



DELIBERA N. 215

23 aprile 2024

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata dalla SUA Provincia di Benevento – Affidamento [...OMISSIS...]- S.A.: SUA Provincia di Benevento.

UPREC-PRE-0084-2024-L-PREC

Riferimenti normativi

Art. 95, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 36/2023

Parole chiave

Imputazione delle offerte ad un unico centro decisionale – Modalità e limiti di applicazione della causa di esclusione ex art. 95, comma 1, lett. d) del Codice.

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Gara telematica – Cause di esclusione non automatica – Imputazione dell'offerta ad un unico centro decisionale – Modalità e limiti applicativi – Errore imputabile ad un professionista esterno incaricato da due società distinte – Insussistenza della causa di esclusione ex art. 95, comma 1, lett. d) del Codice.

Non si può considerare integrata la causa di esclusione di cui all'art. 95, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 36/2023 nell'ipotesi in cui un professionista esterno sia stato incaricato da più società di predisporre i documenti di gara e di caricare l'offerta sulla piattaforma telematica di gestione della procedura e per mero errore abbia caricato a sistema due o più buste virtuali dell'offerta economica di identico contenuto, ovvero formalmente e sostanzialmente riferibili all'offerta di una sola società partecipante (firmate dallo stesso rappresentante legale e con l'indicazione del medesimo ribasso percentuale).



nell'adunanza del 23 aprile 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0039116 del 25.3.2024, con la quale la SUA Provincia di Benevento chiede parere all'Autorità relativamente alla possibilità di accogliere la richiesta della società [OMISSIS] di essere riammessa in gara con eventuale, conseguente, rideterminazione della soglia di anomalia ed approvazione di una nuova graduatoria;

CONSIDERATO, più nel dettaglio, che la società [OMISSIS] è stata esclusa dalla gara in oggetto ai sensi dell'art. 95, comma 1, lett. d) del Codice (sussistenza di *"rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara"*), in quanto nel corso della procedura è emerso che un diverso concorrente ha depositato il medesimo modello dell'offerta economica riferito alla società "[OMISSIS]", ovvero sottoscritta dal medesimo rappresentante legale e contenente la medesima offerta economica;

CONSIDERATO che a seguito dell'esclusione dalla gara disposta dalla Stazione appaltante la società [OMISSIS] precisava, a giustificazione dell'accaduto, che il problema si era verificato a causa di un errore commesso dal professionista esterno alla società, incaricato della predisposizione dell'offerta e del suo caricamento sul portale di gestione della gara, il quale – evidentemente svolgendo la medesima attività per altra società partecipante alla medesima procedura – aveva presentato per entrambi gli operatori economici esclusi la medesima offerta economica (specificamente, quella della Partenio Costruzioni), facendo erroneamente supporre l'esistenza di offerte imputabili ad un unico centro decisionale ai sensi dell'art. 95, comma 1, lett. d) sopra citato;

CONSIDERATO, quindi, che la Stazione appaltante chiede all'Autorità *«se sia conforme alla normativa vigente l'esclusione della società [OMISSIS] da parte della Stazione Unica Appaltante della Provincia di Benevento ai sensi dell'art. 95, comma 1, lettera d) del D.lgs. n. 36 del 2023, nonché la possibile adozione da parte della Stazione Appaltante dei provvedimenti consequenziali di legge, alla luce di quanto dichiarato dalle imprese alla richiesta di chiarimenti»*;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 26.3.2024;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che secondo la giurisprudenza formatasi nel vigore del previgente Codice, ma che può essere considerata ancora attuale stante la sostanziale analogia tra la previsione di cui all'art. 95, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 36/2023 con quella di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) del d.lgs. n. 50/2016, ai fini dell'integrazione della causa di esclusione in discussione *«occorre adottare un approccio "gradualista e progressivo" che passa attraverso il seguente sviluppo istruttorio: "a) la verifica della sussistenza di una situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ.; b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un "unico centro decisionale" da effettuare ab externo e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto*



delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale» (T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, Sent., 22 maggio 2023, n. 8633 e sentenze ivi richiamate). Inoltre «non può prescindere dalla rilevazione di significativi elementi indiziari che consentano di ravvisare la sussistenza dell'unico centro decisionale. In tale prospettiva, se non occorre la dimostrazione dell'effettivo coordinamento fra le concorrenti, né delle conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene (Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2022, n. 3440; 7 gennaio 2022, n. 48; 5 agosto 2021, n. 5778; 15 aprile 2020, n. 2426), nondimeno è imprescindibile il riscontro di indizi gravi, precisi e concordanti in grado di dimostrare in termini presuntivi ex art. 2727 Cod. civ. la sussistenza dell'unicità del centro decisionale» (Cons. Stato, n. 3440/2022 cit.; n. 2426/2020 cit.)" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1 luglio 2022, n. 5499). È stato in particolare rilevato che il fatto che ad una gara per la fornitura di prodotti partecipino sia il produttore sia il rivenditore/distributore, e quindi operatori economici legati da rapporti commerciali di fornitura e/o rivendita/distribuzione, non costituisce di per sé un indice sintomatico dell'imputabilità delle offerte delle predette società ad un unico centro decisionale (T.A.R. Lazio n. 8633/2023 cit.)» (così Delibera Anac n. 557 del 29 novembre 2023);

RILEVATO che la circostanza che l'offerta economica formulata dalla società [OMISSIS] risulti formalmente presentata non solo, ovviamente, da quest'ultima, ma anche da altra distinta società partecipante alla gara in esame è circostanza oggettiva non smentita dagli operatori economici interessati;

RILEVATO che la [OMISSIS], che in ogni caso non sarebbe risultata aggiudicataria della gara, contesta quindi l'esclusione non per contrastare la legittimità della graduatoria finale e la conseguente aggiudicazione, quanto piuttosto per scongiurare le conseguenze che la legge riconnette all'esclusione in questione, ossia la segnalazione all'Autorità per l'adozione degli eventuali provvedimenti di competenza;

RITENUTO che, considerati i fatti e le circostanze peculiari che hanno dato origine alla causa di esclusione rilevata dalla Stazione appaltante, appare condivisibile quanto sostenuto dal Tar Lazio (sez. III, sent. n. 2819/2023) in occasione di un caso analogo a quello in esame (confezionamento di due offerte simili da parte di due distinti oo.aa. che si erano avvalsi del medesimo consulente esterno per la progettazione delle rispettive offerte tecniche), secondo il quale «*nella fattispecie all'esame non ricorre alcuna delle suindicate circostanze indizianti e tenuto nel debito conto il fatto che la ricorrente aveva idoneamente rappresentato nel corso del procedimento la ragione per cui la sua offerta tecnica era simile a quella dell'altra impresa esclusa, indicandola nella circostanza che l'elaborazione di essa era stata affidata – inconsapevolmente – al medesimo professionista; ritenuto pertanto che nella fattispecie non emerge quella situazione di collegamento sostanziale e di unicità di centro decisionale che la norma di cui all'art. 80, co. 5, lett. m.), d.lgs. n. 50/2016 è preordinata a scongiurare stabilendo che l'amministrazione appaltante esclude dalla gara un operatore economico che versi "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"*»;

RITENUTO dunque di poter escludere il ricorrere della fattispecie di cui all'art. 95, comma 1, lett. d) del Codice e ritenuto, altresì, di poter escludere la sussistenza, evidentemente, tanto dell'elemento psicologico del dolo quanto quello della colpa grave con riferimento ad un ipotetico mancato controllo sull'attività posta in essere dal professionista incaricato, in quanto non pare potersi addebitare alla società interessata la violazione di alcun particolare dovere di diligenza professionale, non essendo obiettivamente esigibile l'adozione di particolari cautele contrattuali né comportamentali in grado di eliminare o, quantomeno, attenuare il rischio delle conseguenze negative derivanti dall'attività professionale del consulente esterno incaricato di predisporre la documentazione amministrativa e l'offerta economica: quest'ultimo, infatti, appare essere l'unico responsabile dell'accaduto in quanto unico soggetto effettivamente a conoscenza della contemporanea partecipazione delle due società escluse alla gara e per di più onerato, secondo le ordinarie norme deontologiche, dell'obbligo di svolgere



la propria attività secondo buona fede e correttezza, con diligenza professionale e soprattutto, per quel che rileva nel caso di specie, in assenza di conflitto di interessi;

RITENUTO, conseguentemente, che l'evento occorso non integra la fattispecie di cui all'art. 95, comma 1, lett. d) del Codice, ovvero l'imputabilità delle offerte di due o più concorrenti ad un unico centro decisionale, e che l'offerta della società [OMISSIS], benché di fatto acquisita due volte in gara a causa del descritto errore commesso dal professionista esterno, mentre comporta necessariamente l'esclusione dalla gara dell'altro operatore economico che aveva incaricato il medesimo professionista in quanto la propria offerta non è mai pervenuta alla Stazione appaltante, non è suscettibile di sanzione espulsiva, non solo perché formalmente non viola la disposizione sopra citata, ma anche perché non lede in alcun modo il libero gioco concorrenziale, né la *par condicio competitorum*,

il Consiglio

ritiene, per tutte le motivazioni che precedono, che l'esclusione dalla procedura di gara della società [OMISSIS] non sia conforme alle disposizioni di cui all'art. 95, comma 1, lettera d) del D.lgs. n. 36 del 2023 e che pertanto non possano essere adottati i consequenziali provvedimenti di legge.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1 del Codice, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 maggio 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente