiarezza e semplicità, dice cose che né il legislatore attuatore delle Direttive CEE, né l'Amministrazione chiamata a commentarle nelle sue circolari<sup>9</sup> e ad applicarle, e neppure alcuna dottrina e giurisprudenza avevano indicato, neppure come semplice ipotesi, a partire dalle Direttive del 1971.

Se queste ultime fossero state lette col metodo semplice col quale le legge la Corte di giustizia e conseguentemente fosse stata sviluppata la legge di attuazione, e poi questa applicata, avremmo avuto un diverso modo di qualificazione delle imprese<sup>10</sup>, un diverso modo di sviluppare le gare d'appalto, una diversa disciplina delle associazioni temporanee di imprese. L'eterno, insoluto problema delle "offerte anomale" forse si sarebbe, col tempo, risolto da solo.

L'Amministrazione sarebbe stata chiamata a scegliere e a decidere nei casi concreti, nel loro merito, e avrebbe conseguentemente sviluppato capacità e assunto autorevolezza: forse, non si sarebbero avuti i fenomeni abnormi che ci sono stati, le opere si sarebbero realizzate meglio, a minor costo, e forse avremmo avuto anche una struttura imprenditoriale più qualificata e più forte.

---

<sup>9</sup> V., in particolare, la Circolare Ministero Lavori Pubblici - Ispettorato Generale per l'A.N.C. - 25 novembre 1978, n. 618, Legge 8 agosto 1977, n. 584 - Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle Direttive della Comunità Economica Europea.

<sup>10</sup> Dato che la disciplina europea offre all'Amministrazione gli strumenti per una penetrante, effettiva e specifica valutazione delle capacità dell'impresa in relazione alle tipologie e dimensioni economiche di opere e, anzi, del singolo lavoro. V. art. 1 lett. e) ed f) sulla definizione di procedura aperta (in cui ogni imprenditore interessato può presentare un'offerta) e quella di procedura ristretta (in cui soltanto gli imprenditori invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici possono presentare un'offerta) e gli artt. 26-28 della Direttiva n. 37/93, sulla selezione qualitativa delle imprese.

Oggi, di fronte allo sfascio conclamato del sistema dei lavori pubblici, si deve cominciare da capo, ed è difficile.

La legge n. 109/94<sup>11</sup> - approvata, sottoposta a tentativi di applicazione, sospesa<sup>12</sup> e oggi tutta in discussione - è coerente con le tradizionali impostazioni: sempre più rigidità, sempre più formalismo, con il rischio di vanificare le pur importanti innovazioni apportate, dato che rigidità e formalismo riducono, almeno e sicuramente nella pratica, la capacità decisionale e la responsabilità dell'Amministrazione e spesso rendono il sistema troppo lontano dalle varie esigenze operative.

Come induce la sentenza della Corte di giustizia, sarebbe opportuno tornare a leggere le Direttive *ex novo*, per coglierne meglio finalità generali e contenuti specifici, caratterizzati da un formalismo solo essenziale, soprattutto con riferimento all'operatività delle imprese e a garanzia della concorrenzialità, e forti poteri e capacità decisionali dell'Amministrazione.

### **3) IL GRUPPO NELLE DIRETTIVE CEE COME ESPRESSIONE DELL'AUTONOMIA ORGANIZZATIVA DELL'IMPRENDITORE E NELLA PRASSI NAZIONALE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

Sia per le iscrizioni alle liste nazionali di imprese<sup>13</sup>, sia per la partecipazione alle singole gare di appalto - come affermato nella sentenza, dato che criteri e modalità di qualificazione delle imprese sono i medesimi in tutte e due i casi - la Corte ha dato rilievo al gruppo industriale di imprese, la cui capogruppo - in quanto avente "l'influenza dominante" - può operare sul mercato degli appalti pubblici facendo valere nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici le capacità possedute dalle società controllate e delle quali capacità la società capogruppo dimostri di poter giuridicamente disporre, ai fini dell'esecuzione del contratto di appalto.

La Corte ha dato valore generale al gruppo, pur essendo questo esplicitamente previsto nelle Direttive solo a proposito degli affidamenti in concessione di costruzione e di gestione di lavori pubblici.

Secondo l'art. 1 della Direttiva n. 440/89<sup>14</sup> e l'art. 4, comma 5 del Decreto legislativo n. 406/91<sup>15</sup>, impresa collegata è qualsiasi impresa su cui il concessionario stesso

---

<sup>11</sup> Legge 11 febbraio 1994, n. 109, *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, la c.d. "legge MERLONI", dal nome del Ministro dei lavori pubblici cui si deve non solo la presentazione del relativo disegno di legge ma anche una coerente e ferma sollecitazione politica per la sua approvazione in Parlamento.

<sup>12</sup> Dapprima sospesa con l'art. 71 del D.L. 29 aprile 1994, n. 257, *Disposizioni urgenti in materia di differimento dei termini previsti da disposizioni legislative*, nelle sole ma determinanti parti riguardanti la disciplina della progettazione e i prezzi a corpo, essendo ancora Ministro dei Lavori Pubblici l'on. MERLONI, e quindi, estensivamente e con successive modificazioni, dal D.L. 31 maggio 1994, n. 331, *Disposizioni urgenti per la ripresa delle attività imprenditoriali* (art. 6), poi reiterato dal D.L. 30 luglio 1994, n. 478 (art. 5) e dal D.L. 30 settembre 1994, n. 559 (art. 5).

<sup>13</sup> Nel nostro sistema, l'Albo Nazionale dei Costruttori di cui alla legge 10 febbraio 1962, così come successivamente modificata.

<sup>14</sup> Oggi, art. 3, comma 4 della Direttiva n. 37/93 *cit.*

può esercitare direttamente o indirettamente influenza dominante o qualsiasi impresa che può esercitare influenza dominante sul concessionario o che, come il concessionario, è soggetto all'influenza dominante di un'altra impresa per via della proprietà, della partecipazione finanziaria o delle norme che la disciplinano.

Si presume l'influenza dominante se un'impresa detiene nei confronti di un'altra, direttamente o indirettamente, la maggioranza del capitale sottoscritto ovvero dispone della maggioranza dei voti connessi alle partecipazioni al capitale, o può designare più della metà dei membri dell'organo di Amministrazione, direzione o vigilanza.

La normativa comunitaria fa riferimento letterale e definisce le imprese "collegate". In realtà il riferimento è ad imprese in una forte posizione di collegamento fra di loro, cioè, in sostanza, in situazione di vero e proprio rapporto di "controllo", in quanto sottoposte "all'influenza dominante" di un'unica società. Sono considerate appartenenti ad uno stesso gruppo solo le imprese in tale correlazione fra di loro.

A ben vedere, la sentenza si fonda sui principi generali che ispirano tutto il Mercato Unico, che "presuppone la creazione di uno spazio economico unico a più Stati, ove gli scambi si effettuino alle stesse condizioni di quelle vigenti in un mercato interno. Ciò implica la scomparsa di tutti gli ostacoli ai movimenti di beni, persone servizi e capitali, come pure l'instaurazione di un regime ove la concorrenza non sia falsata. Essendo le imprese di ciascuno Stato membro esposte alla concorrenza di quelle degli altri, l'ampliamento degli scambi fra stati membri comporta una intensificazione della concorrenza. Le imprese meno efficienti, che potrebbero resistere solo al riparo delle protezioni nazionali, sono destinate a scomparire, dando così alle imprese meglio preparate ed organizzate per affrontare la lotta concorrenziale l'occasione per accrescere le loro dimensioni, di aumentare la produzione e realizzare economie di scala, di cui beneficerà la collettività nel suo insieme. L'intensificarsi della concorrenza obbliga a entrare in concorrenza le une con le altre le imprese che, in vista di realizzare economie di scala, avevano acquisito a livello nazionale una posizione di monopolio o di quasi monopolio. Il pungolo della concorrenza, rimettendo incessantemente in causa situazioni che sembravano già acquisite, stimola lo spirito di iniziativa, l'innovazione, il progresso tecnico ed economico<sup>15</sup>."

Ora, sul piano industriale e della concorrenza di mercato, l'impresa organizzata in gruppo, cioè attraverso strutture giuridicamente distinte, dotate di propria personalità giuridica ma fra di loro complementari, integrate e coordinate, non configura altro che una modalità organizzativa dell'impresa: si tratta solo di una organizzazione formalmente diversa da quella che prevede l'incorporazione delle diverse attività e specializ-

---

<sup>15</sup> Decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406, *Attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, il cui citato art. 4, comma 5 è sostanzialmente ripetitivo dell'analoga norma di cui all'art. 1 della Direttiva n. 440/89.

<sup>16</sup> A. FRIGNANI - M. WAELBROCK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Napoli, 1978, p. 4 segg.

zazioni (struttura divisionale) in una sola entità giuridica, ma sostanzialmente costituisce sempre un'unica impresa<sup>17</sup>.

Nel settore manifatturiero e, più in generale, nei settori "privati", anche nel nostro Paese la diversità tra le forme organizzative è irrilevante sul piano dei rapporti con i terzi e l'articolazione in gruppo, invece che in strutture interne ad un unico soggetto giuridico, è un fenomeno che si è ampiamente sviluppato.

Si verifica addirittura l'espulsione di attività dall'impresa, vuoi unica, vuoi organizzata in gruppo, e l'affidamento di attività a fornitori che previamente rilevano lo stesso ramo d'azienda scorporato o la stessa unità autonoma, già organizzata nel gruppo in forma societaria. Tali fornitori, pur non appartenendo al gruppo per effetto di partecipazioni al capitale sociale, sono spesso legati all'impresa committente da contratti di esclusiva, da rapporti di controllo operativo e sulle caratteristiche tecniche e di qualità del prodotto, tali da dipendere, da quasi ogni punto di vista imprenditoriale ed economico, dal committente, alla cui "influenza dominante" certamente sono sottoposti o, almeno, condizionati. Questo è talvolta unico, tanto che anche in queste circostanze - pur mancando un rapporto di dipendenza, collegamento o controllo attraverso le partecipazioni azionarie - può essere affermata una situazione sostanziale di analoga dipendenza, tale da qualificare l'impresa committente e l'impresa fornitrice come appartenenti allo stesso gruppo, come previsto dalle norme nazionali<sup>18</sup>.

Questi fenomeni organizzativi dell'impresa, così sommariamente accennati, rispondono all'obiettivo dell'imprenditore di raggiungere la migliore efficienza e, quindi, la migliore competitività sul mercato. Per questo motivo, essi sono fenomeni di per sé assolutamente consentiti dal sistema comunitario, perché rispondenti a normali criteri di comportamento dell'imprenditore che agisce sul mercato, in concorrenza, purché non finalizzato ad alterare le condizioni concorrenziali del mercato stesso.

La pratica di gestione dell'impresa sviluppa dunque forme sempre nuove e diverse - anche a seconda dei settori produttivi - che creano situazioni di dipendenza, collegamento e controllo sostanziali anche fra imprese formalmente distinte non solo quanto a soggettività giuridica ma anche quanto alla proprietà e ai rapporti diretti o indiretti di intreccio azionario<sup>19</sup>.

A tale tendenza del mercato corrisponde, sia pure con affanno, l'evoluzione del sistema normativo, che cerca di individuare in via generale e astratta gli elementi atti a qualificare situazioni di controllo e collegamento fra imprese ma che, in realtà, obbediscono a criteri eminentemente sostanziali e specifici. Tale legislazione, tuttavia, non è

---

<sup>17</sup> V. F. GALGANO, *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 401, con particolare riferimento a Cass. civ., 26 febbraio 1990, n. 1439, la quale ricorda che "dal punto di vista della scienza dell'economia, lo scopo dell'attività diretta e di coordinamento del gruppo deve individuarsi nella più efficiente operatività economica del gruppo nel suo insieme e nelle sue componenti".

<sup>18</sup> V. art. 2359, comma 1, n. 3 del codice civile in nota 25.

<sup>19</sup> Su struttura, funzione economica, nozione e caratteristiche giuridiche delle diverse situazioni di gruppo, v. F. BARCA, P. CASAVOLA, M. PERASSI, *Controllo e gruppo: natura giuridica e tutela giuridica*, in *Il mercato della proprietà e del controllo delle imprese: aspetti teorici e istituzionali*, a cura di G. GOMEL, E. GAIOTTI, C. GIANNINI, L. GUIISO, Numero speciale dei contributi all'analisi economica, BANCA D'ITALIA, Roma, 1994.

affatto preordinata a limitare e vincolare lo sviluppo di tali rapporti di codipendenza fra le imprese - di per sé finalizzata solo a maggior efficienza dell'impresa - ma solo a garantire la massima ed effettiva concorrenzialità di mercato ed evitare situazioni di posizioni dominanti e di monopolio sul mercato<sup>20</sup>.

Nel nostro Paese - ma, evidentemente, non solo, dato il ricorso da cui è scaturita la sentenza della Corte di giustizia - nel campo dei contratti pubblici è invece prevalso il principio della personalità "formale" della prestazione, nel senso che colui che stipulava un contratto con la Pubblica Amministrazione era tenuto ad adempiere personalmente, salvo modalità ed eccezioni del caso. Espressione di tale principio è stato lo sfavore con il quale è sempre stato visto il subappalto, prima ancora che la lotta alle forme di infiltrazione mafiose nelle attività economiche limitasse e irrigidisse ancora di più il suo ricorso, fino a tempi recenti<sup>21</sup>.

Nel settore degli appalti di opere pubbliche, poi, l'istituzione dell'Albo Nazionale dei Costruttori - paragonabile ad un albo professionale tipico delle libere professioni "protette" - ha introdotto una situazione soggettiva necessaria per partecipare alle gare d'appalto e a svolgere i lavori, nel senso che l'iscrizione all'Albo allo stesso tempo è condizionata dalla e dimostra la capacità soggettiva di eseguire direttamente i lavori e, cioè, il possesso diretto delle relative capacità tecniche, economiche e finanziarie: il non iscritto, per ciò solo manca di una condizione soggettiva necessaria.

La tradizionale rigidità di questo schema ha resistito pienamente ed ha influito sullo sviluppo legislativo e su quello della prassi, anche dopo le Direttive comunitarie.

L'apertura alla possibilità di *joint venture* nel settore degli appalti di lavori pubblici, per esempio ed emblematicamente, si è attuata nella disciplina dell'associazione temporanea di imprese di cui agli art. 20 e seguenti della legge 12 agosto 1977, n. 584<sup>22</sup>, di attuazione delle Direttive comunitarie in materia di appalti, in cui le condizioni di aggregazione vengono prefissate dalla legge con diretto, astratto ma essenziale riferimento all'iscrizione all'Albo Nazionale dei Costruttori e non alla autonoma scelta - naturalmente da passare al vaglio delle valutazioni dell'Amministrazione - di più imprenditori di aggregarsi nel modo ritenuto migliore con riferimento alla singola commessa, sotto il profilo tecnico, finanziario ed economico a seconda delle caratteristiche dei lavori e, innegabilmente, delle caratteristiche della concorrenza da fronteggiare.

Secondo un'interpretazione data per scontata - ma che, alla luce della sentenza in commento, non lo era affatto - nella prassi il gruppo non ha avuto alcun modo di affermarsi ordinariamente nel settore degli appalti di opere pubbliche: se imprese appartenenti ad uno stesso gruppo volevano partecipare congiuntamente ad una gara di appalto, dovevano farlo come soggettività distinte nella forma e alle condizioni previste dalla disciplina dell'associazione temporanea di imprese. Anche per questo motivo, la spinta ad una organizzazione di gruppo per le imprese è stata modesta. Tra l'altro, l'espressa previsione della legittimità di considerare il gruppo come un'impresa unica contenuta

---

<sup>20</sup> Ad evitare le quali è intervenuta la normativa antitrust europea (v. art. 85 e 86 del Trattato e Regolamento del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064) e nazionale (L. 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*).

<sup>21</sup> V. art. 17 e 18 comma 1 della legge 19 marzo 1990, n. 55, così come successivamente sostituiti, modificati e integrati, in particolare dall'art. 22, comma 3 della legge 12 luglio 1991, n. 203 e dall'art. 34 del D. Lgs. n. 406/91.

<sup>22</sup> V. ora artt. 22 *segg.* del D. Lgs. n. 406/91.

dalla disciplina sulle concessioni di costruzione e di gestione di opere ha trovato poco riscontro nella pratica, data l'eccezionalità di tali tipi di affidamento.

#### **4) I GRUPPI NELLA "LEGGE QUADRO IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI"**

Con la recente legge n. 109/94 il legislatore, da una posizione sostanzialmente impeditiva dei gruppi nel settore dei lavori pubblici ma formalmente agnostica, è intervenuto con forza ma in chiave impeditiva del loro sviluppo e della loro stessa operatività.

La legge n. 109/94<sup>23</sup>, infatti, al di fuori del caso del concessionario di costruzione e di gestione, considera il gruppo in chiave solo restrittiva, per effetto dell'introduzione delle incompatibilità correlate alla divisione rigida delle fasi dell'attività realizzativa dei lavori pubblici e dell'esclusione dell'affidamento congiunto alle imprese di attività anche diverse da quella puramente esecutiva.

Stabilisce infatti l'art 17, comma 10 della legge che l'affidatario in genere e i soggetti controllati, controllanti, o collegati ad esso, che hanno assunto incarichi di progettazione e financo di generico apporto di servizi preliminari e collaterali, non possono partecipare agli appalti o concessioni aventi ad oggetto i relativi lavori, subappalti o cottimi.

Per la nozione di controllo e collegamento volta a determinare la suddetta incompatibilità, il comma 11 dell'art 17 della n. 109/94 si rifà alla disciplina del codice civile ma ne estende la portata, riprendendo la nozione di gruppo prevista dalla legge sull'editoria<sup>24</sup>, sempre sulla base di quella fissata dall'art. 2359 c.c.

Secondo la legge n. 109/94, dunque, costituisce controllo e collegamento la sussistenza di rapporti configurati come tali dall'articolo 2359 del codice civile<sup>25</sup>, ancorché

---

<sup>23</sup> Art. 17, commi 10-11.

<sup>24</sup> V. art. 2 della L. 25 febbraio 1987, n. 67, Rinnovazione delle legge 4 agosto 1981, n. 416, recante disciplina delle imprese editrici e provvidenza per l'editoria e art. 1, comma 8, della L. n. 416/81.

<sup>25</sup> Art. 2359 c.c., come sostituito con il recepimento delle Direttive in materia di bilancio, stabilisce che: "Sono controllate:

1 - le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

2- le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

3- le società che sono sotto influenza dominate di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persone interposta; non si computano i voti spettanti per conto terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza notevole 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."

tali rapporti intercorrano congiuntamente con altri soggetti tramite società direttamente o indirettamente controllate o tramite intestazione fiduciaria o mediante accordi parasociali.

Inoltre si ritiene esistente, salvo prova contraria, l'influenza notevole di cui all'ultimo comma dell'articolo 2359, e cioè il collegamento fra le imprese, quando ricorrano rapporti di carattere finanziario e organizzativo che determinino anche una sola delle seguenti attività:

- a) la comunicazione degli utili o delle perdite;
- b) il coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese al fine di acquisire appalti di opere o di servizi o al fine di limitare la concorrenza tra le imprese stesse<sup>26</sup>;
- c) una distribuzione degli utili o delle perdite diversa, quanto ai soggetti o alla misura, da quella che sarebbe avvenuta in assenza dei rapporti stessi;
- d) l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dal numero delle azioni o delle quote possedute;
- e) l'attribuzione di poteri nella scelta degli amministratori e dei dirigenti di imprese a soggetti diversi da quelli legittimati in base all'assetto proprietario.

L'incompatibilità dello svolgimento distinto e separato delle fasi di progettazione e di esecuzione da parte di imprese appartenenti allo stesso gruppo, è di per sé giustificabile - per quanto assai estensiva per il modo in cui è stata complessivamente disciplinata - per evitare che imprese appartenenti allo stesso gruppo, svolgendo separatamente studi e soprattutto progettazioni, si favoriscano fra di loro nella concorrenza con le altre imprese. Ma, in aggiunta alla previsione di tale incompatibilità, sono stati anche eliminati (art. 19, comma 1 della legge n. 109/94):

- a) l'appalto congiunto di progettazione ed esecuzione, che presuppone il possesso delle relative, diverse capacità da parte dell'affidatario, singola impresa o imprese diverse, raggruppate o appartenenti ad un gruppo<sup>27</sup>;
- b) l'appalto avente ad oggetto di "far eseguire ...", richiamato nella sentenza della Corte di giustizia, che comunemente viene inteso come il riferimento al *general contracting*, cioè dell'affidamento dell'appalto ad un'impresa che svolge una molteplicità di funzioni di concezione, organizzazione, esecuzione e di coordinamento fra diversi esecutori suoi appaltatori specializzati, sotto la sua esclusiva responsabilità: anche questo, come del resto emerge con chiarezza dalla sentenza, è una forma contrattuale che tipicamente richiede l'intervento del gruppo imprenditoriale, anche se non necessariamente.

---

<sup>26</sup> Questa formulazione richiama la funzione dei consorzi fra imprese (v. art 2602, così come sostituito dalla L 10 maggio 1976, n. 377; art. 6, L. 21 maggio 1981, n. 240, *Provvidenze a favore dei consorzi e delle società consortili tra piccole e medie imprese nonché delle società consortili miste*), che è proprio quella di coordinare l'azione dei partecipanti. Un'impresa partecipante ad un consorzio, dunque, per effetto della lett. b) dell'art. 17 della legge n. 109/94, è in rapporto di collegamento con il consorzio stesso e le altre imprese consorziate, con riferimento alle diverse fasi di studio e progettazione di un singolo intervento, delle quali una sia stata svolta dal consorzio ovvero da una delle imprese consorziate. La partecipazione ad un consorzio può naturalmente determinare anche un più generale rapporto di collegamento fra le imprese consorziate, a seconda dell'ampiezza dell'oggetto consortile.

<sup>27</sup> V. nota 32.

Strette dall'impossibilità di concorrere prima alla progettazione di un'opera e poi alla sua esecuzione e dall'impossibilità di concorrere - perché eliminati dalla legislazione - ad appalti congiunti di progettazione ed esecuzione o di *general contracting*, per le imprese italiane diviene inutile più di prima organizzarsi in gruppo, tendenzialmente costituito da unità diversamente specializzate e integrabili, anzi, diventa dannoso, ovvero diventa dannoso acquisire capacità diverse ed integrabili per le diverse fasi del ciclo di ideazione, studio, progettazione, finanziabilità, realizzazione o anche gestione di opere: l'impresa dovrà ritirarsi solo sulla fase esecutiva, quella sua tipica e tradizionale.

Parallelamente, l'Amministrazione dovrà segmentare le sue attività e rivolgersi prima ad un operatore e poi ad un altro, ogni volta e per qualsiasi tipo di intervento, anche in quelli dove la tecnologia "prevale" sull'esecuzione, nel senso che non solo è necessaria prima una specifica scelta tecnologica ma anche che il detentore della tecnologia debba essere l'esecutore, non solo per motivi attinenti alla tutela del *know-how*, ma anche al possesso di esclusive capacità realizzative<sup>28</sup>.

L'orientamento del legislatore, restrittivo nei confronti del gruppo, si è espresso anche nell'articolo 2, commi 4 e 5 della legge n. 109/94, che rinnova la disciplina sui lavori eseguiti da imprese di gruppo nel caso di concessione di costruzione e di gestione di lavori pubblici.

L'art. 2 stabilisce che i concessionari di lavori pubblici possono eseguire tutti i lavori, oltre che direttamente, anche tramite imprese controllate (comma 4) e, per tre anni e nella misura del 30%, anche tramite imprese collegate (comma 5).

L'articolo 2, tuttavia, non indica a quale nozione di controllo e di collegamento di imprese si riferisca, se a quella:

- a) di cui alle norme comunitarie;
- b) di cui all'art. 2359 del codice civile;
- c) di cui al ricordato art. 17 della stessa legge quadro, ai fini delle incompatibilità fra progettazione ed esecuzione, che richiama ed estende la nozione del codice civile.

Semplificando le principali differenze fra queste nozioni e senza soffermarsi sui problemi interpretativi connessi ad ognuna, soprattutto dove si basano su presunzioni, può evidenziarsi che:

- a) la nozione del codice civile si basa su rapporti c.d. "verticali", cioè diretti fra imprese, mentre le norme comunitarie e quella dell'art. 17 della legge n. 109/94 si riferiscono anche a rapporti "a raggiera", in cui si configura un rapporto fra imprese per il solo fatto di essere sottoposte ad una comune controllante, come nel D. Lgs. n. 406/91, o coordinatrice della gestione, come nell'art. 17, lett. b) della legge n. 109/94. Quindi, sotto questo aspetto, la nozione del codice è più restrittiva;
- b) tuttavia la nozione di "collegamento" del D. Lgs. n. 406/91 è tale solo sul piano letterale perché essa consiste, a prescindere dai soggetti che vengono in considerazione, come sopra ricordato, in un rapporto "forte", di vero e proprio controllo ("influenza dominante"), esercitato dall'impresa che si pone al centro del sistema. È, quindi, una nozione che si riferisce a rapporti ben più consistenti di quelli compresi nella nozione di "collegamento" del codice civile;
- c) il codice civile considera controllo anche quello esercitato in virtù di vincoli contrattuali, nel senso che è considerata controllata un'impresa che - pur non avendo rap-

---

<sup>28</sup> Situazione tipica nei c.d. settori esclusi di cui alla Direttiva n. 38/93 (telecomunicazioni, trasporti, energia e acqua).

porti azionari con un'altra - dipenda però per la sua attività esclusivamente o prevalentemente da questa. Tale fattispecie non sembra essere ricompresa nelle altre nozioni;

- d) solo l'art. 17 della legge quadro configura la possibilità di controllo e collegamento anche congiuntamente con altri soggetti, mediante accordi parasociali.

Sono quindi evidenti e sostanziali le differenze, in senso talvolta più restrittivo, talvolta più estensivo, fra le varie nozioni.

Ad una prima lettura, l'art. 2 della legge n. 109/71 sembra utilizzare le nozioni di controllo e di collegamento di cui al codice civile, che sono le nozioni generali nel nostro sistema, in quanto fa riferimento, seppure in due commi diversi, ad ambedue i concetti di controllate e collegate senza ulteriori specificazioni.

Mentre può ritenersi con certezza che il comma 4 dell'art. 2 della legge n. 109/94 faccia riferimento alla nozione di controllate del codice civile, sorgono invece molti dubbi che si possa fare riferimento alla relativa nozione codicistica anche per la nozione di collegate di cui al comma 5 dello stesso art. 2.

Infatti, se le imprese collegate di cui al comma 5, alle quali il concessionario può affidare direttamente i lavori, fossero da individuate in base alla nozione di cui al codice civile, nel periodo transitorio di tre anni, tali affidamenti potrebbero essere effettuati, tra l'altro e in particolare, ad imprese in cui il concessionario detenga il 20% del capitale (il 10% se quotate in borsa) ma non vi sarebbe la possibilità di affidamenti ad imprese con cui il concessionario non avesse rapporti diretti (fermo il caso di "controllate" in virtù di "vincoli contrattuali").

Tale situazione pone i seguenti immediati problemi, derivanti dall'allontanamento della nozione comunitaria. Questa fa letteralmente riferimento a situazioni di collegamento ma richiama situazioni sostanziali indubbiamente di controllo e la fa con indubbia coerenza: solo il controllo, esercitato attraverso "l'influenza dominante", come previsto dalla nozione di gruppo del concessionario e come ricordato dalla sentenza della Corte di giustizia, infatti, determina fra imprese formalmente distinte rapporti operativi tali da configurare, dal punto di vista economico, un'impresa unica, che giustifica l'affidamento diretto e reciproco dei lavori fra le imprese stesse, pur formalmente distinte. La mancanza di situazioni di controllo e l'esistenza del solo collegamento ai sensi dell'art. 2359 del codice civile non può, invece, essere considerato tale da determinare l'unicità dell'impresa, neanche dal punto di vista economico, e perciò la possibilità di affidamento reciproco di lavori fra imprese collegate ai sensi del codice civile costituirebbe una discriminazione concorrenziale a danno delle altre imprese del mercato, che possono assumere direttamente quegli stessi lavori del concessionario solo partecipando alla gara in associazione temporanea con esso<sup>29</sup>.

Tenuto conto di quanto appena rilevato, nonché che l'art. 2, comma 4 della legge n. 109/94 muta la situazione precedente con riferimento alla nozione di controllo - che,

---

<sup>29</sup> E infatti la normativa europea considera appartenenti allo stesso gruppo le imprese che si sono associate al fine di assumere la concessione di costruzione e di gestione e, perciò, esse possono assumere direttamente i lavori dal concessionario stesso. In realtà, tali imprese assumono l'esecuzione dei lavori oggetto della concessione per il semplice motivo che, associandosi al concessionario per partecipare alla gara, hanno affrontato il confronto concorrenziale di mercato e sono risultate aggiudicatarie, assieme al concessionario (v. art. 3, comma 4 della Direttiva n. 37/93 e art. 4, comma 5, del D. Lgs. n. 406/93).

diviene, ex art. 2359 c.c., più restrittiva di quella comunitaria - si può ritenere che l'intenzione del legislatore, con il riferimento alle imprese collegate di cui al comma 5 dell'art. 2, fosse quella di rendere transitoria e di fare riferimento alla nozione di "controllo" di cui alle norme comunitarie<sup>30</sup>, più estensiva di quella di cui al codice civile e definita di "collegamento", proprio come, sul piano letterale, dal comma 5 in questione.

Questa interpretazione appare qualcosa di più della mera, seppur sicura, intenzione del legislatore, se si tiene presente che la nozione di "collegamento" di cui al comma 5 in questione è richiamata per l'applicazione di una disposizione temporanea, mentre si stabilisce il passaggio dalla precedente nozione di "controllo", prevista dalle norme comunitarie, a quella - nuova per il settore dei concessionari di lavori pubblici e, si ripete, più "stretta" della prima - prevista dal codice civile. Si può quindi ritenere, allora, che la nozione di collegamento di cui al comma 5 dell'art. 2 della legge n. 109/94 non sia altro che il richiamo della precedente nozione comunitaria di "controllo", dalle norme comunitarie appunto definita di collegamento.

Questa interpretazione è coerente con la provvisorietà della norma e, quindi, con una sua natura transitoria - trascinarsi per tre anni ancora dell'applicazione della nozione europea di gruppo - per dare tempo alle aziende interessate di passare dai rapporti di collegamento/controllo di tipo comunitario a quelli di controllo di tipo codicistico, senza che il cambiamento repentino della nozione di gruppo impedisca l'affidamento diretto di lavori infragruppo.

Dovrebbe quindi intendersi che, per tre anni, oltre alla possibilità di svolgimento dei lavori da parte dello stesso concessionario e delle imprese controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., può applicarsi, per l'affidamento diretto di una quota di lavori fino ad un importo del 30%, la concezione europea di "controllo/collegamento", nel senso di considerare anche le imprese che, come il concessionario, sono sottoposte all'influenza dominante di un terzo soggetto.

## **5) GLI EFFETTI DELLA SENTENZA NEL SISTEMA NAZIONALE**

La disciplina del gruppo non sembra materia disponibile o, almeno, pienamente disponibile, dal legislatore nazionale. Non si tratta, infatti, di materia attinente all'attività amministrativa, che può essere resa diversa rispetto a quella comunitaria se ne rispetti contenuti e finalità e potendo, perciò, essere sviluppata e integrata in sede

---

<sup>30</sup> Tale intenzione risulta dall'iter parlamentare di approvazione della legge, dove la problematica sopra accennata, sulla nozione di imprese controllate e collegate nell'art. 2 della legge n. 109/94, è tutta derivata dall'approvazione dell'emendamento, nella fase finale, concernente la possibilità del concessionario di avvalersi di imprese "controllate", per l'esecuzione totale dei lavori.

nazionale o anche più restrittiva<sup>31</sup>, per esempio escludendo o limitando preventivamente facoltà dell'Amministrazione pur previste dalle Direttive CEE, anche con l'effetto indiretto di limitare l'attività delle imprese<sup>32</sup>.

Non c'è dubbio, poi, che diversità e limitazioni della legislazione nazionale non possano essere imposte alle imprese europee, mentre viene considerato ammissibile che esse possano essere imposte alle imprese nazionali, come avvenuto con il mantenimento del loro obbligo di iscrizione all'Albo Nazionale dei Costruttori, invece facoltativa per le imprese europee. L'obbligo di iscrizione per queste ultime è stato considerato discriminatorio dalla Comunità fin dalle Direttive di 1971, anche se l'iscrizione all'Albo Nazionale costituisce solo una modalità di dimostrazione dei requisiti di un'impresa, non riguardando gli elementi per la qualificazione, che sono sempre e solamente quelli fissati dalle Direttive e gli stessi sia per le imprese europee che per quelle nazionali: insomma, l'obbligo dell'iscrizione all'Albo non attiene ad una diversità sostanziale della disciplina né costituisce, almeno in teoria, una limitazione effettiva dell'autonomia delle imprese.

Di ben diversa portata, rispetto all'obbligo e alla facoltà dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Costruttori, paiono il riconoscimento o meno del gruppo come impresa unica e la sua disciplina, come risulta dagli effetti della questione sollevata di fronte alla

---

<sup>31</sup> Tale principio è stato discusso ma applicato proprio per la legge n. 109/94, che, come noto, è ampiamente "restrittiva" rispetto alle discipline comunitarie in materia di appalti pubblici e dei c.d. "settori esclusi" (telecomunicazioni, trasporti, energia e acqua). In realtà il principio andrebbe verificato con maggiore approfondimento, nella misura in cui il legislatore italiano non si limita a porre preventive limitazioni all'attività e a facoltà dell'Amministrazione consentite dalle Direttive ma altera complessivamente il sistema comunitario, come quando impone norme tipicamente pubblicistiche - nelle Direttive comunitarie riguardanti solo le attività espressione di "pubblici poteri", cioè attività non economiche - a soggetti che svolgano attività economica e incide così sui "regimi" veri e propri delle attività economiche e delle imprese, rendendo il singolo mercato nazionale strutturalmente non omogeneo rispetto a quello europeo.

<sup>32</sup> È quanto operato dalla legge n. 109/94 quando ha escluso che l'Amministrazione possa concludere contratti di progettazione ed esecuzione congiunti e quello avente ad oggetto "l'esecuzione con qualsiasi mezzo ..."). Questa esclusione preventiva delle formule contrattuali d'appalto, diverse da quelle aventi ad oggetto la sola esecuzione e previste dalle Direttive europee, impedisce alle imprese nazionali l'acquisizione dell'esperienza nello svolgere tali tipi di contratto, cioè dei titoli per le qualificazioni, rendendole incapaci o rendendo più debole la loro capacità di concorrere sul mercato europeo, oltre che escludendo a priori forme di affidamento che, anche se non generalizzati, possono adattarsi meglio alle esigenze dell'Amministrazione nei singoli casi. Il dubbio sulla legittimità di tali modifiche nazionali restrittive alle Direttive europee, sollevato nel dibattito che ha accompagnato l'iter approvativo della legge n.109/94 e respinto *in toto* dal Ministro dei lavori pubblici, è invece avallato dal recentissimo ricorso presentato (v. A. MASCOLINI, *Appalti: anche la Francia presenta ricorso alla UE, in Italia oggi* 10 novembre 1994) dal *Sindacat national du béton armé, des techniques industrielles et de l'entreprise générale* (l'Associazione francese dei *general contractor*) contro il decreto 29 novembre 1993, n. 93, attuativo della legge 12 luglio 1985, n. 704, che limitava fortemente la possibilità di ricorrere al contratto di progettazione ed esecuzione previsto dalle Direttive europee, oltre che già dalla legge nazionale.

Corte di giustizia: il rilievo del gruppo ai fini dell'ammissione alle gare e la disciplina del gruppo stesso condizionano direttamente l'attività di impresa e la sua connaturata prerogativa dell'autonomia organizzativa, attraverso la quale l'imprenditore organizza i fattori produttivi<sup>33</sup> ed opera sul mercato.

Per queste ragioni, le Direttive comunitarie e, conformemente, la sentenza della Corte di giustizia rispettivamente prevedono e sancisce il diritto delle imprese straniere di qualificarsi agli appalti banditi nel nostro Paese anche attraverso le capacità possedute dalle imprese appartenenti al gruppo.

Allo stesso modo tali società potranno esercitare la loro facoltà di iscriversi all'Albo Nazionale dei Costruttori.

Per i gruppi europei, quindi, le capacità tecniche, economiche e finanziarie delle singole aziende del gruppo si possono cumulare e valere con riferimento a ciascuna, specifica specializzazione posseduta dalle imprese del gruppo.

Parimenti indubbio è che le imprese europee faranno valere in Italia la nozione di gruppo di tipo europeo, più "elastica" e più ampia di quella prevista dal nostro codice civile, applicata e resa ordinaria dalla legge n. 106/94 per i lavori dei concessionari di lavori pubblici. Se, poi, la nozione di imprese "collegate" di cui all'art. 2, comma 5 della legge n. 109/94, venisse intesa ai sensi del nostro codice civile ai fini dell'affidamento dei lavori da parte del concessionario (nonostante la ricordata illegittimità comunitaria di tale interpretazione), essa dovrebbe valere sia nei confronti delle imprese nazionali che di quelle europee, perché più estensiva e, quindi, favorevole, per evitare una discriminazione nei confronti delle imprese europee.

L'interrogativo che si pone è se il principio affermato dalla sentenza e gli effetti da esso conseguenti possano, anzi, debbano essere applicati anche alle imprese nazionali, oltre che, inevitabilmente, alle imprese straniere operanti in Italia.

Prima di qualche considerazione giuridica, si ricorda quanto riportato nei precedenti paragrafi sulla essenzialità, per il Mercato Unico, della omogeneità delle discipline e delle condizioni in cui debbano operare le imprese e sulla funzione e la convenienza generali dell'organizzazione in gruppo.

L'applicazione del principio affermato dalla sentenza della Corte di giustizia apre inoltre anche specifiche possibilità nell'attività di contrattazione pubblica. Il principio consente di fare svolgere i lavori specialistici ad un'impresa di gruppo senza incorrere nei limiti della disciplina del subappalto o nella necessità di una formale e preventiva formazione di un'associazione temporanea di imprese. Se il gruppo ha rilievo unitario, l'impresa potrà decidere di articolarsi in molteplici società operative specializzate, le quali potranno anche operare autonomamente sul mercato.

A seconda della nozione di gruppo, poi, cambiano le modalità giuridiche e la portata economica e finanziaria dei rapporti che devono instaurarsi con le imprese ad esso appartenenti, in modo tale da configurare fra di esse una situazione di controllo.

Si comprende allora come i quesiti attinenti all'applicazione interna dei principi affermati dalla sentenza siano di due tipi.

Il primo, se il principio affermato dalla Corte debba essere applicato anche a favore delle imprese nazionali.

---

<sup>33</sup> Art. 2082 c.c.: "È imprenditore che esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi".

Il secondo, in caso di risposta positiva al primo quesito, se la nozione di gruppo per le imprese nazionali debba essere quella europea o se lo Stato possa dettarne una diversa, che sarebbe obbligatoria solo per le imprese nazionali.

La risposta al primo quesito è semplice ma dubbia.

Se si ritiene che i principi e le Direttive europee consentano al legislatore italiano di stabilire un regime diverso e meno favorevole per le imprese nazionali<sup>34</sup> - come sarebbe il sistema nazionale, se imponesse la titolarità diretta dei requisiti da parte delle singole imprese - allora i principi affermati dalla Corte dovrebbero trovare applicazione nel mercato interno solo per le imprese europee. In questo caso, si configurerebbe un doppio regime frutto di una scelta legislativa, certamente paradossale, sostanzialmente discriminatoria nei confronti delle imprese nazionali ma ineccepibile sul piano comunitario.

La situazione sarebbe così paradossale che, se fosse vero fino in fondo che le imprese italiane non potrebbero far valere la discriminazione di fronte alla Corte di giustizia, si potrebbe porre un problema di compatibilità costituzionale in relazione al comportamento dello Stato che, da una parte, aderisce alla Comunità e accetta il Mercato Unico e, dall'altra, impedisce alle imprese nazionali di attrezzarsi e di competere in questo Mercato Unico alle stesse condizioni degli altri concorrenti europei, cioè organizzate in gruppo, con tutte le implicazioni e potenzialità organizzative e industriali che esso comprende.

Salvo le verifiche che tale situazione sembra richiedere, anche sotto il profilo della coerenza europea, c'è da chiedersi se essa sia compatibile sul piano costituzionale con riferimento agli artt. 3 (Principio di uguaglianza), 41 (Libertà dell'iniziativa economica) e 80 (sulla ratifica parlamentare dei trattati internazionali) della Costituzione, nel senso che l'impegno internazionale dello Stato - in particolare un impegno di carattere economico volto alla creazione e alla partecipazione ad un mercato unico fra più stati - non comporti anche l'obbligo di assicurare alle imprese nazionali una parità di trattamento, con il rispetto anche per esse delle prerogative che lo Stato è impegnato a rispettare nei confronti delle imprese europee, tenendo conto che la materia in questione attiene o a prerogative insite nell'autonomia dell'imprenditore o alla sua attività economica in quanto tale.

Sostanzialmente negli stessi termini sembra porsi la risposta al secondo quesito, qualora si risponda positivamente al primo.

È coerente davvero con il sistema europeo e con quello costituzionale che la nozione nazionale di gruppo sia limitativa - nei confronti delle sole imprese nazionali - rispetto a quella europea?

Forse, in questo caso, i margini di una diversa disciplina dello Stato sussistono, ma certo non devono essere contrari a norme e principi europei che incidano sulla parità di trattamento delle imprese del mercato europeo, come sarebbe, per esempio, se la nozione di imprese collegate di cui all'art. 2 della legge n. 109/94 fosse ritenuta quella di cui al codice civile e non quella stabilita dalla normativa comunitaria, che - si ricorda ancora - configura in realtà rapporti di controllo, ai quali connette la possibilità di affidamenti diretti di lavori da parte del concessionario. La normativa nazionale non dovrebbe neppure essere tale da rendere le imprese italiane organizzate in gruppo in condizioni sostanzialmente limitative rispetto agli altri gruppi europei, coi quali sono in concorrenza.

---

<sup>34</sup> V. note 31 e 32.

## 6) PROFILI APPLICATIVI DELLA SENTENZA: IL GRUPPO E LE ISCRIZIONI ALL'ALBO NAZIONALE COSTRUTTORI, LA PARTECIPAZIONE ALLE GARE, L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

L'obbligo dell'Amministrazione di prendere in considerazione la situazione plurisoggettiva, dal punto di vista formalmente giuridico, del gruppo, non solo, ovviamente, è di per sé coerente con la normativa comunitaria ma non appare trovare ostacolo neppure in alcuna norma nazionale. Rispetto a quest'ultima, con esclusivo riferimento al settore dei lavori pubblici (personalità della prestazione nei contratti di appalto, divieto di cessione del contratto, disciplina del subappalto, disciplina dell'associazione temporanea di imprese) l'unico dubbio era interpretativo e di principio, ed è stato risolto dalla sentenza della Corte di giustizia, mentre, in generale, la stipula di contratti con più parti da parte dell'Amministrazione è certamente ricompresa nella sua capacità negoziale. Che al singolo soggetto giuridico si sostituisca una pluralità di soggetti giuridici, di per sé, in nulla contrasta con norme e principi di legge inderogabili, volti alla tutela della concorrenzialità, del buon andamento e della trasparenza dell'azione amministrativa, dell'interesse della Pubblica Amministrazione<sup>35</sup>, di normative di ordine pubblico, come quella antimafia, in particolare tenendo conto che il fenomeno plurisoggettivo si manifesta e deve essere considerato dall'Amministrazione fin dal momento della gara e trovare riscontro nella relativa disciplina contrattuale. Esso, cioè, si pone all'evidenza nel pieno delle procedure concorrenziali e dell'attività di verifica e decisionale dell'Amministrazione.

Non esistendo norme specifiche e dirette sulla partecipazione del gruppo alle gare per l'esecuzione di lavori pubblici, se non quella positiva per il concessionario di opere pubbliche, allo stato attuale il regime nazionale si deve ritenere omogeneo sia per le imprese nazionali che europee e conforme con norme e principi comunitari, in particolare di quelli esplicitati e a base della sentenza della Corte di Giustizia. Restano naturalmente fermi i dubbi e i problemi derivanti dalla disciplina prevista da alcune disposizioni sui gruppi, sopra esaminati, ma essi si muovono su un piano tutto diverso da quello riguardante l'ammissibilità alle gare dei gruppi stessi perché trattano solo la situazione delle singole imprese appartenenti ad un gruppo e mai il gruppo in quanto tale nel settore dei lavori pubblici e tantomeno la sua partecipazione alle gare<sup>36</sup>.

Ad una prima riflessione, sembra dunque che l'applicazione interna del principio affermato dalla Corte di giustizia, richieda solo di adattare la prassi amministrativa alla

---

<sup>35</sup> Corte dei conti 18 dicembre 1992, n. 79, in *Riv. Corte dei conti* 1992, n. 6, I, p. 17, secondo la quale l'opzione per un compenso forfetario da corrispondere sulle acquisizioni di beni e servizi, di cui il contraente venga incaricato, implica l'analisi della composizione del compenso medesimo e la motivazione della sua misura, fermo restando che esso deve essere escluso nell'ipotesi che il fornitore sia impresa collegata all'appaltatore. La massima presuppone la considerazione del gruppo come impresa unitaria e cioè che la prestazione svolta dall'impresa collegata sia prestazione del gruppo e che, quindi, il diretto contraente con l'Amministrazione non ha diritto al "compenso forfetario" in quanto, altrimenti, il gruppo guadagnerebbe due volte, con l'utile derivante dallo svolgimento della prestazione affidata all'impresa collegata e con il negato compenso forfetario.

<sup>36</sup> Salvo le ricordate norme riguardanti il concessionario di costruzione e di gestione.

situazione di fatto che va considerata (un'impresa unica ma composta da più soggetti giuridici), sia sul versante amministrativo (Iscrizione all'Albo Nazionale dei Costruttori, qualificazione in sede di gara, adattamenti dei bandi e degli inviti alle gare) che su quello contrattuale, al solo scopo di consentire l'applicazione della normativa di settore e la preservazione dell'interesse della pubblica Amministrazione alla buona esecuzione della prestazione, invece che nei confronti di un unico soggetto giuridico, nei confronti di una pluralità di soggetti giuridici unitariamente considerati.

Un punto fermo è che i lavori devono essere eseguiti da imprese idonee secondo la normativa generale. Infatti, il principio affermato dalla sentenza - e cioè che la capogruppo può fare valere le referenze delle imprese controllate - non comporta il superamento della disciplina europea e nazionale sulla qualificazione delle imprese ma solamente che le referenze delle imprese di gruppo vanno unitariamente considerate.

L'impresa capogruppo, non eseguendo essa stessa i lavori, non sembra dover - attraverso le referenze delle controllate - richiedere essa stessa le iscrizioni all'Albo Nazionale dei Costruttori, dato che, per ciascuna categoria e classifica dell'Albo, essa dovrebbe contemporaneamente apparire assieme all'impresa controllata fornita delle referenze, con un'inutile duplicazione, in particolare nel caso in cui le imprese controllate siano plurime e ciascuna fornita di alcune specializzazioni e conseguenti iscrizioni all'Albo. Inoltre, l'obbligatoria iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori da parte dei realizzatori di lavori pubblici viene rispettata anche senza l'iscrizione dell'impresa controllante perché, anche con la partecipazione alla gara da parte della impresa controllante non iscritta, i lavori verranno poi eseguiti dalla impresa controllata iscritta all'Albo stesso.

La mancata iscrizione dell'impresa capogruppo, tuttavia, non consente di rappresentare l'apporto di capacità, eminentemente di carattere finanziario, della capogruppo a favore delle imprese controllate. Tale apporto, oltre che non trovare riscontro nell'attuale disciplina dell'Albo Nazionale dei Costruttori, si configura come uno di quegli elementi di fatto tipici del gruppo imprenditoriale ma difficilmente "codificabili", soprattutto in via preventiva e generale, come sarebbe in sede di Albo Nazionale dei Costruttori. Per questo motivo, tale elemento pare convenientemente rappresentabile dalla controllante e valutabile dall'Amministrazione in sede di gara, piuttosto che in sede e attraverso l'iscrizione all'Albo, anche perché è in sede di gara che emerge la funzione "unificante" e di coordinamento della capogruppo, in particolare quando le imprese controllate ad esse facenti capo e partecipanti alla qualificazione sono più di una.

In sede di gara d'appalto, essendo diretti la presenza e l'impegno della capogruppo e valutando l'Amministrazione specificamente la situazione delle imprese concorrenti, anche la capacità finanziaria della capogruppo acquisisce un rilievo effettivo, specifico e concreto rispetto all'esecuzione della commessa, che è a carico dell'impresa controllata, la quale, sia per gli anticipi di spesa per l'esecuzione dei lavori che nei confronti dell'Amministrazione (rilascio di garanzie bancarie e polizze assicurative), si può avvalere della capacità finanziaria della capogruppo, come nei gruppi è naturale.

Ulteriori profili da tenere presente, sono quelli attinenti alle misure antimafia<sup>37</sup>, al controllo delle partecipazioni al capitale<sup>38</sup>, all'esistenza delle cause di sospensione e

---

<sup>37</sup> L. 31 maggio 1965, n. 575, *Disposizioni in materia di antimafia, e successive modificazioni e integrazioni*.

di esclusione dall'iscrizione all'Albo di cui agli artt. 20 e 21 della legge n. 57 del 1971, e successive modifiche e integrazioni<sup>39</sup>, le cause generali di esclusione dalle gare<sup>40</sup>.

Per la generalità delle cause di esclusione, per lo stesso motivo per i quali il gruppo è considerato un'impresa unica, la situazione della società capogruppo per i profili in questione deve essere sottoposta a verifiche, ma non dovrebbe determinare conseguenze sulle imprese controllate, ma solo nel senso che, se la controllante si trova in una situazione di incompatibilità in base alla normativa richiamata, essa non potrà partecipare alle gare d'appalto ma - autonomamente - lo potranno solo le sue controllate, se in regola e singolarmente considerate. Le cause di esclusione della capogruppo, quindi, si riverberano sulle controllate solo nei casi in cui queste operano congiuntamente con la società controllante. Prevale, a tali fini, l'autonomia giuridica delle imprese e la situazione dei loro soci, direttori tecnici e amministratori. L'effetto dovrebbe essere dunque solo che l'impresa capogruppo che incorra in situazioni incompatibili non potrà operare. In materia di antimafia, tuttavia, non solo le finalità perseguite e la natura di ordine pubblico delle norme in materia ma anche specifiche disposizioni<sup>41</sup> fanno ritenere che l'eventuale "mafiosità" dell'impresa controllante produca i suoi effetti anche nei confronti dell'impresa controllata. Se l'impresa controllante è oggetto di misure interdittive derivanti dalla normativa antimafia, l'impresa controllata, per la sola e immediata circostanza di essere tale, ne viene conseguentemente colpita.

L'estensione possibile della partecipazione del gruppo agli appalti di lavori pubblici in genere consente naturali riferimenti alla disciplina del gruppo del concessionario di lavori pubblici e a quella sull'associazione temporanea di imprese, per riprendere o escludere l'applicazione di previsioni già previste per questi due casi.

La disciplina delle Direttive<sup>42</sup> e la relativa norma di attuazione<sup>43</sup> prevedono che il concessionario di opere pubbliche deve indicare l'elenco delle imprese di gruppo, cioè delle imprese collegate (secondo la nozione europea) di cui si avvarrà per l'esecuzione dei lavori. Tale elenco può essere aggiornato in funzione delle modifiche che intervengono successivamente nei collegamenti tra le imprese.

---

<sup>38</sup> D.P.C.M 11 maggio 1991, n. 187, Regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche e per il divieto delle intestazioni fiduciarie, previsto dall'art. 17, comma 3, della legge 19 marzo 1990, n. 55, sulla prevenzione della delinquenza di tipo mafioso.

<sup>39</sup> Da ultima, quella consistente nella abrogazione dei citati artt. 20 e 21, ad opera dell'art. 5 del D.L. n. 559/94 *cit. sub* nota 12. Nella prima fase *dell'iter* parlamentare di approvazione, tale abrogazione è stata eliminata dalla Commissione bilancio della Camera.

<sup>40</sup> V. art. 24 della Direttiva n. 38/93; art. 20 e 21 della legge n. 57/71; art. 18 del D. Lgs. n. 406/91 e art. 9, comma 7 della legge n. 109/94. V. richiamo esemplificativo di alcune cause di esclusione *sub* § 1.

<sup>41</sup> V. D. Lgs. 8 agosto 1994, n. 490, Disposizioni attuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia, il cui art. 4, comma 4, prevede che "il prefetto trasmette alle amministrazioni richiedenti ... le informazioni ... nonché le informazioni relative ad eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate".

<sup>42</sup> Art. 3, punto 2, ultimo cpv. della Direttiva n. 37/93, *cit.*

<sup>43</sup> Art. 4, comma 6 del D. Lgs. n. 406/91.

La normativa sull'associazione temporanea di imprese si caratterizza essenzialmente per la responsabilità solidale delle imprese partecipanti nell'associazione c.d. orizzontale, limitata all'impresa capogruppo nel caso di associazione c.d. verticale<sup>44</sup>. Per quanto riguarda la qualificazione, nel primo caso ciascuna impresa deve avere una classifica di iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori per un valore pari almeno ad un quinto del valore dell'appalto<sup>45</sup>. Nell'associazione verticale, invece, l'impresa che esegue le opere scorporate deve avere una classifica di iscrizione corrispondente al valore dei lavori da eseguire<sup>46</sup>. L'impresa capogruppo opera come mandataria delle altre imprese raggruppate<sup>47</sup>.

La disciplina del gruppo del concessionario e quella sull'associazione temporanea di imprese sembrano indicare la possibilità di due diverse strade per la conformazione dei rapporti tra l'Amministrazione e il gruppo, attraverso idonee previsioni contrattuali<sup>48</sup>, tali da assicurare comunque le ordinarie misure di garanzia e condizioni generali di affidabilità per l'Amministrazione, analoghe a quelle in caso di singolo contraente.

La normativa sul concessionario consente che parte nel contratto con l'Amministrazione sia solo il concessionario stesso, in quanto *holding* di controllo, e che l'interesse dell'Amministrazione e il rispetto dei principi concorrenziali siano preservati con l'indicazione delle imprese controllate. Tale indicazione assume il valore di uno specifico impegno contrattuale di avvalersi per l'esecuzione di tali imprese, fatta salva la incompressibile possibilità del concessionario di mutamenti in ordine alle imprese controllate<sup>49</sup> (perdita del controllo delle imprese già indicate, assunzione del controllo di nuove imprese). Per il concessionario - dovendo egli eseguire "con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio"<sup>50</sup> - l'assetto di gruppo non costituisce altro che un aspetto organizzativo generale attinente l'attività di impresa, come già ricordato, e, in particolare, per l'esecuzione del contratto.

In sostanza, le disposizioni sul gruppo del concessionario, basandosi sulla posizione di unica controparte di quest'ultimo, comportano che l'Amministrazione consideri la situazione del gruppo sulla base dei rapporti interni fra concessionario stesso e imprese controllate e tale impostazione, oltre che per la fase di qualificazione - espressamente trattata dalla Corte di giustizia - può essere possibile anche per quel che riguarda la fase esecutiva dei lavori e, quindi, gli impegni contrattuali.

Tale impostazione è anche quella che si riscontra nella sentenza della Corte di giustizia - sia pure trattando il solo aspetto della qualificazione del gruppo - dove si afferma che la capogruppo deve avere e, cioè, dimostrare, la disponibilità giuridica delle strutture tecniche delle imprese di gruppo, da intendersi, con appositi contratti, non bastando a tale fine il solo rapporto di controllo e di influenza dominante tra le società.

---

<sup>44</sup> Per tutti e due i tipi di associazione temporanea, v. art. 23, comma 7 del D. Lgs. n. 406/71.

<sup>45</sup> Art. 23, comma 1 del D. Lgs. n. 406/91.

<sup>46</sup> Art. 23, comma 3 del D. Lgs. n. 406/91.

<sup>47</sup> Artt. 22, comma 1, e 23, comma 3 del D. Lgs. n. 406/91.

<sup>48</sup> Che devono, naturalmente, trovare riscontro nei termini opportuni anche nei bandi e negli inviti alle gare.

<sup>49</sup> Coerentemente al fatto che la formazione e la conformazione del gruppo attiene all'autonomia organizzativa dell'impresa.

<sup>50</sup> Art. 1655, sulla nozione del contratto di appalto.

In questa impostazione, dunque, l'*holding* controllante rimane l'unica obbligata direttamente e responsabile nei confronti dell'Amministrazione e gestisce autonomamente i rapporti contrattuali che necessariamente deve definire con le imprese controllate al fine dell'esecuzione dell'appalto assunto<sup>51</sup>. A tali rapporti rimane estranea l'Amministrazione. A questa, naturalmente, rimane ogni potere e facoltà di vigilanza in ordine allo svolgimento dei lavori e, in particolare, a che essi siano svolti da idonee imprese appartenenti al gruppo, preventivamente indicate dalla controllante.

Va sottolineato che, per la circostanza che l'Amministrazione "conosce" e qualifica con la gara tutte le imprese del gruppo che svolgeranno i lavori e che il presupposto è che esse appartengano ad un'unica impresa dal punto di vista tecnico ed economico, gli affidamenti da parte della controllante alle controllate non configurano casi di subappalto, almeno ai sensi della legislazione sui lavori pubblici.

Con riferimento alla disciplina dell'associazione temporanea di imprese, è da sottolineare come essa sia ispirata da un presupposto che è agli antipodi del riconoscimento del gruppo e, cioè, che l'aggregazione temporanea riguarda non solo soggetti giuridicamente distinti, come nel gruppo, ma anche, diversamente dal gruppo, imprese distinte.

La disciplina dell'associazione temporanea, perciò, presuppone che la diversità delle imprese raggruppate implichi la almeno potenziale mancanza di una convergenza complessiva degli interessi delle diverse imprese, anche e in particolare con riferimento alle responsabilità di ciascun partecipante rispetto agli altri, nei confronti dell'Amministrazione.

Nel gruppo, invece, pur con le complesse problematiche legate essenzialmente all'eventuale presenza di soci di minoranza, è per sua natura presente, se non prevalente, l'interesse complessivo del gruppo in quanto tale, in quanto impresa unica. Questo fattore, se non elimina, almeno depotenzia la possibile conflittualità interna fra le imprese, in particolare in relazione alle responsabilità nei confronti dell'Amministrazione.

Il modello derivante dalla disciplina dell'associazione temporanea di imprese, in relazione al gruppo, può essere considerato in questi termini:

- per il gruppo non valgono i "requisiti minimi" previsti per la partecipazione all'associazione temporanea di imprese, perché le capacità presenti nel gruppo si sommano. La questione appare in verità più astratta che concreta, giacché il gruppo tende logicamente a concentrare in una azienda le singole specializzazioni;
- la responsabilità solidale per l'intera prestazione fra tutte le imprese del gruppo partecipanti all'esecuzione dei lavori, assieme a quella della capogruppo, non dovrebbe essere pretesa dall'Amministrazione, ma questa rimane una sua facoltà;
- le imprese del gruppo partecipano tutte al contratto e sono direttamente obbligate con l'Amministrazione. Rimane opportuno che l'Amministrazione pretenda un mandato irrevocabile con rappresentanza delle imprese controllate nei confronti della *holding*, al fine pratico di avere un unico interlocutore.

Naturalmente, i termini contrattuali in cui possono essere definiti i rapporti tra l'Amministrazione e il gruppo, quali essi siano, incidono anche sul modo della parteci-

---

<sup>51</sup> Il rapporto amministrazione - *holding* - imprese controllate si inquadrebbe nella promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo di cui all'art. 1381 c. c. secondo il quale "colui che ha promesso l'obbligazione o il fatto del terzo è tenuto ad indennizzare l'altro contraente, se il terzo rifiuta di obbligarsi o non compie il fatto promesso".

pazione di quest'ultimo alla gara e, in particolare, sul modo di formulazione dell'offerta, e perciò deve trovare acconcio riscontro nei bandi e negli avvisi di gara.

Infine, il principio della partecipazione dei gruppi alle gare di appalto di lavori pubblici, affrontato e affermato dalla Corte di giustizia solo con riferimento alle specifiche Direttive in materia, vale sicuramente e a maggior ragione per gli appalti dei soggetti operanti nei c.d. settori esclusi<sup>52</sup> (telecomunicazioni, trasporti, energia e acqua), sia perché le relative Direttive riportano sostanzialmente le norme fondamentali<sup>53</sup> sulle quali si basa la sentenza della Corte di giustizia, sia perché la maggior parte dei soggetti operanti in tali settori sono società di diritto privato, dotate di ben altra autonomia contrattuale rispetto alle amministrazioni pubbliche.

### **Giovanni Sella**

Publicato in *I contratti della pubblica amministrazione*, 1995, p. 5 (n. 1).

---

<sup>52</sup> Direttiva n. 38/93 cit.

<sup>53</sup> V. Direttiva n. 38/93 cit.: art. 1, n. 4, lett. b), sull'oggetto degli appalti di lavori, che può essere anche di progettazione ed esecuzione congiunte nonché riguardare "la realizzazione con qualsiasi mezzo ..." e comprendere forniture e servizi; art. 33, che parimenti conferma che ai raggruppamenti temporanei di imprenditori può essere richiesta la trasformazione in una determinata forma giuridica non per la presentazione dell'offerta ma solo in caso di aggiudicazione, aggiungendo altresì, rispetto all'omologa norma della Direttiva n. 37/93 (art. 21), che ciò può avvenire solamente "nella misura in cui detta trasformazione è necessaria per la buona esecuzione dell'appalto stesso".