

N. 03158/2023REG.PROV.COLL.

N. 05304/2022 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 numero di registro generale 5304 del 2022, proposto da Consorzio Stabile Impero, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni De Vergottini e Marco Petitto, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni De Vergottini in Roma, alla via Antonio Bertoloni, n. 44;

contro

Fondazione Enpam - Ente nazionale di previdenza e di assistenza dei medici e degli odontoiatri, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Piazza, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, alla piazza San Bernardo, n. 101;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma, n. 3356/2022, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fondazione Enpam - Ente nazionale di previdenza e di assistenza dei medici e degli odontoiatri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2023 il Cons. Giovanni Grasso e preso atto delle richieste di passaggio in decisione depositate in atti dagli avvocati De Vergottini, Petitto e Piazza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con delibera n. 79 del 2 giugno 2021, la Fondazione Enpam autorizzava *“l'esperimento di una gara di rilevanza comunitaria mediante procedura aperta, ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016 e successive modifiche ed integrazioni, per l'affidamento triennale del servizio di pulizia della sede e degli archivi della Fondazione”*, per un importo complessivo posto a base di gara di € 1.936.300,00 oltre oneri di legge, cui si aggiungevano € 13.500,00, oltre accessori, per gli oneri per la sicurezza derivanti da rischi di natura interferenziale.

Entro il termine di scadenza, pervenivano cinquantacinque offerte e tra queste quella dell'appellante Consorzio Stabile Impero e quella di IC Servizi Consorzio Stabile a r.l. 3

In data 20 settembre 2021 si svolgeva la prima seduta pubblica del seggio di gara, nel corso della quale si provvedeva all'apertura delle buste telematiche contenenti la documentazione amministrativa presentata dai concorrenti e alla rendicontazione di quanto in esse contenuto.

Nel corso delle successive sedute riservate di gara del 28 settembre, del 14 ottobre e del 26 ottobre 2021, il seggio procedeva ad analizzare la documentazione amministrativa degli operatori economici. In particolare, nel corso della seduta riservata del 14 ottobre 2021, era rinvenuto all'interno del plico telematico presentato dal concorrente IC Servizi Consorzio Stabile a r.l., il documento relativo alla garanzia provvisoria (sia in formato *.pdf* che in formato digitale *.p7m*) dell'operatore economico Consorzio Stabile Impero.

A fronte di ciò, il Presidente del seggio di gara informava, con nota interna, il responsabile del procedimento e quest'ultimo, a sua volta, sollecitava l'assistenza tecnica della piattaforma telematica "*Appalti & Contratti e-Procurement*" ad effettuare una verifica urgente sulla procedura *de qua*, con particolare riferimento al "*documento_1628087155407.p7m*", inserito nel plico telematico della "*Documentazione Amministrativa*" del Consorzio IC Servizi alla voce "*CAUZIONE PROVVISORIA ED EVENTUALE DOCUMENTAZIONE A CORREDO (ES. IMPEGNO DEL FIDEIUSSORE)*".

L'assistenza tecnica, nel comunicare le risultanze relative alle verifiche effettuate, rappresentava che non erano evidenziate anomalie del *software* nel giorno in cui l'operatore aveva caricato la propria offerta telematica e che non erano state verificate anomalie o errori durante la fase di caricamento dell'offerta telematica.

Escluso, perciò, qualsiasi problema od inconveniente tecnico, il responsabile del procedimento evidenziava, sia a carico di IC Servizi Consorzio Stabile e che del Consorzio Stabile Impero sussistesse una causa di esclusione, ai sensi dell'80, comma 5, lett. *m*) del D. Lgs. n. 50/2016, in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti attestanti la provenienza delle offerte delle suddette due società da un unico centro decisionale.

All'esito della pedissequa estromissione, con nota del 18 gennaio 2022 il Consorzio Stabile Impero formulava istanza di riammissione in autotutela, evidenziando, a sostegno, che la Energie Insurance Broker S.r.l., società che aveva rilasciato la garanzia provvisoria, aveva comunicato che, per mero errore di trasmissione, la stessa era stata inviata all'operatore economico IC Servizi Consorzio Stabile a r.l..

Disattesa l'istanza, in data 3 febbraio 2022, in ottemperanza all'art. 80, comma 12, del D. Lgs. 50/2016, il responsabile del procedimento inviava due distinte segnalazioni all'ANAC, dandone informativa agli operatori coinvolti.

2.- Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Lazio, il Consorzio Stabile Impero impugnava il provvedimento di esclusione, che assumeva sotto plurimo rispetto illegittimo, segnatamente lamentando:

- a) violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, per aver escluso il ricorrente dalla procedura di gara in assenza dei presupposti di legge;
- b) l'omessa istruttoria, per aver escluso l'istante dalla procedura di gara senza effettuare alcuna istruttoria, né da parte della Commissione di gara, né da parte del R.U.P.;
- c) il difetto di motivazione, per aver adottato i provvedimenti impugnati recanti come unica motivazione il mero e pedissequo richiamo della previsione di cui all'art. 80 comma 5 lettera *m*) del D.Lgs. 50/2016 unitamente al richiamo di un precedente giurisprudenziale (la sentenza del Consiglio di Stato n. 2426/2020), in realtà avente ad oggetto un caso in cui era stata approfonditamente accertata, verificata e comprovata la sussistenza dell'unicità del centro decisionale mediante un procedimento finalizzato ad un provvedimento ampiamente motivato;
- d) il travisamento dei fatti in sede di valutazione documentale, per aver assunto che i due concorrenti avessero prodotto la medesima polizza sia in formato *.pdf* che in

formato .p7m, mentre, al contrario, la polizza prodotta dal Consorzio Stabile Impero e quella prodotta da IC Servizi Consorzio Stabile sarebbero state identiche nel contenuto ma recavano differenti sottoscrizioni digitali;

e) eccesso di potere e illogicità manifesta.

3.- Con la sentenza epigrata, resa nel rituale contraddittorio delle parti all'esito della camera di consiglio fissata per la trattazione della formalizzata istanza cautelare, il TAR respingeva il ricorso.

Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, il Consorzio impugnava la decisione, lamentandone la complessiva erroneità ed ingiustizia ed auspicandone l'integrale riforma.

Nella resistenza della Fondazione Enpam, alla pubblica udienza del 12 gennaio 2022, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e va respinto.

Ciò vale ad esimere il Collegio dalla disamina della preliminare eccezione di improcedibilità dell'appello, formulata dalla Fondazione Enpam in relazione alla mancata impugnazione, in prime cure, del sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione.

2.- Con unico, articolato motivo di gravame il Consorzio appellante denuncia *error in iudicando*, per violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 80 d.lgs. 50/2016, della Direttiva UE 24/2014/UE, del principio di proporzionalità, dei principi di buon andamento e imparzialità, un ad eccesso di potere sotto plurimo rispetto.

A suo dire:

- a) alla stregua dell'art. 80 d. lgs. cit., l'esistenza di una situazione di controllo societario o di altra relazione tra due imprese non sarebbe stata, di per sé, sufficiente a determinarne l'esclusione dalla gara, essendo richiesto anche che tale situazione comportasse l'imputabilità "*ad un unico centro decisionale*";
- b) la *ratio* della norma sarebbe stata, in effetti, incentrata nell'esigenza di tutelare la trasparenza, correttezza e buona fede dell'azione amministrativa e la libera concorrenza tra gli operatori, imponendo un limite alla partecipazione ad una gara alle imprese le cui offerte si fossero rivelate, in concreto, espressione di un unico centro decisionale e, quindi, idonee a condizionare il confronto concorrenziale;
- c) per tal via, anche alla luce dell'insegnamento della Corte di Giustizia UE, spetterebbe alla stazione appaltante, fuori di ogni automatismo, il compito di accertare se il rapporto di controllo abbia o meno influenzato la formulazione delle offerte, in modo tale che le stesse fossero imputabili ad un unico centro decisionale, e come tali idonee a determinare una turbativa della gara;
- d) in sostanza, la sussistenza di una posizione di controllo societario ai sensi dell'art. 2359 c.c. fra due concorrenti sarebbe condizione bensì necessaria ma non sufficiente perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate, dovendo la stazione appaltante conseguire e fornire la prova – anche ricorrendo a meccanismi presuntivi, purché fondati su elementi di fatto univoci, gravi e precisi, non suscettibili di letture dubbie o alternative – della effettiva unicità del centro decisionale;
- e) nel caso di specie, per contro, non solo non sarebbe stata effettuata, da parte della stazione appaltante, una verifica in contraddittorio tra le parti interessate, ma non sarebbe stata nemmeno espletata alcuna istruttoria, volta ad accertare la sussistenza

di ulteriori indici rivelatori della provenienza delle offerte da un unico centro decisionale;

f) piuttosto, c Il R.U.P. ha fondato l'esclusione dalla gara Consorzio Stabile Impero esclusivamente sulla base del rinvenimento, nel plico di uno degli operatori economici partecipanti alla gara (IC Servizi), del documento relativo alla garanzia provvisoria riferita all'odierna ed incolpevole appellante, con motivazione insufficiente.

3.- Il motivo non è fondato.

Come è noto, l'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede una causa di esclusione dalle procedure di gara a carico dell'operatore economico che *“si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”*.

Per consolidato intendimento, la valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale postula *“la sola astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non essendo necessario che l'alterazione del confronto concorrenziale vi sia stata effettivamente e in concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie ‘di pericolo’, 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 ciò anche in ragione del rilievo 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 (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2020, n. 2426; Id., 22 ottobre 2018, n. 6010).

Ciò posto, deve ritenersi, in coerenza con l'orientamento giurisprudenziale prevalente (cfr., in fattispecie contermine, Cons. Stato, sez. V, n. 8340/2021), che *la presenza di un documento relativo ad un concorrente nell'ambito dell'offerta di un altro* si sostanzia in un fatto in grado di dimostrare che le offerte possano essere state concordate e che siano quindi espressione di un unico centro decisionale. E ciò a prescindere dal fatto che la svista – quale obiettivamente è l'inserimento di un documento nell'offerta di un diverso concorrente – sia stata commessa da un soggetto terzo rispetto agli offerenti (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 12 gennaio 2021, n. 393; Id., 28 dicembre 2020, n. 8407).

Invero, la situazione in questione lascia, di per sé, ragionevolmente inferire che le offerte siano state elaborate e formulate nella reciproca consapevolezza l'una dell'altra, in vista dell'obiettivo unitario, comune ad entrambi gli operatori economici, di aggiudicazione dell'appalto indifferentemente all'uno o all'altro. In ciò risiede, del resto, l'essenza del collegamento sostanziale, quale fattore potenziale di alterazione della competizione che dovrebbe invece esplicitarsi nelle procedure ad evidenza pubblica e che da parte della stazione appaltante richiede, nell'impossibilità di una prova diretta, un ragionamento di carattere indiziario dell'unicità del centro decisionale sulla base di una ricostruzione immune da errori di ordine logico o da travisamenti delle circostanze di fatto.

Del resto, contrariamente all'assunto dell'appellante, la circostanza che la Energie Insurance Broker S.r.l., società che si era occupata del rilascio della garanzia provvisoria, avesse comunicato che, per mero errore di trasmissione, era stata inviata all'operatore economico IC Servizi Consorzio Stabile a r.l. la garanzia provvisoria (sia in formato *.pdf* che in formato digitale *.p7m*) dell'operatore economico Consorzio Stabile Impero non legittima una diversa inferenza.

Invero, si è ribadito, con valutazione pienamente estensibile alla vicenda in esame, che la circostanza che i due operatori economici si fossero rivolti allo stesso professionista “*non smentisce l’ipotesi di cui alla disposizione di legge ora richiamata, ma anzi conferma che i due operatori economici, rivoltisi allo stesso professionista, erano nelle condizioni di formulare offerte coordinate in vista del sopra esposto unitario obiettivo comune ad entrambi*”.

D’altra parte, la sentenza appellata non ha ommesso di soggiungere che, avuto riguardo alla circostanza che posteriori ed aggiuntive verifiche avevano confermato (avuto riguardo alla identità della sede legale) gli elementi indiziari ai fini della dimostrazione del collegamento, tali elementi – pur non potendo coonestare una vera e propria motivazione postuma – finivano per confermare, anche nel confronto processuale, la legittimità della disposta esclusione.

A diverso intendimento non può condurre l’assunto, diffusamente argomentato da parte appellante, secondo cui, nella vicenda in esame, i *files* trasmessi dai due operatori, pur avendo un numero identificativo diverso, avessero solo lo stesso contenuto: invero, quand’anche i due *files* risultino essere stati firmati digitalmente da soggetti diversi (e, in particolare, dai due legali rappresentanti degli operatori economici concorrenti, oltre ovviamente al legale rappresentante dell’unica compagnia assicurativa), ciò conferma (o addirittura rafforza) l’inferenza di un sottostante collegamento (posto che appare del tutto verisimile che chi firma, sia pure erroneamente, un documento di un terzo, lo fa perché lo conosce).

4.- Le esposte considerazioni confermano l’infondatezza complessiva dell’appello, che deve essere perciò respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

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 refusione delle spese di lite a favore della Fondazione Enpam, che liquida in complessivi € 5.000,00, 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 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO