

Unicità del centro decisionale

8 febbraio 2016

di **Luigi Raimondi**, Avvocato e Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Palermo (paragrafi 1 - 2.1) e **Ornella Sarcuto**, Avvocato (paragrafi 3-8)

SOMMARIO

1. Inquadramento | 2. Genesi ed evoluzione: dalla legge Merloni-ter al Codice dei contratti pubblici. | 2.1. (Segue): La sentenza Assitur della Corte di giustizia ed il d.l. 25 settembre 2009, n. 135 | 3. Oneri dichiarativi | 4. Procedimento di verifica | 5. Unicità del centro decisionale ed elementi indiziari. | 6. Casistica: Pluralità di elementi 7. Casistica: Identità dei progetti e delle relazioni tecniche 8. Casistica: Partecipazione alla medesima gara da parte di consorzi stabili, consorzi di società cooperative di produzione e lavoro e rispettive imprese consorziate.

Normativa primaria: art. 38, commi 1, lett. m-quater e 2.

1. Inquadramento

L'art. 38, comma 1, lett. m-quater, dispone l'esclusione dalla gara dei soggetti che si trovano in una situazione di controllo ex art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se ciò comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

La regola è volta ad evitare situazioni distorsive della concorrenza "mediante l'esclusione dalla gara di offerte, che, in quanto provenienti da imprese tra loro collegate, risultino presumibilmente frutto di accordi tesi ad influenzarne il risultato" (Cons. St., Sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6469).

La ratio è dunque riconducibile ai principi di par condicio tra i partecipanti alla gara, segretezza delle offerte e trasparenza delle gare (CGA, 7 marzo 2014, n. 98).

La causa di esclusione in parola non origina dal diritto derivato dell'Unione europea. Ma, come si dirà più ampiamente in seguito, nella sentenza 19 maggio 2009, C-538/07, la CGUE ha affermato che gli Stati hanno la facoltà di stabilire, in aggiunta alle cause di esclusione previste dalle direttive, norme sostanziali finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, purché queste rispettino il principio di proporzionalità. Alla luce di tale principio l'esclusione delle offerte di imprese in rapporto di controllo o collegamento non è contraria al diritto dell'Unione purché ai concorrenti sia lasciata la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito nel loro rispettivo comportamento.

Al fine di ottemperare alla sentenza ora citata la causa di esclusione è stata da ultimo ridefinita dall'art. 3 d.l. 25 settembre 2009, n. 135, recante "Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee".

Si deve segnalare che nel sistema delle direttive sugli appalti del 2014 i "motivi di esclusione" sono oggetto di una disciplina assai più articolata rispetto al sistema previgente. Per quanto qui interessa è previsto che gli Stati possano escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico "se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza" (art 38, par. 7, lett. d, dir. 2014/23; art. 57, par. 4, lett. d, dir. 2014/24; art. 80 dir. 2014/25). La disposizione, prescindendo da un rapporto di controllo o collegamento tra le imprese, ha una formulazione assai più ampia rispetto alla causa di esclusione nazionale, ma appare improntata alla medesima ratio.

2. Genesi ed evoluzione: dalla legge Merloni-ter al Codice dei contratti pubblici.

La causa di esclusione in commento trae origine dall'art. 10, comma 1 bis, L. 109 del 1994, introdotto dall'art. 3 della L. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni-ter). Ma prima ancora il divieto di partecipazione contemporanea alla medesima gara di soggetti caratterizzati dall'esistenza tra di loro di un rapporto di controllo era ritenuto "implicito nella ratio propria dell'intero sistema normativo sugli appalti pubblici di assicurare il regolare svolgimento delle gare attraverso la piena ed effettiva concorrenza delle imprese" (Cons. St., Sez. VI, 28 febbraio 2000, n. 1056).

In base al citato art. 10, comma 1 bis della legge Merloni non potevano partecipare alla gara imprese che si trovassero tra loro in una delle situazioni di "controllo" di cui all'art. 2359 c.c. Segnatamente, la norma del codice civile oggetto del rinvio, nei commi 1 e 2, enuncia le tre ipotesi nelle quali si determina una situazione di controllo: 1) società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

La disposizione, relativa agli appalti di lavori, nella sua scarna formulazione originaria contemplava, dunque, mediante rinvio, un riferimento alle sole situazioni di "controllo" tra imprese (art. 2359, commi 1 e 2). Non era espressamente prevista l'esclusione di imprese in rapporto di "collegamento", come definito dall'art. 2359, comma 3, ai sensi del quale "sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa"). Né, tantomeno, erano contemplate altre situazioni atipiche di legame o commistione tra imprese.

Ben presto, tuttavia, in giurisprudenza si è affermato il principio in base al quale l'esclusione prevista dall'art. 10, comma 1 bis, alla luce della sua ratio, si applicasse non solo alle ipotesi di influenza dominante tipizzate dall'art. 2359, commi 1 e 2 c.c. ma ad "ogni caso di reciproca influenza tra le imprese partecipanti alla gara, idonea a violare il principio della par condicio e della segretezza delle offerte" (Cons. St., VI, 13 giugno 2005 n. 3093). Veniva così elaborata la figura del c.d. "collegamento sostanziale".

La circostanza che la regola fosse espressione di principi generali, quali la par condicio e la segretezza delle offerte, ne giustificava dunque una interpretazione estensiva.

In virtù di tale approccio giurisprudenziale, peraltro, la regola in esame, dettata nel contesto degli appalti di lavori, veniva ritenuta operante anche nell'ambito degli appalti di servizi e forniture.

Il Codice dei Contratti pubblici confermava i predetti orientamenti giurisprudenziali, codificandoli nell'art. 34, comma 2 (oggi abrogato), il quale prevedeva, oltre all'impossibilità di partecipare alla medesima gara per i concorrenti che si trovassero fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 c.c., anche l'esclusione dalla gara dei concorrenti per i quali fosse accertato "che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi".

La disposizione predetta, dunque, per il caso di "controllo" ai sensi dell'art. 2359 c.c., stabiliva un'esclusione automatica, fondata sulla presunzione di un'ipotesi turbativa del corretto svolgimento della procedura concorsuale (e quindi dei principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti) che non poteva essere confutata neppure fornendo la prova che la controllata ha formulato la propria offerta in totale autonomia. (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2004 n. 2317; Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2002, n. 685; V, 15 febbraio 2002, n. 923; IV, 27 dicembre 2001, n. 6424).

Soltanto nel caso di sussistenza del c.d. collegamento sostanziale, l'amministrazione, infatti, era onerata di provare in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti, che fossero tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei richiamati principi

2.1. (Segue) La sentenza Assitur della Corte di giustizia ed il d.l. 25 settembre 2009, n. 135

Il descritto assetto normativo è stato oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Il problema originava dalla circostanza che la causa di esclusione in esame non è contemplata dal diritto derivato dell'Unione europea. Sicché, con ordinanza n. 154 del 14 novembre 2007, il Tar Lombardia, Milano, Sez. III, domandava alla Corte se l'art. 29 della direttiva 92/50, nel prevedere sette cause di esclusione dalla partecipazione agli appalti di servizi, configurasse un numero chiuso di ipotesi ostative e, dunque, inibisse agli Stati di introdurre cause di esclusione ulteriori, quale il divieto di partecipazione simultanea alla gara per le imprese che si trovino fra loro in rapporto di controllo.

La Corte, nella sentenza Assitur (CGUE, 19 maggio 2009, C-538/07) affermava che l'art. 29, primo comma della direttiva 92/50 non osta a che uno Stato membro preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, purché queste rispettino il principio di proporzionalità. Ciò, in particolare, alla luce dell'interesse ad una partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto.

In tale ottica, secondo la Corte, è incompatibile con il diritto comunitario una disposizione nazionale che stabilisca il divieto assoluto di partecipare alla medesima gara d'appalto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o di collegamento.

Segnatamente, un simile divieto, fondato sulla presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate da imprese collegate siano state previamente concertate, non tiene conto, secondo i giudici di Lussemburgo, del fatto che "i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche" (punto 31).

"In tale contesto, il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare. La constatazione di un'influenza siffatta, in qualunque forma, è sufficiente per escludere tali imprese dalla procedura di cui trattasi. Per contro, la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura" (punto 32).

Al fine di adeguarsi a tale sentenza il legislatore è intervenuto, con d.l. 25 settembre 2009, il cui art. 3 abroga l'art. 34, comma 2 ed introduce nell'art. 38, comma 1 la lettera m-quater, in commento, la quale, come si è detto, il rapporto di controllo o il collegamento sostanziale danno luogo ad esclusione soltanto se "le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale"

Nella disciplina attuale, dunque, "il rapporto tra le imprese può giustificare l'esclusione soltanto se la stazione appaltante accerti che tale rapporto abbia influenzato la formulazione delle offerte, in modo che dette imprese siano messe in grado di dimostrare l'insussistenza di rischi di turbative della selezione. Per escludere un'impresa ritenendola in collegamento sostanziale, quindi, non bastano degli indici meramente formali, ma occorre che la stazione appaltante dia la prova concreta dell'esistenza di un unico centro decisionale che governi le due o più imprese" (TAR Piemonte, Sez. I, 21 dicembre 2011 n. 1343).

3. Oneri dichiarativi

L'art. 38, comma 2, come modificato dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70, prevede, ai fini del comma 1, lett. m-quater, l'obbligo, in capo ai concorrenti, di allegare alla propria offerta, **alternativamente**: a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta

autonomamente; b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente.

Si tratta di una dichiarazione ulteriore e diversa rispetto a quella prevista dall'art. 38, comma 1 del Codice (Cons. St., Sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5638), la quale deve sempre attestare che il concorrente abbia formulato l'offerta autonomamente. Inoltre, non è richiesto al concorrente di dichiarare l'esistenza di situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., ma di essere o meno a conoscenza della partecipazione, alla medesima procedura di affidamento, di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una situazione di controllo (ANAC, determinazione 16 maggio 2012, n. 1).

Circa l'oggetto della dichiarazione, la dottrina ha correttamente rilevato che, da un punto di vista testuale, la disposizione fa riferimento alle situazioni di controllo disciplinate dai primi due commi dell'art. 2359 c.c., e non anche al collegamento societario previsto dal terzo comma, pertanto se ne dovrebbe desumere l'assenza di un onere dichiarativo in relazione alle ipotesi di collegamento. Tuttavia, la giurisprudenza, nonostante il tenore letterale della norma, ha ritenuto che essa debba essere letta in relazione al disposto di cui alla lettera m-quater e, conseguentemente, l'obbligo dichiarativo debba essere esteso anche alle situazioni di collegamento societario (TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 5 marzo 2013, n. 719, confermata da C.G.A., 7 agosto 2013, n. 713).

Non sono previste particolari modalità di presentazione della dichiarazione, la quale, salvo diversa prescrizione della *lex specialis*, può essere resa anche mediante una complessiva dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (D.P.R n. 445 del 2000).

Al riguardo, l'orientamento formatosi prima dell'inserimento (con l'art. 39, comma 1, D.L. 24 giugno 2014, n. 90) dell'art. 38, comma 2 *bis*, riteneva che qualora non vi fosse perfetta corrispondenza tra la dichiarazione e la formulazione alternativamente prescritta dall'art. 38, secondo comma, non fosse possibile pervenire all'esclusione dell'impresa concorrente, "dovendosi, al più, ipotizzare la necessità di un'integrazione della stessa ovvero di una verifica d'ufficio da parte della commissione di gara, secondo il principio generale codificato nell'art. 46 del Codice" (ANAC, parere 20 giugno 2014, n.143).

E' da precisare, infine, che non è più contemplato l'obbligo di allegare, alla dichiarazione di essere in una situazione di controllo, i documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, da inserire in busta chiusa.

4. Procedimento di verifica.

Essendo venuta meno, a seguito a seguito della sentenza della CGUE 19 maggio 2009, n. C-538/07, l'efficacia immediatamente e automaticamente escludente delle presunzioni di controllo e/o collegamento, ha trovato ingresso l'onere per la stazione appaltante di verificare se, in concreto, il collegamento tra i concorrenti abbia comportato o meno un effettivo condizionamento nella predisposizione e nella presentazione delle offerte.

Tale verifica, e l'eventuale esclusione, per espressa previsione normativa, "sono disposte dalla stazione appaltante solo dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica".

Nel silenzio della legge è sorto un contrasto giurisprudenziale circa la necessità o meno che siffatto subprocedimento, volto a verificare la sussistenza o l'insussistenza di indizi gravi precisi e concordanti dai quali desumere l'eventuale collegamento, debba svolgersi in contraddittorio con le concorrenti interessate.

Un primo orientamento ritiene che la sentenza della Corte di Giustizia non imponga alla Stazione Appaltante, in ipotesi di collegamento sostanziale, alcun sub-procedimento in contraddittorio (Cons. Stato, V, 15 maggio 2013, n. 2633).

Altra parte della giurisprudenza ha, invece, ritenuto che la mancata attivazione del contraddittorio con le imprese comporti l'annullamento dell'esclusione dalla gara e delle sanzioni accessorie (Cons. Stato VI, 25 gennaio 2010, n. 247), in quanto, a fronte di una decisione della stazione appaltante tipicamente discrezionale, quale quella sulla effettiva incidenza della situazione di collegamento sulla formulazione delle offerte, la rilevanza del momento partecipativo è evidente. Ben potrebbe, infatti, la stazione appaltante, attraverso l'instaurazione del contraddittorio con i soggetti interessati, raggiungere una differente valutazione degli indizi di collegamento, "ad esempio, le imprese avrebbero potuto rendere giustificazioni in ordine alla vicinanza dei ribassi percentuali, alle somiglianze grafiche delle offerte, alle date ed alle modalità di confezionamento e spedizione dei plichi, alle date di effettuazione dei versamenti obbligatori, alla condivisione dei soggetti emittenti delle cauzioni provvisorie, e così via" (TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 10 luglio 2015, n. 1212).

Ad avviso di chi scrive, è da ritenere preferibile tale tesi, anche tenuto conto delle conseguenze pregiudizievoli (iscrizione nel casellario informatico ed escussione della garanzia) che, in caso di esito positivo della verifica, deriverebbero in capo alle concorrenti interessate.

Non solo. L'impossibilità per l'impresa di partecipare al sub procedimento di verifica ed ivi rappresentare eventuali elementi giustificativi, determina un prevedibile trasferimento nella sede processuale del contraddittorio procedimentale. Ciò in palese contrasto rispetto alla tendenza, manifestata dal legislatore, di deflazionare il contenzioso in materia di appalti.

5. Unicità del centro decisionale ed elementi indiziari.

Come detto, la mera sussistenza di situazioni di controllo e collegamento, siano esse formali o sostanziali, non costituisce di per sé causa di esclusione, ma, lo diventa qualora tali situazioni comportino che le offerte dei concorrenti "siano imputabili ad un unico centro decisionale".

In particolare, la prova in concreto richiesta ai fini della riconducibilità di due offerte ad un unico centro decisionale è quella "di un previo concerto e di una reciproca influenza tra le concorrenti in questa fase prodromica alla partecipazione alla gara, ma giammai quella che la gara sia stata concretamente alterata" (Cons. Stato, Sez. V, 1 agosto 2015, n. 3772).

La detta giurisprudenza appare, peraltro, in linea con le direttive sugli appalti del 2014, le quali, come sopra rammentato, prevedono la possibilità di procedere all'esclusione dalla gara "se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza" (art 38, par. 7, lett. d, dir. 2014/23; art. 57, par. 4, lett. d, dir. 2014/24; art. 80 dir. 2014/25)

Le maggiori difficoltà riscontrate nell'applicazione della norma riguardano l'accertamento del collegamento rilevante ai sensi della lett. *m-quater* dell'art. 38. Infatti, mentre l'ipotesi ex art. 2359 cod. civ. integra una forma di presunzione *iuris tantum* di collegamento tra ditte partecipanti, invece l'ipotesi del collegamento sostanziale va, di volta in volta, desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, "idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti alla gara, distorsivo delle regole di gara" (Cons. Stato, Sez. V, 15 maggio 2013, n. 2633).

Al riguardo, la giurisprudenza, dopo avere escluso che eventuali comunanze a livello strutturale siano di per sé sufficienti a dimostrare la sussistenza di un collegamento sostanziale (Tra le tante: Cons. St., Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1668), ha individuato, nel tempo, diversi elementi indiziari da cui desumere la sussistenza di un siffatto collegamento, quali: intrecci societari, derivanti dall'identità dei soci o degli amministratori ovvero da stretti rapporti parentali esistenti fra i membri degli organi amministrativi delle imprese; identità delle sedi legali; identità delle utenze telefoniche;

provenienza dallo stesso ufficio postale del plico contenente l'offerta; costituzione delle cauzioni provvisorie con polizze fideiussorie rilasciate dalla medesima compagnia di assicurazioni o agenzia, nonché nella stessa data.

6. Casistica: Pluralità di elementi.

E' stata ravvisata la sussistenza di un collegamento sostanziale ([Cons. Stato, V, Sent., 15 maggio 2013, n. 2631](#)), in presenza delle seguenti circostanze:

- i plichi sono stati recapitati a mano, lo stesso giorno, dal medesimo soggetto;
- i plichi risultavano uguali per colore e dimensioni e presentavano impostazione e grafica simili;
- tutti i dati riferiti all'appalto e all'impresa in entrambi i plichi erano stati stampati su foglio bianco, incollato con nastro adesivo sulla busta;
- i documenti di gara erano stati inseriti per entrambe le imprese in una busta a parte, non richiesta dal bando di gara;
- le attestazioni SOA erano state rilasciate dal medesimo organismo di attestazione e le certificazioni di qualità erano state emesse dal medesimo ente certificatore e riportavano la stessa data di prima emissione;
- entrambe le imprese avevano presentato copia del DURC e del certificato del casellario giudiziale e dei carichi pendenti, documenti non richiesti dal bando di gara;
- le polizze fideiussorie erano state rilasciate lo stesso giorno, dalla medesima compagnia di assicurazioni e dalla stessa agenzia, a firma del medesimo procuratore di agenzia, con numerazione progressiva successiva ed autenticate nello stesso giorno, con numero di repertorio progressivo successivo;
- entrambe le imprese avevano sede nel medesimo indirizzo;
- dalla dichiarazione presentata in sede di gara da una delle imprese, relativa ai soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando, risulta che il legale rappresentante e socio al 50% dell'altra impresa è cessato dalla carica di socio di maggioranza;
- dalle visure camerali si è potuto accertare che il legale rappresentante di una delle imprese è stato amministratore unico dell'altra impresa.

Univocamente depongono per la presenza di un collegamento sostanziale fra imprese ([TAR Lazio, Roma, Sez. II ter, 28 marzo 2013, n. 3206](#)):

- il rapporto di parentela (padre e figlio) intercorrente fra i legali rappresentanti delle due imprese;
- l'identità del domicilio e della residenza dell'amministratore unico di una delle ditte rispetto alla sede legale dell'altra ditta;
- la stretta assimilabilità della grafia con la quale sono state redatte le dichiarazioni rilasciate dalle concorrenti;
- le sovrapponibili modalità di predisposizione della domanda di partecipazione alla gara e di redazione delle dichiarazioni relative alla sussistenza dei requisiti ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/06.
- la pressoché piena sovrapponibilità delle offerte stesse con riferimento ad alcune voci di prezzo.

7. Casistica: Identità dei progetti e delle relazioni tecniche

<p>L'identità delle relazioni tecniche allegata alle offerte di alcune ditte partecipanti, allorché la stessa non trovi alcuna giustificazione, costituisce, anche da sola, indizio in concreto rilevante e probante della circolazione di informazioni tra le ditte interessate. Vi sono, infatti, "situazioni concrete in cui anche una sola circostanza è indicativa di un accordo per alterare la segretezza, serietà e indipendenza delle offerte e di turbare, in conseguenza, la regolarità della gara" (Cons. St., Sez. V, 30 novembre 2011, n. 6329).</p>	<p>"La pressoché totale sovrapposizione contenutistica delle migliorie proposte in sede offerta tecnica e la loro rappresentazione formale costituisce una prova di rilevante valore sintomatico della circostanza che entrambe sono riconducibili ad un unico centro decisionale, non essendo evidentemente prospettabile sulla base di ciò alcuna plausibile alternativa all'ipotesi - così dimostrata in via inferenziale - che attraverso questo espediente le due concorrenti abbiano inteso privare di rilievo selettivo i rispettivi progetti tecnici, nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsto dalla stazione appaltante per l'aggiudicazione della gara (Cons. St., Sez. V, 1 agosto 2015, n. 3768)</p>	<p>La mera identità delle offerte consente di desumere l'esistenza di un unico centro decisionale solo quando la stessa non trovi alcuna giustificazione. Diversamente, qualora "le partecipanti abbiano offerto una ricostruzione plausibile dell'accaduto, idonea a giustificare la circostanza rilevata dalla Commissione di gara, ciò comporta che la stessa non sia sufficiente a dimostrare l'esistenza di un rapporto di collegamento sostanziale" (TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 19 ottobre 2015, n. 2211), in quanto l'esistenza di un unico centro decisionale da un lato, presuppone la violazione dei principi di segretezza delle offerte e di libera concorrenza, e dall'altro richiede che siffatta violazione sia preordinata ad alterare il confronto competitivo.</p>
--	---	---

8. Casistica: Partecipazione alla medesima gara da parte di consorzi stabili, consorzi di società cooperative di produzione e lavoro e rispettive imprese consorziate

ANAC, parere n. 116/2012: La mera partecipazione dell'impresa ad un consorzio stabile o ad un consorzio di cooperative non rappresenta un elemento univoco e sufficiente di per sé a fondare la presunzione dell'esistenza di un centro decisionale unico, potenzialmente idoneo a compromettere la genuinità del confronto concorrenziale.

Ai fini della determinazione di esclusione non risulta rilevante la circostanza che una delle partecipanti aderisca ad un consorzio del quale fa altresì parte un'altra impresa concorrente alla medesima gara, stante che, "allorquando un'impresa aderisce ad un consorzio, non rinuncia - per ciò solo - alla propria individualità che si esplica al di fuori dello stesso" ([CGA 4 febbraio 2010, n. 101](#)). Tale adesione, pertanto, in assenza di elementi indiziari plurimi, precisi e concordanti, non determina, di per sé, nessuna situazione di controllo diretto o indiretto e/o collegamento formale o sostanziale con altra impresa, idonea a far ritenere che le rispettive offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale.

Alla stregua della normativa vigente, non sussiste, in capo alla consorziata alcun onere di dichiarare la sua partecipazione ad un consorzio ([CGA, 07 agosto 2013, n. 713](#)). Siffatto obbligo, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater) del Codice dei Contratti, e la sua eventuale rilevanza ai sensi del citato art. 38, comma 1, lett. h), "sorge nel caso di esistenza di un collegamento sostanziale tra due imprese, che non può desumersi meramente dalla partecipazione ad un consorzio stabile" ([Cons. St., Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 801](#)).

Le consorziate indicate quali esecutrici dei lavori non sono tenute a rendere alcuna dichiarazione ai sensi dell'art. 38, primo comma, lettera m – quater ([Cons. St., Sez. V, Sent., 22 gennaio 2015, n. 246](#)), in quanto il requisito generale in esso contemplato si riferisce essenzialmente a rapporti tra il concorrente ed altro partecipante alla medesima procedura di affidamento. Tra consorzio e società consorziata esecutrice, infatti, non si determina alcun rapporto di concorrenza in gara, e soprattutto l'offerta rimane unica e si identifica con quella che è presentata dal solo consorzio.