

Anche il rilascio delle polizze fideiussorie, presentate come cauzione, da parte della stessa compagnia e agenzia di assicurazioni, nella medesima data e con numero progressivo successivo, possono essere indice di collegamento sostanziale fra imprese partecipanti alla stessa procedura: l'unico elemento evidenziato (comunanza di amministratori di imprese partecipanti al medesimo Consorzio), addotto a motivazione della disposta esclusione dalla gara, non è di per sé espressivo del collegamento sostanziale delle imprese e della soggezione di queste all'altrui attività di direzione e di coordinamento, né di tale collegamento la stazione appaltante ha fornito puntuali elementi sintomatici.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo avverso un'esclusione per presunto collegamento fra imprese e consorzi basato sul fatto che < L'illegittimità dell'esclusione si evincerebbe, altresì, dalla riscontrata sussistenza di un solo presunto elemento di collegamento sostanziale, consistente nel fatto che il Presidente del Consiglio di Amministrazione di una delle partecipanti . e l'Amministratore della di un'altra partecipante . rivestano la carica legale di rappresentante del Consorzio su indicato: tale circostanza, nella vita sociale dei Consorzi, costituirebbe dato ovvio, e non potrebbe, di per sé, essere sufficiente ad integrare quella pluralità di indizi seri, precisi e concordanti, che la giurisprudenza richiede, al fine di accertare la sussistenza del "collegamento sostanziale". Tanto più, che il Consorzio è stato sciolto, e ne è stata deliberata la liquidazione.>?

il ricorso si presenta fondato. 2.1. L'art. 34, comma 2, del D.lgs. n.163/2006 ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE") – di cui la ricorrente principale lamenta, tra l'altro, la violazione - dispone: "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 univoci elementi". \_Detta norma, pur non trovando diretta applicazione nella Regione Siciliana - la quale, nell'esercizio della propria competenza potestà legislativa esclusiva in materia di lavori pubblici ai sensi dell'art.14, lettera g, dello Statuto speciale, ha emanato il testo coordinato della L. n.109/1994 con le LL.rr. 7/2002 e 7/2003 senza un rinvio dinamico alle successive modificazioni - tuttavia costituisce un significativo elemento interpretativo: la su riportata previsione ha, infatti, sostanzialmente recepito l'istituto di creazione pretoria del c.d. "collegamento sostanziale", ed ha, altresì, superato le incertezze interpretative sulla disciplina contenuta nel comma 1-bis dell'art. 10 della legge n. 109 del 1994, ancora in vigore nel suo testo originario in Sicilia. \_Tale ultima norma, infatti, stabilisce unicamente il divieto di partecipazione a una stessa gara di imprese che si trovino in situazione di "controllo" ai sensi dell'art. 2359 c.c., e non anche nella diversa ipotesi di collegamento, disciplinata dal comma 3 del medesimo art. 2359, riscontrabile ove una società eserciti su un'altra "un'influenza notevole".\_ **Il su richiamato art.34, secondo comma, del Codice dei contratti, invece, nel riprodurre la previsione già contenuta nella legge 109/1994, ne amplia significativamente la portata, includendo, nell'ambito dei divieti normativi di partecipazione delle imprese a una stessa gara, le accertate situazioni di collegamento sostanziale, caratterizzate da un'unicità di centro decisionale, tale da far ritenere venute meno le garanzie di segretezza delle offerte, con conseguente alterazione della par condicio e della trasparenza e correttezza delle operazioni di gara.** \_Tuttavia, poiché il legislatore, nonostante abbia disciplinato la fattispecie del "collegamento sostanziale", non ha operato una tipizzazione normativa delle possibili ipotesi di collegamento sostanziale, lasciando all'interprete il delicato compito di individuare, di volta in volta, le fattispecie in interesse, la giurisprudenza formatasi anche prima dell'entrata in vigore del citato art.34 ha da tempo enucleato tutta una serie - peraltro nutrita - di elementi indiziari, la cui presenza può deporre nel senso della sussistenza di un collegamento sostanziale e, quindi, della sicura riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale **(a titolo esemplificativo: indicazioni sulle buste spedite dalle imprese dalla medesima sede amministrativa; spedizione dei plichi dal medesimo ufficio postale, nello stesso giorno e con le stesse modalità; rilascio delle polizze fideiussorie, presentate come cauzione, da parte della stessa compagnia e agenzia di assicurazioni, nella medesima data e con numero progressivo**

**successivo; coincidenza del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica; rapporti di parentela tra gli amministratori unici di suddette società e gli intrecci azionari esistenti e facenti capo agli stessi soggetti).\_ Ora, il dato della partecipazione ad un medesimo Consorzio non può di per sé costituire elemento sintomatico della sussistenza di un collegamento sostanziale fra le imprese partecipanti, in quanto è la stessa normativa in materia di appalti a consentire che imprese facenti parte di uno stesso Consorzio partecipino, come imprese singole, ad un appalto**

Merita di essere segnalata la sentenza numero 508 del 12 marzo 2009, emessa dal Tar Sicilia, Palermo ed in particolare:

< Tuttavia, poiché il legislatore, nonostante abbia disciplinato la fattispecie del “collegamento sostanziale”, non ha operato una tipizzazione normativa delle possibili ipotesi di collegamento sostanziale, lasciando all’interprete il delicato compito di individuare, di volta in volta, le fattispecie in interesse, la giurisprudenza formatasi anche prima dell’entrata in vigore del citato art.34 ha da tempo enucleato tutta una serie - peraltro nutrita - di elementi indiziari, la cui presenza può deporre nel senso della sussistenza di un collegamento sostanziale e, quindi, della sicura riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale (a titolo esemplificativo: indicazioni sulle buste spedite dalle imprese dalla medesima sede amministrativa; spedizione dei plichi dal medesimo ufficio postale, nello stesso giorno e con le stesse modalità; rilascio delle polizze fideiussorie, presentate come cauzione, da parte della stessa compagnia e agenzia di assicurazioni, nella medesima data e con numero progressivo successivo; coincidenza del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica; rapporti di parentela tra gli amministratori unici di suddette società e gli intrecci azionari esistenti e facenti capo agli stessi soggetti). In proposito, va notato come l'elaborazione, sul punto, del Consiglio di Stato sia ferma nel ritenere che l'esclusione per collegamento sostanziale possa ritenersi ammissibile soltanto in presenza di "una fattispecie presuntiva fondata sull'accertamento di una pluralità di indizi gravi, precisi e concordanti univocamente volti a configurare il presupposto applicativo della esclusione" (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 14 giugno 2006, n.3500; sez. V, 22 aprile 2004, n.2317).

2.2. Conseguo da questo primo ordine di considerazioni che l'esclusione per l'esistenza tra i concorrenti di indici concreti di collegamento sostanziale postula evidentemente l'esistenza e il correlativo accertamento in concreto di detti indici rivelatori (cfr.: T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 19 febbraio 2008 , n. 530; Bari, sez. I, 10 gennaio 2008, n. 12; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 gennaio 2008 n. 32; Tar Lazio, III, 8 maggio 2007, n. 4096; 20 novembre 2006 n. 2736); indici che, alla stregua dell'insegnamento giurisprudenziale, devono essere tali "da ingenerare il più che ragionevole sospetto che l'accordo tra le partecipanti possa pregiudicare l'imparzialità e la regolarità della gara" (cfr. anche: Consiglio di Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 949).

2.3. Nel caso in esame, tale pluralità di indici, rivelatori tutti insieme della fattispecie del collegamento sostanziale, non è stata evidenziata dalla stazione appaltante.

Come osservato dalla difesa della società ricorrente, il seggio di gara ha posto alla base della decisione di esclusione non già una pluralità di elementi indiziari e sintomatici di un centro decisionale comune, ma il dato, isolato, della partecipazione alla medesima gara di due imprese facenti parte del medesimo consorzio, unitamente alla circostanza che i legali rappresentanti di ciascuna delle due imprese – partecipanti, giova ribadirlo, come autonomi centri decisionali alla gara – rivestano delle cariche all’interno del Consorzio stabile su menzionato.>

Ma vi è di più

< Nel caso in specie, peraltro, non pare sussistere uno stretto intreccio tra gli organi amministrativi, rilevante in sede di partecipazione alla gara di che trattasi, atteso che – giova ribadirlo - mentre le due imprese partecipano alla vita sociale del Consorzio – peraltro posto in liquidazione dal mese di ottobre 2006 – il Consorzio non ha, a sua volta, nessun tipo di partecipazione all'interno delle due imprese, né, come più volte evidenziato, ha partecipato alla gara in interesse: non è dato, pertanto, riscontrare, alcuna reciprocità delle cariche sociali, che dovrebbero costituire serio indizio della sussistenza di un unico soggetto, in tesi, assuntore delle decisioni, per entrambe le imprese, in ordine alla partecipazione alla gara.

Va poi considerato che l'interesse alla regolarità della gara, sotto i profili del rispetto della par condicio, della trasparenza e della segretezza delle offerte, deve essere necessariamente contemperato con gli, altrettanto, importanti principi della massima partecipazione alle gare e del non aggravamento del procedimento, nonché con il diritto costituzionale dell'impresa di operare sul mercato e svolgere la propria attività imprenditoriale. Ciò che si riflette nella necessità di un'approfondita istruttoria, nei singoli casi, ai fini dell'esercizio di tale potere discrezionale.

Né va trascurato un dato di fatto significativo in ordine alle offerte presentate: e cioè che nella gara di cui si discute ben n.82 imprese hanno presentato la medesima percentuale di ribasso, quindi con un indice sintomatico non certo di una preventiva conoscenza e/o conoscibilità di tale ribasso soltanto da parte delle due imprese - di cui si sarebbe accertato il collegamento sostanziale - ma, al contrario, di una evenienza quantomeno rara sul piano statistico.

Nessuno di tali dati di fatto è stato positivamente valutato dalla stazione appaltante.

Conclusivamente, l'unico elemento evidenziato (comunanza di amministratori di imprese partecipanti al medesimo Consorzio), addotto a motivazione della disposta esclusione dalla gara, non è di per sé espressivo del collegamento sostanziale delle imprese e della soggezione di queste all'altrui attività di direzione e di coordinamento, né di tale collegamento la stazione appaltante ha fornito puntuali elementi sintomatici.

Manca, quindi, la presenza degli enunciati indici rivelatori (connotati dal carattere della gravità, precisione e concordanza) che, considerati nel loro complesso e con riferimento alla specifica situazione concreta, facciano ragionevolmente ritenere che si sia potuto verificare l'alterazione della par condicio dei concorrenti (Cons. St., IV, 27 dicembre 2002, n. 6424).>

A cura di Sonia Lazzini

**N. 00508/2009 REG.SEN.  
N. 01863/2008 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

## **SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1863 del 2008, e relativo ricorso per motivi aggiunti, proposti da:  
ALFA S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, per procura a margine del ricorso introduttivo e del ricorso per motivi aggiunti, dall'Avv. Ignazio Scuderi, ed elettivamente domiciliata in Palermo, Via Nunzio Morello n. 40, presso lo studio dell'Avv. Luca Di Carlo;

### ***contro***

- il Comune di Caccamo, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituito in giudizio;  
- l'Assessorato ai Lavori Pubblici della Regione Siciliana, in persona del legale rappresentante pro tempore;  
- l'Assessorato ai Lavori Pubblici della Regione Siciliana – U.R.E.G.A., Sezione Provinciale di Palermo;  
entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici, in Via Alcide De Gasperi n.81, sono per legge domiciliati;

### ***nei confronti di***

A.T.I. BETA s.r.l. – BETADUE, in persona del legale rappresentante pro tempore della prima, in proprio e n.q. di capogruppo della costituenda A.T.I. con BETADUE, rappresentata e difesa, sia unitamente che disgiuntamente, giusta procura a margine della memoria di costituzione in giudizio, dagli Avv.ti Girolamo Rubino, Daniele Piazza e Leonardo Cucchiara, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Palermo, via Oberdan n.5;

### ***per l'annullamento***

- quanto al ricorso principale:

- dei verbali relativi alla gara indetta dal Comune di Caccamo per l'affidamento dell'appalto "... dei lavori contratto di quartiere II – Rabbato Terranova..." ed in particolare e nei limiti di interesse, dei verbali di gara dell'UREGA - Sezione Provinciale di Palermo del 26, 27, 30 giugno 2008, nonché di quello conclusivo del 1 luglio 2008 costituente proposta di aggiudicazione in favore della A.T.I. controinteressata, nonché d'ogni altro atto o provvedimento, precedente o successivo, comunque connesso, presupposto e/o consequenziale, con cui la Stazione appaltante ha approvato l'aggiudicazione provvisoria della gara sulla base della predetta proposta d'aggiudicazione e/o disposto quella definitiva;

- della nota del 25 luglio 2008 prot. n.1173, con cui l'U.R.E.G.A. di Palermo ha respinto il reclamo presentato dalla ricorrente avverso l'esclusione;

- quanto al ricorso per motivi aggiunti:

della determinazione dirigenziale n.125 del 13.8.2008, di aggiudicazione definitiva dell'appalto de quo alla controinteressata;

Visti il ricorso principale ed il connesso ricorso per motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto il decreto di decisione su istanza di misure cautelari provvisorie n.941/2008;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione Regionale intimata, con le relative deduzioni difensive;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.T.I. controinteressata, con le relative deduzioni difensive;

Visti, altresì, il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, e le controdeduzioni della ricorrente principale;

Viste, inoltre: a) la dichiarazione di quest'ultima, di delimitazione dell'oggetto del giudizio alla sola parte in cui i provvedimenti impugnati dispongono l'esclusione della ricorrente principale dalla gara per collegamento sostanziale, e di sopravvenuta carenza di interesse della stessa al rifacimento della procedura di gara e all'annullamento dell'aggiudicazione in favore della controinteressata; b) la conseguente dichiarazione di rinuncia al ricorso incidentale presentata dalla controinteressata;

Vista l'ordinanza cautelare n.1187/08, con cui è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza per la discussione del ricorso;

Viste le memorie depositate dall'Amministrazione Regionale e dalla ricorrente, rispettivamente, in data 20 gennaio e 21 gennaio 2009;

Designato relatore il referendario Maria Cappellano;

Uditi alla pubblica udienza del 27 gennaio 2009 i procuratori delle parti, come risulta dal verbale:

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

## FATTO

Con ricorso notificato il 19 agosto 2008 e depositato il successivo 22 agosto, la società ricorrente impugnava i verbali relativi alla gara indetta dal Comune di Caccamo, per l'affidamento dell'appalto dei lavori contratto di quartiere II – Rabbato Terranova...” ed in particolare e nei limiti di interesse, i verbali di gara dell'UREGA - Sezione Provinciale di Palermo del 26, 27, 30 giugno 2008, nonché di quello conclusivo del 1 luglio 2008, costituente proposta di aggiudicazione ai sensi dell'art.7 ter della legge n.109/94 nel testo coordinato e recepito nella Regione Siciliana.

Si esponeva, in punto di fatto, che, nella seduta di gara del 26 giugno 2008 la ricorrente era stata esclusa, avendo la Commissione verificato: a) la partecipazione all'appalto in interesse della medesima ricorrente – facente parte del Consorzio Stabile Infrastrutture S.C.A.R.L. - nonché di altra impresa, la REPIN S.r.l., anch'essa facente parte del medesimo Consorzio, b) che i legali rappresentanti del suddetto Consorzio rivestivano, rispettivamente, le cariche di Presidente del Consiglio di Amministrazione dell'impresa ALFA e di legale rappresentante dell'impresa Repin: riteneva, quindi, sussistere la fattispecie del collegamento sostanziale, escludendo entrambe le imprese dalla partecipazione alla gara e dal sorteggio effettuato per l'individuazione dell'aggiudicatario provvisorio, cui la ricorrente avrebbe avuto diritto a partecipare, avendo offerto il medesimo ribasso percentuale (7,3152%) delle altre imprese ammesse al sorteggio (n.82 concorrenti).

La ricorrente esponeva, altresì, di avere presentato reclamo avverso la decisione di esclusione, ai sensi dell'art.10 del DPRS N.1/2005, respinto con l'impugnata nota del 25.07.2008, sostanzialmente confermativa degli argomenti posti a sostegno della esclusione.

2. Nel ricorso introduttivo venivano articolate, con unico motivo, le seguenti censure:

Violazione e falsa applicazione dell'art.12 e dell'art.10, comma 1 bis della legge n.109/94, nel testo coordinato vigente in Sicilia, nonché dell'art.34 del D. Lgs. N.163/2006 – violazione e/o falsa applicazione della lex specialis – violazione dell'art.3 L. n.241/90 – violazione dell'art.97 della Costituzione e dei principi di correttezza, trasparenza e buon andamento – violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione, di proporzionalità, nonché di favor participationis, concorrenza e di massima partecipazione.

Premesso che il Consorzio Stabile Infrastrutture S.C.A.R.L. non ha partecipato alla gara, l'esclusione della ricorrente sarebbe illegittima, in quanto la contemporanea partecipazione ad una gara di imprese facenti parte del medesimo Consorzio stabile non potrebbe legittimare l'esclusione delle consorziate, se non nell'ipotesi – insussistente nel caso di specie – della contemporanea partecipazione del Consorzio.

L'illegittimità dell'esclusione si evincerebbe, altresì, dalla riscontrata sussistenza di un solo presunto elemento di collegamento sostanziale, consistente nel fatto che il Presidente del Consiglio di Amministrazione della ALFA S.p.A. e l'Amministratore della Repin S.r.l. rivestano la carica legale di rappresentante del Consorzio su indicato: tale circostanza, nella vita sociale dei Consorzi, costituirebbe dato ovvio, e non potrebbe, di per sé, essere sufficiente ad integrare quella pluralità di indizi seri, precisi e concordanti, che la giurisprudenza richiede, al fine di accertare la sussistenza del "collegamento sostanziale". Tanto più, che il Consorzio è stato sciolto, e ne è stata deliberata la liquidazione.

3. Con decreto presidenziale n.941/2008, è stata respinta l'istanza di misure cautelari provvisorie.

4. Il Comune di Caccamo, ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

5. Si è costituito in giudizio l'Assessorato regionale dei LL.PP.;, con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

5. Per resistere al ricorso, si è costituita l'impresa controinteressata, chiedendone il rigetto.

6. Con ricorso incidentale ritualmente notificato e depositato, la controinteressata ha a sua volta impugnato i medesimi atti gravati con il ricorso principale, nella parte in cui il seggio di gara non ha escluso la ricorrente principale anche per l'ulteriore ragione di cui appresso, deducendo i seguenti motivi:

a) Violazione e falsa applicazione del punto 9 del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art.30 della legge 109/94 come recepito in Sicilia con la L.R. n.7/2002 e successive modifiche ed integrazioni; eccesso di potere per difetto di istruttoria e violazione della par condicio tra i concorrenti.

La ALFA S.p.A. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per avere prodotto una garanzia fideiussoria con un impegno al rilascio della cauzione definitiva, contenente il riferimento ad un periodo temporale in contrasto con l'art.c30 della legge 109/94 come recepito in Sicilia, in quanto delimitante il termine di validità della garanzia prescritta.

Nel medesimo ricorso incidentale, la controinteressata ha, inoltre, eccepito la carenza di interesse della ricorrente principale, atteso che la stessa non avrebbe impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara.

7. Con memoria depositata il 13 ottobre 2008, la resistente Amministrazione Regionale ha argomentato sulla sussistenza del fenomeno del collegamento sostanziale, sostenendo che sarebbero stati presenti, nel caso in specie, elementi univoci, comprovanti l'unicità del centro decisionale.

8. Con memoria depositata il 17 ottobre 2008, la ricorrente principale ha ulteriormente argomentato sulle censure articolate dalla controinteressata in seno al ricorso incidentale.

9. Con ricorso per motivi aggiunti, ritualmente depositato e notificato, la ricorrente principale ha impugnato la determinazione dirigenziale n.659 del 25 agosto 2008, di aggiudicazione definitiva dell'appalto de quo alla controinteressata, ribadendo tutti i motivi già dedotti avverso gli atti impugnati con il ricorso principale.

10. Con atto depositato il 20 ottobre 2008, la ricorrente principale ha dichiarato di delimitare l'oggetto del giudizio alla sola parte in cui i provvedimenti impugnati dispongono l'esclusione della medesima dalla gara per collegamento sostanziale, e, di conseguenza, la sopravvenuta carenza di interesse al rifacimento della procedura di gara e all'annullamento dell'aggiudicazione in favore della controinteressata.

11. Con atto depositato in pari data, la ricorrente incidentale, preso atto della sopravvenuta delimitazione dell'oggetto del giudizio, ha dichiarato di rinunciare al ricorso incidentale proposto.

12. Con ordinanza n.1187 del 22.10.2008 è stata accolta la domanda cautelare presentata in seno al ricorso introduttivo e al ricorso per motivi aggiunti, limitatamente alla disposta esclusione della ricorrente principale, ed è stata fissata l'udienza di discussione.

13. Con memoria depositata il 20 gennaio 2009 la difesa dell'Amministrazione Regionale ha ribadito la richiesta di rigetto del ricorso, deducendo la sussistenza di elementi asseritamente comprovanti l'unicità del centro decisionale tra le due società escluse.

14. Con memoria depositata il 21 gennaio 2009 la ricorrente principale ha insistito nelle argomentazioni già esposte nel ricorso introduttivo, chiedendo l'accoglimento dello stesso.



15. Alla pubblica udienza di discussione, presenti i procuratori delle parti costituite, il ricorso è stato posto in decisione.

## DIRITTO

1. Deve preliminarmente darsi atto della delimitazione dell'oggetto del giudizio, rispetto alla originaria prospettazione di parte ricorrente, alla sola parte in cui i provvedimenti impugnati dispongono l'esclusione della medesima dalla gara per presunto collegamento sostanziale, giusta la dichiarazione in tal senso della stessa e di conseguente propria sopravvenuta carenza di interesse al rifacimento della gara e all'annullamento dell'aggiudicazione in favore della controinteressata. .

Va preso atto, altresì, della formale rinuncia di quest'ultima al ricorso incidentale proposto.

Ne consegue la delimitazione del petitum soltanto alla domanda di annullamento della decisione del seggio di gara di escludere l'odierna ricorrente principale dalla gara per asserito collegamento sostanziale, con salvezza dell'aggiudicazione in favore dell'impresa BETA s.r.l..

Sotto tale profilo, residua comunque, in capo alla ricorrente principale, l'interesse a ricorrere, avuto riguardo all'interesse a non subire tutte le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal consolidarsi degli effetti del provvedimento di esclusione per collegamento sostanziale (segnalazione all'Autorità di Vigilanza e annotazione nel Casellario Informatico).

2. Così precisato l'oggetto del giudizio, il ricorso si presenta fondato.

2.1. L'art. 34, comma 2, del D.lgs. n.163/2006 ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE") – di cui la ricorrente principale lamenta, tra l'altro, la violazione - dispone: "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 univoci elementi".

Detta norma, pur non trovando diretta applicazione nella Regione Siciliana - la quale, nell'esercizio della propria competenza potestà legislativa esclusiva in materia di lavori pubblici ai sensi dell'art.14, lettera g, dello Statuto speciale, ha emanato il testo coordinato della L. n.109/1994 con le LL.rr. 7/2002 e 7/2003 senza un rinvio dinamico alle successive modificazioni - tuttavia costituisce un significativo elemento interpretativo: la su riportata previsione ha, infatti,

sostanzialmente recepito l'istituto di creazione pretoria del c.d. "collegamento sostanziale", ed ha, altresì, superato le incertezze interpretative sulla disciplina contenuta nel comma 1-bis dell'art. 10 della legge n. 109 del 1994, ancora in vigore nel suo testo originario in Sicilia.

Tale ultima norma, infatti, stabilisce unicamente il divieto di partecipazione a una stessa gara di imprese che si trovino in situazione di "controllo" ai sensi dell'art. 2359 c.c., e non anche nella diversa ipotesi di collegamento, disciplinata dal comma 3 del medesimo art. 2359, riscontrabile ove una società eserciti su un'altra "un'influenza notevole".

Il su richiamato art.34, secondo comma, del Codice dei contratti, invece, nel riprodurre la previsione già contenuta nella legge 109/1994, ne amplia significativamente la portata, includendo, nell'ambito dei divieti normativi di partecipazione delle imprese a una stessa gara, le accertate situazioni di collegamento sostanziale, caratterizzate da un'unicità di centro decisionale, tale da far ritenere venute meno le garanzie di segretezza delle offerte, con conseguente alterazione della par condicio e della trasparenza e correttezza delle operazioni di gara.

Tuttavia, poiché il legislatore, nonostante abbia disciplinato la fattispecie del "collegamento sostanziale", non ha operato una tipizzazione normativa delle possibili ipotesi di collegamento sostanziale, lasciando all'interprete il delicato compito di individuare, di volta in volta, le fattispecie in interesse, la giurisprudenza formata anche prima dell'entrata in vigore del citato art.34 ha da tempo enucleato tutta una serie - peraltro nutrita - di elementi indiziari, la cui presenza può deporre nel senso della sussistenza di un collegamento sostanziale e, quindi, della sicura riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale (a titolo esemplificativo: indicazioni sulle buste spedite dalle imprese dalla medesima sede amministrativa; spedizione dei plichi dal medesimo ufficio postale, nello stesso giorno e con le stesse modalità; rilascio delle polizze fideiussorie, presentate come cauzione, da parte della stessa compagnia e agenzia di assicurazioni, nella medesima data e con numero progressivo successivo; coincidenza del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica; rapporti di parentela tra gli amministratori unici di suddette società e gli intrecci azionari esistenti e facenti capo agli stessi soggetti).

In proposito, va notato come l'elaborazione, sul punto, del Consiglio di Stato sia ferma nel ritenere che l'esclusione per collegamento sostanziale possa ritenersi ammissibile soltanto in presenza di "una fattispecie presuntiva fondata sull'accertamento di una pluralità di indizi gravi, precisi e concordanti univocamente volti a configurare il presupposto applicativo della esclusione" (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 14 giugno 2006, n.3500; sez. V, 22 aprile 2004, n.2317).

2.2. Conseguo da questo primo ordine di considerazioni che l'esclusione per l'esistenza tra i concorrenti di indici concreti di collegamento sostanziale postula evidentemente l'esistenza e il correlativo accertamento in concreto di detti indici rivelatori (cfr.: T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 19 febbraio 2008 , n. 530; Bari, sez. I, 10 gennaio 2008, n. 12; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 gennaio 2008 n. 32; Tar Lazio, III, 8 maggio 2007, n. 4096; 20 novembre 2006 n. 2736); indici che, alla stregua dell'insegnamento giurisprudenziale, devono essere tali "da ingenerare il più che ragionevole sospetto che l'accordo tra le partecipanti possa pregiudicare l'imparzialità e la regolarità della gara" (cfr. anche: Consiglio di Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 949).

2.3. Nel caso in esame, tale pluralità di indici, rivelatori tutti insieme della fattispecie del collegamento sostanziale, non è stata evidenziata dalla stazione appaltante.

Come osservato dalla difesa della società ricorrente, il seggio di gara ha posto alla base della decisione di esclusione non già una pluralità di elementi indiziari e sintomatici di un centro decisionale comune, ma il dato, isolato, della partecipazione alla medesima gara di due imprese facenti parte del medesimo consorzio, unitamente alla circostanza che i legali rappresentanti di ciascuna delle due imprese – partecipanti, giova ribadirlo, come autonomi centri decisionali alla gara – rivestano delle cariche all'interno del Consorzio stabile su menzionato.

Ora, il dato della partecipazione ad un medesimo Consorzio non può di per sé costituire elemento sintomatico della sussistenza di un collegamento sostanziale fra le imprese partecipanti, in quanto è la stessa normativa in materia di appalti a consentire che imprese facenti parte di uno stesso Consorzio partecipino, come imprese singole, ad un appalto (cfr. art.12 Legge n.109/1994 nel testo coordinato e vigente nella Regione Siciliana).

Nel caso in specie, peraltro, non pare sussistere uno stretto intreccio tra gli organi amministrativi, rilevante in sede di partecipazione alla gara di che trattasi, atteso che – giova ribadirlo - mentre le due imprese partecipano alla vita sociale del Consorzio – peraltro posto in liquidazione dal mese di ottobre 2006 – il Consorzio non ha, a sua volta, nessun tipo di partecipazione all'interno delle due imprese, né, come più volte evidenziato, ha partecipato alla gara in interesse: non è dato, pertanto, riscontrare, alcuna reciprocità delle cariche sociali, che dovrebbero costituire serio indizio della sussistenza di un unico soggetto, in tesi, assuntore delle decisioni, per entrambe le imprese, in ordine alla partecipazione alla gara.

Va poi considerato che l'interesse alla regolarità della gara, sotto i profili del rispetto della par condicio, della trasparenza e della segretezza delle offerte, deve essere necessariamente contemperato con gli, altrettanto, importanti principi della

massima partecipazione alle gare e del non aggravamento del procedimento, nonché con il diritto costituzionale dell'impresa di operare sul mercato e svolgere la propria attività imprenditoriale. Ciò che si riflette nella necessità di un'approfondita istruttoria, nei singoli casi, ai fini dell'esercizio di tale potere discrezionale.

Né va trascurato un dato di fatto significativo in ordine alle offerte presentate: e cioè che nella gara di cui si discute ben n.82 imprese hanno presentato la medesima percentuale di ribasso, quindi con un indice sintomatico non certo di una preventiva conoscenza e/o conoscibilità di tale ribasso soltanto da parte delle due imprese - di cui si sarebbe accertato il collegamento sostanziale - ma, al contrario, di una evenienza quantomeno rara sul piano statistico.

Nessuno di tali dati di fatto è stato positivamente valutato dalla stazione appaltante.

Conclusivamente, l'unico elemento evidenziato (comunanza di amministratori di imprese partecipanti al medesimo Consorzio), addotto a motivazione della disposta esclusione dalla gara, non è di per sé espressivo del collegamento sostanziale delle imprese e della soggezione di queste all'altrui attività di direzione e di coordinamento, né di tale collegamento la stazione appaltante ha fornito puntuali elementi sintomatici.

Manca, quindi, la presenza degli enunciati indici rivelatori (connotati dal carattere della gravità, precisione e concordanza) che, considerati nel loro complesso e con riferimento alla specifica situazione concreta, facciano ragionevolmente ritenere che si sia potuto verificare l'alterazione della par condicio dei concorrenti (Cons. St., IV, 27 dicembre 2002, n. 6424).

2.4 Il ricorso introduttivo merita, pertanto, di essere accolto, con conseguente annullamento in parte qua dei verbali di gara impugnati, limitatamente alla parte in cui dispongono l'esclusione della ricorrente principale per collegamento sostanziale, ferma restando l'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata A.T.I. BETA S.r.l..

2.5. Conseguie all'accoglimento del ricorso anche l'annullamento della nota, pure espressamente impugnata, datata 25.07.2008, con cui l'U.R.E.G.A. di Palermo ha respinto il reclamo presentato dalla ALFA S.p.A., sostanzialmente confermativa della decisione assunta nei verbali di gara impugnati.

3. L'accoglimento del ricorso introduttivo comporta anche l'accoglimento di quello per motivi aggiunti, atteso che la ricorrente con quest'ultimo ha denunciato solo un vizio di invalidità derivata: in considerazione della intervenuta delimitazione

dell'oggetto del giudizio, la determinazione dirigenziale n.125/2008 va anch'essa annullata, limitatamente alla parte in cui approva il verbali di gara - già impugnati con il ricorso introduttivo - aventi ad oggetto l'esclusione della ricorrente principale dalla gara, ferma restando l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata su menzionata.

4. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo; sussistono, peraltro, giusti motivi per compensare tra le parti private le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti in epigrafe indicati e, per l'effetto, annulla, per quanto di ragione e nei limiti di cui in motivazione, i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Caccamo e l'Assessorato Regionale dei Lavori Pubblici al pagamento, in solido fra di loro, in favore della ricorrente, delle spese di giudizio, che liquida in complessivi € 1.500,00 (euro millecinquecento/00) oltre IVA e CPA come per legge, oltre alla rifusione dell'importo del contributo unificato; compensa le spese di giudizio fra le parti private.

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

Dispone che copia della presente sentenza sia trasmessa alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, ai sensi dell'art. 361 c.p., e alla Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per la Regione Siciliana.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 27/01/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Maria Cappellano, Referendario, Estensore

Antonio De Vita, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/03/2009

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

IL SEGRETARIO