



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

**DELIBERA N. 1080 DEL 25 ottobre 2017**

**OGGETTO:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da AR.F.A. TECH Srl – Recupero funzionale edifici scolastici Area Nord “Via Stampini-La Marchesa” c.o. 4271 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base d’asta: euro 353.858,96; S.A.: Comune di Torino.

**PREC 171/17/L**

### **Il Consiglio**

**VISTA** l’istanza acquisita al prot. ANAC n. 0020820 del 8.2.2017, con la quale la società AR.F.A. TECH Srl contesta l’esclusione dalla gara disposta dalla Stazione appaltante in base a quanto disposto dall’art. 80, comma 5, lett. m) del Codice, nonché la successiva trasmissione dei provvedimenti di esclusione all’ANAC per gli adempimenti di competenza, per la sola circostanza che il legale rappresentante della società EFFAR Srl, partecipante alla medesima gara, è risultato essere socio nella misura del 40% della società odierna istante;

**CONSIDERATO** che l’impresa istante ritiene illegittima l’esclusione stante la mancanza di una adeguata motivazione *“in ordine alla sussistenza di altri congrui criteri di collegamento sostanziale che permettessero di ritenere violato il principio di segretezza dell’offerta”* e *“nonostante le congrue controdeduzioni formulate”*;

**VISTO** l’avvio dell’istruttoria avvenuto in data 24.5.2017;

**VISTA** la memoria della società EFFAR Srl nella quale si sostiene che:

- a) le due società operano sul mercato indipendentemente ed in regime di reciproca concorrenza, senza concordare né predeterminare le offerte da presentare in gara non avendo una strategia industriale comune e condivisa;
- b) il socio comune non concorre minimamente alle decisioni assunte da AR.F.A. Tech in relazione alla presentazione delle offerte;
- c) la Stazione appaltante ha disposto l’esclusione senza verificare la sussistenza degli “univoci elementi” sintomatici della riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale, come richiesto anche dal bando;
- d) la decisione della Stazione appaltante contrasta anche con il diritto comunitario dal momento che l’orientamento della Corte di Giustizia UE è nel senso di ritenere che non



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

sussista un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali esista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara (sent. 19 maggio 2009, in C-538/07, Assitur Srl);

- e) il provvedimento di esclusione sia pertanto obiettivamente ingiustificato e in palese contrasto con l'attuale disciplina codicistica, oltre che idoneo a indurre danni patrimoniali e curricolari;

**VISTA** la documentazione acquisita al fascicolo istruttorio;

**CONSIDERATO** che la *lex specialis* di gara prevede che *“La stazione appaltante escluderà i concorrenti per i quali accerti che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi”*;

**CONSIDERATO** che la Stazione appaltante ha ritenuto che i richiamati “univoci elementi” siano costituiti da: a) la quota societaria pari al 40% della AR.F.A. TECH da parte di un socio che è contemporaneamente legale rappresentante della EFFAR; b) la residenza di tale socio posta nella stessa via in cui è collocata la sede dell'AR.F.A. TECH; c) lo stesso formato delle buste contenenti l'offerta economica;

**RILEVATO** che l'art. 80, comma 5, lett. m) stabilendo che l'esclusione dalla procedura di appalto può essere disposta *«quando 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»*, esclude che qualsiasi decisione in proposito possa prescindere da una valutazione in concreto circa l'effettiva imputabilità delle offerte ad un unico centro decisione;

**RITENUTO**, dunque, che l'accertamento dell'esistenza di un collegamento sostanziale tra le imprese partecipanti suscettibile di arrecare un pregiudizio alla procedura è rimesso alla riscontrata sussistenza di un numero sufficiente di indizi – soggettivi e/o incidenti sulle concrete modalità di redazione e presentazione dell'offerta – legati tra di loro da un nesso oggettivo di gravità, precisione e concordanza tale da giustificare la correttezza dello strumento presuntivo di verifica;

**RITENUTO**, sulla base di tale orientamento, che nelle ipotesi di controllo e collegamento la stazione appaltante è tenuta verificare se in concreto sussiste un condizionamento di un'impresa su un'altra nella formulazione dell'offerta, attivando un apposito subprocedimento di verifica in contraddittorio con le concorrenti interessate e che pertanto la verifica e l'eventuale esclusione



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

siano disposte dalla stazione appaltante soltanto dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica (v. Parere ANAC n. 191/2013, in giurisprudenza si veda, in tal senso, Consiglio di Stato, sezione VI, 22 febbraio 2013, n. 1091);

**CONSIDERATO** che dalla documentazione acquisita non risulta che la Stazione appaltante prima della definitiva esclusione abbia aperto alcun sub-procedimento di verifica, né abbia chiesto ulteriori chiarimenti ai concorrenti odierni istanti e che, d'altra parte, non ha neanche proceduto ad aprire le buste contenenti le loro offerte così da poter verificare, in concreto, la loro effettiva imputabilità ad un unico centro decisionale;

**RITENUTO** inoltre che le circostanze di fatto individuate dalla Stazione appaltante, a causa del loro scarso valore probatorio, non dimostrano di per sé l'esistenza di un rapporto tra le due imprese che abbia realmente influito sulla loro condotta di gara, e che l'assenza di ulteriori accertamenti in contraddittorio con le stesse, nonché la mancata apertura delle rispettive offerte, non ha consentito alla Stazione appaltante stessa di verificare se la presenza del rappresentante legale della EFFAR Srl in qualità di socio nella misura del 40% della AR.F.A. TECH Srl abbia potuto determinare la presentazione di offerte imputabili ad un unico centro decisionale ai sensi della norma in discussione,

### **Il Consiglio**

ritiene, per le motivazioni che precedono, l'operato della Stazione appaltante non conforme alla disciplina normativa di settore e pertanto illegittimo il provvedimento di esclusione delle imprese AR.F.A. TECH Srl e EFFAR Srl in quanto disposto senza effettuare alcuna verifica sostanziale circa l'effettiva imputabilità delle rispettive offerte ad un unico centro decisionale.

Il Presidente f.f.

*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 8 novembre 2017

Il Segretario Maria Esposito