



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 349 DEL 5 aprile 2018

Oggetto: Istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata _____ congiuntamente dal _____ OMISSIS _____ e _____ OMISSIS _____ OMISSIS _____ OMISSIS _____ - Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva, esecutiva, direzione lavori (compresi liquidazione, misura e contabilità), coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, relativi alle opere di urbanizzazione primaria della zona G4 in località Mangangiosa e relativa viabilità di accesso - Importo a base di gara: 208.055,76 euro - S.A.: _____ OMISSIS _____

PREC 88/18/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 82773 del 20 giugno 2017 presentata _____ OMISSIS _____ relativamente alla gara in epigrafe, con la quale si contestava il provvedimento di aggiudicazione disposto dalla stazione appaltante nei confronti del _____ OMISSIS _____ OMISSIS _____ per aver presentato un ribasso non coerente e aver integrato un comportamento censurabile ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera m) del d.lgs. n. 50/2016, in ragione del presunto rapporto professionale e personale sussistente tra due componenti del raggruppamento aggiudicatario e del raggruppamento terzo classificatosi, _____ OMISSIS _____

VISTA la nota di adesione all'istanza di parere presentata dal _____ OMISSIS _____ in data 15 gennaio 2018;

VISTA, in particolare, la contestazione formulata dall'istante consistente nella sussistenza di un rapporto professionale e personale tra due distinti operatori economici facenti parte di due diversi raggruppamenti, classificatisi nella gara come primo e terzo e nella presentazione da parte del terzo classificato di un ribasso che sarebbe fuori mercato e comporterebbe la non remuneratività del lavoro incidendo sulla base di calcolo utilizzata per l'aggiudicazione, in violazione dell'articolo 80, comma 5, lettera m) del d.lgs. n. 50/2016;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 19 marzo 2018;

VISTA la documentazione in atti e le memorie depositate dalle parti coinvolte nel procedimento;

VISTO, nello specifico, quanto rappresentato dalla stazione appaltante, secondo cui *«la commissione di gara ha ritenuto che non ci fosse alcun indizio che potesse far ritenere in concreto la*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

sussistenza di un unico centro decisionale per le considerazioni di seguito riportate: 1) le istanze sono state presentate in momenti diversi: quella della _____ OMISSIS _____ è stata presentata in data 30/01/2017 mentre quella del _____ OMISSIS _____. è stata presentata in data 27/01/2017; 2) il _____ OMISSIS _____, avendo presentato offerta in data 30/01/2017, ha potuto procedere al versamento del contributo ANAC ed all'iscrizione al PASSOE a differenza del _____ OMISSIS _____ OMISSIS che, avendo presentato l'offerta in data 27/01/2017, non ha potuto procedere, per problemi tecnici relativi al CIG, all'effettuazione del versamento e all'iscrizione al PASSOE ed è stato pertanto oggetto di soccorso istruttorio; le polizze fideiussorie allegate alle due offerte sono state emesse da società differenti in luoghi differenti e in date differenti; 4) la documentazione prodotta dalle due ditte sia come documentazione amministrativa che come offerta tecnica sono state redatte in modo diverso le une dalle altre; 5) le offerte tecniche sono state elaborate in modo totalmente diverso e hanno evidenziato come il raggruppamento _____ OMISSIS _____ avesse una conoscenza dei luoghi oggetto d'intervento e delle condizioni al contorno molto superiori rispetto a quelle del raggruppamento _____ OMISSIS _____ con conseguente diversa attribuzione di punteggio dell'offerta tecnica relativa in particolar modo al criterio B dell'offerta economicamente più vantaggiosa "caratteristiche metodologiche dell'offerta desunte dall'illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico" contenuto nel disciplinare di gara; la commissione infatti ha attribuito un punteggio pari a 44,17, per il criterio sopra citato, al _____ OMISSIS _____ e un punteggio pari a 38,44 al _____ OMISSIS _____.»;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO che, l'articolo 80, comma 5, lettera m) del d.lgs. n. 50 del 2016, il cui fondamento sta nell'esigenza di tutelare la trasparenza, la correttezza, la buona fede dell'azione amministrativa e la libera concorrenza tra gli operatori, dispone che «le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'art. 105, c. 6 qualora: 5) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 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»;

CONSIDERATO che il collegamento è un fenomeno di natura meramente economico-funzionale tra imprese, finalizzato all'utilizzo del potenziale di ciascuna di esse in una logica di gruppo e che non comporta necessariamente la nascita di un autonomo centro di interessi poiché le società collegate mantengono la propria personalità giuridica e la propria autonomia;

CONSIDERATO che l'orientamento giurisprudenziale comunitario, già formatosi in vigenza del precedente impianto giuridico di cui al d.lgs. n. 163/2006, aveva sostenuto la necessità di accertare



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

in concreto se la situazione di controllo o collegamento abbia influito sul comportamento delle imprese in gara, imponendo a carico della stazione appaltante l'onere di verificare l'effettiva influenza sulla formulazione delle offerte e lasciando alle imprese la possibilità di dimostrare l'insussistenza di rischi e pregiudizi nello svolgimento della selezione (cfr. sentenza C.G.E. 19 maggio 2009, C-538/07);

CONSIDERATO che, in tal senso, si è espressa anche l'Autorità che, in linea con la giurisprudenza amministrativa, ha specificato che l'applicazione della norma, specie con riferimento all'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, si è chiarito che, 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; 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 (delibera n. 69 del 24 gennaio 2018; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3914 del 7 agosto 2017);

CONSIDERATO che, in considerazione di tali letture ermeneutiche, l'esclusione dalla gara di concorrenti, in ragione di una situazione di controllo o di collegamento sostanziale, può essere disposta solo in esito alla verifica da parte della stazione appaltante della sussistenza di elementi di comunanza e della incidenza degli stessi sul comportamento in gara; verifiche, da compiersi con riferimento al caso concreto, che consentano di accertare se la situazione possa rappresentare anche solo un pericolo che le condizioni di gara vengano alterate;

CONSIDERATO che, relativamente agli indici rilevatori del collegamento sostanziale, è stato chiarito che essi devono essere univoci, concordanti, sicuramente rivelatori di un unico centro decisionale nella formazione delle offerte e devono essere plurimi, stante l'inidoneità di un unico elemento indiziario, per quanto grave e macroscopico, a giustificare una conclusione della stazione appaltante nel senso dell'esclusione di due o più concorrenti per la ritenuta esistenza di un tale collegamento (cfr. da ultimo TAR Lazio, sez. II ter, sentenza n. 795 del 17 gennaio 2018);

CONSIDERATO che, nel tempo, la giurisprudenza e l'Autorità hanno più volte analizzato alcune ipotesi di indici rilevatori, 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, vi siano utenze in comune, 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, vi siano significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte. La ricorrenza di un numero sufficiente di questi indici, legato da nesso oggettivo di gravità, precisione e concordanza tale da giustificare la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

correttezza dello strumento presuntivo, è stato ritenuto sufficiente a giustificare l'esclusione dalla gara dei concorrenti che si trovino in questa situazione (cfr. determinazione n. 1/2010 e n. 1/2012; TAR Sardegna sez. I sentenza n. 163 del 27 febbraio 2018 n. 163);

CONSIDERATO che l'accertamento necessario delle condizioni richiamate e la conseguente relativa valutazione rientrano nell'esercizio del potere della stazione appaltante e sono sindacabili dal giudice amministrativo, solo se viziati da manifesta illogicità o travisamento dei fatti;

RILEVATO che, nel caso di specie, in ragione dei principi e delle letture ermeneutiche sopra richiamati, rientra nell'esercizio dell'attività della stazione appaltante procedere all'accertamento e alla valutazione in concreto della sussistenza di indici di collegamento tra le offerte presentate, ovvero verificare, da un lato, 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 e, dall'altro, l'avvenuta dimostrazione da parte delle imprese interessate della totale assenza, in concreto, di ogni possibile incidenza di detto collegamento sull'esito della procedura;

RITENUTO che una tale valutazione sia di stretta competenza dell'amministrazione e che l'Autorità non può sostituirsi in essa;

RITENUTO che, sulla base delle informazioni fornite in atti dalla stazione appaltante in merito alla valutazione effettuata, la stessa non appare in ogni caso manifestamente illogica;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che rientri nella competenza della stazione appaltante la valutazione in concreto degli indici di collegamento tra le imprese concorrenti nella procedura di gara e che la stessa debba essere effettuata nel rispetto dei costrutti ermeneutici elaborati in materia.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 aprile 2018

Il segretario Maria Esposito