

APPALTI - LAVORI - MANUTENZIONE STRAORDINARIA STRADE - ESCLUSIONE - UNICITA' DEL CENTRO DECISIONALE - COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA OFFERTE DIVERSE - LEGITTIMA

È legittima l'esclusione del concorrente che si trovi in una situazione di controllo sostanziale o di condizionamento di fatto con un altro concorrente. La stazione appaltante, dopo aver verificato tale relazione tra i concorrenti, deve provare l'unicità del centro decisionale anche attraverso indizi, che devono essere valutati nel loro insieme per riscontrare requisiti di gravità, precisione e concordanza idonei a legittimare la sanzione espulsiva.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 8340/2021

Publicato il 14/12/2021

N. 08340/2021REG.PROV.COLL.

N. 00731/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 731 del 2021, proposto da

IPC s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluigi Manelli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Lecce, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Giovanna Capoccia, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

F.lli Panarese s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Mileto, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Calora s.u.r.l., in proprio e quale capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Ste.Mar Costruzioni s.r.l. e Anacleto Longo, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Sezione staccata di Lecce, (Sezione Terza), 12 gennaio 2021, n. 33, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Lecce e di F.lli Panarese s.r.l.;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2021 il consigliere Angela Rotondano, udito per la parte appellante l'avvocato Manelli, in collegamento da remoto, e preso atto delle note depositate, ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d. l. n. 28/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 70/2020, e richiamato dall'art. 25 d. l. n. 137/2020, convertito in l. 176/2020, del d.l. 183/2020, convertito in l. 21/2021, e del d.l. 44/2021, conv. in l. n. 76/2021, dagli avvocati Capoccia e Mileto, di cui è data la presenza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La IPC s.r.l. (di seguito "*Ipc*") propone appello contro la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Sezione staccata di Lecce in epigrafe, di rigetto del suo ricorso contro l'esclusione dalla procedura di gara indetta dalla Provincia di Lecce per l'affidamento in appalto dei lavori di manutenzione straordinaria delle strade provinciali per l'anno 2020, aggiudicata alla ICOST s.r.l. con provvedimento (determinazione n. 472 del 22 aprile 2020) anch'esso impugnato dall'appellante.

2. L'appellante ripropone nel presente giudizio di secondo grado le censure contro l'esclusione disposta nei propri confronti dall'amministrazione provinciale, perché ritenuta autrice di un'offerta in collegamento sostanziale ex art. 80, comma 5, lett. m), del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) con un'altra concorrente, la F.lli Panarese s.r.l., tale da rendere le rispettive offerte formulate imputabili ad un unico centro decisionale: situazione in cui il concorrente aveva espressamente dichiarato di non trovarsi, così incorrendo, secondo il provvedimento di esclusione, anche nella previsione del comma 5 lett. *f-bis* del citato art. 80.

3. Resiste all'appello la Provincia di Lecce, mentre vi aderisce la F.lli Panarese.

DIRITTO

4. La IPC ripropone in appello le seguenti censure di legittimità contro l'esclusione dalla gara disposta nei propri confronti:

1) mancato accertamento in contraddittorio del preteso collegamento sostanziale, in conformità alla giurisprudenza sovranazionale in materia (in particolare: sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 19 maggio 2009, C-357/08); sul punto la sentenza di primo grado avrebbe erroneamente dequotato la carenza procedimentale a irregolarità non invalidante ex art. 21-*octies*, comma 2,

della legge 7 agosto 1990, n. 241, in spregio al carattere indefettibile del contraddittorio con i concorrenti sospettati di essere collegati sul piano sostanziale; 2) carenza di elementi di carattere indiziario plurimi e convergenti in grado di considerare provato il collegamento sostanziale e l'unicità del centro decisionale di cui sarebbero espressione le offerte presentate in gara dall'appellante e dalla F.lli Panarese; contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza il presupposto di cui al citato art. 80, comma 5, lett. m), del codice dei contratti pubblici non si potrebbe desumere dal fatto, meramente accidentale e non imputabile alle due concorrenti, ma ad un professionista esterno che si è assunto formalmente ogni responsabilità, che il PassOe dell'appellante sia stato inserito nell'offerta economica della Panarese; del pari non avrebbero carattere di sufficiente gravità e precisione gli indizi valorizzati dall'amministrazione prima e poi dalla sentenza rispettivamente a fondamento dell'esclusione e del rigetto del successivo ricorso, consistenti: nell'identità della compagnia assicuratrice che ha rilasciato ai due operatori economici le polizze fideiussorie a titolo di cauzione provvisoria; nella «contiguità (...) *logistica*» delle sedi delle due società e delle residenze dei relativi soci, a loro volta in rapporto di parentela, spiegabili con le ristrette dimensioni del luogo di residenza di questi ultimi (Veglie); del pari non sarebbe configurabile alcuna similitudine tra i ribassi offerti (32,633% la Ipc e 32,598% la F.lli Panarese), dal momento che questi «*si inseriscono (...) in un novero di 109 offerte complessive di cui ben 93 presentano la misura del 32% prima del decimale*».

Nel pervenire all'opposta conclusione, confermativa della legittimità dei provvedimenti gravati, i primi giudici, ad avviso dell'appellante, avrebbero omesso di considerare la documentazione versata in atti dalla difesa di quest'ultima.

5. Le censure così sintetizzate sono infondate.

6. L'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dispone l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore 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".

La disposizione riproduce la formulazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-*quater*) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ed è l'esito di una evoluzione, anche giurisprudenziale, alla quale ha fornito apporto decisivo la Corte di Giustizia dell'Unione europea (si veda in particolare sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea 19 maggio 2009 pronunciata nella causa C-538/07 Assitur s.r.l.)

6.1. Per consolidato indirizzo giurisprudenziale, che il Collegio condivide e al quale intende dare continuità, ai fini dell'individuazione del collegamento sostanziale tra imprese, comportante l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/16, i relativi indizi devono essere valutati nel loro insieme per riscontrare requisiti di gravità, precisione e concordanza idonei a legittimare la sanzione espulsiva. La valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale postula poi la sola astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non essendo necessario che l'alterazione del confronto concorrenziale vi sia stata effettivamente e in concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie "*di pericolo*", 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*", ed anche con la circostanza che la concreta alterazione degli esiti della selezione non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà, quali in particolare il numero delle partecipanti e l'entità dei ribassi (Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2020, n. 2426; 22 ottobre 2018, n. 6010 e 16 febbraio 2017, n. 496; Sez. III, 10 maggio 2017, n. 2173 e 23 dicembre 2014, n. 6379; V, 18 luglio 2012, n. 4189). In altri termini ai fini dell'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale d'imputazione

delle offerte non è richiesta anche la prova che il collegamento fra i concorrenti sia poi pervenuto a risultati effettivi in relazione ai contenuti delle offerte e all'artificiale condizionamento degli esiti della gara; nel percorso presuntivo che conduce a ricavare un fatto ignoto da circostanze note ai sensi dell'art. 2727 c.c. il fatto che occorre desumere dagli indici presuntivi è infatti la sussistenza dell'unicità del centro decisionale cui siano riconducibili le offerte, non già il contenuto effettivamente coordinato di queste, né le conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene (*ex multis*, Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496). In questo contesto, il riferimento al contenuto delle offerte è uno dei possibili elementi dai quali ritrarre il collegamento, peraltro da scrutinare in termini necessari solo in difetto di altri indici utili (cfr. in termini Cons. Stato Sez. V, 15 aprile 2020, n. 2426).

6.1.1. La giurisprudenza nazionale si è, così, concentrata sulla verifica degli indici presuntivi che consentono di ritenere che le due offerte provengano da un *“unico centro decisionale”* (tra le varie: quanto alla comunanza dell'organo di vertice tra le due imprese, Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6010, III, 10 maggio 2017, n. 2173; in caso di pressoché integrale identità delle migliori proposte, Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2015, n. 3768; in caso di coincidenza del giorno di spedizione del plico contenente l'offerta dal medesimo ufficio postale con le medesime modalità, Cons. Stato, sez. II, 29 maggio 2014, n. 440; esclude, invece, l'unico centro decisionale, Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2018, n. 58 in caso in cui il sito web di un concorrente abbia un collegamento ipertestuale al sito web di altro concorrente).

6.1.2. Ciò che deve essere provato dalla stazione appaltante, sulla base di una valutazione complessiva degli anzidetti indici presuntivi, è dunque soltanto l'unicità del centro decisionale, e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale: la riconducibilità di due o più offerte ad un unico centro

decisionale costituisce infatti di suo elemento idoneo a violare i generali principi di *par condicio*, segretezza e trasparenza delle offerte.

6.2. In ogni caso, come chiarito da Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2017, n. 39, l'accertamento della causa di esclusione in esame passa attraverso un preciso sviluppo istruttorio: *a)* la verifica della sussistenza di 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.

6.3. Orbene, il giudice di primo grado si è attenuto a tali principi, giungendo ad una condivisibile conclusione: ad avviso del Collegio, gli indici presuntivi richiamati nel provvedimento di esclusione impugnato permettono infatti di affermare l'esistenza di un "*unico centro decisionale*" (cui imputare la contestuale ed interdipendente formulazione delle offerte presentate nella procedura in esame) tra gli operatori economici concorrenti e comunque la ricorrenza tra questi ultimi, nella specie, di una relazione di fatto diretta e immediata che possa aver indotto al condizionamento delle offerte, in vista della realizzazione di interessi imprenditoriali convergenti. L'appellante non ha invece dimostrato ai sensi dell'art. 64 cod. proc. amm., neanche in via presuntiva, che il rapporto non abbia influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara e che le offerte, per essere imputabili ad un unico centro decisionale, non siano state reciprocamente influenzate, né tantomeno l'erroneità ed illogicità delle circostanze addotte dalla

stazione appaltante ad inferire l'imputabilità delle offerte ad unico centro decisionale.

6.4. Ne segue che le censure formulate non sono suscettibili di favorevole considerazione.

6.5. Quelle di ordine sostanziale si infrangono sul dato obiettivo ed incontestato che un elemento relativo alla documentazione amministrativa, ovvero il PassOe di uno dei concorrenti sospettati di essere in collegamento sostanziale, *id est* l'odierna appellante Ipc, è stato inserito nell'offerta economica di un altro concorrente, la F.lli Panarese. La circostanza (emersa in sede di apertura delle offerte economiche dei concorrenti nella seduta del 1 aprile 2020) è in sé sintomatica dell'astratta possibilità che le due offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale (in questo senso, tra le altre: Cons. Stato, V, 12 gennaio 2021, n. 393; 28 dicembre 2020, n. 8407; 22 ottobre 2018, n. 6010; 24 novembre 2016, n. 4959). Da essa è infatti ragionevolmente inferibile l'ulteriore circostanza che queste siano state concordate, ovvero formulate nella reciproca consapevolezza l'una dell'altra, in vista dell'obiettivo unitario comune ad entrambi gli operatori economici, di aggiudicazione dell'appalto indifferentemente all'uno o all'altro. In ciò risiede l'essenza del collegamento sostanziale, quale fattore potenziale di alterazione della competizione che dovrebbe invece esplicitarsi nelle procedure ad evidenza pubblica e che da parte della stazione appaltante richiede, nell'impossibilità di una prova diretta, un ragionamento di carattere indiziario dell'unicità del centro decisionale sulla base di una ricostruzione immune da errori di ordine logico o da travisamenti delle circostanze di fatto.

6.6. Nel caso di specie, come poc'anzi accennato, la presenza di un documento relativo ad un concorrente nell'ambito dell'offerta di un altro si sostanzia in un fatto in grado di dimostrare che le offerte possano essere state concordate e che siano quindi espressione di un unico centro decisionale. Ciò a prescindere dal fatto

che la svista – quale obiettivamente è l’inserimento di un documento nell’offerta di un diverso concorrente – sia stata commessa da un soggetto terzo rispetto agli offerenti. La circostanza in questione, addotta dall’appellante a confutazione dell’ipotesi di collegamento sostanziale su cui si fonda l’esclusione impugnata – è in realtà neutra rispetto all’ipotesi di collegamento sostanziale ex art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50 del 2016, poiché non smentisce l’ipotesi di cui alla disposizione di legge ora richiamata, ma anzi conferma che i due operatori economici, rivoltisi allo stesso professionista, erano nelle condizioni di formulare offerte coordinate in vista del sopra esposto unitario obiettivo comune ad entrambi.

6.6.1. La comunanza di interessi è poi avvalorata dalle ulteriori circostanze di carattere indiziario utilizzate dalla Provincia di Lecce a fondamento del provvedimento di esclusione e considerate dalla sentenza di primo grado sufficienti per ritenere la fattispecie del collegamento sostanziale ai sensi della disposizione da ultimo richiamata.

6.6.2. Costituiscono fatti altrettanto incontestati che le polizze fideiussorie a titolo di garanzia provvisoria della Ipc e della F.lli Panarese sono state rilasciate lo stesso giorno dalla stessa compagnia assicuratrice, come pure il fatto che per entrambi i concorrenti le attestazioni di qualificazione e le certificazioni di qualità siano state rilasciate dai medesimi organismi di attestazione; del pari è pacifico che le due società sono appartenenti a soggetti legati da rapporti di parentela, nel senso che il socio unico dell’appellante è fratello dei soci della F.lli Panarese.

6.6.3. Il legame parentale costituisce elemento in grado di avvalorare l’ipotesi della convergenza di interesse dei due soggetti imprenditoriali rispetto all’appalto in contestazione nel presente giudizio e dunque di corroborare sul piano indiziario l’ipotesi dell’unicità del centro decisionale. Rispetto al medesimo aspetto è invece irrilevante il fatto che le residenze dei soci siano diverse così come che non sia ravvisabile alcuna contiguità fisica delle sedi delle due società. Si tratta infatti di

circostanze di contorno che non sono in grado di smentire l'ipotesi dell'unicità del centro decisionale, che invece trae il proprio fondamento logico nel rapporto di parentela tra i soggetti componenti le due compagini societarie e che trova conferma sul piano formale nell'identità dell'assicuratore che ha rilasciato le polizze fideiussorie e nell'accidentale commistione documentale che ha riguardato il PassOe.

6.7. Si deve inoltre escludere che nella ricostruzione della presente ipotesi di collegamento sostanziale possa avere rilievo il contenuto dell'offerta ed in particolare il ribasso formulato dai soggetti coinvolti. Come infatti sfugge al concorrente la possibilità di prevedere quale potrà essere quello che si possa collocare immediatamente al di sotto della soglia di anomalia e che dunque possa risultare quello vincente, così non è esigibile che la stazione appaltante debba ricavare l'unicità del centro decisionale dal dato in questione. Ciò che invece rileva ai fini dell'ipotesi disciplinata dalla più volte richiamata lettera m-quater) dell'art. 80 è che anche i ribassi offerti (che non presentano una notevole divergenza) non siano comunque tali da smentire l'ipotesi del previo concerto delle due offerte, assai simili anche quanto all'indicazione degli oneri della sicurezza aziendale e dei costi della manodopera (cfr. Cons. Stato, V, 11 luglio 2016, n. 3057; Sez.V, 16 dicembre 2016 n. 5324).

In definitiva, il collegamento sostanziale tra le due imprese partecipanti alla gara è stato valutato sulla base di indizi univoci, precisi e concordanti e di plurimi e convergenti elementi che denotavano un siffatto collegamento o una relazione di fatto tra le ditte, puntualmente indicati nel provvedimento di esclusione che, come bene rilevato dall'appellata sentenza, su di essi ha fondato il suo non irragionevole né illogico convincimento.

6.8. La correttezza sul piano sostanziale dell'operato dell'amministrazione nel caso di specie consente di degradare il mancato contraddittorio procedimentale con i

concorrenti interessati ad irregolarità non invalidante ai sensi del sopra citato art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990. Contrariamente a quanto deduce sul punto la Ipc, infatti, l'accoglimento del solo profilo in questione comporterebbe un annullamento privo di utilità per la stessa appellante, una volta accertata l'esistenza dei presupposti della fattispecie prevista dall'art. 80, comma 5, lett. m), del codice dei contratti pubblici più volte richiamato.

Rileva infatti che il provvedimento di esclusione degli offerenti sia stato adottato all'esito della previa valutazione compiutamente effettuata dalla stazione appaltante sulla sussistenza nel caso in esame del collegamento sostanziale, suscettibile di ledere la concorrenza e trasparenza della procedura.

Secondo la condivisibile giurisprudenza va escluso infatti che *“sussista in ogni caso un incondizionato obbligo della stazione appaltante di attivare un autonomo subprocedimento di verifica, nel contraddittorio delle parti, circa la riferibilità delle offerte ad un unico centro decisionale: tale eventualità, invero, potrebbe porsi solo laddove l'Amministrazione non sia in grado di individuare degli elementi obiettivi tali da fondare, anche solo in via indiziaria ma pur sempre con connotato di univocità, la probabile sussistenza di un medesimo centro decisionale, pur a fronte di una (formale) pluralità di offerte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2018, n. 1753 e giurisprudenza ivi richiamata).*

Ne segue che ove l'avvio del sub-procedimento di verifica in contraddittorio con le imprese interessate non avrebbe potuto condurre ad un esito diverso dall'esclusione, come nel caso in esame, può al più ravvisarsi una violazione procedimentale non invalidante ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, l. 7 agosto 1990, n. 241 (negli stessi termini Consiglio di Stato sez. V, 11 luglio 2016 n. 3057).

6.9. In conclusione, gli elementi di fatto, richiamati dal giudice di primo grado, appaiono univoci nel senso dell'esistenza di un unico centro decisionale e di tale

consistenza presuntiva da non prestarsi a letture alternative, sussistendo perciò la causa di esclusione applicata dalla Stazione appaltante.

7. L'appello deve quindi essere respinto.

8. Le spese del grado di giudizio sono regolate secondo soccombenza, ravvisabile nei soli rapporti tra l'appellante e l'amministrazione resistente, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di giudizio a favore della Provincia di Lecce che liquida forfettariamente in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00), oltre oneri accessori se per legge dovuti. Compensa le spese con la società F.lli Panarese s.r.l..

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, convertito in l. 176/2020, come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e) d.l. 44/2021, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO