R E P U B B L I C A I T A L I A N A
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

Sezione Settima

Sezione Settima

Sezione Settima

dell'impianto, dal momento che egli non ha accesso a Tantalo e potrebbe dispiegarlo solo perché chiamato e risolvere le sue azioni singole alla sua supervisione. Tuttavia, Tantalo

esplicito ma non anche la sua possibile rilevanza al concorrere di ulteriori elementi idonei ad integrare una diversa causa di esclusione, potendo, come nella circostanza, l'accertata sussistenza di un unico unico decisione assurgere ad elemento costitutivo della differente fattispecie contemplata dall'art. 80 co. 5 lett. c-bis) D.Lgs. n. 50/2016.

In conclusione, non è corretto ritenere che nell'impianto provvedimento di esclusione il riferimento all'art. 80 co.5 lett. m) D.Lgs. n. 50/2016 deve intendersi nella duplice prospettiva di norma giustificativa l'esclusione delle offerte presentate dalle società interessate per i medesimi lotti e di fattispecie concorrente ad integrare l'ipotesi contemplata dall'art. 80 co. 5 lett. c-bis) D.Lgs. n. 50/2016 in relazione alle offerte presentate per lotti differenti nell'ottica di disatter il limite di partecipazione ad ciascun lotto ed all'art. 3.2. del disciplinare di gara.

Sul punto, peraltro, non rileva che il Comune non abbia espressamente richiamato anche la fattispecie di cui all'art. 80 co. 5 lett. c-bis) D.Lgs. n. 50/2016, poiché appare in tal senso chiaramente indicato il passaggio della motivazione dell'impugnato provvedimento di esclusione dedicato al rilevato intento delle società in questione di *"violare gli effetti delle scelte nascosta di assegnazione stabilita negli atti di gara, presentando le rispettive offerte distribuite sui lotti in gara in modo tale da violare così assegnazione, nel complesso, ciascuna società dal rispettivo impegno riportato"*.

In tal senso, la doglianza dell'appellante principale e dell'appellante incidentale è fondata.

VIII. – Con il settimo motivo dell'appello principale si lamenta l'erroneità della decisione impugnata nella parte in cui non ha sancito la rilevanza del collegamento sostanziale tra le società partecipanti alla gara ed ha ritenuto indicativo di un comune centro decisionale l'esistenza del rapporto di parentela.

La società appellata contesta il dedotto motivo, poiché la dichiarata inapplicabilità in sentenza dell'art. 80 co. 5 lett. m) D.Lgs. n. 50/2016 renderebbe del tutto superfluo qualsivoglia approfondimento sull'esistenza o meno di un centro unico decisionale.

VIII.1. – Il Collegio osserva che il motivo deve essere esaminato nel merito in ragione dell'accertata rilevanza della fattispecie di cui all'art. 80 co. 5 lett. m) D.Lgs. n. 50/2016 ai fini della decisione delle offerte presentate dalle società interessate per i medesimi lotti e di fattispecie concorrente integrante la differente causa di esclusione di cui all'art. 80 co. 5 lett. c-bis) D.Lgs. n. 50/2016 in relazione alle offerte "a scacchiera" presentate per lotti differenti.

VIII.1.1. – Secondo quanto previsto dall'art. 80 co. 5 lett. m) D.Lgs. n. 50/2016, le stazioni appaltanti escludono l'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 comporta che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale.

VIII.1.1.1. – La richiamata disposizione riproduce la formulazione dell'art. 38, comma 1, lett. *m-quater*) dgs. 12 aprile 2006, n. 163, introdotta dal legislatore nazionale (con l'articolo 3, comma 1 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166) al fine di conformarsi a quanto statuito dalla Corte di Giustizia, Sez. IV, con la sentenza 19 maggio 2009 pronunciata nella causa C-538/07.

Come noto, la Corte aveva stigmatizzato la previsione di cui all'articolo 10, comma 1-*bis* della L. 11 febbraio 1994, n. 109, consentendo il diretto di sostituire partecipazione contestuale da parte di imprese per le quali sussistesse un rapporto di controllo o di collegamento ai sensi dell'articolo 2359 cod. civ., senza lasciare alle imprese coinvolte la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.

Il analogo tenore che l'art. 38, comma 1, lett. *m-quater*) del decreto legislativo n. 163/2006 – ratione temporis vigente – ha stabilito che, infatti, non consentiva agli operatori economici interessati alcuna prova liberatoria, prevedendo che: "*Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di elementi univoci*".

Dopo di che, è intervenuto il legislatore con il menzionato articolo 1, comma 1 e 3 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, abrogando l'art. 34 ultimo comma del D.Lgs. n. 163/2006 ed introducendo all'art. 38 co. 1 lett. *m-quater*) del medesimo D.Lgs. n. 163/2006 la disciplina di cui alla lett. *m-quater*), poi, confluita nell'art. 80 co.5, lett. m) D.Lgs. n. 50/2016.

Donde, l'esclusione, sia dall'abrogato art. 34 co.1 lett. m-quater) D.Lgs. n. 163/2006 (che declina in modo corretto le statuizioni resa dalla Corte di Giustizia, Sez. IV, con la sentenza pronunciata il 19 maggio 2009 nella causa C-538/07), dell'originario regime di automatismo espulsivo, essendo possibile l'esclusione dalla gara soltanto laddove sussistano in atti elementi concreti che testimoniino l'esistenza di un unico centro di imputazione di interessi, con quanto ne consegue in termini di comprimizione della *par condicio* concorrenziale e della necessaria segretezza delle offerte (Consiglio di Stato sez. V, 6 febbraio 2017, n.496).

VIII.1.2. – Sul piano probatorio, il Consiglio di Stato (sez. VII, 9458/2022 che richiama Sez. V, 30 giugno 2022, n. 5438) ha delineato un chiaro indirizzo in relazione agli indici rivelatori del collegamento sostanziale tra imprese rilevante ai fini dell'imparzialità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate in una procedura ad evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. III, 6 ottobre 2020, n. 6139; Cons. Stato, sez. V, 31/08/2021, n.6119; Cons. Stato, sezione III, 7 marzo 2019, n. 1537; Cons. Stato, V, 3 gennaio 2019 n. 69; Cons. Stato, V, 10 gennaio 2017, n. 39).

La sussistenza, dunque, di una posizione di controllo societario ai sensi dell'art. 2359 c.c., ovvero di una più generica "*relazione, anche di fatto*" tra due o più concorrenti è condizione necessaria, ma non anche sufficiente, perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate, essendo all'uopo necessario che l'Ente aggiudicatore fornisca adeguata prova anche circa il fatto che la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale.

Siffatta prova può essere fornita in concreto dall'Ente aggiudicatore – sulla scorta di generali principi – anche ricorrendo a meccanismi presuntivi ai sensi degli articoli 2727 e 2729 c.c., con la precisazione che, ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. m) D.Lgs. n. 50/2016, a dover essere dimostrata è soltanto l'unicità del centro decisionale e non anche la concreta intesa ad alterare il libero gioco concorrenziale, non essendo anche richiesta alcuna forma di collusione tra soggetti di convenienza che possono avere indotto l'unitario centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse fra loro (Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496). Ciò in quanto la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce *es* se elemento idoneo a violare i generali principi in tema di *par condicio*, segretezza e trasparenza delle offerte (Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496; Cons. Stato, V, 2 ottobre 2012, n. 4188).

Il Consiglio di Stato ha, infatti, precisato al riguardo che *«la valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale postula semplicemente l'attività identificata dalla situazione a determinare un coordinamento delle offerte, non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale si sia effettivamente realizzata, nel caso concreto, esonerando dalla dedizione dal legislatore una fattispecie di pericolo» (ex multis*, Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496; 10/03/2017, n. 2173; III, 23 dicembre 2014, n. 6729; V, 18 luglio 2012, n. 4189; Cons. Stato, V, 22 ottobre 2014, n. 6010).

Ed invero, la fattispecie del collegamento sostanziale fra concorrenti è 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 normativa di riferimento non richiede affatto che vi sia alcun dispositivo del regime sostanzialmente collusivo, 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, 11 luglio 2016, n. 3057; Sez. V, 1° agosto 2015, n. 3772; Sez. V, 24 novembre 2016, n. 4995).

Per tali ragioni, se incumbe sull'Ente aggiudicatore l'accertamento della sussistenza di un unico decisione d'imputazione delle offerte sulla base degli indici presuntivi rivelatori, non è, invece, richiesto che la prova che il collegamento sia tale da generare a rischio effettivo di alterare il libero gioco delle offerte e all'attribuzione 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., infatti 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 derivatane (Consiglio di Stato sez. V, 15 aprile 2020, n.2426).

Ai fini della verifica dell'esistenza di un collegamento sostanziale tra due o più imprese partecipanti a una medesima procedura di gara, il Consiglio di Stato ha, infine, precisato che le relazioni esistenti tra dette società devono configurare un indizio dotato di gravità, nel senso di elevata valenza probabilistica o attendibilità idonea a dimostrare il fatto ignoto, secondo il consueto criterio del "più probabile che non" (Consiglio di Stato, sez. III, 6 ottobre 2020, n. 6139), ma, tuttavia, non è necessario che si tratti di indizi gravi, precisi e concordanti, bensì, nel senso che, la titolarità di quote sociali comportanti il controllo o una notevole influenza sulle due società (Consiglio di Stato sez. V, 12 gennaio 2021, n.393).

VIII.2. – Con riguardo al caso in esame, il Collegio osserva che sussistono indizi gravi, precisi e concordanti circa l'esistenza del dedotto unico centro decisionale.

VIII.2.1. – Il primo, tra le molteplici fonti di prova, è rappresentato dal fatto che le due società in esame si rapporto formale, secondo la prima società di magistratura della seconda. La Pubblì XXI s.r.l., infatti, detiene una partecipazione pari all'80% del capitale sociale della FederiOcrese Pubblicità Esterna S.p.A., esercitando, così, un pieno controllo ai sensi dell'art. 2359 co.1 n. 1) c.c., in ragione della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

VIII.2.2. – Con riguardo, poi, ai rapporti tra la Pubblì XXI s.r.l. e la S.I.L. s.r.l. sussiste, invece, una relazione sostanziale, poiché le due società, oltre ad avere in comune uno stesso amministratore unico (sosia), il socio Augusto Pasquale Francola, condividono il medesimo rappresentante legale, essendo Nissim Pierucci amministratore di entrambe le società, oltre che socio della Pubblì XXI s.r.l. al 10%.

VIII.2.3. – Gli elementi descritti sono particolarmente significativi delle relazioni esistenti tra le tre società, configurando indizi dotati di gravità, nel senso di elevata valenza probabilistica o attendibilità idonea a dimostrare il fatto ignoto (Consiglio di Stato sez. III, 6 ottobre 2020, n.6139) che tra le società in esame esiste un unico centro decisionale (quale sicura conseguenza del fatto noto (sosia, le relazioni permanenti di controllo o una notevole influenza sulle società).

Il centro unico decisionale è desumibile, peraltro, anche da ulteriori elementi, quali: 1) le marcate bolle opposte sulle manifestazioni di interesse presentate dalla Pubblì XXI s.r.l. e dalla S.I.L. s.r.l. acquistate il medesimo giorno (il 30 dicembre 2020) ed alla medesima ora (le 14:48); 2) le offerte presentate dalle tre società "a scacchiera", perché, secondo quanto emerge dalla documentazione di gara, le offerte sono state rese tutte in un rapporto formale, secondo la prima società di magistratura della seconda. La Pubblì XXI s.r.l., infatti, detiene una partecipazione pari all'80% del capitale sociale della FederiOcrese Pubblicità Esterna S.p.A., esercitando, così, un pieno controllo ai sensi dell'art. 2359 co.1 n. 1) c.c., in ragione della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

VIII.2.2. – Con riguardo, poi, ai rapporti tra la Pubblì XXI s.r.l. e la S.I.L. s.r.l. sussiste, invece, una relazione sostanziale, poiché le due società, oltre ad avere in comune uno stesso amministratore unico (sosia), il socio Augusto Pasquale Francola, condividono il medesimo rappresentante legale, essendo Nissim Pierucci amministratore di entrambe le società, oltre che socio della Pubblì XXI s.r.l. al 10%.

VIII.2.3. – Gli elementi descritti sono particolarmente significativi delle relazioni esistenti tra le tre società, configurando indizi dotati di gravità, nel senso di elevata valenza probabilistica o attendibilità idonea a dimostrare il fatto ignoto (Consiglio di Stato sez. III, 6 ottobre 2020, n.6139) che tra le società in esame esiste un unico centro decisionale (quale sicura conseguenza del fatto noto (sosia, le relazioni permanenti di controllo o una notevole influenza sulle società).

Il centro unico decisionale è desumibile, peraltro, anche da ulteriori elementi, quali: 1) le marcate bolle opposte sulle manifestazioni di interesse presentate dalla Pubblì XXI s.r.l. e dalla S.I.L. s.r.l. acquistate il medesimo giorno (il 30 dicembre 2020) ed alla medesima ora (le 14:48); 2) le offerte presentate dalle tre società "a scacchiera", perché, secondo quanto emerge dalla documentazione di gara, le offerte sono state rese tutte in un rapporto formale, secondo la prima società di magistratura della seconda. La Pubblì XXI s.r.l. (sul 100% del capitale sociale della FederiOcrese Pubblicità Esterna S.p.A., esercitando, così, un pieno controllo ai sensi dell'art. 2359 co.1 n. 1) c.c., in ragione della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

Il motivo d'appello proposto dall'appellante principale, pertanto, è fondato.

IX. Con inclusione, la fondatezza dei motivi ritenuti meritevoli di accoglimento giustifica la dedotta erroneità della sentenza appellata.

X. – Tuttavia, con riguardo alla posizione processuale della società appellata, l'effetto devolutivo dell'appello – per sempre coniugato con l'onere rivolto alla parte appellante, ex art. 101, comma 2, c.p.a., di rappresentare in forma espressa i motivi assertivi o non esaminati in primo grado, che, in mancanza di puntuale riproposizione, ai fini della loro non decadenza e, se o, vedar, ad una presunzione assoluta di rinuncia – ha indotto la parte appellata a riproporre tutti i motivi di censura dedotti in primo grado.

Al riguardo vale la pena di richiamare che l'art. 101, comma 1, c.p.a. non consente una generica riproposizione dei motivi di ricorso (respinti o ritenuti assorbiti dal giudice di primo grado) ma richiede la dedizione di specifici motivi di censura, pena la loro non decadenza, ed, in ogni caso, la necessità che la parte appellata, poiché l'oggetto del giudizio di appello è costituito dalla pronuncia dell'adito T.a.r. e non dal provvedimento gravato in primo grado (cfr., tra le ultime, Cons. Stato, Ser. II, 19 agosto 2021 n. 5939). L'effetto devolutivo dell'appello, infatti, non esclude l'obbligo dell'appellante di indicare nel relativo atto le specifiche critiche rivolte alla sentenza impugnata e le ragioni per le quali le conclusioni, cui il primo giudice è pervenuto, non sono condivisibili, non potendo l'oggetto limitarsi ad una generica riproposizione degli argomenti dedotti in primo grado (cfr., ancora, Cons. Stato, Ser. IV, 26 luglio 2021 n. 5534 e Ser. II, 21 luglio 2021 n. 5504).

Nel caso di specie, però, a subire l'effetto privativo dell'esame dei motivi di ricorso di primo grado, in conseguenza dell'eventuale accoglimento dell'appello proposto nei confronti della sentenza impugnata, è proprio la società appellata, la quale, pertanto, è tenuta a riproporre i motivi di ricorso di primo grado dichiarati assorbiti dal primo giudice, ai sensi dell'art. 101, comma 1, del Codice del processo amministrativo, approvato con Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104, secondo il quale: "Le parti che intendono riproporre i motivi e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, mediante memoria difensiva da depositare a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio delle parti medesime, nell'appello, invece, in cui un'eccezione pregiudiziale sia stata decisa in senso sfavorevole al ricorrente, il giudice di primo grado, nel decidere il merito, può disporre che le impugnate e relative capi della sentenza nelle forme dell'appello incidentale, anche condizionato (Consiglio di Stato, Sez. V, 20 novembre 2018 n.6551).

Con riguardo al caso in esame, la parte appellata si è costituita in giudizio il 5 maggio 2022, riproponendo i motivi di ricorso di primo grado con la successiva memoria depositata il 10 giugno 2022, ossia entro il termine di costituzione di 60 giorni previsto dall'art.46 c.p.a. per le parti intimate decorrente dal perfezionamento nei loro confronti della notifica del ricorso introduttivo (nella fattispecie coincidente con il 3 maggio 2022) ed applicabile al giudizio di appello in virtù del rinvio interno contenuto dall'art.38 c.p.a.

Pertanto, avendo la parte appellata con la memoria di costituzione tempestivamente riproposto i motivi di impugnazione gli dedotti in primo grado, occorre procedere all'esame del merito.

X.1. – Con il primo motivo del ricorso di primo grado, la società appellata lamenta la violazione e o falsa applicazione dell'art. 80 co.5 lett. m) D.Lgs. n. 50/2016 in relazione agli atti di disciplina della gara e la violazione degli art. 8 e ss. L. n.241/1990, poiché l'Amministrazione comunale non avrebbe pantaloneato confutato le argomentazioni difensive formulate con la memoria presentata dopo la comunicazione dell'avviso del procedimento di esclusione dalla procedura.

La doglianza è infondata e, pertanto, deve essere disattesa. Il Collegio osserva che, in ordine alla contestata violazione di cui all'art. 80 co.5 lett. m) D.Lgs. n. 50/2016 in relazione agli atti di disciplina della gara, FederiOcrese Pubblicità Esterna S.p.A. ed i rapporti intercorrenti tra la Pubblì XXI s.r.l. e la S.I.L. s.r.l. comprovati anche dalle offerte formulate dalle tre società e dall'esito della gara per l'affidamento dei lotti di interesse, sono da per sé indicativi della dedotta sussistenza di un unico centro decisionale.

Pertanto, il motivo non è meritevole di accoglimento.

X.2. – Con il secondo motivo la società appellata lamenta la violazione e o falsa applicazione dell'art. 80 co.5 lett. m) D.Lgs. n. 50/2016 in relazione alla specifica disciplina di gara poiché la norma giustificante l'adozione del provvedimento di esclusione impugnato non sarebbe applicabile alle procedure di affidamento, come quella in questione, contraddittorie alla 2° fase di loro autonomi.

Il Collegio osserva che la questione è stata già esaminata al punto VIII e, pertanto, il motivo è infondato.

X.3. – Con il terzo motivo la società appellata lamenta la violazione e o falsa applicazione dell'art. 80 co.5 lett. m) D.Lgs. n. 50/2016 in relazione alle premesse della disciplina di gara e la violazione degli art. 8 e ss. L. n.241/1990, poiché l'Amministrazione comunale non avrebbe pantaloneato confutato le argomentazioni difensive formulate con la memoria presentata dopo la comunicazione dell'avviso del procedimento di esclusione dalla procedura.

La doglianza è infondata e, pertanto, deve essere disattesa. Il Collegio osserva che, in ordine alla contestata violazione di cui all'art. 80 co.5 lett. m) D.Lgs. n. 50/2016 in relazione alle premesse della disciplina di gara, FederiOcrese Pubblicità Esterna S.p.A. ed i rapporti intercorrenti tra la Pubblì XXI s.r.l. e la S.I.L. s.r.l. comprovati anche dalle offerte formulate dalle tre società e dall'esito della gara per l'affidamento dei lotti di interesse, sono da per sé indicativi della dedotta sussistenza di un unico centro decisionale.

Pertanto, il motivo non è meritevole di accoglimento.

X.4. – Con il secondo motivo la società appellata lamenta la violazione e o falsa applicazione dell'art. 80 co.5 lett. m) D.Lgs. n. 50/2016 in relazione alla specifica disciplina di gara poiché la norma giustificante l'adozione del provvedimento di esclusione impugnato non sarebbe applicabile alle procedure di affidamento, come quella in questione, contraddittorie alla 2° fase di loro autonomi.

Il motivo è fondato in fondamento, poiché l'esclusione delle tre società dalla partecipazione alla procedura per tutti i lotti di loro interesse è giustificata dalla configurabilità della fattispecie di cui all'art. 80 co. 5 lett. m) in relazione alle offerte presentate dalla S.I.L. s.r.l. a dalla FGPE: FederiOcrese Pubblicità Esterna S.p.A per i medesimi lotti e da quella di cui all'art. 80 co. 5 lett. c-bis) D.Lgs. n. 50/2016 per tutti gli altri lotti per i quali le tre società hanno separatamente concorso l'una dalle altre in ragione del perseguito intento elusivo del limite di aggiudicazione di cui all'art. 3.2. del disciplinare di gara.

X.5 – Con il quarto motivo la società appellata lamenta la violazione e o falsa applicazione dell'art. 80 co.5 lett. m) D.Lgs. n. 50/2016, nonché l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione, falsità del presupposto, manifesta illogicità e perplessità, irrazionalità e contraddittorietà, poiché non sussisterebbe l'assetto dei centro decisionale unico in virtù dei rapporti intercorrenti con le tre società, tanto più che, nella sua relazione, il R.U.P. ne ha ipotizzato la sussistenza in termini probabilistici.

Il Collegio osserva che la questione è stata già esaminata al punto VIII, dovendosi all'uopo sottolineare sostanzio l'irrilevanza delle iniziali perplessità manifestate dal R.U.P., poiché con la nota del 7 gennaio 2021, prot. n. 4079, il R.U.P. aveva invitato le società a presentare le offerte per i lotti di loro interesse, manutenendo, però, "*salvo la facoltà della Stazione Appaltante di verificare in concreto al momento della presentazione dell'offerta se le offerte presentate siano imputabili ad un unico centro decisionale*".

Il motivo, pertanto, è infondato, avendo legittimamente riscontrato il Comune di Genova elementi sufficienti a comprovare la sussistenza di un unico centro decisionale per le ragioni già indicate al punto VIII.

X.5 – Con il quinto motivo la società appellata lamenta l'illegittimità degli atti di gara per violazione delle disposizioni del disciplinare di gara, violazione dei principi generali in tema di procedure di gara con specifico riguardo al principio di continuità delle sedute pubbliche, poiché, anzitutto, le sedute si sarebbero tenute a distanza di molto tempo (soprattutto quelle di giugno 2021 rispetto alla prima tenutasi il 28 gennaio 2021) ed inoltre non sarebbe stata redatta una graduatoria provvisoria, con conseguente proposta di aggiudicazione, e la procedura sarebbe, comunque, rimasta sospesa *sine die* fino all'apertura del subprocedimento con richiesta di giustificazioni e successivo accertamento di equilibrio.

Il Collegio osserva che anche questa censura è priva di fondamento, sia perché la Commissione giudicatrice ha redatto per ogni seduta un verbale, indicando per ciascuna di esse le operazioni svolte, sia per l'esito significato da attribuire al principio di concentrazione e di continuità che, secondo quanto da tempo chiarito, *«il principio di continuità delle sedute pubbliche di gara non è strutturo tendenziale, ma solo eventuale ed eventuale, non sussistendo alcun obbligo alla sua operatività, in particolare in presenza di situazioni peculiari che impediscano obiettivamente l'esaurimento di tutte le operazioni di gara in una sola seduta, purché sia garantita nelle more l'integrità delle offerte e sia quindi assicurata l'imparzialità del giudice» (Cons. St., sez. V, 12 giugno 2018, n. 2831; id., sez. III, 23 novembre 2016, n. 4993; id., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257»* (Consiglio di Stato sez. III, 6 ottobre 2020, n.6139).

Pertanto, il principio di continuità delle sedute di gara (cc.mm. Sez. III, 23 novembre 2016, n. 4993; Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257) *«non si tratta di tale assolutezza e rigidità da determinare sempre e comunque, laddove valutarsi, l'illegittimità degli atti di gara, soprattutto allorquando - come nel caso di specie - la procedura, per la complessità delle operazioni valutative, per l'elevato numero dei concorrenti e dei lotti di gara o per altre obiettive circostanze di rilievo (si pensi all'attività svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione) non consenta di concludere le operazioni di gara in una sola seduta».*

Nella fattispecie, il Comune di Genova ha redatto per ogni seduta un apposito verbale descrittivo delle operazioni di gara espletate e la tempistica seguita appare giustificata dalla attività sub-procedimentale eseguita a fronte delle contestazioni avanzate da talune delle società partecipanti, nonché dalla necessità di effettuare i dovuti controlli sul possesso dei requisiti di partecipazione e del complessivo numero di lotti assegnati (277).

Il giudice, in ogni caso, non può sostituire propria valutazione a quella dell'amministrazione procedente in questione abbia influito sull'integrità delle offerte o sull'imparzialità del giudizio del Comune di Genova, il motivo è destituito di fondamento.

X.6. – Con il sesto motivo di ricorso, la società appellata lamenta l'illegittimità dell'aggiudicazione impugnata per violazione dell'art. 97 Cost. ed eccesso di potere per sviamento, poiché l'aggiudicazione, oltre ad essere inficiata da irrilevanti illegittimità derivata per i motivi precedentemente dedotti, sarebbe anche illegittima per vizi propri, non essendo stato sufficientemente tenuto nel procedere provvedimento con modalità concorrenziali delle società aspiranti a dedire alla base società interessate, quanto all'eccessiva tempistica procedimentale seguita, essendo stato elaborato l'elenco delle offerte cinque mesi dopo l'apertura delle offerte economiche. Inoltre, l'aggiudicazione definitiva non della congruità delle offerte della aggiudicatarie per un importo su base triennale complessivo di soli € 150.000 non garantisce l'equilibrio del bilancio del 2021 ed una spesa per il triennio del limite del 33% , mentre l'intento originariamente stimato era di oltre € 1.910,530,00 in spesgio all'art. 17 del disciplinare di gara che riconosceva al Comune la facoltà di non aggiudicare le offerte risultate non convenienti, come nell'occasione.

Il Collegio osserva che, in disparte l'infondatezza della dedotta invalidità derivata scaturente dalla pretesa illegittimità degli atti di gara precedenti per motivi già esaminati e giudicati destitutiti di fondamento, l'omessa menzione nell'impugnato provvedimento di aggiudicazione della tempistica seguita durante tutto l'*iter procedimentale* e del provvedimento di esclusione adottato nei confronti della società appellata e delle altre due società interessate non inficia la correttezza dell'operato del Comune di Genova, non pregiudicato il diritto di difesa delle predette società coinvolte.

Con riguardo, poi, alla contestata violazione del principio di Comune di Genova, che la censura tendere a sindacare una scelta amministrativa discrezionale dell'Ente aggiudicatore, ossia l'eventuale non aggiudicazione per non convenienza o idoneità delle offerte presentate, costituente l'eccezione, a fronte della differente regola secondo cui la gara deve essere aggiudicata al migliore offerente.

Ai sensi dell'art. 95, comma 12, d.lgs. n. 50/2016, infatti, *"Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà va esercitata prima della stipulazione del bando di gara o nella lettera di invito"*.

Il che implica l'onere per l'Ente aggiudicatore di motivare la scelta di non aggiudicare e non anche quella di aggiudicare la gara.

Nella fattispecie, tuttandosi di una procedura indetta per l'affidamento di contratti attivi, il Comune di Genova era la concessione degli impianti pubblicitari, ed, in ogni caso, l'eventuale mancata aggiudicazione non ha inciso sul bilancio del limite del 33% , mentre l'intento originariamente stimato era di oltre € 1.910,530,00 in spesgio all'art. 17 del disciplinare di gara che riconosceva al Comune la facoltà di non aggiudicare le offerte risultate non convenienti, come nell'occasione.

Il Collegio osserva che, in disparte l'infondatezza della dedotta invalidità derivata scaturente dalla pretesa illegittimità degli atti di gara precedenti per motivi già esaminati e giudicati destitutiti di fondamento, l'omessa menzione nell'impugnato provvedimento di aggiudicazione della tempistica seguita durante tutto l'*iter procedimentale* e del provvedimento di esclusione adottato nei confronti della società appellata e delle altre due società interessate non inficia la correttezza dell'operato del Comune di Genova, non pregiudicato il diritto di difesa delle predette società coinvolte.

Con riguardo, poi, alla contestata violazione del principio di Comune di Genova, che la censura tendere a sindacare una scelta amministrativa discrezionale dell'Ente aggiudicatore, ossia l'eventuale non aggiudicazione per non convenienza o idoneità delle offerte presentate, costituente l'eccezione, a fronte della differente regola secondo cui la gara deve essere aggiudicata al migliore offerente.

L'art. 3.2. del disciplinare di gara, in tal senso, è chiaro nel limitare l'ambito di operatività dei criteri di assegnazione del 33% soltanto per gli impianti per cui *"sia stata presentata più di una offerta"*.

Il poiché, secondo le parole delle offerte prodotte in atti (all. 22 del fasc. di prima gradi del Comune di Genova), la società appellante, dopo l'esclusione delle tre società soppettate di costituire un centro unico decisionale, è rimasta unica offerente per la quasi totalità dei lotti per i quali ha manifestato interesse; l'esito finale della procedura non può rimanere illegittimo, non sussistendo il dedotto contrasto con l'art. 3.2. del disciplinare di gara.

Donde, l'infondatezza del motivo di ricorso dedotto dalla società appellata.

XI. – In conclusione, l'appello principale e l'appello incidentale devono essere accolti, per i motivi ritenuti fondati, e, di conseguenza, la sentenza appellata deve essere integralmente riformata, dovendosi dichiarare il ricorso di primo grado proposto dalla società appellata in parte irricevibile ed in parte infondato.

XII. – La peculiarità delle questioni di diritto dedotte ed esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese processuali del doppio grado di giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello principale e sull'appello incidente, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, riforma la sentenza appellata e dichiara il ricorso di primo grado proposto dalla società appellata in parte irricevibile, rigettandolo per il resto.

Spese processuali del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente
Daniela Di Carlo, Consigliere
Sergio Zeuli, Consigliere
Maurizio Antonio Pasquale Francola, Consigliere, Estensore
Brunella Bruno, Consigliere

L'ESTENSORE
Maurizio Antonio Pasquale Francola

IL PRESIDENTE
Claudio Contessa