

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia Sezione Terza ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.644/2005, proposto da \*\*\*\* s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Daleffe, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Milano, via F.lli Gabba n.7;

contro

il Comune di Milano, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Rita Surano e Maria Teresa Maffey, ed elettivamente domiciliato presso gli stessi in Milano, via della Guastalla n.8, negli uffici dell'Avvocatura Comunale;

per l'annullamento

quanto alla gara 107/2004:

della comunicazione PG 174969/2005, in data 22/2/2005, con cui il Comune di Milano ha informato la ricorrente dell'esclusione dalla gara di appalto relativa alla demolizione e ricostruzione del ponte di viale Palmanova su via Padova; della decisione di escutere la cauzione provvisoria; della decisione di informare l'Autorità di Vigilanza dei Lavori Pubblici; del verbale di gara in data 17/5/2005; della nota del 25/2/2005 (PG 193698/2005) con cui il Comune di Milano ha escusso la garanzia prestata da \*\*\*\* International Italia s.p.a. con la polizza n.426S4530 del 25/1/2005; quale atto presupposto, del Patto di Integrità allegato al bando della gara n.107/2004, nella parte in cui prevede la confisca della cauzione in caso di violazione delle prescrizioni ivi contenute; del bando di gara, nella parte in cui richiama il predetto Patto di Integrità; di ogni altro atto connesso;

quanto alla gara n.111/2004:

della comunicazione PG 174964/2005, in data 22/2/2005, con cui il Comune di Milano ha informato la ricorrente dell'esclusione dalla gara d'appalto n.111/2004, avente ad oggetto l'adeguamento di incroci stradali e la prima fase Isole ambientali, centro 1.01 circolazione canalizzata e parte degli ambiti Navigli, Meda e Brera Garibaldi; della decisione di escutere la cauzione provvisoria; della decisione di informare l'Autorità di Vigilanza dei Lavori Pubblici; del verbale di gara del 17/5/2005 nella stessa parte; della nota PG 193761/2005 del 25/2/2005, con cui il Comune di Milano ha escusso la garanzia prestata da \*\*\*\* International Italia s.p.a. con polizza n.426S4528 del 26/1/2005; quale atto presupposto, del Patto di Integrità allegato al bando di gara n.111/2004 del Comune di Milano, nella parte in cui prevede la confisca della cauzione in caso di violazione delle prescrizioni ivi contenute; del bando di gara, nella parte in cui richiama il predetto Patto di Integrità; di ogni altro atto connesso;

quanto alla gara n.114/2004:

della comunicazione PG 174949/2005 del 22/2/2005, con cui il Comune di Milano ha informato la ricorrente dell'esclusione dalla gara n.114/2004, riguardante interventi di realizzazione del progetto isola ambientale Navigli, seconda fase; della decisione di escutere la cauzione provvisoria; della decisione di informare l'Autorità di Vigilanza dei Lavori Pubblici; del verbale di gara del 17/5/2005 nella stessa

parte; della nota PG 193790/2005 del 25/2/2005, con cui il Comune di Milano ha escusso la garanzia prestata da \*\*\*\* International Italia s.p.a. con polizza n.426S4529 del 25/1/2005; quale atto presupposto, del Patto di Integrità allegato al bando n.114/2004, nella parte in cui prevede la confisca della cauzione in caso di violazione delle previsioni dello stesso; del bando, nella parte in cui richiama il predetto Patto di Integrità; di ogni altro atto connesso;

e per la condanna

al risarcimento del danno ingiusto;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

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

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 20 ottobre 2005, la relazione del Primo Referendario Gianluca Bellucci;

Uditi ai preliminari l'avvocato Giovanni Daleffe per la ricorrente e l'avvocato Danilo Parvopasso per il Comune di Milano;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

## FATTO

Il Comune di Milano, nell'anno 2004, ha indetto gare individuate coi numeri 107/2004, 111/2004 e 114/2004, riguardanti altrettante opere pubbliche, prevedendo nei rispettivi bandi, al punto 9, l'obbligo di allegare, a pena di esclusione, il Patto di Integrità sottoscritto dal legale rappresentante dell'impresa concorrente.

Ad esito della presentazione delle offerte, il Comune di Milano ha escluso la ricorrente dalle gare e ha disposto l'escussione della cauzione, avendo rilevato elementi sintomatici di collegamento sostanziale con la società \*\*\*\*, in violazione del Patto di Integrità, con la sottoscrizione del quale l'istante aveva dichiarato di non trovarsi in situazioni di controllo o collegamento con altri concorrenti.

Avverso i provvedimenti di estromissione dagli incanti e di confisca della cauzione l'esponente è insorta deducendo:

1) violazione e falsa applicazione degli artt.10 e 30 della legge n.109/1994, dell'art.23 della Costituzione, dell'art.1 della legge n.689/1981; eccesso di potere per sviamento, per avere il Comune di Milano introdotto la sanzione dell'escussione della cauzione in difetto di specifica previsione di legge.

I contestati provvedimenti introducono una sanzione amministrativa non prevista da alcuna norma di legge, e collidono con le suddette disposizioni.

2) Violazione di legge per falsa ed erronea applicazione dell'art.10, comma 1 bis, della legge n.109/1994 e dell'art.2359 c.c.; violazione dell'art.3 della legge n.241/1990; eccesso di potere; illogica e insufficiente motivazione.

La circostanza che \*\*\*\* s.p.a. detenga il 17,50% del capitale di \*\*\*\* s.p.a. esula dall'ambito di applicabilità dell'art.2359 c.c. e dalle ipotesi di collegamento ivi configurate.

Non sussistono, peraltro, elementi oggettivi di collegamento sostanziale quali vincoli familiari, intrecci tra società e soggetti che le amministrano; gli elementi considerati sono meramente formali, e consistono soltanto nella presentazione, da parte di entrambe le società, di documenti non previsti dal bando, irrilevanti ai fini della valutazione di sussistenza di collegamenti sostanziali.

Si è costituito in giudizio il Comune di Milano, chiedendo la declaratoria di inammissibilità del ricorso e, gradatamente, il rigetto dello stesso.

Con ordinanza n.654, resa nella Camera di Consiglio del 16 marzo 2005, questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare, limitatamente agli atti di incameramento della cauzione provvisoria.

All'udienza del 20 ottobre 2005 la causa è stata posta in decisione.

Diritto

In via preliminare occorre soffermarsi sull'eccezione di inammissibilità del ricorso, incentrata sul rilievo che lo stesso non è stato notificato ad almeno uno dei soggetti controinteressati.

L'assunto non ha fondamento.

La pretesa azionata con il ricorso in epigrafe non è diretta ad ottenere l'aggiudicazione, ma alla restituzione della cauzione escussa, rispetto alla quale non vi sono controinteressati.

Peraltro, non risulta che siano state portate a conoscenza della ricorrente le graduatorie di gara o il provvedimento di aggiudicazione, dai quali sono individuabili le imprese controinteressate.

Venendo all'esame, nel merito, dell'impugnativa, il Collegio osserva quanto segue.

Con la prima censura l'istante deduce che l'incameramento della cauzione, previsto dal bando e dal Patto di Integrità, costituisce sanzione non prevista dall'ordinamento, con conseguente violazione sia del principio di tassatività ad essa relativo, recepito dall'art.23 della Costituzione e dall'art.1 della legge n.689/1981, sia degli artt.10 e 30 della legge n.109/1994, che prevedono i casi in cui è ammessa l'escussione della garanzia.

Il motivo è fondato.

Il Collegio è a conoscenza che, di recente, il Consiglio di Stato ha manifestato contrario avviso ritenendo legittima l'escussione della garanzia per violazione del Patto di Integrità redatto dal Comune di Milano e sottoscritto dal partecipante alla selezione (Cons.Stato, V, 24/3/2005, n.1258; idem, 8/2/2005, n.343). Purtroppo, non si ravvisano ragioni per discostarsi dall'orientamento seguito dalla Sezione (ex multis: TAR Lombardia, Milano, III, 19/7/2005, n.3400), che, in via maggioritaria, è stato condiviso dallo stesso giudice di appello (Cons.Stato, V, n.4789/2004).

Il potere dell'Amministrazione di imporre la prestazione di una cauzione provvisoria nelle gare per l'affidamento di appalti pubblici di lavori trova fondamento nell'art.30 della legge n.109/1994, e la disciplina dell'istituto, con riferimento ai presupposti che possono comportare l'escussione, si rinviene in detta disposizione e nell'art.10, comma 1 quater, della medesima legge.

Va esclusa ogni possibilità di estendere i casi di escussione della cauzione tassativamente stabiliti dal legislatore, in quanto ogni ipotesi di incameramento da parte della Pubblica Amministrazione si traduce in una prestazione patrimoniale, che come tale non può essere imposta se non in base alla legge, secondo quanto statuisce l'art.23 della Costituzione.

Alla stessa conclusione si perviene in relazione alla caratteristica sanzionatoria della contestata escussione, posta come conseguenza sfavorevole del comportamento scorretto del concorrente a cui è destinata: la Costituzione stabilisce infatti il principio di riserva di legge anche con riferimento alle sanzioni (art.25, comma 2), principio ribadito dall'art.1 della legge n.689/1981, che ammette la sanzione amministrativa solo in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione della violazione (TAR Lombardia, III, 11/3/2003, n.438).

Nel caso di specie l'incameramento della cauzione, non corrispondendo ad un'espressa previsione legislativa, deve ritenersi illegittimo, e con esso la relativa norma del Patto di Integrità.

Con la successiva censura la ricorrente deduce che i contestati provvedimenti di esclusione dalla gara non sono in realtà ricollegabili ad alcuna forma di controllo e collegamento societario, e denuncia la violazione dell'art.2359 c.c. e dell'art.10, comma 1 bis, della legge n.109/1994.

La doglianza non è condivisibile.

L'art.10, comma 1 bis, della legge n.109/1994, nel prevedere che "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino tra loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art.2359 cod.civ.", sancisce l'impossibilità di ammettere alla gara offerte delle quali si dubita sotto i profili dell'indipendenza, della serietà, della segretezza e dell'affidabilità, in quanto provenienti da soggetti legati da comunanza di interessi.

Il citato art.10, comma 1 bis, va considerato norma di ordine pubblico e, quindi, è applicabile anche a prescindere da una specifica previsione in tal senso da parte della stazione appaltante (Cons.Stato, IV, 27/12/2001, n.6424).

Esso si basa su una presunzione assoluta, come tale non suscettibile di prova contraria.

La norma tende a tutelare il libero confronto tra le offerte, ed è chiaro che la correttezza e trasparenza della gara sono pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi.

In sostanza, anche alla luce della disciplina comunitaria, è evidente che il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese partecipanti si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza, essendo chiaro che, in presenza di accordi interni alle concorrenti, risulta impossibile evitare effetti distorsivi sulla regolarità della procedura di affidamento.

Se questa è la finalità dell'art.10, comma 1 bis, della legge n.109/1994, e se è vero che la norma si basa su una presunzione, deve ritenersi che la stazione appaltante possa prevedere fatti o situazioni ulteriori, rispetto a quelli espressamente considerati dal legislatore (ossia rispetto alle forme di collegamento societario ex art.2359 cod. civ.), capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purchè la previsione non superi il limite della ragionevolezza e della logicità rispetto alla tutela dell'autentica concorrenza tra le offerte.

Per quanto riguarda il momento in cui l'Amministrazione può individuare elementi oggettivi e concordanti, idonei a far ritenere che più offerte siano state presentate in contrasto con i principi di segretezza e par condicio, ad avviso del Collegio non è necessario che esso coincida con la fase di

predisposizione del bando di gara: l'esclusione può intervenire facendo applicazione diretta dei principi posti a tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti (TAR Puglia, Bari, I, 8/8/2001, n.3221).

Non vi è sostanziale differenza, infatti, tra il dettare nel bando una generica clausola che, in base a tali principi, preveda l'esclusione di offerte provenienti da imprese in contatto tra loro e l'escludere offerte facendo direttamente applicazione dei medesimi principi, senza la mediazione della *lex specialis* (TAR Lombardia, Milano, III, 14/3/2003, n.446).

A conferma dell'opinione sopra espressa, va rilevato che anche prima dell'introduzione dell'art.10, comma 1 bis, della legge n.109/1994, il divieto, per le imprese controllate o collegate, di partecipazione a gare pubbliche era sanzionato con l'esclusione, facendo riferimento alla violazione dei principi generali posti a garanzia della par condicio e della segretezza delle offerte che costituiscono regole generali in materia di pubblici incanti (Cons.Stato, IV, 28/5/1988, n.478).

Poichè le situazioni di collegamento tra imprese, costituenti significativi indizi circa l'esistenza di un medesimo centro di interessi, non sono solo quelle tipizzate dall'art.2359 cod.civ., ma possono anche ricadere al di fuori della espressa previsione e disciplina dettata dal legislatore, la giurisprudenza ha individuato, caso per caso, gli elementi utili per poter concludere nel senso che le imprese siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi (Cons.Stato, V, 2/7/2001, n.3605; Cons.Stato, VI, 28/2/2000, n.1056; TAR Lombardia, Milano, III, 14/3/2003, n.446; TAR Abruzzo, L'Aquila, 20/4/1998, n.556; TAR Piemonte, II, 18/12/1998, n.600; TAR Campania, Napoli, I, 30/5/2000, n.1699; TAR Trentino Alto Adige, 1/3/2001, n.164).

L'esistenza di forme di collegamento tra le concorrenti ad una medesima gara non costituisce prova certa della violazione delle regole poste a tutela della correttezza della procedura; perfino in presenza di un gruppo societario deve affermarsi l'autonomia, sul piano giuridico, di ciascuna società, poiché ogni impresa mantiene la sua soggettività e l'esistenza del gruppo non implica il formarsi di una soggettività distinta (Cons.Stato, IV, 12/1/1999, n.16).

Resta fermo, quindi, che al fine di emettere un giudizio occorre procedere ad un esame approfondito del caso concreto, verificando le singole situazioni e gli elementi emersi nel corso del procedimento.

L'alterazione della par condicio dei concorrenti e la violazione dei principi di concorrenza e segretezza dell'offerta possono ritenersi provate qualora ricorrano elementi di fatto dai quali possono trarsi indizi gravi, precisi e concordanti che inducano a ritenere verosimile, secondo l'*id quod plerumque accidit*, che si sia verificato un inquinamento della gara e quindi la violazione del principio di segretezza dell'offerta, come nel caso di offerte provenienti dal medesimo centro decisionale, o da più imprese collegate, qualora vi sia motivo di ritenere che si tratti di offerte previamente conosciute, anche se non concordate dalle partecipanti.

In sostanza, la violazione dei predetti principi comporta il pericolo concreto di pregiudicare la correttezza della procedura, e cioè il rischio che, all'esito della gara, la scelta non ricada sul miglior contraente per la pubblica amministrazione. Si tratta di un rischio, e come tale va considerato sotto il profilo probatorio, in quanto il bene coinvolto (la correttezza della gara pubblica e l'effettiva concorrenza tra le imprese) va tutelato *ex ante*, al momento in cui è messo in pericolo, senza attendere la lesione concreta.

Del resto, sarebbe assai difficile garantire la restituzione in integrum nel caso in cui il bene in questione fosse stato leso, considerato che l'annullamento e la rinnovazione della gara comporterebbero, comunque, effetti negativi sotto i profili dell'economicità e della speditezza dell'azione amministrativa.

Precisato quanto sopra, si può passare ad esaminare il caso di specie.

La Commissione di gara ha riscontrato, come elementi idonei ad alterare la serietà ed indipendenza delle offerte presentate dalla ricorrente e da \*\*\*\* s.p.a., oltre alla circostanza che quest'ultima partecipi per il 17,50% alla composizione societaria della prima, la presentazione di dichiarazioni, aventi medesima forma e contenuto, circa la predetta partecipazione, nonché la presentazione degli stessi documenti non previsti dal bando (certificato della Camera di Commercio, certificato della Provincia attestante l'ottemperanza alla legge n.68/1999, lettera di richiesta di restituzione della polizza con busta già affrancata).

Il rigore con cui la stazione appaltante ha valutato la sussistenza di elementi sintomatici di collegamento sostanziale trova giustificazione nella circostanza che in precedenti gare per le stesse imprese erano stati accertati ulteriori motivi di collegamento sostanziale (buste dei plichi e delle offerte con impostazione simile, spedizione dei plichi tramite lo stesso corriere e nello stesso giorno, con bollettini compilati con grafia simile, polizze rilasciate ad entrambe dalla stessa agenzia nel medesimo giorno).

Nel caso di specie la partecipazione societaria di \*\*\*\* e gli altri elementi oggettivi presi in considerazione dalla stazione appaltante possono indurre a ritenere sussistente un collegamento sostanziale, tale da far presumere violati i suddetti principi e, conseguentemente, da mettere in pericolo la correttezza della gara.

Gli elementi posti a fondamento dei contestati provvedimenti di esclusione suffragano, nel loro insieme, il ragionevole sospetto della stazione appaltante circa il fatto che le offerte delle due società siano riferibili ad un centro decisionale comune.

L'estromissione dalla gara è avvenuta sulla base della riscontrata presenza di elementi sintomatici di forme di collegamento sostanziale tra le due società, elementi che consistono nelle sopra indicate identità formali degli atti e documenti di gara e nella menzionata partecipazione azionaria.

Il rispetto dei principi fondamentali della par condicio e della segretezza dell'offerta, posti a garanzia della regolarità della procedura concorsuale nell'interesse sia della Pubblica Amministrazione che dei singoli concorrenti, postula necessariamente che tra i concorrenti stessi non sussista una relazione idonea a consentire un flusso informativo in merito alla fissazione dell'offerta ovvero agli elementi valutativi della stessa.

Ne discende che, in una situazione come quella oggetto della presente controversia, non vi sono, secondo la plausibile e ragionevole valutazione operata dalla stazione appaltante, le condizioni di trasparenza indispensabili all'autonomia e segretezza delle offerte presentate dalle imprese.

Le circostanze accertate, considerate nel loro complesso, costituiscono indizi gravi, precisi e concordanti in presenza dei quali, secondo l'id quod plerumque accidit, è ragionevole ritenere che si sia potuta verificare l'alterazione della par condicio dei concorrenti e l'inadempimento dell'obbligo della segretezza delle offerte (TAR Piemonte, II, 28/6/2003, n.979; Cons.Stato, IV, 15/2/2002, n.923).

In conclusione, il ricorso deve essere respinto in relazione ai provvedimenti di esclusione e di comunicazione all'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, ed accolto relativamente agli atti di incameramento della cauzione ed al Patto di Integrità in parte qua.

Quanto alla domanda di risarcimento del danno, va rilevato che il disposto annullamento dei suddetti atti costituisce reintegrazione in forma specifica per la ricorrente.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, inclusi gli onorari difensivi.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Terza Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso n.644/2005, in parte lo respinge, e in parte lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli impugnati provvedimenti di escussione della cauzione e la clausola del Patto di Integrità in parte qua.

Compensa tra le parti le spese di giudizio, inclusi gli onorari difensivi.

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

Così deciso, in Milano, nella Camera di Consiglio del 20 ottobre 2005, con l'intervento dei Magistrati:

Domenico Giordano - Presidente

Gianluca Bellucci - Primo Referendario estensore

Vincenzo Blanda - Referendario