



DELIBERA N. 662

28 settembre 2021.

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da ASAR Costruzioni S.r.l. e E.A.R. Teatro di Messina – Procedura negoziata senza bando, ai sensi dell’art. 63 del D.Lgs. 50/2016 e disposizioni derogatorie D.L. 76/2020 convertito con modificazioni n. 120/2020, secondo il criterio del prezzo più basso, all’affidamento dei lavori denominati “Interventi di restauro, adeguamento tecnologico e riqualificazione del Teatro Vittorio Emanuele” - Importo a base di gara: Euro 195.701,51 -S.A.: E.A.R. Teatro di Messina.

PREC 181/2021/L

Riferimenti normativi

Artt. 80, comma 5, lett. m), e 83 del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Situazione di controllo o collegamento tra imprese, soccorso istruttorio.

Massima

Dichiarazione di controllo o collegamento tra imprese – verifica da parte della stazione appaltante.

L’esclusione da una procedura di gara, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. m) del Codice, può essere considerata legittima solo nel caso in cui la stazione appaltante abbia verificato e dimostrato l’esistenza di un unico centro decisionale tra più concorrenti. Di contro, non può essere la sola dichiarazione dell’operatore di trovarsi, rispetto ad altro partecipante alla procedura, in una situazione di controllo di cui all’art. 2359 c.c. ovvero di cd. collegamento sostanziale a determinare l’automatica esclusione dalla gara.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 28 settembre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza congiunta acquisita al prot. gen. ANAC n. 60651 del 5 agosto 2021, con la quale l'E.A.R. – Ente Autonomo Regionale Teatro di Messina e l'impresa ASAR Costruzioni S.r.l. hanno chiesto all'Autorità se è legittimo procedere al soccorso istruttorio per chiarire, integrare e/o modificare una dichiarazione resa in fase in gara a pena di esclusione (relativamente all'insussistenza di una situazione di controllo o collegamento tra imprese), e se l'attivazione del procedimento di soccorso istruttorio sia doveroso anche nell'ipotesi in cui il suo esito non possa alterare la graduatoria della procedura di gara;

RILEVATO che le parti hanno esposto che la società ASAR Costruzioni S.r.l. è stata esclusa dalla gara in quanto, all'interno dell'offerta economica (presentata sul MEPA), la società ha dichiarato che *"L'operatore economico si trova rispetto ad altro partecipante alla presente procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, che comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale"*; ciò, nonostante in sede di DGUE e di domanda di partecipazione alla gara, la stessa società avesse reso una dichiarazione di segno opposto. In particolare, la Commissione giudicatrice ha ritenuto di dovere procedere all'immediata esclusione dell'operatore, a fronte dell'asserita impossibilità di procedere al soccorso istruttorio in sede di esame delle dichiarazioni relative all'offerta economica (cfr. verbale di gara n. 11 del 2.07.2021), aggiungendo (in sede di istanza di precontenzioso) che la riammissione di tale ditta non inciderebbe sulla graduatoria e, dunque, non sortirebbe alcun effetto utile per l'operatore;

VISTE le note di integrazione documentale (prot. n. 60656 del 5 agosto 2021 e prot. n. 63401 del 30 agosto 2021) e la relativa documentazione trasmessa dalla stazione appaltante;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 64741 del 6 settembre 2021;

VISTA la documentazione in atti;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m) del D.lgs. n. 50/2016 le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura di gara *"l'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"*. Tale previsione (che non origina dalle direttive europee) è volta ad evitare situazioni distorsive della concorrenza *"mediante l'esclusione dalla gara di offerte, che, in quanto provenienti da imprese tra loro collegate, risultino presumibilmente frutto di accordi tesi ad influenzarne il risultato"* (Cons. St., sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6469). La *ratio* è dunque riconducibile ai principi di segretezza e serietà delle offerte e di leale ed effettiva competizione (Cons. di Stato, sez. V, 1 agosto 2015 n. 3768; TRGA Trentino Alto Adige, Trento, 26 aprile 2017 n. 142). In altri termini, *"va assicurata l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara e, in particolare, la par condicio fra tutti i concorrenti, nonché la serietà, completezza, completezza ed indipendenza delle offerte, evitando che, attraverso meccanismi di influenza societari (...) possa essere alterata la competizione, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del giusto contraente"* (TAR Basilicata, 28 settembre 2017, n. 614);

RILEVATO che, con riferimento al motivo di esclusione in esame, la giurisprudenza ha affermato i seguenti consolidati principi: *1) la ricorrenza di una situazione riconducibile alla richiamata previsione non*



comporta l'esclusione automatica dalla gara, ma la stazione appaltante è tenuta a verificare se in concreto sussista un condizionamento di un operatore economico su un altro nella formulazione delle offerte in gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2020, n. 2426; Id., sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 462; Corte di Giustizia CE, sez. IV, 19 maggio 2009, in C-538/07 secondo cui *"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"*); ii) l'accertamento dell'unicità del centro decisionale cui sono riconducibili le offerte grava sulla stazione appaltante e deve essere svolto su una pluralità di elementi indiziari gravi, precisi e concordanti; iii) 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); iv) 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 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 che si attua mediante le procedure ad evidenza pubblica; v) 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);

RITENUTO che dai principi sopra riportati si desume che l'esclusione dalla procedura, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m) del Codice, può essere considerata legittima solo nel caso in cui la stazione appaltante abbia verificato e dimostrato l'esistenza di un unico centro decisionale tra più concorrenti. Di contro, non può essere la sola dichiarazione dell'operatore di trovarsi, rispetto ad altro partecipante alla procedura, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. ovvero di cd. collegamento sostanziale a determinare l'automatica esclusione dalla gara;

RILEVATO, peraltro, che, nel caso in esame, il legale rappresentante di ASAR Costruzioni S.r.l. ha dichiarato, sia in sede di domanda di partecipazione alla gara che di DGUE, di non trovarsi, rispetto ad altro partecipante alla procedura, in una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. o in altra situazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) del Codice;



RITENUTO, dunque, il provvedimento di esclusione di ASAR Costruzioni S.r.l. non sia legittimo, in quanto la stazione appaltante (prendendo per buona solo la dichiarazione contenuta all'interno dell'offerta economica e non considerando né la domanda di partecipazione alla gara né il DGUE) non ha svolto alcuna verifica circa l'esistenza di un unico centro decisionale, né ha indicato quale fosse l'operatore economico "collegato" alla ditta ASAR;

RITENUTO che, nella situazione in esame, la stazione appaltante non avrebbe dovuto procedere neppure all'attivazione del sub-procedimento di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del Codice (non venendo in rilievo una ipotesi di dichiarazione mancante o incompleta), ma al più avrebbe dovuto chiedere alla ditta un chiarimento circa la dichiarazione inserita in seno all'offerta economica;

TENUTO CONTO che, sul punto, la ditta ha affermato che la dichiarazione inserita all'interno dell'offerta economica era stata generata automaticamente dal sistema telematico e che, sotto tale aspetto, non è stata smentita dalla stazione appaltante;

CONSIDERATO, in ogni caso, in risposta al quesito rivolto dalle parti istanti, che l'attivazione del meccanismo di soccorso istruttorio è doverosa anche in caso di omissione o incompletezza di una dichiarazione richiesta dalla *lex specialis* a pena di esclusione. Come chiarito dall'Autorità nella Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, il procedimento di soccorso istruttorio ha operato un'inversione radicale di principio rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 46 del d.lgs. 163/2006 (prima della modifica apportata dall'art. 39 del d.l. n. 90/2014), in base alla quale è divenuta generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara. Il regime così introdotto è espressivo dei principi del *favor participationis* – in quanto evita l'applicazione di misure espulsive nei confronti delle imprese fondate su vizi e omissioni di carattere formale – e del buon andamento dell'amministrazione, dato che l'ampliamento della platea delle offerte è funzionale all'elevazione dei livelli qualitativi e all'incremento dei risparmi di spesa;

CONSIDERATO, come più volte osservato dall'Autorità (Delibera n. 578/2020 cit., nonché Delibera n. 830 del 18 settembre 2019), che il meccanismo del soccorso istruttorio opera uno spostamento dell'operatività delle cause di esclusione "a valle" dell'attivazione del procedimento di regolarizzazione documentale o dichiarativa. Infatti, laddove vi sia una omissione, incompletezza o irregolarità della domanda di partecipazione alla gara, del DGUE o di un suo elemento essenziale, la stazione appaltante non potrà procedere direttamente all'esclusione del concorrente, ma dovrà precedentemente avviare il procedimento di soccorso istruttorio per consentire all'operatore di integrare la documentazione o la documentazione carente;

CONSIDERATO, inoltre, che l'attivazione del soccorso è legittima anche dopo la fase di esame della documentazione amministrativa, finanche dopo l'aggiudicazione definitiva (Delibera ANAC n. 50 del 1 febbraio 2017; Id., n. 578 del 1 luglio 2020);

CONSIDERATO, infine, in relazione all'inutilità dell'attivazione del soccorso istruttorio nel caso in cui il suo esito non possa alterare la graduatoria di gara, che è dirimente evidenziare che, nel caso di specie, la stazione appaltante non ha dimostrato che la società ASAR Costruzioni S.r.l. non vanta alcun interesse alla riammissione alla gara. In particolare, l'E.A.R. Teatro di Messina non ha dimostrato che all'esito del procedimento in contraddittorio di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) risulterebbe l'esistenza di un unico centro decisionale con altro operatore; non ha parimenti dimostrato che, in seno a tale sub-



procedimento, le osservazioni fornite dall'operatore sarebbero ininfluenti per alterare il contenuto dispositivo del provvedimento di esclusione dalla gara; inoltre, non ha dimostrato che la ditta ASAR non potrebbe, per altri motivi di esclusione, essere riammessa nella graduatoria finale della procedura di gara (riammissione rispetto alla quale non può negarsi comunque la sussistenza di un interesse).

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore, in quanto, per potere legittimamente escludere un operatore economico da una gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m) del Codice, la stazione appaltante non può basarsi sulla sola dichiarazione resa dall'operatore in seno all'offerta economica, ma è tenuta a verificare l'esistenza di un unico centro decisionale.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 ottobre 2021

Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco

(*atto firmato digitalmente*)