

## **Parere n. 115 del 19/07/2012**

### **PREC 46/12/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società Arredufficio srl - "Affidamento dei lavori per la fornitura di pareti divisorie attrezzate ed elementi speciali in stabile soggetto a vincolo architettonico" Importo a base d'asta euro 775.000,00- S.A.: INPS Direzione Regionale Liguria-Genova. - **1) principio di segretezza delle offerte economiche 2) art.38, comma 1 lett. m- quater), ipotesi di "collegamento sostanziale"**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta in data 18 gennaio 2012 la società Arredufficio srl ha chiesto parere in ordine alla legittimità della gara indicata in oggetto.

Nello specifico l'istante ha rappresentato alcune perplessità in ordine al fatto che:

1) secondo quanto previsto dal Disciplinare di gara, dovevano essere inserite nella busta "B" relativa all'offerta, le schede tecniche dei prodotti nonché le relative certificazioni;

2) a seguito dell'apertura delle offerte, è emerso che diversi concorrenti hanno partecipato offrendo il medesimo prodotto ed inoltre risultano aver partecipato alla gara anche gli stessi produttori (mentre la società istante partecipava presentando il prodotto della Estel SpA che non risultava aver partecipato alla gara in esame né direttamente né fornendo i propri prodotti ad altri concorrenti).

Su quest'ultimo punto, la Stazione Appaltante, sollecitata dalla stessa società istante a fornire chiarimenti, avrebbe affermato, attraverso il Responsabile del Procedimento, che essendo gli arredi richiesti in gara prodotti solo da quattro o cinque case produttrici, ben potevano le ditte partecipanti offrire il medesimo prodotto con le relative certificazioni.

Ad avviso della società istante, invece, tale circostanza determinerebbe la riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale.

A riscontro dell'istruttoria, formalmente avviata da questa Autorità in data 14 marzo 2012, l'INPS - Direzione Regionale Liguria ha ribadito la correttezza del proprio operato, specificando che alla gara hanno partecipato venti aziende, di queste, diciassette sono state ammesse e di conseguenza sulla base delle offerte ammesse si è provveduto ad individuare la soglia di anomalia e ad elaborare la graduatoria provvisoria.

Tutte le imprese che sono state ammesse (così come l'istante stesso) risultavano avere i requisiti richiesti dal Bando, tra cui la qualificazione SOA per eseguire l'oggetto dell'appalto, né si è inteso precludere la partecipazione diretta alle ditte produttrici, purché in possesso dei requisiti richiesti.

Ritenuto in diritto

La questione in esame concerne la legittimità della procedura indetta per l'affidamento dell'appalto avente ad oggetto la fornitura e l'installazione di pareti mobili, attrezzate ed elementi speciali di cui all'oggetto.

1. Con riferimento al primo rilievo mosso dall'istante, in ordine all'inserimento delle schede tecniche dei prodotti e delle relative certificazioni nella busta contenente l'offerta, ove si fosse inteso evidenziare il realizzarsi, con ciò, di una indebita commistione tra elementi di valutazione tecnica ed elementi di valutazione economica, in violazione del principio di segretezza delle offerte economiche, si rendono opportune alcune precisazioni al fine di sgomberare il campo da un equivoco di fondo.

Come più volte osservato dalla giurisprudenza, laddove la procedura di gara sia caratterizzata (come nell'appalto concorso ovvero nell'ipotesi di aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa) da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, è interdotta al seggio di gara la conoscenza delle percentuali di ribasso dell'offerta, per evitare ogni possibile influenza sulla valutazione dell'offerta tecnica.

"Il principio della segretezza dell'offerta economica è infatti presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, sub specie della trasparenza e della par condicio dei concorrenti, intendendosi così garantire il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale - volitivo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli

criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata.” (Cfr. CdS sez.V,11/5/2012 n.2734).

Considerata la ratio sottesa al principio di segretezza delle offerte economiche, risulta evidente che tale principio non possa essere richiamato in relazione alla procedura di gara in esame, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, e dunque non caratterizzata da quella netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica che come chiarito giustifica, ed anzi impone, di tenere ben distinti gli elementi di valutazione tecnica da quelli economici sia attraverso l'antiorità della valutazione tecnica che attraverso la materiale separazione delle buste contenenti l'offerta tecnica da quelle contenenti l'offerta economica.

2. Con la seconda censura mossa dall'istante, invece, si adombra la possibilità che alcuni dei concorrenti fossero in realtà riconducibili ad un unico centro decisionale dal momento che diverse imprese hanno partecipato alla procedura di gara in esame offrendo il medesimo prodotto ed inoltre risultano aver partecipato anche gli stessi produttori autonomamente.

La fattispecie richiamata dall'istante è dunque quella del c.d. “collegamento sostanziale”(fattispecie oggi disciplinata dall'art.38, comma 1, lett. m-quater) che ricorre nel caso in cui le offerte, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi; tale ipotesi di collegamento, anche di fatto, può essere di volta in volta desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti alla gara, distorsivo delle regole di gara. (Cfr. in tal senso ex multis, CdS, sez. VI, 8/05/2012, n.2657).

Come del resto chiarito anche dalla giurisprudenza comunitaria (Corte Giust. CE, sent. 19 maggio 2009, in C-538/07), se è da escludere che rapporti di mero collegamento formale possano dimostrare di per sé l'esistenza o la potenzialità del collegamento, dovendo essere sempre consentito alle imprese di dimostrare l'inefficacia di tali rapporti, andrà tuttavia fornita la prova concreta caso per caso che rapporti tra imprese partecipanti alla medesima gara possano effettivamente condizionarne i comportamenti e falsare il rapporto concorrenziale che è a fondamento delle procedure ad evidenza pubblica.

Sarà, quindi, in ogni caso onere della Stazione Appaltante procedere ad una adeguata istruttoria, assicurando il contraddittorio con le imprese coinvolte, nell'ambito della quale valutare l'effettiva portata di quegli indici presuntivi, gravi, precisi e concordanti che possano determinare l'imputabilità delle rispettive offerte ad unico centro decisionale e che andranno, ad esempio, dagli intrecci personali tra gli assetti societari delle imprese coinvolte, ad elementi quali la predisposizione di buste identiche, contenenti offerte e documenti redatti in modo identico, le certificazioni ottenute lo stesso giorno, le fidejussioni rilasciate dalla medesima banca e autenticate con numero progressivo con lo stesso notaio, la spedizione a mezzo dello stesso corriere.

Nel caso portato all'attenzione di questa Autorità, invero, l'unico dato che emerge, e da cui l'istante inferirebbe l'esistenza di una ipotesi di collegamento sostanziale, è che il prodotto in questione - da fornire e installare - sarebbe stato prodotto da quattro o cinque case costruttrici (o forse più, ma ciò non rileva oltremodo, al di là della considerazione che ciò viene asserito e in alcun modo comprovato) e di conseguenza diverse imprese concorrenti, tra cui le stesse case produttrici, hanno offerto in gara lo stesso prodotto.

Dalle considerazioni svolte, emerge chiaramente che la fattispecie rappresentata dalla società istante non possa essere in alcun modo ricondotta a quella del “collegamento sostanziale” tra imprese nei termini di cui sopra.

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 (cosa che non avviene nel caso in esame) 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.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito