



DELIBERA N. 567

6 dicembre 2023

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023 presentata da Pluriservices S.r.l. – Affidamento del servizio di pulizia del Museo Regionale di Messina e Villa De Pasquale - Importo a base di gara: Euro 95.393,43 - S.A.: Assessorato Regionale dei Beni Culturali e dell'Identità Siciliana – Dipartimento per i Beni Culturali e Ambientali e della Identità Siciliana – Museo Regionale Interdisciplinare di Messina.

UPREC - PREC 746/2023/S

Riferimenti normativi

Artt. 49, 95, comma 1, lett. d), 100, 104 del D.lgs. n. 36/2023; art. 3 del d.m. 274/1997.

Parole chiave

Requisiti di idoneità professionale, iscrizione all'albo delle imprese di pulizia, avvalimento, rotazione, collegamento sostanziale tra imprese.

Massima

Contratti sotto-soglia - Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Iscrizione all'Albo delle imprese di pulizia – Fascia di classificazione – Natura giuridica – Disciplina di settore.

Contratti sotto-soglia - Servizi – Scelta del contraente – Requisiti di idoneità professionale – Iscrizione all'Albo delle imprese di pulizia – Fascia di classificazione – Avvalimento – Ammissibilità – Ragioni.

Contratti sotto-soglia – Servizi – Principio di rotazione – Rotazione degli inviti – Collegamento sostanziale tra imprese - Indizi rilevanti – Violazione – Sussiste.

Va considerato come requisito di idoneità professionale, per il quale vige il divieto di avvalimento, la sola iscrizione delle imprese di pulizia nel Registro della C.C.I.A.A. o nell'Albo provinciale delle imprese artigiane, mentre l'appartenenza ad una determinata fascia di classificazione delle imprese di pulizia, ai sensi dell'art. 3 del d.m. 274/97, prendendo in considerazione il volume di affari realizzato dall'impresa



nell'ultimo triennio ovvero in un periodo di attività non inferiore a due anni, va considerato come requisito espressivo della capacità economico-finanziaria dell'operatore economico.

Un'impresa neo-costituita, iscritta nel Registro delle imprese per l'attività oggetto di gara, non può essere esclusa perché non possiede autonomamente la fascia di classificazione richiesta nella lex specialis, potendo ricorrere all'avvalimento per soddisfare il volume di affari sotteso al conseguimento della fascia medesima (nel caso di specie, una diversa interpretazione non solo non avrebbe trovato sostegno in una previsione chiara della disciplina di gara, ma non sarebbe giustificata alla luce del carattere economico-finanziario sotteso all'attribuzione della fascia di classificazione, nonché alla luce dell'ampliamento dell'oggetto del contratto di avvalimento nell'art. 104 del nuovo Codice).

Costituisce una elusione fraudolenta del meccanismo di rotazione l'invito (senza giustificazione) e l'aggiudicazione ad un operatore legato da uno stretto legame di parentela con il legale rappresentante dell'impresa uscente, nonché detentore di quota di capitale sociale dell'impresa precedente aggiudicataria; la pluralità di tali indizi induce a ritenere che vi sia stato un accordo tra le due società per eludere la rotazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 6 dicembre 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 81772 del 27 settembre 2023, con la quale la Società **Pluriservices S.r.l.** (posizionata al secondo posto della graduatoria) ha contestato l'aggiudicazione della gara in favore della **Prisma S.r.l.**, sostenendo che quest'ultima (impresa neocostituita) avrebbe dovuto essere esclusa per due ragioni: *i/* carenza del requisito di iscrizione nel Registro delle Imprese o Albo provinciale delle imprese artigiane, con appartenenza almeno alla fascia di classificazione b); *ii/* violazione del principio di rotazione;

RILEVATO che l'istante ha chiesto all'Autorità: *i/* se va esclusa una società neocostituita, che non possiede autonomamente il requisito di idoneità professionale richiesto dalla *lex specialis*, relativo all'iscrizione nel Registro delle Imprese o Albo provinciale delle imprese artigiane, con appartenenza almeno alla fascia di classificazione b); *ii/* se tale requisito di partecipazione può essere oggetto di avvalimento limitatamente alla fascia di classificazione oppure se, come statuito dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 7037/2020, sia precluso l'avvalimento anche solo per la maggiore fascia di iscrizione; *iii/* in caso di ammissibilità dell'avvalimento, se integra una violazione del principio di rotazione: *a/* l'invito rivolto ad un'impresa neocostituita interamente posseduta e amministrata dal socio del gestore uscente, peraltro legato da vincoli familiari con l'altro socio, nonché amministratore unico del gestore uscente; *b/* la presentazione di un'offerta tecnica che replica "in larga parte" i contenuti dell'offerta del gestore uscente; *c/* l'invito rivolto ad un'impresa neocostituita che fa integralmente affidamento sui requisiti e sulle capacità del gestore uscente, mediante avvalimento;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 86217 del 6 ottobre 2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;



VISTA la memoria della Società controinteressata, la quale ha eccepito l'improcedibilità dell'istanza ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. d) del nuovo Regolamento di precontenzioso, per mancata comunicazione ai soggetti interessati alla soluzione della questione controversa. Nel merito, la controinteressata ha osservato che l'istante crea confusione tra il requisito di cui all'art. 7.1, lett. a) del Disciplinare – iscrizione nel Registro delle imprese – e di cui alla lett. b) – iscrizione nella fascia di classificazione b) del d.m. n. 247/1997 – in quanto quest'ultimo attiene alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, per la quale è ammesso l'avvalimento. Quanto alla rotazione, viene osservato che nessuna norma impedisce agli operatori partecipanti o invitati alla precedente gara di rivestire il ruolo di impresa ausiliaria, prestando le proprie capacità ad una nuova impresa invitata e che l'istante non ha provato, con indizi univoci, l'esistenza di un collegamento sostanziale con il gestore uscente, limitandosi a mere illazioni;

RITENUTO, preliminarmente, che l'istanza sia ammissibile e procedibile. Dalla documentazione in atti risulta che il modulo informatico contenente l'istanza di precontenzioso è stato trasmesso a Prisma S.r.l. il 27 settembre 2023 (come attestato dalla ricevuta di avvenuta consegna della PEC) e ciò è sufficiente ai fini del vaglio di procedibilità dell'istanza, ai sensi del combinato disposto dell'art. 5, comma 2, e dell'art. 7, comma 3, lett. a) del nuovo Regolamento di precontenzioso. Con la comunicazione di avvio del procedimento di precontenzioso, Prisma S.r.l. ha ricevuto anche la memoria allegata l'istanza (come dalla stessa riconosciuto) e ha presentato memoria difensiva, prendendo posizione su tutte le doglianze formulate dall'istante. È stato, pertanto, raggiunto lo scopo sia della conoscenza anticipata del procedimento di precontenzioso e dei motivi dell'istanza, cui è funzionale la trasmissione preliminare del modulo informatico, sia quello della partecipazione del controinteressato al presente procedimento, essendo stato rispettato il contraddittorio. Pertanto, l'istanza è procedibile in ragione del principio del raggiungimento dello scopo;

RITENUTO, nel merito, di dovere esaminare prioritariamente le questioni *sub i)* e *ii)*, relative all'ammissibilità dell'avvalimento del requisito di cui all'art. 7.1, lett. b) del Disciplinare, in quanto la violazione del principio di rotazione è stata dedotta in via subordinata;

VISTO l'art. 7.1 del Disciplinare di gara, che richiede il possesso dei requisiti di idoneità nei seguenti termini: "*a) iscrizione nel registro tenuto dalla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura per l'attività competente oppure (se ricorre) iscrizione nel registro o albo delle società cooperative; b) iscrizione al Registro delle Imprese o Albo provinciale delle Imprese artigiane ai sensi della L. 25 gennaio 1994, n. 82 e del D.M. 7 luglio 1997, n. 274 con appartenenza almeno alla fascia di classificazione "b", di cui all'art. 3 del citato decreto, per lo svolgimento della prestazione secondaria (servizio di pulizia)*". Visto altresì l'art. 8 del Disciplinare (Avvalimento) secondo il quale: "*Ai sensi dell'art. 104 del nuovo Codice, l'operatore economico può dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c) [A.D.R. *rectius*, art. 100] del Codice avvalendosi dei requisiti di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento. Non è consentito l'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti generali e di idoneità professionale*";

RITENUTO che l'art. 8 del Disciplinare di gara vietando genericamente l'avvalimento dei requisiti di idoneità professionale, senza richiamare specificamente e chiaramente l'art. 7.1, lett. a) o l'art. 7.1, lett. b), imponga di stabilire, in via interpretativa, se anche quest'ultimo requisito (iscrizione all'Albo delle imprese di pulizia con appartenenza alla fascia b) sia annoverabile tra quelli di idoneità professionale, per cui opera il divieto di avvalimento. La giurisprudenza ha, infatti, rilevato che "*in assenza di una chiara previsione normativa e della lex specialis che escludesse il ricorso all'avvalimento al solo fine di incremento della fascia di iscrizione camerale (...), e in difetto di un "diritto vivente" nel senso conforme*



*a quanto invocato dalla ricorrente, la regola cogente da applicare era quella del **clare loqui, che escludeva senz'altro (e tuttora esclude) la possibilità che un'impresa venga esclusa da una gara sulla base di un'interpretazione in malam partem della legge di quella gara*** (TAR Puglia, Lecce, se. II, 2 febbraio 2021, n. 1758);

CONSIDERATO che la L. 25 gennaio 1994, n. 82, all'art. 1, nel prevedere l'iscrizione delle imprese nel registro delle ditte e i requisiti di onorabilità che le stesse devono possedere, rimanda al successivo regolamento di attuazione (approvato con d.m. 7 luglio 1997, n. 274) l'individuazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi che devono essere posseduti dalle imprese per esercitare le attività di pulizia, nonché delle fasce di classificazione in cui vanno inserite le imprese ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici "secondo la normativa comunitaria". L'art. 2 del suddetto regolamento prevede i requisiti di capacità economico-finanziaria (comma 1) e tecnico-professionale (comma 3) richiesti all'impresa per l'iscrizione nel Registro delle imprese o all'albo delle imprese artigiane. L'art. 3 (Fasce di classificazione) stabilisce, poi, che "Le imprese di pulizia, ai fini della partecipazione secondo la normativa comunitaria alle procedure di affidamento dei servizi di cui all'articolo 1 della legge 25 gennaio 1994, n. 82, sono iscritte, a domanda, nel registro delle imprese o nell'albo delle imprese artigiane, secondo le seguenti fasce di classificazione di volume di affari al netto dell'IVA [...], e al secondo comma prevede che "L'impresa viene classificata in base al volume di affari, al netto dell'IVA, realizzato mediamente nell'ultimo triennio, o nel minor periodo di attività, comunque non inferiore a due anni. La classe di attribuzione è quella immediatamente superiore al predetto importo medio. Nel caso della prima fascia l'importo medio deve essere almeno di 60.000.000 di lire [Euro 51.646,00]". Il quadro normativo va completato richiamando l'art. 10 del D.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito in L. 2 aprile 2007, n. 40, che, nel dettare misure urgenti per la liberalizzazione di alcune attività economiche, al comma 3, ha previsto che "Le attività di pulizia e disinfezione, di cui al decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato 7 luglio 1997, n. 274, e successive modificazioni, e di facchinaggio [...], sono soggette alla sola dichiarazione di inizio attività ai sensi della normativa vigente [ora SCIA, ai sensi dell'art. 19 della L. n. 241/1990], da presentare alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente, e non possono essere subordinate a particolari requisiti professionali, culturali e di esperienza professionale". Se ne desume che, in seguito al D.l. n. 7/2007, l'esercizio delle attività di pulizia e disinfezione è possibile in seguito alla presentazione della SCIA e all'iscrizione nel Registro delle imprese, ma non è più subordinato al possesso dei requisiti professionali di cui all'art. 2, comma 3, del d.m. n. 274/97 (cfr. C.G.A.R.S., 19 aprile 2021, n. 329), pur rimanendo tutt'ora vigente la normativa che impone il rispetto di determinati requisiti di capacità economico-finanziaria ai fini dell'iscrizione in una determinata fascia di classificazione (art. 3 del d.m. 274/1997);

RITENUTO che dal quadro normativo sopra delineato si desume, in linea generale, che vada intesa come requisito di idoneità professionale la sola iscrizione delle imprese di pulizia nel Registro della C.C.I.A.A. o nell'Albo provinciale delle imprese artigiane, in seguito alla presentazione della SCIA. Invece, l'appartenenza ad una determinata fascia di classificazione, ai sensi dell'art. 3 del d.m. 274/97, prendendo in considerazione il volume di affari realizzato dall'impresa nell'ultimo triennio ovvero in un periodo di attività non inferiore a due anni (in caso di società di nuova costituzione), va considerato come requisito espressivo della capacità economico-finanziaria dell'operatore economico (in tal senso si è espressa in passato anche l'Autorità nella Deliberazione n. 69/2009 e nel parere n. 22 del 23 febbraio 2012);

RITENUTO che corollario di tale ricostruzione è che non poteva essere oggetto di avvalimento, ai sensi dell'art. 8 del Disciplinare di gara, la sola iscrizione dell'operatore economico all'Ente camerale, in quanto



requisito di carattere soggettivo di idoneità professionale, mentre il soddisfacimento della fascia di classificazione b), essendo correlata alla media del volume di affari dell'impresa negli ultimi due anni, poteva essere oggetto di avvalimento (cfr. in tal senso Parere dell'Autorità, n. 22/2012 cit., ove viene affermato che "il requisito dell'iscrizione nel registro delle imprese e nell'albo delle imprese artigiane di pulizia, di cui al D.M. n. 274/97 sia suscettibile di dimostrazione mediante avvalimento. [...]"; TAR Abruzzo, sez. I, 16 marzo 2023, n. 140 secondo cui "solo l'iscrizione al registro istituito dal d.m. n. 274/1997 costituisce requisito di idoneità professionale, mentre il possesso della fascia H richiesto dal bando è indice di capacità economico – finanziaria, tanto che l'art. 4 del d.m. 274/1997 richiede l'aggiornamento delle variazioni negative della fascia di classificazione di appartenenza entro un anno dal loro verificarsi, ferma restando l'iscrizione nel registro"; C.G.A.R.S. 12 gennaio 2022, n. 32; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 2 dicembre 2021, n. 1758; TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 luglio 2018, n. 1096; T.R.G.A., Trento, 13 gennaio 2017, n. 9);

CONSIDERATO, d'altra parte, che la tesi della inammissibilità dell'avvalimento della fascia di classificazione (sostenuta dal Consiglio di Stato, nella sentenza n. 7037/2020 citata dall'istante), non appare più attuale alla luce dell'art. 104 del D.Lgs. n. 36/2023 (applicabile nel caso di specie). Come sottolineato dal Consiglio di Stato (nella Relazione illustrativa dello Schema del nuovo Codice), il legislatore ha cambiato approccio all'istituto, incentrando la disciplina sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei requisiti mancanti, allo scopo di valorizzare le potenzialità pro-concorrenziali di tale strumento. Tale approccio ha portato ad un ampliamento dell'ambito di applicazione dell'istituto rispetto ai suoi confini tradizionali: oggetto del contratto di avvalimento possono essere non solo i requisiti speciali relativi alla capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, ma anche alcuni requisiti di natura soggettiva ed elementi relativi al contenuto dell'offerta tecnica (cfr. art. 104, comma 14, con riferimento al c.d. avvalimento premiale, in cui il prestito delle risorse è diretto ad ottenere un punteggio più elevato). Il terzo comma dell'art. 104 consente l'avvalimento anche dei requisiti soggettivi di cui all'art. 100, comma 3, diversi dall'iscrizione camerale (autorizzazioni o altri titoli abilitativi richiesti per la partecipazione, ad esclusione dell'iscrizione all'A.N.G.A., per la quale rimane il divieto di avvalimento, ex art. 104, comma 10), pur prevenendo, come contrappeso, in ragione della natura soggettiva dei titoli abilitativi che li rende non trasferibili, che l'ausiliaria svolga in proprio la prestazione per la quale sono richiesti, quale impresa subappaltatrice. Rimane comunque fermo il divieto di cessione del contratto dell'impresa ausiliata nei confronti dell'ausiliaria-subappaltatrice (art. 119, comma 1). Al riguardo, anche l'art. 7 del Bando-tipo n. 1/2023 ha precisato che è escluso l'avvalimento dell'iscrizione nel Registro della C.C.I.A.A. o nel Registro delle Commissioni provinciali per l'artigiano, ma che "[Se richiesti requisiti relativi ad autorizzazioni o altri titoli abilitativi di cui all'articolo 100, comma 3, del Codice] Il concorrente può avvalersi di un ausiliario per comprovare il possesso del requisito di cui al punto solo se l'ausiliario esegue direttamente la prestazione per cui tale requisito è richiesto. In tal caso, l'ausiliario agisce in qualità di subappaltatore";

RITENUTO, pertanto, in risposta ai primi due quesiti, che un'impresa neo-costituita (che entro il termine di presentazione dell'offerta risulta iscritta nel Registro delle imprese, per l'attività oggetto di gara) non possa essere esclusa perché non possiede autonomamente la fascia di classificazione b) di cui all'art. 3, comma 1, del d.m. n. 274/1997, potendo ricorrere all'avvalimento per soddisfare il volume di affari sotteso al conseguimento della fascia medesima. Nel caso di specie, una diversa interpretazione non solo non troverebbe sostegno in una previsione chiara della disciplina di gara, ma non apparirebbe giustificata alla luce del carattere economico-finanziario sotteso all'attribuzione della fascia di classificazione, nonché alla luce dell'ampliamento dell'oggetto del contratto di avvalimento nell'art. 104 del nuovo Codice;



RITENUTO che, invece, appare fondata la doglianza *sub iii), lett. a)*, relativa alla violazione del principio di rotazione, con riferimento all'invito rivolto a *"un'impresa neocostituita interamente posseduta e amministrata da una persona che riveste la qualità di socio del gestore uscente, nonché legata da vincoli familiari con l'altro socio ed amministratore unico di tale ultima società"*;

RILEVATO che dalla documentazione in atti risulta che la lettera di invito è stata trasmessa il 4 agosto 2023, la Società aggiudicataria (Prisma S.r.l.) è stata costituita il 18 luglio 2023 e iscritta alla C.C.I.A.A. il 25 luglio 2023, con Amministratore unico Daniele Puglisi. Quest'ultimo – da quanto si evince dalla visura camerale di ESG S.r.l., gestore uscente del servizio – detiene il 30% del capitale sociale di ESG S.r.l., il cui 70% è detenuto da Puglisi Antonino, Amministratore unico della società. Risulta, inoltre, che i legali rappresentanti delle due società sono fratelli (circostanza confermata anche nella memoria della controinteressata, ove si afferma che *"la situazione di controllo non può collegarsi solo all'essere socio al 30% di un'altra società e fratello dell'amministratore"*);

CONSIDERATO che l'art. 49 del D.Lgs. n. 36/2023 disciplina le modalità operative del principio di rotazione, che costituisce principio generale degli affidamenti dei contratti sottosoglia, in attuazione dell'art. 1, comma 2, lett. e), della legge delega n. 78/2022. Tale principio (che, come noto, era contemplato nell'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016) *"costituisce un riferimento normativo "inviolabile" del procedimento amministrativo di affidamento dei contratti sotto soglia, in quanto volto a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, e così ad evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese e, quindi, di rendite di posizione in capo al gestore uscente"* (Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292). In continuità con la disciplina pregressa e con le previsioni delle Linee Guida ANAC n. 4, il secondo comma dell'art. 49 vieta *"l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi"* (art. 49, comma 2). In caso di procedura negoziata (ricorrente nella fattispecie in esame), il principio di rotazione comporta il divieto di invito al gestore uscente, che aveva conseguito la precedente aggiudicazione; tale meccanismo (a differenza di quanto previsto sotto la vigenza dell'art. 36 del precedente Codice), non si applica più all'operatore invitato non aggiudicatario, in quanto (come si legge nella relazione illustrativa del Consiglio di Stato), *"in tale ipotesi la contrazione del principio concorrenziale non risulta in alcun modo giustificata dalla necessità di contenere asimmetrie informative a carico del precedente aggiudicatario"*;

RITENUTO che la nuova disposizione imponga tutt'ora alle Stazioni appaltanti (come contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta nella scelta degli operatori economici da invitare) di rispettare la rotazione nella fase degli inviti, evitando che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro. Premessa la cogenza di tale obbligo, si ritengono tutt'ora validi gli indirizzi forniti sia dall'Autorità che dalla giurisprudenza (sotto la vigenza del precedente Codice) alle Stazioni appaltanti ai fini della valutazione e dell'accertamento del rispetto di tale principio anche da parte degli operatori, ed in particolare del rispetto della rotazione in caso di un collegamento sostanziale tra imprese, che solo formalmente appaiono distinte;

CONSIDERATO che, sotto quest'ultimo profilo, l'Autorità, nelle Linee guida n. 4, al par. 3.6, ha sottolineato che: *"l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: [...] affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o*



affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici';

CONSIDERATO altresì che la giurisprudenza ha ravvisato la violazione del principio di rotazione nel caso di aggiudicazione del servizio ad una impresa che presentava forti collegamenti sostanziali con il gestore uscente, tali da prefigurare un unico centro di interesse (cfr. TAR Puglia, Lecce, sez. II, 4 febbraio 2021, n. 193, relativa ad un caso in cui i legali rappresentanti dell'affidatario uscente e di quello entrante erano persone coniugate tra loro, e le due società avevano lo stesso indirizzo, sottolineando che "le due società, seppur formalmente diverse (in quanto dotate di diversa P. IVA), sono sostanzialmente riconducibili ad un unico centro di interesse, rappresentato dai coniugi conviventi, nonché legali rappresentanti dell'una e dell'altra società. Per tali ragioni, l'aggiudicazione si è tradotta in un sostanziale svuotamento del principio di rotazione sancito dal citato art. 36 CAP, essendo la gara in esame aggiudicata per due annualità consecutive al medesimo centro decisionale, in elusione della cennata previsione normativa"; si veda anche TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 22 gennaio 2018, n. 795, secondo cui è imposta una verifica in ordine alla sussistenza di una "situazione di fatto" rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016 nel caso in cui sia "evidente l'incrocio di relazioni familiari e l'esistenza di una situazione di obiettiva comunicabilità tra soggetti appartenenti a strutture societarie diverse ma posti in diretta relazione tra loro attraverso vincoli affettivi, familiari, parentali molto stretti"; di recente, i medesimi principi sono stati applicati da TAR Lazio, Roma, sez. I, 31 marzo 2023, n. 5555);

RITENUTO che anche il nuovo Codice imponeva alla Stazione appaltante di verificare se le due società (Prisma S.r.l. e E.S.G. S.r.l.), pur se formalmente distinte, fossero riconducibili al medesimo centro di interessi e decisionale;

CONSIDERATO che il D.Lgs. n. 36/2023, all'art. 95, comma 1, lett. d), include, tra le cause di esclusione non automatica, la 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 gli operatori economici partecipanti alla stessa gara". Tale previsione ripropone, con alcune modifiche, la causa di esclusione già contemplata nell'art. 80, comma 5, lett. m), del D.Lgs. 50/2016, in relazione all' "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". A differenza del previgente disposizione, la nuova norma non fa più riferimento alla situazione di controllo tra le imprese ai sensi dell'art. 2359 c.c., ma dà rilievo in via più ampia, ed abbracciando una logica sostanzialista, a qualsiasi accordo tra operatori economici, che possa comportare una concertazione delle offerte, in quanto imputabili ad un unico centro decisionale, determinando così una lesione della concorrenza;

RILEVATO che, nel caso di specie, la SA non ha svolto alcun tipo di accertamento, sebbene risulti palese che l'invito (e la successiva aggiudicazione) alla società neo-costituita ha rappresentato l'escamotage per eludere l'invito al gestore uscente (non potendo evidentemente essere invitata direttamente la E.S.G. S.r.l., che figura in questa gara anche come impresa ausiliaria di Prisma S.r.l.). in particolare è l'insieme delle circostanze allegate dall'istante (e non smentite in fatto dalla controinteressata) a rendere palese che tra le due società vi è stato un accordo per eludere la rotazione dell'affidamento e il divieto di invito alla E.G.S. S.r.l. Dalla lettura combinata e sistematica di tutti gli indizi forniti emerge, infatti, che, a ridosso della trasmissione della lettera di invito, è stata costituita *ad hoc* una nuova società, amministrata dal socio del contraente uscente nonché fratello dell'amministratore di quest'ultimo. Tale società, essendo di nuova costituzione, ha stipulato un contratto di avvalimento con il contraente uscente;



RITENUTO che, ferma restando la generale inapplicabilità del principio di rotazione in caso di avvalimento delle capacità del soggetto uscente, ciò che nel caso di specie rappresenta una elusione fraudolenta del meccanismo di rotazione è l'invito (senza giustificazione) e l'aggiudicazione ad un operatore non solo legato da uno stretto legame di parentela con il legale rappresentante dell'impresa uscente, ma che detiene anche il 30% del capitale di quest'ultima società. È, dunque, la pluralità di tali elementi a fare ritenere che vi sia stato un accordo tra le due società per eludere la rotazione.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che:

- un'impresa neo-costituita, iscritta nel Registro delle imprese per l'attività oggetto di gara, non può essere esclusa perché non possiede autonomamente la fascia di classificazione richiesta nella *lex specialis*, potendo ricorrere all'avvalimento per soddisfare il volume di affari sotteso al conseguimento della fascia medesima;
- comporta una elusione fraudolenta del meccanismo di rotazione l'invito (senza giustificazione) e l'aggiudicazione ad un operatore legato da uno stretto legame di parentela con il legale rappresentante dell'impresa uscente, nonché detentore di quota di capitale sociale dell'impresa precedente aggiudicataria; la pluralità di tali indizi induce a ritenere che vi sia stato un accordo tra le due società per eludere la rotazione.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 dicembre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente