



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 80 DEL 3 febbraio 2016

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dalla impresa N.T. Costruzioni S.r.l. – Procedura ristretta per l'affidamento dell'appalto di lavori pubblici di efficientamento energetico e messa in sicurezza nel Comune di Napoli Rione ex ISES, sub-lotto 10A. Importo a base di gara euro: 14.441.243,04. S.A.: IACP di Napoli.

PREC 164/15/L

Requisiti generali – Rapporti di controllo e collegamento sostanziale tra imprese concorrenti – modalità di accertamento.

Può pervenirsi all'esclusione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera m-quater d.lgs. 163/2006 soltanto laddove la stazione appaltante verifichi, in concreto, la sussistenza di una relazione di controllo e la creazione di un unico centro decisionale per la formulazione delle offerte economiche nella specifica gara.

Art. 38, comma 1, lett. m-quater) d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 52191 del 28.4.2015 presentata dalla N.T. Costruzioni S.r.l. relativamente alla procedura ristretta per l'affidamento dell'appalto di lavori pubblici di efficientamento energetico e messa in sicurezza nel Comune di Napoli Rione ex ISES, sub-lotto 10A;

VISTA in particolare, la doglianza sollevata in ordine alla presunta illegittima aggiudicazione della procedura *de qua* in favore della Società Cooperativa La Favorita 81 in quanto la medesima risulta aver partecipato ad altra gara per il lotto 17A nella quale risulterebbe sussistere un collegamento tra questa e la concorrente impresa Palumbo Costruzioni S.r.l. Sostiene, pertanto l'istante che accertato il suddetto collegamento, la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere entrambe le partecipanti sopra indicate e procedere con l'aggiudicazione nei propri confronti con riferimento alla procedura sub-lotto 10A;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 15.7.2015;

VISTA la memoria del 20.7.2015 inoltrata dalla IACP di Napoli con la quale ribadisce la correttezza del proprio operato in conformità al quadro normativo di riferimento nonché alle prescrizioni contenute nella *lex specialis*. Evidenzia, altresì, che nel caso di specie le contestazioni mosse dall'impresa istante circa la sussistenza di un collegamento sostanziale tra le imprese concorrenti (La Favorita 81 Soc. coop. e la Palumbo Costruzioni S.r.l.) alla procedura di gara relativa al lotto 17A, appaiono pretestuose e del tutto infondate. Rappresenta, infatti la stazione appaltante che non è stato rinvenuto alcun elemento (con riferimento ai dati indicati dalla NT Costruzioni S.r.l. circa la sede legale, i rapporti di parentela tra legali rappresentanti, la modalità di consegna dei plichi contenenti le relative offerte e la polizza fideiussoria



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

presentata dalle due concorrenti) che potesse dimostrare che le due offerte fossero riconducibili a un unico centro decisionale. Infine, sottolinea che, anche qualora fosse stata accertata siffatta circostanza, l'esclusione avrebbe potuto riguardare il solo lotto 17° per il quale hanno concorso entrambe le imprese e non anche per il sub-lotto 10°, per il quale risulta aver parte la sola Soc. Coop. La Favorita 81;

VISTE le osservazioni formulate in data 4.8.2015 dalla Società controinteressata La Favorita 81 mediante le quali contesta le censure avanzate da parte istante evidenziando l'insussistenza di alcun legame tra le imprese in questione;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del d.lgs. 163/2006;

CONSIDERATO in generale che l'art. 38, comma 1, lettera m-quater) d.lgs. 163/2006 prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi e non possono essere affidatari di subappalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che si trovino, 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;

TENUTO CONTO del principio definito secondo il quale può pervenirsi all'esclusione ai sensi della sopra citata norma soltanto laddove la stazione appaltante verifichi, in concreto, la sussistenza di una relazione di controllo e la creazione di un unico centro decisionale per la formulazione delle offerte economiche nella specifica gara. Infatti, la norma, come è noto, è stata modificata con il decreto legge n. 135 del 2009, recependo l'interpretazione del giudice comunitario (cfr. Corte Giust. CE 19 maggio 2009, C-538/07, Assitur) che ha ritenuto non conforme alle direttive sugli appalti una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, stabilisca il divieto assoluto di partecipazione alla medesima gara per le imprese in rapporto di controllo o collegamento, senza che sia loro consentito di dimostrare che il rapporto non ha influito sul concreto comportamento in sede di gara (in tal senso parere di precontenzioso n. 06 del 16 gennaio 2014);

CONSIDERATO che la stazione appaltante può escludere i concorrenti soltanto ove accerti, dopo l'apertura dell'offerta economica e previo contraddittorio con gli interessati, l'imputabilità di più offerte allo stesso centro decisionale, sulla base di univoci elementi indiziari (si veda, in argomento: parere 5 novembre 2009 AG-31/09 e quanto precisato al punto 16) Rapporti di controllo e collegamento sostanziale tra imprese, della determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010- Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi);

RILEVATO che la norma in questione esclude ogni automatismo e postula l'apprezzamento discrezionale da parte della amministrazione aggiudicatrice nell'accertare in concreto, sulla base di elementi univoci, la violazione della previsione contenuta all'art. 38, comma 1, lettera m-quater) d.lgs. 163/2006, con conseguente applicazione della sanzione espulsiva ivi prevista;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che può pervenirsi all'esclusione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera m-quater d.lgs. 163/2006 soltanto laddove la stazione appaltante verifichi, in concreto, la sussistenza di una relazione di controllo e la creazione di un unico centro decisionale per la formulazione delle offerte economiche nella specifica gara.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 febbraio 2016

Il segretario Maria Esposito