Scambio di PassOE fra due concorrenti nei documenti di gara: legittima l'esclusione

Scritto da Interdata Cuzzola | 22/12/2021

La presenza del PassOE di un operatore nella busta dell'offerta economica di un altro concorrente alla medesima gara di appalto è circostanza in sé sintomatica dell'astratta possibilità che le due offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale, con la conseguenza che è legittima l'esclusione dalla procedura di gara: è quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez. V, nella sent. 14 dicembre 2021, n. 8340.

Ed infatti, l'art. 80, comma 5, lett. m), del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) dispone l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore 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 indirizzo giurisprudenziale, ai fini dell'individuazione del collegamento sostanziale tra imprese, i relativi indizi devono essere valutati nel loro insieme per riscontrare requisiti di gravità, precisione e concordanza idonei a legittimare la sanzione espulsiva. La valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale postula poi 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"*, ed anche 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 (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 15 aprile 2020, n. 2426; sent. 22 ottobre 2018, n. 6010).

In altri termini ai fini dell'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale d'imputazione delle offerte 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 c.c. 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 (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 6 febbraio 2017, n. 496); in questo contesto, il riferimento al contenuto delle offerte è uno dei possibili elementi dai quali ritrarre il collegamento, peraltro da scrutinare in termini necessari solo in difetto di altri indici utili (cfr. in termini Consiglio di Stato, sez. V, sent. 15 aprile 2020, n. 2426).