



DELIBERA N. 269

7 giugno 2022

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Easy Servizi S.r.l. – Tornata di gara con procedura aperta ex art. 123 e 60 d lgs 50/2016 per l'affidamento mediante lo strumento giuridico dell'accordo quadro da concludersi con un unico operatore economico dei servizi e dei lavori di ingegnerizzazione delle reti idriche urbane e lavori manutenzione straordinaria funzionali alla riduzione delle perdite nei comuni della cinque province calabresi superiori a 5000 abitanti e nei comuni della provincia di Cosenza serviti da acquedotto Abatemarco - Importo a base di gara: 19.900.000,00 € - S.A.: Regione Calabria

PREC 58/2022/S

Riferimenti normativi

Art. 51, comma 3, d.lgs. n. 50/2016

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

Parole chiave

Gara suddivisa in lotti – Vincolo di aggiudicazione – Offerte riconducibili ad un unico centro decisionale

Massima

Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Suddivisione in lotti – Controllo o collegamento sostanziale tra imprese – Vincolo di aggiudicazione – Si applica

Il vincolo di aggiudicazione che la stazione appaltante può prevedere in caso di gara suddivisa in lotti si applica anche nei confronti di operatori economici partecipanti a lotti diversi le cui offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale.

Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 7 giugno 2022

Vista l'istanza, acquisita al prot. n. 22131 del 24 marzo 2022, con la quale l'operatore economico Easy Servizi S.r.l. partecipante alla gara in epigrafe, ha contestato l'ammissione alla fase successiva della procedura di due operatori economici – 2FWater Venture S.r.l. e B.M. Tecnologie Industriali S.r.l. – in quanto asseritamente riferibili ad unico centro di potere/controllo, in violazione di quanto disposto dall'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016. Ad avviso dell'istante, sarebbero anche ravvisabili, a carico di entrambi, profili di falsa comunicazione nella compilazione del DGUE, per avere dichiarato di non trovarsi rispetto ad un altro



partecipante alla medesima procedura di affidamento in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, che comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 31 marzo 2022 con nota prot. n. 23782;

Vista la replica dei due operatori economici controinteressati (prot. n. 24891 del 4 aprile 2022 e n. 24920 del 5 aprile 2022) basata sulla circostanza, ritenuta dirimente, della rispettiva partecipazione a gare diverse, tra le sei bandite dalla Regione Calabria con la stessa "tornata di gara" indetta con il bando in esame. La presenza di sei distinte procedure di affidamento, che danno luogo alla stipula di sei differenti contratti, e non di una singola gara, determinerebbe, secondo consolidata giurisprudenza, l'inapplicabilità della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016 rispetto ad offerte presentate per lotti distinti da imprese riconducibili ad un unico centro decisionale. Entrambi gli operatori economici hanno anche rilevato che, sempre secondo la prevalente giurisprudenza, la causa di esclusione in discorso non troverebbe applicazione neppure in presenza di clausole del bando che non consentono l'aggiudicazione di uno o più lotti allo stesso concorrente, in quanto la mancata autonomia nella formulazione delle offerte può assumere rilievo, ai fini concorrenziali, solo nelle ipotesi in cui le offerte provenienti da un unico centro decisionale siano volte ad ottenere l'aggiudicazione della medesima gara;

Vista la documentazione versata in atti anche dalla stazione appaltante con nota prot. n. 24891 del 4 aprile 2022;

Visto che, come rappresentato dall'istante, dalle visure camerali di 2FWater Venture S.r.l. e B.M. Tecnologie Industriali S.r.l., emerge che la stessa persona fisica ricopre sia il ruolo di amministratore unico, legale rappresentante nonché socio al 97% della prima, che quello di amministratore delegato, legale rappresentante e socio al 44,64% della seconda;

Visto che la procedura in esame si caratterizza per essere, secondo la definizione del disciplinare, una "tornata di gara" con procedura aperta finalizzata all'affidamento di sei accordi quadro da concludersi con un unico operatore economico ex art. 54, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, aventi ad oggetto servizi e lavori per la manutenzione straordinaria delle reti idriche urbane. Le sei "gare", ciascuna caratterizzata da un proprio numero di CIG e CUP, si distinguono sotto il profilo territoriale per il diverso bacino di utenza delle reti idriche oggetto di manutenzione (le cinque province calabresi superiori a 5.000 abitanti e i Comuni della Provincia di Cosenza serviti dallo Schema Acquedottistico Abatemarco). La legge di gara prescrive che il concorrente, singolo o in forma riunita/consorzata, che intenda concorrere a più gare, non potrà conseguire l'aggiudicazione di più di una gara, da individuarsi prendendo in considerazione la gara di importo a base d'asta più elevato;

Visto che 2FWater Venture S.r.l., in qualità di mandataria di un costituendo RTI, ha presentato offerta per la gara n. 3, avente ad oggetto lo svolgimento dei servizi e lavori di manutenzione straordinaria nei Comuni della Provincia di Cosenza serviti dall'Acquedotto Abatemarco, e B.M. Tecnologie Industriali S.r.l., in qualità di mandataria di altro costituendo RTI, ha presentato offerta per la gara n. 1, avente ad oggetto lo svolgimento degli stessi servizi e lavori nei Comuni della Provincia di Cosenza diversi dai precedenti;

Considerato che l'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016 - ai sensi del quale le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alle gare l'operatore economico che si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo ex art. 2359 c.c. 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 - secondo la consolidata interpretazione del giudice amministrativo, trova applicazione nel caso in cui i concorrenti hanno presentato offerta nella stessa gara finalizzata all'affidamento di un unico contratto, mentre non comporta l'esclusione dalla gara, pur in presenza di una situazione di



collegamento, quando le offerte sono state presentate per lotti diversi e dunque i concorrenti non hanno partecipato alla medesima gara, da intendersi come medesimo lotto (cfr. TAR Campania Napoli, sez. II, 7.05.2019, n. 2604 e nello stesso senso *ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. V, n. 3241/2015). Notoriamente, alla base di detta opzione ermeneutica vi è la *ratio* della norma, individuata nella garanzia della regolarità della competizione selettiva dell'affidatario di un determinato appalto. La necessità di assicurare il confronto concorrenziale e scongiurare il pericolo di condizionamento dell'esito della gara, che deriverebbe da un previo accordo in spregio al principio della segretezza delle offerte, presuppone, ai fini dell'applicazione della clausola escludente, l'identità della graduatoria di riferimento (Cfr. Consiglio di Stato, V, n. 2350/2021);

Considerato che, con la procedura in esame, la stazione appaltante ha inteso bandire con un unico atto sei gare - denominandole propriamente tali - finalizzate alla formazione di sei graduatorie e alla stipula di sei accordi quadro (Cfr. disciplinare, par. 7.2 OPERAZIONI DI GARA), aventi ciascuno un diverso luogo di esecuzione, e ha previsto la possibilità per lo stesso concorrente, purché nella medesima forma (singola o associata), di partecipare anche a tutte le gare. La procedura così suddivisa non presenta il carattere unitario dell'unica gara ma si configura piuttosto come un insieme di gare contestuali, ciascuna delle quali si conclude con una differente aggiudicazione;

Ritenuto che dal carattere plurimo della procedura discende, alla luce delle coordinate ermeneutiche sopra delineate, l'irrelevanza, a fini escludenti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016, dell'eventuale situazione di collegamento tra le due imprese, avendo le stesse partecipato a gare diverse. Del pari, per lo stesso motivo, non sono configurabili profili di falsa comunicazione nelle dichiarazioni rese nei rispettivi DGUE in tanto in quanto riferite alla partecipazione alla singola "gara" e non alla procedura nel suo complesso;

Considerato tuttavia che il disciplinare di gara prevede altresì il cosiddetto "vincolo di aggiudicazione", ovvero un limite alla possibilità di aggiudicare più affidamenti al concorrente che ha partecipato a più gare. La prescrizione della *lex specialis* - che, nel caso di specie, non consente l'aggiudicazione di più di una gara allo stesso concorrente - è applicativa dell'art. 51, comma 3, d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale la stazione appaltante può, anche ove esiste la possibilità di presentare offerta per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero massimo di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente;

Considerato che, quanto alla rilevanza, in presenza del vincolo di aggiudicazione, di un collegamento societario tra i partecipanti a diversi lotti, la giurisprudenza si è espressa in modo non uniforme. Non si ignora l'orientamento, cui fanno riferimento gli operatori economici controinteressati, secondo il quale il vincolo di aggiudicazione non preclude l'aggiudicazione di più lotti a operatori economici facenti parte del medesimo gruppo imprenditoriale. Tale approccio ermeneutico si basa sull'insuscettibilità di applicazione analogica della norma di divieto di aggiudicazione, formulata dalla legge di gara nei confronti dello stesso offerente, nonché sulla *ratio* della disposizione, identificata nella finalità di evitare in capo al medesimo soggetto, e dunque alla medesima organizzazione aziendale, il sovraccarico derivante dallo svolgimento contemporaneo di più servizi in ambiti territoriale diversi (Consiglio di Stato, V, n. 1973/2017). Di contro, altre pronunce, più recentemente, hanno accolto una diversa prospettiva, originante dall'individuazione della *ratio* della norma nella finalità proconcorrenziale, rafforzativa della suddivisione in lotti, di favorire la distribuzione degli affidamenti tra il maggior numero possibile di operatori economici per incentivare la concorrenza sul mercato e ridurre l'eventualità di situazioni di monopolio od oligopolio o concentrazioni di potere economico imputabili ad un unico centro di interesse (Consiglio di Stato, III, n. 518/2021). Tenuto conto di questa finalità, la giurisprudenza è giunta ad attribuire rilevanza, ai fini dell'applicazione del vincolo di aggiudicazione, alla partecipazione a più lotti dello stesso operatore economico insieme ad un altro operatore, nello stesso RTI ma con ruolo scambievole a seconda dei lotti (ora mandante ora mandatario), ritenendo che si tratti di una forma di elusione del vincolo, poiché, al di là del flessibile schermo giuridico della diversa composizione degli RTI, vi è una medesima realtà imprenditoriale riconducibile ad un unico centro di imputazione di interessi (Consiglio di Stato, III, n. 518/2021). Muovendosi sullo stesso piano, e ispirato ad una logica sostanzialistica, il giudice



amministrativo è giunto anche a ritenere corretto che il limite massimo dei lotti aggiudicabili sia riferito, estensivamente, agli operatori economici sostanzialmente riconducibili ad un unitario centro decisionale o ad una organizzazione economica operante, a guisa di grande player di mercato, in forma di holding. Tale opzione ermeneutica non si fonda sul ragionamento analogico ma sulla nozione estensiva di "operatore economico", ritenuta possibile in quanto riferita ad una regola – il vincolo di aggiudicazione – che non preclude la competizione, ma che opera in funzione propriamente distributiva e *antitrust* e che dunque, a differenza di quelle limitative della partecipazione, non può ritenersi di carattere eccezionale. Ne discende, secondo il Consiglio di Stato, che «*nel caso in cui sia limitato "il numero di lotti che possono essere aggiudicati ad un solo offerente" (art. 51, comma 3) – l'offerta imputabile ad un unico centro decisionale debba essere parimenti considerata unica, in quanto imputabile ad un "solo offerente" sostanziale*» (Consiglio di Stato, V, n. 6481/2021; nello stesso senso anche TAR Abruzzo, Pescara, n. 44/2022);

Ritenuto che quest'ultimo approccio ermeneutico - formulato dal Consiglio di Stato con l'intento di rimediare la precedente tesi restrittiva giudicata «*di impronta formalistica*» - abbia il pregio di scongiurare forme di elusione del vincolo di aggiudicazione e di rendere effettiva la distribuzione delle commesse tra differenti operatori economici, secondo l'intenzione che la stazione appaltante ha manifestato nel momento in cui ha deciso di avvalersi della facoltà di cui all'art. 51, comma 3, nell'interesse delle piccole e medie imprese;

Ritenuto che, nel caso di specie, alla luce di quanto sopra, è da ritenersi preclusa, in forza del vincolo di aggiudicazione previsto dalla *lex specialis* di gara, l'aggiudicazione di più di una gara ad imprese riconducibili ad un unitario centro decisionale, in quanto da considerare «*un solo offerente sostanziale*»;

Considerato che il divieto di aggiudicazione è operante, a seconda del risultato della selezione, solo all'esito della procedura, e sul presupposto dell'avvenuto accertamento, da parte della stazione appaltante, della sussistenza di una situazione di controllo o una relazione anche di fatto che comporti l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale;

Considerato che l'accertamento dell'unicità del centro decisionale, secondo i seguenti consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza, grava sulla stazione appaltante e deve essere svolto su una pluralità di elementi indiziari gravi, precisi e concordanti. 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 essenziale 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" (Delibera ANAC n. 734/2020). Ai fini di tale accertamento, la stazione appaltante può attivare un apposito subprocedimento di verifica in contraddittorio con le concorrenti interessate (Delibera ANAC n. 1080/2017). Ciò che deve essere provato è l'unicità del centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale, in quanto 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 (Cons Stato, sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189). La giurisprudenza e l'Autorità hanno identificato una serie di indici idonei a fare presumere l'esistenza di un collegamento sostanziale, ovvero l'unicità del centro decisionale, individuandoli nell'intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, nella contiguità di sede, nelle utenze in comune (indici soggettivi), oppure, anche in aggiunta, nella identità delle modalità formali di redazione delle offerte, nelle strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi, oppure nelle significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte (indici oggettivi). 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 ANAC n. 1/2010 e n. 1/2012; TAR Sardegna, Sez. I, 27 febbraio 2018 n. 163; Delibera ANAC n. 262 del 30 marzo 2021; Delibera ANAC n. 734 del 9 settembre 2020);



Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- non applicabile la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016 ai due operatori economici 2FWater Venture S.r.l e B.M. Tecnologie Industriali S.r.l., avendo gli stessi partecipato a "gare" diverse;
- applicabile il vincolo di aggiudicazione previsto dalla *lex specialis* di gara ai medesimi due operatori economici qualora sia accertato che le rispettive offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale;
- spettante alla stazione appaltante l'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 giugno 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci