

Comunque l'esistenza del collegamento sostanziale, può giustificare in via precauzionale l'esclusione dei soggetti collegati, e costituisce prova sufficiente, certa e inequivoca di un comportamento scorretto a carico dell'impresa e della volontà di alterare l'esito della gara : pertanto è legittima l'escussione della cauzione provvisoria, specie se collegata non alla violazione dell'art. 10, co. 1 bis, della legge n. 109 del 1994, ma ai principi generali di lealtà, correttezza, ecc., come qui sanciti dal patto d'integrità.

Qual è il parere del Supremo Giudice amministrativo avverso un ricorso < Sull'insussistenza dell'asserito collegamento sostanziale tra l'a.t.i. appellante e l'a.t.i. controinteressata.: violazione e falsa applicazione dell'art. 10, co. 1 bis, della legge n. 109 del 1994; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 cod. appalti; erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, difetto d'istruttoria, violazione e falsa applicazione dei principi di ragionevolezza, legalità e buon andamento; illogicità, irrazionalità.>_<b.- Sull'illegittimità della decisione di escutere la cauzione in assenza di elementi che in maniera obiettiva e univoca dimostrino la volontà di alterare l'esito della competizione e la par condicio della gara: violazione e falsa applicazione dell'art. 10, co. 1 bis, della legge n. 109 del 1994; violazione e falsa applicazione dell'art. 30 e ss. della legge n. 109 del 1994; violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del D.P.R. n. 554 del 1999; violazione e falsa applicazione del c.d. patto d'integrità; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 cod. app.; erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, manifesta ingiustizia; illogicità, irrazionalità.>_<c.- Sull'illegittimità della decisione di escutere la cauzione sulla base dell'asserita violazione del c.d. patto d'integrità: violazione e falsa applicazione dell'art. 30 e ss. della legge n. 109 del 1994; violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del D.P.R. n. 554 del 1999; violazione e falsa applicazione dell'art. 25, co. 2, Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge n. 689 del 1981; violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui al c.d. patto d'integrità; violazione dei principi di legalità, tassatività e tipicità; violazione del principio di buon andamento; violazione dell'art. 97 Cost.; erroneità dei presupposti, difetto di motivazione; perplessità; illogicità, irrazionalità.>?

Il ricorso è infondato in quanto, correttamente, la commissione giudicatrice ha individuato “elementi idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate” da entrambe le a.t.i., tali “da far presumere forme di collegamento sostanziale tra le stesse riconducibili ad un unico centro di interessi”_ Nella specie, il Collegio è dell'avviso che gli indizi posti in luce dalla commissione nel caso in trattazione depongono univocamente ed in concreto per la sussistenza di un'effettiva situazione di controllo sostanziale e, conseguentemente, per la riconducibilità delle due imprese ad un unico centro decisionale e, di qui, ad una reciproca conoscibilità delle offerte delle rispettive a.t.i.. **Al riguardo è già sufficiente ricordare, tra detti indizi, il dato, tipicamente di carattere sostanziale, della perfetta identità dell'assetto societario dei due soggetti, con l'interscambio degli organi societari rappresentativi e tecnici, palesemente significativo affinché possa essere ragionevolmente ipotizzato quanto meno un reale e consistente pericolo che i due raggruppamenti non si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza, ossia quanto basta per l'integrazione del legittimo presupposto dell'esclusione, senza che fosse necessaria la verifica delle offerte da parte della stazione appaltante.** D'altro canto, la tesi basata sulla indispensabile compresenza di tutti gli elementi indiziari enucleati dalla giurisprudenza non trova supporto alcuno nella medesima giurisprudenza, né è in via logica condivisibile in relazione al diverso atteggiarsi delle fattispecie concrete. Pertanto il motivo in esame non può che essere disatteso_ La legittimità di tale previsione inserita appunto nel ripetuto patto d'integrità forma oggetto del successivo motivo. In proposito, va ricordato che la Sezione, pur inizialmente dell'avviso che il potere di incameramento della cauzione provvisoria, in quanto di carattere sanzionatorio, non potesse essere esercitato al di fuori dei limiti normativamente previsti (cfr. dec. n. 4789 del 2004), ha poi costantemente ritenuto legittima la clausola di cui anche qui si discute. **È stato infatti precisato, con orientamento che il Collegio condivide pienamente, come il patto d'integrità configuri un sistema di condizioni o requisiti la cui accettazione è presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese ad una specifica gara e come, con la sottoscrizione del patto d'integrità, l'impresa concorrente accetti regole del bando le quali**

rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare a gare e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, ordinaria e comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara stessa; è stato perciò conclusivamente affermato che l'incameramento della cauzione non ha carattere di sanzione amministrativa - come tale riservata alla legge e non a fonti di secondo grado o a meri atti della p.a. -, bensì costituisce la conseguenza dell'accettazione di regole e di doveri comportamentali, accompagnati dalla previsione di una responsabilità patrimoniale, aggiuntiva alla esclusione della gara, assunti su base pattizia poiché la loro fonte è appunto nel patto d'integrità accettato dal concorrente con la sottoscrizione; sicché va attribuito allo stesso patto, nel suo insieme e nelle singole clausole, carattere di complesso di regole di comportamento per le imprese, già desumibili dalla disciplina positiva relativa alle procedure ad evidenza pubblica e dai principi attinenti la materia, e non già di sanzione privata incompatibile con il principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost.

Merita di essere posta in evidenza la decisione numero 2139 del 6 Aprile 2009 , emessa dal Consiglio di Stato dalla quale possiamo trarre i seguenti insegnamenti:

< Nel merito, occorre precisare che la commissione giudicatrice ha individuato “elementi idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate” da entrambe le a.t.i., tali “da far presumere forme di collegamento sostanziale tra le stesse riconducibili ad un unico centro di interessi”, in relazione ai seguenti fatti riscontrati in sede di esame della documentazione prodotta od emersi a seguito d'indagini d'ufficio:

- collazione e compilazione in modo analogo a mano con scrittura apparentemente simile della documentazione presentata dalle imprese ALFA. e GAMMADUE.;
- rielaborazione in maniera simile da parte delle dette due imprese del modello di dichiarazione sostitutiva del certificato del casellario giudiziale predisposto dal Comune;
- presentazione da parte di tutte le società di documentazione non richiesta dal bando, quale il certificato della C.C.I.A., il certificato dei carichi pendenti, il certificato fallimentare ed il modello GAP;
- impostazione grafica simile ed uguale contenuto della dichiarazione, presentata dai due raggruppamenti, richiesta dal punto 10 del bando, per la quale non esiste un modello predisposto dall'Ente;
- rilascio delle polizze fideiussorie dalla medesima assicurazione, stessa agenzia, nel medesimo giorno e con numeri progressivi, per lo stesso importo di € 32.000, anziché per quello prescritto di € 32.450 (sicché le due a.t.i. sono già state escluse);
- sede legale di entrambe le citate imprese in Mussomeli, via L. da Vinci n. 57;
- di entrambe sono soci al 50% i signori Giuseppe Vincenzo ALFADUE e Luigi L., ambedue residenti in Mussomeli, via L. da Vinci n. 57, i quali sono rispettivamente amministratore unico e direttore tecnico della GAMMADUE. ed amministratore unico e direttore tecnico della ALFA..

Il primo giudice ha ritenuto che detti elementi “per la loro molteplicità, gravità, precisione e concordanza” inducano a ritenere sussistente un'ipotesi di collegamento sostanziale e giustificano l'esclusione. Le appellanti oppongono che, diversamente, non sussisterebbe alcun collegamento formale e/o sostanziale né nei dati suddetti sarebbero ravvisabili elementi che consentano anche solo di

ipotizzare siffatto collegamento. Più precisamente, pur dando atto che, benché l'art. 10, co. 1 bis, della legge n. 109 del 1994 si riferisca espressamente alle sole ipotesi di collegamento formale di cui all'art. 2359 c.c., la giurisprudenza ha esteso la portata del divieto a ipotesi diverse, in cui le imprese partecipanti alla stessa gara risultassero riconducibili ad un medesimo centro di interessi e di decisione (c.d. collegamento sostanziale, ora espressamente codificato nell'art. 34 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), hanno però evidenziato che, a tal fine, la stessa giurisprudenza ha individuato una serie di indici sintomatici, onde si potrebbe parlare di controllo sostanziale unicamente al ricorrere in via cumulativa di tali indici e sempre che essi si palesino oggettivi, numerosi, precisi, gravi e concordanti nel far presumere l'unicità del centro decisionale. Di contro, nel caso di specie alcuni elementi non sono stati riscontrati e quelli ravvisati sarebbero numericamente esigui, nonché non convergenti e concordanti, anzi di per sé autonomi ma legati dall'Amministrazione in base ad un'idea preconcepita di collegamento, senza averli accertati in concreto e senza dar conto delle ragioni specifiche che l'abbiano indotta a ritenere i riscontrati indizi effettivamente comprovanti la reciproca conoscibilità delle offerte o comunque l'effettiva comunanza di interessi.>>

E allora?

< Con riguardo alla questione del problema del collegamento sostanziale, la Sezione non può che richiamare quanto ripetutamente ritenuto – anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 163 del 2006 - in merito alla rilevanza come causa di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, oltre che dei casi testualmente previsti dall'art. 2359 c.c., delle ipotesi allora non codificate di collegamento sostanziale in relazione alla riconducibilità ad un unico centro decisionale dei soggetti partecipanti ad una stessa gara, con conseguente vanificazione dei principi generali in tema di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione, soprattutto qualora una tal rilevanza sia stata espressamente prevista nella lex specialis della procedura; ciò in particolar modo con riferimento al “patto d'integrità” predisposto dal Comune di Milano - di cui, come detto, anche qui si discute -, ritenuto pienamente legittimo anche per questo specifico aspetto (cfr., tra le più recenti, questa Sez. V, 8 settembre 2008 n. 4267).

Nella specie, il Collegio è dell'avviso che gli indizi posti in luce dalla commissione nel caso in trattazione depongono univocamente ed in concreto per la sussistenza di un'effettiva situazione di controllo sostanziale e, conseguentemente, per la riconducibilità delle due imprese ad un unico centro decisionale e, di qui, ad una reciproca conoscibilità delle offerte delle rispettive a.t.i.. Al riguardo è già sufficiente ricordare, tra detti indizi, il dato, tipicamente di carattere sostanziale, della perfetta identità dell'assetto societario dei due soggetti, con l'interscambio degli organi societari rappresentativi e tecnici, palesemente significativo affinché possa essere ragionevolmente ipotizzato quanto meno un reale e consistente pericolo che i due raggruppamenti non si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza, ossia quanto basta per l'integrazione del legittimo presupposto dell'esclusione, senza che fosse necessaria la verifica delle offerte da parte della stazione appaltante. D'altro canto, la tesi basata sulla indispensabile compresenza di tutti gli elementi indiziari enucleati dalla giurisprudenza non trova supporto alcuno nella medesima giurisprudenza, né è in via logica condivisibile in relazione al diverso atteggiarsi delle fattispecie concrete. Pertanto il motivo in esame non può che essere disatteso>

Per quanto concerne l'escussione della provvisoria legata alla sottoscrizione del patto di integrità:

<Col secondo mezzo si sostiene, in estrema sintesi, che comunque l'esistenza del collegamento sostanziale, se può giustificare in via precauzionale l'esclusione dei soggetti collegati, non costituirebbe prova sufficiente, certa e inequivoca di un comportamento scorretto a carico dell'impresa e della volontà di alterare l'esito della gara che giustifichi l'escussione della cauzione provvisoria, specie se collegata non alla violazione dell'art. 10, co. 1 bis, della legge n. 109 del 1994, ma ai principi generali di lealtà, correttezza, ecc., come qui sanciti dal patto d'integrità.

Le appellanti dimenticano però che sottoscrivendo il “patto d’integrità” hanno dichiarato “di non trovarsi in situazioni (...) di collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti”, con ciò impegnandosi evidentemente a non presentarsi in tale situazione, e che hanno preventivamente accettato “nel caso di mancato rispetto degli impegni (...) comunque accertato dall’Amministrazione” le previste sanzioni, tra cui vi è appunto la “escussione della cauzione di validità dell’offerta”.

La legittimità di tale previsione inserita appunto nel ripetuto patto d’integrità forma oggetto del successivo motivo. In proposito, va ricordato che la Sezione, pur inizialmente dell’avviso che il potere di incameramento della cauzione provvisoria, in quanto di carattere sanzionatorio, non potesse essere esercitato al di fuori dei limiti normativamente previsti (cfr. dec. n. 4789 del 2004), ha poi costantemente ritenuto legittima la clausola di cui anche qui si discute. È stato infatti precisato, con orientamento che il Collegio condivide pienamente, come il patto d’integrità configuri un sistema di condizioni o requisiti la cui accettazione è presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese ad una specifica gara e come, con la sottoscrizione del patto d’integrità, l’impresa concorrente accetti regole del bando le quali rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare a gare e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, ordinaria e comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara stessa; è stato perciò conclusivamente affermato che l’incameramento della cauzione non ha carattere di sanzione amministrativa - come tale riservata alla legge e non a fonti di secondo grado o a meri atti della p.a. -, bensì costituisce la conseguenza dell’accettazione di regole e di doveri comportamentali, accompagnati dalla previsione di una responsabilità patrimoniale, aggiuntiva alla esclusione della gara, assunti su base pattizia poiché la loro fonte è appunto nel patto d’integrità accettato dal concorrente con la sottoscrizione; sicché va attribuito allo stesso patto, nel suo insieme e nelle singole clausole, carattere di complesso di regole di comportamento per le imprese, già desumibili dalla disciplina positiva relativa alle procedure ad evidenza pubblica e dai principi attinenti la materia, e non già di sanzione privata incompatibile con il principio di legalità di cui all’art. 25, co. 2, Cost. (cfr. questa Sez. V, nn. 343/2005, 1258/2005 e 1053/2006 nonché, tra le più recenti, la cit. n. 4267/08).>

Ed infine:

<Viene ora in rilievo l’ultimo motivo d’appello, riguardante il capo della sentenza appellata col quale è stata disattesa la tesi secondo cui l’intervenuta scadenza della polizza fideiussoria (per effetto della sospensione cautelare della richiesta comunale di escussione e della pretesa inosservanza da parte del Comune del supposto onere di richiederne la proroga) comporterebbe la sopravvenuta carenza di interesse, in parte qua, al ricorso di primo grado. Al riguardo, il TAR ha ritenuto che la provvisoria sospensione dell’operatività della già disposta escussione della polizza non incidesse sull’adempimento dell’obbligazione garantita dal fideiussore né determinasse ulteriori oneri di diligenza, sicché la garanzia sarebbe stata ancora esigibile “a semplice richiesta scritta”, mancando l’atto di svincolo dell’Ente; in ogni caso, il Comune potrebbe pretendere il versamento della cauzione direttamente dalle ricorrenti; inoltre, poiché la questione della valida opposizione della scadenza della polizza non potrebbe essere risolta dal giudice amministrativo, dalla stessa scadenza non discenderebbe comunque l’esonero delle ricorrenti dalle responsabilità patrimoniali assunte direttamente con la partecipazione alla gara.

Anche tale capo di sentenza merita conferma, sol che si consideri che, come bene ha evidenziato il TAR, non compete al giudice amministrativo stabilire se il Comune possa o meno ancora pretendere l’adempimento da parte del fideiussore, sicché non può essere affermata la carenza di interesse in capo alle appellanti in ragione della mera scadenza della polizza; tanto perché, com’è noto, una siffatta pronuncia richiede la verifica che nessun vantaggio la parte potrebbe più conseguire dall’eventuale pronuncia giurisdizionale favorevole, e per quanto innanzi ciò - se non altro - non è certo, o un’espressa dichiarazione della parte stessa, nella specie non resa.>

In conclusione, l'appello dev'essere respinto

A cura di Sonia Lazzini

N. 2139/09 REG.DEC.

N. 1544 REG.RIC.

ANNO 2008

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1544/08 Reg. Gen., proposto da ALFA. s.r.l., in proprio ed in qualità di mandataria della costituenda a.t.i. con ALFADUE e C. s.r.l. (ora ALFADUE. s.r.l.), e da ALFADUE e C. s.r.l. (ora ALFADUE. s.r.l.), in proprio e quale mandante della suddetta costituenda a.t.i., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dall'Avv. Fabio Francario ed elettivamente domiciliate presso il medesimo in Roma, via Savoia n. 31;

CONTRO

il Comune di Milano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey e Raffaele Izzo, elettivamente domiciliato presso quest'ultimo in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

E NEI CONFRONTI

di BETA s.r.l., in persona del legale rappresentate in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza 17 dicembre 2007 n. 6663 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, sezione terza, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune appellato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 20 febbraio 2009, relatore il consigliere Angelica Dell'Utri Costagliola, uditi per le parti gli Avv.ti Vinti, su delega dell'Avv. Francario, Maffey e Izzo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con atto notificato in date 11, 14 e 15 febbraio 2008 e depositato il 25 seguente la ALFA. s.r.l. e la ALFADUE e C. s.r.l. (ora ALFADUE. s.r.l.), mandataria e, rispettivamente, mandante di costituenda a.t.i. partecipante alla gara indetta dal Comune di Milano per l'affidamento dell'appalto n. 109/2002 avente ad oggetto "lavori di consolidamento statico del collettore di Nosedo destro basso lungo i viali Murillo e Ranzoni, da piazzale Zavattari a piazzale Ghirlandaio", hanno appellato la sentenza 17 dicembre 2007 n. 6663 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, sezione terza. Con tale sentenza è stato respinto il loro ricorso volto all'annullamento dei provvedimenti con cui l'a.t.i. è stata esclusa dalla detta gara anche per sussistenza di elementi tali da far presumere forme di "collegamento sostanziale" con l'a.t.i. GAMMA-GAMMADUE. (altra concorrente), in violazione del bando e del patto d'integrità (verbale di gara del 27 novembre 2002 e nota 13 dicembre 2002), ed è stato disposto l'incameramento della **cauzione** provvisoria, unitamente agli atti presupposti (verbale di gara del 22 ottobre 2002, lett. k, pag. 9, del bando di gara, patto d'integrità allegato al bando) e successivi (aggiudicazione in favore di BETA s.r.l.), nonché alla condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

A sostegno dell'appello hanno dedotto:

a.- Sull'insussistenza dell'asserito collegamento sostanziale tra l'a.t.i. appellante e l'a.t.i. GAMMA-GAMMADUE.: violazione e falsa applicazione dell'art. 10, co. 1 *bis*, della legge n. 109 del 1994; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 cod. appalti; erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, difetto d'istruttoria, violazione e falsa applicazione dei principi di ragionevolezza, legalità e buon andamento; illogicità, irrazionalità.

b.- Sull'illegittimità della decisione di escutere la **cauzione** in assenza di elementi che in maniera obiettiva e univoca dimostrino la volontà di alterare l'esito della competizione e la *par condicio* della gara: violazione e falsa applicazione dell'art. 10, co. 1 *bis*, della legge n. 109 del 1994; violazione e falsa applicazione dell'art. 30 e ss. della legge n. 109

del 1994; violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del D.P.R. n. 554 del 1999; violazione e falsa applicazione del c.d. patto d'integrità; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 cod. app.; erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, manifesta ingiustizia; illogicità, irrazionalità.

c.- Sull'illegittimità della decisione di escutere la **cauzione** sulla base dell'asserita violazione del c.d. patto d'integrità: violazione e falsa applicazione dell'art. 30 e ss. della legge n. 109 del 1994; violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del D.P.R. n. 554 del 1999; violazione e falsa applicazione dell'art. 25, co. 2, Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge n. 689 del 1981; violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui al c.d. patto d'integrità; violazione dei principi di legalità, tassatività e tipicità; violazione del principio di buon andamento; violazione dell'art. 97 Cost.; erroneità dei presupposti, difetto di motivazione; perplessità; illogicità, irrazionalità.

d.- Sulla sopravvenuta carenza di interesse al ricorso di primo grado in relazione alla domanda di annullamento dell'atto di escussione della **cauzione** provvisoria: erroneità dei presupposti; travisamento dei fatti; irrazionalità ed illogicità; vizio di motivazione.

In data 17 marzo 2008 il Comune di Milano si è costituito in giudizio, ha depositato documenti e, con memoria del 4 febbraio 2009, ha svolto controdeduzioni, alle quali le appellanti hanno replicato con memoria del 12 febbraio 2009.

All'odierna udienza pubblica l'appello è stato posto in decisione.

DIRITTO

Com'è esposto nella narrativa che precede, l'appello in esame riguarda l'esclusione, con incameramento della **cauzione** provvisoria, dell'a.t.i. ALFA. – ALFADUE, attuale parte appellante, dalla gara indetta dal Comune di Milano per l'affidamento dell'appalto di lavori pubblici n. 109/2002; esclusione pronunciata per la ragione, in aggiunta a quella già evidenziata dell'insufficienza dell'importo della polizza fideiussoria, della ritenuta sussistenza di elementi tali da far presumere forme di "collegamento sostanziale" con l'a.t.i. GAMMA-GAMMADUE. s.r.l., partecipante alla stessa gara, in violazione del bando, del patto d'integrità allegato al bando stesso e del principio di segretezza delle offerte.

Col primo motivo d'appello parte appellante contesta l'assunto dell'esistenza di un collegamento sostanziale.

Il Comune appellato eccepisce l'irricevibilità per tardività (*rectius*: inammissibilità) del motivo in quanto con esso si sosterebbe per la prima volta in questa sede che non sarebbe ravvisabile la riconducibilità delle imprese ad unico centro di interessi, giacché in sentenza si afferma che "gli indizi ... non sono oggetto di specifica contestazione". In realtà, la deduzione ora in esame è stata preceduta in primo grado da puntuali argomentazioni svolte nell'ambito del secondo motivo dell'atto introduttivo del giudizio, mentre la riportata affermazione del TAR si riferisce evidentemente agli elementi di

fatto adottati dall'Amministrazione, non già alla qualificazione data ai medesimi dalla stessa Amministrazione.

Nel merito, occorre precisare che la commissione giudicatrice ha individuato "elementi idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate" da entrambe le a.t.i., tali "da far presumere forme di collegamento sostanziale tra le stesse riconducibili ad un unico centro di interessi", in relazione ai seguenti fatti riscontrati in sede di esame della documentazione prodotta od emersi a seguito d'indagini d'ufficio:

- collazione e compilazione in modo analogo a mano con scrittura apparentemente simile della documentazione presentata dalle imprese ALFA. e GAMMADUE.;
- rielaborazione in maniera simile da parte delle dette due imprese del modello di dichiarazione sostitutiva del certificato del casellario giudiziale predisposto dal Comune;
- presentazione da parte di tutte le società di documentazione non richiesta dal bando, quale il certificato della C.C.I.A., il certificato dei carichi pendenti, il certificato fallimentare ed il modello GAP;
- impostazione grafica simile ed uguale contenuto della dichiarazione, presentata dai due raggruppamenti, richiesta dal punto 10 del bando, per la quale non esiste un modello predisposto dall'Ente;
- rilascio delle polizze fideiussorie dalla medesima assicurazione, stessa agenzia, nel medesimo giorno e con numeri progressivi, per lo stesso importo di € 32.000, anziché per quello prescritto di € 32.450 (sicché le due a.t.i. sono già state escluse);
- sede legale di entrambe le citate imprese in Mussomeli, via L. da Vinci n. 57;
- di entrambe sono soci al 50% i signori Giuseppe Vincenzo ALFADUE e Luigi L., ambedue residenti in Mussomeli, via L. da Vinci n. 57, i quali sono rispettivamente amministratore unico e direttore tecnico della GAMMADUE. ed amministratore unico e direttore tecnico della ALFA..

Il primo giudice ha ritenuto che detti elementi "per la loro molteplicità, gravità, precisione e concordanza" inducano a ritenere sussistente un'ipotesi di collegamento sostanziale e giustificano l'esclusione. Le appellanti oppongono che, diversamente, non sussisterebbe alcun collegamento formale e/o sostanziale né nei dati suddetti sarebbero ravvisabili elementi che consentano anche solo di ipotizzare siffatto collegamento. Più precisamente, pur dando atto che, benché l'art. 10, co. 1 *bis*, della legge n. 109 del 1994 si riferisca espressamente alle sole ipotesi di collegamento formale di cui all'art. 2359 c.c., la giurisprudenza ha esteso la portata del divieto a ipotesi diverse, in cui le imprese partecipanti alla stessa gara risultassero riconducibili ad un medesimo centro di interessi e di decisione (c.d. collegamento sostanziale, ora espressamente codificato nell'art. 34 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), hanno però evidenziato che, a tal fine, la stessa giurisprudenza ha individuato una serie di indici

sintomatici, onde si potrebbe parlare di controllo sostanziale unicamente al ricorrere in via cumulativa di tali indici e sempre che essi si palesino oggettivi, numerosi, precisi, gravi e concordanti nel far presumere l'unicità del centro decisionale. Di contro, nel caso di specie alcuni elementi non sono stati riscontrati e quelli ravvisati sarebbero numericamente esigui, nonché non convergenti e concordanti, anzi di per sé autonomi ma legati dall'Amministrazione in base ad un'idea preconcepita di collegamento, senza averli accertati in concreto e senza dar conto delle ragioni specifiche che l'abbiano indotta a ritenere i riscontrati indizi effettivamente comprovanti la reciproca conoscibilità delle offerte o comunque l'effettiva comunanza di interessi.

Con riguardo alla questione del problema del collegamento sostanziale, la Sezione non può che richiamare quanto ripetutamente ritenuto – anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 163 del 2006 - in merito alla rilevanza come causa di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, oltre che dei casi testualmente previsti dall'art. 2359 c.c., delle ipotesi allora non codificate di collegamento sostanziale in relazione alla riconducibilità ad un unico centro decisionale dei soggetti partecipanti ad una stessa gara, con conseguente vanificazione dei principi generali in tema di *par condicio*, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione, soprattutto qualora una tal rilevanza sia stata espressamente prevista nella *lex specialis* della procedura; ciò in particolar modo con riferimento al “patto d'integrità” predisposto dal Comune di Milano - di cui, come detto, anche qui si discute -, ritenuto pienamente legittimo anche per questo specifico aspetto (cfr., tra le più recenti, questa Sez. V, 8 settembre 2008 n. 4267).

Nella specie, il Collegio è dell'avviso che gli indizi posti in luce dalla commissione nel caso in trattazione depongano univocamente ed in concreto per la sussistenza di un'effettiva situazione di controllo sostanziale e, conseguentemente, per la riconducibilità delle due imprese ad un unico centro decisionale e, di qui, ad una reciproca conoscibilità delle offerte delle rispettive a.t.i.. Al riguardo è già sufficiente ricordare, tra detti indizi, il dato, tipicamente di carattere sostanziale, della perfetta identità dell'assetto societario dei due soggetti, con l'interscambio degli organi societari rappresentativi e tecnici, palesemente significativo affinché possa essere ragionevolmente ipotizzato quanto meno un reale e consistente pericolo che i due raggruppamenti non si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza, ossia quanto basta per l'integrazione del legittimo presupposto dell'esclusione, senza che fosse necessaria la verifica delle offerte da parte della stazione appaltante. D'altro canto, la tesi basata sulla indispensabile compresenza di tutti gli elementi indiziari enucleati dalla giurisprudenza non trova supporto alcuno nella medesima giurisprudenza, né è in via logica condivisibile in relazione al diverso atteggiarsi delle fattispecie concrete. Pertanto il motivo in esame non può che essere disatteso.

Col secondo mezzo si sostiene, in estrema sintesi, che comunque l'esistenza del collegamento sostanziale, se può giustificare in via precauzionale l'esclusione dei soggetti collegati, non costituirebbe prova sufficiente, certa e inequivoca di un comportamento scorretto a carico dell'impresa e della volontà di alterare l'esito della gara che giustifichi l'escussione della **cauzione** provvisoria, specie se collegata non alla

violazione dell'art. 10, co. 1 *bis*, della legge n. 109 del 1994, ma ai principi generali di lealtà, correttezza, ecc., come qui sanciti dal patto d'integrità.

Le appellanti dimenticano però che sottoscrivendo il “patto d'integrità” hanno dichiarato “di non trovarsi in situazioni (..) di collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti”, con ciò impegnandosi evidentemente a non presentarsi in tale situazione, e che hanno preventivamente accettato “nel caso di mancato rispetto degli impegni (...) comunque accertato dall'Amministrazione” le previste sanzioni, tra cui vi è appunto la “escussione della **cauzione** di validità dell'offerta”.

La legittimità di tale previsione inserita appunto nel ripetuto patto d'integrità forma oggetto del successivo motivo. In proposito, va ricordato che la Sezione, pur inizialmente dell'avviso che il potere di incameramento della **cauzione** provvisoria, in quanto di carattere sanzionatorio, non potesse essere esercitato al di fuori dei limiti normativamente previsti (cfr. dec. n. 4789 del 2004), ha poi costantemente ritenuto legittima la clausola di cui anche qui si discute. È stato infatti precisato, con orientamento che il Collegio condivide pienamente, come il patto d'integrità configuri un sistema di condizioni o requisiti la cui accettazione è presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese ad una specifica gara e come, con la sottoscrizione del patto d'integrità, l'impresa concorrente accetti regole del bando le quali rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare a gare e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, ordinaria e comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara stessa; è stato perciò conclusivamente affermato che l'incameramento della **cauzione** non ha carattere di sanzione amministrativa - come tale riservata alla legge e non a fonti di secondo grado o a meri atti della p.a. -, bensì costituisce la conseguenza dell'accettazione di regole e di doveri comportamentali, accompagnati dalla previsione di una responsabilità patrimoniale, aggiuntiva alla esclusione della gara, assunti su base pattizia poiché la loro fonte è appunto nel patto d'integrità accettato dal concorrente con la sottoscrizione; sicché va attribuito allo stesso patto, nel suo insieme e nelle singole clausole, carattere di complesso di regole di comportamento per le imprese, già desumibili dalla disciplina positiva relativa alle procedure ad evidenza pubblica e dai principi attinenti la materia, e non già di sanzione privata incompatibile con il principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost. (cfr. questa Sez. V, nn. 343/2005, 1258/2005 e 1053/2006 nonché, tra le più recenti, la cit. n. 4267/08).

Viene ora in rilievo l'ultimo motivo d'appello, riguardante il capo della sentenza appellata col quale è stata disattesa la tesi secondo cui l'intervenuta scadenza della polizza fideiussoria (per effetto della sospensione cautelare della richiesta comunale di escussione e della pretesa inosservanza da parte del Comune del supposto onere di richiederne la proroga) comporterebbe la sopravvenuta carenza di interesse, *in parte qua*, al ricorso di primo grado. Al riguardo, il TAR ha ritenuto che la provvisoria sospensione dell'operatività della già disposta escussione della polizza non incidesse sull'adempimento dell'obbligazione garantita dal fideiussore né determinasse ulteriori oneri di diligenza, sicché la garanzia sarebbe stata ancora esigibile “a semplice richiesta

scritta”, mancando l’atto di svincolo dell’Ente; in ogni caso, il Comune potrebbe pretendere il versamento della **cauzione** direttamente dalle ricorrenti; inoltre, poiché la questione della valida opposizione della scadenza della polizza non potrebbe essere risolta dal giudice amministrativo, dalla stessa scadenza non discenderebbe comunque l’esonero delle ricorrenti dalle responsabilità patrimoniali assunte direttamente con la partecipazione alla gara.

Anche tale capo di sentenza merita conferma, sol che si consideri che, come bene ha evidenziato il TAR, non compete al giudice amministrativo stabilire se il Comune possa o meno ancora pretendere l’adempimento da parte del fideiussore, sicché non può essere affermata la carenza di interesse in capo alle appellanti in ragione della mera scadenza della polizza; tanto perché, com’è noto, una siffatta pronuncia richiede la verifica che nessun vantaggio la parte potrebbe più conseguire dall’eventuale pronuncia giurisdizionale favorevole, e per quanto innanzi ciò - se non altro - non è certo, o un’espressa dichiarazione della parte stessa, nella specie non resa.

In conclusione, l’appello dev’essere respinto.

Quanto alle spese del grado, nell’epoca in cui si è svolta la vicenda, anteriore all’emergere degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, si ravvisano ragioni affinché ne possa essere disposta la compensazione tra le parti presenti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l’appello in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 20 febbraio 2009 con l’intervento dei magistrati:

Domenico La Medica Presidente

G. Paolo Cirillo Consigliere

Marzio Branca Consigliere

Aniello Cerreto Consigliere

Angelica Dell’Utri Costagliola Consigliere, estensore

L’ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Angelica Dell’Utri Costagliola f.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 6/04/09

(Art. 55,L. 27/4/1982,n. 186)

P. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

N°. RIC. 1544/08

N°. RIC. 1544/08

EDG

EDG

EDG