

DELIBERA N. 734

9 Settembre 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da _____OMISSIS_____ –Affidamento del servizio di conferimento delle frazioni differenziate individuate con il codice C.E.R. 20.03.07 (Rifiuti ingombranti) e con il codice C.E.R. 16.01.03 (Pneumatici fuori uso) – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 30.000,00 – S.A.: _____OMISSIS_____(CE)

PREC 164/2020/S

Riferimenti normativi

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

Parole chiave

Controllo e collegamento tra imprese – Esclusione – Onere della prova - Imputazione offerte a unico centro decisionale

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 settembre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza prot. n. 54468 del 17/07/2020 con la quale il _____OMISSIS_____ sottopone all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere di precontenzioso in ordine all'affidamento del servizio in oggetto, domandando se sussistono le condizioni di applicabilità dell'art. 80, comma 5, lett. m). d.lgs. n. 50/2016 con la conseguente necessità di escludere le ditte _____OMISSIS_____ S.r.l. e _____OMISSIS_____ S.r.l., rispettivamente prima e seconda in graduatoria, avendo verificato che il proprietario e amministratore della seconda è comproprietario al 50% della società aggiudicataria del contratto;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 58406 del 30/07/2020;
VISTE le memorie e i documenti trasmessi dalle parti interessate;

CONSIDERATO che con Determinazione dirigenziale n. 384 del 24/04/2020 veniva approvata l'indagine di mercato finalizzata ad identificare il miglior prezzo relativo al servizio di conferimento delle frazioni differenziate individuate con il codice C.E.R. 20.03.07 (Rifiuti ingombranti) e con il codice C.E.R. 16.01.03 (Pneumatici fuori uso), procedendo successivamente all'affidamento del contratto ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 con un importo a base di gara inferiore a euro 40.000,00;

CONSIDERATO che, in sede di indagine di mercato, l'amministrazione informava della procedura n. 15 ditte, comunicando a mezzo pec la volontà di avviare la procedura anche alle società _____OMISSIS_____ S.r.l. e _____OMISSIS_____ S.r.l.;

CONSIDERATO che, aggiudicato il contratto alla _____OMISSIS_____ S.r.l. per un importo pari a euro 20.000,00 come da determina prot. n. 9884 del 28/05/2020, la stazione appaltante verificava che la ditta aggiudicataria era in rapporto di collegamento con la ditta seconda in graduatoria in quanto il proprietario nonché amministratore della seconda in graduatoria risulta essere comproprietario al 50% della ditta aggiudicataria; quindi, la stazione appaltante comunicava alle società prima e seconda in graduatoria l'avvio del procedimento per l'annullamento della determina di aggiudicazione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016, addivenendo successivamente alla decisione di richiedere un parere in sede di precontenzioso all'Autorità;

CONSIDERATO quanto specificato dall'amministrazione nella richiesta di parere di precontenzioso con riferimento alle due ditte concorrenti, vale a dire che: 1) entrambe erano invitate all'indagine di mercato in quanto specializzate nel settore dell'appalto; 2) le due ditte hanno sede legale e sede operativa in Comuni e Province differenti; 3) l'anno di iscrizione e di costituzione delle società sono sensibilmente diversi; inoltre, in ordine all'indagine di mercato espletata, nella richiesta di parere, l'amministrazione ha evidenziato che: 1) l'indagine di mercato informale ed aperta era stata pubblicata con la finalità di prendere atto dell'attuale orientamento economico del mercato di riferimento; 2) il numero di ditte che presentava offerta risultava pari a 8; 3) la presentazione dell'offerta della seconda ditta non incideva sulla decisione di affidamento alla prima, non modificando i criteri di aggiudicazione (miglior prezzo) in accordo all'art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016 deve essere escluso dalla procedura di gara l'operatore economico che *«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»*;



CONSIDERATO che, con riferimento alla causa di esclusione in esame, già la Corte di giustizia con la nota sentenza del 19/05/2009, resa nella causa C-538/07, evidenziò la non conformità alle direttive comunitarie dell'abrogata previsione del d.lgs. n. 163/2006 (art. 34) nella parte in cui vietava la partecipazione alle gare di imprese in rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., statuendo che «la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura», statuendo, altresì, che «il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista 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 loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara»;

CONSIDERATO che i principi espressi dalla Corte di giustizia nel 1999 sono a tutt'oggi vigenti e confermati nella giurisprudenza italiana e nelle delibere dell'ANAC; recentemente, il TAR Lazio, 04/02/2020, n. 1467 ha richiamato la giurisprudenza del Consiglio di Stato che, sull'onere della prova, ha osservato: «*L'onere della prova del collegamento tra imprese ricade sulla stazione appaltante o, comunque, sulla parte che ne affermi l'esistenza, al fine della loro esclusione dalla gara, dimostrazione che deve necessariamente fondarsi su elementi di fatto univoci — non suscettibili cioè di letture alternative o dubbie — desumibili sia dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti (ossia dal loro assetto interno, personale o societario — cd. aspetto formale), sia dal contenuto delle offerte dalle stesse presentate (cd. aspetto sostanziale); ai fini della predetta esclusione non è sufficiente una generica ipotesi di collegamento «di fatto», essendo necessario che per tale via risulti concretamente inciso l'interesse tutelato dalla norma, volta ad impedire un preventivo concerto delle offerte, tale da comportare un vulnus al principio di segretezza delle stesse»* (TAR Lazio, 04/02/2020, n. 1467 richiama il Consiglio di Stato sez. V, 04/01/2018, n. 58);

CONSIDERATO che, come anche recentemente ribadito nella sentenza del T.A.R. Sicilia, Catania, I, 05/05/2020, n. 950, la sussistenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. o di una qualunque forma di collegamento «*è condizione necessaria, ma non anche sufficiente perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate*», essendo necessario che sia fornita adeguata prova circa il fatto che «*la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale*» (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2018, n. 58; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 4 dicembre 2018, n. 11748; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 30 aprile 2018, n. 879; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12 aprile 2018, n. 972); inoltre, la verifica della sussistenza di un unico centro decisionale deve rispettare i canoni tipici della "prova logica" (in termini di gravità, precisione e concordanza degli elementi utilizzati) e superare l'eventuale "controprova logica" dovendosi garantire alle imprese di dimostrare che il rapporto di collegamento non ha influito sul comportamento in gara (Cons. Stato, sez. V, 07/08/2017, n. 3914; TAR Sardegna, sez. II, 04/12/2019, n. 869);

CONSIDERATO che, per affermare l'esistenza di un centro decisionale nella predisposizione delle offerte devono sussistere indici sintomatici della causa di esclusione quali a titolo esemplificativo, come indicato nella giurisprudenza amministrativa, un intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, una contiguità di sede, utenze in comune oppure, anche in aggiunta, identiche modalità formali di redazione delle offerte, strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi, significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte; la verifica di tali indici sintomatici, ove legati da un nesso oggettivo di gravità, precisione e concordanza, può giustificare l'esclusione dalla gara dei concorrenti (cfr., *ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. V, 16 febbraio 2017, n. 496; id., sez. III, 23 dicembre 2014, n. 6379; id., sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189; delibera ANAC n. 508 del 30/05/2018; delibera ANAC n. 540 del 06/06/2018);

RITENUTO che, sulla base della documentazione trasmessa in atti, risulta il mero rapporto di collegamento tra le imprese, ma non risulta alcun indice eventualmente sintomatico della riconduzione delle offerte a un unico centro decisionale; al contrario, apparrebbe altamente improbabile la ricorrenza della causa di esclusione considerate le modalità procedurali attraverso le quali il contratto è stato aggiudicato visto che le imprese erano coinvolte nell'indagine di mercato dalla stessa stazione appaltante richiedente un'offerta per un valore inferiore a 40.000,00 euro e che aggiudicava il contratto sulla base del criterio del prezzo più basso;

RITENUTO, pertanto, che il parere richiesto deve essere reso nel senso che la partecipazione delle due imprese alla gara non costituisce di per sé un elemento legittimante un provvedimento di esclusione dalla gara né, conseguentemente, sussistono i presupposti per ritenere che le due società abbiano presentato una falsa dichiarazione sull'assenza della relativa causa di esclusione;

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione dalla procedura delle ditte _____OMISSIS_____ S.r.l. e _____OMISSIS_____ S.r.l. sarebbe illegittimo in quanto il rapporto di collegamento tra le due imprese non comprova la riconduzione delle offerte a un unico centro decisionale come richiesto dall'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 11 settembre 2020
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco