



DELIBERA N. 557

29 novembre 2023

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Soes S.p.A. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione di tutte le infrazioni al Codice della Strada elevate dal Comando di Polizia Locale, noleggio di dispositivi per la rilevazione della velocità e servizio di riscossione coattiva delle relative sanzioni. Importo a base di gara euro: 2.450.000. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Comune di Ferrandina (MT).

PREC 729/2023/S

Riferimenti normativi

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

Parole chiave

Partecipazione - produttore - collegamento sostanziale – indizi - esclusione

Massima

Partecipazione - collegamento sostanziale fra imprese concorrenti – indizi - offerta del produttore - non integra causa di esclusione

La causa di esclusione di cui all'art. 80, co. 5 lett. m) del d.lgs. 50/2016 può operare solamente in presenza di elementi indiziari gravi, precisi e concordanti tali da dimostrare, in termini presuntivi, una relazione tra le imprese suscettibile, in astratto, di determinare un loro reciproco condizionamento. Il fatto che sia il produttore sia il distributore partecipino alla gara non costituisce di per sé un indice sintomatico dell'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, né può essere considerata un indizio in tal senso il fatto che sulla *home page* del sito internet di uno dei concorrenti sia menzionata una "*partnership*" commerciale fra gli offerenti, in assenza di altri elementi che facciano propendere per la sussistenza di un unico centro decisionale.

Riferimenti normativi

Articolo 95 d.lgs. n. 50/2016



Parole chiave

Criteri – valutazione - punteggio

Massima

Criteri di valutazione – punteggio numerico – assenza di descrittori – motivazione insufficiente

Se la *lex specialis* non prevede criteri sufficientemente dettagliati da giustificare un punteggio solo numerico, né subcriteri, voci o descrittori in base ai quali assegnare il punteggio qualitativo, la valutazione effettuata non risulta sufficientemente motivata.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 29 novembre 2023

DELIBERA

VISTA l’istanza di parere prot. n. 76057 del 18 settembre 2023 presentata da Soes S.p.a., e le relative memorie, con cui l’operatore economico istante contesta le risultanze della gara a procedura aperta indetta ai sensi dell’art. 60 del d.lgs. 50/2016 dal Comune di Ferrandina per l’affidamento del servizio di gestione delle infrazioni al Codice della Strada elevate dal Comando di Polizia Locale, noleggio di dispositivi per la rilevazione della velocità e servizio di riscossione coattiva delle relative sanzioni. In particolare, l’istante Soes S.p.a. solleva i seguenti profili di criticità. 1) Innanzi tutto l’operatore economico lamenta che la concorrente ditta Engine S.r.l. avrebbe partecipato alla gara sia in veste di mandante nel R.T.I. concorrente Athena S.r.l. – Engine S.r.l. sia quale fornitore del dispositivo, comprendente l’apparecchiatura e la relativa assistenza e manutenzione periodica, offerto dai concorrenti R.T.I. Safety21 S.p.a. – ServiceNet21 S.r.l. – Ge.Fi.L. S.p.a. e R.T.I. Traffic Tech S.r.l. – Fintel Engineering. L’istante ne deduce che, in tal modo, la Engine S.r.l. avrebbe partecipato in duplice veste, assicurandosi comunque l’affidamento del servizio. L’istante fa anche notare che la *home page* del sito del concorrente Traffic Tech S.r.l. evidenzerebbe la *partnership* commerciale fra le ditte Traffic Tech S.r.l., Athena S.r.l., Engine S.r.l. e Safety21 S.p.a., che farebbe propendere per la possibilità di una forma di collegamento fra imprese; 2) Soes S.p.a. lamenta poi che la propria offerta tecnica sia stata esclusa per non aver ottenuto il punteggio minimo utile a raggiungere la soglia di sbarramento posta dalla *lex specialis*, in particolare per aver ottenuto un punteggio molto basso sul dispositivo offerto, benché esso sia omologato dal competente Ministero e già utilizzato in numerosi enti locali. In proposito, l’istante insiste sul fatto che, essendo il proprio dispositivo regolarmente omologato dal competente Ministero, i parametri tecnici sono già stati considerati a livello nazionale e non giustificano un punteggio insufficiente nella gara in oggetto, tale da non superare la soglia di sbarramento. La Soes S.p.a. chiede quindi all’Autorità un parere: 1) sulla conformità della partecipazione di Engine S.r.l. alla gara nella presunta doppia veste di concorrente e di produttore del dispositivo offerto anche da altri concorrenti, e sulla possibilità che la *partnership* fra concorrenti costituisca evidenza di un collegamento fra tali imprese; 2) sul giudizio insufficiente assegnato dalla commissione giudicatrice al proprio dispositivo per la rilevazione della



velocità (criterio a cui era assegnato un massimo di 25 punti), causandone l'esclusione per mancato raggiungimento della soglia di sbarramento;

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 89098 in data 11 ottobre 2023 e le successive note per l'integrazione del contraddittorio nei confronti di Traffic Tech S.r.l. e per la notifica delle memorie dell'istante, che non risultavano inoltrate alle controparti;

VISTE le memorie di Engine S.r.l., acquisite ai prot. n. 90714 del 16 ottobre 2023 e n. 95438 del 26 ottobre 2023, con cui l'operatore economico respinge la prospettazione dell'istante, ritenendola fuorviante e tesa unicamente a beneficiare di una proroga tecnica, in quanto gestore uscente, in attesa del parere. La Engine S.r.l. rappresenta di aver partecipato alla gara unicamente quale mandante nel raggruppamento con Athena S.r.l. ed evidenzia di essere leader nella produzione di sistemi di rilevamento della velocità di ultima tecnologia, i cui standard elevati li rendono molto diffusi sul mercato. Allo stesso tempo Engine S.r.l. nega di essere al corrente del contenuto delle offerte tecniche presentate dagli altri operatori economici, che sono liberi di acquistare i sistemi prodotti da Engine S.r.l. e di elaborare le proprie offerte tecniche. In relazione alla presunta *partnership* fra concorrenti evidenziata dall'istante, Engine S.r.l. fa notare che l'utilizzo di tale terminologia da parte di alcuni operatori economici non è utile a dimostrare una situazione di controllo o collegamento fra imprese, dal momento che secondo la giurisprudenza occorrerebbe, a tal fine, dimostrare, attraverso indizi gravi, precisi e concordanti, che le offerte derivano da un unico centro decisionale. Infine Engine S.r.l. fa notare che oggetto principale della gara sono servizi di gestione, dove la fornitura dei dispositivi riguarda solamente il dieci per cento circa del valore dell'appalto, per cui i profili denunciati riguarderebbero aspetti non rilevanti della gara stessa;

VISTE le memorie di Safety21 S.p.a., acquisite ai prot. n. n. 90841 del 16 ottobre 2023 e n. 97185 del 31 ottobre 2023, con cui l'operatore economico, dopo aver invocato l'inammissibilità dell'istanza per tardività, respinge le contestazioni dell'istante anche richiamando il parere dell'Autorità n. 115/2012, con il quale si negava che l'aver offerto il medesimo prodotto potesse costituire prova di unicità del centro decisionale fra due o più operatori economici concorrenti. Safety21 S.p.a. riferisce di aver solamente ottenuto dal produttore Engine S.r.l. la disponibilità del dispositivo da noleggiare e nega la sussistenza di un unico centro decisionale e quindi di un collegamento sostanziale fra le imprese concorrenti, sottolineando che tale collegamento non sia stato dimostrato dall'istante;

VISTE le memorie del Comune di Ferrandina – Corpo di Polizia Locale, acquisite al prot. n. 91993 del 18 ottobre 2023 e al prot. 94545 del 24 ottobre 2023, con cui la S.A. innanzi tutto evidenzia il possibile intento dilatorio dell'istante, gestore uscente del servizio, al fine di ottenere la proroga del contratto in attesa del parere dell'Autorità. Nel merito della questione posta, la S.A. respinge le doglianze concernenti il paventato collegamento sostanziale fra imprese offerenti, che risulterebbe non comprovato, dal momento che nulla impedirebbe la presenza di più offerte tecniche aventi ad oggetto il medesimo dispositivo, liberamente commercializzato, né che il produttore stesso partecipi egli stesso alla gara, come anche rilevato dalla giurisprudenza (T.A.R. Puglia, Sez. I, 15 ottobre 2018, n. 1302). Con riferimento ai giudizi espressi dalla commissione di gara, la S.A. si limita ad osservare che non era richiesta una valutazione o un confronto fra dispositivi, bensì la sola rispondenza degli stessi alle specifiche tecniche richieste nel capitolato speciale;

RITENUTA l'istanza ammissibile in quanto presentata in data 18 settembre 2023 e pertanto entro i termini del regolamento, in considerazione della sospensione feriale per la proposizione del ricorso giurisdizionale. L'istanza è stata presentata infatti da un operatore economico che partecipava alla gara e la cui offerta tecnica veniva esclusa in data 3 agosto 2023, esclusione che veniva confermata a seguito di rettifica dei punteggi intervenuta il successivo 22 agosto, non avendo tale offerta ottenuto il punteggio



minimo previsto dalla *lex specialis*. L'o.e. contesta tale esclusione sotto il profilo delle modalità di attribuzione del punteggio, e prospetta un'ipotesi di esclusione per collegamento sostanziale a carico delle imprese giunte in graduatoria;

VISTO l'art. 80, co. 5 lett. m) del d.lgs. 50/2016, che dispone l'esclusione dalla gara quando «l'operatore economico 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»;

VISTO il parere dell'Autorità n. 540 del 6 giugno 2018 che, con riferimento all'ipotesi di collegamento sostanziale, ha osservato che «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, oppure significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte. 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)»; e il parere n. 115 del 19 luglio 2012 con cui è stato evidenziato che «La circostanza che due o più operatori economici offrano il medesimo prodotto non costituisce di per sé indice di unicità del centro decisionale a meno che non risulti provato che sia il produttore a stabilire le singole offerte o comunque che dietro l'unicità del prodotto si celi una concordata modalità di presentazione e formulazione delle rispettive offerte, incompatibile con i principi di affidabilità e segretezza»;

CONSIDERATO che secondo la giurisprudenza, ai fini dell'integrazione della causa di esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. m) del d.lgs. 50/2016, «occorre adottare un approccio "gradualista e progressivo" che passa attraverso il seguente sviluppo istruttorio: "a) la verifica della sussistenza di una situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ.; b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un "unico centro decisionale" da effettuare *ab externo* e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale» (T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, Sent., 22 maggio 2023, n. 8633 e sentenze ivi richiamate). Inoltre «non può prescindersi dalla rilevazione di significativi elementi indiziari che consentano di ravvisare la sussistenza dell'unico centro decisionale. In tale prospettiva, se non occorre la dimostrazione dell'effettivo coordinamento fra le concorrenti, né delle conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene (Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2022, n. 3440; 7 gennaio 2022, n. 48; 5 agosto 2021, n. 5778; 15 aprile 2020, n. 2426), nondimeno è imprescindibile il riscontro di indizi gravi, precisi e concordanti in grado di dimostrare in termini presuntivi ex art. 2727 Cod. civ. la sussistenza dell'unicità del centro decisionale» (Cons. Stato, n. 3440/2022 cit.; n. 2426/2020 cit.)" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1 luglio 2022, n. 5499). È stato in particolare rilevato che il fatto che ad una gara per la fornitura di prodotti partecipino sia il produttore sia il rivenditore/distributore, e quindi operatori economici legati da rapporti commerciali di fornitura e/o rivendita/distribuzione, non costituisce di per



sé un indice sintomatico dell'imputabilità delle offerte delle predette società ad un unico centro decisionale (T.A.R. Lazio n. 8633/2023 cit.);

CONSIDERATO che dalla documentazione prodotta nel presente procedimento non emerge alcun elemento che possa far presumere una qualche forma di controllo o collegamento fra le imprese concorrenti, né risulta dimostrata la presenza di "accordi" e "pratiche concordate". Infatti, come evidenziato dalla giurisprudenza, il fatto che sia il produttore sia il distributore partecipino alla gara non costituisce di per sé un indice sintomatico dell'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale. Né può essere considerata un indizio in tal senso, nei termini specificati dalla giurisprudenza, il fatto che sulla *home page* del sito internet di uno dei concorrenti sia menzionata una "*partnership*" commerciale fra gli offerenti, in assenza di altri elementi che facciano propendere per la sussistenza di un unico centro decisionale in relazione all'offerta;

RITENUTO pertanto, per quanto dedotto nel procedimento di precontenzioso in relazione all'ipotesi di collegamento sostanziale fra imprese, di non ravvisare gli estremi per l'applicazione della causa di esclusione di cui all'art. 80, co. 5 lett. m) del d.lgs. 50/2016, che potrebbe operare solamente in presenza di elementi indiziari gravi, precisi e concordanti tali da dimostrare, in termini presuntivi, una relazione tra le imprese suscettibile, in astratto, di determinare un loro reciproco condizionamento;

CONSIDERATO che l'istante contesta anche le modalità di attribuzione del punteggio;

VISTI il bando (sez. IV), che prevede l'applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in relazione ad una serie di criteri privi di sub-criteri. La questione sollevata dall'istante attiene in particolare al criterio 1, che attribuisce ben 25 punti sugli 80 disponibili al "Progetto tecnico in cui vengono dettagliatamente indicate le caratteristiche dei dispositivi di rilevamento della velocità offerti"; e il disciplinare di gara, che al punto 18.1 (criteri di attribuzione del punteggio) prevede l'esclusione nel caso di ottenimento di un punteggio inferiore alla soglia di sbarramento di 48 punti, e al punto 18.2 prevede che a ciascuno degli elementi qualitativi è attribuito un coefficiente sulla base della valutazione discrezionale e attribuzione di un coefficiente variabile da zero ad uno da parte di ciascun commissario;

VISTO il verbale n. 6, da cui risulta che l'offerta tecnica dell'istante otteneva un punteggio di 47,878 e quindi veniva esclusa per non aver raggiunto la soglia di sbarramento di 48. In particolare essa otteneva un punteggio di 2,778 per il suddetto criterio 1;

VISTO il capitolato speciale di gara;

VISTE le Linee guida Anac n. 2 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 e aggiornate con delibera n. 424 del 2 maggio 2018, secondo cui, in generale, le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti. I criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, e non dovrebbero quindi essere oggetto di valutazione le condizioni minime con cui i lavori, servizi o forniture devono essere realizzati. Si dovrebbe attribuire un punteggio positivo solo a miglioramenti effettivi rispetto a quanto previsto a base di gara (PAR. II). Gli elementi di valutazione cosiddetti qualitativi richiedono una valutazione discrezionale da parte dei commissari di gara. Al fine di permettere ai concorrenti di presentare una proposta consapevole e alla commissione di gara di esprimere una valutazione delle offerte coerente con gli obiettivi della stazione appaltante è assolutamente necessario che vengano indicati - già nel bando o in qualsiasi altro atto di avvio della procedura di affidamento - i criteri motivazionali a cui deve attenersi la commissione per la valutazione



delle offerte. Il capitolato e il progetto, per quanto possibile, devono essere estremamente dettagliati e precisi, descrivendo i singoli elementi che compongono la prestazione. Con riferimento al metodo dell'attribuzione discrezionale di un coefficiente variabile tra zero e uno da parte di ciascun commissario di gara, le linee guida specificano che le ragioni di tale attribuzione devono essere adeguatamente motivate e la motivazione deve essere collegata ai criteri presenti nel bando. In relazione a ciascun criterio o subcriterio di valutazione la stazione appaltante deve indicare gli specifici profili oggetto di valutazione, in maniera analitica e concreta. Con riferimento a ciascun criterio o subcriterio devono essere indicati i relativi descrittori che consentono di definire i livelli qualitativi attesi e di correlare agli stessi un determinato punteggio, assicurando la trasparenza e la coerenza delle valutazioni» (PAR. V);

VISTA la giurisprudenza, secondo la quale il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione allorquando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi o subpunteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo e da rendere con ciò comprensibile, e controllabile nella sua congruità, l'iter logico seguito in concreto nel valutare le proposte in gara. Laddove facciano difetto queste condizioni si rende necessaria una motivazione discorsiva dei punteggi numerici (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 29 ottobre 2020, n. 6618);

CONSIDERATO, per quel che concerne la contestazione del giudizio espresso dalla commissione di gara con riguardo al criterio A1 "Progetto tecnico in cui vengono dettagliatamente indicate le caratteristiche dei dispositivi di rilevamento della velocità offerti", che in linea generale i giudizi espressi dalla commissione di gara costituiscono tipico esercizio di discrezionalità tecnica e non sono sindacabili dall'Autorità salvo che in ipotesi di manifesta contraddittorietà o irragionevolezza. Nel caso di specie, la stazione appaltante afferma che il punteggio attribuibile al progetto tecnico, recante le caratteristiche dei dispositivi, derivava dalla mera verifica della rispondenza ai requisiti espressamente richiesti dal capitolato. Tuttavia tale affermazione non appare esaustiva. Il disciplinare attribuisce infatti a ciascun elemento qualitativo un coefficiente sulla base della valutazione "discrezionale" di ciascun commissario. Ma il disciplinare di gara risulta del tutto carente di subcriteri o comunque di voci di dettaglio o di descrittori in base ai quali effettuare tale valutazione, che possano consentire di comprendere l'iter logico seguito dalla commissione di gara. Infatti, a fronte dei criteri individuati dal bando, e in considerazione del fatto che i giudizi venivano espressi unicamente in forma numerica, non è dato comprendere, per lo meno dagli atti depositati nel presente procedimento, quali caratteristiche siano state in particolare valutate e le motivazioni per cui l'istante abbia ottenuto un punteggio insufficiente. La questione assume particolare rilevanza in ragione del fatto che l'istante raggiungeva il punteggio totale di 47,878 che gli impediva di raggiungere la soglia di sbarramento di 48 punti utile a ed essere ammesso al prosieguo della valutazione, ed in ragione del fatto che il disciplinare di gara attribuisce al criterio A1 "Progetto tecnico in cui vengono dettagliatamente indicate le caratteristiche dei dispositivi di rilevamento della velocità offerti" un punteggio molto elevato (25 punti su 80, il più elevato fra tutti i criteri), senza precisare in base a quali elementi tale punteggio dovesse essere attribuito;

RITENUTO pertanto, alla luce di tutto quanto sopra considerato, che nel caso di specie, in relazione alla prima questione posta non si ravvisano gli estremi per l'applicazione della causa di esclusione di cui all'art. 80, co. 5 lett. m) del d.lgs. 50/2016. In relazione alla seconda questione non emergono criteri di valutazione sufficientemente dettagliati da giustificare un punteggio solo numerico, né subcriteri, voci o descrittori in base ai quali assegnare il punteggio qualitativo e, per conseguenza, la valutazione effettuata dalla commissione di gara non risulta sufficientemente motivata;



Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- in relazione alla prima questione posta non si ravvisano gli estremi per l'applicazione della causa di esclusione di cui all'art. 80, co. 5 lett. m) del d.lgs. 50/2016, che può operare solamente in presenza di elementi indiziari gravi, precisi e concordanti tali da dimostrare, in termini presuntivi, una relazione tra le imprese suscettibile, in astratto, di determinare un loro reciproco condizionamento. Il fatto che sia il produttore sia il distributore partecipino alla gara non costituisce di per sé un indice sintomatico dell'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, nè può essere considerata un indizio in tal senso il fatto che sulla *home page* del sito internet di uno dei concorrenti sia menzionata una "*partnership*" commerciale fra gli offerenti, in assenza di altri elementi che facciano propendere per la sussistenza di un unico centro decisionale;
- in relazione alla seconda questione posta, non emergono criteri di valutazione sufficientemente dettagliati da giustificare un punteggio solo numerico, né subcriteri, voci o descrittori in base ai quali assegnare il punteggio qualitativo e, per conseguenza, la valutazione effettuata dalla commissione di gara non risulta sufficientemente motivata.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 dicembre 2023

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente