

Pubblicato il 06/04/2022

N. 02561/2022REG.PROV.COLL.  
N. 06855/2021 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 6855 del 2021, proposto da Manifattura Tubi Gomma s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Barbato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Padova, via Ugo Foscolo, 3;

*contro*

Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Mtf s.r.l., IVG Colbachini s.p.a., non costituite in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 04738/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Trenitalia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2022 il Cons. Alberto Urso e preso atto della richiesta di passaggio in decisione senza discussione depositata in atti da parte degli avvocati Barbato e Fraccastoro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con bando pubblicato sulla Guue il 27 maggio 2020, Trenitalia s.p.a. indiceva procedura di gara per l'affidamento della fornitura di tubi, connessioni, manicotti e accoppiati suddivisa in quattro lotti.

In relazione al secondo lotto, qui controverso, la stazione appaltante, dopo aver escluso il 25 settembre 2020 la IVG Colbacchini s.p.a. in ragione del cd. “vincolo di aggiudicazione” previsto dal punto VII.3.1 del disciplinare fra i lotti 1 e 2 - essendosi la stessa IVG aggiudicata il lotto 1 - disponeva l'aggiudicazione in favore della seconda graduata Manifattura Tubi Gomma s.p.a.

2. Successivamente, in sede di verifiche posteriori all'aggiudicazione, la stessa stazione appaltante ravvisava alcuni indici relativi alla sussistenza di un unico centro decisionale fra la IVG e la Manifattura Tubi Gomma, e con delibera n. 554 del 30 novembre 2020 escludeva la Manifattura Tubi Gomma dal lotto 2 per la sussistenza di siffatto unico centro decisionale, escutendo la cauzione provvisoria e segnalando l'esclusione all'Anac.

3. Avverso tale delibera e gli atti correlati proponeva ricorso, integrato da motivi aggiunti, la Manifattura, domandando anche il risarcimento del danno.

4. Il Tribunale amministrativo adìto, nella resistenza di Trenitalia, nonché intervenuta *ad adiuvandum* la IVG, respingeva il ricorso e i motivi aggiunti.

5. Avverso la sentenza ha proposto appello la Manifattura deducendo:

- I) *error in iudicando*: erroneità della sentenza per illogicità e contraddittorietà della motivazione; violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016; illegittima ed errata valutazione degli indizi dell'esistenza di un unico centro decisionale; carente e apparente motivazione; violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità; violazione del principio di libera e massima concorrenza;
- II) *error in procedendo* per mancato esame dei motivi di ricorso; assenza di motivazione; omessa valutazione del comportamento in gara; assenza di influenza sulla gara;
- III) eccezione di incostituzionalità dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016.

L'appellante ripropone anche la domanda risarcitoria già avanzata in primo grado.

6. Resiste al gravame Trenitalia s.p.a., chiedendone la reiezione.
7. All'udienza pubblica del 3 febbraio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Può prescindersi dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dall'amministrazione, stante il rigetto nel merito dell'appello.
2. Col primo motivo l'appellante censura la sentenza nella parte in cui ha ravvisato la sussistenza di indici di un unico centro decisionale fra la Manifattura e la IVG: gli elementi a tal fine richiamati non sarebbero invero idonei a manifestare la presenza di un suddetto unico centro, e il giudice di primo grado non avrebbe al riguardo adeguatamente apprezzato le difese della Manifattura e le evidenze di segno contrario dalla stessa fornite.

In specie, i contestati incroci tra i componenti dell'organo amministrativo delle due società sono espressione del sussistente rapporto di controllo societario fra le stesse; nondimeno, le due società sono concorrenti fra loro sul mercato, e la loro gestione è del tutto distinta.

Nessuna rilevanza può assumere, in tale contesto, la vicinanza delle sedi sociali, che rimangono ben distinte fra loro.

Del pari irrilevante sarebbe l'identità dell'offerta in ordine ai previsti tempi di consegna (*i.e.*, 60 giorni), considerato che anche in altre gare la Manifattura ha indicato analoga tempistica.

Nessuna rilevanza avrebbero, ancora, la stretta vicinanza cronologica nel rilascio delle cauzioni, oltreché *“tra le certificazioni, licenze, polizze assicurative, e strette relazioni temporali nelle modalità di spedizione dei plachi”*; quanto alle cauzioni, poi, le concordanze riscontrate sfuggono alla sfera di controllo della Manifattura, attenendo piuttosto a scelte e indicazioni della banca emittente.

Allo stesso modo, non potrebbe ravvisarsi alcun elemento distorsivo, e tale da manifestare l'esistenza d'un unico centro decisionale, in correlazione all'attività di caricamento delle buste sul relativo portale.

In tale contesto, la nozione di *“pericolo presunto”* elaborata dalla giurisprudenza ai fini dell'individuazione dell'unico centro decisionale va intesa *cum grano salis*, e nella specie il fatto che si trattasse di una gara aperta, soggetta al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che le offerte presentate fossero meno di 15 (con conseguente inapplicabilità delle medie sulla soglia di anomalia *ex art. 97, comma 2, 2-bis e 2-ter*, d.lgs. n. 50 del 2016), era tale da rendere irrilevante la partecipazione simultanea di Manifattura e IVG, considerato peraltro che quest'ultima è stata esclusa dal lotto 2 in quanto già aggiudicataria del lotto 1.

Per converso, l'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016 è possibile solo se il comportamento delle imprese sia tale da influire sull'esito della gara, ciò che non è dato riscontrare nel caso di specie.

2.1. Col secondo motivo l'appellante si duole della manca considerazione e valorizzazione da parte del giudice di primo grado degli elementi di prova contraria offerti dalla Manifattura in relazione alla contestata sussistenza di indici di un unico centro decisionale.

In particolare, il ricorso al medesimo notaio e agli stessi funzionari di banca nella stipulazione della garanzia, come già anticipato, sarebbero da ricondurre all'operato della banca garante.

L'offerta del medesimo termine di 60 giorni per la consegna si spiega in ragione della natura industriale delle due imprese, mentre il terzo concorrente in gara, in quanto impresa di natura commerciale, ha ragionevolmente indicato un termine maggiore.

Le offerte presentano d'altra parte prezzi unitari ben diversi l'una dall'altra.

Non significativi sono poi i contestati incroci nelle cariche sociali, considerato che nell'ambito di Manifattura i poteri sulle partecipazioni a gare spettano al presidente, né il C.d.A. esercita alcuna influenza o ingerenza al riguardo.

Ancora, diverse sono le sedi delle due imprese, così come la loro complessiva gestione.

2.2. I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente per connessione, non sono condivisibili.

2.2.1. Occorre premettere che l'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016 prevede apposita causa di esclusione dalle procedure di gara nei confronti 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*».

Già nella vigenza del decreto legislativo n. 163 del 2006, la giurisprudenza aveva posto in risalto in proposito che fra le cause di possibile esclusione dalle gare pubbliche sono ricomprese le ipotesi previste dall'art. 2359 Cod. civ. e quelle non codificate di collegamento sostanziale nel caso vi siano elementi tali da consentire di ricondurre i soggetti partecipanti alla procedura ad un unico centro decisionale: v'è infatti in tali casi il rischio d'una “*vanificazione dei principi generali in tema di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione. In tal modo si tende ad evitare che il corretto e trasparente svolgimento delle gare di appalto ed il libero gioco della concorrenza possano essere irrimediabilmente alterati*

*dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese, siano tuttavia riconducibili ad un unico centro di interesse: la ratio di tale previsione è quella di evitare il rischio di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da stretta comunanza di interesse caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti, proprio per tale situazione, capaci di formulare offerte caratterizzate dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità, coerentemente quindi ai principi di imparzialità e buon andamento cui deve ispirarsi l'attività della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 della Costituzione” (Cons. Stato, V, 18 luglio 2012, n. 4189).*

A tal fine 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; più di recente, Cons. Stato, V, 14 gennaio 2022, n. 259).

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 (Cons. Stato, V, 7 gennaio 2022, n. 48; 5 agosto 2021, n. 5778; 15 aprile 2020, n. 2426).

Per questo, “*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. In altri termini, non è necessaria la prova che il collegamento abbia influito sulla formazione delle offerte, ma è sufficiente che sia probabile il fatto che le stesse provengano da un unico centro decisionale*” (Cons. Stato, IV, 2 aprile 2021, n. 3255).

In tale prospettiva, è stato così posto in risalto come il riferimento al contenuto delle offerte sia *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; cfr. anche Id., V, 28 dicembre 2020, n. 8407; 12 gennaio 2021, n. 393; VI, 31 agosto 2021, n. 6119).

In senso contrario alla suesposta elaborazione giurisprudenziale non vale il richiamare la pronuncia della Corte di Giustizia 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 perseguiendo 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 Corte “*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 altera le modalità di verifica per l'integrazione della causa escludente, nei termini elaborati dalla giurisprudenza in funzione della enucleazione di un unico centro decisionale (cfr., al riguardo, anche Cons. Stato, n. 2426 del 2020, cit.).

Lo stesso è a dirsi per la citazione della decisione della Corte di Giustizia dell’8 febbraio 2018 nella causa C-144/17, in cui si afferma la necessità 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*”: si trattava nella specie, infatti, di un caso particolare, connotato dalla presenza di un soggetto assicurativo dalla struttura affatto peculiare (“*persona giuridica collettiva a struttura plurima*”) in cui le offerte partecipative erano state presentate con sottoscrizione di unico rappresentante generale per l’Italia in relazione a cd. “sindacati” diversi.

Di qui il richiamo a un accertamento concreto necessario da parte della stazione appaltante, atteso che “*il mero fatto che delle offerte come quelle di cui al procedimento principale siano state sottoscritte dalla stessa persona, ossia dal procuratore speciale del rappresentante generale per l'Italia [...], non può giustificare la loro esclusione automatica dall'appalto pubblico in questione*”.

Ciò che viene censurato è dunque, in sostanza, la circostanza che “*Basandosi sulla sola sottoscrizione delle offerte da parte del procuratore speciale del rappresentante generale per l'Italia [...] per escludere i sindacati [si è] presunto l'esistenza di una collusione, senza che i sindacati abbiano avuto la possibilità di dimostrare che le loro rispettive offerte sono state formulate in maniera del tutto indipendente l'una dall'altra*”.

In tale contesto, se non opera dunque alcun automatismo espulsivo in caso di controllo legale *ex art. 2359 Cod. civ.* (così come in caso di sottoscrizione delle offerte dal medesimo rappresentante, in casi particolari quali quelli di “*persone giuridiche collettive a struttura plurima*”), restando sempre in favore delle

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 dal contenuto delle offerte o dall'effetto finale prodottosi in termini concorrenziali sulla specifica procedura di gara.

Per questo, i richiami alle dette sentenze della Corte di Giustizia non valgono a modificare la vasta elaborazione giurisprudenziale maturata circa l'integrazione della fattispecie escludente, ravvisabile *ex se* nella concreta enucleazione dell'unico centro decisionale attraverso il riscontro dei corrispondenti indici (cfr., al riguardo, anche rispetto alla lettura dei precedenti della Corte di Giustizia, Cons. Stato, V, 19 marzo 2018, n. 1753).

A ciò si aggiunga peraltro, nel caso di specie, che la stazione appaltante ha ravvisato anche - fra gli altri - elementi concreti di similitudine inerenti alle offerte, espressivi e confermativi della medesimezza del centro decisionale (per l'individuazione del contenuto delle offerte quale uno soltanto dei possibili elementi di constatazione dell'unico centro, non indispensabile, cfr. anche - oltre alla giurisprudenza già richiamata - Cons. Stato, V, 14 dicembre 2021, n. 8340).

In tale contesto, non rileva neppure il richiamare l'art. 18 della Direttiva 2014/24/UE, atteso che non ricorre in specie alcuna discriminazione né limitazione artificiale della concorrenza, anzi una sua specifica prospettiva di tutela a mente dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016, in coerenza con quanto già ammesso dalla Corte di Giustizia nella richiamata decisione del 19 maggio 2009 rispetto a siffatte ipotesi di esclusione, non essendo ricavabile dal detto art. 80, comma 5, lett. *m*) (né risultando qui applicata dall'amministrazione) alcuna forma di presunzione assoluta di coordinamento fra imprese; tanto più che, come già posto in risalto, l'unicità del centro decisionale è stata qui ricavata anche da elementi inerenti al contenuto delle offerte.

2.2.2. Alla luce dei sussinti principi, è da ritenere infondata nella specie la dogianza con cui l'appellante deduce l'insussistenza di indici sulla sussistenza dell'unico centro decisionale e invoca la prova contraria fornita, anche in relazione alla non incidenza sull'esito della gara della situazione riscontrabile in capo alla IVG e alla Manifattura.

2.2.3. In senso contrario, emerge come nel caso di specie l'amministrazione abbia 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, e la valutazione all'uopo espressa risulta nel complesso esente dalle censure formulate dall'appellante, i cui elementi addotti a prova contraria non valgono a infirmare il giudizio espresso dall'amministrazione; né a tal fine è richiesta d'altra parte alla stazione appaltante una verifica circa gli effetti anticoncorrenziali del comportamento tenuto dalle imprese sull'andamento della gara e l'influenza della situazione di collegamento sul contenuto delle offerte.

2.2.3.1. Nella specie, anzitutto fra le concorrenti si ravvisa effettivamente un regime di controllo societario, atteso che la IVG detiene il 75,458% delle partecipazioni della Manifattura.

Come già posto in risalto, l'elemento del controllo societario non è di per sé sufficiente a ravvisare l'unicità del centro decisionale, dovendo ammettersi anzi - anche in caso di vero e proprio controllo di diritto - la possibilità di offrire alle interessate prova contraria in contraddittorio (cfr. la già citata Corte di Giustizia, 19 maggio 2009, causa C-538/07); nondimeno la circostanza della sussistenza di un regime di controllo assume rilievo contestuale non privo di significato, e che può contribuire - insieme ad altri elementi - a far ravvisare l'unicità del centro decisionale in termini di collegamento sostanziale fra le imprese.

Nella specie, una partecipazione nella misura suindicata ben vale a far ravvisare il suddetto controllo, né l'appellante fornisce specifiche evidenze o ragioni concrete di un'eventuale mancanza dello stesso controllo.

2.2.3.2. Ancora, in relazione agli incroci fra soggetti titolari di cariche amministrative nelle due imprese - elemento ben significativo ai fini della individuazione d'un unico centro decisionale - risulta in effetti che un consigliere di amministrazione della Manifattura (*i.e.*, A.C.G.) è presidente del C.d.A. e amministratore delegato della IVG.

Allo stesso modo, altro consigliere di amministrazione della Manifattura (*i.e.*, B.D.) riveste anche la carica di direttore generale e consigliere delegato della IVG.

Né rileva il fatto che i poteri in materia di gare pubbliche siano esercitati nella Manifattura da altri soggetti, atteso che gli intrecci fra gli organi amministrativi assumono (significativo) rilievo indiziario nell'individuazione dell'unico centro decisionale a prescindere dai poteri specifici sulle gare, e nella specie la sussistenza di un unico centro decisionale è ben desumibile dai suindicati incroci fra gli esponenti aziendali delle due società.

Per le stesse ragioni, non vale di per sé a fornire utile prova contraria sull'unicità del centro decisionale la circostanza che il C.d.A. di Manifattura non eserciterebbe una diretta ingerenza sulle decisioni in materia di gare pubbliche, considerato comunque il significativo intreccio riscontrabile fra gli organi amministrativi (cui compete in ogni caso l'indirizzo esecutivo sulla società), ben in grado di dar luogo a un *sostanziale* unico centro decisionale.

2.2.3.3. Quanto ai fatti e circostanze rilevanti occorsi nell'ambito della gara oggetto del presente giudizio, risulta che le due concorrenti abbiano presentato garanzia stipulata il medesimo giorno con la stessa banca e filiale; e al riguardo, al di là della dichiarazione della banca circa la riconducibilità a sé stessa delle ragioni di sovrappponibilità formale delle garanzie (*i.e.*, stipulazione presso lo stesso notaio - di cui è pure presente in atti dichiarazione che conferma il conferimento dell'incarico da parte della banca - repertori consecutivi, medesimi sottoscrittori per conto della banca) a fronte di autonomi procedimenti nel relativo rilascio, restano intatti (e rilevanti) gli elementi del ricorso a monte alla medesima filiale della stessa banca, oltre al

dato della relativa contiguità temporale, profili che ben possono concorrere all'apprezzamento indiziario circa l'esistenza d'un unico centro decisionale (cfr. Cons. Stato, n. 8407 del 2020, cit.; Id., V, 1 agosto 2015, n. 3772).

2.2.3.4. Quanto suesposto trova elementi indiziari di ulteriore conferma nel dato contenutistico delle offerte (oltreché temporale, essendo state le stesse trasmesse a distanza di pochi minuti l'una dall'altra), le quali coincidono in ordine alla voce dei tempi di consegna (pari a 60 giorni) e risultano molto simili nella proposta economica (prevedendo, rispettivamente, un corrispettivo di € 553.300,00 la Manifattura, e di € 554.998,87 la IVG, a fronte di un'offerta molto diversa formulata dall'altra concorrente in gara).

Trattasi, anche in questo caso, di elementi di conferma - al di là del fatto che sui tempi di consegna vi fossero solo tre opzioni, e che la vicinanza fra i dati di corrispettivo riguardi il valore complessivo, non già le singole voci unitarie che lo compongono - nel quadro generale sopra enucleato, in presenza di valori di corrispettivo effettivamente assai vicini, mentre l'offerta in relazione ai tempi di consegna costituisce semplicemente un ulteriore elemento di sovrapposizione.

2.2.4. Tutto quanto suindicato ben vale, nel complesso, a individuare la sussistenza di un unico centro decisionale *ex art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50 del 2016*, anche al di là degli altri indici richiamati in giudizio dalle parti, né i suddetti elementi addotti dall'appellante hanno effettivo valore evidenziale di segno contrario.

Allo stesso modo, il fatto che si trattasse in specie di una procedura aperta e governata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e che non prevedesse l'applicazione delle regole di calcolo di cui all'art. 97, comma 2 ss., d.lgs. n. 50 del 2016 stante il numero di concorrenti inferiore a 15 non vale di per sé a dimostrare l'assenza di possibili ragioni di coordinamento fra le imprese e di relativa potenziale utilità per le stesse (e comunque a sterilizzare *ex se*, in radice, l'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50 del 2016), atteso che il *vulnus* alla concorrenza e alla parità di trattamento

derivante dalla partecipazione di operatori facenti parte del medesimo centro decisionale può variamente inverarsi e declinarsi, anche in prospettiva spartitoria (considerato peraltro che era prevista nella specie apposita clausola recante vincolo di aggiudicazione) e che, più in generale, la causa escludente ha quale *ratio* propria quella di tutelare i principi, oltreché direttamente di *par condicio* e concorrenza, anche di *segretezza* delle offerte (cfr. Cons. Stato, V, 10 dicembre 2021, n. 8245) oltreché trasparenza della competizione, che di per sé risultano vulnerati in presenza di un unico centro decisionale; in tale prospettiva, come già posto in risalto, la fattispecie escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016 si integra al ricorrere di per sé di un unico centro decisionale.

Allo stesso modo non rileva, in tale contesto, l'anteriore esclusione dal lotto due della IVG, atteso che - come è assorbente osservare - assume qui rilievo ed è valutata la posizione di Manifattura, per la quale resta fermo il dato della presentazione dell'offerta in presenza di unico centro decisionale, a prescindere dalla circostanza dell'esclusione *aliunde* dell'altro concorrente (cfr. peraltro, al riguardo, Cons. Stato, n. 2426 del 2020, cit., che afferma ad esempio l'irrilevanza del ritiro dell'offerta ai fini della rilevazione dell'unicità del centro decisionale e adozione del corrispondente provvedimento escludente, considerato che “*La sussistenza dell'unico centro decisionale va [...] valutata in relazione alla presentazione delle offerte, scrutinando la sussistenza o meno della fattispecie vietata a prescindere dalle vicende successive*”).

Parimenti prive di rilievo sono peraltro le deduzioni relative a passati rapporti e interlocuzioni delle società con Trenitalia in ordine alla situazione di controllo, che non valgono a dimostrare l'insussistenza nella specie dell'unico centro decisionale.

Del pari non conferente è poi il richiamo alla sentenza n. 278 del 2019 della Corte costituzionale, che attiene a fattispecie di natura penale, mentre qui la qualificazione in termini di “pericolo” ha un portato meramente descrittivo della *ratio* della causa escludente, che tale rimane, al di fuori della dimensione

penale in relazione alla quale la detta sentenza della Corte afferma i corrispondenti principi (i parametri di legittimità coincidevano d'altra parte, in quel contesto, con gli artt. 13, 25 e 27 Cost.).

Di qui l'infondatezza delle doglianze.

3. Col terzo motivo l'appellante deduce l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016 in quanto disposizione che prevedrebbe una causa d'esclusione per unicità di centro decisionale non distinguendo in ragione della tipologia di procedura (es., se non è prevista l'applicazione di medie, con riguardo in particolare alle gare aggiudicate col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con partecipazione di meno di 15 concorrenti), e così ponendosi in contrasto con gli artt. 3 (sotto il profilo della disparità trattamento), 35 (in relazione alla tutela del lavoro in tutte le sue forme, inclusa l'aggregazione sotto forma di capitale) e 41 (riguardo all'impedimento all'acquisizione di partecipazioni in altre società) Cost.

3.1. Neanche tale motivo è condivisibile.

3.1.1. La questione di legittimità prospettata dall'appellante è al contempo manifestamente infondata e irrilevante nel caso di specie.

Va osservato infatti come le forme di concertazione fra gli operatori economici nell'ambito delle procedure a evidenza pubblica possano essere assai varie, e non necessariamente postulano l'incidenza sulle medie o altri parametri di calcolo, potendo attenere, ad esempio, al coordinamento ai fini della ripartizione dei lotti (ciò su cui può ben incidere anche il cd. "vincolo di aggiudicazione") o alla conformazione della graduatoria, riscontrabili diffusamente nelle diverse tipologie di procedura; a ciò si aggiunga l'immanente *vulnus* al principio di segretezza delle offerte e trasparenza nella competizione che deriva dall'unicità del centro decisionale, e che legittimamente la disposizione intende neutralizzare.

La causa escludente così prevista dall'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016 non risulta dunque irragionevole, né immotivatamente limitativa del

diritto al lavoro (di cui all'art. 35 Cost.), discriminatoria (*ex art. 3 Cost.*) o pregiudizievole per l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), avendo un legittimo (specifico) fine nei termini suindicati, perseguito peraltro in termini rispettosi della *proporzionalità*.

In relazione ai parametri costituzionali degli artt. 35 e 41 Cost. come evocati dall'appellante, peraltro, non assume rilievo il richiamo al profilo dell'assunzione di partecipazioni in altre imprese o di “*aggregazione sotto forma di capitale*”, giacché - oltre alla già rilevata ragionevolezza della regola posta - l'acquisto od assunzione di partecipazioni non è in sé impedito dalla norma, la quale attiene piuttosto al solo (pertinente) elemento della *partecipazione* alle gare e relative limitazioni e rimedi.

In tale contesto, l'appellante non ha fornito d'altra parte specifica evidenza che la procedura controversa sia del tutto estranea in concreto a possibili fenomeni di concertazione idonei a influire sul regolare svolgimento della gara e, più in generale, sulla corretta applicazione dei principi di parità di trattamento, concorrenza, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione, a ciò non valendo - come già posto in risalto - il solo richiamo al fatto che la gara preveda il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e che alla stessa abbiano preso parte meno di 15 concorrenti.

Di qui anche l'irrilevanza della questione prospettata, oltreché la sua manifesta infondatezza.

4. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello è infondato e va respinto.

4.1. Il rigetto del gravame in relazione alle domande caducatorie implica, in via assorbente, la reiezione della richiesta di risarcimento del danno avanzata dall'appellante, stante il difetto della dedotta condotta illecita dell'amministrazione in relazione al provvedimento impugnato.

4.2. 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'amministrazione costituita.

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, che liquida nella misura di € 5.000,00, oltre accessori di legge, in favore dell'amministrazione costituita.  
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.  
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Alberto Urso**

**IL PRESIDENTE**

**Diego Sabatino**

**IL SEGRETARIO**