

Imputabilità delle offerte a un “unico centro decisionale”: le coordinate giurisprudenziali in tema di accertamento

di Bianca Amelia Nocco

Data di pubblicazione: 24-5-2024

La giurisprudenza amministrativa ha fornito numerose indicazioni sulla identificazione di situazioni che concretizzano fattispecie di collegamento, individuando una serie di indici, che per assurgere a presupposti del provvedimento di esclusione devono avere le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, che spetta all'amministrazione valutare in concreto (...).

Il percorso istruttorio che la stazione appaltante deve svolgere per la verifica della esistenza di un unico centro decisionale comporta:

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.

N. 04165/2024 REG.PROV.COLL.
REG.RIC.

N. 00515/2024

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 515 del 2024, proposto dalla -OMISSIS- in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con la società -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9311183748, 931118481B,

93111972D7, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Follieri, Donato Traficante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Basilicata, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituita in giudizio;
Acquedotto Lucano S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

-OMISSIS-, -OMISSIS-, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

-OMISSIS-, -OMISSIS-, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Vito Agresti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via dei Banchi Nuovi n. 58/A;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata n. 751, depositata il 27 dicembre 2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società -OMISSIS- e l'intervento *ad adiuvandum* delle società -OMISSIS- -OMISSIS-, e -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2024 il consigliere Marina Perrelli e uditi per le parti gli avvocati Follieri, Traficante, Agresti e Vagnucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. I fatti rilevanti ai fini del decidere possono essere così sintetizzati:

- a) l'ATI appellante ha partecipato alla procedura per l'affidamento del servizio di manutenzione di pronto intervento, migliorie programmate ed urgenti su reti idriche e fognarie gestite dall'Acquedotto Lucano s.p.a., suddivisa in 17 lotti con vincolo di aggiudicazione, concorrendo per i lotti nn. 1, 2, 12 e 15;
- b) nella seduta pubblica del 26 aprile 2023 la Commissione ha aggiudicato in via provvisoria all'ATI appellante i lotti nn. 1, 2 e 15 e, all'esito della verifica dell'anomalia, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in suo favore dei lotti n. 1, 2 e 15, con la determina dirigenziale n. -OMISSIS- del 21 giugno 2023;
- c) con nota del 26 giugno 2023 la stazione appaltante ha comunicato di voler procedere alla sospensione della determina di aggiudicazione, *“dovendo verificare quanto stabilito dalla legge di gara in ordine al conteggio del numero massimo di lotti aggiudicabili”*;
- d) con determina dirigenziale della SUA-RB n. -OMISSIS- del 4 luglio 2023 è stato disposto l'annullamento della determina del 21 giugno 2023 in considerazione della necessità di verificare l'esistenza di una situazione di controllo tra i partecipanti di cui all'art. 2359 c.c. o di una qualsiasi relazione, anche di fatto, che comporti l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, con conseguente *“avvio di ulteriori controlli atti a verificare il conteggio del numero massimo di lotti aggiudicabili”* e riconvocazione della Commissione;
- e) la predetta determina è stata impugnata dall'odierna appellante dinnanzi al T.a.r. per la Basilicata deducendone l'illegittimità per violazione dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 sotto il profilo dell'omesso esame degli interessi in gioco, del difetto di proporzionalità e di quello di istruttoria perché la stazione appaltante avrebbe annullato l'aggiudicazione in autotutela prima di accertarne i vizi di legittimità, nonché per violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 non potendosi considerare la nota del 26 giugno 2023, con la quale veniva preannunciata la sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione, quale comunicazione di avvio del procedimento per l'annullamento della stessa;
- f) nelle more del giudizio, con la determina dirigenziale della SUA-RB n. -OMISSIS- del 31 agosto 2023, comunicata l'1 settembre 2023, unitamente alla relazione del responsabile del procedimento, corredata delle appendici nn. 1, 2 e 3 e dei verbali della Commissione del 23 luglio 2023 e del 2 agosto 2023, la stazione appaltante:
- 1) ha preso atto delle risultanze dei lavori della Commissione che ha accertato la sussistenza di una relazione di fatto comportante l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, individuato con il n. 2, composto da cinque concorrenti - l'ATI appellante, -OMISSIS-, -OMISSIS-, ATI -OMISSIS-- -OMISSIS- e l'ATI -OMISSIS---OMISSIS-;
 - 2) ha dichiarato l'esclusione dell'ATI appellante dal lotto n. 15, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), del d. lgs. n. 50 del 2016, in ragione della partecipazione allo stesso dell'ATI interveniente, facente parte del centro unico decisionale n. 2;
 - 3) ha riformulato le aggiudicazioni e, per l'effetto, i lotti nn. 1 e 2 sono stati aggiudicati rispettivamente alle controinteressate società Santoro a r.l. e società IMD a r.l. poiché in forza

del vincolo di aggiudicazione il centro unico decisionale n. 2 si era già aggiudicato altri tre lotti individuati secondo il criterio del lotto di maggiore rilevanza economica (la società -OMISSIS- il lotto n. 8, la società -OMISSIS- il n. 13 e l'ATI -OMISSIS-- -OMISSIS-il n. 16);

f) tale ultima determina, unitamente agli allegati, è stata impugnata con motivi aggiunti dinnanzi al T.a.r. per la Basilicata deducendone l'illegittimità derivata per effetto dell'illegittimità della determina di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, gravata con il ricorso introduttivo, nonché per violazione dell'art. 80, comma 5 lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016 perché non sussisterebbero gli elementi per affermare la relazione di fatto costituente il presunto centro unico decisionale n. 2, la cui dimostrazione sarebbe stata basata solo sulle "identiche modalità formali di redazione delle offerte, in considerazione del fatto che si sono avvalsi del medesimo centro di consulenza per la redazione delle stesse", elemento riferito alla sola offerta tecnica e non a quella economica, nonostante i contenuti significativi dell'offerta tecnica per l'attribuzione dei punteggi fossero differenziati, come da comparazione tra le relazioni dell'ATI -OMISSIS- e dell'ATI -OMISSIS-presentate per il lotto n. 15;

g) con la sentenza n. 751, pubblicata il 27 dicembre 2023 e non notificata, il T.a.r. per la Basilicata ha rigettato il ricorso e i motivi aggiunti, con condanna alle spese di lite.

1.2. La società appellante ha chiesto la riforma della predetta sentenza deducendone l'erroneità:

1) per errore nella lettura delle acquisizioni documentali, per errore di diritto nella valutazione del primo motivo del ricorso introduttivo, per violazione degli artt. 24 e 113 Cost., degli artt. 3, 7 e 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, per eccesso di potere per difetto di proporzionalità, per difetto di istruttoria e di motivazione;

2) per illegittimità derivata della determina dirigenziale della SUA-RB n. -OMISSIS- del 31 agosto 2023 per effetto dell'illegittimità della determina di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione iniziale;

3) per malgoverno del materiale documentale, per errore di fatto e di diritto, per violazione dell'art. 80, comma 5 lett. m), del d.lgs. n. 50/2016, per difetto degli elementi per affermare la relazione di fatto costituente il presunto centro unico di decisione n. 2, per eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza probatoria, travisamento dei fatti, irrazionalità manifesta e mancanza di proporzionalità.

2. La Regione Basilicata e l'Acquedotto Lucano s.p.a., benché ritualmente citati, non si sono costituiti in giudizio.

3. La società CO. E SE – Costruzioni e Servizi a r.l. si è costituita in giudizio, ha riproposto, ai sensi dell'art. 101 c.p.a., l'eccezione di improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuto difetto di interesse, a seguito dell'adozione della determina dirigenziale del 31 agosto 2023, impugnata con i motivi aggiunti, che avrebbe determinato l'inutilità dell'annullamento del provvedimento di autotutela ed ha concluso nel merito per il rigetto dell'appello.

4. Le società -OMISSIS- -OMISSIS- e -OMISSIS- hanno depositato in data 6 febbraio 2024 intervento *ad adiuvandum*, affermando di avere avuto conoscenza del giudizio di appello, come anche di quello di primo grado, tramite la nota prot. n. -OMISSIS- del 2 febbraio 2024 con la quale l'ANAC ha comunicato la sospensione del procedimento sanzionatorio per l'iscrizione nel casellario informatico di annotazione interdittiva, ai sensi dell'art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, e per l'applicazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 213, comma 13, del detto d.lgs..

4.1. Nel merito le intervenienti hanno concluso per l'accoglimento dell'appello e per la riforma della sentenza appellata.

5. All'udienza camerale dell'8 febbraio 2024, su richiesta dell'appellante, la misura cautelare è stata abbinata al merito, fissato per l'11 aprile 2024.

6. Le parti costituite hanno depositato memorie e repliche ai sensi dell'art. 73 c.p.a. e all'udienza dell'11 aprile la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. L'ATI appellante ha chiesto la riforma della sentenza di primo grado sul presupposto che l'accertamento dell'inesistenza di un centro unico decisionale, contraddistinto dal n. 2, tra i cinque operatori economici determinerebbe la reviviscenza della determina dirigenziale del 21 giugno 2023 e, quindi, dell'aggiudicazione in suo favore dei lotti nn. 1, 2 e 15, ovvero, in via subordinata, l'accertamento dell'assenza di elementi per ritenere l'ATI interveniente come parte dell'unico centro decisionale n. 2 e, per l'effetto, l'annullamento della sua esclusione dal lotto 15 che, sebbene non determinerebbe l'aggiudicazione in suo favore dello stesso, impedirebbe l'adozione dei provvedimenti sanzionatori da parte dell'ANAC.

8. Occorre esaminare, in via preliminare, l'eccezione di inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* sollevata dalla controinteressata sul presupposto che le società intervenienti, quali mandante e mandataria di uno degli RTI appartenenti al "centro decisionale n. 2" posto a base dell'esclusione dal lotto 15, non potrebbero eludere i termini decadenziali intervenendo, peraltro solo in appello, nel giudizio incardinato da altro operatore economico escluso per la medesima ragione.

Ad avviso della società controinteressata, infatti, anche nell'ipotesi di accoglimento dell'appello, le intervenienti non potrebbero beneficiare della caducazione del provvedimento di esclusione dal lotto 15, né tale esito potrebbe incidere sull'accertamento della loro appartenenza al "centro decisionale n. 2" a fronte del consolidamento dell'esclusione dai lotti 9, 10 e 11 che esula dal presente giudizio e che non è stata tempestivamente impugnata.

8.1. Le intervenienti *ad adiuvandum*, pur non contestando le circostanze fattuali dedotte dalla controinteressata, hanno esposto di avere avuto notizia del giudizio di primo grado e del presente appello tramite la nota prot. -OMISSIS- del 2 febbraio 2024 con la quale l'ANAC ha comunicato la sospensione del procedimento sanzionatorio per l'iscrizione nel casellario informatico di annotazione interdittiva, ai sensi dell'art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, e

per l'applicazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 213, comma 13, del detto d.lgs.. L'ANAC, dato atto che *"il giudizio riguarda la sussistenza della relazione di fatto comprovante l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, individuato con il n. 2 negli atti della SA, composto da 5 concorrenti"* - l'ATI appellante e tutti i soggetti coinvolti nel procedimento, ivi comprese le intervenienti -, ha ritenuto che sussistessero i presupposti di cui all'art. 16, comma 3, del Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio per sospenderlo. Di qui l'interesse all'esito della causa solo nella misura in cui l'accertamento sull'esistenza o meno di un unico centro decisionale tra l'appellante, l'interveniente e gli altri concorrenti individuati dalla SA possa ripercuotersi nella procedura amministrativa avviata dall'ANAC.

8.2. Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, la titolarità dell'interesse legittimo, che fonda la legittimazione al ricorso, non spetta soltanto a coloro che figurano, formalmente, come i destinatari del provvedimento e dei suoi effetti giuridici, ma va riconosciuta a tutti coloro che dimostrino di trovarsi in una particolare situazione, di fatto o di diritto, correlata con l'atto ritenuto pregiudizievole. Pertanto, non è dubitabile che anche chi alleggi gli effetti negativi di una decisione amministrativa, la quale non lo indica espressamente tra i suoi destinatari, può agire in giudizio per la tutela della situazione giuridica, normativamente qualificata e differenziata, di cui è titolare.

Al fine di selezionare coloro che possono ritenersi individualmente incisi dall'esercizio illegittimo del potere - e, per questo, siano titolari di una posizione anche differenziata, oltre che qualificata - la giurisprudenza ha elaborato il criterio dell'attitudine lesiva dell'atto, in virtù del quale l'istante deve allegare e dimostrare il pregiudizio personale, e non meramente 'organico' o 'collettivo', che abbia subito o rischi di subire a causa dell'iniziativa altrui (Cons. Stato, sez. II, n.10589/2023).

8.3. Alla luce dei predetti principi, il Collegio ritiene che l'intervento sia ammissibile in considerazione della correlazione operata dall'ANAC tra l'esito del presente giudizio e la procedura amministrativa sanzionatoria di cui le intervenienti sono destinatarie, come dimostra la nota prot. -OMISSIS- del 2 febbraio 2024; né l'intervento spiegato implica un'elusione del termine decadenziale in quanto le intervenienti non contestano, né potrebbero contestare, attraverso lo stesso la loro esclusione dal lotto 15 ovvero dagli altri lotti, non oggetto del presente giudizio, ma aderiscono alle censure sollevate dall'ATI appellante in ordine all'attività amministrativa della stazione appaltante che ha condotto alla sua esclusione dal detto lotto sul presupposto dell'esistenza di un unico centro decisionale.

9. Deve essere disattesa anche l'eccezione di improcedibilità del ricorso originario per sopravvenuto difetto di interesse. a seguito dell'adozione della determina dirigenziale del 31 agosto 2023, reiterata anche in appello dalla controinteressata.

9.1. Con la determina dirigenziale della SUA-RB n. -OMISSIS- del 4 luglio 2023 è stato disposto l'annullamento dell'originaria determina di aggiudicazione all'ATI appellante dei lotti nn. 1, 2 e 15 in considerazione del vincolo di aggiudicazione previsto dalla *lex specialis* e della necessità di verificare l'esistenza di una situazione di controllo tra partecipanti di cui all'art. 2359 c.c. o di una qualsiasi relazione, anche di fatto, che comporti l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, con conseguente *"avvio di ulteriori controlli atti a verificare il*

conteggio del numero massimo di lotti aggiudicabili” e riconvocazione della Commissione.

Con la successiva determina dirigenziale della SUA-RB n. -OMISSIS- del 31 agosto 2023: a) si è preso atto *“del verbale della Responsabile del procedimento del 05/07/2023, allegato alla presente determina facendone parte integrante e sostanziale, con il quale si è proceduto a verificare la presenza di centri decisionali unici nella procedura di gara”;*

b) per quanto di interesse nel presente giudizio, è stata dichiarata *“l’esclusione per il lotto 15, ai sensi dell’art.80 comma 5 lettera m) del D.Lgs 50/2016, dei seguenti operatori economici: ATI -OMISSIS-; ATI: -OMISSIS-”;*

c) è stata disposta l’aggiudicazione dei lotti, ai sensi dell’art. 32, comma 5, dei lotti ad altri concorrenti, sul presupposto della sussistenza di una relazione di fatto comportante l’imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, individuato con il n. 2, composto dai predetti cinque concorrenti.

Il Collegio osserva che atto presupposto della determina del 31 agosto 2023 è necessariamente – come si desume anche dai considerando della stessa – la determina di annullamento in autotutela della precedente aggiudicazione poiché altrimenti la stazione appaltante non avrebbe potuto procedere alle ulteriori verifiche circa la sussistenza di un unico centro decisionale composto da cinque concorrenti, né alla successiva esclusione dell’ATI appellante dal lotto 15 e alla nuova aggiudicazione dei lotti 1 e 2 alle controinteressate.

Di qui il persistere dell’interesse dell’ATI appellante alla decisione sia sulla prima che sulla seconda determina. Né, ai fini dell’inversione del rapporto di presupposizione tra i detti provvedimenti prospettato dalla controinteressata, appare dirimente che l’accertamento dei presupposti per l’esclusione dell’ATI appellante avrebbe comunque condotto all’annullamento dell’aggiudicazione originaria. Osserva il Collegio che la prima determina ha annullato l’aggiudicazione di tutti e tre i lotti all’ATI appellante e non solo del lotto n. 15 in relazione al quale è stata dichiarata l’esclusione con la successiva determina del 31 agosto 2023 e che, a prescindere da ogni ulteriore distinguo, l’*iter* procedimentale seguito dalla stazione appaltante è stato quello di eliminare prima l’aggiudicazione definitiva all’appellante per poi procedere agli approfondimenti e alle valutazioni, poste a fondamento della seconda determina.

10. Nel merito l’appello è fondato e merita di essere accolto sotto plurimi profili.

11. Con riguardo alla determina di annullamento in autotutela dell’aggiudicazione definitiva dell’ATI appellante n. -OMISSIS- del 21 giugno dei lotti nn. 1, 2 e 15 nella sentenza appellata il giudice di primo grado afferma che *“la censura di ordine procedimentale non è positivamente apprezzabile, atteso che la determinazione in autotutela risulta preceduta dalla comunicazione di un atto - la nota del 26/6/2023 con cui la stazione appaltante esprimeva l’intenzione di sospendere l’aggiudicazione al fine di “verificare quanto stabilito dalla legge di gara in ordine al conteggio del numero massimo di aggiudicabili” – che, pur non espressamente orientato all’annullamento, ha, nella sostanza, comunque consentito alla ricorrente di interloquire con l’Amministrazione in merito al profilo di illegittimità de quo, con conseguente realizzazione*

della ratio sottesa all'incombente partecipativo di cui all'art. 7 della L. n. 241/1990".

11.1. Ad avviso del Collegio tale affermazione non appare condivisibile in quanto:

a) la nota del 26 giugno 2023 che si limita a comunicare che si sta procedendo alla sospensione dell'efficacia della aggiudicazione, *"dovendo verificare quanto stabilito dalla legge di gara in ordine al conteggio del numero massimo di lotti aggiudicabili"*, senza dire nulla in ordine alla necessità di verificare il possibile collegamento/controllo tra concorrenti, né assegnare all'ATI un termine per presentare osservazioni e/o depositare documentazione;

b) la successiva determina di annullamento in autotutela SUA-RB, n. -OMISSIS- del 4 luglio 2023 menziona per la prima volta l'art. 2359 c.c. e le situazioni di controllo in relazione alle quali l'appellante non è mai stata posta in grado di interloquire, né di esercitare il proprio diritto di partecipazione procedimentale e di difesa.

Premesso che lo scopo degli istituti previsti per favorire la partecipazione procedimentale è di apportare ragioni fattuali e giuridiche da parte dell'interessato che potrebbero contribuire all'emanazione di una diversa determinazione finale, derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in conflitto, il Collegio osserva che l'interlocuzione sulla esistenza o meno di un unico centro decisionale a cui imputare le offerte di più concorrenti sarebbe stata ancor più necessaria in un'ipotesi, quale quella in esame, in cui la stazione appaltante ha ravvisato nell'identità della società di ingegneria incaricata della redazione delle offerte e nella loro sovrapponibilità redazionale, vale a dire su circostanze di natura fattuale, *"l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte"*.

Né si può affermare che tale scopo sia venuto meno e sia di per sé inidoneo a giustificare l'annullamento del provvedimento in quanto il contenuto di quest'ultimo sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, trattandosi di atto discrezionale e non risultando in alcun modo raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità.

12. Sono, altresì, fondate le censure relative alla determina dirigenziale della SUA-RB n. -OMISSIS- del 31 agosto 2023 con la quale si è riconosciuta l'esistenza di un unico centro decisionale composto dall'ATI appellante e da altri quattro concorrenti, ivi incluse l'odierno interveniente.

Nella sentenza appellata si afferma che *"l'accertamento di unicità del centro decisionale non è affidato unicamente al dato dell'identità del consulente incaricato della redazione delle offerte (comune a quattro dei cinque operatori collegati), bensì anche alle ulteriori (sostanziali e convergenti) circostanze per cui dette offerte espongono il medesimo "codice elaborato" ed inoltre le stesse, ivi inclusa quella dell'operatore di cui alla lett. e), presentano elementi di significativa sovrapponibilità redazionale"* e che *" tali indici di collegamento risultano per tabulas, non sono realmente controversi e, complessivamente intesi, risultano dotati quei caratteri di gravità, precisione e concordanza, oltreché di credibilità logica e giustificanti il provvedimento sub iudice"*.

12.1. La giurisprudenza amministrativa ha fornito numerose indicazioni sulla identificazione di

situazioni che concretizzano fattispecie di collegamento, individuando una serie di indici, che per assurgere a presupposti del provvedimento di esclusione devono avere le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, che spetta all'amministrazione valutare in concreto: se, da un lato, l'amministrazione è onerata delle verifiche puntuali degli elementi che fanno ritenere probabile il collegamento societario, dall'altro, non è necessario che effettui una verifica circa il fatto che il collegamento societario abbia in concreto influito sulla presentazione delle offerte e sull'esito della gara (Cons. Stato, IV, n. 3255 del 2021).

Ne consegue che, ai fini dell'esclusione, è sufficiente che si raggiunga un grado di verosimiglianza della sussistenza di un unico centro decisionale secondo un criterio probabilistico che poggia sugli elementi del collegamento di carattere societario, commerciale o comunque relazionale.

Anche nella sentenza di questa Sezione n. 353 del 2024, richiamata sia dall'appellante che dalla controinteressata, è affermato che *"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 (ricependo un'indicazione fornita in modo netto dalla Corte di giustizia) è altresì necessario che venga fornita adeguata prova circa il fatto "[che] la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale"* (Consiglio di Stato, V sezione, 4 gennaio 2018, n. 58). Si è al riguardo precisato che *"ciò che deve essere provato [...] 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 [...]"* (Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496)". (Cons. Stato, sez. V. n. 353 del 2024).

12.2. La citata giurisprudenza ha delineato il percorso istruttorio che la stazione appaltante deve svolgere per la verifica della esistenza di un unico centro decisionale: *"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"* (Cons. Stato, V, n. 69 del 2019; Cons. Stato, V, n. 39 del 2017).

12.3. Applicando i predetti principi al caso di specie il Collegio ritiene, a differenza di quanto affermato dal giudice di primo grado, che il percorso istruttorio svolto dalla stazione appaltante per la verifica della esistenza di un unico centro decisionale non costituisce un'adeguata prova circa il fatto che la relazione di natura sostanziale tra i cinque operatori determini l'imputabilità delle loro offerte ad un unico centro decisionale.

Nel caso in esame non è controverso che non esiste alcun rapporto formale, ai sensi dell'art. 2359 c.c. tra i cinque concorrenti, considerati come facenti parte del centro decisionale individuato al n. 2, né con la società F4 ingegneria a r.l. di cui quattro di loro hanno dichiarato di essersi avvalsi.

La valutazione della stazione appaltante circa l'esistenza del centro decisionale unico n. 2 ha fatto propria la relazione istruttoria redatta da RUP, nella quale se ne argomenta la sussistenza:

a) quanto a quattro di essi in ragione delle *“identiche modalità formali di presentazione delle offerte”* perché *“si sono avvalsi della medesima società per la redazione delle offerte, la F4 ingegneria s.r.l., la quale ha utilizzato il medesimo gruppo di lavoro per la consulenza ai concorrenti della procedura”*, essendo *“tale informazione (...) riportata in chiaro sui frontespizi delle offerte tecniche presentate, dove è altresì presente il codice elaborato “-OMISSIS-” identico per tutte le offerte”*;

b) quanto al quinto operatore che non fa riferimento alla predetta società di ingegneria in quanto *“le relazioni tecniche redatte come offerte tecniche risultano essere estremamente somiglianti con quelle presentate”* dagli altri quattro. Nell'appendice n. 2 si dà atto dell'identità formale delle relazioni dei quattro operatori che si sono avvalsi della stessa società di ingegneria e si mettono a raffronto alcune parti della relazione presentata per il lotto n. 10 dall'ATI interveniente con quella presentata da uno degli altri quattro operatori (e, pertanto, non dall'ATI appellante), riscontrando *“una elevata somiglianza tra i testi, con molteplici parti identiche”* e l'identità della formattazione e dell'impaginazione del testo.

12.4. Il Collegio osserva che:

a) il codice *“-OMISSIS-”*, riportato sul frontespizio delle offerte, non rappresenta un elemento ulteriore rispetto a quello costituito dall'identità della società di ingegneria di cui si sono espressamente avvalsi per la redazione delle offerte quattro dei cinque operatori componenti il centro decisionale unico n. 2;

b) nella relazione istruttoria il RUP si limita ad affermare le *“identiche modalità formali di presentazione delle offerte”* dei quattro operatori che si sono avvalsi della medesima società di ingegneria, senza nulla aggiungere in merito al contenuto delle offerte;

c) nessun raffronto è stato operato tra l'offerta dell'ATI appellante e quella dell'ATI interveniente né in relazione al lotto 15, né in relazione agli altri lotti, essendo presente nell'appendice n. 2 alla relazione istruttoria del RUP il raffronto di tre stralci (pagg. 5, 8 e 13) della relazione dell'ATI interveniente con quella di altro operatore economico – diverso dall'odierna appellante - facente parte del medesimo centro unico decisionale relativamente al lotto n. 10;

d) nella stessa appendice se ne afferma il *“valore esemplificativo, ma non esaustivo”*.

A fronte di tali risultanze probatorie dalla documentazione depositata dall'appellante in primo

grado e dall'interveniente nel presente giudizio emerge in merito al lotto 15, dal quale entrambe sono state escluse ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. m), del d. lgs. n. 50 del 2016, che le relazioni per i criteri 2 e 7 presentano interventi migliorativi differenti, per altri che, pur descrivendo lo stesso servizio frutto della modalità operativa mutuata dalla società di ingegneria – della quale anche l'interveniente si è avvalsa in passato per presentare offerte per bandi dell'Acquedotto Lucano s.p.a. – vengono proposti ambiti applicativi diversi, per altri ancora l'una contiene soluzioni migliorative non proposte nell'altra.

12.5. Per le esposte ragioni l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza appellata, il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti devono essere accolti e, per l'effetto, devono essere annullate le determinazioni impugnate, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione da adottarsi alla luce dei principi enunciati nella presente decisione.

13. La particolarità della vicenda sottesa al presente giudizio induce il Collegio a ritenere sussistenti giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del T.a.r. per la Basilicata n. 751, pubblicata il 27 dicembre 2023, accoglie il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti e annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'ATI appellante, l'ATI interveniente e i concorrenti facenti parte dell'centro decisionale n. 2.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

Guida alla lettura

La sentenza n. 4165, emessa dalla sezione quinta del Consiglio di Stato e depositata in data 9 maggio 2024, espone **il percorso istruttorio che la stazione appaltante è tenuta a svolgere per accertare l'eventuale sussistenza di un centro decisionale unitario, tale da giustificare l'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alla procedura a evidenza pubblica ai sensi dell'art. 95 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.**

Ripercorrendo la casistica giurisprudenziale sul punto, la pronuncia in commento individua gli indici presuntivi delle fattispecie di collegamento tra imprese, attribuendo all'amministrazione appaltante l'onere di verificare in concreto l'unicità del centro decisionale.

Invero, **la disciplina delle cause di esclusione c.d. "non automatiche"** – confluita nel testo dell'art. 95 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, in sostanziale continuità con il previgente art. 80, comma quinto, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – **attribuisce alla stazione appaltante "un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata"** (si veda, in tal senso, la relazione illustrativa del Consiglio di Stato al Codice dei contratti pubblici attualmente in vigore).

In particolare, l'art. 95, comma primo lettera d), del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 testualmente stabilisce che: *"La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti: (...) d) sussistere 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 (...)"*.

La norma in esame disvela una **ratio** pro-concorrenziale, ponendosi a presidio dell'indipendenza e dell'affidabilità delle offerte presentate, in ossequio ai principi generali in tema di **par condicio**, segretezza delle offerte e trasparenza della procedura evidenziale: d'altro canto, **la presentazione di offerte, di fatto, imputabili a un centro decisionale unitario** – ancorché formalmente riconducibili a più imprese distinte – frustrerebbe il regolare e trasparente svolgimento della gara d'appalto, conducendo all'elusione occulta delle regole di mercato, in aperta violazione della normativa euro-unitaria.

A tal proposito, pronunciandosi in relazione alla legittimità dell'esclusione ogniqualvolta le offerte siano imputabili a un singolo **"offerente sostanziale"**, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stabilito che: **"i principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione derivanti dagli articoli 49 e 56 TFUE e previsti all'articolo 2 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e**

di servizi, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa di uno Stato membro (...) che consente di escluderli se risulta, sulla base di elementi incontestabili, che le loro offerte non sono state formulate in maniera indipendente” (si veda la sentenza emessa dalla Corte di Giustizia l'8 febbraio 2018, n. 144, con cui ha risposto al quesito sollevato ai sensi dell'art. 267 TFUE dal T.A.R. Calabria, sez. prima, nell'ambito del ricorso di cui al registro generale n. 12/2017).

Pertanto, in adesione all'orientamento avallato dai giudici di Lussemburgo, **la giurisprudenza amministrativa ha progressivamente elaborato una pluralità di indicatori sintomatici dell'esistenza di un singolo centro decisionale, idonei a orientare l'amministrazione appaltante nello svolgimento delle valutazioni discrezionali poste a sostegno della scelta espulsiva.**

In primo luogo, allo scopo di verificare la sussistenza di un centro decisionale unitario, **l'ente aggiudicatore deve identificare l'eventuale ricorrenza di una situazione di controllo – ovvero di una relazione “di fatto” tra le imprese – avvalendosi di un criterio probabilistico fondato sulla ricorrenza di elementi propri del collegamento societario, commerciale o relazionale:** *“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”* (si veda sul punto, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2024, n. 353).

Dunque, deve escludersi che i rapporti di mero collegamento formale siano sufficienti a dimostrare l'effettiva sussistenza del condizionamento, dovendosi assicurare alle imprese interessate la possibilità di fornire la prova contraria; ai fini di tale accertamento, infatti, la stazione appaltante ha la facoltà di attivare un apposito subprocedimento di verifica in contraddittorio con le concorrenti interessate (si veda, sul punto, la delibera A.N.A.C. n. 1080/2017).

In seconda battuta, **la stazione appaltante deve accertare il condizionamento reciproco potenzialmente creatosi tra gli operatori economici nella formulazione delle offerte, occorrendo a tale scopo “l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale si sia effettivamente realizzata nel caso concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie di pericolo”** (Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6010).

Sicché, oggetto della prova 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 (...)**” (Consiglio di Stato, sez. V, 6 febbraio 2017, n. 496).

Ebbene, alla luce delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza amministrativa, **la ricorrenza di una pluralità di indici**, tra loro avvinti da un nesso oggettivo di gravità, precisione e

concordanza, **appare sufficiente a fondare la presunzione dell'esistenza di un centro decisionale unitario tra i concorrenti, disvelandone l'unicità soggettiva sostanziale e consentendo, di conseguenza, l'attivazione del meccanismo espulsivo di cui all'art. 95 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.**