

## **Collegamento sostanziale e unicità del centro decisionale**

**Massima:** Per condivisa giurisprudenza amministrativa: “L' art. 2359 c.c. integra una forma di presunzione *iuris tantum* di collegamento tra ditte partecipanti, mentre l'ipotesi di collegamento sostanziale va, di volta in volta, desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti alla gara, distorsivo delle regole di gara (Cons. di Stato n. 1091 del 2013); tali plurimi elementi possono essere costituiti, oltre che da intrecci personali tra gli assetti societari delle imprese, anche dalla predisposizione di buste identiche contenenti offerte, documenti redatti in modo identico, dalle certificazioni ottenute il medesimo giorno, fideiussioni rilasciate dalla medesima banca e autenticate con numero progressivo dallo stesso notaio, nonché dalla spedizione con lo stesso corriere” (C.d.S, V, 30.6.2022, n. 5438). In particolare, ai fini dell'esclusione da una pubblica gara, ciò che deve essere provato è soltanto l'unicità del centro decisionale, e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale.

**Sentenza - Consiglio di Stato, sez. V, 19/12/2024, n. 10201**



**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 5458 del 2024, proposto da Dodi Moss s.r.l, in proprio e quale capogruppo del costituendo Rtp con Staiges Ingegneria s.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Inglese, Marco Petrone, con domicilio eletto presso lo studio Marco Petrone in Roma, via Oslavia 28;

***contro***

Comune di Varazze, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Viscardi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Segreteria del Consiglio di Stato;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 271/2024.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2024 il Cons. Roberto Michele Palmieri e uditi per le parti gli avvocati Marco Petrone e Luca Viscardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. La società Dodi Moss s.r.l. (di seguito, per brevità: la società) lamenta l'illegittimità dell'esclusione dalla gara d'appalto indetta dal Comune di Varazze per l'affidamento del servizio di direzione lavori e coordinamento della sicurezza nella fase di esecuzione dei lavori di riqualificazione del fronte-mare.

In relazione al tale gara hanno presentato separate offerte sia la società (quale mandataria di un RTI) che uno dei suoi soci (mandatario di altro RTP), quali unici due partecipanti.

In tale situazione, dapprima la Commissione giudicatrice nella seduta del 24.7.2023 ha rilevato che, oltre ad essere socio della società, quest'ultimo è stato anche "*indicato nell'elenco dei tecnici della società di ingegneria che seguirà personalmente l'incarico*". Successivamente, il RUP, con provvedimento n. 20047 del 28.7.2023, ha disposto esclusione di entrambi gli offerenti, contestando la violazione dell'art. 48, comma 7, d.lgs. n. 50/2016 (divieto di partecipazione alla medesima gara in più di un raggruppamento).

Il Comune ha, quindi, indetto un'altra gara a causa dell'esclusione di entrambe le offerte.

La società, con istanze del 7.8.2023 e del 18.8.2023, ha chiesto al Comune di annullare il provvedimento espulsivo, per insussistenza delle ragioni addotte.

Il Comune, riesaminata la questione, con provvedimento dell'8.9.2023 n. 23258 ha confermato l'esclusione della ricorrente (oltre a quella del suo socio), ravvisando, oltre alla violazione dell'art. 48, comma 7, del D.lgs. n. 50/2016, anche il contrasto con l'art. 80, comma 5, lett. m), in quanto il suddetto socio: "*figura all'interno della mandataria Dodi Moss ... anche e soprattutto come tecnico operativo deputato a far parte del gruppo lavorativo dello stesso Raggruppamento. Trattasi di una doppia veste che, benché non contemplata espressamente dall'art. 48, comma 7, del D.lgs. n. 50/2016, non può non rilevare atteso che, diversamente opinando, verrebbe vanificata la ratio ad essa sottesa, ossia quella di favorire la più ampia partecipazione alla gara pubblica, senza per questo pregiudicare la trasparenza, la serietà e l'indipendenza dell'offerta e, quindi, scongiurare la presenza di un unico centro decisionale. Ciò trova pieno riscontro anche nella disposizione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) D.lgs. n. 50/2016 .... Tale disposizione si attaglia perfettamente al caso di specie essendo del tutto evidente che il rapporto, anche di fatto, rivestito da ... all'interno dei due*

*Raggruppamenti, sia tale da concretizzare una situazione di pericolo per l'indipendenza delle offerte presentate dagli stessi”.*

Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado la società ha dunque impugnato sia il provvedimento di esclusione del 28.7.2023, sia l'atto di conferma adottato in data 8.9.2023.

Costituitosi in giudizio, il Comune di Varazze ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con sentenza n. 271/24 il TAR Liguria ha rigettato il ricorso.

Avverso tale pronuncia giudiziale la società ha interposto appello, affidato ai seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: *error in iudicando*; violazione e dell'art. 48, comma 7, nonché dell'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere; riproposizione dei motivi di ricorso non esaminati.

Ha chiesto pertanto, in accoglimento dell'appello, l'annullamento degli atti impugnati in primo grado. Il tutto con vittoria delle spese di lite.

Costituitosi in giudizio, il Comune di Varazze ha chiesto il rigetto dell'appello, con vittoria delle spese di lite.

All'udienza pubblica del 12.12.2024 l'appello è stato trattenuto in decisione.

2. L'appello, in relazione a tutti i dedotti profili di gravame, è infondato, e va dunque rigettato.

3. Ai sensi dell'art. 80 co. 5 d. lgs. n. 50/16 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame), è escluso dalla gara l'operatore economico che si trovi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento:

- in una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.;
- oppure in una situazione di relazione, anche di fatto, per cui sussiste la probabilità che due offerte siano scaturite da un unico centro decisionale.

4. Così individuata la normativa di riferimento, occorre ora indagarne la portata.

Sul punto, premette il Collegio che, pe condivisa giurisprudenza amministrativa, anche di questa Sezione: *“L' art. 2359 c.c. integra una forma di presunzione iuris tantum di collegamento tra ditte partecipanti, mentre l'ipotesi di collegamento sostanziale va, di volta in volta, desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti alla gara, distorsivo delle regole di gara (Cons. di Stato n. 1091 del 2013); tali plurimi elementi possono essere costituiti, oltre che da intrecci personali tra gli assetti societari delle imprese, anche dalla predisposizione di buste identiche contenenti offerte, documenti redatti in modo identico, dalle certificazioni ottenute il medesimo giorno, fideiussioni rilasciate dalla medesima banca e autenticate con numero progressivo dallo stesso notaio, nonché dalla spedizione con lo stesso corriere”* (C.d.S, V, 30.6.2022, n. 5438).

In particolare, ai fini dell'esclusione da una pubblica gara, 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 (per l'inquadramento della fattispecie in esame in termini di fattispecie di mero pericolo, cfr. *ex alia*, C.d.S, V, 14.12.2021, n. 8340).

5. Tanto premesso, e venendo ora alla fattispecie in esame, l'Amministrazione ha posto a fondamento della contestata esclusione l'essere il socio della società appellante anche un soggetto autonomamente partecipante (quale mandatario di altro RTP) alla medesima gara.

Tale circostanza integra di per sé il pericolo di commistione delle offerte, sicché già sotto tale profilo l'impugnata esclusione deve ritenersi legittima.

A ciò aggiungasi altresì che, come emerge dagli atti impugnati, il socio in esame riveste in seno alla società appellante la qualità di tecnico operativo deputato a far parte del gruppo lavorativo dello stesso raggruppamento.

È pertanto evidente, sotto tale profilo, l'interferenza tra i due soggetti giuridici, e dunque il concreto pericolo di violazione del principio di segretezza delle offerte, e in ultima analisi, di alterazione della concorrenza.

6. Tali circostanze non sono in alcun modo smentite dalla misura della partecipazione societaria da parte del suddetto socio, trattandosi di circostanza del tutto irrilevante, avuto riguardo al predetto ruolo rivestito dal socio all'interno della compagine sociale, che gli consentiva potenzialmente l'accesso ad informazioni "sensibili" riguardanti l'offerta presentata in sede di gara.

7. Parimenti inconferenti devono poi ritenersi le dichiarazioni rese da alcuni responsabili della società appellanti, così come la *e-mail* inviata dalla società ai soci in data 12.7.2023, trattandosi di fatti inidonei a confutare il fatto storico rappresentato dal predetto ruolo operativo rivestito dal socio all'interno della società appellante, che lo poneva potenzialmente in grado di avere accesso ad informazioni di carattere riservato, con possibilità di relativa utilizzazione nell'offerta presentata in proprio.

8. Da ultimo, nessun rilievo assume la circostanza che la società ha sede a Genova, mentre il predetto socio risiede a Savona, avuto riguardo agli strumenti offerti dalla tecnologia attualmente in uso, che consente ampia e fattiva interlocuzione anche tra persone assenti (*in primis*, la video-conferenza).

9. Per tali assorbenti ragioni, gli atti impugnati devono ritenersi pienamente legittimi, costituendo la risultante della corretta valutazione di tutte le circostanze rilevanti nella fattispecie in esame.

10. Alla luce di tali considerazioni, l'appello è infondato.

Ne consegue il suo rigetto.

11. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

**P.Q.M.**

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

Condanna l'appellante al rimborso delle spese di lite sostenute dal Comune appellato, che si liquidano in € 4.000 per onorario, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2024, con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Roberto Michele Palmieri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Roberto Michele Palmieri**

**IL PRESIDENTE**

**Diego Sabatino**