

DELIBERA N. 728

9 settembre 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Repin S.r.l. - Lavori di miglioramento della fruizione dei siti archeologici di Monte Carrozza attraverso la sistemazione e l'adeguamento della viabilità a valle del centro abitato in corrispondenza della SP6 in Baucina (PA) - Importo a base di gara: 2.098.545,50 euro – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – S.A.: Regione Siciliana, Presidenza, Dipartimento Regionale Protezione Civile - Sede di Agrigento

PREC 156/2020/L

Riferimenti normativi

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

Articolo 48, comma 7, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Consorzio stabile – Consorziato non indicate per l'esecuzione – Simultanea partecipazione - Riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale

Massima

Consorzio stabile – Consorziato non indicate per l'esecuzione – Simultanea partecipazione - Riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale – Verifica della stazione appaltante - Verosimile presenza di un indice presuntivo di collegamento – Approfondimento istruttorio - Necessità

Nel caso di simultanea partecipazione alla gara di un Consorzio stabile e di imprese consorziate non indicate per l'esecuzione, la verosimile presenza di un indice di collegamento tra le imprese impone alla stazione appaltante di approfondire il quadro complessivo dei collegamenti tra Consorzio e consorziate prima di escludere la riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

| 1



nell'adunanza del 9 settembre 2020

DELIBERA

Vista l'istanza di parere prot. n. 45933 del 18 giugno 2020, nella quale Repin S.r.l. ha censurato il rifiuto dell'Amministrazione di procedere, in autotutela, all'annullamento dell'aggiudicazione della gara in oggetto per la mancata esclusione del Consorzio Stabile Progettisti Costruttori e delle sue consorziate S.C.S. Costruzioni Edili S.r.l. - Società Unipersonale e C.G.C. S.r.l. (la cui assenza avrebbe condotto all'aggiudicazione in favore dell'istante), in quanto ricadenti in una situazione di controllo/collegamento rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera m), d.lgs. n. 50/2016;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 28 luglio 2020 con nota prot. n. 57335;

Viste le memorie e la documentazione di gara prodotte dalle parti;

Vista la doglianza dell'istante, secondo la quale sarebbe documentalmente dimostrato che l'offerta del Consorzio è pervenuta da un organo – il Consiglio Direttivo – di cui fanno parte i legali rappresentanti di altri due operatori economici (le imprese consorziate) che hanno simultaneamente partecipato alla stessa gara, e che ciò farebbe presumere una situazione di collegamento tra le imprese tale da fare ritenere che le rispettive offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale, come già valutato da altre amministrazioni (Irsap Catania e Irsap Agrigento) che, nell'ambito di precedenti procedure di gara, a fronte della medesima contestuale partecipazione del Consorzio in parola e delle sue Consorziate, hanno disposto l'esclusione ritenendo integrata la fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lettera m), d.lgs. n. 50/2016;

Considerato che, a fondamento della richiamata censura, l'istante evidenzia che il Consiglio direttivo del Consorzio - nel quale siedono, oltre all'Amministratore Unico del Consorzio (Giuseppe Capizzi), i legali rappresentanti delle tre imprese consorziate, S.C.S. Costruzioni Edili S.r.l., C.G.C. S.r.l. e Vica S.r.l., rispettivamente, Salvatore Capizzi, Giuseppe Capizzi (omonimo del legale rappresentante del Consorzio), e Vincenzo Capizzi – è investito "*dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria del Consorzio, senza eccezione di sorta*", (art. 12 Atto costitutivo del Consorzio), ivi espressamente incluso il potere di "*determinare al principio di ogni anno, e ogni qualvolta lo ritenga opportuno, le condizioni per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*" (art. 13 Atto costitutivo), e che tale previsione non può essere modificata se non in forza di una delibera a maggioranza qualificata dell'Assemblea dei consorziati (art. 9 Atto costitutivo), con la conseguenza che non può essere utilmente invocato dalla stazione appaltante, a sostegno del rigetto dell'autotutela, un verbale del Consiglio direttivo del 10 luglio 2018, che avrebbe conferito in via esclusiva al legale rappresentante del Consorzio, sottraendoli ai rappresentanti delle Consorziate, i più ampi poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, compreso quello di definire i ribassi da applicare;

Vista la difesa del Consorzio, secondo cui il conferimento di poteri, ivi incluso quello di definire i ribassi, al legale rappresentante del Consorzio, deliberato dal Consiglio di direttivo come da citato verbale, è stato disposto efficacemente, poiché esso non integra una modifica dell'Atto Costitutivo, ma una delega di poteri e funzioni operata nel rispetto dello stesso Atto costitutivo, il quale riserva espressamente al Consiglio la facoltà di "*delegare opportuni poteri per atti di gestione ordinaria e straordinaria ad uno o più dei suoi membri*"



od a persone estranee determinandone le funzioni e le attribuzioni” (art. 17); ne conseguirebbe che, al momento della partecipazione della gara, il Consiglio direttivo non era più titolare di poteri in ordine alle scelte riguardanti la partecipazione del Consorzio alle gare pubbliche, come anche riconosciuto dalle stazioni appaltanti Irsap Catania e Irsap Agrigento che, alla luce di tale dirimente circostanza, hanno accolto la richiesta di riammissione alle rispettive gare del Consorzio e delle consorziate;

Considerato che la questione posta è da valutare alla stregua dei parametri della disciplina della partecipazione alle gare di operatori economici in situazione di controllo/collegamento (art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016), così come delineati dalla prevalente giurisprudenza e dalla scrivente Autorità, con particolare riferimento al caso di simultanea partecipazione alla gara di consorzio e consorziate non indicate ai fini dell’esecuzione;

Vista la facoltà di partecipazione simultanea del consorzio stabile e delle consorziate non indicate tra quelle per le quali il consorzio concorre, definitivamente ristabilita già con la modifica all’art. 36, comma 5, d.lgs. n. 163/2006 apportata dalla l. n. 69/2009 e confermata dal vigente Codice dei contratti pubblici, per cui la partecipazione di un operatore economico ad un consorzio stabile non integra *ex se* le condizioni di controllo determinanti l’esclusione ma devono essere provate le circostanze di fatto che comportino o siano sintomi di unicità di centro decisionale (Parere di precontenzioso n. 1087 del 5 ottobre 2016), secondo quanto previsto dall’art. 80, comma 5, lett. m) del d.lgs. n. 50/2016;

Visto altresì il superamento dell’automatismo dell’esclusione in situazioni di controllo tra operatori economici, risultante dall’assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto, o di altre forme di collegamento, sulla scorta dell’orientamento giurisprudenziale euro-unitario, formatosi sotto il vigore del d.lgs. n. 163/2006 (e che ha condotto alla modifica dell’art. 38), che ha affermato la necessità che venga accertato in concreto se detta 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 che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell’ambito della gara. (cfr. sentenza CGUE 19 maggio 2009, C-538/07);

Visto l’art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, che, in conformità al richiamato orientamento euro-unitario, richiede, ai fini dell’esclusione, che la situazione di controllo ex art. 2359 c.c. o la relazione anche di fatto *«comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale»;*

Considerato che, nel tempo, la giurisprudenza e l’Autorità hanno identificato una serie di indici idonei a fare presumere la riconducibilità delle offerte ad un centro decisionale unitario, individuandoli nell’intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, nella contiguità di sede, nelle utenze in comune (indici soggettivi), oppure, anche in aggiunta, nella identità delle modalità formali di redazione delle offerte, nelle strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi, oppure nelle significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte (indici oggettivi). La ricorrenza di una pluralità di questi indici, legati da nesso oggettivo di gravità, precisione e concordanza tale da sostenere la correttezza dello strumento presuntivo, è stato ritenuto sufficiente a giustificare l’esclusione dalla gara dei concorrenti che si trovino in questa situazione (cfr. determinazioni n. 1/2010 e n. 1/2012; TAR Sardegna, Sez. I, 27 febbraio 2018 n. 163);

Considerato che, affinché la procedura di gara possa ritenersi inquinata dalla partecipazione di imprese collegate in via di fatto, è pertanto sufficiente, da un lato, che tale partecipazione determini di per sé il rischio di una turbativa della gara intesa quale “pericolo presunto” (Parere di precontenzioso n. 540 del 6 giugno



2018), dall'altro, che le imprese interessate non dimostrino in concreto l'assenza di qualsiasi incidenza di detto collegamento sulla formulazione delle offerte (Parere di precontenzioso n. 540 del 6 giugno 2018). La ricostruzione della fattispecie come di "pericolo presunto", in coerenza con la sua funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante le procedure a evidenza pubblica (Consiglio di Stato, sez. V, 24 novembre 2016, n. 4959), è stata recentemente ribadita dalla giurisprudenza, che ha riaffermato che la valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unità del centro decisionale postula semplicemente l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, e non anche, necessariamente, che l'alterazione del confronto concorrenziale si sia effettivamente realizzata nel caso concreto; ciò in quanto la riconducibilità di due o più offerte ad un unico centro decisionale costituisce *ex se* elemento idoneo a violare i generali principi in tema di *par condicio* e segretezza delle offerte (TAR Sicilia, Catania, 5 maggio 2020, n. 950). Pertanto, una volta ricostruiti gli elementi indiziari gravi e precisi di collegamento sostanziale in un quadro complessivo tale da ritenere provata questa situazione, l'alterazione del risultato della gara è legittimamente presunta dalla stazione appaltante (Tar Sicilia, Catania, 23 giugno 2017, n. 1543);

Considerato che, nel caso di specie, la delega di poteri dal Consiglio direttivo al legale rappresentante del Consorzio, quand'anche il verbale del 10 luglio 2018 possa essere interpretato in questo senso (poiché il Consiglio, in quella sede, ha deliberato non di "delegare" ma di "*conferire i più ampi poteri di ordinaria o straordinaria amministrazione*"), secondo i principi generali in materia di delega di poteri a componenti di un organo amministrativo, non priva della titolarità di detti poteri il delegante, il quale rimane pertanto legittimato ad impartire direttive e ad avocare a sé poteri e funzioni rientranti nella delega, oltre che destinatario delle rendicontazioni a cui è tenuto il delegato, così che, in linea di principio, non sembra potersi ritenere automaticamente e definitivamente escluso che il Consiglio direttivo, e dunque i legali rappresentanti delle consorziate che ne fanno parte, possa avere assunto decisioni in ordine ai ribassi da applicare alla gara o possa comunque esserne stato informato;

Considerato ulteriormente che il caso in esame, per quanto è possibile desumere dagli atti portati a conoscenza della scrivente Autorità, è caratterizzato dalla verosimile presenza di almeno un indice soggettivo di imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, ovvero il rapporto di parentela tra tutte le persone fisiche ricoprenti la funzione di organi rappresentativi del Consorzio e delle consorziate partecipanti, come l'identità dei rispettivi cognomi lascia presumere, e che tale indice (se confermato), "illumina" le modalità di esercizio del potere amministrativo del Consorzio;

Ritenuto che, a fronte di ciò, ovvero un assetto organizzativo che vede i legali rappresentanti delle consorziate sedere nell'organo titolare del potere di amministrazione del Consorzio nonché un probabile indice soggettivo di collegamento tra gli operatori economici in esame, la stazione appaltante, in sede di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela avanzata da Repin S.r.l., non ha dato conto di avere approfondito in modo più ampio il possibile condizionamento nella formulazione delle offerte, verificando il rapporto di parentela e vagliando la presenza di altri eventuali indici di collegamento alla luce dei parametri sopra indicati, e pertanto ha escluso la riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale senza avere accertato se il quadro complessivo dei collegamenti, di diritto e di fatto, tra Consorzio e consorziate, fosse effettivamente idoneo ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016;

Ritenuto che rientra nell'attività della stazione appaltante procedere all'accertamento e alla valutazione in concreto della sussistenza di indici di collegamento tra le offerte presentate, che tale valutazione è di stretta competenza dell'amministrazione e che l'Autorità non può sostituirsi ad essa,

Il Consiglio



ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alle questioni esaminate, che la nota di risposta della stazione appaltante all'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria avanzata da Repins S.r.l. sia viziata per difetto di istruttoria.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11 settembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco