

Pubblicato il 15/04/2020

N. 02426/2020REG.PROV.COLL.
N. 05891/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 5891 del 2019, proposto da (omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino, Alessandro Sciolla e Sergio Viale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Torino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Fonderico e Donatella Spinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuliano Fonderico in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 173;

nei confronti

(omissis), (omissis), in proprio e in

qualità di mandataria di Ati, (omissis), non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Sezione Prima) n. 00414/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torino;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2020 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Sanino e Fonderico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 15 settembre 2017, il Comune di Torino indiceva una gara per un accordo quadro per l'affidamento dei servizi di accoglienza ed accompagnamento destinati a persone in condizioni di grave emergenza sociale e abitativa.

2. La (omissis) partecipava alla gara in relazione ai lotti n. 1 (messa a disposizione di unità abitative) e n. 2 (messa a disposizione di posti d'accoglienza) dichiarando di non trovarsi in situazione di *controllo* rispetto ad altri concorrenti, o tale da comportare che le offerte fossero imputabili a un unico centro decisionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016.

3. La stazione appaltante, rilevando la sussistenza di unico centro decisionale con altra concorrente (*i.e.*, (omissis)”) il 9 novembre 2017 invitava le interessate a presentare osservazioni; successivamente, il 17

novembre 2017 la (omissis) (così come (omissis)) ritirava la propria offerta.

4. Faceva a ciò seguito provvedimento del 22 novembre 2017, con cui la stazione appaltante escludeva la (omissis) (oltreché (omissis)) disponendo di seguito, in danno della stessa, l'escussione della garanzia e la segnalazione all'ANAC per false dichiarazioni sottese all'offerta in relazione all'insussistenza dell'unico centro decisionale.

5. Avverso i suddetti provvedimenti, nonché gli atti correlati e consequenziali, la (omissis) proponeva ricorso davanti al Tribunale amministrativo per il Piemonte che, nella resistenza del Comune di Torino, respingeva il ricorso.

6. Avverso la sentenza ha proposto appello la ricorrente in primo grado formulando i seguenti motivi di gravame:

I) impugnazione del capo della sentenza relativo al ritiro dell'offerta: erroneità dell'impugnata sentenza per grave travisamento dei fatti, omessa valutazione e carenza motivazionale; violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; contrasto con gli artt. 30, 32 e 95 d.lgs. n. 50 del 2016, con gli artt. 3, 7, 8, 9, 10, e 10-*bis* l. n. 241 del 1990, con gli artt. 2, 3, 4, 6 dell'avviso di gara, con il disposto di cui al 2° periodo di pag. 14 del disciplinare e con gli artt. 4 e 10 del Patto di integrità; violazione dell'art. 3 Cod. proc. amm.;

II) impugnazione del capo relativo alla qualificazione di "collegamento" nel provvedimento di esclusione: erroneità della sentenza per contraddittorietà, travisamento, omessa valutazione e carenza motivazionale; violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; contrasto con gli artt. 30, 32, 80 e 95 d.lgs. n. 50 del 2016, con gli artt. 3, 7, 8, 9, 10, 10-*bis* l. n. 241 del 1990, con l'art. 12 Preleggi, con gli artt. 2, 3, 4, 6 dell'avviso di gara; violazione dell'art. 3 Cod. proc. amm.;

III) impugnazione del capo relativo al mancato esame delle offerte: erroneità della sentenza per travisamento, difetto di istruttoria, omessa valutazione, carenza motivazionale; violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; contrasto con gli artt. 30 e 80 d.lgs. n. 50 del 2016 e con gli artt. 4 e 10 del Patto di integrità, nonché con i principi di proporzionalità, giusto procedimento e ragionevolezza; violazione dell'art. 3 Cod. proc. amm.;

IV) impugnazione del capo relativo agli indici di collegamento: erroneità della sentenza per travisamento, difetto di istruttoria, omessa valutazione, carenza motivazionale; violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; contrasto con l'art. 41 Cost., con gli artt. 30 e 80 d.lgs. n. 50 del 2016 e con gli artt. 4 e 10 del Patto di integrità e i disposti di cui a pag. 5 lett. k), pag. 6 punto 2) e pag. 9 punto 8) del disciplinare; violazione dell'art. 3 Cod. proc. amm.; violazione dei principi di proporzionalità, non aggravamento, legittimo affidamento e libertà di impresa;

V) impugnazione del capo relativo alla tipologia della procedura, assimilabile ad un albo fornitori: erroneità della sentenza per travisamento, contraddittorietà, omessa valutazione; violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; contrasto con gli artt. 30 e 80 d.lgs. n. 50 del 2016, con gli artt. 3, 6, 7, 8, 9, 10, 10-*bis* e 21-*octies* l. n. 241 del 1990 e con gli artt. 4 e 10 del Patto di integrità; violazione dell'art. 3 Cod. proc. amm.;

VI) impugnazione del capo n. 5.3 della sentenza: erroneità della sentenza per travisamento, contraddittorietà, omessa valutazione; violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; contrasto con gli artt. 30 e 80 d.lgs. n. 50 del 2016, con gli artt. 3, 6, 7, 8, 9, 10, 10-*bis* e 21-*octies* l. n. 241 del 1990 e con gli artt. 4 e 10 del Patto di integrità; violazione dell'art. 3 Cod. proc. amm.;

VII) impugnazione del capo n. 6 della sentenza: erroneità della sentenza per travisamento, contraddittorietà, omessa valutazione; violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; contrasto con gli artt. 30 e 80 d.lgs. n. 50 del 2016, con gli artt. 3, 6, 7, 8, 9, 10, 10-*bis* e 21-*octies* l. n. 241 del 1990 e con gli artt. 4 e 10 Patto di integrità; violazione dell'art. 3 Cod. proc. amm.;

VIII) impugnazione del capo n. 6 (*rectius*: 7) della sentenza: erroneità della sentenza per travisamento e omessa valutazione; violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; contrasto con gli artt. 30 e 80 d.lgs. n. 50 del 2016, con gli artt. 3, 6, 7, 8, 9, 10, 10-*bis* e 21-*octies* l. n. 241 del 1990 e con gli artt. 4 e 10 del Patto di integrità; violazione dell'art. 3 Cod. proc. amm.

7. Resiste all'appello il Comune di Torino, chiedendone il rigetto.

8. Sulla discussione delle parti all'udienza pubblica del 16 gennaio 2020, come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Col primo motivo di gravame l'appellante si duole dell'erronea interpretazione della censura proposta in primo grado, e qui riproposta, incentrata sull'intervenuto ritiro dell'offerta, censura volta in realtà a lamentare la mancata motivazione - da parte della stazione appaltante - dell'adozione del provvedimento d'esclusione, tanto più alla luce del detto ritiro, idoneo a far venir meno di per sé qualsivoglia eventuale effetto distorsivo sull'andamento della gara.

In tale contesto, la sentenza sarebbe parimenti errata laddove giustifica l'esclusione della (omissis) dalla procedura in ragione dell'alterazione della trasparenza, correttezza e genuinità delle dichiarazioni, quando in realtà il provvedimento espulsivo risulta fondato sull'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016 che presuppone il (ben distinto)

turbamento delle dinamiche concorrenziali di gara.

1.1. Il motivo non è fondato.

1.1.1. Sotto un primo profilo, non è ravvisabile la carenza motivazionale lamentata in relazione al provvedimento d'esclusione.

Va rilevato in proposito, anzitutto, come il verbale della commissione del 22 novembre 2017 con cui s'è disposta l'esclusione prenda espressamente in considerazione la circostanza dell'intervenuto ritiro dell'offerta, e ciò nondimeno pervenga alla conclusione di espellere la concorrente, ritenendo sussistente una (vietata) “*situazione di collegamento*” fra le imprese ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016: di qui l'assenza del difetto motivazionale lamentato dall'appellante in relazione al detto ritiro, non occorrendo che la stazione appaltante confutasse tutti i possibili argomenti ostativi all'enucleazione della fattispecie illecita ravvisata, essendo sufficiente, oltre alla menzione della circostanza invocata dall'interessata (*i.e.*, l'atto di ritiro), l'indicazione - in positivo - degli elementi ritenuti idonei a integrare l'unicità del centro decisionale, qui complessivamente emergenti dalla comunicazione di richiesta di chiarimenti del 9 novembre 2017, ben idonea a concorrere al fondamento motivazionale del provvedimento d'esclusione (cfr. analogamente, in relazione alla sufficiente motivazione del provvedimento a fronte del richiamo delle deduzioni procedurali dell'interessato, senza necessità di loro puntuale esame e confutazione, la giurisprudenza richiamata *infra*, *sub* § 5.1.1).

Allo stesso modo, non era specificamente richiesto di fornire - in ragione della natura del provvedimento - una puntuale motivazione in ordine all'interesse pubblico sotteso all'esclusione, atteso che il provvedimento adottato non consisteva in un riesame in autotutela, né l'azione della stazione appaltante era connotata da esercizio di discrezionalità amministrativa bisognevole di

specifica motivazione sulla ponderazione degli interessi coinvolti: la decisione espulsiva si fondava piuttosto sulla (ritenuta) integrazione della fattispecie escludente, su cui la motivazione era dunque chiamata a concentrarsi attesa la natura necessitata dell'atto al ricorrere dei presupposti di legge (art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016).

1.1.2. Del pari infondato si rivela il richiamo all'intervenuto ritiro dell'offerta volto a escludere senz'altro la sussistenza dei presupposti della causa espulsiva di cui all'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016, lamentando al riguardo anche il difetto d'istruttoria in cui l'amministrazione sarebbe incorsa. La sussistenza dell'unico centro decisionale va infatti valutata in relazione alla presentazione delle offerte, scrutinando la sussistenza o meno della fattispecie vietata a prescindere dalle vicende successive.

In tale prospettiva, se è vero che la causa d'esclusione non si collega di per sé a omissioni o falsità dichiarative - dovendo essere dunque precisata *in parte qua* la motivazione della sentenza - né ha carattere sanzionatorio, è altrettanto vero che la siffatta causa escludente va apprezzata per la sua attitudine potenzialmente distorsiva (nei termini di seguito precisati *sub* § 3.1.1) alla presentazione delle offerte, le quali risultano *ab origine* munite di portata vincolante: l'esclusione dalla gara, a fronte di offerte espressive d'un unico centro decisionale costituisce infatti un atto dovuto *ex* art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, non impedito né tanto meno influenzato dal successivo ritiro dell'offerta nel corso del procedimento.

Da un lato, infatti, la fattispecie escludente correlata alla presentazione di offerte riconducibili a unico centro decisionale è di per sé perfezionata con la suddetta presentazione, e non risulta elisa o travolta dal loro ritiro in corso di procedura, tanto più che la stazione appaltante aveva qui già avviato, all'epoca, il procedimento d'esclusione (cfr., per un'ipotesi simile, relativa all'irrelevanza

del recesso *ex art.* 11, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006 ai fini della pronuncia di decadenza dall'aggiudicazione, Cons. Stato, V, 29 maggio 2019, n. 3584); dall'altro la stessa distorsione per il confronto concorrenziale si valuta con riguardo alla presentazione delle offerte, in termini di pericolo presunto (su cui cfr. *infra, sub* § 3.1.1) accertando la sussistenza d'un unico centro decisionale, ciò che prescinde dalle vicende successive, ivi incluso il ritiro dell'offerta.

Di qui l'infondatezza del motivo di gravame.

2. Col secondo motivo l'appellante censura la sentenza in relazione alla valutazione di sufficienza della motivazione del provvedimento in ordine al ritenuto "collegamento" fra le imprese, che in realtà - a fronte della genericità dell'espressione utilizzata - non sarebbe adeguatamente profilato, non comprendendosi in particolare quale sia la tipologia di collegamento fra le concorrenti (*i.e.*, se "controllo societario" ovvero "controllo/relazione sostanziale") ravvisata dall'amministrazione.

2.1. Neanche tale motivo risulta fondato.

2.1.1. Con la comunicazione di avvio del procedimento d'esclusione - di cui va ben tenuto conto al fine d'individuare la motivazione sottesa al provvedimento d'esclusione - l'amministrazione indicava dettagliatamente gli elementi reputati idonei a integrare i presupposti di cui all'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016: per questo, al di là della dizione nominale utilizzata ("collegamento" o "collegamento societario"), erano univocamente enucleate le circostanze su cui la ritenuta sussistenza dell'unico centro decisionale si fondava.

Il che, da un lato è sufficiente a motivare la causa d'esclusione, essendo l'interessata posta nelle condizioni di difendersi in ordine agli elementi di fatto richiamati e alla loro effettiva corrispondenza alla fattispecie dell'«*unico centro decisionale*», e dunque sull'integrazione della causa espulsiva; dall'altro consente,

all'esame dei singoli elementi richiamati (su cui v. *infra*, spec. *sub* § 4.1.1), di avvedersi della natura del “*collegamento*” rilevato dalla stazione appaltante, consistente in una relazione *di fatto* fra gli operatori concorrenti: infatti anche le riferite sovrapposizioni fra organi amministrativi non danno di per sé luogo a una forma di controllo societario *stricto sensu* nella nozione accolta dall'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016, che richiama a tal fine l'art. 2359 Cod. civ.

Anche tale motivo si rivela dunque infondato.

3. Col terzo motivo di gravame l'appellante si duole del rigetto della doglianza con cui aveva dedotto in primo grado l'illegittimità della rilevazione d'un unico centro decisionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016 sulla base di soli elementi estrinseci, e cioè prescindendo dall'esame delle offerte proposte dalle concorrenti coinvolte.

Secondo la (omissis), infatti, solo a fronte d'una concreta attitudine distorsiva per la concorrenza, desumibile dal contenuto delle offerte, si potrebbe ravvisare la suddetta causa d'esclusione.

In tale contesto l'appellante pone anche in risalto che gli immobili e i posti d'accoglienza offerti dalle concorrenti coinvolte ammontavano al solo 20% del totale, ciò che escludeva senz'altro una qualche interferenza del comportamento di queste sulle dinamiche concorrenziali di gara; la sentenza, al riguardo, oltre ad aver errato nel non accogliere la doglianza, sarebbe incorsa in ultrapetizione e illegittima integrazione della motivazione provvedimento, avendo ritenuto sufficiente all'attuazione di condotte collusive già l'indicazione degli immobili e dei posti di accoglienza - idonea a influenzare la graduatoria e il suo scorrimento - escludendo così la necessità di un effettivo esame del contenuto delle offerte.

3.1. Anche il presente motivo non è condivisibile.

3.1.1. In termini generali, l'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016 non pone limiti ai mezzi per l'accertamento dell'unicità del centro decisionale, né impone a tal fine che siano previamente aperte le buste ed esaminate le offerte dei concorrenti: una tale preliminare operazione non è imposta dalla logica né dalle norme, non essendo state riprodotte nella disposizione le previsioni già introdotte dall'art. 3, comma 2, d.-l. n. 135 del 2009, che aveva inserito all'art. 38, comma 2, lett. *b*), d.lgs. n. 163 del 2006 il riferimento all'apertura delle buste contenenti l'offerta economica ai fini della verifica e dell'eventuale esclusione per sussistenza di un unico centro decisionale.

Perciò non si ravvisa l'obbligo di una previa apertura delle buste - dall'effetto anzitutto procedurale - sicché la sola doglianza espressa sulla mancata indagine sulle offerte (peraltro qui ritirate da entrambe le concorrenti) nella valutazione relativa alla sussistenza del collegamento fra gli operatori economici si appalesa infondata: l'unicità del centro decisionale ben poteva essere ricavata da altri elementi; il che di suo non è irragionevole, né sacrifica - una volta riconosciuto il contraddittorio agli interessati - la pienezza della difesa delle imprese coinvolte.

In termini generali, la condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha posto in risalto al riguardo che *“la valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale postula semplicemente 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 (ex multis, Cons. Stato, V, 16 febbraio 2017, n. 496; III, 10 maggio 2017, n. 2173; III, 23 dicembre 2014, n. 6379; V, 18 luglio 2012, n. 4189)”* (Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6010).

In tale prospettiva, è stato ritenuto in termini di principio 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 (in tal senso -ex multis -: Cons Stato, V, 18 luglio 2012, n. 4189). Del resto [...] 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” (Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496).

La fattispecie del collegamento sostanziale fra concorrenti è infatti qualificabile come “di ‘pericolo presunto’ (con una terminologia di derivazione penalistica), in coerenza con la sua ‘funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante le procedure ad evidenza pubblica’, e con la circostanza che la concreta alterazione degli esiti della selezione ‘non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà, quali in particolare il numero delle partecipanti e l’entità dei ribassi’ (sentenza 11 luglio 2016, n. 3057; in senso conforme si registra anche una più risalente pronuncia di questa Sezione: sentenza 1° agosto 2015, n. 3772)” (Cons. Stato, V, 24 novembre 2016, n. 4959).

Per tali ragioni, se incombe sulla stazione appaltante l'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale d'imputazione delle offerte sulla base degli indici presuntivi concreti, non è richiesta anche la prova che il collegamento fra i concorrenti sia poi pervenuto a risultati effettivi in relazione ai contenuti delle offerte e all'artificiale condizionamento degli esiti della gara; nel percorso presuntivo che conduce a ricavare un fatto ignoto da

circostanze note ai sensi dell'art. 2727 Cod. civ., il *fatto* che occorre desumere dagli indici presuntivi è infatti la sussistenza dell'unicità del centro decisionale cui siano riconducibili le offerte, non già il contenuto effettivamente coordinato di queste, né le conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene.

In questo contesto, il riferimento al contenuto delle offerte è uno dei possibili elementi dai quali ritrarre il collegamento, peraltro da scrutinare in termini necessari solo in difetto di altri indici utili, secondo un'indagine ispirata a un approccio gradualista e progressivo: *“l'accertamento della causa di esclusione in esame passa attraverso un preciso sviluppo istruttorio: a) la verifica della sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ.; b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un 'unico centro decisionale' da effettuare ab externo e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale”* (Cons. Stato, V, 3 gennaio 2019, n. 69; 10 gennaio 2017, n. 39; III, 7 marzo 2019, n. 1577).

In senso contrario non vale il richiamare la pronuncia della Corte di giustizia UE adottata nella causa C-538/07, atteso che la decisione afferma il diverso 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).

L'affermazione è chiara nell'indicare l'illegittimità d'un sistema che precluda *a priori* la prova contraria a fronte di previsioni legali di collegamento fra società, escludendo la decisione *“che rapporti di mero collegamento formale possano dimostrare di per sé l'esistenza e/o la potenzialità del condizionamento, dovendo alle imprese sempre essere consentito dimostrare l'inefficacia di tali rapporti?”* (Cons. Stato, VI, 22 febbraio 2013, n. 1091); ma questo non postula la necessità di dimostrazione dell'unicità del centro decisionale - riscontrato peraltro in termini sostanziali anziché formali - mediante un'indagine incentrata sul contenuto delle offerte.

Se dunque non opera un automatismo espulsivo in caso di controllo legale *ex art.* 2359 Cod. civ., restando sempre alle imprese il beneficio della prova contraria - anzitutto mediante apertura del contraddittorio in ordine alla potenziale causa escludente riscontrata - non per questo l'unicità del centro decisionale va imprescindibilmente ricavata (tanto meno in ipotesi di collegamento desunto da relazioni di fatto fra gli operatori) dal contenuto delle offerte.

3.1.2. Nel caso di specie, l'amministrazione ha individuato chiaramente, in termini sostanziali - sulla base di specifici e circostanziati indici concreti - i presupposti dell'unicità del centro decisionale cui le offerte risultavano imputabili, ed ha assicurato al riguardo anche il pieno contraddittorio con le interessate, che nulla hanno replicato in sede procedimentale in relazione ai suddetti indici: per questo, salva l'indagine in ordine alla correttezza e legittimità di siffatta individuazione (su cui v. *infra*, *sub* § 4.1.1), non vale lamentare *sic et simpliciter* la mancata considerazione del contenuto delle offerte

nella contestazione della situazione di collegamento fra le concorrenti.

La doglianza prospettata si rivela dunque non fondata.

3.1.3. Per ciò che riguarda l'insussistenza d'un effetto anticoncorrenziale riconducibile alle offerte delle interessate in quanto i posti e gli immobili offerti ammontavano al solo 20% del totale, la doglianza - che può essere esaminata direttamente nel merito, al di là delle critiche di ultrapetizione e integrazione motivazionale del provvedimento ad opera della sentenza - non è condivisibile.

Ancora una volta, la censura omette di considerare il presupposto integrativo della causa escludente, coincidente con la sussistenza d'un unico centro decisionale a prescindere dall'entità dei relativi effetti, e tanto meno dalla loro concreta verifica.

In tale contesto, la circostanza che la quota di posti e immobili complessivamente offerta dalle concorrenti escluse fosse limitata al 20% del totale non vale a obliterare di per sé la causa escludente, atteso che in presenza d'un unico centro decisionale il "pericolo presunto" può ritenersi di per sé integrato, ancorché limitatamente a una circoscritta quota della commessa e senza che ne risulti saturato l'intero oggetto.

Per tali ragioni il motivo risulta infondato.

4. Col quarto motivo di gravame l'appellante si duole del mancato accoglimento della censura con cui aveva negato, in primo grado, la sussistenza di validi indici di collegamento fra le imprese ritenute appartenenti a un unico centro decisionale; al riguardo la sentenza avrebbe errato anche nell'attribuire rilievo a elementi del tutto neutri ai fini della rilevazione del collegamento, e ad omettere l'esame di tutte le doglianze formulate, perciò qui riproposte dalla (omissis).

4.1. Neanche tale motivo è condivisibile: gli elementi invocati dall'appellante

per confutare il rilievo probatorio degli indizi richiamati dall'amministrazione e confermati dalla sentenza si rivelano infondati.

4.1.1. In relazione all'indicazione nelle offerte del medesimo recapito telefonico e telefax, non vale a escludere l'indizio sulla sussistenza dell'unico centro decisionale il richiamare la circostanza che le due concorrenti appartengano e si avvalgano del supporto del medesimo Consorzio, atteso che ciò non confuta l'addebito di collegamento fra le concorrenti, confermando anzi l'esistenza di un apparato comune fra loro, di suo ben in grado di consentire un coordinamento decisionale.

In ordine all'utilizzo del medesimo carattere digitale nella documentazione di gara, e alla presenza di documenti compilati a mano con la medesima calligrafia, l'appellante da un lato contesta l'assunto - essendo in realtà diverso il carattere digitale utilizzato - dall'altro deduce l'esiguità del fenomeno in relazione alla compilazione a mano dei documenti, essendo ben pochi i caratteri a tal fine coinvolti.

In senso inverso, è sufficiente constatare che la calligrafia nell'indicazione della data in calce alle dichiarazioni sostitutive sui familiari conviventi prodotte in gara è ben sovrapponibile (cfr. doc. 5 e 6 del Comune), le dichiarazioni c.d. "d'ottemperanza" recano la stessa data e impiegano nella parte finale il medesimo carattere digitale, così come lo stesso carattere è utilizzato nella compilazione dei campi iniziali del modello relativo al Patto d'integrità; anche le dichiarazioni sul possesso dei requisiti del 18 ottobre 2017 sono ben sovrapponibili.

In tale contesto, benché isolatamente considerati tutti i suddetti elementi non risultino *ex se* determinanti, in ogni caso le rilevazioni di corrispondenza e simmetria evidenziate dall'amministrazione si rivelano corrette (risultando infondate le doglianze all'uopo formulate dall'appellante) consentendo di

enucleare alcuni degli elementi indiziari confermativi della sussistenza d'un collegamento fra le imprese, da vagliare sinotticamente insieme con tutti gli altri elementi.

Quanto al pagamento del contributo dovuto all'ANAC e alla stipulazione della cauzione provvisoria, l'appellante enfatizza che gli adempimenti siano in realtà avvenuti in tempi diversi per i due operatori economici; anche qui, vale rilevare in senso inverso come il pagamento del contributo sia stato eseguito presso la medesima ricevitoria, in giorni ravvicinati (*i.e.*, 18 e 19 ottobre 2017), mentre la polizza relativa alla cauzione provvisoria è stata stipulata con la medesima compagnia assicurativa e identica sub-agenzia, venendo emessa il medesimo giorno, con pagamento del premio avvenuto in date ravvicinate (*i.e.*, 19 e 20 ottobre 2017).

Anche in questo caso, dunque, l'elemento di coordinamento contestato dall'amministrazione risulta confermato dall'esame degli atti.

In relazione agli incroci fra soggetti titolari di cariche amministrative nelle due imprese - elemento ben significativo, e qui rilevante, ai fini della individuazione d'un unico centro decisionale - le doglianze proposte dall'appellante (che pone in risalto le differenze fra i poteri vantati dagli amministratori nelle due società, la circostanza che l'esatta coincidenza riguardasse dei meri procuratori speciali, e che una delle amministratrici richiamate risultava in realtà cessata da oltre un anno nella (omissis) e priva di poteri esecutivi nell'ambito della (omissis)) non valgono di per sé alla confutazione dei profili di collegamento desumibili da detti incroci, atteso che risulta in ogni caso come vi fosse effettivamente una coincidenza fra i procuratori speciali B.A. e B.D. (quest'ultimo designato peraltro, con la dichiarazione d'ottemperanza, quale referente delegato per le attività oggetto dell'appalto nella (omissis)) nonché dell'amministratore S.V., benché munito di

poteri rappresentativi nella sola (omissis). Il che ben consente di riscontrare elementi di sovrapposizione utili a confermare l'unicità del centro decisionale, stante la coincidenza di uno degli amministratori delle due società - non rilevando di per sé, nella delineazione del collegamento fra gli operatori, che si trattasse di amministratore privo di poteri rappresentativi in una delle due società - e di due procuratori speciali, uno peraltro direttamente coinvolto nell'interesse dell'appellante nelle attività relative all'appalto.

In tale contesto, a fronte dell'ulteriore doglianza in ordine alla mancata prova dell'utilizzo del medesimo apparato amministrativo nel confezionamento delle offerte, vale richiamare le stesse deduzioni dell'appellante, che dà conto di come la (omissis) e (omissis) si siano avvalse del medesimo Consorzio - cui entrambe appartengono - per attività e adempimenti concernenti la partecipazione alla gara (cfr., in particolare, il ricorso di primo grado, spec. pag. 22 ss., espressamente richiamate anche in appello), ciò che ben concorre, in termini indiziari, alla configurazione di una relazione *«anche di fatto»* espressiva dell'esistenza di un unico centro decisionale, nel caso in esame inveratasi anche nel comune ricorso al Consorzio per il compimento di attività di supporto e funzionali alla partecipazione alla gara (in tal senso, cfr. anche la delibera ANAC di irrogazione delle sanzioni a carico dell'appellante, in atti).

Quale elemento indiziaro aggiuntivo risulta poi - come rilevato dall'amministrazione e dalla sentenza - la coincidenza della sede legale della (omissis) con la sede amministrativa della (omissis), ciò rispetto a cui la mera appartenenza al medesimo Consorzio non ha valore di per sé giustificante, né tanto meno escludente dell'unicità del centro decisionale.

L'insieme dei vari e gravi, precisi e concordanti elementi così enucleati dalla stazione appaltante risulta perciò idoneo, nel complesso, alla rilevazione d'un unico centro decisionale, non valendo le doglianze dell'appellante a infirmare il

ragionevole giudizio all'uopo espresso dall'amministrazione e confermato dalla sentenza impugnata.

Di qui l'infondatezza del motivo di gravame.

5. Col quinto motivo l'appellante di duole del rigetto della censura con cui aveva dedotto il mancato esame, da parte della stazione appaltante, delle difese svolte in sede procedimentale, relative in particolare alla natura della procedura di gara, tale da non ammettere cause escludenti incentrate sul collegamento fra i concorrenti.

5.1. Neanche tale motivo è condivisibile.

5.1.1. Come già posto in risalto (cfr. *retro*, *sub* § 1.1.1) la commissione - dopo aver correttamente aperto il contraddittorio con le interessate in ordine alla possibile sussistenza d'un unico centro decisionale - richiamava espressamente, nel verbale del 22 novembre 2017, l'atto di ritiro dell'offerta, nel quale erano contenute le deduzioni difensive svolte dalla (omissis).

Il che è sufficiente secondo la condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, non occorrendo - una volta menzionati gli atti a difesa prodotti dall'interessata - la puntuale replica a tutti gli argomenti difensivi da questa prospettati (cfr., *inter multis*, Cons. Stato, 25 febbraio 2019, n. 1247 e 1248, VI, 4 febbraio 2019, n. 843; V, 30 ottobre 2018, n. 6173; 25 luglio 2018, n. 4523; VI, 2 maggio 2018, n. 2612; 12 febbraio 2014, n. 682, che pongono in risalto la sufficiente presa d'atto delle deduzioni procedurali “*non occorrendo [...] un'analitica e puntuale confutazione, da parte dell'amministrazione, di tutti gli argomenti proposti dall'interessato*”).

A ciò si aggiunga che nel caso di specie la (omissis) non aveva introdotto, a mezzo delle osservazioni presentate, specifici elementi di fatto volti a confutare la contestazione sulla sussistenza dell'unico centro decisionale, bensì (mere) considerazioni in diritto in ordine all'applicazione del divieto rispetto

alla fattispecie in esame (considerata dall'interessata quale “*procedura di accreditamento di fornitori qualificati*”), ciò che non richiedeva una puntuale e pedissequa replica nel disporre l'esclusione dalla gara, tanto più in un contesto nel quale, rilevati gli elementi materiali della fattispecie escludente (in sé non contestati dall'interessata con le deduzioni procedimentali), la decisione d'esclusione risultava necessitata ai sensi dell'art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016.

In tale contesto, è inoltre irrilevante la doglianza con cui l'appellante censura la sentenza in relazione all'affermata necessità che la clausola d'esclusione per collegamento sostanziale fra i concorrenti andasse (eventualmente) impugnata in via immediata, atteso che il capo della motivazione valeva esclusivamente a confutare le censure della (omissis) concernenti l'omesso esame delle osservazioni procedimentali (relative, appunto, all'inapplicabilità della causa d'esclusione nell'ambito di procedure di mero “*accredimento*” cui attingere “*per individuare posti di accoglienza*”), censure qui già di per sé disattese nei termini suindicati, a prescindere dalla questione dell'eventuale necessità d'impugnazione immediata della *lex specialis*.

Il motivo di doglianza va dunque respinto.

6. Con il sesto motivo l'appellante deduce diversi vizi di contraddittorietà, omessa valutazione e travisamento - oltreché violazione di legge e di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato - in cui la sentenza sarebbe incorsa, vizi tutti non riscontrabili per le ragioni di seguito partitamente indicate.

6.1. Lamenta anzitutto l'appellante l'illegittimità della sentenza ove afferma che il giudizio sul collegamento fra le concorrenti debba essere effettuato *ex ante* e in concreto anziché *ex post* “*valutando il rapporto tra le conseguenze sfavorevoli realmente verificatesi e le utilità astratte ritraibili dalla falsa dichiarazione*”.

In proposito, sebbene sia qui non pertinente - e, perciò, da correggere - il riferimento alla dichiarazione resa in sede di gara, prescindendo il requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016 da profili dichiarativi, e incentrandosi piuttosto sulla situazione materiale di collegamento fra le imprese, s'è già chiarito come la valutazione degli elementi espressivi d'un unico centro decisionale, rilevanti a fini escludenti, vada effettivamente eseguita prescindendo dai risultati concreti che il collegamento abbia provocato nell'ambito della gara e dalle utilità che gli operatori coinvolti ne abbiano ritratto, trattandosi di illecito di "pericolo presunto" per la cui integrazione è sufficiente la potenziale produzione d'un effetto distorsivo per la concorrenza (v. *retro*, *sub* § 3.1.1).

In tale prospettiva, anche i suddetti impropri richiami agli elementi di falsità dichiarativa da parte della sentenza, pur qui corretti nei termini che precedono, risultano irrilevanti ai fini della decisione, chiaramente fondata sulla conferma della valutazione amministrativa in ordine alla sussistenza d'un unico centro decisionale *ex* art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016 attraverso gli elementi indiziari concreti presi ad esame.

Allo stesso modo, infondati si rivelano i richiami alla scarsa utilità che l'appellante avrebbe ritratto da un comportamento collusivo, atteso che, per quanto già osservato, la causa d'esclusione prescinde dagli effettivi risvolti concorrenziali del comportamento delle concorrenti, così come dai profili d'utilità che queste potrebbero ricavare - anche con valutazione *ex ante* - dalla partecipazione concertata alla procedura, inverandosi detta causa d'esclusione nella presentazione in sé d'offerte riconducibili ad un unico centro decisionale.

6.2. Del pari irrilevanti si appalesano le deduzioni con cui l'appellante giustifica e chiarisce le difese in primo grado in odine alla propria buona fede a fronte delle peculiarità della procedura, invocata non già per escludere un (non

previsto) elemento soggettivo, bensì per evidenziare l'assenza di alcun pericolo di lesione alla concorrenza, ciò di cui la sentenza non si sarebbe avveduta, erroneamente interpretando la doglianza.

In realtà, a fronte della configurazione della fattispecie escludente in ragione dell'imputabilità delle offerte a un unico centro decisionale (*retro, sub § 3.1.1*) anche le valutazioni sugli effetti concorrenziali in relazione alle caratteristiche della procedura risultano irrilevanti, in un contesto nel quale - in ogni caso - la stessa procedura non era in specie sottratta alla regola di cui all'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016, anche alla luce delle previsioni contenute nella *lex specialis* (cfr., in particolare, l'avviso di gara, art. 4, nonché il Patto d'integrità, art. 4, non specificamente impugnati dalla (omissis)), sicché senz'altro soggiaceva al relativo regime.

6.3. Per le stesse ragioni, non è condivisibile la doglianza con cui l'appellante deduce l'insufficienza della situazione di prossimità fra le imprese per l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016 occorrendo piuttosto una concreta influenza sulle offerte: come già s'è evidenziato, proprio nella sussistenza dell'unico centro decisionale d'imputazione delle offerte, sulla base dei (concreti) indici di evidenza riscontrati si radica l'essenza della causa escludente, anche a prescindere dal contenuto delle offerte presentate dagli operatori coinvolti, da scrutinare nei casi e secondo le modalità suindicate (v. ancora *retro, sub § 3.1.1*).

Né rilevano, ancora, i richiami che la sentenza di primo grado rivolge alla delibera sanzionatoria dell'ANAC, atteso che l'integrazione della fattispecie escludente è qui dimostrata a prescindere da tale delibera, salvi i possibili spunti od elementi di conferma ritraibili dalla stessa.

In tale prospettiva, le stesse doglianze espresse in ordine alla prova (indicata dall'appellante come “*diabolica*”) richiesta per poter sfuggire - seguendo quanto

affermato dalla sentenza - alla contestazione del collegamento fra le imprese sono infondate, ben potendosi fornire una prova contraria all'integrazione della fattispecie *ex art. 80, comma 5, lett. m)*, d.lgs. n. 50 del 2016 in termini di confutazione degli elementi addotti per rilevare il collegamento e dimostrazione dell'insussistenza dell'unico centro decisionale.

Anche il sesto motivo si rivela dunque non fondato.

7. Vanno infine respinti, in conseguenza di quanto suesposto, il settimo e l'ottavo motivo di gravame.

Il primo dei due riguarda l'illegittimità derivata dell'escussione della garanzia e della segnalazione all'ANAC, ed è proposto in termini di consequenzialità rispetto all'agognata riforma della sentenza sull'esclusione dell'appellante per unicità del centro decisionale.

Proprio perciò il motivo, fondandosi specificamente sulla (auspicata) riforma della sentenza nella parte in cui ha confermato la suddetta esclusione della (omissis), va di per sé respinto all'esito del rigetto delle doglianze relative a tale esclusione.

L'altro ripropone *ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.* motivi già svolti in primo grado in relazione, rispettivamente, all'omessa considerazione del ritiro dell'offerta ai fini dell'apprezzamento della (non) distorsione concorrenziale verificatasi in gara, e all'omessa valutazione del pregiudizio per la concorrenza concretamente prodottosi nella fattispecie in esame, motivi già considerati nell'ambito delle corrispondenti doglianze d'appello esaminate (richiamate all'uopo dalla stessa appellante) e respinte nei termini suindicati (cfr. *retro*, spec. *sub* § 1.1.2 e 3.1.1), non presentando peraltro l'appello, *in parte qua*, distinte e specifiche ragioni di (ulteriore) censura nei confronti della sentenza.

8. In conclusione, l'appello risulta infondato e va respinto, pur con le precisazioni e integrazioni motivazionali suindicate.

8.1. Le spese di lite sono poste a carico dell'appellante, secondo criterio di soccombenza, e liquidate nella misura di cui in dispositivo in favore dell'appellato costituito.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge;

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite, che liquida nella misura di € 7.000,00, oltre accessori di legge, in favore dell'appellato costituito.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO