



DELIBERA N. 1084

10 dicembre 2020

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Stato Maggiore della Difesa - Ufficio Generale di Amministrazione - Direzione di Intendenza Interforze - Accordi Quadro della pubblica amministrazione ex art. 54, comma 3, del d.lgs. 18/04/2016, n. 50, per la fornitura di servizi di manutenzione e riparazione automezzi con annessa fornitura di materiali di ricambio, per esigenze del Reggimento di Manovra Interforze, per il quadriennio 2020 -2023 - Importo a base di gara: euro 1.120.000,00 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Stato Maggiore della Difesa - Ufficio Generale di Amministrazione - Direzione di Intendenza Interforze

PREC 242/2020/S

Riferimenti normativi

Articolo 89, commi 3 e 7, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Avvalimento - Stessa impresa ausiliaria per più offerenti

Massime

Avvalimento – Stessa impresa ausiliaria per più offerenti – Divieto a pena di esclusione – Finalità di garanzia di leale confronto concorrenziale – Distinte persone giuridiche riconducibili ad un unico centro di interessi e decisionale – Applicabilità

In una prospettiva funzionale che non contraddice il principio di tassatività delle cause di esclusione, l'art. 89, comma 7, d.lgs. n. 50/2016 è applicabile al caso in cui due ausiliarie, benché formalmente distinte, sono riconducibili al medesimo centro di interessi e decisionale.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 10 dicembre 2020



DELIBERA

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 80590 del 28 ottobre 2020, con la quale lo Stato Maggiore della Difesa ha chiesto all'Autorità di: (i) valutare l'applicabilità dell'art. 89, comma 7, d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui vieta, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, al caso, occorso nella gara in oggetto, in cui due concorrenti (___OMISSIS___) hanno dichiarato di avvalersi, per la dimostrazione dello stesso requisito tecnico-organizzativo, di due imprese ausiliarie (rispettivamente, ___OMISSIS___ S.r.l. e Gruppo ___OMISSIS___ S.r.l.) che appaiono incorrere in una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.; (ii) nell'ipotesi in cui l'art. 89, comma 7, sia ritenuto applicabile, di valutare se l'esclusione dei due concorrenti vada disposta da tutti e quattro i lotti in cui è suddivisa la gara o solo dai due (Lotto 1 e Lotto 2) nei quali i due operatori economici hanno fatti ricorso all'avvalimento;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 19 novembre 2020 con nota prot. n. 88024;

Vista le memorie e la documentazione prodotta dalle parti;

Visto il procedimento di esclusione avviato dallo Stato Maggiore della Difesa nei confronti delle due imprese concorrenti, fondato sulla asserita palese elusione del divieto di cui all'art. 89, comma 7, avendo le due imprese ausiliarie, tra loro collegate, prestato tramite avvalimento lo stesso requisito tecnico-organizzativo – la medesima stazione omologata per le revisioni veicolari – che, ancorché fornita da due differenti operatori economici, si sostanzierebbe nella stessa unica “capacità” e “volontà e organizzazione aziendale”;

Vista l'eccezione preliminare di improcedibilità dell'istanza ai sensi del combinato disposto degli artt. 4, comma 2 e 7, comma 3, lett. a) del Regolamento di precontenzioso, sollevata da ___OMISSIS___ S.r.l., per non avere la stazione appaltante dato comunicazione della presentazione dell'istanza ai soggetti interessati alla soluzione della questione controversa;

Considerato che la stazione appaltante ha comunicato a entrambi gli operatori economici, in sede di avvio del procedimento di esclusione dalla gara, l'intendimento di presentare istanza di precontenzioso all'Autorità, chiedendo contestualmente a entrambi di comunicare, entro dieci giorni, la volontà di aderire o meno alla richiesta di parere all'Anac e, in caso affermativo, la volontà di voler escludere i dati sensibili in sede di pubblicazione del parere, e, in quella sede, ha esplicitato le motivazioni alla base della deliberanda esclusione, sulle quali ha sollecito la valutazione dell'Autorità attraverso l'istanza di parere di precontenzioso;

Considerato che la *ratio* della previsione regolamentare di cui all'art. 4, comma 2, è quella di garantire all'Autorità l'esatta individuazione dei potenziali controinteressati a cui comunicare l'avvio del procedimento, e dunque da ammettere al contraddittorio e, al contempo, di garantire immediatamente a tutti i controinteressati, prima dell'apertura formale del procedimento, la conoscenza dei motivi di doglianza dell'istante;

Ritenuto che, poiché entrambe le esigenze, ivi inclusa quella di anticipare alle parti interessate la conoscenza dei profili oggetto della successiva richiesta di parere di precontenzioso, sono state soddisfatte dalla stazione appaltante attraverso la citata comunicazione, in ragione del principio del raggiungimento dello scopo l'istanza è da considerarsi procedibile;

Visto quanto eccepito, nel merito, da entrambe le imprese partecipanti, nelle memorie acquisite al prot. n. 89501 del 24 novembre 2020 (___OMISSIS___ S.r.l.) e al prot. n. 89263 del 24 novembre 2020 (___OMISSIS___ S.r.l.), circa l'assenza del requisito della “medesimezza” dell'impresa ausiliaria, richiesto dall'art. 89, comma 7, visto che le due ausiliare sono due soggetti giuridici distinti; l'impossibilità,



stante i principi di legalità e di tassatività delle cause di esclusione, di applicare analogicamente, al rapporto tra ausiliarie, l'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016, dettato per le imprese partecipanti alla gara, categoria cui le ausiliarie non appartengono; l'inammissibilità di un'interpretazione estensiva delle ipotesi tassative di esclusione dalla gara; l'essere stata comunque preservata la finalità dell'art. 89, comma 7, di vietare che la stessa risorsa sia messa a disposizione di più concorrenti, poiché le due ausiliarie avrebbero sì messo a disposizione il medesimo requisito di capacità tecnica ma non la stessa risorsa (i banchi prova freni messi a disposizione sarebbero diversi); in subordine, qualora il rapporto di collegamento tra le ausiliarie fosse ritenuto rilevante ai fini dell'art. 89, comma 7, l'applicabilità del comma 3 dell'art. 89, che prescrive che la stazione appaltante imponga ai partecipanti di sostituire le imprese ausiliarie che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per le quali sussistono motivi obbligatori di esclusione;

Considerato che, nel caso in esame, come desumibile dalle informazioni societarie ricavabili dal Registro delle Imprese – Archivio Ufficiale della CCIAA, le due ausiliarie sono società a responsabilità limitata il cui amministratore unico, dotato di ogni potere di ordinaria e straordinaria amministrazione, nonché socio unico, è la stessa persona fisica. Lo stesso soggetto, in quanto legale rappresentante di entrambe le società, ha sottoscritto entrambi i contratti di avvalimento;

Considerato che la circostanza che la gestione ordinaria e straordinaria di entrambe le società sia determinata dalla stessa persona fisica, che possiede l'intero capitale sociale di entrambe, rende palese l'unicità del centro di interessi e decisionale sottostante alle due distinte persone giuridiche, plasticamente rappresentata, con riferimento al caso in esame, dalla sottoscrizione dei due contratti di avvalimento da parte della stessa persona fisica;

Ritenuto che, ferma restando l'indiscutibile inammissibilità di ogni applicazione analogica della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) d.lgs. n. 50/2016 a casi diversi da quelli contemplati dalla norma, ai fini dell'emissione del parere, vada valutato se, in una prospettiva funzionale che non contraddice il principio di tassatività delle cause di esclusione, sia ammissibile accedere ad un'interpretazione del comma 7 dell'art. 89, che, in casi come quello in esame - in cui dietro lo schermo societario sussiste la evidente "medesimezza" del centro di interessi e decisionale - consenta di valorizzare, al di là del rispetto letterale della norma, la necessità che non ne venga frustrata la *ratio*;

Considerato che il divieto, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, secondo il Consiglio di Stato, risponde alla funzione «*di assicurare la lealtà del confronto concorrenziale ed impedire che della stessa capacità tecnico-organizzativa o economico-finanziaria si avvalgano più partecipanti alla medesima gara, oltre che di prevenire che anche le offerte possano essere alterate*» (Consiglio di Stato, 10 aprile 2018, n. 2183). La finalità principale del comma 7 dell'art. 89, infatti, è quella di garantire la trasparenza nell'ambito della procedura e la parità di trattamento dei partecipanti. Alla Commissione europea, che ha ritenuto che il divieto incondizionato posto dalla norma, benché finalizzato al perseguimento di obiettivi legittimi, sia incompatibile con il principio di proporzionalità, in quanto non consente agli operatori economici di dimostrare che il fatto di avere partecipato alla stessa gara o di essere collegati ad altri partecipanti alla stessa procedura di gara (tramite la stessa ausiliaria) non ha influito sul loro comportamento nell'ambito di tale procedura né incide sulla loro capacità di rispettare gli obblighi contrattuali (Procedura d'infrazione n. 2018/2273), la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nel ribadire la compatibilità della norma con il diritto dell'Unione, ha replicato evidenziando che «*il divieto in questione ha l'evidente funzione di assicurare la segretezza delle offerte e la lealtà del confronto concorrenziale nonché di prevenire, in ragione dell'utilizzazione della stessa capacità tecnico-organizzativa o economico-finanziaria da parte di più partecipanti alla medesima gara, possibili condizionamenti nella presentazione delle offerte*. La conformità della disposizione con il diritto dell'Unione sarebbe dovuta «*al fatto che la preventiva conoscenza di fatti e dati caratterizzanti l'offerta da parte di altri soggetti che svolgono un ruolo attivo nella procedura di gara (o come offerenti diretti o come ausiliari di uno o più offerenti) determina di per sé (e non si comprende come non possa esserlo) una situazione contrastante con il*



principio di parità di trattamento, di segretezza delle offerte e di trasparenza delle procedure, che rende legittima, anche sotto il profilo della proporzionalità e dell'adeguatezza della misura, la previsione dell'esclusione» (Presidenza del Consiglio dei Ministri, Procedura d'infrazione n. 2018/2273, Risposta alla lettera di costituzione in mora complementare ex art. 258 TFUE del 28 gennaio 2020);

Considerato che, individuata la *ratio* del divieto nella prevenzione di turbative del confronto concorrenziale riconducibili al collegamento tra offerenti tramite il medesimo ausiliario, non pare discutibile che il medesimo rischio che la norma intende evitare sorge anche quando due ausiliarie, benché formalmente distinte, sono riconducibili al medesimo centro di interessi e decisionale;

Ritenuto che, in ragione di quanto sopra, la "medesimezza" del centro di interessi e decisionale, benché schermata dalla duplicazione dei soggetti giuridici, debba considerarsi del pari vietata dal comma 7 dell'art. 89, atteso che una interpretazione letterale della norma può condurre a una facile elusione del suo contenuto precettivo;

Ritenuto conseguentemente che il caso in esame rientri nell'ambito di applicazione del comma 7 dell'art. 89 d.lgs. n. 50/2016;

Considerato che, alla luce di quanto sopra, emerge che l'esclusione degli offerenti non è determinata dalla carenza di un requisito, generale o speciale, dell'ausiliaria ma dal rischio che sia stata compromessa la lealtà del confronto concorrenziale e violato il principio di segretezza delle offerte, così che la sostituzione dell'ausiliaria a offerte già presentate non può rappresentare un'efficace modalità di self-cleaning; ne consegue l'inapplicabilità del comma 3 dell'art. 89;

Considerato, con riferimento al secondo quesito posto dall'istante, che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, in caso di gara suddivisa in lotti, non si è in presenza di una gara unitaria indetta allo scopo dell'affidamento di un unico contratto ma di una pluralità di gare contestuali quanti sono i lotti a cui sono legati i contratti da aggiudicare (Cfr. Parere di precontenzioso n. 727 del 9 settembre 2020). Atteso che il divieto di cui al comma 7 dell'art. 89 è (ovviamente) circoscritto a "ciascuna gara", nel caso di suddivisione in lotti, esso opera solo con riferimento al lotto nel quale i due offerenti hanno fatto ricorso all'avvalimento;

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono:

- applicabile al caso in esame, limitatamente ai Lotti 1 e 2, l'art. 89, comma 7, d.lgs. n. 50/2016;
- non applicabile al caso in esame l'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50/2016.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 dicembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente