

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 27/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29560-legittima-esclusione-ed-escussione-della-cauzione-provvisoria-per-violazione-del-patto-di-integrit-allegato-al-bando-e-sottoscritto-dalle-imprese-partecipanti-per-forme-di-collegamento-sostanzial>

Autore: Lazzini Sonia

Legittima esclusione ed escussione della cauzione provvisoria per violazione del patto di integrità allegato al bando e sottoscritto dalle imprese partecipanti PER forme di collegamento sostanziale tra imprese concorrenti riconducibili ad un unico centro

Tar Lombardia, Milano, 07.05.2010 n. 1386

Legittima esclusione ed escussione della cauzione provvisoria per violazione del patto di integrità allegato al bando e sottoscritto dalle imprese partecipanti PFR forme di collegamento sostanziale tra imprese concorrenti riconducibili ad un unico centro di interessi

La escussione della cauzione provvisoria nella fattispecie in esame vale unicamente ad identificare e 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 d'integrità (l'orientamento è stato più recentemente confermato anche da Consiglio Stato, sez. V, 06 marzo 2006 , n. 1053, secondo cui: il patto d'integrità nel suo insieme e nelle singole clausole assume il 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 2 cost.; ne consegue 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. - 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 pattizia, rinvenendosi la loro fonte nel patto d'integrità accettato dal concorrente con la sottoscrizione: da ultimo cfr. anche Consiglio Stato, sez. V, 08 settembre 2008, n. 4267).

La correttezza e la trasparenza della gara vengono pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi. Ciò anche alla luce della disciplina comunitaria, secondo cui il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese partecipanti si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza.

In definitiva, il collegamento sostanziale è nozione senza dubbio sussumibile tra gli "accordi per limitare la concorrenza" che le imprese concorrenti aveva dichiarato

insussistenti all'atto di partecipare alla gara. La violazione degli impegni anticorruzione, cui si subordina l'escussione della polizza, è espressione ampia che, letta in correlazione con le altre clausole, deve ritenersi riferita anche al complesso dei comportamenti che falsano il gioco della concorrenza, vietati dal patto di integrità, al fine di assicurare l'autonomia delle offerte.

Con ricorso depositato il 30 luglio 2002, RICORRENTE SRL ha impugnato i provvedimenti in epigrafe indicati, chiedendo al Tribunale di disporre l'annullamento, in quanto viziati da violazione di legge ed eccesso di potere. In particolare, la società ricorrente ha dedotto: - di aver partecipato alla gara indetta dal Comune di Milano per l'affidamento di lavori da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso (appalto n. 31/02, "per l'integrazione ed il completamento del progetto di riqualificazione dei Bastioni di Porta Venezia e di viale Vittorio Veneto"); - di essere stata esclusa dalla gara, avendo la stazione appaltante ravvisato elementi tali da far presumere un collegamento sostanziale tra l'impresa ricorrente ed altra (ALFA SRL, in associazione temporanea con l'impresa BETA COSTRUZIONI SRL) partecipante in ATI alla medesima gara, ciò in violazione del patto di integrità allegato al bando e sottoscritto dalle imprese partecipanti; - che, con nota del 18 giugno 2002, indirizzata alla SOCIETÀ GARANTE SPA, il COMUNE di MILANO aveva escusso la polizza n. 5023821, emessa dalla nominata Compagnia, per il tramite della quale era stata costituita la cauzione provvisoria.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione resistente, chiedendo il rigetto del ricorso

Sul contraddittorio così istauratosi, la causa è stata discussa e decisa con sentenza definitiva all'odierna udienza.

2. La RICORRENTE SRL ha articolato le seguenti doglianze.

2.1. Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente deduce che, con il suddetto "patto di integrità", i concorrenti alla gara avevano dichiarato di accettare che potessero essere applicate nei loro confronti le sanzioni ivi indicate tra le quali era ricompresa la confisca della cauzione della validità della offerta per il solo caso di mancato rispetto degli impegni anticorruzione assunti e non, come nella specie, per la asserita violazione di non accordarsi con altri partecipanti alla gara per limitare la concorrenza.

2.2. Con riguardo alla disposta esclusione, la ricorrente ritiene che, non sussistendo alcuna forma di controllo o di collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c. tra essa e ALFA SRL, il divieto previsto dal bando di gara e dall'art. 10, comma 1 bis, l. 109/94 (applicabile *ratione temporis*), posto a fondamento della sua esclusione, non sarebbe stato in alcun modo violato. Inoltre, si aggiunge, l'esistenza di un centro d'interessi comune non poteva trarsi dalla circostanza che le due società hanno un socio in comune, richiedendosi a tal fine un intreccio tra organi amministrativi e tecnici, di rappresentanza, nella specie non sussistente.

2.3. Con ulteriore motivo, la società ricorrente lamenta la violazione degli articoli 10 e 30 l. 109/94, dal momento che tali norme consentono l'incameramento della cauzione solo nelle ipotesi ivi stabilite, tra cui non è ricompresa l'ipotesi della supposta esistenza di rapporti di collegamento con altri concorrenti. Ne consegue anche la violazione del principio di legalità che presiede la materia delle sanzioni amministrative.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorso non può essere accolto.

Come si rileva dalla motivazione dei provvedimenti di esclusione e di incameramento della cauzione provvisoria, la commissione di gara ha rilevato elementi tali da far presumere forme di collegamento sostanziale tra imprese concorrenti riconducibili ad un unico centro di interessi in violazione di quanto disposto al punto K), pag. 9 del bando integrale di gara e dal Patto di Integrità con il quale la società ricorrente si è espressamente impegnata a non accordarsi con altri partecipanti alla gara per non limitare in alcun modo la concorrenza.

Ritiene il Collegio che le determinazioni dell'amministrazione siano legittime.

La giurisprudenza si è sempre orientata in senso favorevole alla possibilità di individuare ipotesi di “collegamento sostanziale” tra imprese, diverse e ulteriori rispetto a quelle espressamente indicate all’art. 10, comma 1 bis l. n. 109 del 1994 (“imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all’art. 2359 c.c.”), norma in questa sede applicabile *ratione temporis*. Mentre nel caso di “controllo” ai sensi dell’art. 2359 c.c., opera un meccanismo di presunzione *iuris et de iure* circa la sussistenza di un’ipotesi turbativa del corretto svolgimento della procedura concorsuale (e quindi dei principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti), nel caso di sussistenza del c.d. “collegamento sostanziale”, l’amministrazione è onerata di provare in concreto l’esistenza di elementi oggettivi e concordanti, che siano tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei richiamati principi (cfr. ex plurimis Cons. Stato, V, 22 aprile 2004 n. 2317; Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2002, n. 685; V, 15 febbraio 2002, n. 923; IV, 27 dicembre 2001, n. 6424). Anche in assenza di specifiche previsioni nella *lex specialis*, la stazione appaltante deve disporre l’esclusione di offerte contenenti gli indizi di una concordata modalità di presentazione e formulazione, ovvero della provenienza da un unico centro decisionale. Difatti, in considerazione della peculiarità della materia e degli interessi pubblici tutelati, sarebbe irragionevole e contraddittorio richiedere nel bando la tipizzazione del fatto del collegamento o del controllo societario diverso da quello di cui all’articolo 2359 c.c., dal momento che tale previsione farebbe refluire il perseguimento dell’interesse pubblico alla scelta del “giusto” contraente nel mero controllo della regolarità formale del procedimento, esponendo l’interesse protetto al pericolo di situazioni concrete di fenomeni di effettivo controllo o di altre situazioni societarie capaci di alterare la gara, non facilmente prevedibili o ipotizzabili. Ciò in quanto la tutela apprestata all’interesse pubblico alla corretta e regolare scelta del “giusto” contraente è finalizzata ad evitare che il relativo bene giuridico sia addirittura messo in pericolo: infatti, quand’esso fosse già stato leso o vulnerato, sarebbe molto difficile, se non addirittura impossibile una *restitutio in integrum*, salva l’ipotesi dell’annullamento della gara e la sua rinnovazione, che però in ogni caso comporterebbe, per il tempo occorrente e per le risorse umane e finanziarie da impiegare e riallocare, un’offesa non riparabile ai principi di economicità, speditezza, celerità ed adeguatezza dell’azione amministrativa (cfr. Cons. Stato VI, 13 giugno 2005, n. 3089; 23 giugno 2006, n. 4012; Sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7894). A conferma della lesività ed illegittimità del “collegamento sostanziale” tra imprese partecipanti alla medesima procedura, l’art. 34 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture), norma sopravvenuta rispetto ai fatti di causa, ha precisato che “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.

3.2. Nella presente gara, la stessa *lex specialis* sanzionava le situazioni sia di collegamento formale che sostanziale. Infatti: - il bando prevedeva (punto K pag. 9) l’esclusione delle concorrenti, per violazione del principio della segretezza delle offerte, tra le quali esistessero forme di controllo o di collegamento ai sensi dell’art. 2359 c.c.; - nel “patto di integrità” allegato al bando stesso, le imprese concorrenti si erano impegnate a non accordarsi con altri partecipanti alla gara per limitare in qualunque modo la concorrenza.

3.2. A questa stregua, il Collegio ritiene che legittimamente l’amministrazione ha desunto, sulla scorta degli elementi raccolti nel corso dell’istruttoria procedimentale, un collegamento sostanziale tra la società ricorrente e la concorrente, ostativo alla presentazione di offerte distinte nella medesima gara. In particolare, costituivano indizi gravi precisi e concordanti le seguenti circostanze di fatto: - le buste dei plichi avevano la stessa dimensione e colore e presentavano la medesima impostazione grafica; - i plichi risultavano spediti dal medesimo ufficio postale, il medesimo giorno, con le medesime modalità di invio; - il contrassegno di spedizione era compilato a mano, apparentemente con la stessa grafia ed inoltre era indicato lo stesso numero telefonico della società RICORRENTE SRL; - le polizze fideiussorie, presentate quale cauzione provvisoria, erano state rilasciate dalla medesima compagnia di assicurazione e dalla stessa agenzia nel medesimo giorno; - dalla polizza risultava che il pagamento del premio era avvenuto a Ravenna nel medesimo giorno ed alla stessa ora; - il sig. G. RICCARDO, amministratore unico e direttore tecnico della società ricorrente aveva la residenza in ALFONSINE (RA), in via Destro Senio n. 24, indirizzo quest’ultimo coincidente con la sede legale della società ALFA

SRL; - lo stesso soggetto era anche rappresentante della società DELTA SRL, ditta la quale possedeva a sua volta la quota del 95% della ALFA SRL e del 19% della RICORRENTE SRL.

Tali elementi erano senza dubbio in grado di suffragare la bontà della opinione formulata dalla stazione appaltante circa la messa in pericolo dell'interesse pubblico alla corretta e regolare scelta del "giusto" contraente.

Con riguardo alla escussione della polizza fideiussoria, il Consiglio Stato (sez. V, 08 febbraio 2005, n. 343 e sez. V, 24 marzo 2005, n. 1258), in una fattispecie del tutto analoga a quella per cui oggi è causa, ha affrontato la questione della validità del "patto d'integrità" nella parte in cui stabilisce l'incameramento della cauzione provvisoria. Il Giudice di primo grado aveva, similmente a quanto oggi sostenuto dalla società ricorrente, ritenuto illegittima l'escussione della cauzione provvisoria sul rilievo che tale sanzione sarebbe stata possibile nelle sole ipotesi disciplinate dagli artt. 10 e 30 della legge n. 109 del 1994, con la conseguenza che la disposizione contenuta nel patto di integrità sarebbe stata in contrasto con l'art. 1 della legge 24.11.1981, n. 689, che pone per le sanzioni amministrative una riserva di legge analoga a quella contenuta per le sanzioni penali nell'art. 25 della Costituzione.

Il Consiglio di Stato non ha condiviso tale impostazione con argomenti da cui il Collegio ritiene di non doversi discostare. Il Comune di Milano, con il patto d'integrità, che racchiude regole di comportamento per le imprese, partecipanti ad una gara, già desumibili dalla disciplina positiva relativa alle procedure di evidenza pubblica e dai principi attinenti la materia, ha solo configurato un sistema di condizioni (o requisiti) la cui accettazione ha elevato a presupposto necessario e condizionante per la partecipazione delle imprese alla specifica gara di cui trattasi. L'impresa concorrente, inoltre, con la sottoscrizione, all'atto della presentazione della domanda, del Patto d'integrità, 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 la conseguenza, ordinaria a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara. Nella fattispecie si individua, quindi, innanzitutto, un onere, consistente nella sottoscrizione per adesione delle regole contenute nel Patto d'integrità, configurandosi l'accettazione delle regole in questo contenute come condizione imprescindibile per poter partecipare alla gara, e contestualmente dei doveri comportamentali, accompagnati dalla previsione di una responsabilità patrimoniale, aggiuntiva alla esclusione della gara, assunti su base pattizia rinvenendosi la loro fonte nel Patto d'integrità accettato dal concorrente con la sottoscrizione.

Tale previsione, come ulteriore prescrizione dei bandi di gara, dei doveri stabiliti dal patto d'integrità con le correlative responsabilità di ordine patrimoniale, è del tutto legittima, inquadrandosi la fattispecie nell'ambito dell'autonomia negoziale dell'amministrazione, nell'invito a contrattare, e di chi aspiri a diventare titolare di un futuro contratto, con l'accettazione dell'invito. Non si ravvisano preclusioni nell'ordinamento positivo, specie se si consideri che il patto d'integrità contiene regole conformi a principi già considerati dall'ordinamento e già assistiti da responsabilità patrimoniale (quale la buona fede e la correttezza nelle trattative contrattuali)

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1386 del 7 maggio 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Milano

N. 01386/2010 REG.SEN.

N. 02404/2002 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2404 del 2002, proposto da:
RICORRENTE SRL, rappresentata e difesa dagli avv. Maria Cristina Faranda,
Roberto Fariselli, Mirca Tognacci, presso il cui studio è elettivamente domiciliata
in Milano, via Visconti di Modrone n. 19;

contro

COMUNE di MILANO, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Teresa Maffey,
Maria Rita Surano, con domicilio eletto presso gli uffici della avvocatura comunale
in Milano, V. Guastalla n. 8;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria (emessa dalla Società Garante Spa) comunicato con nota del 6 giugno 2002;
- del verbale di gara del 6 giugno 2002, comunicato il 15 luglio 2002, con il quale la società ricorrente è stata esclusa dalla gara;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di COMUNE di MILANO;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 marzo 2010 il dott. Dario Simeoli e
uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso depositato il 30 luglio 2002, RICORRENTE SRL ha impugnato i provvedimenti in epigrafe indicati, chiedendo al Tribunale di disporre l'annullamento, in quanto viziati da violazione di legge ed eccesso di potere. In particolare, la società ricorrente ha dedotto: - di aver partecipato alla gara indetta dal Comune di Milano per l'affidamento di lavori da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso (appalto n. 31/02, "per l'integrazione ed il completamento del progetto di riqualificazione dei Bastioni di Porta Venezia e di viale Vittorio Veneto"); - di essere stata esclusa dalla gara, avendo la stazione appaltante ravvisato elementi tali da far presumere un collegamento sostanziale tra l'impresa ricorrente ed altra (ALFA SRL, in associazione temporanea con l'impresa BETA COSTRUZIONI SRL) partecipante in ATI alla medesima gara, ciò in violazione del patto di integrità allegato al bando e sottoscritto dalle imprese partecipanti; - che, con nota del 18 giugno 2002, indirizzata alla SOCIETÀ GARANTE SPA, il COMUNE di MILANO aveva escusso la polizza n. 5023821, emessa dalla nominata Compagnia, per il tramite della quale era stata costituita la cauzione provvisoria.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione resistente, chiedendo il rigetto del ricorso

Sul contraddittorio così istauratosi, la causa è stata discussa e decisa con sentenza definitiva all'odierna udienza.

2. La RICORRENTE SRL ha articolato le seguenti doglianze.

2.1. Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente deduce che, con il suddetto "patto di integrità", i concorrenti alla gara avevano dichiarato di accettare che potessero essere applicate nei loro confronti le sanzioni ivi indicate tra le quali era ricompresa la confisca della cauzione della validità della offerta per il solo caso di

mancato rispetto degli impegni anticorruzione assunti e non, come nella specie, per la asserita violazione di non accordarsi con altri partecipanti alla gara per limitare la concorrenza.

2.2. Con riguardo alla disposta esclusione, la ricorrente ritiene che, non sussistendo alcuna forma di controllo o di collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c. tra essa e ALFA SRL, il divieto previsto dal bando di gara e dall'art. 10, comma 1 bis, l. 109/94 (applicabile *ratione temporis*), posto a fondamento della sua esclusione, non sarebbe stato in alcun modo violato. Inoltre, si aggiunge, l'esistenza di un centro d'interessi comune non poteva trarsi dalla circostanza che le due società hanno un socio in comune, richiedendosi a tal fine un intreccio tra organi amministrativi e tecnici, di rappresentanza, nella specie non sussistente.

2.3. Con ulteriore motivo, la società ricorrente lamenta la violazione degli articoli 10 e 30 l. 109/94, dal momento che tali norme consentono l'incameramento della cauzione solo nelle ipotesi ivi stabilite, tra cui non è ricompresa l'ipotesi della supposta esistenza di rapporti di collegamento con altri concorrenti. Ne consegue anche la violazione del principio di legalità che presiede la materia delle sanzioni amministrative.

3. Il ricorso non può essere accolto.

Come si rileva dalla motivazione dei provvedimenti di esclusione e di incameramento della cauzione provvisoria, la commissione di gara ha rilevato elementi tali da far presumere forme di collegamento sostanziale tra imprese concorrenti riconducibili ad un unico centro di interessi in violazione di quanto disposto al punto K), pag. 9 del bando integrale di gara e dal Patto di Integrità con il quale la società ricorrente si è espressamente impegnata a non accordarsi con altri partecipanti alla gara per non limitare in alcun modo la concorrenza.

Ritiene il Collegio che le determinazioni dell'amministrazione siano legittime.

3.1. La correttezza e la trasparenza della gara vengono pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi. Ciò anche alla luce della disciplina comunitaria, secondo cui il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese partecipanti si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza.

La giurisprudenza si è sempre orientata in senso favorevole alla possibilità di individuare ipotesi di “collegamento sostanziale” tra imprese, diverse e ulteriori rispetto a quelle espressamente indicate all’art. 10, comma 1 bis l. n. 109 del 1994 (“imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all’art. 2359 c.c.”), norma in questa sede applicabile *ratione temporis*. Mentre nel caso di “controllo” ai sensi dell’art. 2359 c.c., opera un meccanismo di presunzione iuris et de iure circa la sussistenza di un’ipotesi turbativa del corretto svolgimento della procedura concorsuale (e quindi dei principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti), nel caso di sussistenza del c.d. “collegamento sostanziale”, l’amministrazione è onerata di provare in concreto l’esistenza di elementi oggettivi e concordanti, che siano tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei richiamati principi (cfr. ex plurimis Cons. Stato, V, 22 aprile 2004 n. 2317; Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2002, n. 685; V, 15 febbraio 2002, n. 923; IV, 27 dicembre 2001, n. 6424). Anche in assenza di specifiche previsioni nella lex specialis, la stazione appaltante deve disporre l’esclusione di offerte contenenti gli indizi di una concordata modalità di presentazione e formulazione, ovvero della provenienza da un unico centro decisionale. Difatti, in considerazione della peculiarità della materia e degli interessi pubblici tutelati, sarebbe irragionevole e contraddittorio richiedere nel bando la tipizzazione del fatto del collegamento o del controllo societario diverso da quello di cui all’articolo 2359 c.c., dal momento che tale previsione farebbe refluire il perseguimento dell’interesse pubblico alla

scelta del “giusto” contraente nel mero controllo della regolarità formale del procedimento, esponendo l’interesse protetto al pericolo di situazioni concrete di fenomeni di effettivo controllo o di altre situazioni societarie capaci di alterare la gara, non facilmente prevedibili o ipotizzabili. Ciò in quanto la tutela apprestata all’interesse pubblico alla corretta e regolare scelta del “giusto” contraente è finalizzata ad evitare che il relativo bene giuridico sia addirittura messo in pericolo: infatti, quand’esso fosse già stato leso o vulnerato, sarebbe molto difficile, se non addirittura impossibile una *restitutio in integrum*, salva l’ipotesi dell’annullamento della gara e la sua rinnovazione, che però in ogni caso comporterebbe, per il tempo occorrente e per le risorse umane e finanziarie da impiegare e riallocare, un’offesa non riparabile ai principi di economicità, speditezza, celerità ed adeguatezza dell’azione amministrativa (cfr. Cons. Stato VI, 13 giugno 2005, n. 3089; 23 giugno 2006, n. 4012; Sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7894). A conferma della lesività ed illegittimità del “collegamento sostanziale” tra imprese partecipanti alla medesima procedura, l’art. 34 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture), norma sopravvenuta rispetto ai fatti di causa, ha precisato che “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.

3.2. Nella presente gara, la stessa *lex specialis* sanzionava le situazioni sia di collegamento formale che sostanziale. Infatti: - il bando prevedeva (punto K pag. 9) l’esclusione delle concorrenti, per violazione del principio della segretezza delle offerte, tra le quali esistessero forme di controllo o di collegamento ai sensi dell’art. 2359 c.c.; - nel “patto di integrità” allegato al bando stesso, le imprese concorrenti si erano impegnate a non accordarsi con altri partecipanti alla gara per limitare in qualunque modo la concorrenza.

3.2. A questa stregua, il Collegio ritiene che legittimamente l'amministrazione ha desunto, sulla scorta degli elementi raccolti nel corso dell'istruttoria procedimentale, un collegamento sostanziale tra la società ricorrente e la concorrente, ostativo alla presentazione di offerte distinte nella medesima gara. In particolare, costituivano indizi gravi precisi e concordanti le seguenti circostanze di fatto: - le buste dei plichi avevano la stessa dimensione e colore e presentavano la medesima impostazione grafica; - i plichi risultavano spediti dal medesimo ufficio postale, il medesimo giorno, con le medesime modalità di invio; - il contrassegno di spedizione era compilato a mano, apparentemente con la stessa grafia ed inoltre era indicato lo stesso numero telefonico della società RICORRENTE SRL; - le polizze fideiussorie, presentate quale cauzione provvisoria, erano state rilasciate dalla medesima compagnia di assicurazione e dalla stessa agenzia nel medesimo giorno; - dalla polizza risultava che il pagamento del premio era avvenuto a Ravenna nel medesimo giorno ed alla stessa ora; - il sig. G. RICCARDO, amministratore unico e direttore tecnico della società ricorrente aveva la residenza in ALFONSINE (RA), in via Destro Senio n. 24, indirizzo quest'ultimo coincidente con la sede legale della società ALFA SRL; - lo stesso soggetto era anche rappresentante della società DELTA SRL, ditta la quale possedeva a sua volta la quota del 95% della ALFA SRL e del 19% della RICORRENTE SRL.

Tali elementi erano senza dubbio in grado di suffragare la bontà della opinione formulata dalla stazione appaltante circa la messa in pericolo dell'interesse pubblico alla corretta e regolare scelta del "giusto" contraente.

3.3. Con riguardo alla escussione della polizza fideiussoria, il Consiglio Stato (sez. V, 08 febbraio 2005, n. 343 e sez. V, 24 marzo 2005, n. 1258), in una fattispecie del tutto analoga a quella per cui oggi è causa, ha affrontato la questione della validità del "patto d'integrità" nella parte in cui stabilisce l'incameramento della cauzione provvisoria. Il Giudice di primo grado aveva, similmente a quanto oggi sostenuto

dalla società ricorrente, ritenuto illegittima l'escussione della cauzione provvisoria sul rilievo che tale sanzione sarebbe stata possibile nelle sole ipotesi disciplinate dagli artt. 10 e 30 della legge n. 109 del 1994, con la conseguenza che la disposizione contenuta nel patto di integrità sarebbe stata in contrasto con l'art. 1 della legge 24.11.1981, n. 689, che pone per le sanzioni amministrative una riserva di legge analoga a quella contenuta per le sanzioni penali nell'art. 25 della Costituzione.

Il Consiglio di Stato non ha condiviso tale impostazione con argomenti da cui il Collegio ritiene di non doversi discostare. Il Comune di Milano, con il patto d'integrità, che racchiude regole di comportamento per le imprese, partecipanti ad una gara, già desumibili dalla disciplina positiva relativa alle procedure di evidenza pubblica e dai principi attinenti la materia, ha solo configurato un sistema di condizioni (o requisiti) la cui accettazione ha elevato a presupposto necessario e condizionante per la partecipazione delle imprese alla specifica gara di cui trattasi. L'impresa concorrente, inoltre, con la sottoscrizione, all'atto della presentazione della domanda, del Patto d'integrità, 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 la conseguenza, ordinaria a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara. Nella fattispecie si individua, quindi, innanzitutto, un onere, consistente nella sottoscrizione per adesione delle regole contenute nel Patto d'integrità, configurandosi l'accettazione delle regole in questo contenute come condizione imprescindibile per poter partecipare alla gara, e contestualmente dei doveri comportamentali, accompagnati dalla previsione di una responsabilità patrimoniale, aggiuntiva alla esclusione della gara, assunti su base pattizia

rinvenendosi la loro fonte nel Patto d'integrità accettato dal concorrente con la sottoscrizione.

Tale previsione, come ulteriore prescrizione dei bandi di gara, dei doveri stabiliti dal patto d'integrità con le correlative responsabilità di ordine patrimoniale, è del tutto legittima, inquadrandosi la fattispecie nell'ambito dell'autonomia negoziale dell'amministrazione, nell'invito a contrattare, e di chi aspiri a diventare titolare di un futuro contratto, con l'accettazione dell'invito. Non si ravvisano preclusioni nell'ordinamento positivo, specie se si consideri che il patto d'integrità contiene regole conformi a principi già considerati dall'ordinamento e già assistiti da responsabilità patrimoniale (quale la buona fede e la correttezza nelle trattative contrattuali). La escussione della cauzione provvisoria nella fattispecie in esame vale unicamente ad identificare e 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 d'integrità (l'orientamento è stato più recentemente confermato anche da Consiglio Stato, sez. V, 06 marzo 2006 , n. 1053, secondo cui: il patto d'integrità nel suo insieme e nelle singole clausole assume il 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 2 cost.; ne consegue 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. - 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 pattizia, rinvenendosi la loro fonte nel patto d'integrità accettato dal concorrente con la

sottoscrizione: da ultimo cfr. anche Consiglio Stato, sez. V, 08 settembre 2008, n. 4267).

3.4. In definitiva, il collegamento sostanziale è nozione senza dubbio sussumibile tra gli “accordi per limitare la concorrenza” che le imprese concorrenti aveva dichiarato insussistenti all’atto di partecipare alla gara. La violazione degli impegni anticorruzione, cui si subordina l’escussione della polizza, è espressione ampia che, letta in correlazione con le altre clausole, deve ritenersi riferita anche al complesso dei comportamenti che falsano il gioco della concorrenza, vietati dal patto di integrità, al fine di assicurare l’autonomia delle offerte.

4. Le spese di lite seguono la soccombenza come di norma.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

Rigetta il ricorso;

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell’amministrazione resistente che si liquida in € 2.200,00, oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Referendario

Dario Simeoli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/05/2010

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

IL SEGRETARIO