

Il ruolo del contraddittorio nell'accertamento dell'unicità del centro decisionale

di Irene Lazzaro

Data di pubblicazione: 20-5-2025

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 necessario 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.

Guida alla lettura

Con la sentenza in esame, il Tribunale Amministrativo per la Regione Lombardia svolge rilevanti considerazioni in tema di accertamento dell'**unicità del centro decisionale di più offerte**, codificato dall'**articolo 95, primo comma, lettera d) del d.lgs. n. 36/2023** quale causa di esclusione non automatica.

Nel caso di specie, la parte ricorrente contestava, congiuntamente con l'aggiudicazione a favore della controinteressata, il provvedimento di esclusione adottato nell'ambito del procedimento di valutazione delle offerte pervenute e motivato sulla scorta della presenza di indizi, sia formali che sostanziali, indicativi di una **presunta mancanza di autonomia tra alcune offerte, da cui si sarebbe dedotta l'esistenza di un unico centro decisionale cui imputare le offerte della ricorrente e di altra società**. Secondo la ricorrente, tali elementi non sarebbero stati sufficienti a dimostrare un effettivo collegamento tra i concorrenti, in quanto, al di là delle similitudini evidenziate in alcuni aspetti della documentazione tecnica, si sarebbero potute riscontrare differenze rilevanti negli altri elementi qualitativi che caratterizzavano le buste. La ricorrente lamentava, peraltro, l'approccio complessivo dell'**amministrazione**, che **non avrebbe verificato, attraverso l'instaurazione di un contraddittorio procedimentale, la reale autonomia delle offerte**. A tale proposito, veniva contestata anche la mancata opportunità di presentare osservazioni o documentazione integrativa, situazione che avrebbe compromesso il diritto di difesa e il principio di trasparenza alla base dell'azione amministrativa, con il rischio di configurare un'eccessiva discrezionalità nella valutazione e nell'applicazione delle norme.

Al fine di ripercorrere l'*iter* logico seguito dai giudici lombardi, si rende necessario scomporre la sentenza *de qua* in due nuclei motivazionali: **l'unicità del centro decisionale e gli indici probatori, il ruolo del contraddittorio procedimentale**.

La previsione di cui all'articolo 95, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 36/2023 (secondo cui: "La

stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti (...) 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”), in armonioso accordo con la normativa e la giurisprudenza europea intervenuta sul punto, **svolge l’imprescindibile funzione di contrasto del rischio di alterazione del gioco concorrenziale.**

Quanto al quadro normativo e giurisprudenziale, si precisa che con la disposizione in esame, il legislatore, in sede di riscrittura del Codice, ha innovato la corrispondente previsione del previgente articolo 80 (d.lgs. n. 50/2016), eliminando il riferimento all’art. 2359 c.c.: in tal modo, è stato rimesso nelle **mani delle commissioni giudicatrici il potere-dovere di valutare**, con ancora più ampio margine discrezionale, **situazioni di potenziale pericolo derivante dal ricorrere della fattispecie de qua.**

Giova peraltro sottolineare che la giurisprudenza ante codice 2023 si è fatta culla dell’ampliamento normativo del novero delle situazioni che possono configurare ipotesi di collegamento tra imprese, offrendo, sin da prima dello stesso, numerosi contributi in tal senso.

In particolare, sono stati individuati diversi **indici sintomatici di tale collegamento**, astrattamente in grado giustificare l’esclusione da una procedura di gara; tuttavia, affinché tali indici costituiscano un valido fondamento per l’adozione del provvedimento di esclusione, si richiede che presentino congiuntamente i requisiti di **gravità, precisione e concordanza.** È onere e attribuzione della stazione appaltante procedere a una valutazione concreta e puntuale di tali elementi nel caso specifico.

La riflessione odierna, **preso atto della finalità di tutela svolta dall’istituto in questione**, deve appuntarsi su quanto statuito dal Collegio decidente, in particolare con riferimento alla **considerazione per cui “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 necessario 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.”**

Leggermente **più temperato** (ed equilibrato) appare l’apporto della giurisprudenza comunitaria, che ha puntualmente sottolineato come **“il rispetto del principio di proporzionalità richiede che l’ente aggiudicatore sia tenuto a esaminare e valutare i fatti, al fine di accertare se il rapporto sussistente tra due entità abbia esercitato un’influenza concreta sul rispettivo contenuto delle offerte depositate nell’ambito di una medesima procedura di aggiudicazione pubblica, e la constatazione di una simile influenza, in qualunque forma, è sufficiente affinché le suddette imprese possano essere escluse dalla procedura (v., in tal senso, sentenze del 19 maggio 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punto 32, e dell’8 febbraio 2018, Lloyd’s of London, C-144/17, EU:C:2018:78, punto 38). Infatti, la constatazione che i collegamenti fra gli offerenti hanno esplicato un’influenza**

sul contenuto delle loro offerte presentate nell'ambito di una medesima procedura di gara e? sufficiente perché? le suddette offerte non possano essere prese in considerazione dall'ente aggiudicatore, giacché? le medesime devono essere presentate in completa autonomia ed indipendenza quando provengono da offerenti collegati (v., in tal senso, sentenza del 17 maggio 2018, *Specializuo tas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, punto 38)".

Ebbene, ferma restando la proficua elaborazione di indici presuntivi che guidino detta attività istruttoria delle commissioni, in ragione della funzione di frontiera "avanzata" svolta dall'istituto in questione, che si presta a fornire alle commissioni giudicatrici un appiglio per l'esclusione dalla gara degli operatori economici che possano **in astratto** (in quanto è sufficiente la **mera possibilità** che il collegamento possa procurare loro vantaggi ingiustificati nei confronti degli altri offerenti) rappresentare un pericolo per il corretto svolgersi della procedura di selezione del contraente, si manifesta *ictu oculi* la **necessità di instaurare un contraddittorio con l'impresa potenzialmente artefice della dinamica corruttiva della concorrenza**.

Muovendo da queste premesse, si può ora affrontare un punto cruciale esaminato dai giudici lombardi in sede decisionale, riguardante l'obbligo di – o meglio le **condizioni in presenza delle quali – attivare il contraddittorio procedimentale**.

Costante giurisprudenza, come precisato dal Consiglio di Stato (Sez. III, sentenza 5 marzo 2024, n. 2149), esclude che la stazione appaltante sia tenuta, in ogni caso, ad avviare un subprocedimento di verifica finalizzato ad accertare l'effettiva riferibilità delle offerte a un unico centro decisionale. Ne deriva che **l'attivazione del contraddittorio è valutata come necessaria soltanto laddove, in concreto, il confronto con l'operatore economico possa condurre a un esito diverso dall'esclusione**. Qualora, invece, le risultanze istruttorie, anche se di natura indiziaria, appaiano tali da far presumere un collegamento tra le offerte, l'omessa attivazione del contraddittorio configurerebbe *sic et simpliciter* un vizio meramente formale, privo di effetti invalidanti, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

A questo punto, si rende necessario svolgere una duplice riflessione.

In primo luogo, **l'articolo 96, comma 6, Codice dei contratti pubblici, come d'altronde correttamente individuato dal Collegio decidente, equipara la causa di esclusione dell'unicità del centro decisionale di due o più offerte alle altre cause di esclusione non automatiche** per le quali il comma 6 stabilisce che: *"Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o*

illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico”.

Dunque, **il dato normativo**, se da un lato, come sancito dall'articolo precedente, assegna alle stazioni appaltanti la valutazione circa l'escludibilità dalla procedura al manifestarsi di determinati presupposti, dall'altro, **subordina tale potere - circoscrivendo la discrezionalità delle committenze - al mancato superamento del test della prova contraria che l'operatore deve essere posto in grado di fornire**. Di qui, la domanda sorge spontanea: a tal fine, in quale migliore sede, se non in quella del contraddittorio, il concorrente potrebbe dare dimostrazione della “propria affidabilità”?

Si viene ora alla seconda considerazione.

Il contraddittorio procedimentale rappresenta uno strumento essenziale per garantire il diritto di difesa del destinatario di un provvedimento ad esso sfavorevole, in quanto, in casi quali quello di specie, consente all'operatore economico di esporre e far valere le proprie ragioni, producendo eventuali elementi probatori che attestino l'autonomia della propria offerta.

Tale garanzia si integra in un quadro normativo e giurisprudenziale che, pur riconoscendo alla stazione appaltante un potere discrezionale significativamente ampio, impone al contempo l'osservanza di **principi generali dell'azione amministrativa**, quali **proporzionalità, imparzialità, trasparenza** e – precipuamente con riguardo alla successiva fase motivazionale - il principio di **accountability**, secondo cui ogni decisione, specialmente quelle che incidono in maniera rilevante sui diritti degli offerenti, deve essere debitamente motivata e documentata.

In questo ambito, **l'instaurazione del contraddittorio non può essere considerata una mera formalità, ma diviene il fulcro che legittima l'adozione di un provvedimento di esclusione basato su cause non automatiche**, richiedendo che la stazione appaltante pervenga alla decisione di esclusione dopo aver condotto un'**istruttoria esaustiva e dettagliata**, cui possa fattivamente prendere parte l'operatore economico, il quale deve essere messo in condizione di esporre le proprie ragioni a tutela dei propri interessi nei casi ove l'amministrazione imponga limitazioni ai suoi diritti.

Pertanto, a parere chi scrive, occorrerebbe, in casi quali quello di specie, una **rivalutazione del ruolo svolto dal contraddittorio, con conseguente implementazione del ricorso a codesto strumento** (o, per meglio dire, garanzia).

In un contesto così immaginato, certamente complesso e articolato, potrebbe allora pervenirsi al raggiungimento di un equilibrio tra la tutela del libero concorso nei procedimenti di appalto e la necessità di intervenire in presenza di comportamenti che rischiano di alterare il corretto funzionamento della concorrenza, pur sempre garantendo il diritto degli operatori di difendersi e di manifestare il proprio punto di vista.

Per tutto quanto sopra, l'invito al contraddittorio si rivela un baluardo a tutela degli operatori

economici su cui incombe la spada di Damocle dell'esclusione.

D'altra parte, gli indici presuntivi elaborati dalla giurisprudenza, di cui si è dato conto precedentemente, potrebbero non dimostrarsi sufficienti nella delibazione in merito al pericolo di cui all'art. 95 d.lgs. n. 36/2023, donde **la necessità di attivare un dialogo con le imprese scrutinate al fine sostituire solide conferme ai meri indizi di coordinamento.**

Publicato il 11/04/2025

N. 01315/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00126/2025 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 126 del 2025, proposto da Leonardos S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B212ED1693, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianmaria Covino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Milano Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Leonardo Servizi e Lavori "Società Cooperativa Consortile Stabile", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Tricamo, Marco Orlando, Antonietta Favale, Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Servizi Integrati S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Maria Colombo, Davide Maggiore, Egidio Ferri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Dom.Pla. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti, Paolo Cavallo, Francesca Sciuto, con domicilio eletto presso lo studio Massimiliano Brugnoletti in Milano, piazzetta U. Giordano, 4;

For-Services S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) del provvedimento con il quale è stata disposta: i) l'esclusione della Leonardos S.r.l. dalla procedura aperta ex art. 71 del D.Lgs. n. 36/2023 per l'appalto per il servizio di trasporto pasti, prodotti alimentari accessori, prodotti non alimentari e servizi diversi, suddiviso in 4 lotti; ii) l'escussione della garanzia fideiussoria provvisoria presentata per la partecipazione alla procedura in parola ai sensi dell'art. 106, comma 6, del D.Lgs. n. 36/2023; iii) la segnalazione all'Autorità Nazionale dei contratti pubblici per le finalità dell'art. 222, comma 10, del D.Lgs. n. 36/2023, comunicato con la nota del 16.12.2024;

b) del provvedimento di aggiudicazione del Lotto 4 (CIG: B212ED1693) della suddetta gara disposto in favore della Consorzio Leonardo Servizi, comunicato con la nota del 17.12.2024;

c) della nota del 30.10.2024 con cui la Commissione Giudicatrice ha segnalato al RUP la presunta somiglianza della documentazione tecnica presentata dalla ricorrente con quella della DOM.PLA. S.r.l.;

d) della nota del 18.12.2024, ricevuta in data 23.12.2024, con la quale la Stazione appaltante ha chiesto l'escussione della garanzia provvisoria al Garante;

e) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché di data e tenore sconosciuto, che possa ledere la sfera giuridico - patrimoniale della ricorrente;

e per la declaratoria,

ai sensi dell'art. 122 c.p.a., di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more del giudizio e, per l'effetto, per la declaratoria del subentro della Leonardos S.r.l. nell'affidamento di cui al Lotto 4;

o, in subordine, per la condanna

al risarcimento del danno per equivalente, come determinato nel ricorso e/o ulteriormente quantificato in corso di causa.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da CONSORZIO LEONARDO SERVIZI E LAVORI "SOCIETÀ COOPERATIVA CONSORTILE STABILE" il 2022025 :

avverso e per l'annullamento

- in parte qua della nota del 16 dicembre 2024, con la quale Milano Ristorazione S.p.a. ha escluso la Leonardos S.r.l. da tutti i lotti della procedura aperta per l'affidamento del "servizio di trasporto pasti, prodotti alimentari accessori, prodotti non alimentari e servizi diversi", nella parte in cui ha omesso di indicare ulteriori circostanze rilevanti al fine di ritenere integrata la fattispecie di cui all'art. 95, co. 1, lett. d), D. Lgs. 36/2023;

- di ogni atto e/o provvedimento presupposto, connesso o consequenziale, ancorché non conosciuto, rispetto a quelli soprindicati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Leonardo Servizi e Lavori "Società Cooperativa Consortile Stabile" e di Milano Ristorazione S.p.A. e di Servizi Integrati S.r.l. e di Dom.Pla. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2025 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, partecipante alla gara aperta indetta da Milano Ristorazione spa per l'appalto per il servizio di trasporto pasti, prodotti alimentari accessori, prodotti non alimentari e servizi diversi, ha impugnato, con riferimento esclusivo al Lotto n. 4, l'aggiudicazione al Consorzio Leonardo Servizi e la sua esclusione disposta in quanto dall'offerta della medesima si rileverebbero indici sintomatici univoci di natura formale e sostanziale volti a ritenere sussistente un collegamento di fatto con la Società DOM.PLA S.r.l., tale per cui sarebbe possibile affermare l'esistenza di un unico centro decisionale cui siano riconducibili le due offerte.

L'atto di esclusione è unico ed è stato adottato per tutti i lotti. In motivazione indica i seguenti indici di mancanza di autonomia delle offerte: a) la contiguità tra le sedi delle due società che, come risulta da visura camerale, è situata per entrambe le Società in un comune in provincia di Bari (Altamura); b) Il piano trasporti presenta nella sostanza identiche modalità redazionali e lo stesso contenuto descrittivo, tranne che nell'indicazione delle tipologie dei veicoli offerti dalle due Società; c) l'anagrafica veicoli allegata, questa risulta pressoché identica e si differenzia esclusivamente per la dimensione del carattere utilizzato e per la "Marca e modello del veicolo"; d) quanto invece al contenuto del piano trasporti, questo risulta identico nella sua formulazione per tutti e tre i lotti per i quali LEONARDOS e DOM.PLA. lo hanno presentato. In particolare, il piano presenta la stessa impaginazione, tipologia di carattere utilizzato, la medesima indicazione dei percorsi e relative distanze chilometriche.

Contro la suddetta decisione, assunta dopo la formazione della graduatoria, assieme a quella

di escussione della garanzia fideiussoria provvisoria ed alla segnalazione all'ANAC, la ricorrente ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

I. Violazione e/o falsa applicazione di legge: art. 95, comma 1, lett. d), del d.lgs, n. 36/2023; violazione dei principi di favor participationis, libera concorrenza e di non discriminazione tra le imprese. Eccesso di potere: per assenza dei presupposti, difetto e/o erroneità dell'istruttoria, mancanza di proporzionalità, travisamento dei fatti, illogicità, contraddittorietà e manifesta ingiustizia.

Secondo la ricorrente l'accertamento effettuato dalla Milano Ristorazione S.p.A. è totalmente erroneo, non ravvisandosi dagli elementi indicati nella motivazione alcun rilevante indizio di effettivo collegamento e/o accordo fra Leonardos S.r.l. e la DOM.PLA. S.r.l. ai fini della partecipazione alla procedura.

A suo dire la contiguità delle sedi legali, entrambe situate nel Comune di Altamura, non sarebbe indice di unicità del centro decisionale, in quanto, dal punto di vista sostanziale, i due operatori economici coinvolti, oltre ad avere diversi proprietari, hanno amministratori, organi di controllo e responsabili/direttori tecnici totalmente differenti.

In merito al contestato "errore formale" con riferimento al lotto n. 1 nel non aver presentato il piano trasporti, la ricorrente afferma che ciò non è indicativo di una scelta riconducibile ad un unico centro decisionale, posto che l'errore è stato penalizzante per entrambi i concorrenti, quindi non si comprende sulla base di quale disegno lo stesso sarebbe stato "concordato".

In secondo luogo la Stazione appaltante presuppone erroneamente che la gara sia unica, quindi tutti i presunti indizi, pur afferendo a lotti diversi, sarebbero da tenere in considerazione ai fini di una valutazione complessiva sul collegamento tra le due imprese.

In terzo luogo gli indici individuati non sarebbero gravi precisi e concordanti; infatti mancherebbe la prova dell'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale.

In quarto luogo le somiglianze relative al solo piano trasporti non sarebbero sufficienti ad imputare ad un unico centro decisionale l'intera offerta in quanto le offerte si differenziano in modo decisivo con riferimento agli altri elementi qualitativi, comunque rilevanti e decisivi per l'attribuzione del punteggio.

In quinto luogo l'identità del modello di ottimizzazione dei percorsi sarebbe una conseguenza obbligata ed univoca dell'utilizzo del software gratuito di google maps. Quanto alla circostanza che i veicoli abbiano le stesse caratteristiche tecniche, questo dipenderebbe dal fatto che entrambe le imprese hanno scelto mezzi che appartengono al gruppo Stellantis.

In ogni caso l'anagrafica dei veicoli non è identica, come affermato dalla stazione appaltante in quanto: la marca ed i modelli dei veicoli sono diversi ed una impresa offre veicoli a benzina con conversione in elettrico entro 7 mesi, mentre l'altra offre veicoli elettrici sin dalla sottoscrizione del contratto.

II. Violazione e/o falsa applicazione di legge: artt. 7 e 10 l. n. 241/1990; art. 6 c.e.d.u.; art. 97 costituzione; violazione del contraddittorio procedimentale – violazione del giusto procedimento.

eccesso di potere: difetto dei presupposti, disparità di trattamento. sviamento di potere, contraddittorietà, illogicità e ingiustizia manifesta.

La ricorrente lamenta che, con la nota del 16.12.2024 la Milano Ristorazione si è limitata a comunicare l'esito dell'istruttoria compiuta, senza dire nulla in ordine alla necessità di verificare nel contraddittorio delle parti l'ipotizzato collegamento tra le concorrenti, né assegnare alla ricorrente un termine per presentare osservazioni e/o depositare documentazione.

Infatti, la Leonardos non è mai stata posta in grado di interloquire, né di esercitare il proprio diritto di partecipazione procedimentale e di difesa.

III. Violazione e/o falsa applicazione di legge: art. 106, comma 6, del d.lgs, n. 36/2023; artt. 7 e 10 l. n. 241/1990 (sotto altro profilo); art. 97 della costituzione; violazione del principio del giusto procedimento. eccesso di potere: mancanza di proporzionalità; difetto di istruttoria, difetto di motivazione, sviamento di potere, illogicità, contraddittorietà, arbitrarietà, disparità di trattamento e manifesta ingiustizia.

La ricorrente lamenta l'escussione della garanzia fideiussoria provvisoria presentata per la partecipazione alla medesima procedura, a cui ha fatto seguito la nota del 18.12.2024, in quanto l'art. 106, comma 6, del D.Lgs. n. 36/2023 prevede che garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario, mentre nel caso di specie la ricorrente non è stata destinataria di alcuna proposta di aggiudicazione.

Chiede da ultimo il risarcimento dei danni.

La stazione appaltante si difende affermando di aver utilizzato gli indici sintomatici desunti dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, V, 10 gennaio 2024 n. 353); che il piano trasporti è l'elemento fondamentale in una gara per il trasporto dei pasti (35 punti su 70); che i piani trasporti presentati hanno la medesima struttura, impaginazione e tipo di carattere utilizzato; che i veicoli hanno le medesime caratteristiche tecniche, pur nella diversità dei modelli; che la presenza di un unico centro di imputazione delle offerte permette di aggirare il divieto di aggiudicazione plurilotto; che nel caso di specie in assenza dell'esclusione le due società si sarebbero aggiudicate i lotti n. 4 e 3; che la paternità delle due offerte è riconducibile al medesimo consulente esterno, come da ammissione della ricorrente; che la ricorrente non ha contestato gli indici individuati, proponendone solo una diversa lettura; che la causa di esclusione in questione non richiede l'obbligo della partecipazione procedimentale; che la proposta di aggiudicazione risale al 30.10.2024.

2. Ha proposto ricorso incidentale, depositato in data 20/02/2025, il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori "Società Cooperativa Consortile Stabile" impugnando l'esclusione della

Leonardos S.r.l. da tutti i lotti della procedura aperta per l'affidamento del "servizio di trasporto pasti, prodotti alimentari accessori, prodotti non alimentari e servizi diversi", nella parte in cui ha omesso di indicare ulteriori circostanze rilevanti al fine di ritenere integrata la fattispecie di cui all'art. 95, co. 1, lett. d), D. Lgs. 36/2023.

L'aggiudicataria solleva contro l'atto di esclusione di Leonardos srl i seguenti motivi di ricorso.

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 1, lett. d), del D.lgs. n. 36/2023. Violazione dei principi di *favor participationis* e libera concorrenza tra le imprese. Difetto di istruttoria. Ingiustizia manifesta.

La ricorrente intende evidenziare in questa sede ulteriori elementi che la Stazione Appaltante non ha considerato, ma dai quali emergerebbe la sussistenza di un collegamento tra le due imprese.

In particolare, è stato rilevato che:

(a) nella "anagrafica veicoli", entrambe le ditte hanno erroneamente indicato la medesima percorrenza massima (di 320 Km), nonostante le schede tecniche ufficiali dei veicoli riportino una diversa autonomia (di 420 Km);

(b) nella Relazione del Piano Trasporti per il Lotto 4, entrambe le ditte hanno contemplato la dicitura "Euro 6" (riferibile ai soli veicoli con motore termico), nonostante che Dom.Pla. abbia previsto di impiegare, sin dall'avvio del servizio, soltanto veicoli elettrici;

(c) ai fini della valutazione del criterio B.3 "progetto riassorbimento", per il quale la Legge concorsuale ha riservato max 14 punti (cfr. Allegato C al Disciplinare: doc. 3), entrambe le Società hanno previsto un numero identico di operatori cui applicare il CCNL migliorativo "Autotrasporto Merci e Logistica", identificando con chiarezza, in entrambi i progetti, la risorsa 3, la risorsa 4 e la risorsa 6 (tra i 37 operatori).

Chiede quindi di accogliere il ricorso incidentale e per l'effetto rigettare il ricorso principale.

All'udienza del 26/03/2025 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

3. Il ricorso principale è fondato nel secondo motivo.

3.1 Dall'esame degli atti risulta che la stazione appaltante ha disposto l'esclusione della ricorrente ai sensi dell'art. 95, comma 1, lett. d), del D.Lgs, n. 36/2023 senza aver disposto il contraddittorio procedimentale.

In merito al contraddittorio procedimentale l'art. 96 comma 6 del D.Lgs, n. 36/2023 equipara la causa di esclusione dell'unicità del centro decisionale di due o più offerte alle altre cause di esclusione non automatiche per le quali il comma 6 stabilisce che "6. *Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo*

95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico”.

La norma del nuovo Codice estende l'interlocuzione tra stazione appaltante e partecipanti alla gara anche alla suddetta causa di esclusione, sebbene le condotte di self cleaning previste dal comma in questione non siano specificatamente tarate con riferimento alla suddetta causa di esclusione.

3.2 Al riguardo, la giurisprudenza (Cons. Stato, III, 05/03/2024 n. 2149) ha escluso 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”* (Consiglio di Stato sez. V, 14 dicembre 2021 n. 8340; 11 luglio 2016 n. 3057)”.

In merito occorre rammentare *“la pronuncia della Corte di giustizia UE adottata nella causa C-538/07, laddove si è affermato il principio per cui il diritto europeo osta a una disposizione nazionale (in specie, l'art. 10, comma 1-bis, l. n. 109 del 1994, che richiamava espressamente il controllo ex art. 2359 Cod. civ.) che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca “un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara” (Corte di giustizia, 19 maggio 2009, causa C-538/07).”*

Quindi il procedimento in contraddittorio va escluso solo quando il procedimento svolto dall'amministrazione *“non avrebbe potuto condurre ad un esito diverso dall'esclusione”*.

A ciò si aggiunge che la Commissione europea, con Comunicazione 2021/C 91/01 sugli

strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici e sugli orientamenti riguardanti le modalità di applicazione del relativo motivo di esclusione, ha sottolineato che ai fini dell'accertamento dell'unico centro decisionale tra due offerte:

- l'amministrazione aggiudicatrice deve evitare di basarsi su presunzioni generiche che possano portare al rifiuto automatico di tali offerte;
- agli operatori deve essere consentito di dimostrare che le loro offerte sono realmente indipendenti;
- all'amministrazione giudicatrice spetta stabilire se tali chiarimenti forniscano elementi di prova sufficienti a dimostrare che il collegamento tra gli operatori non ha influenzato la loro condotta nella procedura di aggiudicazione o il contenuto delle rispettive offerte ai sensi dell'art. 57 par. 4 lett. d) della direttiva n. 24/2014/UE, e di decidere se ammettere gli operatori in questione a partecipare alla procedura (in questo senso C.G.A.R.S., 15/01/2025 n. 24).

3.3 Venendo al caso di specie la decisione adottata dall'amministrazione presenta profili di non adeguato approfondimento istruttorio, che non permettono di ritenere che il procedimento non avrebbe, allo stato, potuto avere diverso esito.

In primo luogo occorre rilevare che l'aggiudicataria, con il ricorso incidentale, ha individuato ulteriori indizi dell'esistenza di un unico centro decisionale che l'amministrazione non ha valutato.

Tali elementi, indicati nella parte in fatto della sentenza, meritano un'attenta valutazione della stazione appaltante al fine di accertare che le offerte siano autonome ed indipendenti.

La giurisprudenza sul punto ha chiarito che *“il fatto che occorre desumere dagli indizi presuntivi è, infatti, la sussistenza dell'unicità del centro decisionale cui siano riconducibili le offerte - tale da integrare ex se la fattispecie di pericolo astratto giuridicamente rilevante - non già il contenuto effettivamente coordinato di queste, né le conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene»* (ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 17 settembre 2024, n. 7607”).

3.4 In secondo luogo l'amministrazione è tenuta a motivare – cosa che non ha fatto con il provvedimento impugnato - per quali motivi ritenga che i plurimi indizi da essa individuati siano caratterizzati da gravità, precisione e concordanza, della sussistenza di quella “unicità del centro decisionale” che essa ha ritenuto esistente. Infatti tali indizi debbono lasciare logicamente inferire che le offerte di due distinti partecipanti alla gara siano state conosciute e finanche concordate, e ciò è sufficiente per integrare quel rischio di un'orchestrazione o contaminazione delle offerte in presenza del quale il legislatore ha imposto alla stazione appaltante di ripristinare il gioco concorrenziale, mediante l'adozione dei necessari provvedimenti espulsivi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2023, n. 5107).

3.5 In merito occorre precisare che la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, V, 09/05/2024 n. 4165) ha fornito numerose indicazioni sulla identificazione di situazioni che concretizzano fattispecie di collegamento, individuando una serie di indizi, 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 necessario 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.

Come evidenziato dalla giurisprudenza comunitaria infatti (Corte di giustizia UE, sez. IV, 15.09.2022, C-416/21, Landkreis A.–F., *“59 In particolare, nel caso di offerenti collegati, il principio della parità di trattamento previsto all'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25 sarebbe violato se si ammettesse che tali offerenti possano presentare offerte coordinate o concordate, vale a dire non autonome né indipendenti, che potrebbero procurare loro in tal modo vantaggi ingiustificati nei confronti degli altri offerenti (v., per analogia, sentenza del 17 maggio 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, punto 29). 60 In tale ambito, il rispetto del principio di proporzionalità richiede che l'ente aggiudicatore sia tenuto a esaminare e valutare i fatti, al fine di accertare se il rapporto sussistente tra due entità abbia esercitato un'influenza concreta sul rispettivo contenuto delle offerte depositate nell'ambito di una medesima procedura di aggiudicazione pubblica, e la constatazione di una simile influenza, in qualunque forma, è sufficiente affinché le suddette imprese possano essere escluse dalla procedura (v., in tal senso, sentenze del 19 maggio 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punto 32, e dell'8 febbraio 2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, punto 38). 61 Infatti, la constatazione che i collegamenti fra gli offerenti hanno esplicitato un'influenza sul contenuto delle loro offerte presentate nell'ambito di una medesima procedura di gara è sufficiente perché le suddette offerte non possano essere prese in considerazione dall'ente aggiudicatore, giacché le medesime devono essere presentate in completa autonomia ed indipendenza quando provengono da offerenti collegati (v., in tal senso, sentenza del 17 maggio 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, punto 38).”*

3.6 Nel caso di specie occorre che la stazione appaltante verifichi che gli indici di mancanza di autonomia ed indipendenza delle offerte siano rilevanti ed univoci. Infatti la giurisprudenza comunitaria ha escluso che due imprese non possano partecipare alla stessa gara per il solo fatto di essere collegate ma ritiene necessario che, in caso di collegamento, anche potenziale, sia assicurata in modo rigoroso l'autonomia e l'indipendenza delle offerte, secondo una valutazione di pericolo in astratto in quanto è sufficiente la mera possibilità che il collegamento possa procurare loro vantaggi ingiustificati nei confronti degli altri offerenti.

In particolare, mentre può legittimamente costituire indice del collegamento tra le imprese l'incarico assegnato verosimilmente alla stessa azienda per la predisposizione delle due offerte, come è emerso nel contraddittorio processuale, la mancanza di autonomia e di indipendenza delle stesse non è sufficientemente motivata con riferimento agli altri elementi di

tipo formale e sostanziale in quanto non risulta chiaro se essi dipendano da scelte degli offerenti o siano elementi predeterminati dagli atti di gara o dai modelli di partecipazione alla gara predisposti dall'amministrazione.

3.7 Il contraddittorio procedimentale permetterà all'amministrazione di valutare non già il contenuto effettivamente coordinato delle offerte, né le conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene, bensì la possibilità che le offerte non siano state predisposte in modo del tutto autonomo ed indipendente, come desumibile in astratto dagli indici individuati, che, comunque, debbono essere valutati nella loro complesso e non in modo atomistico, anche nel confronto con le altre offerte.

4. In definitiva quindi il ricorso va accolto con conseguente obbligo dell'amministrazione di riprovedere in merito entro 30 giorni dal ricevimento della presente sentenza.

5. Il ricorso incidentale va invece dichiarato inammissibile.

5.1 Infatti non sussiste interesse dell'aggiudicataria ad impugnare l'atto di esclusione dalla gara di altro concorrente in quanto si tratta di atto non lesivo della sua posizione giuridica.

5.2 A ciò si aggiunge che non è possibile chiedere al giudice amministrativo di accertare l'esistenza di cause di esclusione dalla gara che non siano state rilevate dall'amministrazione con atti appositi, a ciò ostando il divieto di cui all'art. 42 c. 2 cpa, secondo il quale *"2. In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*.

6. La natura meramente procedimentale della decisione giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorsoprincipale e per l'effetto annulla gli atti impugnati. Dichiaro inammissibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Marilena Di Paolo, Referendario

