



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 4777 del 2006, proposto dal Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avvocati Raffaele Izzo, Maria Teresa Maffey e Maria Rita Surano, con domicilio eletto presso lo studio Vaiano - Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

contro

Servizi e Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Nicolò Mastropasqua, con domicilio eletto presso Petronilla D'Aversa in Roma, via Poggio Bustone, n. 19;

nei confronti di

Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12, anche appellante incidentale; Osservatorio dei lavori pubblici, Gan Italia Assicurazioni s.p.s., Cospe s.r.l., Edilscaviter s.r.l., Robur s.r.l., Gini Giuseppe s.p.a., Cremona Strade s.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, sez. III, n. 1459/2006, resa tra le parti, concernente appalto per lavori di manutenzione su pavimentazione – esclusione per collegamento sostanziale

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2010 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Izzo, Lorusso (per Mastropasqua) e l'avvocato dello Stato Melillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società odierna appellata ha partecipato ad una gara di appalto indetta dal Comune di Milano per l'affidamento dei lavori per la manutenzione straordinaria su pavimentazione in conglomerato bituminoso, in relazione a cinque lotti identificati con i numeri 33, 34, 35, 36, 37, ed è stata esclusa per ritenuto collegamento sostanziale con altra impresa partecipante.

Con il ricorso di primo grado ha impugnato:

- a) il provvedimento di esclusione (22 giugno 2005 prot. 617658/2005)
- b) il provvedimento di incameramento della cauzione (23 giugno 2005 n. 626363/2005);
- c) cinque verbali di gara del 10 giugno 2005;
- d) il bando limitatamente alle clausole che prevedono l'esclusione per collegamento sostanziale (punto 1 lett. j) del paragrafo documentazione e punto p), pag. 11) e l'allegato patto di integrità;
- e) il provvedimento dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici recante l'iscrizione dell'esclusione nel casellario informatico (13 luglio 2005).

Ha lamentato, in sintesi, sia l'illegittimità dell'esclusione per collegamento sostanziale in sé, sia l'insussistenza in concreto di un collegamento sostanziale.

2. Il Tar, consapevolmente e motivatamente discostandosi dal prevalente orientamento giurisprudenziale che accorda rilevanza anche al collegamento sostanziale, ha accolto il ricorso ritenendo fondata la censura afferente alla illegittimità del bando di gara - oltre che degli atti consequenziali adottati (esclusione, incameramento della cauzione, iscrizione nel casellario informatico) - nella parte in cui hanno dato rilevanza a situazioni di collegamento sostanziale diverse dalla situazione di controllo di cui all'art. 2359 cod. civ., stabilendo l'esclusione automatica per tali situazioni.

3. Ha proposto appello principale il Comune di Milano, lamentando che la sentenza del Tar si discosta da un consolidato orientamento giurisprudenziale volto a dare rilievo anche al collegamento sostanziale.

Nel caso di specie la possibilità di esclusione per collegamento sostanziale era prevista nel bando di gara, e la concorrente aveva accettato il bando mediante la sottoscrizione del patto di integrità.

Si assume che, in concreto, la stazione appaltante avrebbe accertato l'esistenza di un collegamento sostanziale sulla base di univoci elementi afferenti le modalità di presentazione dell'offerta e i legami di parentela tra amministratori e soci delle due società, tale da far ritenere che le due offerte risalissero ad un unico centro decisionale.

3.1. Di analogo tenore sono le censure contenute nell'appello incidentale spiegato dall'Autorità di vigilanza.

3.2. La società appellata si è costituita e si oppone all'accoglimento degli appelli, deducendo che:

a) correttamente il Tar avrebbe ritenuto tassativo l'art. 10, co. 1-*bis*, l. n. 109/1994, non estensibile al collegamento sostanziale;

b) in ogni caso, nella specie difettavano gli elementi per ritenere sussistente un collegamento sostanziale:

b.1) la somiglianza tra le offerte atterrebbe solo alla loro forma esteriore, e si giustificerebbe perché le due società si sono rivolte alla medesima agenzia per la preparazione delle offerte; il che spiegherebbe l'utilizzo dello stesso corriere postale, gli stessi caratteri grafici, le stesse buste, la contestuale spedizione;

b.2) le due società non hanno in comune amministratori o soci; sarebbero irrilevanti i legami di parentela tra amministratori e soci delle due società, che resterebbero centri autonomi.

4. Gli appelli principale e incidentale sono da respingere.

La sentenza va confermata ma con diversa motivazione.

Ritiene infatti il Collegio di dovere aderire al prevalente orientamento secondo cui, nel vigore della l. n. 109/1994, avesse rilevanza quale causa di esclusione dalle gare non solo il collegamento formale tra imprese, ma anche il collegamento sostanziale, ogni volta che si accertasse che due o più offerte fossero riconducibili ad un unico centro decisionale.

Sicché, sotto tale profilo, la sentenza di primo grado non può essere confermata.

Tuttavia, ritiene il Collegio che in concreto, nel caso di specie, le due offerte non fossero riconducibili ad un unico centro decisionale.

5. Il bando di gara impugnato in prime cure prescriveva, a pena di esclusione, che nella domanda di partecipazione le imprese dichiarassero, fra l'altro, l'inesistenza di forme di controllo con altre imprese concorrenti ai sensi dell'art. 2359 c.c. nonché l'inesistenza di situazioni di collegamento formale e/o sostanziale con altre imprese partecipanti alla gara.

La stazione appaltante disponeva l'esclusione della società Servizi e costruzioni s.r.l., odierna appellata, per asserito collegamento sostanziale con la società Costrade s.r.l., partecipante alla gara medesima, desunta da affinità nella redazione

degli atti di gara, sia per veste grafica sia per quanto attiene alla generale composizione dei plichi, da identità o somiglianze delle modalità di rilascio delle polizze fideiussorie, nonché da parentele tra soci e amministratori e intrecci relativi ai direttori tecnici.

Non è quindi controverso che le società in questione non si trovano nella situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., cui rinvia il co. 1-*bis* dell'art. 10, l. n. 109/1994, introdotto dall'art. 3, co. 1, l. n. 415/1998, secondo cui «non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino tra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile».

6. Nell'assunto del primo giudice, il riferimento, contenuto in tale disposizione, alla sola situazione di controllo, e non a quella di collegamento, va inteso in senso tecnico, come volontà di includere l'una e di escludere l'altra; né la norma, in quanto introduttiva di un'eccezione ai principi costituzionali della libertà di iniziativa economica e di eguaglianza, sarebbe suscettibile di applicazione estensiva o analogica; fra l'altro, essa avrebbe inteso dare una risposta restrittiva al contrario orientamento del Consiglio di Stato sul punto (formatosi fin dalla decisione della IV sez. n. 344 del 18 aprile 1994).

7. La posizione di questo Consesso sulla questione all'esame deve ritenersi ben nota perché consolidata (cfr. sez. IV, 27 dicembre 2001 n. 6424; Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2006 n. 6212, che ha riformato una decisione del Tar Lazio – Roma, di tenore identico rispetto a quella oggetto del presente appello).

Secondo la giurisprudenza di questo Consesso, che il Collegio condivide, poiché il divieto normativo contenuto nell'art. 10, co. 1-bis, l. n. 109/1994 si basa, attraverso il richiamo dell'art. 2359 c.c., su di una presunzione, non può escludersi che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo societario atte ad alterare una gara di appalto, il che rende legittimo che l'amministrazione appaltante possa introdurre clausole di esclusione dalla gara in presenza di tali ulteriori ipotesi di

fatto, con il limite della loro ragionevolezza e logicità rispetto alla tutela che intende perseguire, e cioè la corretta individuazione del «giusto» contraente.

8. Il percorso argomentativo alla base di tale assunto viene sottoposto a serrata critica nella sentenza oggetto di odierno esame.

Esso sarebbe fondato, ad avviso del primo giudice, su un presupposto interpretativo opinabile, e cioè che la norma di cui trattasi sarebbe basata su una presunzione legale assoluta, ma l'art. 2359, co. 1, c.c. non avrebbe la struttura delle fattispecie fondate su una prescrizione siffatta, limitandosi a fornire non altro che la definizione normativa della nozione qualificatoria di "società controllate" definizione tassativa e di stretta interpretazione.

Tale rilievo troverebbe conferma nella differente strutturazione del terzo comma, concernente le "società collegate", che, a differenza del primo comma - richiamato nella normativa sulle gare d'appalto - designerebbe una nozione definitoria, stabilendo che sono considerate "collegate" le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole, desumibile dalla disponibilità di una determinata percentuale di voti in assemblea: la struttura della norma sarebbe quindi, solo in questo caso, quella della presunzione legale assoluta.

Ulteriori elementi di critica investono il criterio soggettivo individuato dall'indirizzo di questo Consesso come alternativo a quello del controllo (c.d. collegamento sostanziale) che, determinando una penetrante limitazione della legittimazione negoziale delle imprese, non si inserirebbe coerentemente nel sistema.

Ritiene in sostanza il Tribunale amministrativo che:

a) in mancanza di una base di legge, tale collegamento si configura "in senso economico e direttivo ma non in senso giuridico": una limitazione "da collegamento" alla legittimazione negoziale di società commerciali costituisce una

deroga ai principi privatistici della personalità giuridica e dell'autonomia patrimoniale delle società medesime;

b) la configurazione di un'attività di "holding individuale", cioè di un gruppo di società caratterizzato dalla presenza di un socio dominante di tutte le società del gruppo, non annulla l'autonomia patrimoniale di cui ciascuna società è munita;

c) anche l'estensione dell'imputazione formale del rapporto di lavoro a società dello stesso gruppo diversa da quella che appare come datrice di lavoro richiede pur sempre l'accertamento della simulazione o della preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività tra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale;

d) l'accertamento del c.d. collegamento sostanziale viene affidato ad una serie indeterminata di indizi eterogenei, per natura ed efficacia probatoria, nessuno dei quali è considerato indefettibile, attinenti alcuni all'organizzazione societaria ed operativa, altri alla singola offerta; ne consegue che, pur essendo l'indagine indiziaria strumentale ad un evento di pericolo alla genuinità del confronto concorrenziale, vengono attratti nella fattispecie di pericolo, strutturata su forme di collegamento soggettivo economico funzionale, elementi attinenti alla singola offerta piuttosto che all'organizzazione e all'attività delle imprese;

e) l'inesistenza del collegamento sostanziale deve essere dichiarata dalle imprese concorrenti nonostante la riconducibilità dell'onere dichiarativo ad un concetto (quello del collegamento sostanziale) indeterminato, la cui ritenuta falsità determina addirittura - una volta annotata nel casellario informatico - la grave sanzione dell'esclusione dell'impresa dalle gare d'appalto per la durata di un anno; il che comporta problemi di compatibilità con il principio di stretta legalità.

In assenza di una base di legge, ritiene ancora il primo giudice, le stazioni appaltanti non possono introdurre nei bandi di gara clausole di esclusione delle imprese in situazione di collegamento sostanziale, essendo esse titolari di un potere

discrezionale che inerisce esclusivamente ai requisiti di capacità economico finanziaria - quanto alla scelta tra le referenze comunitarie e l'indicazione di altre referenze diverse dalle precedenti - e di capacità tecnica, quanto alla sola scelta tra le referenze comunitarie; nel diritto comunitario nessun potere discrezionale è attribuito alle amministrazioni aggiudicatrici in ordine alla determinazione dei requisiti generali di affidabilità (o di onorabilità); neppure nel diritto interno è rinvenibile un potere discrezionale delle stazioni appaltanti in ordine alla determinazione dei requisiti generali.

9. La pur approfondita ricostruzione argomentativa del giudice di primo grado non tiene in considerazione adeguata il necessario inquadramento della questione giuridica oggetto di causa nell'alveo pubblicistico che caratterizza la scelta da parte della pubblica amministrazione del soggetto con cui concludere un contratto di appalto di lavori pubblici.

Appare allora opportuno richiamare preliminarmente i principi affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 10, co. 1-*bis*, l. n. 109/1994.

Nelle numerose decisioni in cui è stata affrontata la questione, è stato posto in rilievo come la scelta da parte della pubblica amministrazione del soggetto con cui concludere un contratto di appalto di lavori pubblici si realizzi attraverso una serie procedimentale interamente regolata da norme pubblicistiche, preordinate all'individuazione del miglior contraente possibile, sia dal punto di vista soggettivo (con riferimento ai requisiti soggettivi, alle capacità tecniche, organizzative e finanziarie), sia dal punto di vista oggettivo, con riferimento all'economicità dell'offerta formulata e quindi al buon uso del denaro pubblico. Nel rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, enunciati dall'art. 97 della Costituzione, la predetta serie procedimentale si impernia sui postulati di trasparenza ed imparzialità che, a loro volta, si

concretizzano nel principio di *par condicio* tra tutti i concorrenti, realizzata attraverso la previa predisposizione del bando di gara, e nel principio di concorsualità, segretezza, completezza, serietà, autenticità e compiutezza delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni ed alle previsioni della *lex specialis*, nonché nella previa predisposizione, da parte dell'amministrazione appaltante, dei criteri di valutazione delle offerte (cfr, fra tutte, Cons. St., sez. IV, n. 6367/2004).

Le finalità pubblicistiche cui sono preordinati tali principi (che possono sintetizzarsi nella esigenza di individuazione del "giusto" contraente) implicano che al loro rispetto non è vincolata soltanto la pubblica amministrazione, bensì anche coloro che intendono partecipare alla gara: su questi ultimi incombe, infatti, l'obbligo di presentare offerte che, al di là del loro profilo tecnico - economico (specifico oggetto della valutazione di merito da parte della stazione appaltante), devono avere le caratteristiche della compiutezza, della completezza, della serietà, della indipendenza e della segretezza, le quali soltanto assicurano quel gioco della libera concorrenza e del libero confronto attraverso cui giungere all'individuazione del miglior contraente possibile.

In tale prospettiva, la norma contenuta nell'articolo 10, co. 1-*bis*, l. n. 109/1994, si inquadra nell'ambito dei divieti normativi di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti dal legislatore capaci di formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità.

La giurisprudenza ha poi precisato che ciò non esclude che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo societario atte ad alterare una gara di appalto, il che rende legittimo che l'amministrazione appaltante possa introdurre clausole di esclusione dalla gara in presenza di tali ulteriori ipotesi di fatto, con il limite della loro ragionevolezza e logicità rispetto alla tutela che intende perseguire, e cioè la

corretta individuazione del “giusto” contraente (v., fra tutte, Cons. Stato, IV, n. 6424/2001; n. 923/2002; V, n. 2317/2004; VI, n. 5464/2004).

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che, anche a prescindere dall’inserimento di una apposita clausola nel bando di gara, in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti attestanti la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, è consentita l’esclusione delle imprese, benché non si trovino in situazione di controllo ex art.2359 c.c. (altrimenti sarebbe facile eludere la descritta norma imperativa posta a tutela della concorrenza e della regolarità delle procedure di gara).

Nel caso di specie, poi, il bando di gara contiene anche una espressa clausola di esclusione delle offerte di imprese che siano in situazione di collegamento sostanziale.

10. Di tali principi, che costituiscono, come ricordato, *ius receptum* nella giurisprudenza di questo Consiglio, deve farsi applicazione anche nel caso che ne occupa, in quanto non incisi dalle argomentazioni contenute nella sentenza di prime cure.

Individuata nei termini esposti la base normativa della rilevanza del collegamento sostanziale ai fini per cui è causa, appaiono ininfluenti, in primo luogo, le considerazioni relative alla configurabilità o meno di una ipotesi di presunzione legale assoluta ovvero alla tassatività della relativa disciplina.

Sulla asserita penetrante limitazione della legittimazione negoziale delle imprese e della stessa libertà di iniziativa economica derivante dalla esclusione delle “collegate”, va osservato che l’affermazione appare fondata su un equivoco di fondo: la liceità della situazione di collegamento tra imprese sul piano societario, delle logiche di mercato, della concorrenza, non preclude una differente valutazione normativa sul piano degli indicati principi pubblicistici di partecipazione alle pubbliche gare laddove siano ravvisabili elementi di fatto idonei

a far presumere una non consentita condivisione della fase di formazione dell'offerta e, quindi, l'alterazione della regolarità della procedura.

Ciò non senza ribadire che lo stesso divieto di collegamento sostanziale si risolve, in definitiva, anche nella tutela della libertà di iniziativa economica e della concorrenza, avuto riguardo agli effetti distorsivi sul libero mercato derivanti dalla alterazione delle procedure di gara.

Analogamente viziata dal rilevato equivoco di fondo appaiono le considerazioni inerenti, da un lato, la non incidenza sull'autonomia patrimoniale societaria della configurazione di un'attività di holding individuale e, dall'altro, i profili di imputazione formale del rapporto di lavoro.

Quanto all'eterogeneità di una serie indeterminata di indizi ed alla considerazione di elementi attinenti alla singola offerta piuttosto che all'organizzazione e all'attività delle imprese, basti rilevare che l'accertamento di un collegamento sostanziale non può che essere riferito in primo luogo, a siffatti elementi indiziari (ma anche - come di norma avviene - ove occorra, all'organizzazione e all'attività delle imprese); altra questione è quella inerente la verifica, in concreto, della sufficienza degli elementi riscontrati ai fini della configurazione di un unico centro decisionale (su cui v. par. 12).

Sul rilievo che l'inesistenza del collegamento sostanziale debba essere dichiarato dall'impresa nonostante la riconducibilità dell'onere dichiarativo ad un concetto indeterminato, va osservato che, se è vero che tale dichiarazione implica una valutazione del dichiarante, tuttavia essa è ancorata ad elementi di fatto che rientrano nella normale sfera di conoscenza del dichiarante medesimo e va condotta secondo canoni di comune esperienza; a ciò si aggiunga che l'osservanza di quei principi pubblicistici alla base dell'esigenza di individuazione del "giusto" contraente - ai quali, come si è già ricordato, sono vincolati anche i partecipanti alla gara - che impongono la presentazione di offerte caratterizzate dalla compiutezza,

completezza, serietà, indipendenza e segretezza, richiederebbe che, laddove l'ipotesi di collegamento o di comunanza di centri di interesse tra imprese non possa essere scartata tout court, faccia carico al dichiarante l'onere di rappresentare quelle situazioni di fatto che, in astratto, possano incidere sui contenuti della dichiarazione, e ciò, anche in funzione della finalità della dichiarazione stessa, che resterebbe, in caso contrario, sostanzialmente vanificata.

Neppure può convenirsi sull'assunto della esistenza di un principio di tassatività delle cause di esclusione in assenza di copertura normativa (comunitaria o interna): basti richiamare i principi esposti in precedenza, secondo cui l'esclusione dalla gara discende comunque dall'applicazione diretta dei canoni pubblicistici posti a tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della *par condicio* dei concorrenti.

11. La successiva evoluzione normativa e giurisprudenziale conferma la correttezza delle conclusioni raggiunte e merita menzione per la sua portata sistematica, ancorché non sia direttamente applicabile *ratione temporis*.

11.1. Il codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/2006, che ha sostituito, tra l'altro, la l. n. 109/1994, ha recepito il consolidato orientamento della giurisprudenza in relazione al collegamento sostanziale, prevedendolo, inizialmente, come causa di esclusione che si aggiunge al collegamento formale di cui all'art. 2359 c.c., quando vi sia la prova, sulla base di univoci elementi, che due o più offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale (art. 34, co. 2, codice appalti, versione originaria):

11.2. Successivamente, la C. giust. CE (C. giust. CE, sez. IV, 19 maggio 2009 C-538/07) pronunciandosi sul d.lgs. n. 157/1995 ha ritenuto incompatibile con il diritto comunitario (e segnatamente con la direttiva 92/50/CEE) la disciplina nazionale che vieta in assoluto la partecipazione alla medesima gara di appalto di imprese che sono tra loro in una situazione di collegamento. Osserva la Corte che

non si può impedire, *a priori*, una disciplina nazionale delle cause di esclusione dalle gare di appalto più severa di quella comunitaria, la quale prevede le cause di esclusione come facoltative. Pertanto, non è senz'altro illegittima la disciplina italiana, che prevede cause di esclusione obbligatorie. Tuttavia la maggiore severità della disciplina nazionale, da un lato deve trovare giustificazione nell'esigenza di una migliore tutela della concorrenza, della trasparenza e della *par condicio*, dall'altro incontra un limite nel principio di proporzionalità (par. 23). Facendo applicazione di tali coordinate alla disciplina nazionale in tema di controllo di imprese e gare di appalto, la C. giust. CE ha rilevato che la legislazione italiana prevede una esclusione <<automatica>>, in quanto il solo fatto che vi sia una situazione di controllo preclude la partecipazione alla medesima gara e obbliga la stazione appaltante a dichiarare l'esclusione: tale automatismo, secondo la Corte, implica una presunzione assoluta di reciproca influenza nella formulazione delle offerte in gara; esso ostacola la libera concorrenza nel mercato comunitario, e contrasta con il principio di proporzionalità.

11.3. Il codice dei contratti pubblici è stato adeguato a tale pronuncia, e attualmente non contempla come causa di esclusione il controllo formale *ex se*, ma ogni situazione di controllo e collegamento, sia esso formale o sostanziale, solo se vi sia la prova, sulla base di univoci elementi, che le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale (art. 38, co. 1, lett. m-quater e co. 2, d.lgs. n. 163/2006).

12. Stabilito che legittimamente il bando ha nel caso di specie previsto quale causa di esclusione il collegamento sostanziale, può esaminarsi la concreta fattispecie all'esame della Sezione, onde verificare se le due offerte fossero riconducibili sulla base di univoci elementi ad un unico centro decisionale.

12.1. L'esclusione dalla gara dell'appellata è stata disposta sulla base di una serie di elementi, ritenuti idonei a configurare l'esistenza di un rapporto di collegamento con altra concorrente partecipante alla medesima gara.

Si è data rilevanza, in particolare, ad aspetti esteriori delle offerte, vale a dire i caratteri tipografici, il tipo di buste, l'ufficio di spedizione, la scrittura di redazione, e inoltre a legami di parentela tra i soci e gli amministratori delle due società.

Si è dato poi rilievo alla circostanza che:

il sig. La Porta Ruggiero è stato direttore tecnico della Costrade s.r.l. fino al 6 novembre 2001, e a partire dal 7 novembre 2001 e fino al 10 luglio 2003 dell'impresa Servizi costruzioni s.r.l.;

il sig. Marsano Luigi è stato responsabile tecnico di Costrade s.r.l. dal 23 maggio 2003 ed è stato direttore tecnico di Servizi e Costruzioni s.r.l. fino al 3 agosto 2004, dunque con una concomitanza di cariche nelle due società.

12.2. La società odierna appellata ha in primo grado fornito una plausibile spiegazione alternativa lecita della somiglianza della veste formale delle due offerte e della relativa spedizione, deducendo che le due imprese si sono rivolte alla medesima agenzia incaricata della redazione formale delle offerte e della relativa preparazione dei plichi postali.

Tale spiegazione alternativa è plausibile, e occorre osservare che la sola somiglianza della veste formale delle offerte non dimostra l'identità del centro decisionale, che invece postula una somiglianza del contenuto sostanziale delle offerte, o una loro differenza voluta e studiata per turbare la gara.

12.3. Quanto ai presunti intrecci di soci e amministratori, essi non vi sono, in quanto sono dimostrati solo legami di parentela tra i soci e gli amministratori delle due società, ma non una identità di soci e amministratori delle due società.

Dunque, sia i soci che gli amministratori di ciascuna società sono diversi dai soci e dagli amministratori dell'altra.

12.4. Quanto ai dati relativi ai direttori tecnici, essi sono del tutto ininfluenti per l'assorbente considerazione che si riferiscono ad un'epoca anteriore a quella di formulazione delle offerte.

Invero, il bando di gara risale al 2005.

Del sig. La Porta risulta che è passato da una società all'altra, senza avere contestualità di cariche nelle due società, e che comunque è cessato da ogni incarico nelle due società dal 10 luglio 2003, ben due anni prima del bando di gara.

Del sig. Marsano Luigi risulta che per poco più di un anno dal 23 maggio 2003 al 3 agosto 2004, sarebbe stato direttore tecnico in entrambe le società. Ma il fatto risale a un anno prima del bando di gara ed è perciò inattuale.

12.5. In conclusione, difettano gli elementi univoci per ritenere sussistente un rapporto di collegamento sostanziale tra le due società, e in particolare per ritenere che le offerte fossero espressione di un unico centro decisionale, cosa che andava accertata mediante un attento esame del contenuto delle offerte.

Come già statuito da questo Consesso, eventuali comunanze a livello strutturale sono di per sé insufficienti, essendo necessario verificare se tale comunanza abbia avuto un impatto concreto sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara, con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale(Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2010 n. 247; Id., 16 febbraio 2010 n. 1120).

13. Per quanto esposto l'appello principale e quello incidentale vanno respinti e la sentenza merita conferma con diversa motivazione e con esclusione dell'annullamento del bando di gara, restando invece annullati gli altri provvedimenti.

14. Le oscillazioni della giurisprudenza all'epoca di presentazione del ricorso e la contorta evoluzione del successivo quadro normativo giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale in epigrafe li respinge nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, restano annullati i provvedimenti impugnati in primo grado ad eccezione del bando di gara.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2010 con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Domenico Cafini, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/06/2010

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

Il Dirigente della Sezione