

Publicato il 30/06/2022

N. 05438/2022REG.PROV.COLL.
N. 03349/2021 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 numero di registro generale 3349 del 2021, proposto da Ma.Gi.B. S.r.l., Manton Lavori S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Roberto Colagrande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Liegi n. 35b;

contro

Comune di Milano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Sara Pagliosa, Danilo Parvopasso, Emilio Pregnolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio n. 15;

nei confronti

Vivai Barretta Garden S.r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sez. I, n. 517 del 2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Milano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 marzo 2022 il Cons. Annamaria Fasano e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositate in atti da parte degli Avvocati Colagrande, Pagano e Pagliosa, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione dirigenziale n. 34 del 6 aprile 2017, il Comune di Milano approvava un *‘avviso per l’iscrizione nell’elenco di operatori economici da invitare a procedure negoziate per l’affidamento di lavori pubblici’*, a cui partecipavano singolarmente le società MA.GI.B. S.r.l. e Manton Lavori S.r.l.

2. Con nota del 16.9.2020 e relativi allegati, inviati il 17.9.2020, MA.GI.B. S.r.l. chiedeva di poter essere iscritta per le categorie prevalenti di lavori OG1, OG3, OS6 e OS7, provando il possesso dei requisiti di capacità tecnica mediante SOA dell’8.4.2020.

L’impresa dichiarava, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016 *“di non essere in una situazione di controllo di cui all’art. 2359 del codice civile con altri operatori economici partecipanti alla gara e di avere formulato l’offerta autonomamente”*, precisando che *“il socio di maggioranza Pennacchi Antonella è anche socio unico dell’impresa Grandi Lavori S.r.l.”*.

3. Con nota del 18.9.2020 e relativi allegati, inviati il 22.9.2020, Manton Lavori S.r.l. chiedeva di poter essere iscritta per le categorie prevalenti di lavori OG1, OG3, OG11 e OS6, provando il possesso dei corrispondenti requisiti di capacità tecnica mediante SOA del 14.11.2019. L’impresa dichiarava *“ai sensi dell’art. 2359 del codice civile che sussiste, nei confronti della VPL CENTER S.r.l. CF/P.I. 12957591006, una situazione di controllo essendo la Manton Lavori S.r.l. socia di maggioranza di tale società, possedendo il 51% del capitale sociale della VPL*

CENTER S.r.l.; che sussiste, nei confronti della GLAMAN RICICLO S.r.l. CF/P.I. 14851021077, una situazione di controllo, essendo la Manton Lavori S.r.l. socia di maggioranza di tale società, possedendo il 51% del capitale sociale della GLAMAN RICICLO S.r.l.”.

4. Il Comune di Milano – Area Gare Opere Pubbliche – Ufficio Pubblicazione Bandi e Utility Service, con note prot. n. 399356 e prot. n. 399366 del 14.10.2020, indirizzate ad entrambe le società e di contenuto identico, riteneva sussistere elementi tali da far supporre forme di ‘collegamento sostanziale’ tra gli operatori economici delle due imprese, tali ‘*da ricondurre gli stessi ad un unico centro di interesse, in contrasto con l’art. 80, comma 5, lett. m) del Codice di Contratti pubblici e con quanto previsto dal Patto d’Integrità, punto 4) dell’Avviso*’, rappresentando che ‘*per le medesime categorie OG1, OG3, OS6... potrà essere consentita l’iscrizione di una sola delle imprese in questione, previa comunicazione alla scrivente Area*’.

I provvedimenti desumevano l’esistenza di un collegamento sostanziale tra le due società ricorrenti da una serie di indici quali: a) la residenza dei loro soci (di maggioranza e unico) nel medesimo Comune (di Artena); b) la presentazione ravvicinata delle loro istanze, aventi il medesimo oggetto e inviate da indirizzi email simili contenenti le stesse informazioni sovrabbondanti rispetto a quelle richieste dell’Avviso (categorie non previste, dichiarazioni, certificati di iscrizione alla camera di commercio, certificazione ISO 9001 emessa dalla medesima società); c) la grafica comune (analoga compilazione del campo CCNL, annullamento delle marche da bollo con apposizione degli stessi segni, scelta delle categorie di iscrizione barrando in maniera simile le caselle, identici documenti di iscrizione alla piattaforma Sintel, marche da bollo riportanti il medesimo codice punto di vendita e codice operatore); d) i legami parentali tra alcuni soci di entrambe le società.

5. Le imprese presentavano in data 28.10.2020 una nota congiunta, al fine di contestare immediatamente il contenuto delle missive, deducendo in dettaglio l’inesistenza di un rapporto di collegamento e invitando l’amministrazione a

rivedere in autotutela la propria posizione e consentire l'iscrizione nell'elenco per tutte le categorie di lavori rispettivamente indicate nelle domande. L'invito rimaneva privo di riscontro.

Il Comune di Milano, infatti, pubblicava sul sito l'elenco degli operatori economici da invitare a procedure negoziate per l'affidamento di lavori pubblici aggiornato al 31.10.2020, senza l'inserimento di MA.GI.B. S.r.l. e Manton Lavori S.r.l.

6. Con ricorso congiunto proposto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, le società impugnavano le note di esclusione dall'elenco degli operatori economici del Comune di Milano, l'avviso per l'iscrizione nel predetto elenco pubblicato e l'allegato 'patto di integrità', che doveva essere sottoscritto da ciascun operatore economico.

7. L'adito Tribunale, con sentenza n. 517 del 2021, respingeva il ricorso ritenendo che: *“con riferimento al caso di specie, se è certamente vero che, come sostenuto dalle ricorrenti, un singolo indizio non poteva, di per sé, giustificare i provvedimenti impugnati, la loro lettura congiunta, è invece certamente idonea a sorreggere le conclusioni cui è giunta la stazione appaltante”*.

Il Collegio rilevava che l'aver presentato documentazione con una grafica simile, unitamente agli altri elementi evidenziati nei provvedimenti impugnati, concretizzava il sospetto che le due società avessero dato luogo ad un unico centro decisionale e potessero, pertanto, condividere il contenuto delle relative offerte.

I giudici di prima istanza respingevano le deduzioni difensive sostenute dalle ricorrenti, secondo cui la ragione di esclusione che giustificava i provvedimenti impugnati non avrebbe potuto trovare applicazione al caso di specie, in cui la stazione appaltante non aveva indetto una vera e propria procedura di scelta del contraente. Secondo il T.A.R., una volta selezionati i soggetti facenti parte dell'albo oggetto della procedura impugnata, l'individuazione di quelli da invitare alle singole procedure era demandata ad un sorteggio, potendo pertanto accadere che entrambe le ricorrenti vi

prendessero parte, sicchè appariva necessario escludere le stesse, in ragione dei loro legami, in astratto, idonei ad influenzarne l'esito.

8. MA.GI.B. S.r.l. e Manton Lavori S.r.l. hanno proposto appello, illustrato con memorie, denunciando: a) *Erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto di poter desumere dagli elementi individuati dal Comune di Milano una situazione di 'collegamento sostanziale' tra le imprese tale da integrare l'applicata causa di esclusione;* b) *Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha ritenuto applicabile alla procedura di iscrizione all'elenco degli operatori economici del Comune di Milano la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) d.lgs. n. 50 del 2016.*

8.1. Il Comune di Milano si è costituito in resistenza, depositando memoria, anche di replica, eccependo l'infondatezza dell'appello. L'ente ha precisato che la sola società MA.GI.B. S.r.l. dopo la pubblicazione della sentenza del T.A.R. Lombardia, in data 12 marzo 2021, ha presentato una nuova istanza di iscrizione nell'elenco in questione per le categorie di opere OG1, OG3, OS3, OS4, OS6 e OS7, e l'amministrazione, in data 6.4.2021, ha comunicato l'accoglimento dell'istanza di iscrizione per le categorie OG1, OG3, OS4 e OS6, per le quali non è iscritta la società Manton Lavori S.r.l., precisando che per le categorie OS3 e OS7 l'impresa risulta già iscritta. Da tale circostanza ha desunto la carenza di interesse della società MA.GI.B. S.r.l. all'annullamento del provvedimento di diniego originariamente impugnato.

8.2. Con ordinanza n. 2860 del 2021, questa Sezione, ha accolto l'istanza cautelare e, per l'effetto, sospeso l'esecutività della sentenza impugnata ai fini dell'iscrizione con riserva di Manton Lavori S.r.l., ritenendo, nella comparazione dei contrapposti interessi -ferma l'intervenuta iscrizione per le categorie OG1, OG3 e OS6 della società MA.GI.B. S.r.l. a seguito dell'istanza del 12 marzo 2021- la prevalenza dell'interesse di Manton Lavori S.r.l. ad essere iscritta con riserva nell'elenco aperto per le stesse predette categorie, ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare a procedura negoziata per l'affidamento di lavori pubblici.

9. All'udienza pubblica del 31 marzo 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

10. Con il primo motivo si denuncia in rubrica: *“Erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto di poter desumere dagli elementi individuati dal Comune di Milano una situazione di collegamento sostanziale tra le imprese tale da integrare l'applicata causa di esclusione. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80, co.5, lett. M), d.lgs. n. 50/2016 e 2359 c.c., anche in relazione alle previsioni di cui all'avviso di iscrizione nell'elenco in oggetto e dell'allegato 'Patto di integrità', nonché degli artt. 3, 7, e ss. l. n. 241/1990. Eccesso di potere: errore di fatto e travisamento dei presupposti; difetto di istruttoria; sviamento; illogicità e irragionevolezza; ingiustizia manifesta. Violazione dei principi di trasparenza, proporzionalità e massima partecipazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost.”.*

Le appellanti lamentano l'erroneità della decisione nella parte in cui ha ritenuto la sussistenza di un 'collegamento sostanziale', desumibile dalla lettura congiunta dei vari indizi illustrati nei provvedimenti impugnati. Il collegamento è stato desunto: a) dal fatto che i soci delle imprese ricorrenti, di maggioranza e unico, avevano residenza nel medesimo Comune; b) dalla presentazione ravvicinata delle loro istanze, aventi il medesimo oggetto, inviate da indirizzi mail simili, contenenti le stesse informazioni sovrabbondanti rispetto a quelle richieste dell'Avviso (categorie non previste, dichiarazioni, certificati di iscrizione alla camera di commercio, certificazione ISO 9001 emessa dalla medesima società); c) dalla grafica comune (analoga compilazione del campo CNL, annullamento delle marche da bollo con apposizione degli stessi segni, scelta delle categorie di iscrizione barrando in maniera simile le caselle, identici documenti di iscrizione alle piattaforma Sintel, marche da bollo riportanti il medesimo codice punto di vendita e codice operatore); d) dai legami parentali tra alcuni loro soci, atteso che Antonella Pannacchi, socia di maggioranza di MA.GI.B. s.r.l. è figlia di Erminio Pannacchi, socio unico di Manton Lavori S.r.l.

Le esponenti contestano le argomentazioni illustrate dal giudice di prima istanza, circa il fatto che la lettura congiunta di tutti gli indizi sarebbe certamente idonea a sorreggere le conclusioni cui è giunta la stazione appaltante.

Il mero sospetto non sarebbe idoneo, sia pure ricavabile da plurimi elementi di fatto, a ricondurre le società ad un unico centro decisionale. Il Comune di Milano avrebbe dovuto, invece, dimostrare ed accertare in concreto l'effettiva esistenza di un collegamento tra le imprese, astrattamente idoneo ad alterare il confronto concorrenziale. Tale accertamento sarebbe del tutto mancato nel caso di specie, tenuto conto che, laddove condotto in contraddittorio con le imprese, considerate le osservazioni e prove logiche dalle stesse fornite, avrebbe potuto determinare l'amministrazione a diversa conclusione.

MA.GI.B. S.r.l. e Manton S.r.l. lamentano che il T.A.R. avrebbe omesso di valutare che i pretesi elementi sintomatici richiamati dal Comune di Milano nelle note impugnate non integrerebbero i canoni tipici della prova logica, in termini di gravità, precisione e concordanza degli elementi utilizzati, della pretesa esistenza di un collegamento sostanziale, e tantomeno di un unico centro decisionale.

Le appellanti rilevano che le assonanze nella redazione delle richieste di iscrizione e delle relative dichiarazioni allegate sarebbero da ricondurre al fatto che entrambe le imprese si avvalgono solitamente, per la predisposizione della documentazione da presentare in occasione di partecipazione a gare pubbliche, della medesima società di servizi. Si deduce, inoltre, che non corrisponderebbe al vero la pretesa similarità delle domande presentate sotto il profilo grafico e contenutistico.

Né potrebbe essere attribuito obiettivo rilievo alla circostanza, espressamente richiamata nella sentenza appellata, che Antonella Pennacchi, socia di maggioranza di MA.GI.B. S.r.l., e Erminio Pennacchi, socio unico di Manton Lavori S.r.l., rispettivamente figlia e padre, risultino residenti nel medesimo comune; nè può assumere importanza il fatto che entrambi gli operatori

economici abbiano presentato (per quanto riguarda i predetti due soggetti) ‘il certificato del Comune di Artena di cambio di indirizzo di residenza’. Secondo le esponenti, il mero rapporto di parentela tra i soci di due società non può essere di per sé significativo di un collegamento tra due imprese, tanto più in assenza di alcuna comunanza di indirizzo, sedi, uffici, amministratori e/o cariche societarie.

Sarebbe, altresì, privo di pregio che le istanze di iscrizione siano state presentate dalle due società in successione temporale ravvicinata, tanto più che le stesse non sono state inviate nello stesso giorno, ma sono state predisposte e inviate in data diverse del mese di settembre 2020.

Le società appellanti denunciano, anche, la pretestuosità del riferimento alla pretesa identità dell’oggetto e del testo della PEC delle due richieste di iscrizione, trattandosi di mere dichiarazioni di accompagnamento dell’invio della richiesta di iscrizione.

11. Con il secondo mezzo, si denuncia in rubrica: *“Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha ritenuto applicabile alla procedura di iscrizione all’elenco degli operatori economici del Comune di Milano la causa di esclusione di cui all’art. 80, co.5, lett. M), d.lgs. n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80, co.5, lett. M), d.lgs. n. 50/2016 e 2359 c.c., nonché dell’art. 3 e ss. l. n. 241/1990. Eccesso di potere: errore di fatto e travisamento dei presupposti; difetto di istruttoria; sviamento; illogicità e irragionevolezza; ingiustizia manifesta. Violazione dei principi di trasparenza, proporzionalità e massima partecipazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost.”*

Le appellanti contestano l’assunto sostenuto dal giudice di prima istanza, il quale ha ritenuto non decisiva la tesi sostenuta dalle società ricorrenti secondo cui la clausola di esclusione non potrebbe trovare applicazione nel caso di specie, atteso che la stazione appaltante non avrebbe indetto una vera e propria procedura di scelta del contraente. Il T.A.R. erroneamente avrebbe ritenuto che, una volta selezionati i soggetti facenti parte dell’albo oggetto della procedura impugnata, l’individuazione di quelli da invitare alle singole procedure negoziate, è demandata ad un sorteggio, potendo perciò accadere

che entrambe le ricorrenti vi prendano parte, da cui la necessità di escludere le stesse, in ragione dei loro legami, in astratto, idonei ad influenzarne l'esito.

Le esponenti eccepiscono, invece, che non si è in presenza di una gara, né tantomeno di offerte presentate da due o più imprese partecipanti alla stessa. La sussistenza di un collegamento tra imprese e, soprattutto, di un unico centro decisionale dovrebbe essere rilevata e provata con riguardo ad un effettiva procedura di gara e al contenuto delle offerte ivi presentate, pertanto, non potrebbe essere valutata *ex ante* ai meri fini dell'inserimento in un elenco di imprese che potrebbero poi essere invitate (ove sorteggiate unitamente ad altri 29 operatori economici) a future eventuali procedure negoziate; ciò considerata anche l'altissima improbabilità che si possa verificare in concreto la contestuale partecipazione alla procedura delle due imprese collegate e, quindi, un condizionamento dell'esito della stessa.

12. Le censure, esaminate congiuntamente per ragioni di connessione logica, sono fondate per i principi di seguito enunciati.

12.1. Va preliminarmente disattesa l'eccezione di carenza di interesse della società MA.GI. B. S.r.l. prospettata dal Comune di Milano, anche con memoria conclusiva. Il Comune deduce che la sola società MA.GI.B. dopo la pubblicazione della sentenza del T.A.R. per la Lombardia, in data 12.3.2021, ha presentato una nuova istanza di iscrizione nell'elenco in questione per le categorie di opere OG1, OG3, OS3, OS4, OS6 e OS7. L'amministrazione, dopo aver esperito la necessaria istruttoria, con nota del 6.4.2021, ha comunicato all'operatore economico l'accoglimento dell'istanza di iscrizione nell'elenco per le categorie OG1, OG3, OS4 e OS6, per le quali non risulta iscritta la società Manton Lavori S.r.l., precisando che per le categorie OS3 e OS7 l'impresa è, invece, già iscritta. Secondo l'ente appellato, MA.GI.B. S.r.l. non avrebbe più interesse all'annullamento del provvedimento di diniego originariamente impugnato e, dunque, sarebbe priva del necessario interesse alla proposizione dell'appello.

12.2. La denuncia non può trovare accoglimento.

La sopravvenuta carenza di interesse sussiste solo quando nelle more del processo si verifichi una modificazione della situazione di fatto o di diritto tale da comportare per il ricorrente l'inutilità dell'eventuale sentenza di accoglimento del ricorso, secondo un criterio rigoroso e restrittivo, neanche sotto il profilo strumentale o morale (cfr. Cons. Stato n. 4473 del 2013; Cons. Stato n. 6881 del 2009). Nella specie, il sopravvenuto provvedimento di iscrizione non esclude l'interesse ad una pronuncia giudiziale, il cui *thema decidendum* investe aspetti della controversia che si riferiscono alla valutazione della sussistenza di un 'collegamento sostanziale' tra le due imprese, sollecitando un accertamento giudiziale finalizzato alla dichiarazione di illegittimità del provvedimento di esclusione ricondotta alla verifica dell'inesistenza di un unico centro decisionale.

12.3. Esaminando la questione degli indici rivelatori dell'asserito 'collegamento sostanziale' tra le due società appellanti e dell'effettiva incidenza sulla procedura di iscrizione, va precisato quanto segue.

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 (Cons. Stato n. 2657 del 2012). Secondo l'indirizzo prevalente, ampiamente condiviso, grava sulla stazione appaltante – e, *a fortiori*,

su chi ne allega l'esistenza in sede di giudizio – l'onere di provare in concreto l'esistenza di tali elementi oggettivi concordanti, tali da ingenerare il pericolo per i principi di segretezza, serietà delle offerte e *par condicio* dei concorrenti (Cons. Stato n. 4189 del 2012).

In base a un consolidato orientamento (peraltro, correttamente richiamato dalle stesse appaltanti), la sussistenza di una posizione di controllo societario ai sensi dell'art. 2359 c.c., ovvero la sussistenza di una più generica 'relazione, anche di fatto' (secondo una formulazione comprensibilmente ampia) fra le due concorrenti è condizione necessaria, ma non anche sufficiente, perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate.

A tale fine è, altresì, necessario che la stazione appaltante fornisca adeguata prova circa il fatto che la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte siano imputabili a un unico centro decisionale.

La prova in concreto circa la sussistenza di un unico centro decisionale può essere fornita dall'amministrazione – e sulla scorta di generali principi – anche ricorrendo a meccanismi presuntivi ai sensi degli articoli 2727 e 2729 c.c., e ciò che deve essere provato, ai sensi della richiamata disposizione, 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 (Cons. Stato n. 4189 del 2012).

Al fine di individuare le fattispecie riconducibili a tale previsione normativa, la giurisprudenza amministrativa ha elaborato alcune regole di esperienza che possono dirsi sufficientemente attendibili sotto il profilo della ragionevolezza e della logica (Cons. Stato n. 3057 del 2017; Cons. Stato n. 496 del 2017; Cons. Stato n. 496 del 2017).

A titolo esemplificativo, si è affermata l'esistenza di un centro decisionale unitario laddove tra imprese concorrenti: i) vi sia comunanza o intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici; ii) vi sia

contiguità di sede; iii) vi siano identiche modalità formali di redazione delle offerte; iv) vi siano strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi; v) vi siano significative vicinanze cronologiche tra attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzie delle offerte.

12.4. Ciò premesso, per quanto riguarda la prima delle richiamate notazioni, ossia quella relativa alla sussistenza di indizi gravi, precisi e concordanti circa l'esistenza di un unico centro decisionale fra le odierne appellanti, il Collegio ritiene che gli elementi a tale fine valorizzati dal giudice di prima istanza depongono in modo del tutto adeguato nel senso di tale sussistenza.

In particolare, assumono rilievo: a) i soci (di maggioranza e unico) delle società appellanti sono residenti nel medesimo Comune; b) la presentazione ravvicinata delle istanze, aventi il medesimo oggetto, inviate da indirizzi mail simili, contenenti le stesse informazioni sovrabbondanti rispetto a quelle richieste dall'avviso; c) la grafica comune delle istanze (analoga compilazione del campo CCNL, annullamento delle marche da bollo con apposizione degli stessi segni, scelta delle categorie di iscrizione barrando in maniera simile le caselle, identici documenti di iscrizione alla piattaforma Sintel, marche da bollo riportanti il medesimo codice punto di vendita e codice operatore); d) legami parentali tra alcuni loro soci.

Tali indizi, esaminati congiuntamente, consentono di ritenere, nella richiamata logica delle presunzioni semplici ex art. 2727 e 2729 c.c., la sussistenza di un unico centro di imputazione di interessi, nel senso dell'effettiva riferibilità alle società in questione di un unico centro decisionale.

Tuttavia, nella specie non può dirsi accertato *in re ipsa* che un collegamento tra imprese, ancorchè dimostrato a livello strutturale, abbia poi avuto un impatto concreto sul rispettivo comportamento delle imprese medesime nell'ambito del procedimento di partecipazione a gare con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale (Cons. Stato n. 1120 del 2010; Cons. Stato n. 2426 del 2020).

Ciò in quanto tale prova non può essere fornita, atteso che le appellanti non hanno partecipato a nessuna procedura di gara, né presentato alcuna offerta. In tema di collegamento sostanziale, la giurisprudenza è consolidata nel senso che: *“L’onere della prova del collegamento tra imprese ricade sulla stazione appaltante o, comunque, sulla parte che ne affermi l’esistenza, al fine della loro esclusione dalla gara, dimostrazione che deve necessariamente fondarsi su elementi di fatto univoci – non suscettibili cioè di letture alternative o dubbie – desumibili sia dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti (ossia dal loro assetto interno, personale o societario – c.d. aspetto formale), sia dal contenuto delle offerte dalle stesse presentate (cd. aspetto sostanziale); ai fini della predetta esclusione non è sufficiente una generica ipotesi di collegamento ‘di fatto’, essendo necessario che per tale via risulti concretamente inciso l’interesse tutelato dalla norma, volta ad impedire un preventivo concerto delle offerte, tale da comportare un vulnus al principio di segretezza delle stesse”* (Cons. Stato, n. 58 del 2018).

Nella fattispecie, le imprese hanno, invero, formulato solo la richiesta di iscrizione all’elenco di operatori economici da invitare a procedure negoziate per l’affidamento di lavori pubblici.

La semplice constatazione dell’esistenza di un collegamento ‘sostanziale’ tra le imprese considerate, risultante da indizi precisi, gravi e concordanti, non può escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di iscrizione, senza che si sia verificato se un tale rapporto abbia un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell’ambito della futura partecipazione a procedure negoziate.

Solo in tal caso, ed al momento della presentazione dell’offerta, che occorre accertare, alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia, Sez.IV, 19 maggio 2009, C-538/2007), se l’eventuale collegamento, dimostrato a livello strutturale, abbia poi avuto un rilievo concreto sul rispettivo comportamento tenuto dalle società nell’ambito della gara, con l’effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale.

Ne consegue che non si giustifica l'adozione del provvedimento di esclusione, adottato in via preventiva, senza che vi sia stata alcuna concreta ed attuale lesione della *par condicio*, o una effettiva alterazione della concorrenza nell'ambito di un procedimento di aggiudicazione.

Ciò in ragione del fatto che non è consentito arretrare la soglia di tale accertamento in una fase anteriore alla effettiva verifica di un accadimento lesivo dei beni tutelati, ossia prima ancora che vi sia concreta domanda di partecipazione ad un bando di gara.

A sostegno dell'assunto, giova rammentare quanto segnalato dal Comune di Milano nella memoria conclusiva e in particolare che, in ottemperanza all'ordinanza di questa Sezione, si è provveduto a comunicare all'impresa Manton Lavori S.r.l., l'iscrizione all'Albo per le categorie SOA, OG1, OG3, OS6. A seguito di tale iscrizione, le imprese sono state sorteggiate ed invitate entrambe per partecipare a quattro gare, che si sono svolte quasi in contemporanea, per le quali era necessaria la qualificazione in OG1, ma in tali gare le due imprese non hanno mai partecipato contemporaneamente, ma si sono sempre alternate.

13. Ciò premesso, non appare convincente il percorso argomentativo seguito dal giudice di prima istanza, secondo cui, una volta selezionati i soggetti facenti parte dell'albo oggetto della procedura impugnata, l'individuazione di quelli da invitare alle singole procedure negoziate, è infatti demandata ad un sorteggio, ben potendo accadere che entrambe le ricorrenti vi prendano parte, da cui la necessità di escludere le stesse *“in ragione dei loro legami, in astratto, idonei ad influenzarne l'esito”*.

Invero, sulla base dei principi sopra espressi, occorre che sia verificato in concreto che, a seguito di un asserito collegamento di fatto, risulti inciso l'interesse tutelato dall'art. 80, comma 5, lettera m) del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'ambito della procedura di partecipazione alla gara e al momento della presentazione delle offerte, essendo demandato a questo momento

l'accertamento dell'effetto di un unico centro di imputazione di interessi sul confronto concorrenziale.

14. In definitiva, l'appello va accolto, con conseguente riforma l'impugnata sentenza e accoglimento del ricorso di prime cure proposto da MA.GI.B. S.r.l. e Manton Lavori S.r.l..

Le ragioni della decisione e la complessità delle questioni di diritto trattate suggeriscono la compensazione delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello, come in epigrafe proposto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado proposto da MA.GI.B. S.r.l. e Manton Lavori S.r.l.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella udienza pubblica del giorno 31 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO