



Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERAZIONE N. 1087 DEL 5 ottobre 2016

PREC 235/15/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da Del sole coop – Istituto Mediterraneo Trapianti e Terapie ad Alta Specializzazione - Procedura aperta per l'affidamento di un contratto di lavori pubblici di “ristrutturazione 1° p. edificio 10 e ponte di collegamento tra ed. 10 e edificio Ismett – Importo a base di gara: € 5.522.836,96 – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso

Consoziata non indicataria – Partecipazione alla gara in altra forma – Raggruppamento temporaneo di imprese – Divieto – Non sussiste

Il divieto di contestuale partecipazione sussiste nel caso in cui l'impresa (stabilmente) consoziata indicataria concorra in qualunque altra forma nella medesima gara e che ciò non sussista nel caso in cui il consozio stabile indichi quale impresa eventualmente esecutrice una ditta diversa da quella partecipante al raggruppamento contestato

Art. 36, comma 5, D. lgs 163/2006

Art. 37, comma 7, D. lgs 163/2006

Consoziata non indicataria – Controllo ex art. 2359 cc – Centro decisionale unitario – Sussistenza di circostanze di fatto – Devono essere provate

La partecipazione di un operatore economico ad un consozio (stabile) non integra di per sé le condizioni di controllo di cui all'art. 2359, cc, ma devono essere provate le circostanze di fatto che comportino o siano sintomo di unicità di centro decisionale

Art. 36, comma 5, D. lgs 163/2006

Art. 37, comma 7, D. lgs 163/2006

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere trasmessa con nota prot. 99201 del 04/08/2015 presentata da Del sole coop. nell'ambito della procedura aperta per l'affidamento di un contratto di lavori pubblici di “ristrutturazione 1° p. edificio 10 e ponte di collegamento tra ed. 10 e edificio Ismett”;

VISTA la nota 109555 del 09/09/2015 con cui la stazione appaltante trasmette all'Anac documenti ulteriori e interlocutori;



Autorità Nazionale Anticorruzione

VISTO l'avvio dell'istruttoria prot. 139531 del 23/10/2015 nei riguardi della stazione appaltante, soggetto istante e controinteressato;

VISTI gli atti di gara avviso di gara, bando, disciplinare, corrispondenza intercorsa tra le parti, depositati unitamente all'istanza di precontenzioso e alle memorie di replica;

VISTA l'istanza, con la quale la Del sole coop domanda ad Anac di voler accertare l'illegittima aggiudicazione in favore del concorrente costituendo RTI AR Impianti, per violazione del divieto di partecipazione alla stessa gara dell'impresa mandante dell'omonimo RTI, anche nella veste di consorziata del consorzio stabile Valori Scarl contestualmente partecipante alla gara;

VISTO che l'istanza contesta, in via gradata, l'illegittima aggiudicazione per aver falsamente dichiarato in di non trovarsi rispetto a un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento in posizione di controllo di cui all'art. 2359 cc o in una qualsiasi relazione anche di fatto se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale, ravvisando tuttavia la fattispecie di cui sopra;

VISTO l'art. 37, comma 5, del D.lgs 163/2006, ove si dispone che *“I consorzi stabili sono tenuti a indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara”*;

VISTO l'art. 37, comma 7, del D.lgs 163/2006 ove si dispone che *“è fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera b), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale”*;

RITENUTO che il divieto di doppia partecipazione di cui sopra sussiste nel caso in cui l'impresa (stabilmente) consorziata indicata nella domanda di partecipazione quale impresa esecutrice (in breve, impresa indicataria) concorra in qualunque altra forma nella medesima gara e che, nel caso di specie, il consorzio stabile Valori avrebbe indicato quale impresa eventualmente esecutrice la ditta Blu costruzioni e non la ditta AR Impianti, in contestazione;

CONSIDERATO, in accordo con la giurisprudenza, che *“non può interpretarsi il combinato disposto degli artt. 36, comma 5, e 37, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti), come vietante a priori la partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata non indicataria, laddove tale preclusione risulti fondata non sulla dimostrazione concreta della sussistenza di un unico centro decisionale, ma su una sorta di sillogismo categorico circa l'esistenza di una unicità di rapporti fra consorzio stabile e proprie consorziate”* (Cons. Stato Sez. V, 16.02.2015, n. 801);

CONSIDERATO, inoltre, che *“la mera partecipazione dell'impresa ad un determinato consorzio stabile non rappresenta, infatti, un elemento univoco e sufficiente di per sé a fondare la presunzione dell'esistenza di un unico centro*



Autorità Nazionale Anticorruzione

decisionale, potenzialmente idoneo a compromettere la genuinità del confronto concorrenziale (cfr. AVCP parere 19 luglio 2012 n. 116). Solo laddove la stazione appaltante verifichi, in concreto, che il rapporto fra gli organi delle consorziate e del consorzio conduca ad individuare la presenza di un rapporto di controllo e la creazione di un unico centro decisionale per la formulazione delle offerte tecnico-economiche, si potrà procedere all'esclusione ai sensi dell'art. 38, primo comma – lett. m-quater), del D.Lgs. n. 163/2006” (Parere di Precontenzioso n. 160 del 09/10/2013);

RITENUTO che la partecipazione di una ditta ad un consorzio (stabile) non integri *ex se* le condizioni di controllo di cui all'art. 2359, cc, ma devono essere provate le circostanze di fatto che comportino o siano sintomi di unicità di centro decisionale;

VISTO l'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

il Consiglio

ritiene che il divieto di contestuale partecipazione sussiste nel caso in cui l'impresa (stabilmente) consorziata indicataria concorra in qualunque altra forma nella medesima gara e che ciò non sussista nel caso in cui il consorzio stabile indichi quale impresa eventualmente esecutrice una ditta diversa da quella partecipante al raggruppamento contestato;

ritiene che la partecipazione di una ditta ad un consorzio (stabile) non integra *ex se* le condizioni di controllo di cui all'art. 2359, cc, ma devono essere provate le circostanze di fatto che comportino o siano il sintomi di unicità di centro decisionale.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 26 ottobre 2016

Il Segretario, Maria Esposito