



DELIBERA N. 228

16 marzo 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Regione Basilicata, con adesione successiva dell'impresa Ruggiero Michele - Procedura negoziata senza bando tramite MEPA per la conclusione di un accordo quadro per l'affidamento dei lavori di manutenzione rientranti nella categoria OG1 da eseguire sugli immobili adibiti ad uffici della Regione Basilicata- Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Importo a base di gara: euro 412.000,00 -S.A.: Regione Basilicata

PREC 48/2021/L-PB

Riferimenti normativi

Articolo 30, d.lgs. n. 50/2016

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

Parole chiave

Principio di rotazione degli inviti - Possibile aggiramento - Unico centro direzionale - Valutazione

Massima

Relativamente all'applicazione di quanto disposto dalle Linee Guida ANAC n. 4, in merito alla possibile esistenza di fattispecie finalizzate ad aggirare il principio di rotazione, quali ad esempio la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m) del d.lgs. n. 50/2016, la verifica di una tale circostanza deve tener conto dei principi interpretativi elaborati in merito alla fattispecie del collegamento sostanziale di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m). L'onere della prova del collegamento tra imprese ricade sulla stazione appaltante e deve fondarsi su elementi di fatto univoci, nel rispetto dei canoni tipici della "prova logica", in termini di gravità, precisione e concordanza degli elementi utilizzati, e superare l'eventuale "controprova logica" garantendo alle imprese di dimostrare che il rapporto di collegamento non abbia influito sul comportamento in gara. Rientra nella esclusiva sfera di competenza della stazione appaltante procedere all'accertamento e alla valutazione in concreto della sussistenza di indici di collegamento tra le offerte presentate e tale valutazione è sindacabile solo se viziata da manifesta illogicità o travisamento dei fatti.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 16 marzo 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 10583 del 5 febbraio 2021, successivamente integrata con nota prot. 16931 del 26 febbraio 2021, presentata dalla Regione Basilicata, relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;



VISTA l'istanza di adesione successiva dell'impresa Ruggiero Michele con nota prot. n. 12488 dell'11 febbraio 2021;

CONSIDERATO che le parti rappresentavano l'avvenuta esclusione del concorrente Ruggiero Michele, primo in graduatoria, disposta dalla stazione appaltante in applicazione del principio di rotazione degli inviti, in ragione della relazione di fatto esistente con l'impresa Ruggiero Group S.r.l., esclusa dalla partecipazione in quanto precedentemente invitata: tale relazione era stata ritenuta idonea a considerare l'offerta imputabile al medesimo centro decisionale, in violazione del principio di rotazione; circostanza che l'operatore economico invece negava, sostenendo la legittimità della propria partecipazione alla procedura;

CONSIDERATO che la Regione istante rappresentava di aver indetto la procedura di gara con determina a contrarre del 25 maggio 2020 e pubblicazione dell'avviso di indagine di mercato il 1 luglio 2020 e di aver escluso dal sorteggio tre candidati, tra cui l'impresa Ruggiero Group s.r.l., risultante *«precedentemente sorteggiata ed invitata a presentare offerta in altra procedura negoziata per la medesima categoria OG1, classifica II, di cui all'avviso pubblico del 17 marzo 2020 scaduto il 3 giugno 2020 (procedura alla quale ha regolarmente partecipato, pur non aggiudicandosi la gara)»*. L'amministrazione esponeva in primo luogo che dalla documentazione di avvalimento presentata dalla concorrente Ruggiero Michele veniva a conoscenza *«del rapporto di parentela "padre-figlio" tra il titolare della ditta concorrente Ruggiero Michele e l'Amministratore Unico dell'impresa Ruggiero Group srl, Ing. Pasquale Ruggiero»* - e per tale ragione non ne ammetteva l'avvalimento- e, in secondo luogo, che in esito all'esame delle offerte tecniche la Ruggiero Michele era risultata prima in graduatoria e, nell'ambito della verifica della congruità dell'offerta, *«apprendeva direttamente dall'interessato Ing. Pasquale Ruggiero, Amministratore Unico della Ruggiero Group srl, che egli svolge di fatto l'attività di "consulente" per conto del concorrente Ruggiero Michele»*: circostanza che è stata ritenuta rilevante ai fini dell'esclusione del concorrente in quanto *«il principio di rotazione degli inviti non possa essere "aggirato" partecipando alla gara tramite una impresa controllata, collegata o con la quale sussista una relazione di fatto (parentela e collaborazione diretta) tale che l'offerta sia imputabile sempre all'impresa Ruggiero Group s.r.l.»*;

VISTA la documentazione di gara;

VISTI i verbali di gara n. 5 del 13 gennaio 2021 e n. 6 del 4 febbraio 2021;

VISTA la memoria depositata dall'impresa Ruggiero Michele in cui si evidenziava che il rapporto parentale esistente tra il titolare della Ditta Ruggiero Michele e l'Amministratore della Ruggiero Group S.r.l. non possa essere motivo di esclusione per violazione del principio di rotazione, trattandosi di due soggetti giuridici distinti e separati, per i quali *«non emergono alcune significative ragioni che impediscano alla Ditta Ruggiero Michele di vedersi assegnato i lavori in questione, essendo un operatore economico autonomo, operante nel settore da oltre 50 anni, con proprie maestranze e soggetta alle autonome imposizioni fiscali. Hanno due indirizzi e recapiti telefonici registrati su Consip, distinti e separati, ed i titolari risiedono in luoghi diversi»*. La ditta sottolineava pertanto come la relazione esistente non potesse ritenersi tale che l'offerta formulata dal concorrente potesse essere riconducibile sempre all'impresa Ruggiero Group s.r.l.;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

RITENUTO che il parere possa essere reso ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del Regolamento di precontenzioso;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 12 febbraio 2021, con nota prot. 12702;



VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità di un provvedimento di esclusione adottato nei confronti di un concorrente la cui offerta è stata ritenuta riconducibile ad un unico centro decisionale esistente con un operatore economico escluso dagli inviti alla procedura in applicazione del principio di rotazione;

CONSIDERATO il disposto dell'articolo 36 del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate, ivi compreso l'affidamento diretto, avvengono nel rispetto dei principi enunciati dagli articoli 30, comma 1, (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione), 34 (criteri di sostenibilità energetica e ambientale) e 42 (prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse) del d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO il contenuto dispositivo dell'articolo 80, comma 5, lettera m) del d.lgs. n. 50/2016 che stabilisce la causa di esclusione dell'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 l'Autorità nelle Linee Guida n. 4 di attuazione del d.lgs. n. 50/2016 (recanti "*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, aggiornate al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018 ed aggiornate con delibera del Consiglio n. 636 del 10 luglio 2019 al decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con legge 14 giugno n. 55, limitatamente ai punti 1.5, 2.2, 2.3 e 5.2.6) ha precisato, riferendosi al principio di rotazione, che esso si applica «con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. [...] In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m) del Codice dei contratti pubblici»;

RITENUTO che, relativamente all'applicazione di quanto disposto dalle Linee Guida n. 4, in merito al possibile verificarsi di fattispecie finalizzate ad aggirare il principio di rotazione, quali ad esempio la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m) del d.lgs. n. 50/2016,



l'accertamento di una tale circostanza debba tener conto dei principi interpretativi elaborati in merito alla fattispecie del collegamento sostanziale;

CONSIDERATO che, in merito alla fattispecie di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m), occorre preliminarmente evidenziare l'orientamento euro-unitario, espresso dalla Corte di giustizia con sentenza del 19 maggio 2009, resa nella causa C-538/07, con la quale, pronunciandosi sulla non conformità alle direttive comunitarie dell'abrogata previsione del d.lgs. n. 163/2006 (articolo 34) nella parte in cui vietava la partecipazione alle gare di imprese in rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., aveva statuito 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»; (cfr. ANAC, delibera n. 734 del 9 settembre 2020);

CONSIDERATA inoltre la *ratio* della disposizione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m) volta a scongiurare il rischio della vanificazione dei principi generali in tema di imparzialità e buona andamento dell'azione amministrativa, *par condicio*, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione, a causa di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese, siano tuttavia riconducibili ad un unico centro di interesse e quindi non caratterizzate dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 202, n.8407; sez. VI, 17 luglio 2020 n. 4627);

CONSIDERATO altresì che il consolidato orientamento giurisprudenziale ha sancito che l'onere della prova del collegamento tra imprese, ai fini dell'esclusione, ricade sulla stazione appaltante e deve 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» (cfr. TAR Lazio, 4 febbraio 2020 n. 1467, Consiglio di Stato, sez. V, 4 gennaio 2018 n. 58; ANAC delibera n. 734 del 9 settembre 2020);

CONSIDERATO che la giurisprudenza amministrativa ha inoltre chiarito come la sussistenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 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., TAR Sicilia, Catania, I, 5 maggio 2020 n. 950 ed ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. V, 4 gennaio 2018 n. 58; TAR Lazio, Roma, sez. III quater, 4 dicembre 2018 n. 11748; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 30 aprile 2018 n. 879; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 12 aprile 2018 n. 972); chiarendo altresì come 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 (Consiglio di Stato, sez. V, 7 agosto 2017, n. 3914; TAR Sardegna, sez. II, 4 dicembre 2019, n. 869; ANAC delibera n. 734 del 9 Settembre 2020);

RILEVATO dunque 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 e nella prassi dell’Autorità, 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; sez. III, 23 dicembre 2014 n. 6379; sez. V, 18 luglio 2012 n. 4189; delibera ANAC delibere n. 508 del 30 maggio 2018, n. 540 del 6 giugno 2018; n. 734 del 9 Settembre 2020);

CONSIDERATO che in ragione di tali presupposti è stato affermato che «la valutazione operata dalla stazione appaltante circa l’unicità del centro decisionale postula semplicemente l’astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non anche necessariamente che l’alterazione del confronto concorrenziale si sia effettivamente realizzata nel caso concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie di pericolo»: l’amministrazione deve pertanto dimostrare solo l’unicità del centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale, in ragione del fatto che la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce *ex se* elemento idoneo a violare i generali principi in tema di *par condicio*, segretezza e trasparenza delle offerte. La fattispecie del collegamento sostanziale fra concorrenti è infatti qualificabile come di pericolo presunto, in coerenza con la sua funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione e con la circostanza che la concreta alterazione degli esiti della selezione non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà, quali in particolare il numero delle partecipanti e l’entità dei ribassi (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2020, n.8407; 14 aprile 2020 n. 2426; 22 ottobre 2018 n. 6010; 16 febbraio 2017 n. 496; sez. III, 10 maggio 2017 n. 2173; 23 dicembre 2014 n. 6379);

CONSIDERATO che tali principi sono stati recentemente espressi anche nella delibera ANAC n. 734 del 9 settembre 2020;

RILEVATO che rientra nella esclusiva sfera di competenza della stazione appaltante procedere all’accertamento e alla valutazione in concreto della sussistenza di indici di collegamento tra le offerte presentate e che tale valutazione è sindacabile solo dal giudice amministrativo, se viziata da manifesta illogicità o travisamento dei fatti (cfr. ANAC, delibera n. 540 del 6 giugno 2018);

RITENUTO che tali paradigmi interpretativi siano applicabili anche a tutela del principio di rotazione degli inviti, come richiamato dalle Linee Guida n. 4;

RISCONTRATO che, nel caso di specie, l’eventuale verifica della sussistenza della riconducibilità ad unico centro decisionale dell’offerta presentata dalla Ruggiero Michele possa essere operata sulla base di



quegli elementi di fatto aventi natura formale, per come descritti dalle suesposte posizioni interpretative, e non anche quelli aventi natura sostanziale, non essendo possibile il confronto tra le offerte dei due operatori economici, non avendo la Ruggiero Group s.r.l. partecipato alla procedura;

RILEVATO altresì che nella controversia in questione il concorrente Ruggiero Michele, ammesso alla selezione in quanto non precedentemente invitato, potrebbe essere estromesso dalla procedura esclusivamente qualora i rapporti di parentela tra i titolari delle due imprese e la sussistenza di un rapporto di collaborazione tra di esse siano tali, sulla base di significative circostanze di fatto, da costituire quegli indici sintomatici rivelatori di una possibile presenza di un unico centro direzionale, astrattamente idonea ad alterare il confronto concorrenziale e la violazione del principio di rotazione o il suo aggiramento;

RISCONTRATO che nel caso di specie, dalle motivazioni riportate dall'amministrazione, non sembra essere stata considerata la ricorrenza di una pluralità di indici, legati da nesso oggettivo di gravità, precisione e concordanza tale da sostenere la correttezza dello strumento presuntivo, al fine di ritenerlo sufficiente a giustificare l'esclusione dalla gara;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che, ferma restando l'esclusiva competenza della stazione appaltante nel procedere all'accertamento e alla valutazione in concreto della sussistenza di indici di collegamento tra le offerte presentate, il provvedimento di esclusione adottato non sia adeguatamente supportato dalla ricorrenza di indici gravi, precisi e concordanti in ordine alla riconducibilità dell'offerta presentata dalla Ruggiero Michele ad un unico centro decisionale con la Ruggiero Group s.r.l., idonea a poter di fatto aggirare il principio di rotazione degli affidamenti.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 marzo 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente