

È lecita l'escussione della garanzia provvisoria a fronte di provati inadempimenti relativi alla sottoscrizione del Patto di Integrità da parte delle ditte partecipanti ad una procedura ad evidenza pubblica: va pertanto ancora una volta condiviso l'assunt

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 1053 del 6 marzo 2006, nel ribaltare completamente la sentenza di primo grado (T.A.R. Lombardia-Milano - Sez. III - Sentenza 12 gennaio 2004, n. 7***) conferma che è lecito richiedere l'escussione della garanzia provvisoria a fronte dell'accertato inadempimento al patto di integrità, inteso come complesso di regole di comportamento per le imprese

Così dunque il pensiero del Supremo Giudice amministrativo:

< 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:

Ö

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;

Ö

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.....

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale,

Quinta
Sezione

ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1958/2004, proposto dal comune di Milano, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti *****, *****, e *****, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Cicerone, n. 28;

CONTRO

l'Impresa ***** Orazio, in persona dell'omonimo titolare, l'Impresa ***** S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., sig. Loreto ***** e l'Impresa ***** s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante pro tempore, geom. ***** tutte con sede in Vallelunga Pratameno, rappresentate e difese dall'avv. *****, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Valdagno, 22;

per la riforma

della sentenza del TAR Lombardia - Milano Sez. III, 12 gennaio 2004, n. 7, nella parte in cui ha accolto i ricorsi nn. 1371, 1372, 1373 del 2002, rispettivamente proposti dall'impresa ***** Orazio, dall'impresa ***** s.r.l. e dall'impresa ***** s.r.l., limitatamente all'incameramento delle cauzioni.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle imprese intime;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 29 novembre 2005, relatore il Consigliere ***** e uditi, altresì l'avv. ***** per il comune di Milano e l'avv. ***** per delega dell'avv. ***** per le imprese appellate.

FATTO

Con tre ricorsi di analogo contenuto, le imprese ***** Orazio, ***** s.r.l. e ***** s.r.l. hanno impugnato al Tar della Lombardia: -l'esclusione di cui al verbale della Commissione 26 marzo 2002, dalle gare indette dal Comune di Milano, per l'aggiudicazione dei lavori di manutenzione ordinaria delle carreggiate in conglomerato bituminoso e dei marciapiedi in asfalto colato, per il periodo dal verbale di consegna sino al 31 dicembre 2002; -la clausola del bando che comminava l'esclusione anche per la sussistenza di forme di collegamento tra le imprese concorrenti; -il "patto di integrità" allegato al bando di gara, per le clausole e nella parte in cui prevede l'applicabilità a carico dei concorrenti delle sanzioni della "confisca della cauzione di validità dell'offerta" e/o della "esclusione del concorrente dalle gare indette dal Comune di Milano per 5 anni"; -le determinazioni del Comune di Milano - Direzione Settore Gare e Contratti, nn. 62, 63, 64 e del 24.04.2002, con cui è stata confermata l'esclusione dalla gara delle ricorrenti nonché l'escussione della cauzione provvisoria a suo carico e nel contempo si è deciso di «non applicare allo stato attuale l'ulteriore penalità dell'esclusione per 5 anni dalle gare indette dal Comune di Milano, con riserva di successiva applicazione qualora l'Impresa venisse meno, nel futuro, ad uno qualsiasi degli obblighi previsti nel citato Patto d'integrità». Il Tar della Lombardia, con la sentenza in epigrafe ha ritenuto legittima l'esclusione in osservanza di clausole contemplate dall'art. 10, co. 1-bis della legge n. 109/1994 e in presenza di prova del collegamento sostanziale fra le imprese ai sensi dell'art. 2359 c.c.. ha invece accolto il ricorso riguardo all'incameramento della cauzione previsto dal patto di integrità e all'esclusione

per cinque anni dalla gara del comune di Milano, ancorché ritirata dall'Amministrazione, in quanto potenzialmente applicabile alle società ricorrenti. Il Tar ha altresì disposto la restituzione delle polizze fidejussorie agli aventi diritto. Per questa parte, la sentenza è stata appellata dal comune di Milano, che ha ribadito la valenza contrattuale e non legislativa dell'applicazione della penale e dell'escussione delle fidejussioni. Il comune ha poi dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto l'eccezione di sopravvenuto difetto d'interesse del ricorso in merito all'eventuale esclusione delle ricorrenti dalle gare per il successivo quinquennio, perché espressamente revocata e pertanto priva di effetti. Nel presente grado si sono costituite le imprese ***** Orazio, ***** s.r.l. e ***** s.r.l. che hanno chiesto il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata. Le parti hanno presentato memoria. La causa viene in decisione.

DIRITTO

Nella memoria 17 novembre 2005, depositata dal comune di Milano si dà atto che la questione oggetto del presente appello, concernente la legittimità del cd. Patto d'integrità nella parte in cui stabilisce l'incameramento della cauzione provvisoria e l'applicazione delle disposizioni ivi contenute nei confronti delle società appellate, è stata risolta dalla Sezione con le recenti sentenze 8 febbraio 2005, n. 343 e 24 marzo 2005, n. 1258, dalle quali il Collegio non ritiene di discostarsi. In riforma dell'assunto del T.A.R. della Lombardia, è stata ritenuta legittima l'escussione della cauzione provvisoria, conformemente alla clausola contenuta nel c.d. Patto d'Integrità. In difformità dal primo giudice che ha configurato l'incameramento della cauzione provvisoria per il comportamento scorretto del concorrente come una nuova figura di sanzione amministrativa, non prevista dalle ipotesi degli artt. 10 e 30 della legge n. 109 del 1994, la Sezione ha affermato 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. 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. 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

T.A.R. Lombardia-Milano - Sez. III - Sentenza 12 gennaio 2004, n. 7

R E P U B B L I C A

I T A L I A N A

"IN NOME DEL POPOLO ITALIANO"

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA LOMBARDIA -
Terza Sezione -

ha pronunciato la seguente

S
E
N
T
E
N
Z
A

sui ricorsi nn. 1371, 1372, 1373 del 2002, rispettivamente proposti da

IMPRESA ***** ORAZIO, in persona dell'omonimo titolare;

IMPRESA ***** S.R.L.,
in persona del l.r. p.t., Sig. Loreto *****;

IMPRESA *****. ***** , in persona dell'**** e l.r. p.t., geom. *****;

tutte rappresentate e difese dall'Avv. ******, con domicilio eletto in Milano presso la Segreteria del T.a.r.;

contro

COMUNE DI MILANO, in persona del Sindaco p.t.,

rappresentato e difeso dagli ****** e ******, con domicilio eletto in Milano alla via Guastalla n. 8, negli Uffici dell'Avvocatura Comunale;

e nei confronti di

IMPRESA ***** MARIO,

non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del verbale della Commissione di gara in data 26 marzo 2002, con cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalle gare indette dal Comune di Milano, per l'aggiudicazione dei lavori di manutenzione ordinaria delle carreggiate in conglomerato bituminoso e dei marciapiedi in asfalto colato, per il periodo dalla data del verbale di consegna al 31.12.2002 - 5 lotti (app. 17/02, 18/02, 19/02, 20/02 e 21/02);

della nota del Comune di Milano in data 2 aprile 2002, con cui è stata data comunicazione dell'avvenuta adozione del predetto verbale;

della lettera k) pag. 9 del bando di gara, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione dalla gara anche per la sussistenza di forme di collegamento tra le imprese concorrenti;

del "patto di integrità" allegato al bando di gara, per le clausole e nella parte in cui prevede l'applicabilità a carico dei concorrenti delle sanzioni della "confisca della cauzione di validità dell'offerta" e/o della "esclusione del concorrente dalle gare indette dal Comune di Milano per 5 anni";

delle determinazioni del Comune di Milano - Direzione Settore Gare e Contratti, nn. 62, 63, 64 e del 24.04.2002, con cui è stata confermata l'esclusione dalla gara della ricorrente nonché l'escussione della cauzione provvisoria a suo carico, e nel contempo si è deciso di «non applicare allo stato attuale l'ulteriore penalità dell'esclusione per 5 anni dalle gare indette dal Comune di Milano, con riserva di successiva applicazione qualora l'Impresa venisse meno, nel futuro, ad uno qualsiasi degli obblighi previsti nel citato Patto d'integrità»;

di ogni correlato, connesso, dipendente e/o consequenziale atto, ivi inclusi - a scopo meramente esemplificativo e non esaustivo - i successivi verbali della procedura di gara e l'eventuale verbale di aggiudicazione della gara stessa, nonché - ove mai concluso/i - il/i contratto/i di appalto per l'esecuzione dei lavori suddetti con altra/e Impresa/e concorrente/i;

nonché per

l'integrale risarcimento dei danni subiti e subendi dalle ricorrenti in dipendenza della violazione degli interessi ad esse facenti capo;

visto il ricorso con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano;

visti gli atti tutti della causa;

relatore alla pubblica udienza dell'11 dicembre 2003 il referendario, *****;

uditi l'Avv. *****, su delega dell'Avv. *****, per le ricorrenti, e l'Avv. *****, per il Comune di Milano.

Ritenuto in fatto

Le ricorrenti partecipavano alla gara specificata in epigrafe, per ciascuno dei cinque lotti. Nella seduta del 26 marzo 2002 la Commissione escludeva le tre imprese per violazione del principio della segretezza, avendo riscontrato, nella documentazione da esse rispettivamente presentata, elementi di collegamento sostanziale - tali da ricondurre tutte le ricorrenti ad un unico centro di interessi in violazione di quanto previsto dalla lett. k) del bando e dal Patto di Integrità ad esso allegato (sottoscritto dalle partecipanti a pena di esclusione) - ritenuti idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte e, quindi, l'effettiva concorrenza nella gara.

Nella medesima occasione erano altresì irrogate le ulteriori sanzioni dell'escussione della cauzione provvisoria e dell'esclusione per cinque anni dalla gare bandite dal Comune di Milano.

Provvedendo su apposito reclamo proposto dalle imprese in parola, il Direttore del Settore Gare e Contratti, con le determinazioni indicate in epigrafe, ne confermava l'esclusione dalla gara, unitamente all'escussione della polizza fidejussoria, statuendo però «di non applicare allo stato attuale, l'ulteriore penalità dell'esclusione per cinque anni dalle gare indette dal Comune di Milano, con riserva di successiva applicazione» in caso di futuro inadempimento di uno qualsiasi degli obblighi previsti nel patto di integrità.

Avverso tali atti insorgevano le ricorrenti formulando i seguenti motivi di censura:

con riferimento alla lett. k) pag. 9 del bando di gara: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 10, co. 1-bis, l. 109/1994 e successive modifiche ed integrazioni; eccesso di potere in tutte le sue forme; sviamento;

con riferimento al provvedimento di esclusione dalle gare di appalto: violazione dell'art. 3 della l. 241/1990; difetto assoluto di motivazione; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2359 c.c., 10, co. 1-bis, l. 109/1994 e successive modifiche e integrazioni e 75, r.d. 23.5.1924, n. 827, violazione e/o falsa applicazione della lex specialis di gara; eccesso di potere in tutte le sue forme: in particolare, travisamento dei fatti; illogicità manifesta; sviamento;

con riferimento alla clausola del "patto d'integrità" che prevede «nel caso di mancato rispetto degli impegni anticorruzione assunti», «la confisca della cauzione di validità dell'offerta» e/o «l'esclusione del concorrente dalle gare indette dal Comune di Milano per 5 anni»: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30, 1° comma, l. n. 109/94 e s.m.i.; violazione e/o falsa applicazione dei principi ricavabili dal d.p.r. n. 34/2000; eccesso di potere in tutte le sue forme; sviamento;

con riferimento al provvedimento con cui è stato disposto l'incameramento della cauzione e l'esclusione dalle gare del Comune di Milano per i prossimi cinque anni e delle determinazioni nn. 62, 63 e 64 del 24.4.2002: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30, 1° comma, l. 109/1994 e successive modifiche ed integrazioni; violazione e/o falsa applicazione dei principi ricavabili dal d.p.r. 34/2000; violazione e/o falsa applicazione dei principi ricavabili dal d.p.r. 34/2000; violazione e/o falsa applicazione della lex specialis di gara; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 l. 241/1990; carenza assoluta di motivazione; eccesso di potere in tutte le sue forme; travisamento dei fatti; illogicità manifesta; sviamento.

In tutti i processi si costituiva in giudizio il Comune di Milano chiedendo la reiezione dei gravami.

Con ordinanze emesse in esito alla Camera di Consiglio del 29 maggio 2002 la Sezione respingeva le istanze cautelari formulate dalle ricorrenti.

All'udienza dell'11 dicembre 2003 il ricorso era ritenuto per la decisione.

Considerato in diritto

In via preliminare va disposta la riunione dei tre ricorsi, attesa l'evidente connessione oggettiva e (parzialmente) soggettiva tra gli stessi.

Nel merito, essi meritano parziale accoglimento nei termini di seguito indicati. E' d'uopo, peraltro, illustrare prioritariamente le ragioni sottese alla reiezione dei motivi non accolti.

Infondato è il primo motivo di doglianza con cui si lamenta l'illegittimità del bando di gara, laddove esso commina la sanzione dell'esclusione non soltanto per la verificata sussistenza di ipotesi di controllo tra le imprese concorrenti, ma anche per i casi di collegamento: si assume, in particolare, che esista un contrasto tra siffatta disposizione della *lex specialis* e l'art. 10, comma 1-bis, della legge quadro (che non contempla la fattispecie del collegamento); si invoca altresì l'applicazione del principio della massima partecipazione alle gare.

La questione sottoposta al giudizio del Collegio è stata, invero, già approfonditamente esaminata dalla Sezione nella sentenza 14 marzo 2003, n. 448. Nello specifico precedente si è chiarito che, sebbene debba considerarsi illegittima, per violazione dell'art. 10 cit. (che si limita a richiamare le sole situazioni di controllo societario ex art. 2359 c.c.), l'introduzione nei bandi di gara, ovvero in altri atti che integrino la *lex specialis* della procedura, di clausole che vietino in modo categorico la partecipazione o che, altrimenti, prevedano l'esclusione automatica di concorrenti in ragione della sola esistenza di forme di collegamento tra imprese, nondimeno - a tutela della lealtà della competizione - la stazione appaltante può prevedere, caso per caso, ulteriori ipotesi di esclusione, purché tale sanzione non consegua in maniera automatica al riscontro del ridetto collegamento, dovendo piuttosto l'Amministrazione verificare, di volta in volta, se l'esame della fattispecie concreta induca a ritenere plausibile ipotizzare una reciproca conoscenza, da parte di due o più imprese concorrenti, delle rispettive offerte, così da vulnerare i principi posti a garanzia della correttezza della procedura.

Su questo punto il Tribunale condivide, pertanto, l'orientamento giurisprudenziale favorevole all'inserimento nei bandi di gara di clausole esclusive anche per le ipotesi di collegamento sostanziale tra imprese, seppur non espressamente contemplate dall'art. 10, comma 1-bis, l. n. 109/94 (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 685; Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2002, n. 923; Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6424). Questa disposizione, infatti, mira a garantire la libera competizione tra le partecipanti ed è chiaro che la correttezza e la trasparenza della gara risultino pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppure provenienti da imprese diverse, siano in realtà riconducibili ad un medesimo centro d'interessi. In sostanza, anche alla luce della disciplina comunitaria, è evidente che il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza; diversamente, ossia in presenza di dissimulati accordi tra le concorrenti, diverrebbe impossibile scongiurare il prodursi di effetti distorsivi, negativamente incidenti sulla regolarità della procedura di affidamento.

Se questa è la finalità dell'art. 10 cit., deve potersi ammettere che la stazione appaltante possa prevedere anche fatti o situazioni, ulteriori rispetto a quelli tipicamente considerati dalla legge, ma ugualmente capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purché siffatta individuazione non esorbits dai generali limiti della ragionevolezza e della logicità dell'azione amministrativa rispetto agli obiettivi avuti di mira.

La differenza tra le due ipotesi di esclusione consiste nel fatto che, qualora ricorra la fattispecie contemplata dall'art. 10 l. n. 109/1994, l'Amministrazione sarà vincolata ad assumere il provvedimento di esclusione - essendo presunta, per le ipotesi di controllo di cui all'art. 2359 c.c., la lesione delle regole indicate -, mentre negli altri casi la P.A. dovrà indefettibilmente individuare e valutare specifici elementi

oggettivi e concordanti i quali, valutati nel loro insieme, inducano sensatamente a ritenere che più offerte siano state presentate in contrasto con i ricordati principi di segretezza e di par condicio tra i concorrenti. In queste circostanze, laddove si dimostri che effettivamente le offerte provengano da un medesimo centro di interessi (a nulla rilevando la forma giuridica delle imprese concorrenti) o, comunque, che siano state violate le regole citate - l'esclusione potrà disporsi in applicazione diretta dei suddetti principi.

Diverso da quello testé esaminato è il problema relativo alla valutazione dei criteri di selezione degli elementi probatori in base ai quali la stazione appaltante ritenga di poter affermare l'avvenuta violazione dei principi di segretezza e di par condicio.

La tematica è stata fatta oggetto del secondo mezzo di gravame. Le ricorrenti sostengono, infatti, che il Comune di Milano avrebbe ravvisato la riconducibilità delle tre imprese ad un unico centro di interessi, omettendo qualsiasi motivazione sul punto, pur non sussistendo alcuna delle ipotesi previste dall'art. 2359 c.c.; in ogni caso, aggiungono le istanti, la P.A. avrebbe erroneamente valorizzato alcune circostanze afferenti ad aspetti formali ed estrinseci delle offerte, in luogo della doverosa dimostrazione dell'esistenza di concreti indizi del ravvisato collegamento tra le imprese partecipanti.

Siffatto argomento non è condivisibile. Invero la giurisprudenza amministrativa ha, da tempo, coniato il concetto di "collegamento sostanziale" tra i concorrenti. In particolare, le situazioni di collegamento sostanziale, attesa la loro mutevole fenomenologia, vengono concepite in chiave funzionale; in altri termini, esse ricorrono ogniqualvolta, a fronte di un'apparente pluralità giuridica di partecipanti alla gara, sia in concreto evincibile la sottostante esistenza di un unico centro di imputazione di interessi. Siffatta nozione di collegamento non è però tipizzabile in termini generali (fatte salve le ipotesi sussumibili nelle

fattispecie espressamente contemplate dal ridetto art. 2359 c.c.) e, dunque, la natura di un tale nesso, che può essere il più vario, va comprovata, caso per caso, alla luce delle specifiche caratteristiche di ogni vicenda, singolarmente considerata.

L'alterazione della par condicio tra i concorrenti e la violazione dei principi di concorrenza e di segretezza dell'offerta possono, in altre parole, reputarsi dimostrate qualora ricorrano elementi di fatto dai quali possano trarsi indizi gravi, precisi e concordanti, tali da indurre a ritenere verosimile, secondo l'id quod plerumque accidit, che siano intervenuti un inquinamento della gara ed una potenziale lesione del principio di segretezza dell'offerta.

Proprio la delicatezza dei beni tutelati - la correttezza della gara e la par condicio tra i concorrenti - implica, inoltre, che la P.A. possa escludere le imprese riconducibili ad un unico centro di interessi, senza alcuna necessità di dover offrire comunque la prova di resistenza consistente nella concreta verifica dell'effettiva incidenza sulla gara della violazione dei principi di segretezza e di par condicio.

Precisato quanto sopra, si può passare ad esaminare la vicenda sottoposta al giudizio del Tribunale.

Il punto k) del bando prevede l'esclusione dalla gara per “* violazione del principio della segretezza delle offerte (art. 75 del R.D. 23/5/1924 n. 827)” per “le imprese concorrenti fra le quali esistono forme di controllo o di collegamento ai sensi dell’art. 2359 c.c.”. Per le considerazioni sopra svolte, la legittimità di tale clausola potrebbe essere posta in dubbio ove fosse contemplata l’automaticità dell’esclusione al ricorrere di qualunque forma di collegamento. Questo non è, però, il caso di specie, atteso che la sanzione esclusiva è stata irrogata dall’Amministrazione comunale milanese a seguito di un’attenta valutazione critica degli elementi indiziari emersi in sede di esame delle offerte.

In particolare, secondo quanto stabilito dal medesimo bando con riferimento alla documentazione, ciascun concorrente ha presentato a pena di esclusione, a corredo dell’offerta, una copia del “* Patto di integrità sottoscritto dal legale rappresentante dell’impresa concorrente ovvero dai legali rappresentanti delle imprese concorrenti in caso di ATI come da modello allegato al presente bando”. Con la sottoscrizione di tale documento, tra l’altro, le imprese concorrenti ed il Comune di Milano si sono reciprocamente impegnati a “... conformare i propri comportamenti ai principi di lealtà, trasparenza e correttezza ...”, oltre che a non assumere condotte corruttive. Le imprese partecipanti alla gara, inoltre, sottoscrivendo il Patto si sono impegnate a “* segnalare al Comune di Milano qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nelle fasi di svolgimento della gara ..., da parte di ogni interessato o addetto o di chiunque possa influenzare le decisioni relative alla gara ...” ed hanno, altresì, dichiarato di non accordarsi con altri partecipanti alla gara per limitare in alcun modo la concorrenza.

Dal tenore degli atti indicati emerge chiaramente che il Comune di Milano ha preso in considerazione ipotesi di esclusione, diverse ed ulteriori rispetto a quelle di cui all’art. 10, comma 1-bis, l. n. 109/94, facendo riferimento a principi generali (lealtà, trasparenza, correttezza, dovere di non accordarsi con altri partecipanti alla gara per limitare la concorrenza) richiamati nel Patto di integrità. Della legittimità di tal modo di procedere (alle condizioni sopra precisate) si è già detto diffusamente.

Tanto premesso, occorre ora verificare se dagli elementi di fatto presi in esame dalla Commissione e dagli accertamenti compiuti dall'Amministrazione potesse trarsi il ragionevole convincimento che, nel caso concreto, fossero stati violati i principi indicati.

Come emerge dal verbale in atti della seduta del 26 marzo 2002, la Commissione di gara ha ritenuto vulnerato il principio di segretezza avendo riscontrato nelle offerte presentate dalle ricorrenti numerose anomalie, sufficienti a far dubitare dell'effettiva, reciproca indipendenza delle tre imprese.

Gli elementi che, a parere della Commissione, farebbero presumere l'esistenza di forme di collegamento sostanziale tra le imprese citate, sono, tra gli altri, i seguenti:

le buste contenenti le offerte delle ricorrenti hanno la stessa dimensione ed il medesimo colore; presentano la stessa impostazione grafica ed i timbri di ceralacca riportano il medesimo logo;

i plichi risultano spediti dallo stesso Ufficio Postale di Vallelunga Pratameno, il medesimo giorno mediante identiche modalità di invio (posta prioritaria);

le ricorrenti hanno poi utilizzato, così distinguendosi da tutte le altre partecipanti, gli stessi modelli, diversi da quelli predisposti dal Comune di Milano e redatti con la medesima impostazione grafica (raggruppando cioè in un'unica dichiarazione, con lo stesso ordine sequenziale e identica terminologia, l'insieme delle attestazioni richieste dal bando di gara);

l'esistenza di manifeste somiglianze nell'utilizzo di lettere maiuscole, sottolineature, grassetti, riferimenti a medesime norme e dichiarazioni non richieste dall'Amministrazione;

l'identica modalità di collazione dei documenti, mediante pinzature laterali;

la comune residenza dei legali rappresentanti delle due s.r.l. in via Vespucci n. 1 di Vallelunga Pratameno (CL), indirizzo coincidente con quello della sede legale dell'impresa ***** Orazio;

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 dell'Agenzia di Vallelunga Pratameno, agenzia non ricompresa nell'elenco riportato in calce alla carta intestata della banca;

- la ***** e l'impresa ***** Orazio 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.

Alla luce di tali elementi (peraltro, rafforzati nella loro valenza indiziaria dalle circostanze che tutti i ***** sono tra loro fratelli e che le polizze sono state disconosciute dalla Banca di Credito Cooperativo "*****" di San Cataldo) il Collegio ritiene che sia ragionevolmente formulabile l'ipotesi dell'esistenza di un effettivo collegamento sostanziale tra le imprese escluse.

Le ricorrenti, peraltro, non contestano le somiglianze formali tra le offerte, ma le ritengono di rilievo marginale e, comunque, frutto di mere coincidenze, alcune delle quali asseritamene ascrivibili alla provenienza di tutte le imprese da un piccolo centro, servito da un'unica cartoleria ed un unico ufficio postale.

Tale difesa non convince.

Invero, alla luce dell'esame complessivo delle circostanze emerse in sede di gara, il Collegio ritiene pienamente condivisibile il giudizio della stazione appaltante sulla reciproca conoscenza, da parte delle tre ricorrenti, delle rispettive offerte nonché sulla divisata necessità di escluderle al fine di evitare che fosse messa in pericolo la regolarità della gara. Deve essere, infatti, valorizzato, quale regola di giudizio del materiale indiziario, il canone scolpito dal brocardo quae singula non probant coniuncta probant. In altri termini, se per ognuna delle ridette somiglianze, laddove considerate separatamente, possa trovarsi una spiegazione plausibile, nondimeno i medesimi elementi, per il loro numero e per le particolari caratteristiche identificative, conducono, una volta valutati nel loro insieme, ad un'univoca conclusione dotata di senso: le ricorrenti hanno concordato le offerte.

Per i motivi sopra espressi il Collegio ritiene, inoltre, irrilevante il fatto che l'Amministrazione non abbia eseguito indagini o simulato prove di resistenza al fine di verificare l'incidenza sulla gara del collegamento tra le imprese. La ravvisata violazione dei principi generali citati, infatti, deve ritenersi da sola sufficiente ad escludere dalla gara i concorrenti sostanzialmente collegati, anche se l'esclusione comporta un restringimento del numero dei partecipanti, poiché l'interesse alla regolarità della competizione prevale su quello alla massima partecipazione alla stessa.

I provvedimenti assunti appaiono, inoltre, congruamente motivati, poiché la stazione appaltante ha puntualmente indicato le circostanze di fatto poste a fondamento delle determinazioni impugnate.

La legittimità dell'esclusione (che implica l'assorbimento della pregiudiziale eccezione di inammissibilità del gravame, formulata dall'Amministrazione resistente) comporta anche, in parte qua, il rigetto della domanda di risarcimento danni avanzata dalle ricorrenti.

Vanno, infine, esaminati congiuntamente, per l'evidente connessione tra le questioni sollevate, il terzo ed il quarto motivo di ricorso, con i quali si contestano, rispettivamente, la legittimità del clausola del Patto di Integrità (che consente l'irrogazione delle sanzioni dell'incameramento della cauzione e dell'esclusione del concorrente dalle gare indette dal Comune di Milano per cinque anni) nonché la validità dei successivi provvedimenti attuativi.

In particolare, le ricorrenti deducono l'insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'incameramento della cauzione: un tale provvedimento, si afferma, non potrebbe essere assunto né ai sensi dell'art. 30, comma 1, l. n. 109/94 - applicabile solo nel caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicataria (e, quindi, non al caso di specie) -, né ai sensi del d.p.r. n. 34/2000, né di altre disposizioni, tra le quali, il Patto di Integrità.

I mezzi di gravame sono fondati e meritevoli di accoglimento.

Invero, a differenza del provvedimento di esclusione, quello di incameramento della cauzione non mira a tutelare direttamente la regolarità della gara, ma a sanzionare il comportamento scorretto del soggetto cui è destinato.

In assenza di norme specifiche, i principi generali in materia di illeciti amministrativi vanno desunti dalla Costituzione e dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, che prevede, in favore del soggetto passivo, alcune garanzie conformate sulle analoghe proprie del modello penalistico.

Ora, la Costituzione sancisce un principio valido per tutto il diritto punitivo, stabilendo all'art. 25, comma 2 Cost., che "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

L'art. 1 della l. n. 689/81, ribadisce il principio di legalità - insieme ai corollari della tassatività, tipicità e nominatività - anche per le sanzioni amministrative.

In generale, quindi, è indispensabile una previsione legislativa per prevedere ed irrogare una sanzione amministrativa.

Nel caso di specie, il provvedimento di incameramento della cauzione ed il relativo potere esercitato dalla stazione appaltante risultano basati sul Patto di integrità, in forza del quale, a parere della parte resistente, l'Amministrazione ben avrebbe potuto applicare una "pena privata", siccome pattuito con la concorrente per il caso di inadempimento degli obblighi assunti con la sottoscrizione del Patto. Ma, anche se riguardato sotto questo profilo, va rilevato che il Patto contempla la misura dell'incameramento della cauzione solo con riferimento alla violazione degli impegni "anti-corruzione" e non per le altre ipotesi ivi indicate (tra le quali quella oggetto di causa). Né assume particolare importanza la circostanza (pure rappresentata dall'Amministrazione) che il Patto sia stato tradotto dall'inglese e, quindi, rechi un'imprecisione nella parte in cui limita la possibilità di applicare la sanzione indicata alla sola ipotesi di violazione degli impegni anti-corruzione. È evidente, infatti, che in sede giudiziale può essere utilizzata solo la versione italiana sottoscritta dalla concorrente, da interpretare nel senso dalla stessa reso palese.

Pertanto, i provvedimenti di incameramento della cauzione risultano illegittimi e vanno conseguentemente annullati.

Per ragioni assolutamente identiche va ritenuta anche l'invalidità della disposta penalità dell'esclusione,

per cinque anni, dalle gare indette dal Comune di Milano. A dire il vero, sul punto potrebbe obiettarsi che la sanzione è stata successivamente ritirata dall'Amministrazione, con conseguente sopravvenuta carenza dell'interesse a ricorrere.

Siffatta conclusione non merita adesione. In effetti la Direzione Settore Gare e Contratti non ha definitivamente statuito nel senso di non applicare alle imprese ricorrenti la sanzione dell'esclusione, ma, appunto, ne ha soltanto comminata l'irrogazione futura («qualora l'Impresa venisse meno, nel futuro, ad uno qualsiasi degli obblighi previsti nel citato Patto di Integrità»): la permanente, potenziale soggezione delle ricorrenti alla misura in parola esclude che possa ritenersi venuto meno l'interesse allo specifico motivo di censura.

Neanche dall'annullamento del provvedimento di incameramento della cauzione deriva, però, l'accoglimento della domanda di risarcimento danni, poiché la domanda aquiliana è stata dedotta in modo assolutamente generico, senza nemmeno allegare le voci del preteso danno e, comunque, senza offrire minimi elementi di prova idonei a comprovare la fondatezza della richiesta: in altri termini, l'istanza risarcitoria è inammissibile ancor prima che infondata.

Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene di poter accogliere il gravame nei limiti sopra indicati, non potendosi accordare rilievo, perché estranee al presente giudizio, alle questioni relative al sopravvenuto disconoscimento, da parte del Credito Cooperativo "*****", delle polizze fidejussorie: le stesse, pertanto, dovranno essere restituite agli aventi diritto, se non vincolate per altra causa.

Sussistono giustificati motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Prima Sezione, riuniti i ricorsi specificati in epigrafe, definitivamente decidendo,

in parte dichiara inammissibili i ricorsi emarginati;

in parte accoglie i medesimi ricorsi e, per l'effetto, annulla i provvedimenti di incameramento delle cauzioni;

respinge nel resto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio dell'11 dicembre 2003, con l'intervento dei Magistrati:

***** , rel./est.

Il Presidente

L'Estensore

<https://www.diritto.it/e-lecita-l-escussione-della-garanzia-provvisoria-a-fronte-di-provati-inadempimenti-rel-ativi-alla-sottoscrizione-del-patto-di-integrita-da-parte-delle-ditte-partecipanti-ad-una-procedura-ad-evidenza-pu/>