

Esclusione legittima se le offerte presentate da due imprese sono imputabili ad un unico centro decisionale

di Rita Maiolo

Data di pubblicazione: 20-2-2017

In base a un consolidato orientamento la sussistenza di una posizione di controllo societario ai sensi dell'articolo 2359 cod. civ., ovvero la sussistenza di una più generica "relazione, anche di fatto" fra due concorrenti è condizione necessaria, ma non anche sufficiente perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate. A tal fine (recependo un'indicazione fornita in modo netto dalla Corte di Giustizia) è altresì necessario che la stazione appaltante fornisca adeguata prova (anche in virtù dei meccanismi presuntivi civilistici) circa il fatto "[che] la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale", ex art. 38, lett. m-quater, del D. Lgs. 163/2006.

La prova in concreto da parte dell'Amministrazione circa la sussistenza dell'unicità del centro decisionale (attraverso l'allegazione di elementi plurimi, precisi e concordanti) costituisce ex se elemento idoneo a violare i generali principi in tema di *par condicio*, segretezza e trasparenza delle offerte, senza che sia dunque necessario provare anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale (1).

(1) Conforme Consiglio di Stato, Sez. V, 1 agosto 2015 n. 3772; Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1091; Ad. Plen. 6 novembre 2013, n. 24, § 9.8 della parte in diritto; Consiglio di Stato, Sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 agosto 2012 n. 4654.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 3942 del 2016, proposto dalla società Giafra S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Oreste Morcavallo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Arno, n.

6

contro

Comune di Trieste, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maritza Filipuzzi, Aldo Fontanelli e Maria Serena Giraldi, con domicilio eletto presso l'avvocato Aldo Fontanelli in Roma, via Emilio De' Cavalieri, n. 11;
Giovanni Cramer & Figli S.n.c., non costituita in giudizio;

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 4370 del 2016, proposto dalla società Femac S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Carmela Vadala', domiciliata presso la Segreteria della Quinta Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13

contro

Comune di Trieste, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Aldo Fontanelli, Maria Serena Giraldi e Maritza Filipuzzi, con domicilio eletto presso l'avvocato Aldo Fontanelli in Roma, via Emilio De' Cavalieri, n. 11

per la riforma:

quanto al ricorso n. 3942 del 2016, della sentenza del T.a.r. Friuli Venezia Giulia - Trieste: Sezione I, n. 111/2016;

quanto al ricorso n. 4370 del 2016, della sentenza del T.a.r. Friuli Venezia Giulia - Trieste: Sezione I, n. 112/2016.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in entrambi giudizi del Comune di Trieste;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Oreste Morcavallo, Aldo Fontanelli e Francesco Lilli, quest'ultimo su delega dell'avvocato Vadala';

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. del Friuli Venezia Giulia - recante il n. 13/2016 - la Giafra s.r.l., premesso di aver partecipato alla gara di appalto indetta dal Comune di Trieste per l'affidamento dei lavori di realizzazione degli spogliatoi e del nuovo campo in erba sintetica nel nuovo calcio di Campanelle – lotto I, riferiva di essere stata esclusa dalla procedura per ritenuta violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera m-quater) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in quanto la sua offerta e quella di un'altra impresa in gara (la Femac s.r.l.) sarebbero risultate riferibili a un unico centro decisionale, in tal modo palesando la carenza di indipendenza, serietà e affidabilità che avrebbe caratterizzato entrambe le offerte.

Con sentenza 31 marzo 2016, n. 111, l'adito tribunale ha respinto il ricorso dichiarandolo infondato.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla Giafra s.r.l. (ricorso n. 3942/2016), la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

- 1) *Error in iudicando per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lettera m-quater del decreto legislativo n. 163 del 2006;*
- 2) *Error in procedendo – Integrazione in sede giudiziale della motivazione del provvedimento impugnato – Difetto di motivazione – Travisamento dei fatti;*
- 3) *Error in procedendo e in iudicando per insanabile contrasto con i principi di proporzionalità e ragionevolezza; Violazione del principio della massima partecipazione alle gare e di libertà di impresa;*
- 4) *Omessa pronuncia in merito alla denunciata insussistenza dei presupposti della segnalazione effettuata ai sensi dell'art. 8, lettera r) del d.P.R. 207 del 2010.*

Si è costituito in giudizio il Comune di Trieste il quale ha concluso nel senso della tardività dell'appello nonché – nel merito – per la sua infondatezza.

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. del Friuli Venezia Giulia - recante il n. 15/2016 - anche la società Femac s.r.l. (i.e.: l'altra concorrente esclusa dalla gara per ritenuta sussistenza di un unico centro decisionale) chiedeva l'annullamento del provvedimento di esclusione.

Con sentenza 31 marzo 2016, n. 112 l'adito tribunale ha respinto anche questo ricorso, dichiarandolo infondato.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla Femac s.r.l. (ricorso n. 4370/2016), la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

- 1) *Error in iudicando per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater) del Codice dei contratti pubblici – Eccesso di potestà per assenza ed erroneità dei presupposti in fatto e in diritto;*

2) *Error in procedendo per inammissibilr integrazione in sede giurisdizionale della motivazione del provvedimento impugnato – Carenza, difetto, incongruità della motivazione;*

3) *Error in procedendo e in iudicando per insanabile contrasto con i principi in materia di svolgimento delle pubbliche gare di appalto, manifesta ingiustizia e irragionevolezza;*

4) *Omessa pronuncia in merito alla denunciata insussistenza dei presupposti della segnalazione effettuata ai sensi del'art. 8, lettere r) ed s) del d.P.R. 207 del 2010.*

Anche in questo giudizio si è costituito in giudizio il Comune di Trieste, il quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Alla pubblica udienza del 12 gennaio 2017 i due ricorsi sono stati trattenuti in decisione

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello n. 3942/2016 proposto dalla società Giafra s.r.l., attiva nel settore degli appalti pubblici di lavori (la quale aveva partecipato a una gara di appalto indetta dal Comune di Trieste per l'affidamento dei lavori afferenti il campo di calcio di Campanelle ed era stata esclusa per violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera m-*quater*) del decreto legislativo n. 163 del 2006), avverso la sentenza del T.A.R. del Friuli Venezia Giulia con cui è stato respinto il ricorso avverso il provvedimento con cui la stazione appaltante l'ha esclusa dalla gara ritenendo che la sua offerta palesasse l'unicità di centro decisionale con altra partecipante alla medesima gara.

Giunge altresì il ricorso in appello n. 4370/2016 proposto dalla società Femac s.r.l., anch'essa esclusa dalla gara per la medesima ragione, avverso la sentenza del T.A.R. del Friuli Venezia Giulia con cui è stato respinto il ricorso dalla stessa proposto avverso il provvedimento di esclusione.

2. Il Collegio ritiene in primo luogo di disporre la riunione dei due ricorsi in epigrafe, sussistendo evidenti ragioni di connessione oggettiva e in parte soggettiva (art. 70 cod. proc. amm.).

3. Nel merito gli appelli in epigrafe sono infondati.

3.1. E' pacifico in atti che la *res controversa* debba essere esaminata e risolta facendo applicazione della previsione di cui alla lettera m-*quater*) del decreto legislativo n. 163 del 2006.

La disposizione in parola stabilisce che “[sono escluse dalla gara le imprese concorrenti] 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”.

La disposizione in parola è stata introdotta dal Legislatore nazionale (articolo 3, comma 1 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166) al fine di conformarsi ai rilievi sollevati dalla Corte di giustizia con la sentenza 19 maggio 2009 in causa C-538/07.

Come è noto, la Corte aveva stigmatizzato la previsione di cui all'articolo 10, comma 1-bis della l. 11 febbraio 2004, n. 109, censurando il divieto di sostanziale partecipazione contestuale da parte di imprese per le quali sussistesse un rapporto di controllo o di collegamento ai sensi dell'articolo 2359 cod. civ., senza lasciare alle imprese coinvolte la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.

Occorre pertanto stabilire se la posizione delle appellanti GIAFRA s.r.l. e FEMAC s.r.l. si ponesse in contrasto con la richiamata previsione della lettera *m-quater*) dell'articolo 38, cit. (disposizione, questa, della cui compatibilità con l'ordinamento eurounitario non è allo stato dato di dubitare).

3.2. In base a un consolidato orientamento (peraltro, correttamente richiamato dalle stesse appellanti) la sussistenza di una posizione di controllo societario ai sensi dell'articolo 2359 cod. civ., ovvero la sussistenza di una più generica "*relazione, anche di fatto*" (secondo una formulazione comprensibilmente ampia) fra due concorrenti è condizione necessaria, ma non anche sufficiente perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate.

A tal fine (recependo un'indicazione fornita in modo netto dalla Corte di giustizia) è altresì necessario che la stazione appaltante fornisca adeguata prova circa il fatto "*[che] la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale*".

Tuttavia (si tratta di due notazioni del tutto centrali ai fini del decidere):

- la prova in concreto circa la sussistenza di un unico centro decisionale può essere fornita dall'amministrazione - e sulla scorta di generali principi - anche ricorrendo a meccanismi presuntivi ai sensi degli articoli 2727 e 2729 cod. civ.;

- ciò che deve essere provato, ai sensi della richiamata disposizione, è soltanto l'unicità del centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale. Ciò, 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 (in tal senso -*ex multis* -: Cons Stato, V, 18 luglio 2012, n. 4189).

3.3. Ebbene, per quanto riguarda la prima delle richiamate notazioni (quella relativa alla sussistenza di indizi gravi, precisi e concordanti circa l'esistenza di unico centro decisionale fra le odierne appellanti) il Collegio ritiene che gli elementi a tal fine valorizzati nell'ambito della sentenza impugnata deponessero in modo del tutto adeguato nel senso di tale sussistenza.

Depongono univocamente in tal senso:

- i) il fatto che il signor Francesco Mollo fosse amministratore e legale rappresentante della GIAFRA s.r.l., nonché procuratore speciale della FEMAC s.r.l.;
- ii) il fatto che lo stesso signor Francesco Mollo fosse socio al cinquanta per cento della GIAFRA s.r.l. e socio al cinquanta per cento in comunione pro indiviso della FEMAC s.r.l.;
- iii) il fatto che il ridetto signor Mollo avesse sottoscritto le dichiarazioni di cui all'articolo 38 del previgente 'Codice dei contratti' per entrambe le società in questione;
- iv) il fatto che gli amministratori di tali società risiedono entrambi nella medesima località;
- v) il fatto che le società in questione si avvalgono delle medesime società di attestazione e si sono avvalse del medesimo ufficio postale per inviare la domanda di partecipazione alla gara.

In particolare (e senza sminuire il valore indiziante di cui agli elementi sub iii), iv) e v), la Sezione ritiene dirimenti ai fini del decidere gli elementi *sub* i) e ii) i quali testimoniano l'esistenza di strutture societarie obiettivamente ridotte, su base eminentemente personalistica e in relazione alle quali appare oggettivamente inverosimile escludere (nella richiamata logica delle presunzioni semplici *ex artt.* 2727 e 2729 cod. civ.) la sussistenza di un unico centro di imputazione di interessi.

Più in particolare la Sezione ritiene qui di prestare puntuale adesione (non rinvenendosi ragioni per discostarsene) ai principi espressi nella pronuncia della Sezione n. 3772/2015.

Nell'occasione questo Consiglio di Stato ha osservato che, ai sensi dell'articolo 2749-bis del codice civile, l'assemblea dei soci è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta. Ne consegue che il titolare di tale porzione del capitale (nel caso di specie, il signor Francesco Mollo) sia in grado di assumere tutte le decisioni necessarie per il funzionamento della società (in tal senso, v. anche Cons. Stato, V, sent. 4654 del 2012).

Più in generale, la richiamata sentenza di questo Consiglio ha delineato il principio (in seguito coerentemente declinato dalla decisione impugnata) secondo cui nelle piccole società su base personalistica la dimostrazione della sussistenza di un centro decisionale unitario (in capo ai legali rappresentanti e/o ai detentori di quote maggioritarie del capitale) non richiede un particolare sforzo probatorio da parte delle stazioni appaltanti, atteso che essa rappresenta un dato di fatto coesistente alle richiamate posizioni personali (e alle conseguenti strutture societarie).

3.4. In definitiva, i richiamati intrecci fra le posizioni proprietarie e i ruoli decisionali nell'ambito delle società GIAFRA e FEMAC depongono oltre ogni ragionevole dubbio (e nella più volte richiamata logica presuntiva) nel senso dell'effettiva riferibilità delle società in questione a un unico centro decisionale e giustificano – per ciò solo – l'adozione del provvedimento di esclusione.

Ciò esime il Collegio dall'esame puntuale dei motivi con cui si è lamentata l'erroneità dell'opinamento dei primi Giudici, secondo cui i ribassi percentuali "abbastanza vicini" offerti dalle due concorrenti testimonierebbero altresì l'esistenza del richiamato unico centro decisionale.

Al riguardo ci si limita comunque ad osservare che l'identità dei ribassi fra le imprese sospettate di essere riconducibili a un unico centro decisionale rappresenta uno soltanto degli indici di tale riconducibilità (un indice che, *ex se*, non risulta né necessario, né sufficiente al fine dell'espressione della valutazione finale).

Ed infatti, se è vero che l'identità dei ribassi fornisce un importante (ma non dirimente) elemento nel senso della sussistenza di un siffatto centro di interessi, ciò non esclude che la sussistenza di tale unicità possa essere desunta *aliunde* da ulteriori e diversi elementi, quali quelli dinanzi divisati *sub* 3.3.

Del resto – come si è già detto in precedenza –, ai sensi della pertinente normativa eurounitaria e nazionale, grava sulla stazione appaltante il solo compito di individuare gli indici dell'esistenza di un unico centro decisionale e non anche il compito di provare in concreto l'avvenuta alterazione del gioco concorrenziale, ovvero il compito di indagare le ragioni di convenienza che possono aver indotto l'unitario centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse fra loro.

Si tratta di valutazioni ulteriori che non incidono sulla valenza *ex se* preclusiva ed escludente della violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera *m-quater*) del previgente 'Codice'.

3.5. Occorre aggiungere che, una volta fornita dall'amministrazione un'adeguata comprova in ordine alla sussistenza di un unico centro decisionale (attraverso l'allegazione di elementi plurimi, precisi e concordanti – Cons. Stato, VI, 22 febbraio 2013, n. 1091 -), le imprese interessate avrebbero bensì potuto fornire un'adeguata e puntuale prova in contrario (*i.e.*: nel senso della genuinità e dell'autonomia delle offerte formulate), ma hanno omesso del tutto di avvalersi di tale possibilità.

Al contrario le odierne appellanti si sono limitate – sia nella fase procedimentale che nella presente sede processuale - a contestare in modo generico l'operato della stazione appaltante sulla base di indicazioni e orientamenti di matrice essenzialmente giurisprudenziale (peraltro, in molti casi, idonei piuttosto a indebolire che non a confermare le tesi delle appellanti stesse).

3.6. Le ragioni dinanzi esposte inducono altresì a non accogliere il motivo di ricorso con cui si è lamentato che, nel caso in esame, si sarebbe verificata un'inammissibile ipotesi di integrazione *ex post* della motivazione del provvedimento, atteso che l'amministrazione si sarebbe inizialmente limitata a contestare la struttura societaria delle appellanti, salvo poi allegare solo in giudizio ulteriori elementi in fatto (in seguito condivisi dal T.A.R.) idonei a provare la richiamata unicità di centro decisionale.

Al riguardo ci si limita ad osservare che (per le ragioni già esposte retro, *sub* 3.3.) anche le

sole ragioni inizialmente contestate dall'amministrazione (*i.e.*: quelle relative alla struttura della compagine sociale della GIAFRA s.r.l. e della FEMAC s.r.l.) risultavano di per sé idonee a supportare in modo adeguato la determinazione espulsiva.

3.7. Ed ancora, non può essere condiviso il motivo con cui le appellanti GIAFRA s.r.l. e FEMAC s.r.l. lamentano che il provvedimento espulsivo impugnato in primo grado si ponga in contrasto con i principi di proporzionalità e di ragionevolezza i quali impediscono l'applicazione di automatismi espulsivi nel caso di imprese controllate o collegate ai sensi dell'articolo 2359 cod. civ.

Al riguardo ci si limita ad osservare che l'attuale formulazione del decreto legislativo n. 163 del 2006, articolo 38, comma 1, lettera *m-quater*) (disposizione che declina in modo corretto le statuizioni rese dalla Corte di giustizia con la sentenza in causa C-538/07) non applica il paventato regime di automatismo espulsivo, ma connette l'esclusione dalla gara soltanto laddove sussistano in atti elementi concreti che testimonino la sussistenza di un unico centro di imputazione di interessi, con quanto ne consegue in termini di compromissione della *par condicio* concorrenziale e della necessaria segretezza delle offerte.

3.8. Non può infine essere accolto il quarto dei motivi articolati dalla GIAFRA s.r.l. e dalla FEMAC s.r.l. le quali hanno contestato il passaggio con cui i primi giudici hanno rilevato la dichiarazione negativa in ordine alla sussistenza di una situazione di controllo.

Al riguardo ci si limita ad osservare che tale indicazione non presenta un rilievo dirimente ai fini della presente decisione, atteso che l'esclusione deve essere confermata in ragione della rilevata unicità del centro decisionale, secondo quanto dinanzi osservato.

4. Per le ragioni sin qui esposte i ricorsi in epigrafe (che devono essere riuniti ai sensi dell'art. 70 cod. proc. amm.) devono essere respinti.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa riunione, li respinge.

Condanna le appellanti alla corresponsione in favore del Comune appellato della complessiva somma di euro 7.000, il cui onere deve restare ripartito nella misura di euro 3.500 (tremilacinquecento) a carico di ciascuna appellante.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Guida alla lettura

La pronuncia si segnala poiché, nonostante si allinei al consolidato orientamento giurisprudenziale maturato in merito, coglie l'occasione per puntualizzare quali siano gli elementi che rendono sostanzialmente coincidenti due offerte distinte solo all'apparenza. Invero, laddove **la stazione appaltante individui degli indizi gravi, precisi e concordanti circa l'esistenza di unico centro decisionale cui fanno capo due imprese partecipanti ad una gara pubblica, la conseguenza inevitabile consiste nell'emanazione di un provvedimento espulsivo che abbia come destinatarie entrambe.**

Ebbene, proprio il *modus operandi* appena descritto è quello adottato dall'Amministrazione aggiudicatrice nella procedura di evidenza oggetto della controversia, poi avallato, in quanto reputato legittimo, sia dal Giudice di prime cure che da quello di appello.

In punto di fatto, due società avevano partecipato singolarmente ad una gara d'appalto indetta da un Ente comunale per l'affidamento di alcuni lavori; la stazione appaltante le aveva successivamente escluse entrambe poiché aveva ritenuto che la singola offerta palesasse l'unicità di centro decisionale con l'altra partecipante e viceversa.

Ai fini della risoluzione della *res litigiosa* la Quinta Sezione, previa riunione dei due gravami per evidenti ragioni di connessione soprattutto oggettiva, prende le mosse dalla **disposizione contenuta nell'art. 38, lett. m-quater, del vecchio Codice dei Contratti**, secondo cui: *"[sono escluse dalla gara le imprese concorrenti] 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"*.

L'introduzione di tale norma è stata suggerita dalla Corte di Giustizia che, nella decisione del 19 maggio 2009 in causa C-538/07, aveva stigmatizzato la previsione di cui all'articolo 10, comma 1-bis della l. 11 febbraio 2004, n. 109, censurando il divieto di sostanziale partecipazione contestuale da parte di imprese per le quali sussistesse un rapporto di controllo o di collegamento ai sensi dell'articolo 2359 cod. civ., senza lasciare alle concorrenti la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non avesse influito sul loro rispettivo

comportamento nell'ambito di una gara.

Ciò posto, il Collegio si interroga sul se la posizione delle due imprese appellanti potesse o meno contrastare con la previsione di cui all'art. 38, lett. m-quater in esame.

Sul punto, si osserva che **in base a un consolidato orientamento giurisprudenziale la sussistenza di una posizione di controllo societario ai sensi dell'articolo 2359 cod. civ., ovvero di una più generica "relazione, anche di fatto" fra due concorrenti è una condizione necessaria, ma non anche sufficiente perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate.** A tal fine, è altresì necessario che la stazione appaltante fornisca adeguata prova (anche ricorrendo a meccanismi presuntivi di cui agli articoli 2727 e 2729 cod. civ.) **circa il fatto "[che] la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale".**

Si precisa, inoltre, che **ciò che deve essere provato**, ai sensi della richiamata disposizione, è **soltanto l'unicità del centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale**, poiché si ritiene che **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.**

Applicando queste coordinate ermeneutiche al caso di specie, i Giudici della Quinta Sezione rilevano che **ad assumere valore indiziante, e dunque dirimente ai fini del decidere, siano in particolare due elementi:** la circostanza che il medesimo soggetto fosse amministratore e legale rappresentante di un società, nonché procuratore speciale dell'altra; e il fatto che lo stesso soggetto fosse socio al cinquanta per cento di una società e socio al cinquanta per cento in comunione pro indiviso dell'altra. Questi due dati, unitamente ad altri precisamente individuati in motivazione, **testimoniano l'esistenza di strutture societarie obiettivamente ridotte, su base eminentemente personalistica e in relazione alle quali appare oggettivamente inverosimile escludere**, anche nella logica delle presunzioni civilistiche semplici, **la sussistenza di un unico centro di imputazione di interessi.**

In definitiva, prosegue il Collegio, **"i richiamati intrecci fra le posizioni proprietarie e i ruoli decisionali nell'ambito delle società depongono oltre ogni ragionevole dubbio (e nella più volte richiamata ottica presuntiva) nel senso dell'effettiva riferibilità delle società in questione a un unico centro decisionale e giustificano – per ciò solo – l'adozione del provvedimento di esclusione".**

In merito alla prova che si richiede **alla stazione appaltante**, la Sezione ribadisce poi il medesimo principio affermato in precedenza secondo cui su di essa **grava il solo compito di individuare gli indici dell'esistenza di un centro decisionale unitario e non anche il compito di provare in concreto l'avvenuta alterazione del gioco concorrenziale, ovvero il compito di indagare le ragioni di convenienza che possono aver indotto l'unico centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse fra loro.** Si tratta, invero, di valutazioni ulteriori che non incidono sulla valenza *ex se* preclusiva ed escludente della violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera *m-quater*) del previgente "Codice".

Infine, i Giudici d'appello osservano altresì che una volta fornita dall'amministrazione un'adeguata prova in ordine alla sussistenza di un unico centro decisionale, attraverso l'allegazione di elementi plurimi, precisi e concordanti, **le imprese interessate avrebbero potuto fornire un'adeguata e puntuale prova in contrario (ovvero nel senso della genuinità e dell'autonomia delle offerte formulate), ma nella fattispecie hanno omesso del tutto di avvalersi di tale possibilità**, essendosi limitate a contestare in modo generico l'operato della stazione appaltante sulla base di indicazioni e orientamenti di matrice essenzialmente giurisprudenziale.

In chiusura, si segnala come **la locuzione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m-quater, del D. Lgs. 163/2006 sia stata pedissequamente riprodotta anche nel nuovo Codice dei Contratti (D. Lgs. 50/2016) e precisamente nell'art. 80, comma 5, lett. m)**, norma rubricata "*motivi di esclusione*". Emerge, pertanto, **l'intenzione del Legislatore di preservare la comminatoria della sanzione espulsiva dalle gare pubbliche nei confronti di quegli operatori economici che, sebbene facenti capo ad un centro decisionale unitario, presentino due offerte distinte alterando, di fatto, i meccanismi concorrenziali.**