



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1180 DEL 19 dicembre 2018

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 – istanza presentata dal Comune di Sangineto (CS) – Adesione dell'operatore economico MKE S.r.l. - Servizio di conduzione, manutenzione, controllo e custodia impianto di depurazione e stazioni di sollevamento – durata anni 2 rinnovabile di un ulteriore anno – S.A. Comune di Sangineto (CS) - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: euro 190.800,00

PREC 240/18/S

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 96393 del 23 novembre 2018, il Comune di Sangineto rappresenta che, a seguito di pubblicazione di avviso di manifestazione di interesse e conseguente ammissione di n. 10 ditte richiedenti, effettuava il sorteggio delle ditte da invitare alla procedura negoziata in oggetto e pervenivano, entro il termine del 2 febbraio 2018, le offerte delle imprese Soc. coop. Sociale ONLUS Multiservizi, risultata poi prima in graduatoria, e della MKE S.r.l., seconda classificata. In sede di verifica dell'anomalia, la Soc. coop. Sociale ONLUS Multiservizi produceva i giustificativi della propria offerta in data 24 febbraio 2018, seguiti da un'integrazione in data 20 aprile 2018, dalla quale emergeva che la società aveva nel frattempo variato la propria denominazione in Soc. coop. a r.l. Multiservizi. Veniva infatti prodotta relazione del MISE dalla quale si rilevava _____*OMISSIS*_____.

La S.A. chiede quindi, alla luce di tale modificazione societaria, se le giustificazioni prodotte dalla Soc. coop. a r.l. Multiservizi possano ritenersi ammissibili e valutabili, in considerazione del fatto che inizialmente esse erano state presentate dalla società in qualità di cooperativa sociale, e facevano quindi riferimento alle agevolazioni previste dalla legge in favore di tale tipo di cooperative. La S.A. osserva comunque che la gara in oggetto non era riservata alle sole cooperative sociali.

L'operatore economico MKE S.r.l., giunto secondo in graduatoria, nel manifestare adesione all'istanza di parere in qualità di soggetto interessato, con propria memoria evidenzia che la ditta Soc. coop. a r.l. Multiservizi non risulta iscritta all'Albo delle cooperative sociali e pertanto, a suo parere, essa non possiede il requisito di partecipazione che le consentirebbe di modulare la propria offerta in termini di maggiore convenienza economica grazie alle agevolazioni fiscali e contributive riservate a tale tipo di società. Ne chiede pertanto l'esclusione.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere in esame la S.A. chiede se le giustificazioni dell'offerta prodotte dalla Soc. coop. a r.l. Multiservizi possano ritenersi ammissibili e valutabili, in considerazione del fatto che inizialmente esse erano state presentate dalla società in qualità di cooperativa sociale, e tuttavia emergeva che la società aveva nel frattempo perduto il requisito legale della percentuale (30%) di inserimento di persone svantaggiate, e aveva quindi variato la propria denominazione in Soc. coop. a r.l. Multiservizi, con iscrizione all'Albo quale cooperativa a mutualità prevalente.

Preliminarmente occorre rammentare che la ratio del sub procedimento di verifica dell'anomalia è quella di accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della proposta contrattuale in maniera da evitare che l'appalto sia aggiudicato a prezzi eccessivamente bassi, tali da non garantire la qualità e la regolarità dell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento. Come costantemente affermato dalla giurisprudenza, nelle gare pubbliche il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta, oltre ad avere natura globale e sintetica sulla serietà della stessa nel suo complesso, costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (ex multis Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1541; Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2900; Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2017, n. 1465; v. anche pareri di precontenzioso n. 796 del 19 luglio 2017; n. 84 del 10 aprile 2014).

Nel caso di specie, si osserva che dal verbale _____ *OMISSIS* _____.

Emerge inoltre, dal verbale di audizione del concorrente in commissione di gara, che esso dichiarava di aver presentato domanda di partecipazione entro il previsto termine del 2 febbraio 2018 in qualità di cooperativa sociale in quanto non ancora cancellata dal relativo Albo, _____ *OMISSIS* _____.

Pur non essendo chiaro come mai, alla data del 24 febbraio 2018, i primi giustificativi prodotti facevano ancora riferimento alle agevolazioni fiscali e contributive proprie delle cooperative sociali di tipo b), tuttavia il concorrente dichiarava che l'analisi dei costi in essa contenuta non era influenzata dalle agevolazioni fiscali e contributive tipiche delle cooperative sociali. La stessa S.A. riferisce che la gara in oggetto non era riservata alle cooperative sociali.

Si evidenzia pertanto che è da ritenere ammissibile una modifica dell'organizzazione societaria del concorrente, purchè siano accertati i requisiti di partecipazione alla gara, in ossequio al principio della necessaria permanenza degli stessi.

Con particolare riferimento poi al sub-procedimento di giustificazione dell'offerta anomala, si rammenta che esso mira a verificare la serietà di un'offerta consapevolmente già formulata ed immutabile (Cons. Stato Sez. V, 31 agosto 2017, n. 4146; Sez. V, 23 giugno 2016, n. 2811; Sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676; Sez. V, 2 luglio 2012, n. 3850; Sez. VI, 7 febbraio 2012, n. 636). Tuttavia la giurisprudenza ritiene coerenti con lo scopo del giudizio di anomalia e con il rispetto dei principi di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

parità di trattamento e divieto di discriminazione una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni eventualmente già fornite), ovvero un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento in sopravvenienze di fatto o normative, che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili (T.A.R. Lombardia Milano Sez. IV, Sent. 1 giugno 2017, n. 1221 che richiama Cons. St. cit., n. 636/2012; id., 23 luglio 2012, n. 4206).

Si rammenta peraltro che, in caso di verifica di congruità con esito positivo, l'iter logico seguito è arguibile dal rinvio alle giustificazioni fornite dall'offerta sottoposta a verifica, ove queste siano a loro volta plausibili e documentate (Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 2008 n. 3406) e siano chiaramente condivise dall'amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2009 n. 2384). Ciò comunque «non libera l'amministrazione dall'obbligo di motivazione ex art. 3 l. n. 241/1990, dovendo essa illustrare, anche sinteticamente, le ragioni per le quali ritiene di condividere i chiarimenti forniti» (TAR Lazio Roma sez. I 16 novembre 2010 n. 33472).

Spetta pertanto alla S.A. valutare l'attendibilità dell'offerta presentata, in considerazione delle giustificazioni proposte alla luce della modifica societaria e delle agevolazioni di cui la società dichiara di poter usufruire in quanto cooperativa a mutualità prevalente, ferma restando l'immodificabilità dell'offerta stessa.

Premesso ciò, in ordine allo svolgimento della gara si osserva quanto segue.

La S.A. rappresenta di aver ammesso n. 10 manifestazioni di interesse e di aver proceduto al sorteggio al fine di individuare le imprese da invitare a presentare offerta, all'esito del quale essa riferisce che pervenivano i plichi delle due concorrenti ora in graduatoria. Emerge dagli atti del procedimento, inoltre, che la ditta Soc. coop. a r.l. Multiservizi, prima in graduatoria, «attualmente sta gestendo l'impianto dello stesso ente in quanto aggiudicataria della precedente gara», da cui lo stesso operatore dichiara di trarre «un innegabile vantaggio logistico e di operatività del personale addetto e dei mezzi».

Si ritiene in proposito di evidenziare che le Linee guida Anac n. 4, adottate con delibera n. 1097 del 20 ottobre 2016 e aggiornate con delibera n. 206 del 1 marzo 2018, dispongono chiaramente (punto 5.2.1 e segg.) che «Se non ritiene di poter invitare tutti gli operatori economici risultanti dall'indagine di mercato o presenti nell'elenco, la stazione appaltante deve indicare, nell'avviso, il numero massimo di operatori che selezionerà ai fini del successivo invito, e i relativi criteri, nel rispetto dei principi di cui al precedente periodo. [...] La stazione appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese [...]». Il principio di rotazione è ben delineato al punto 3.6 e 3.7 della delibera in parola, in particolare laddove essa precisa che «Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti [...]». Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto nei confronti del contraente uscente [...] Il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

fa sì che l'affidamento o il reinvio al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente».

Si rimettono pertanto alla S.A. le valutazioni di competenza, nel rispetto dei principi sopra esposti.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- è da ritenere ammissibile una modifica dell'organizzazione societaria del concorrente, purchè siano accertati i requisiti per la partecipazione alla gara. In sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, spetta alla S.A. valutare la serietà dell'offerta consapevolmente già formulata ed immutabile, in considerazione delle giustificazioni proposte;
- il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvio al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 gennaio 2019

Per il Segretario, Rosetta Greco