

*Comunicato ANCI 10/10/2009 _Firmati i Patti di integrità per la lotta alla
corruzione negli appalti*

PROTOCOLLO D'INTESA
TRA
IL MINISTERO
PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE EL'INNOVAZIONE,
L'ASSOCIAZIONE NAZIONALE COMUNI ITALIANI
E
TRANSPARENCY INTERNATIONAL ITALIA
Torino, 9 ottobre 2009

TORINO - "Patti di Integrità" per semplificare la vita ai sindaci con uno strumento utilizzabile da subito. E' stato firmato questa mattina a Torino, nell'ambito dell'Assemblea un [protocollo d'intesa](#) tra il Ministro per la Pubblica Amministrazione, Renato Brunetta, il presidente dell'ANCI, Sergio Chiamparino e Maria Teresa Brassiolo, presidente di Transparency International Italia

"Il patto di integrità - ha dichiarato Sergio Chiamparino - è già stato sperimentato in due città, a Torino, in occasione dei Giochi olimpici, e a Milano. Oggi, con questa firma d'intesa, abbiamo deciso di estendere questo modello comportamentale a tutti i Comuni italiani perché diventi uno strumento ordinario e non da utilizzare solo per casi eccezionali".

La best practices è finalizzata a migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione nella gestione degli appalti. "Tra qualche mese - ha dichiarato il ministro Brunetta - sarà emanato il Testo Unico per la trasparenza e le modalità di appalto". Ha quindi aggiunto di essere "soddisfatto per l'attenzione all'organizzazione

morale e alle normative di comportamento per la lotta alla corruzione da parte dei comuni italiani

Nel settore dei contratti pubblici la domanda complessiva attivata nel primo semestre del 2009 è cresciuta del 6,3% passando in termini assoluti da 35 a oltre 37 milioni di euro. E' ciò che emerge dal Rapporto trimestrale curato dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici diffuso il 9 ottobre scorso.

L'apertura del mercato alla concorrenza impone però un sistema di regole in grado di assicurare pubblicità alle gare e la più ampia partecipazione tra imprese poste su un piano di parità. Per questo motivo, è stata rilanciata la Rete europea degli appalti pubblici in occasione di una conferenza internazionale che si è tenuta a Roma la scorsa settimana.

Inoltre per migliorare l'efficienza delle amministrazioni nella gestione degli appalti è ora a disposizione di tutti i Comuni italiani il Patto d'integrità, una best practice già adottata dai comuni di Milano e Torino.

Dopo il protocollo recentemente firmato con l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici per lavori, forniture e servizi nel settore dell'ITC, è questo il secondo passaggio della strategia avviata con la ratifica della Convenzione ONU sulla corruzione e l'individuazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel Dipartimento della Funzione Pubblica.

Obiettivo è quello di migliorare la trasparenza e quindi l'efficienza del "sistema appalti", ridurre i costi, accrescendo la trasparenza del trattamento dei fascicoli di gara

I "Patti d'integrità" mirano a garantire la leale concorrenza e le pari opportunità di successo a tutti i partecipanti alle gare in fase concorsuale e una corretta e trasparente esecuzione del contratto assegnato nella fase contrattuale successiva: tale Patto, recepito tramite l'inclusione di clausole negli avvisi e nei bandi di gara, viene infatti sottoscritto dalle imprese partecipanti (pena l'esclusione dalla gara) e stabilisce la reciproca, formale obbligazione di conformare i propri comportamenti ai principi di lealtà, trasparenza, correttezza nonché l'esplicito impegno anticorruzione di non offrire, accettare o richiedere somme di denaro o qualsiasi altra ricompensa, vantaggio o beneficio, sia direttamente che indirettamente.

Di fatto, l'impresa partecipante con la sottoscrizione del Patto d'integrità accetta le regole tese a rafforzare l'osservanza di comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara, e che potrebbero essere sintetizzati nel principio di non compiere atti limitativi o distorsivi della concorrenza.

Nel caso di mancato rispetto degli impegni assunti con la sottoscrizione, il concorrente accetta che possano essergli applicate specifiche sanzioni, oltre alla conseguenza, ordinaria a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara.

La Stazione appaltante dal canto suo si impegna a rendere pubblici i dati più rilevanti riguardanti la gara, permettendo ad ogni impresa costruttrice, fornitore e operatore economico di conoscere e verificare gli aspetti tecnici dell'opera da realizzare.

Fonte: ministro per l'amministrazione pubblica e l'innovazione

Articolo 3

1. Il presente protocollo d'intesa entra in vigore il giorno successivo alla data della sua sottoscrizione, ha durata di 3 anni, si intende tacitamente rinnovato salvo diverso avviso delle parti contraenti che possono integrarlo e modificarlo di comune accordo, anche per tener conto di nuove disposizioni normative o di ulteriori aspetti che potranno emergere nel corso della collaborazione, nonché dell'esigenza di precisare strumenti e modalità della collaborazione stessa. _Torino, 9 ottobre 2009

(Patto di integrità _protocollo di intesa)_

**COMUNE DI MILANO_ PATTO DI INTEGRITA'_Tra il
COMUNE DI MILANO e i PARTECIPANTI alla GARA
D'APPALTO N. /2009**

Questo documento, già sottoscritto dal Sindaco di Milano, deve essere obbligatoriamente sottoscritto e presentato insieme all'offerta da ciascun partecipante alla gara in oggetto. La mancata consegna di questo documento debitamente sottoscritto dal titolare o rappresentante legale della Ditta concorrente comporterà l'esclusione dalle gare.

Questo documento costituisce parte integrante di questa gara e di qualsiasi contratto assegnato dal Comune di Milano.

Questo patto d'integrità stabilisce la reciproca, formale obbligazione del Comune di Milano e dei partecipanti alla gara in oggetto di conformare i propri comportamenti ai principi di lealtà, trasparenza e correttezza nonché l'espreso impegno anti-corrruzione di non offrire, accettare o richiedere somme di denaro o qualsiasi altra ricompensa, vantaggio o beneficio, sia direttamente che indirettamente tramite intermediari, al fine dell'assegnazione del contratto e/o al fine di distorcerne la relativa corretta esecuzione.

Il personale, i collaboratori ed i consulenti del Comune di Milano impiegati ad ogni livello nell'espletamento di questa gara e nel controllo dell'esecuzione del relativo contratto assegnato, sono consapevoli del presente Patto d'Integrità, il cui spirito condividono pienamente, nonché delle sanzioni previste a loro carico in caso di mancato rispetto di esso Patto.

Il Comune di Milano si impegna a rendere pubblici i dati più rilevanti riguardanti le gara: l'elenco dei concorrenti ed i relativi prezzi quotati, l'elenco delle offerte respinte con la motivazione dell'esclusione e le ragioni specifiche per l'assegnazione del contratto al vincitore con relativa attestazione del rispetto dei criteri di valutazione indicati nel capitolato di gara.

La sottoscritta Ditta si impegna a segnalare al Comune di Milano qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nelle fasi di svolgimento della gara e/o durante l'esecuzione dei contratti, da parte di ogni interessato o addetto o di chiunque possa influenzare le decisioni relative alla gara in oggetto.

La sottoscritta Ditta dichiara di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti e che non si è accordata e non si accorderà con altri partecipanti alla gara.

La sottoscritta Ditta si impegna a rendere noti, su richiesta del Comune di Milano, tutti i pagamenti eseguiti e riguardanti il contratto eventualmente assegnatole a seguito delle gare in oggetto inclusi quelli eseguiti a favore di intermediari e consulenti. La remunerazione di questi ultimi non deve superare il "congruo ammontare dovuto per servizi legittimi".

La sottoscritta Ditta prende nota e accetta che nel caso di mancato rispetto degli impegni assunti con questo Patto di Integrità comunque accertato dall'Amministrazione, potranno essere applicate le seguenti sanzioni:

- risoluzione o perdita del contratto;
- escussione della cauzione di validità dell'offerta;
- escussione della cauzione di buona esecuzione del contratto;
- responsabilità per danno arrecato al Comune di Milano nella misura dell'8% del valore del contratto, impregiudicata la prova dell'esistenza di un danno maggiore;
- responsabilità per danno arrecato agli altri concorrenti della gara nella misura dell'1% del valore del contratto per ogni partecipante, sempre impregiudicata la prova predetta;
- esclusione del concorrente dalle gare indette dal Comune di Milano per 5 anni.

Il presente Patto di Integrità e le relative sanzioni applicabili resteranno in vigore sino alla completa esecuzione del contratto assegnato a seguito della gara in oggetto.

ogni controversia relativa all'interpretazione, ed esecuzione del presente patto d'integrità fra Comune di Milano e i concorrenti e tra gli stessi concorrenti sarà risolta dall'Autorità Giudiziaria competente.

(Patto di integrità_Comune di Milano)

Nelle more. è intervenuto il terzo decreto correttivo al codice degli appalti che ha modificato gli artt. 36. comma. 5 e 37 comma. 7 del d.lgs n. 163 del 2006. disponendo che, anche per i consorzi stabili, è preclusa solo la loro contemporanea partecipazione con imprese indicate quali esecutrici

Considerato che, con l'annullamento dei provvedimenti sanzionatori, pronunciato con la sentenza parziale n. 1588 del 13 maggio 2008***,

l'interesse prevalente dei ricorrenti risulta soddisfatto; e che, quanto alla censura relativa alla illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara (e di escussione della cauzione provvisoria a causa dell'inosservanza del patto di integrità) , che ha determinato la rimessione della relativa questione alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, la modifica normativa intervenuta medio tempore ha fatto venir meno l'interesse delle ricorrenti ad una pronuncia giurisdizionale, la ricorrente., in data 29 gennaio 2009 hanno notificato atto di rinuncia al ricorso

Con atto notificato in data 31 dicembre 2007, la società ricorrente S.r.l. aderente ad un Consorzio stabile ., ed il medesimo Consorzio hanno proposto ricorso per l'annullamento. previa sospensione della nota del 27 settembre 2007, con la quale si comunicava alle interessate che, nella seduta di gara del 27 settembre 2007, avente ad oggetto l'appalto n. 58/2007 - Interventi di emergenza e razionalizzazione nelle delegazioni anagrafiche, l'Amministrazione aveva deliberato:

- a.- l'esclusione delle Imprese dalla procedura per violazione dell'art. 36 comma 5 del Codice dei Contratti;
- b.- la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica per l'applicazione dell'art. 353 cod. pen.;
- c.- l'escussione della polizza fideiussoria presentata quale deposito cauzionale provvisorio;
- d.- la comunicazione alla Autorità di vigilanza sui Contratti pubblici.

Con lo stesso atto le ricorrenti impugnavano qualunque altro atto preordinato, presupposto, conseguenziale e/o comunque connesso, con particolare riferimento (i) al bando di gara nella parte che prevede: "è vietata altresì la partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e delle singole consorziate", (ii) ai verbali di gara, nonché (iii) all'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura.

2.- A sostegno del ricorso. le ricorrenti adducevano i seguenti motivi di diritto:

- quanto all'esclusione originata dall'applicazione dell'art. 36. comma 5, d.lgs n. 163 del 2006: Violazione delle disposizioni e principi comunitari sulla libertà di prestazione di servizi e concorrenza:

- quanto ai provvedimenti di segnalazione all'Autorità e alla Procura della Repubblica e di incameramento della cauzione: Violazione (per errata applicazione) dell'art. 36. comma 5. d.lgs n. 163 del 2006 e violazione del patto di integrità sottoscritto dalla ricorrente in sede di partecipazione alla procedura; illogicità e sproporzione delle sanzioni

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Con sentenza parziale del 13 maggio 2008. n. 1588 ***. questo Tribunale, ritenendo fondate le censure concernenti l'illegittimità dei provvedimenti di incameramento della cauzione e di segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici. , ha accolto in parte qua il ricorso e, per l'effetto, ha

annullato detti provvedimenti; quanto alla censura concernente l'assunta illegittimità del provvedimento di esclusione ha, invece, ritenuto che la questione meritasse di essere sottoposta all'esame della Corte di Giustizia delle Comunità europee:

4.- Conseguentemente, con ordinanza n. 194 del 26 giugno 2008. è stato disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo.

Il relativo giudizio, rubricato al n. 802.869 del Registro della Corte di Giustizia. è tuttora pendente avanti alla Corte

Poiché l'atto di rinuncia risulta regolarmente notificato alle altre parti in giudizio, non resta a questo Tribunale che prenderne atto, e dichiarare estinto il giudizio per rinuncia.

8.- Per quanto riguarda il giudizio pendente dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, deve ordinarsi la trasmissione della presente sentenza alla Segreteria della Corte stessa, mentre, per quanto concerne l'avvenuta trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica di Milano, a tanto dovrà provvedere il Comune resistente, come già disposto per la precedente sentenza parziale

(Tar Lombardia, Milano, con la sentenza numero 4996 dell ' 11 novembre 2009)

*la prima sentenza di riferimento****

Risultano, inoltre, fondate le doglianze concernenti la asserita illegittimità dei provvedimenti di incameramento della cauzione provvisoria e di segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici per l'errata applicazione dell'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006 e del patto di integrità sottoscritto da parte ricorrente in sede di partecipazione alla procedura, oltre che per la violazione del principio di proporzionalità delle sanzioni.

Ne deriva, dunque, che risultano ingiustificati i provvedimenti adottati dal comune in pretesa applicazione del patto di integrità ed oggetto della presente contestazione, non essendosi nella fattispecie verificato alcun tentativo di turbamento della regolarità della procedura mediante comportamenti fraudolenti da parte del consorzio e della consorziata.

Con riferimento alla censura concernente l'assunta illegittimità del provvedimento di esclusione di parte ricorrente dalla procedura di specie in virtù dell'applicazione di una normativa nazionale

contraria al diritto comunitario, il collegio ritiene che la questione meriti di essere sottoposta all'esame della Corte di Giustizia delle Comunità europee, tramite rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, come da separata ordinanza.

Con il presente gravame la RICORRENTE S.r.l., aderente al Consorzio RICORRENTE DUE S.c.r.l., ed il consorzio medesimo impugnano i provvedimenti indicati in epigrafe, con i quali il comune di Milano le ha escluse dalla gara di appalto n. 58/2007, concernente gli interventi di emergenza e razionalizzazione nelle delegazioni anagrafiche, V lotto, per la quale avevano entrambi presentato domanda di partecipazione in violazione dell'art. 36 comma 5 del codice dei contratti, aggiudicandola alla controinteressata i.

Impugnano, altresì, la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica per l'applicazione dell'art. 353 c.p., l'escussione della polizza fideiussoria presentata quale deposito cauzionale provvisorio, nonché la comunicazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici.

A sostegno del proprio gravame deducono i seguenti motivi di diritto:

1. Violazione dell'art. 4 della Direttiva 31/3/04, n. 2004/18/CE; violazione degli artt. 39, 43, 49, 81 del Trattato istitutivo della Comunità Europea; violazione dei principi di concorrenza e parità di trattamento, atteso che l'esclusione trarrebbe origine dall'applicazione delle norme di gara, attuative della normativa risultante dalla recente modifica apportata al d.lgs. n. 163/2006 dal d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113, in base alla quale sarebbe ora previsto un diverso regime di partecipazione alle gare pubbliche per i consorzi stabili da una parte e per quelli di cooperative di produzione e lavoro e fra imprese artigiane dall'altra: mentre, infatti, ai primi sarebbe preclusa la partecipazione contemporanea unitamente a qualsiasi impresa consorziata (art. 36, comma 5), ai secondi sarebbe preclusa solo la partecipazione contemporanea con imprese indicate dal consorzio stesso quali esecutrici dell'appalto nell'ambito della medesima gara (art. 37, comma 7). Le disposizioni sarebbero in contrasto con il diritto comunitario, che prevede il divieto di discriminazione del concorrente, ai fini dell'ammissione alla gara, in ragione della propria forma giuridica. Peraltro, le diverse forme giuridiche sarebbero del tutto equivalenti. Inoltre, l'incompatibilità di partecipazione contestuale tra consorzio stabile e consorziata sarebbe basata esclusivamente sul dato formale dell'adesione al consorzio stesso, dunque su una presunzione, indipendentemente dall'accertamento della concreta influenza tra consorzio e consorziata, mentre nel caso dei consorzi fra cooperative di lavoro e fra imprese artigiane tale presunzione non opererebbe, essendo esclusa la contemporanea partecipazione solo tra consorzio ed impresa indicata dallo stesso come esecutrice, dunque nel caso di accertata concreta influenza. Tale discriminazione contrasterebbe, altresì, con il principio della libera prestazione di servizi e con la libertà di stabilimento; né sussisterebbero i

motivi imperiosi di interesse pubblico per ostacolare legittimamente l'esercizio di tali libertà fondamentali, come affermato anche dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici con la determinazione n. 11/2004. Dalla disapplicazione della normativa nazionale contrastante con il diritto comunitario deriverebbe l'illegittimità della lex specialis e dei provvedimenti applicativi della stessa. In via subordinata, risulterebbe necessario rimettere la questione alla Corte di Giustizia.

2. Illegittimità derivante dall'illegittimità costituzionale dell'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006, in quanto, a seguito della modifica operata dal d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113, si sarebbe concretizzata una disomogeneità di trattamento dei consorzi stabili rispetto alle altre forme consortili del tutto incompatibile con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, perché interessante figure sostanzialmente identiche, nonché in violazione dell'art. 41 della Costituzione, che tutela l'iniziativa economica privata.

3. Violazione per errata applicazione dell'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006, del patto di integrità sottoscritto dalla ricorrente in sede di partecipazione alla procedura; eccesso di potere sotto il profilo della manifesta illogicità, dello sviamento di potere, della violazione del principio di proporzionalità delle sanzioni, atteso che non si sarebbe verificata alcuna turbativa fraudolenta della gara da parte dei ricorrenti tale da giustificare l'incameramento della cauzione provvisoria, la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica ai fini dell'applicazione dell'art. 353 c.p. (turbata libertà degli incanti) e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici. Gli stessi avrebbero, infatti, dichiarato sin dal momento della propria partecipazione la situazione in cui versavano (consorzio stabile e consorziata), rimettendo, dunque, alla medesima amministrazione qualsiasi decisione in ordine alla loro ammissione alla procedura, anche in considerazione della circostanza che si trattava di uno dei primi bandi pubblicati successivamente all'introduzione della modifica legislativa.

Le ricorrenti formulano, altresì, istanza di risarcimento del danno.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Con il ricorso all'esame i ricorrenti hanno impugnato il provvedimento con il quale il comune di Milano li ha esclusi dalla gara di appalto concernente gli interventi di emergenza e razionalizzazione nelle delegazioni anagrafiche, V lotto, per la quale avevano entrambi presentato domanda di partecipazione in violazione dell'art. 36 comma 5 del codice dei contratti, aggiudicandola alla controinteressata CONTROINTERESSATA S.r.l. Costruzioni Edili, nonché la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica per l'applicazione dell'art. 353 c.p., l'escussione della polizza fideiussoria presentata quale deposito cauzionale provvisorio e la comunicazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici.

Parte ricorrente lamenta, sostanzialmente, che il comune avrebbe illegittimamente emanato i suddetti provvedimenti, sulla base di disposizioni nazionali contrastanti con il diritto comunitario e con la Costituzione Repubblicana, fraintendendo il comportamento di consorzio stabile e consorziata, che non era stato affatto fraudolento, ma improntato alla massima trasparenza e collaborazione con l'amministrazione.

Per la difesa dell'amministrazione, al contrario, i provvedimenti sarebbero stati adottati nel pieno rispetto delle disposizioni vigenti, del tutto legittime, nonché del prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa.

Gli intervenienti aderiscono alla posizione di parte ricorrente.

Risultano, inoltre, fondate le doglianze concernenti la asserita illegittimità dei provvedimenti di incameramento della cauzione provvisoria e di segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici per l'errata applicazione dell'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006 e del patto di integrità sottoscritto da parte ricorrente in sede di partecipazione alla procedura, oltre che per la violazione del principio di proporzionalità delle sanzioni.

Dall'esame dei fatti così come descritti da parte ricorrente e non contestati in alcun modo dall'amministrazione intimata, non risulta, infatti, che si sia verificata alcuna turbativa fraudolenta della gara da parte della RICORRENTE e del Consorzio RICORRENTE DUE tale da giustificare l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici. Gli stessi avrebbero, infatti, dichiarato sin dal momento della propria partecipazione alla procedura la situazione in cui versavano (consorzio stabile e consorziata), come risulta dalla documentazione versata in atti, rimettendo, dunque, alla medesima amministrazione qualsiasi decisione in ordine alla loro ammissione alla procedura, anche in considerazione del fatto che si trattava di uno dei primi bandi pubblicati successivamente all'introduzione della modifica legislativa da parte del d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113. Ne deriva, dunque, che risultano ingiustificati i provvedimenti adottati dal comune in pretesa applicazione del patto di integrità ed oggetto della presente contestazione, non essendosi nella fattispecie verificato alcun tentativo di turbamento della regolarità della procedura mediante comportamenti fraudolenti da parte del consorzio e della consorziata.

Per le suesposte considerazioni il presente giudizio va sospeso in ordine alle censure afferenti l'asserita illegittima esclusione di parte ricorrente dalla procedura di specie in attesa della decisione della Corte di Giustizia CEE, alla quale la questione viene rimessa come da separata ordinanza.

Il ricorso va, invece, accolto, con riferimento all'incameramento della cauzione ed alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici illegittimamente effettuati dal comune di Milano, disponendosi, per l'effetto, l'annullamento dei provvedimenti impugnati limitatamente a tale parte.

(Tar Lombardia, Milano, con la sentenza numero 1588 del 13 maggio 2008)

<<indici rivelatori dai quali desumere il collegamento: indicazione nelle stesse buste spedite dalle imprese dalla medesima sede amministrativa; spedizione degli stessi 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>>

Nella assenza di una enumerazione puntuale delle ipotesi di collegamento sostanziale e a fronte dell'ampia formulazione della norma che opera mediante il rinvio alla locuzione "unico centro decisionale", riscontrabile "sulla base di univoci elementi", (osserva TAR Lazio, sezione III bis, n. 3594/2008 cit.) la giurisprudenza si è mantenuta molto rigida nell'individuazione delle caratteristiche degli indici rivelatori dai quali desumere il collegamento, rilevando che essi devono essere connotati dal carattere della gravità, precisione e concordanza e devono essere considerati nel loro complesso e con riferimento alla specifica situazione concreta, (in Consiglio di Stato, sezione IV, 8 maggio 2007, n. 4096, ma anche in pronunce antecedenti all'entrata in vigore del Codice degli appalti: Consiglio di Stato, sezione VI, 14 giugno 2006, n. 3500; sezione V, 22 aprile 2004, n. 2317)

L'art. 34, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE") dispone che: "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".

Nel riprodurre sostanzialmente il comma 1-bis dell'art. 10 della legge n. 109 del 1994, che sanciva unicamente il divieto di partecipazione a una stessa gara di imprese che si trovassero 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 legislatore del Codice degli appalti ha inserito anche quest'ultima ipotesi, includendo, nell'ambito dei divieti normativi di partecipazione delle imprese a una stessa gara, l'ipotesi di 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 gara.

Con ricorso notificato alle resistenti amministrazioni in data 9 luglio 2009 e depositato il successivo 17 luglio, espone l'odierna ricorrente di avere presentato un'offerta alla gara per la fornitura, consegna e posa in opera di arredi presso l'Istituto Alberghiero "Baffi" per un ammontare a base d'asta di E. 600.000,00 più IVA, rimanendo tuttavia esclusa per inosservanza dell'art. 34, comma 2 del D.Lgs n. 163/2006. Espone altresì che, esercitando il diritto di accesso ed acquisiti i verbali della commissione di gara, ha acquisito una migliore cognizione dei motivi dell'esclusione avverso la quale propone dunque i seguenti motivi di doglianza: violazione dell'art. 34, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006; errore nei presupposti di fatto e di diritto, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, eccesso di potere per manifesta irragionevolezza. Conclude per l'accoglimento della cautelare e del ricorso.

Con esso la ricorrente, che ha presentato domanda per partecipare ad una gara per la fornitura, consegna e posa in opera di arredi presso l'Istituto Alberghiero "Baffi" per un ammontare a base d'asta di E. 600.000,00 più IVA, da tenersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, impugna l'esclusione dalla gara, disposta con la motivazione che sussiste l'ipotesi di collegamento prevista dall'art. 34, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006.

Per una migliore disamina della vicenda va rappresentato che per quanto risulta dal verbale di gara 15 aprile 2009, al momento dell'apertura dei plichi sono risultate presenti le offerte delle seguenti ditte: BETA, ETA Grandi Cucine, ALFA Z., E. divisione M., ditta Angelo . Grandi Cucine s.p.a.. All'apertura della Busta B recante l'offerta tecnica per la ditta BETA è stato verbalizzato quanto segue: "All'interno si rileva la presenza della copia del certificato di qualità prodotto dalla ditta ALFA per una parte dei prodotti e della DELTA - DELTA DUE s.p.a. per un'altra parte dei prodotti peraltro nella lettera di accompagnamento la stessa BETA dichiara che la ditta ALFA e la ditta DELTA -DELTA DUE spa (unità produttiva della DELTA DUE spa titolare del marchio ETA presente con offerta propria) sono aziende produttrici dei beni oggetto della fornitura. Tale circostanza però, ad avviso della commissione tutta, configura una anomalia: il collegamento non è stato dichiarato nel modello "A" inserito nella busta "A" di nessuna delle tre aziende pur essendo i certificati prodotti ognuno per la propria competenza esattamente gli stessi dove all'articolo 4b si chiede di dichiarare espressamente "che la ditta non si trova in alcuna situazione di collegamento di tipo sostanziale con

altra ditta concorrente alla presente gara, tali che le relative offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale”.

Ciò premesso, in punto di fatto va ancora rappresentato che la gara, al momento della presentazione del ricorso, era ancora allo stadio dell’aggiudicazione provvisoria.

2. La ricorrente lamenta che l’esclusione si basa sull’erroneo presupposto dell’esistenza di un preteso collegamento sostanziale tra due società concorrenti, la ALFA e la BETA, come evincibile dal fatto che tra la documentazione tecnica prodotta dalla ditta BETA compare anche il certificato di qualità UNI EN ISO 9000:2000 in corso di validità riferito alla ALFA che è produttrice di una parte dei prodotti oggetto della fornitura della ditta BETA.

Sostiene altresì che mancano i presupposti per ritenere il collegamento sostanziale ex art. 34, comma 2 del decreto legislativo n. 163 del 2006, come rivenienti quando partecipino alla gara i concorrenti per i quali sia accertato che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale sulla base di elementi univoci. Nel caso in esame non potrebbe configurarsi il collegamento sostanziale prospettato sol perché BETA, nella propria offerta tecnica ha esibito lo stesso certificato di qualità esibito dalla ALFA. Va rilevato che la BETA ha, infatti, prodotto ai fini dell’ammissione alla gara il proprio certificato UNI EN ISO 9001:2000 attestante la sua qualità aziendale di rivenditore di attrezzature per la ristorazione ed anche essa è stata ammessa.

La ricorrente osserva ancora che poiché la BETA non è produttrice degli articoli oggetto della gara, al fine di suffragare la “valenza tecnica” del prodotto proposto in gara ha inserito nella propria documentazione tecnica (busta B) anche il certificato di qualità UNI EN ISO 9001:2000 del produttore dei beni proposti e quindi della ALFA, secondo quanto richiedeva il disciplinare di gara, ma la predetta circostanza non dimostra alcun collegamento e non costituisce neppure un indizio in tal senso, secondo quanto pure individuato dalla costante giurisprudenza sull’argomento.

E’ palese pure, secondo le prospettazioni della ricorrente, il difetto di istruttoria nel provvedimento di esclusione impugnato, dal momento che l’Amministrazione non ha neppure provato in concreto l’esistenza di elementi oggettivi e concordanti dai quali dedurre tale collegamento, così come è palese il difetto di motivazione, atteso che la Commissione di gara ha omesso di esplicitare le ragioni per le quali ha ritenuto che una simile circostanza, quale quella riportata sopra, potesse costituire prova del collegamento denunciato.

Qual è il parere dell’adito giudice amministrativo?

Il ricorso è fondato e va pertanto accolto. Le tesi della ricorrente vanno condivise.

Nella assenza di una enumerazione puntuale delle ipotesi di collegamento sostanziale e a fronte dell’ampia formulazione della norma che opera mediante il rinvio alla locuzione “unico centro decisionale”, riscontrabile “sulla base di univoci elementi”, (osserva TAR Lazio, sezione III bis, n. 3594/2008 cit.) la giurisprudenza si è mantenuta molto rigida nell’individuazione delle caratteristiche degli indici rivelatori dai quali desumere il collegamento, rilevando che essi devono essere connotati dal carattere della gravità, precisione e concordanza e devono essere considerati nel loro complesso e con riferimento alla specifica situazione concreta, (in Consiglio di Stato, sezione IV, 8 maggio 2007, n. 4096, ma anche in pronunce antecedenti all’entrata in vigore del Codice degli appalti: Consiglio di Stato, sezione VI, 14 giugno 2006, n. 3500; sezione V, 22 aprile 2004, n. 2317) A titolo esemplificativo se ne

riportano alcuni: indicazione nelle stesse buste spedite dalle imprese dalla medesima sede amministrativa; spedizione degli stessi 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. Nessuno di tali indici è riscontrabile nella fattispecie in esame.

Infatti è accaduto che la ditta BETA, per un gruppo di prodotti, abbia esibito lo stesso certificato di qualità, richiesto dal bando, esibito dalla ditta ALFA, attuale ricorrente, pure partecipante alla gara e per un altro gruppo di prodotti abbia esibito lo stesso certificato di qualità esibito dalla DELTA – ALI, anch'essa partecipante alla gara.

Dalla relazione affidata dalla Commissione di gara ad un esperto del settore, per ottenere chiarimenti sulla questione, si evince, inoltre, che “premesso che la ditta BETA possiede un proprio certificato ISO 9001 per accedere alla gara, trattandosi di soggetto commerciale, deve ricorrere nell'offerta a certificazioni di produttori da cui acquista prodotti che propone, ma nel caso specifico si tratta di soggetti partecipanti alla gara in forma diretta e quindi in contrasto con i principi del D.Lgs. n. 163/2006 a cui è sottoposta la gara.”.

Tali considerazioni, che hanno indotto la Commissione di gara a stigmatizzare con l'esclusione tutte e tre le ditte partecipanti (ALFA, DELTA DUE – DELTA e BETA), non costituiscono quegli indizi gravi, precisi e concordanti atti a desumerne il collegamento sostanziale in presenza del quale l'offerta diviene proprio inammissibile, per essere determinata da un unico centro decisionale.

Infatti, come correttamente osservato dalla ricorrente, poiché BETA è un soggetto commerciale, ha, del tutto correttamente ed in base alle istruzioni del disciplinare di gara, come pure posto in evidenza dal consulente nella sua relazione, presentato il proprio certificato UNI EN ISO 9001 e dall'altro dovendo garantire la qualità dei prodotti commerciati, ha esibito la certificazione di qualità degli stessi, rilasciata dalla ALFA, oltre che dall'altra partecipante alla gara DELTA DUE – DELTA. Né poteva avvenire diversamente, dal momento che a tanto la obbligava l'art. 8, punto c) del bando di gara

Né può opinarsi che, ad esempio, attraverso l'esclusione della sola BETA, mantenendo le due ditte che producono in proprio i beni oggetto della fornitura, come è la ricorrente, la gara avrebbe potuto proseguire, dal momento che tale diversa opzione avrebbe portato proprio alla violazione del principio di par condicio e di massima partecipazione, non essendo previsto da alcuna norma che a siffatte gare possano partecipare soltanto i produttori, piuttosto che i commercianti in prodotti simili.

(Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 11112 del 13 novembre 2009)

Giurisprudenza segnalata

<p>Tra gli elementi indiziari per individuare una forma di collegamento fra imprese partecipanti alla stessa procedura ci sono: indicazione nelle stesse buste spedite dalle imprese dalla medesima sede amministrativa; spedizione degli stessi 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</p>
--

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

L'art. 34, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE") sancisce che "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": tale previsione ha recepito la fattispecie di matrice giurisprudenziale del c.d. "collegamento sostanziale", così componendo il contrasto interpretativo sviluppatosi nel vigore della precedente disciplina contenuta nel comma 1-bis dell'art. 10 della legge n. 109 del 1994. Tale ultima norma infatti sanciva unicamente il divieto di partecipazione a una stessa gara di imprese che si trovassero 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" _ Orbene, il riportato secondo comma dell'art. 34 del Codice dei contratti riproduce la previsione già contenuta nella legge del 1994, ma ne amplia significativamente la portata includendo, nell'ambito dei divieti normativi di partecipazione delle imprese a una stessa gara, l'ipotesi di 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 gara._ E' però da avvertire che la norma de qua, nell'includere le ipotesi di collegamento tra le fattispecie potenzialmente dannose della concorrenza, non ha proceduto all'enumerazione puntuale delle ipotesi comportanti l'obbligo di esclusione dalla gara, optando piuttosto per una formulazione ampia (e consapevolmente generica) mediante il rinvio alla locuzione "unico centro decisionale", riscontrabile "sulla base di univoci elementi

(Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 3594 del 30 aprile 2008)

Collegamento formale e/o sostanziale ed escussione della garanzia provvisoria

Nel caso in cui il bando di gara preveda che l'omessa o mancata prova dei requisiti richiesti comporti ope legis non solo l'esclusione dalla gara ma anche l'escussione della cauzione e la segnalazione all'autorità di vigilanza, l'omessa tempestiva impugnazione del provvedimento di esclusione determina anche la tardività dell'impugnativa del provvedimento di escussione della cauzione che si configura come atto dovuto: l'imputazione delle offerte ad un unico centro decisionale merita di essere annotata e pubblicata mediante la sua iscrizione nel Casellario informatico, trattandosi di notizia di estrema rilevanza per la conduzione corretta delle gare

Il collegamento fra le imprese che osta alla loro partecipazione alle gare non è solo quello previsto dall'art. 2359 richiamato dall'art. 10 comma 1 bis della legge n. 109/1994, atteso che la previsione della norma civilistica si basa su una presunzione che non può escludere la sussistenza di altre ipotesi di collegamento o controllo societario atte ad alterare le gare di appalto

Non v'è alcun dubbio sulla rilevanza del collegamento c.d. "sostanziale" ai fini dell'escludibilità delle imprese, anche al di là della testuale previsione dell'art. 2359 cod. civ. per l'esigenza di garantire il costante rispetto in sede di gara della segretezza e della par condicio.

Quanto poi all'annotazione nel casellario informatico ai sensi dell'art. 27 del d.p.r. n. 34/2000 ciò che rileva non è la lett. s) di tale disposizione invocata dalle appellanti, ma la lettera t) che introduce

un'ipotesi di iscrizione innominata relativa ad ogni altra notizia riguardante le imprese, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, che sia ritenuta utile ai fini della tenuta del Casellario. In caso di collegamento sostanziale fra le imprese rilevato dalla stazione appaltante sorge il dovere di segnalazione del fatto al Casellario ai fini dell'iscrizione della notizia ai sensi dell'art. 27 comma 1 lett. t) del d.p.r. n. 34/2000

((Consiglio di Stato con la decisione numero 3500 del 16 giugno 2006))

DOSSIER: giurisprudenza sulle interazioni fra inosservanza del patto di integrità ed escussione della cauzione provvisoria

Se si vuole evitare la sanzione dell'incameramento della provvisoria a fronte dell'inadempimento del Patto di Integrità, bisogna proporre ricorso anche avverso tale atto

La correttezza della gara pubblica e la reale concorrenza tra le imprese , va tutelato ex ante, nel momento in cui è messo in pericolo, senza attendere che si verifichi una sua lesione concreta

Le situazioni di collegamento agevolano il prodursi di effetti distorsivi sulle gare pubbliche - anche se non arrivino ad integrare fattispecie di reato quale la turbata libertà degli incanti -, potendo determinare alterazioni della procedura ad evidenza pubblica sotto i profili della trasparenza e della correttezza.

1. Gli altri casi di collegamento sostanziale tra imprese, oltre a quelli individuati dall'art.2359 c.c, non sono disciplinati espressamente dalla legge, ragione per cui 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
2. L'alterazione della par condicio dei concorrenti e la violazione dei principi di concorrenza e di segretezza dell'offerta possono ritenersi provate qualora ricorrano elementi di fatto dai quali possano 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 una violazione del principio di segretezza dell'offerta
3. La connessa violazione dei principi di serietà, autonomia e segretezza delle offerte è da ritenersi condizione sufficiente per estromettere dalla gara i concorrenti collegati, anche se l'esclusione

comporta un restringimento del numero dei partecipanti, poiché l'interesse alla regolarità della gara prevale sull'interesse ad avere un'ampia partecipazione alla stessa

La sentenza inoltre merita di essere segnalata per il fatto che la ricorrente, pur contestando l'escussione della garanzia provvisoria, davanti al Tar non ha **non ha impugnato, unitamente all'atto applicativo, le prescrizioni della lex specialis, né ha articolato censure idonee a contestare la legittimità del bando di gara e dell'allegato Patto di integrità, che ne costituisce parte integrante.**

Da tale omissione (sic!) deriva il fatto che:

La mancata contestazione della disciplina di gara, in esecuzione della quale è stato disposto l'incameramento della cauzione, non consente al Collegio di ribadire, con riguardo al caso di specie, le conclusioni già raggiunte in precedenti occasioni.

Tar Lombardia, Milano, 29 settembre 2004 n. 4205

In breve, l'escussione della cauzione provvisoria vale, come chiarito dalla citata giurisprudenza, unicamente ad identificare ed a quantificare fin dall'origine la conformazione e la misura della responsabilità patrimoniale del partecipante alla gara, conseguente all'inadempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione del Patto di Integrità

le finalità pubblicistiche cui sono preordinati i principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, i quali, nella specie, possono sintetizzarsi nell'esigenza di individuazione del "giusto contraente", implicano che al loro rispetto sia vincolata non soltanto la pubblica amministrazione, ma anche coloro che intendono partecipare alla gara, incombendo su questi ultimi l'obbligo di presentare offerte che, al di là del loro profilo tecnico-economico, devono avere le caratteristiche della completezza, della completezza, della serietà, dell'indipendenza e della segretezza

L'infondatezza, infine, della censura mossa al provvedimento dell'Autorità dei Lavori Pubblici di annotare, a carico della ditta della ricorrente medesima, nel Casellario Informativo delle Imprese il motivo di esclusione dalla gara in questione - discende dalla considerazione dell'indubbia utilità che può avere, a tutela concreta dell'interesse pubblico al corretto affidamento degli appalti pubblici, la conoscenza di situazioni, già verificatesi in altri procedimenti ad evidenza pubblica, che siano caratterizzate, come nella specie, da accertata violazione dei principi di segretezza e di indipendenza delle offerte

Ricorso per l'annullamento

del bando di gara n° 91/2005 del Comune di Milano; del patto di integrità allegato a detto bando, in parte qua; del provvedimento 28/12/2005 di esclusione dalla gara, di segnalazione all'Autorità di Vigilanza e di escussione della cauzione; del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara; del provvedimento dell'Autorità intimata di annotazione nel casellario informatico della disposta esclusione; di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;

Sostiene, in sintesi, richiamando giurisprudenza di questa Sezione (cfr. ad es. n° 4170 del 25 maggio 2005), che l'erroneità degli atti e provvedimenti del Comune di Milano qui contestati discenderebbe dall'illegittimità, sia del bando di gara, sia del citato "patto di integrità", laddove essi introducono un nuova fattispecie di esclusione dalla gara, in violazione di quanto prevede tipicamente l'art. 10, comma 1-bis, della legge n° 109/1994, che fa riferimento

espressamente alla sola fattispecie del "controllo" di cui al secondo comma dell'art. 2359 c.c.

Sostiene, ancora, che sarebbe illegittima la determinazione di escussione della cauzione perché unilateralmente prevista dal c.d. patto di integrità, al di fuori delle ipotesi normativamente disciplinate dalla legge n° 109/1994, e comunque in contrasto con i principi di tassatività, tipicità e nominatività dettati dall'art. 1 della legge n° 689/1981.

Afferma, infine, che sarebbe viziata anche la determinazione dell'Autorità di annotazione del motivo di esclusione dalla gara in questione della ricorrente nel casellario informatico delle imprese perché contrastante con la disposizione dell'art. 27, lettera t), del DPR n° 34/2000, non potendosi ritenere utile il contenuto di detta determinazione

qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

E' stato, altresì, ribadito dalla stessa giurisprudenza del Giudice di appello che se gli elementi che connotano il caso concreto facciano ritenere violati i principi in materia di pubbliche gare posti a garanzia della correttezza delle procedure prevale l'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara e, in particolare, la par condicio fra tutti i concorrenti, nonché la serietà, completezza, completezza ed indipendenza delle offerte, in modo da evitare che, attraverso meccanismi di influenza societari, pur non integranti collegamenti o controlli di cui all'art. 2359 cod. civ., possa essere alterata la competizione, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del "giusto contraente".

E' sulla base di tali osservazioni che è, quindi, necessario verificare se, nel caso in esame, sussistano o meno quegli indizi rivelatori del collegamento sostanziale imputato alle offerte del ricorrente ed alla impresa ad essa collegata..

Dagli atti depositati in giudizio ritiene il Collegio che emergano quegli indizi seri, precisi e concordanti che inducono a ritenere sussistente un collegamento sostanziale tra la ricorrente e la su citata impresa), anch'essa partecipante alla medesima gara, al fine di aggirare l'obbligo di segretezza e di indipendenza delle offerte, tenuto conto che:

a) i plichi risultano uguali per colore, dimensioni ed impostazione grafica, nonché per modalità di spedizione, avendo utilizzato il medesimo corriere;_b) le domande di partecipazione di entrambe le imprese, le dichiarazioni di subappalto, le dichiarazioni sostitutive di cui ai punti 2,3 e 4 del bando di gara e la dichiarazione relativa al triennio, ancorché stilate sui modelli corrispondenti a quello messi a disposizione dall'amministrazione riportano, quale dato oggettivo comune ed identico, dopo la firma del sottoscrittore, i dati identificativi del sottoscrittore stesso non richiesti dai modelli utilizzati;_c) la dichiarazione relativa al comma 1, lettera b) e c) dell'art. 75 del DPR n° 554/1999 ha contenuto ed impostazione grafica simile;_) le copie conformi dei certificati del casellario giudiziale e dei carichi pendenti risultano emessi, rispettivamente, tutti nelle stesse date;_e) entrambe le imprese hanno presentato, benché non previsto dal bando, identiche richieste di restituzione della documentazione allegata alle rispettive offerte; _f) le fidejussioni sono state rilasciate dallo stesso istituto bancario, a firma del medesimo funzionario, ed autenticate dal medesimo notaio, nello stesso giorno, con numerazione progressiva; _g) gli accertamenti effettuati dall'Amministrazione appaltante presso l'Anagrafe del Comune di Marostica hanno evidenziato stretti rapporti di parentela tra i soci, i legali rappresentanti ed i direttori tecnici di entrambe le imprese_ h) gli accertamenti effettuati presso la Camera di Commercio, attraverso visure storiche, hanno evidenziato ulteriori collegamenti tra le stesse imprese ed i medesimi soggetti.

Il ricorrente si duole, inoltre, che l'ente appaltante abbia incamerato la cauzione provvisoria al di fuori delle ipotesi tipizzate dalla norma di legge (art. 30 ed art. 10, comma 1-quater, della legge n° 109/1994), non ritenendo che la specifica previsione contenuta, al riguardo, nel patto di integrità allegato al bando di gara, possa ritenersi fonte legittimante all'irrogazione della sanzione in questione, anche tenuto conto dei principi di cui all'art. 1 della legge n° 689/1981. Né alcun valore risolutivo potrebbe avere nella

fattispecie la circostanza della intervenuta sottoscrizione da parte di tutti i concorrenti del patto di integrità.

Tale doglianza non può essere condivisa, ritenendo il Collegio, in adesione alla giurisprudenza formatasi nella specifica materia in esame (cfr. C.d.S., sez. V[^], n° 343/2005 e n° 1258/2005), che la previsione, come ulteriore prescrizione del bando di gara, dei doveri stabiliti dal Patto di integrità, con le correlative responsabilità di ordine patrimoniale, in caso di comportamento del concorrente in violazione di detto Patto, sia del tutto legittima, inquadrandosi la fattispecie nell'ambito dell'autonomia negoziale, dell'Amministrazione nell'invito a contrarre e di chi aspiri a diventare titolare di un futuro contratto, con l'accettazione dell'invito.

Né possono ravvisarsi, al riguardo, preclusioni nell'ordinamento positivo, tenuto conto che il Patto in questione contiene regole conformi ai principi generali del nostro ordinamento quali la buona fede e la correttezza nei rapporti contrattuali.

(Tar Lazio, Roma, con la sentenza numero 2518 del 21 marzo 2008)

Sottoscrizione del patto di integrità, verifica di situazione di collegamento fra imprese ed escussione della cauzione provvisoria

E' fondato un ricorso con cui si contesta la legittimità dell'escussione della cauzione provvisoria, la quale, secondo la prospettazione ricorsuale, poteva essere disposta solamente per l'ipotesi di mancata dimostrazione da parte delle singole imprese partecipanti dei prescritti requisiti di idoneità tecnica ed economica, ma non anche nel caso di accertamento di una situazione di collegamento sostanziale tra alcune delle imprese partecipanti?

Il ricorso va rigettato in quanto la Commissione di gara, ben consapevole che le odierne ricorrenti erano state precedentemente escluse per la medesima ragione, ha proceduto ad accertare nuovamente se sussistessero i presupposti di una situazione di collegamento sostanziale, giungendo a simile conclusione sulla base di un diverso percorso argomentativo, che si fonda in sostanza e soprattutto sul fitto intreccio di rapporti di parentela esistente tra gli organi societari e i soci delle odierne istanti, e di conseguenza, poiché a) nel patto di integrità previsto dal disciplinare di gara che le odierne ricorrenti hanno sottoscritto ed accettato era esplicitamente previsto che le ciascuna delle partecipanti dichiarasse espressamente che non si era accordata o che non si sarebbe accordata con altre partecipanti alla gara per limitare in alcun modo la concorrenza_

b) come già affermato da questa Sezione con al recente sentenza n.2518/2008, in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, analiticamente richiamato dal comune di Milano, "la previsione, come ulteriore prescrizione del bando di gara, dei doveri stabiliti dal Patto di integrità, con le correlative responsabilità di ordine patrimoniale, in caso di comportamento del concorrente in

violazione di detto Patto, sia del tutto legittima, inquadrandosi la fattispecie nell'ambito dell'autonomia negoziale, dell'Amministrazione nell'invito a contrarre e di chi aspiri a diventare titolare di un futuro contratto, con l'accettazione dell'invito,

c) né possono ravvisarsi, al riguardo, preclusioni nell'ordinamento positivo, tenuto conto che il Patto in questione contiene regole conformi ai principi generali del nostro ordinamento quali la buona fede e la correttezza nei rapporti contrattuali. L'escussione della cauzione provvisoria vale, come chiarito dalla citata giurisprudenza, unicamente ad identificare ed a quantificare fin dall'origine la conformazione e la misura della responsabilità patrimoniale del partecipante alla gara, conseguente all'inadempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione del Patto di Integrità”.

(Tar Lazio, Roma, con la sentenza numero 10697 del 25 novembre 2008)

È lecita l'escussione della garanzia provvisoria a fronte di provati inadempimenti relativi alla sottoscrizione del Patto di Integrità

Va pertanto ancora una volta condiviso l'assunto del Comune che attribuisce al Patto nel suo insieme e nelle singole clausole carattere di complesso di regole di comportamento per le imprese, già desumibili dalla disciplina positiva relativa alle procedure di evidenza pubblica e dai principi attinenti la materia e non già di sanzione privata incompatibile con il principio di legalità di cui all'art. 25, comma secondo, della Costituzione

il Patto d'integrità configura un sistema di condizioni (o requisiti) la cui accettazione è presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese alla specifica gara di cui trattasi.

Con la sottoscrizione del Patto d'integrità, al momento della presentazione della domanda, l'impresa concorrente accetta regole del bando che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara (nella specie, la regola di non compiere atti limitativi della concorrenza) e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, ordinaria a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara.

L'incameramento della cauzione non ha quindi carattere di sanzione amministrativa -come tale riservata alla legge e non a fonti di secondo grado o a meri atti della p.a.- ma costituisce la conseguenza dell'accettazione di regole e di doveri comportamentali, accompagnati dalla previsione di una responsabilità patrimoniale, aggiuntiva alla esclusione della gara, assunti su base patrizia, rinvenendosi la loro fonte nel Patto d'integrità accettato dal concorrente con la sottoscrizione>

Giunge quindi spontanea un'osservazione che deriva dalla lettura della sentenza di primo grado:

L'inadempimento al patto di integrità, fonte appunto dell'escussione della provvisoria, è stato ravvisato dal Comune di Milano nella sussistenza

di forme di collegamento tra le imprese concorrenti

Alcune delle circostanze di dimostrazione di tale collegamento sono:

- le polizze, presentate a titolo di cauzione provvisoria, sono state emesse lo stesso giorno dal medesimo istituto bancario; sono tutte sprovviste di protocollo e di numero progressivo; nel timbro sul quale è apposta la sottoscrizione della polizza è riportata l'indicazione della stessa Agenzia, peraltro non ricompresa nell'elenco riportato in calce alla carta intestata della banca;
- entrambe le imprese hanno ridotto l'importo della polizza del 50%, indicando la cifra di 6.000 euro, a fronte di un importo richiesto di euro 5.9222,67, nonostante il bando ammettesse l'arrotondamento all'euro inferiore.

Forse che un attento assuntore del rischio della provvisoria, accortosi dell'obbligatoria sottoscrizione del patto di integrità, avrebbe dovuto rifiutare il rischio.....

(Consiglio di Stato con la decisione numero 1053 del 6 marzo 2006))

RAPPORTI FRA INADEMPIMENTO DEL PATTO DI INTEGRITA' ED ESCUSSIONE DELLA GARANZIA PROVVISORIA:IL CONSIGLIO DI STATO DECIDE PER LA LEGITTIMITA' DEL PROVVEDIMENTO DI INCAMERAMENTO DELLA GARANZIA

Può considerarsi legittima la previsione della disciplina di gara in ordine all'incameramento della cauzione per violazione del "patto di integrità".?

Per quanto concerne in particolare la previsione della disciplina di gara in ordine all'incameramento della cauzione provvisoria per violazione del "patto di integrità", pur dovendosi riconoscere che questo Consiglio si è espresso inizialmente nel senso che il relativo

potere, in quanto di carattere sanzionatorio, non può essere esercitato al di fuori dei limiti normativamente previsti (V. Sez. V n.4789/2004*) ha poi ritenuto legittima tale clausola**

E' stato infatti precisato, con orientamento da condividere, che "il patto d'integrità" configura un sistema di condizioni (o requisiti) la cui accettazione è presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese alla specifica gara di cui trattasi; che con la sottoscrizione del patto d'integrità, al momento della presentazione della domanda, l'impresa concorrente accetta regole del bando che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara (nella specie, la regola di non compiere atti limitativi della concorrenza) e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, ordinaria a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara.

L'incameramento della cauzione non ha quindi carattere di sanzione amministrativa -come tale riservata alla legge e non a fonti di secondo grado o a meri atti della p.a.- ma costituisce la conseguenza dell'accettazione di regole e di doveri comportamentali, accompagnati dalla previsione di una responsabilità patrimoniale, aggiuntiva alla esclusione della gara, assunti su base patrizia, rinvenendosi la loro fonte nel Patto d'integrità accettato dal concorrente con la sottoscrizione.

Per cui occorre attribuire al Patto nel suo insieme e nelle singole clausole carattere di complesso di regole di comportamento per le imprese, già desumibili dalla disciplina positiva relativa alle procedure di evidenza pubblica e dai principi attinenti la materia e non già di sanzione privata incompatibile con il principio di legalità di cui all'art. 25, comma secondo, cost.

(Consiglio di Stato con la decisione numero 4267 del 8 settembre 2008)

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

Qual è il parere del Supremo Giudice amministrativo avverso un ricorso < Sull'insussistenza dell'asserito collegamento sostanziale tra l'a.t.i. appellante e l'a.t.i. controinteressata.: violazione e falsa applicazione dell'art. 10, co. 1 bis, della legge n. 109 del 1994; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 cod. appalti; erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, difetto d'istruttoria, violazione e falsa applicazione dei principi di ragionevolezza, legalità e buon andamento; illogicità, irrazionalità.>_<b.- Sull'illegittimità della decisione di escutere la cauzione in assenza di elementi che in maniera obiettiva e univoca dimostrino la volontà di alterare l'esito della competizione e la par condicio della gara: violazione e falsa applicazione dell'art. 10, co. 1 bis, della legge n. 109 del 1994; violazione e falsa applicazione dell'art. 30 e ss. della legge n. 109 del 1994; violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del D.P.R. n. 554 del 1999; violazione e falsa applicazione del c.d. patto d'integrità; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 cod. app.; erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, manifesta ingiustizia; illogicità, irrazionalità.>_<c.- Sull'illegittimità della decisione di escutere la cauzione sulla base dell'asserita violazione del c.d. patto d'integrità: violazione e falsa applicazione dell'art. 30 e ss. della legge n. 109 del 1994; violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del D.P.R. n. 554 del 199; violazione e falsa applicazione dell'art. 25, co. 2, Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge n. 689 del 1981; violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui al c.d. patto d'integrità; violazione dei principi di legalità, tassatività e tipicità; violazione del principio di buon andamento; violazione dell'art. 97 Cost.; erroneità dei presupposti, difetto di motivazione; perplessità; illogicità, irrazionalità.>?

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

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

(Consiglio di Stato con la decisione numero 2139 del 6 aprile 2009)