

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 8296 del 27 ottobre 2025

Appalti di servizi – Esclusione per riconducibilità offerte a unico centro decisionale – Mancata attivazione del contraddittorio – Illegittimità

Pubblicato il 27/10/2025

N. 08296/2025REG.PROV.COLL.

N. 03936/2025 REG.RIC.



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 3936 del 2025, proposto da (...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli Avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio (...);

contro

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato (...), con domicilio eletto presso il suo studio in (...);

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(...) S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la

Lombardia (Sezione Prima) n. 01316/2025, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.r.l. e di (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2025 il Cons. Francesca Picardi e uditi per le parti gli Avvocati (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. (...) s.r.l. ha impugnato il provvedimento della stazione appaltante (...) s.p.a., con cui, nella gara indetta per l'affidamento dei trasporti di pasti, prodotti alimentari e altro, di durata quinquennale, è stata esclusa per il lotto 3 in considerazione della ritenuta sussistenza di indizi sintomatici di cui all'art. 95, comma 1, lett. d, d.lgs. n. 36 del 2023 (riconducibilità della sua offerta e di quella della (...) ad un unico centro decisionale).

2. Il T.a.r. ha accolto il secondo motivo di ricorso, avente ad oggetto la violazione del contraddittorio procedimentale, precisando che la decisione adottata non è stata caratterizzata da un adeguato approfondimento istruttorio, sicché non può ritenersi che il procedimento non avrebbe potuto avere esito diverso.

3. Avverso tale sentenza (...) s.p.a. ha proposto appello, deducendo 1) l'erroneità della sentenza in ordine alla affermata inadeguatezza dell'istruttoria del sub-procedimento di esclusione, desunta in modo illogico dai nuovi indizi dell'unicità del centro decisionale delle due imprese raccolti in sede processuale, che, tuttavia, non smentiscono, ma anzi confermano l'accuratezza dell'istruttoria procedimentale, in cui non è necessario acquisire né la certezza del collegamento tra i concorrenti né l'idoneità concreta di tale collegamento all'alterazione del libero gioco concorrenziale; b) l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha affermato in

modo formale, in contrasto con il principio del risultato ed in violazione dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990, la doverosità del preliminare procedimento in contraddittorio di cui al precedente art. 7 in una ipotesi come quella in esame, in cui, da un lato, il contraddittorio non è funzionale all'adozione di misure di self-cleaning e, dall'altro lato, non avrebbe potuto portare ad un risultato differente, traducendosi in un inutile aggravio.

L'appellante ha evidenziato che l'istruttoria procedimentale è stata caratterizzata da due distinte fasi - la prima svolta da (...) s.r.l. (da cui è emersa la somiglianza redazionale e contenutistica delle offerte di (...) e (...)); la seconda svolta dalla stazione appaltante, da cui sono emersi altri plurimi indizi dell'unicità del centro decisionale delle due concorrenti escluse (la collocazione delle sedi di entrambe le società nel Comune di (...), a pochi chilometri di distanza; la presenza dello stesso errore formale nell'offerta relativa al lotto 1 e, cioè, l'allegazione, da parte della (...), del piano trasporti relativo al lotto 2 nella procedura per il lotto 1, e, da parte della (...)(...), di un piano di trasporto incompleto per il lotto 1; la medesima impaginazione, tipologia di scrittura e lo stesso contenuto descrittivo, con la medesima indicazione dei percorsi e delle distanze, nella redazione dei piani trasporti delle offerte riferite ai lotti 2, 3 e 4; lo stesso ordine dei paragrafi e punti descrittivi nelle offerte tecniche di tali lotti; la quasi totale identità dei documenti relativi all'anagrafica dei veicoli, differenti solo per la dimensione del carattere utilizzato e per la marca e modello di veicoli).

4. Si sono costituite nel presente giudizio (...) s.r.l. e (...) s.r.l., concludendo per il rigetto dell'appello.

5.All'udienza del 29 maggio 2025 l'appellante ha rinunciato all'istanza cautelare originariamente formulata.

6. Con atto notificato in data 13 giugno 2025 la (...) s.r.l., che già in sede cautelare aveva riproposto i motivi non esaminati dal T.a.r. in primo grado (aventi ad oggetto la violazione dell'art. 95 d.lgs. n. 36 del 2023 e l'incameramento della

cauzione provvisoria), ha formulato appello incidentale, deducendo la violazione degli artt. 95, comma 1, lett. d, del d.lgs. n. 36 del 2023, 57, par. 4, lett. d, direttiva n. 24/2014, 41 Cost., 64 c.p.a., relativamente alla parte della sentenza in cui, con violazione del canone del prudente apprezzamento ed in contrasto con la delibera A.n.a.c. n. 215 del 23 aprile 2024, si è ritenuto che il conferimento dell'incarico al medesimo professionista per le redazione dell'offerta, da parte di due diversi operatori economici, possa legittimamente integrare un indice di collegamento tra gli stessi, rappresentando al contrario solo la spiegazione della somiglianza tra le due offerte.

5.All'udienza del 16 ottobre 2025, previo scambio di memorie, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

6. I motivi di appello che, in quanto, strettamente connessi, devono essere esaminati congiuntamente, sono infondati, pur dovendo integrarsi la motivazione della sentenza appellata.

6.1. In primo luogo occorre evidenziare che l'art. 6, comma 3, del disciplinare di gara espressamente prevede che “la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 95 del codice è accertata previo contraddittorio delle parti”, senza alcuna distinzione tra le diverse lettere o tra i diversi commi dell'art. 95 e senza alcun riferimento alla strumentalità del contraddittorio all'eventuale adozione di misure di self-cleaning. Piuttosto il disciplinare distingue, dal punto di vista procedimentale, le cause di esclusione automatica di cui all'art. 94 del d.lgs. n. 36 del 2023, il cui accertamento è solo documentale, da quelle di esclusione non automatica di cui all'art. 95 del d.lgs. n. 36 del 2023, il cui accertamento richiede valutazioni di discrezionalità tecnica.

Pertanto, in presenza di tale auto-vincolo procedurale, che la stessa Amministrazione si è posta, l'esclusione disposta, senza la previa attivazione del contraddittorio, risulta illegittima se non per violazione di legge, quantomeno per

eccesso di potere (oggetto di denuncia, da parte dell'appellata originaria ricorrente, proprio nel secondo motivo oggetto di accoglimento da parte della sentenza impugnata).

In proposito è opportuno soffermarsi sulla utilità del contraddittorio procedimentale relativamente alla causa di esclusione in esame, di cui all'art. 95, comma 1, lett. d, del d.lgs. n. 36 del 2023 (la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara) - disposizione sostanzialmente corrispondente all'art. 80, comma 5, lett. m, del d.lgs. n. 50 del 2016 e riconducibile all'art. 57, comma 4, lett. d, della direttiva dell'Unione europea n. 24 del 2014).

Come anticipato si tratta di una causa di esclusione non automatica. La non automaticità è connessa non al momento volitivo, ma solo ed esclusivamente a quello dell'accertamento del presupposto dell'esclusione, che richiede un giudizio di carattere tecnico, caratterizzato da margini di opinabilità. Difatti, nel testo della disposizione in esame, è previsto che la stazione appaltante “escluda” e non che possa escludere all'esito di una valutazione discrezionale. Parimenti, nella relazione al d.lgs. n. 36 del 2023, si è evidenziato che la locuzione “cause di esclusione non automatiche”, in luogo di quella “cause di esclusione facoltative”, è stata utilizzata per mettere in luce che il potere attribuito alla stazione appaltante non implica valutazioni di discrezionalità vera e propria, ma piuttosto apprezzamenti riconducibili alla discrezionalità tecnica. Una volta accertata la sussistenza del presupposto individuato dal legislatore, la scelta espulsiva è necessitata, come consentito dall'art. 57, comma 5, secondo periodo, della direttiva 24/2014 in cui si legge, con riferimento alle cause non automatiche, che “gli Stati membri possono esigere che le amministrazioni aggiudicatrici escludano”.

Tuttavia, proprio i margini di opinabilità dell'accertamento rendono il

contraddittorio procedimentale un adempimento, in linea di massima, non solo utile, ma necessario, salvi i casi eclatanti di assoluta evidenza della riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale, per cui l'art. 6, comma 3, del disciplinare (peraltro, non impugnato) costituisce puntuale applicazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione e di quelli generali dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990.

6.3. A prescindere dall'art. 6 del disciplinare, applicabile nel caso di specie, il procedimento relativo alle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 è disciplinato in modo uniforme dal successivo art. 96 del d.lgs. n. 36 del 2023.

Il comma 6 di tale disposizione, in cui è stabilito, da un lato, che un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, ad eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità e, dall'altro lato, che se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico, va, però, coordinato con i precedenti commi 3 e 4, che pongono, a carico dell'operatore economico, obblighi di comunicazione delle cause di esclusione e di adozione delle misure di self-cleaning, dal cui adempimento deriva l'attivazione del relativo sub-procedimento in contraddittorio. Non sembra, dunque, che dall'art. 96 del d.lgs. n. 36 del 2023 possa desumersi un generale ed incondizionato dovere di attivazione del contraddittorio sub-procedimentale ai fini dell'esclusione (automatica o non automatica). Tale dovere, nella disposizione in esame, è collegato alla previa comunicazione, da parte dell'operatore economico, della pregressa o sopravvenuta causa di esclusione e dell'adozione delle misure di self-cleaning, mentre in altre disposizioni (v., ad esempio, art. 110 d.lgs. n. 36 del 2023) è sancito in modo netto ed incondizionato. Ne deriva che resta ancora attuale l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui non sussiste in ogni caso un incondizionato obbligo della stazione appaltante di attivare un autonomo

sub-procedimento di verifica, nel contraddittorio delle parti, circa la riferibilità delle offerte ad un unico centro decisionale (Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 2018, n. 1753, in cui, però, si legge che “il contraddittorio è stato comunque garantito ad entrambe le società, tant’è che il provvedimento di esclusione è stato adottato successivamente all’istanza di autotutela avanzata dall’impresa appellante”; Cons. Stato, Sez. III, 5 marzo 2024, n. 2149, che si riferisce, però, ad una ipotesi non di esclusione, ma di applicazione del vincolo di aggiudicazione). Tuttavia, in virtù dei principi generali del procedimento amministrativo di cui all’art. 1 della legge n. 241 del 1990 e, dunque, della necessaria completezza ed adeguatezza dell’istruttoria, la opinabilità dell’accertamento, che esige valutazioni di discrezionalità tecnica, rende tendenzialmente doverosa la previa contestazione della causa di esclusione non automatica di cui all’art. 95, comma 1, lett. d, d.lgs. n. 36 del 2023, da parte della stazione appaltante, agli operatori coinvolti, salvo, come detto, casi eclatanti e salva l’applicazione dell’art. 21-octies, secondo comma, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990, laddove l’apporto collaborativo degli interessati non avrebbe potuto condurre ad un diverso esito del procedimento.

Del resto, la Corte di Giustizia, proprio occupandosi della disciplina italiana (in particolare dell’art. 10, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994, che stabiliva il divieto di partecipazione alla medesima gara di imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo previste dall’articolo 2359 del codice civile), ha ritenuto che la normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l’una con l’altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti (v., in tal senso, sentenze 19 maggio 2009, in C-538/2007). Pure la Commissione europea, con comunicazione 2021/C91/01 (vedi punto 5.5., in cui, con riferimento alle imprese

collegate che partecipano alla stessa procedura), ha affermato che è opportuno che l'amministrazione consenta agli operatori di dimostrare, con qualsiasi prova .., che le loro offerte sono realmente indipendenti e che non mettono a repentaglio la trasparenza né falsano la concorrenza" (cfr. anche punto 5.3.).

6.4. L'omessa attivazione del contraddittorio procedimentale è superabile, ai sensi dell'art. 21-octies, secondo comma, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990 (v., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2025), qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso oppure, in caso di provvedimento caratterizzato da discrezionalità, anche solo tecnica (v. Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4101), qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso.

Nel caso di specie, come correttamente ritenuto nella sentenza impugnata, l'Amministrazione non ha fornito la prova che il contenuto del provvedimento adottato alla luce degli elementi emersi nell'istruttoria espletata, consistenti sostanzialmente in analogie redazionali e contenutistiche delle offerte della (...) e della (...), non avrebbe potuto essere diverso, mentre è emerso che non si è affatto confrontata nella precedente fase procedimentale con le rilevanti argomentazioni difensive che l'appellata (originaria ricorrente) ha potuto espletare solo in sede processuale – in particolare: 1) l'assenza di situazioni di controllo o collegamento sostanziale, anche indiretto o di fatto, tra i due operatori economici; 2) le differenza e distanza delle rispettive sedi operative delle due imprese; 3) la mancata condivisione, da parte loro, di immobili o utenze; 4) la definizione già nel doc. 21, allegato B.3 della documentazione di gara, dei plessi scolastici, degli orari di consegna delle informazioni da inserire nel piano dei trasporti; 5) la sostanziale identità del piano trasporti della (...) a quello presentato in passato, in occasione delle precedenti gare; 6) la predisposizione dei piani dei due operatori economici da parte della stessa società di progettazione; 7) la diversa quantità di emissioni di

CO2 e di PMx e le diverse tempistiche di conversione dei veicoli in elettrici (elementi contenutistici, che hanno comportato, difatti, l'attribuzione di punteggi diversi); 8) la diversa percentuale di personale femminile impiegato.

Invero, non compete all'organo giudicante prendere posizione su tali argomentazioni difensive in assenza del loro previo esame, in sede procedimentale, da parte dell'Amministrazione, stante il divieto di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati, di cui all'art. 34, terzo comma, c.p.a. E' sufficiente, al fine di escludere la prova che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, verificare che tali argomentazioni difensive siano, come nel caso di specie, pertinenti e potenzialmente rilevanti.

In proposito occorre sottolineare che il conferimento, da parte dei due operatori economici, dell'incarico di predisposizione della proposta al medesimo soggetto, è un elemento ambivalente, in quanto, pur potendo essere sintomatico di un collegamento tra i due operatori, giustifica la somiglianza redazionale e stilistica delle due proposte e, dunque, ridimensiona la rilevanza di alcuni degli indici sintomatici dell'imputabilità delle offerte al medesimo centro decisionale valorizzati nel provvedimento impugnato.

7. L'appello incidentale è inammissibile, in quanto non ha ad oggetto un capo della sentenza impugnata in ordine ad una delle censure proposte nel ricorso introduttivo o ad un punto pregiudiziale, ma un mero obiter dictum, in parte, peraltro, superato dalla integrazione motivazionale svolta in questa sede.

8. In definitiva, l'appello deve essere rigettato, integrando la motivazione della sentenza impugnata nei sensi di cui in motivazione. I motivi del ricorso originario riproposti dall'appellato non devono essere esaminati, stante il rigetto dell'appello. L'appello incidentale deve essere dichiarato inammissibile.

Le spese di lite devono essere integralmente compensate, stante, da un lato, la novità e complessità delle questioni affrontate e, dall'altro, la reciproca soccombenza.

P.Q.M.

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

Dichiara inammissibile l'appello incidentale.

Spese di lite integralmente compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Francesca Picardi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Francesca Picardi

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO