

## RAPPORTI FRA INADEMPIMENTO DEL PATTO DI INTEGRITÀ ED ESCUSSIONE DELLA GARANZIA PROVVISORIA:IL CONSIGLIO DI STATO DECIDE PER LA LEGITTIMITÀ 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

Merita di essere segnalata la decisione numero 4268 dell' 8 settembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato di cui segnaliamo il seguente passaggio

<Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, con può considerarsi illegittima la previsione della disciplina di gara in ordine all'incameramento della cauzione per violazione del "patto di integrità".

5.1.1.Come è noto, sotto la vigenza dell'art. 10, comma 1-bis, della L. n. 109 del 1994 e successive modificazioni (secondo cui "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile"), questo Consiglio di Stato si è orientato in senso favorevole alla possibilità di individuare ipotesi di "collegamento sostanziale" tra imprese, diverse e ulteriori rispetto a quelle indicate nel menzionato art. 10, comma 1-bis (Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2002, n. 685; V, 15 febbraio 2002, n. 923; IV, 27 dicembre 2001, n. 6424), con la precisazione che, mentre nel caso della sussistenza dell'ipotesi del "controllo" di cui all'art.10, comma 1-bis, 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" deve essere provato nello specifico e in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti, che siano tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei richiamati principi (Cons. Stato, V, 22 aprile 2004, n. 2317).

Invero, la pubblica amministrazione sceglie il contraente con cui concludere il contratto di appalto attraverso un procedimento regolato da norme d'ordine pubblico, tese all'individuazione del miglior contraente possibile. Il procedimento amministrativo è improntato al rispetto dei principi generali di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, in accordo con quanto imposto dall'art. 97 della Costituzione. Questi principi, nell'ambito delle gare pubbliche, si estrinsecano nelle regole della concorsualità, della segretezza e della serietà delle offerte, che tendono a garantire la par condicio dei partecipanti e la cui portata precettiva può essere presa in considerazione ed esplicitata anche attraverso la predisposizione della *lex specialis* della procedura di gara.

Al rispetto di queste regole sono tenuti non solo la stazione appaltante, ma anche i concorrenti, i quali devono presentare offerte serie, indipendenti e segrete, poiché solo in tal modo può considerarsi osservato il principio di libera concorrenza che garantisce l'individuazione del miglior contraente per l'Amministrazione. La giurisprudenza ha precisato poi che il divieto di partecipare alle gare di appalto per le imprese che siano tra loro in condizioni di collegamento opera indipendentemente dall'accertamento che l'amministrazione abbia condotto, per cui nel caso in cui sia dedotta la relativa doglianza il giudice non può esimersi dall'esaminarla per stabilirne in concreto la fondatezza o meno (Cons. Stato V, 9 ottobre 2007, n. 5284).

E' evidente che 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.>

Ma non solo

<Inoltre, questo Consiglio di Stato, tenendo conto che si tratta dell'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara, ha ritenuto che, anche in assenza di specifiche previsioni nella *lex specialis*, la stazione appaltante debba comunque disporre l'esclusione di offerte contenenti i indizi di una concordata modalità di presentazione e formulazione, ovvero della provenienza da un unico centro decisionale, per quanto rimanga preferibile che il divieto sia rafforzato attraverso clausole espresse del bando di gara.

La giurisprudenza ha invero rilevato che tra le cause di esclusione dalle gare vi sono, oltre ai casi di cui all'art. 2359 Cod. civ., le ipotesi non codificate di "collegamento sostanziale", le quali, attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla procedura a un unico centro decisionale, causano la vanificazione dei principi generali in tema di par condizio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione; il fatto che la rilevanza del collegamento anche sostanziale sia stata esplicitata nel bando vale a fortiori, non essendo la previsione di questa clausola essenziale per una tale esclusione (si vedano, tra le molte, Cons. Stato, VI, 13 giugno 2005, n. 3089; V, 12 ottobre 2004, n. 6570; VI, 13 giugno 2005, n. 3089; IV, 19 ottobre 2006, n. 6212; VI, 30 ottobre 2006, n. 6449).

La giurisprudenza ha del resto precisato che, proprio 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 Cod. civ., 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 societari 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).

Vale rilevare che, a tutela dei medesimi interessi, la previsione di cui al secondo comma dell'art. 34 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture), ha disposto che "non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile", precisando poi, nel periodo successivo, 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". Questa norma conferma la lesività del "collegamento sostanziale" tra imprese partecipanti alla medesima procedura>

Si rimanda a :

Incameramento della cauzione provvisoria \_annullamento di aggiudicazione\_sussistenza di un collegamento sostanziale\_rapporti con l'articolo 2359 del cc sul collegamento societario\_ ratio dell'articolo 34 del codice dei contratti\_ consiste in un principio generale relativo agli affidamenti pubblici\_applicabile anche alle procedure di affidamento delle concessioni di pubblico servizio \_legittimità solo se esistono sintomi inconfutabili della sussistenza di un unico centro decisionale \_ 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

Questo Consiglio di Stato, tenendo conto che si tratta dell'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara, ha ritenuto che, anche in assenza di specifiche previsioni nella lex specialis, la stazione appaltante debba comunque disporre l'esclusione di offerte contenenti i indizi di una concordata modalità di presentazione e formulazione, ovvero della provenienza da un unico centro decisionale, per quanto rimanga preferibile che il divieto sia rafforzato attraverso clausole espresse del bando di gara.\_La giurisprudenza ha invero rilevato che tra le cause di esclusione dalle gare vi sono, oltre ai casi di cui all'art. 2359 Cod. civ., le ipotesi non codificate di "collegamento sostanziale", le quali, attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla procedura a un unico centro decisionale, causano la vanificazione dei principi generali in tema di par condizio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione; il fatto che la rilevanza del collegamento anche sostanziale sia stata esplicitata nel bando vale a fortiori, non essendo la previsione di questa clausola essenziale per una tale esclusione \_La giurisprudenza ha del resto precisato che, proprio 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 Cod. civ., 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 societari 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 \_ la norma di cui all'art. 34 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei

contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture) conferma la lesività del “collegamento sostanziale” tra imprese partecipanti alla medesima procedura.

Merita di essere segnalata la decisione numero 3982 del 20 agosto 2008, inviata per la pubblicazione in data 3 settembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

**<Invero, la pubblica amministrazione sceglie il contraente con cui concludere il contratto di appalto attraverso un procedimento regolato da norme d'ordine pubblico, tese all'individuazione del miglior contraente possibile. Il procedimento amministrativo è improntato al rispetto dei principi generali di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, in accordo con quanto imposto dall'art. 97 della Costituzione. Questi principi, nell'ambito delle gare pubbliche, si estrinsecano nelle regole della concorsualità, della segretezza e della serietà delle offerte, che tendono a garantire la par condicio dei partecipanti e la cui portata precettiva può essere presa in considerazione ed esplicitata anche attraverso la predisposizione della lex specialis della procedura di gara.**

**Al rispetto di queste regole sono tenuti non solo la stazione appaltante, ma anche i concorrenti, i quali devono presentare offerte serie, indipendenti e segrete, poiché solo in tal modo può considerarsi rispettato il principio di libera concorrenza che garantisce l'individuazione del miglior contraente per l'Amministrazione. La giurisprudenza ha precisato poi che il divieto di partecipare alle gare di appalto per le imprese che siano tra loro in condizioni di collegamento opera indipendentemente dall'accertamento che l'amministrazione abbia condotto, per cui nel caso in cui sia dedotta la relativa doglianza il giudice non può esimersi dall'esaminarla per stabilirne in concreto la fondatezza o meno (Cons. Stato V, 9 ottobre 2007, n. 5284).**

**E' evidente, in relata, che 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.>**

Ma non solo

Vale rilevare che, a tutela dei medesimi interessi, la previsione di cui al secondo comma dell'art. 34 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture), ha disposto che “non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile”, precisando poi, nel periodo successivo, 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”. Questa norma conferma la lesività del “collegamento sostanziale” tra imprese partecipanti alla medesima procedura.

7.4. Contrariamente a quanto ritenuto dalle parti appellanti, detto art. 34, anche se non richiamato integralmente nella disciplina di gara (ove al punto B5 è previsto che “per partecipare alla gara non debbono sussistere rapporti di controllo e di collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c. con altre società concorrenti alla stessa gara”) è interamente applicabile anche alle procedure di affidamento delle concessioni di pubblico servizio (come nella fattispecie), atteso che trattasi comunque di un principio generale relativo agli affidamenti pubblici.

< Nella specie, la Sezione rileva che il presunto “collegamento sostanziale” non si basa su elementi univoci e concordanti, in quanto da un parte il primo giudice sembra aver sovrapposto l'ALFA provinciale di Verona e l'ALFA con sede in Roma, in quanto gli intrecci di organi societari sono stati riscontrati tra BETA (che è affiliata all'ALFA) e il Comitato provinciale ALFA di Verona, mentre in realtà ha partecipato alla gara soltanto l'ALFA con sede in Roma; dall'altra non è stato sufficientemente tenuto conto dell'ampia autonomia di cui godono gli enti affiliati all'ALFA ai sensi dello stesso statuto ALFA (versato in atti): perciò l'affiliazione di BETA ad ALFA non viene a costituire di per sé sintomo inconfutabile della sussistenza di un unico centro decisionale BETA-ALFA.

Inoltre, la rilevata coincidenza di sede riguarda BETA e l'ALFA provinciale di Verona, che però non ha partecipato alla gara; e a parte il fatto che la stessa Sport Management ammette che BETA non ha più sede in via Aurelio Saffi n. 3 dal 9 agosto 2004, cioè da circa due anni prima della procedura di gara qui in esame.

Il fatto poi che la medesima persona (il sig. Massimo Quartaroli) avrebbe effettuato il sopralluogo (al fine di predisporre le offerte in punto di interventi manutentivi) a beneficio sia di BETA, sia dell'ALFA è un punto la cui portata appare ragionevolmente contestata dagli appellanti, i quali rilevano che si fonda su un'attestazione non imparziale in quanto effettuata da parte di un soggetto interessato e cioè la Sport Management (precedente gestore), che aveva partecipato alla gara ed aveva denunciato per prima il collegamento sostanziale tra BETA ed ALFA.

Infine non poteva ravvisarsi conferma della sussistenza del preteso “collegamento sostanziale” tra BETA ed ALFA nel fatto che BETA avesse rinunciato all'aggiudicazione, in quanto tale rinuncia non solo era avvenuta dopo un certo lasso di tempo dall'aggiudicazione (circa cinque mesi dopo), ma era stata anche giustificata da BETA (con riferimento al cattivo stato in cui si trovava l'impianto per effetto della temporanea gestione di esso da parte di Sport Management; l'offerta presentata da BETA non risultava più vincolante per essere trascorsi centottanta giorni dalla sua presentazione; aspettativa di BETA a conseguire la gestione dell'impianto del primo lotto che all'epoca era sub iudice).>

Si legga anche

La norma civilistica (articolo 2359 del codice civile) richiamata dall'articolo 10, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 si basa, su di una presunzione e quindi non può escludere che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo societario atti ad alterare le gare di appalto ed è dunque pienamente legittimo che l'amministrazione appaltante possa introdurre clausole di esclusione dalla gara in presenza di tali ulteriori ipotesi di fatto: il limite della legittimità di tali ulteriori previsioni è da rinvenirsi nella loro ragionevolezza e nella loro logicità rispetto alla tutela che intendono perseguire e cioè la corretta individuazione del “giusto” contraente.

Merita di essere segnalato il pensiero, in tema di collegamento formale e/o sostanziale fra imprese, contenuto nella decisione numero 923 del 15 febbraio 2002 del Consiglio di Stato:

<La ratio e la natura della norma sopra esaminata consente di ritenere che con essa il legislatore non ha inteso per contro sterilizzare il potere dell'amministrazione di governare effettivamente la serie procedimentale delle gare per l'appalto di lavori pubblici, inibendole di introdurre nella lex specialis della gara l'introduzione di previsioni di fatti e situazioni che, pur non integrando gli estremi del collegamento o del controllo societario civilistico, siano capaci ed idonei ad alterare la serietà, indipendenza, completezza e completezza delle offerte presentate da imprese diverse, oltre che la loro segretezza, e che ne determinano l'esclusione dalla partecipazione alla gara>

ma non solo.

<Deve peraltro sottolinearsi che nella specifica materia in esame sarebbe irragionevole e contraddittorio richiedere, quale ulteriore condizione di legittimità del bando, la tipizzazione del fatto del collegamento o del controllo societario diverso da quello di cui all'articolo 2359 del codice civile, dal momento che una tale previsione farebbe refluire il perseguimento dell'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente nel mero controllo della regolarità formale del procedimento, esponendo quindi l'interesse stesso al pericolo di situazioni concrete di fenomeni di effettivi controllo o di altre situazioni societari capaci effettivamente di alterare la gara, non facilmente prevedibili o ipotizzabili>

§§§§§§§§§§

Quando sussiste il collegamento sostanziale

Il collegamento <<sostanziale>> che giustifica l'esclusione dalla gara delle imprese collegate sussiste quando da una serie di elementi univoci risulta che le offerte presentate sono riconducibili ad un unico centro di interesse, e, dunque, ad un unico centro decisionale, che è in grado di fissare offerte tra loro coordinate al fine di influire sull'esito della gara a proprio vantaggio: affermata quindi la non rilevanza, ai fini del collegamento sostanziale, della stipula delle polizze assicurative presso la medesima società assicuratrice nonché il fatto che il passaggio di una persona fisica da una società ad un'altra del medesimo settore, non può di per sé essere indizio di un collegamento tra le due società, in quanto tale passaggio risponde ad una ordinaria dinamica del mercato del lavoro manageriale..

Il Consiglio di stato con la decisione numero 4012 del 23 giugno 2006, in tema di collegamento sostanziale ci insegna che:

<Occorre la ricorrenza di una pluralità di elementi, da cui possa con sufficiente certezza evincersi che le offerte sono provenienti da soggetti che, in quanto legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti dal legislatore capaci di formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità>

e' importante quindi sapere che:

<I due elementi fondamentali di un collegamento sostanziale sono:

l'identità delle persone fisiche che ricoprono gli organi amministrativi,  
e  
l'identità di contenuto delle offerte>

§§§§§§§§

Mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario: situazione di controllo ex art. 2359 cod. civ., non comporta l'escussione della garanzia

Annullamento di aggiudicazione e incameramento della provvisoria

Mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario: situazione di controllo ex art. 2359 cod. civ., non comporta l'escussione della garanzia!!!!!!!

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 3601 dell' 1 luglio 2002, si occupa di un ricorso avverso la mancata aggiudicazione definitiva, l'incameramento della cauzione prestata e l'aggiudicazione ad altra ditta. in quanto, in sede di verifica sulle dichiarazioni rese sul possesso dei requisiti per partecipare alla

gara, l'Amministrazione comunale ha rilevato una connessione fra l'assetto proprietario della società per azioni aggiudicataria e quello di altra impresa, che aveva presentato offerta.

Entrambe le imprese offerenti avevano reso la dichiarazione, prescritta dal bando, "di non trovarsi in una delle situazioni di controllo, di cui all'art. 2359" del codice civile, con altra partecipante alla gara

Ad essere impugnata risulta essere la sentenza n. 484 del 18 agosto 2001, notificata il 12 settembre, del T.R.G.A. del Trentino – Alto Adige, sede di Trento, con la quale è stato respinto il ricorso per l'annullamento della deliberazione della giunta del Comune di Trento n. 1146, in data 25 luglio 2000 in cui si stabiliva di annullare l'aggiudicazione, in favore della società ricorrente, dei lavori di realizzazione di una percorso ciclabile nella città; di incamerare la cauzione prestata dalla società e di aggiudicare i lavori all'impresa controinteressata.

Sulla base delle seguenti considerazioni, i Giudici di Palazzo Spada, confermano l'operato della Stazione appaltante:

- L'art. 10, comma 1-bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, pone il divieto di partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici alle *imprese* che versino in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c.
- La possibilità di applicare a qualsiasi impresa la verifica di una situazione di controllo, e perciò anche ad altre società di capitali, alle società di persone o agli imprenditori individuali, non già alle sole società cui specificamente ha riguardo l'art. 2359, fa giustificatamente concludere che quel che la legge n. 109/1994 prende in considerazione è il fatto che, in virtù degli incroci di partecipazione e di interessi sussistenti, si rilevi l'esistenza di un unico centro decisionale, corrispondente a quello, che con la maggioranza dei voti, con l'influenza dominante o con particolari vincoli contrattuali, si avvera nelle predette società.
- Quel che assume rilievo, ai fini della partecipazione alle suddette procedure, è che non vi sia riferibilità ad una medesima persona, ad un medesimo gruppo di persone o ad una medesima società delle decisioni formalmente attribuibili ad entità diverse.
- la situazione di collegamento fra imprese, che comporta il divieto di partecipazione alla medesima gara d'appalto, deve accertarsi attraverso elementi oggettivi e concordanti, ed è sussistente quando questi riconducano ad un unico centro decisionale o di interesse comune.
- In ambedue le società offerenti nella gara in discussione, l'indagine ha portato a due sole persone, entrambe in possesso della metà del capitale dell'una e dell'altra società ed entrambe presenti nei due consigli di amministrazione. Sussiste, perciò, una comunanza di interessi, fra i due soggetti, che fa concludere per l'esistenza di un unico centro decisionale cui fanno capo le due imprese. Non si tratta di elementi indiziari, ma di elementi oggettivi, che giustificano l'affermazione di una situazione di controllo sulle due società.

Relativamente alla collegata escussione della garanzia, il supremo giudice amministrativo ritiene fondata la doglianza e considera illegittimo il fatto che il Comune abbia ritenuto imputabile a fatto dell'impresa la mancata stipulazione del contratto.

Si legge infatti che:

*" (...) E' però da rilevare che la norma in esame prescrive che tutte le offerte siano corredate da una cauzione pari al cinque per cento dell'importo dei lavori, quando la base d'asta superi, come è nel caso in esame, l'importo di 500 milioni di lire. Tuttavia vi si precisa sia che la cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per volontà dell'aggiudicatario, sia che ai non aggiudicatari essa è restituita non appena avvenuta l'aggiudicazione.*

*Sembra giustificato ritenere che si tratti di una norma di stretta interpretazione. Essa mira a garantire le amministrazioni della Provincia autonoma da inadempimenti successivi all'aggiudicazione e che riguardano, appunto, la fase in cui sorge esclusivamente il rapporto fra i due contraenti, la quale deve portare alla formale conclusione del contratto. Si riferisce perciò al rifiuto di stipulare, a ritardi non giustificati, in contrasto con l'esigenza di definire tempestivamente il vincolo contrattuale e di rispettare i tempi di esecuzione dell'opera. Nel caso di specie, questa fase non ha nemmeno avuto inizio, proprio per l'avvenuto annullamento dell'aggiudicazione. E, se è vero che l'annullamento è stato pronunciato per la ragione che l'impresa non poteva risultare aggiudicataria, è anche vero che questo effetto deriva da una circostanza che doveva determinare la sua non ammissione alla gara. Il nesso fra comportamento volontario dell'aggiudicatario e mancata sottoscrizione va, dunque, rinvenuto soltanto in fatti posteriori ad un'aggiudicazione alla quale l'amministrazione deve necessariamente far seguito. E la cauzione si pone a garanzia del suo interesse al più sollecito compimento dei lavori, del quale è condizione primaria la sottoscrizione del contratto (...)."*

Anche:

Non deve esserci un'intesa preventiva fra i partecipanti alla stessa gara

Il rispetto dei fondamentali principi della par condicio e della segretezza delle offerte, posti a garanzia della regolarità della procedura concorsuale, nell'interesse sia della pubblica amministrazione che dei partecipanti, postula necessariamente che fra i concorrenti ad una gara non venga in rilievo una relazione idonea a consentire un flusso formativo (delle offerte), e informativo in merito alla fissazione dell'offerta, ovvero agli elementi valutativi ad essa sottostanti; in presenza di significativi indizi sintomatici, il rischio di una intesa preventiva si traduce in una seria e ragionevole presunzione che le offerte dei diversi concorrenti siano riconducibili al medesimo centro decisionale

Le finalità pubblicistiche a cui è preordinata l'esigenza di individuazione del "giusto" contraente, implica che al loro rispetto non è vincolata soltanto la pubblica amministrazione, bensì anche coloro che intendono partecipare alla gara: su questi ultimi incombe, infatti, l'obbligo di presentare offerte che, al di là del loro profilo tecnico - economico (specifico oggetto della valutazione di merito da parte della stazione appaltante), devono avere le caratteristiche della completezza, della serietà, della indipendenza e della segretezza, le quali soltanto assicurano quel gioco della libera concorrenza e del libero confronto attraverso cui giungere all'individuazione del miglior contraente possibile

Merita di essere segnalato il seguente principio generale in ordine alle procedure ad evidenza pubblica contenuto nella decisione numero 6212 del 19 ottobre 2006 emessa dal Consiglio di Stato, che peraltro ci offre anche un importante aiuto in tema di collegamento e controllo tra imprese:

< la scelta da parte della pubblica amministrazione del soggetto con cui concludere un contratto di appalto di lavori pubblici si realizzi attraverso una serie procedimentale

interamente regolata da norme pubblicistiche, preordinate all'individuazione del miglior contraente possibile,

    sia dal punto di vista **soggettivo**

    (con riferimento ai requisiti soggettivi, alle capacità tecniche, organizzative e finanziarie),

    sia dal punto di vista **oggettivo**,

    con riferimento all'economicità dell'offerta formulata e quindi al buon uso del denaro pubblico.

Nel rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, enunciati dall'art. 97 della Costituzione,

    la predetta serie procedimentale si impernia sui postulati **di trasparenza ed imparzialità** che, a loro volta, si concretizzano

nel **principio di par condicio** tra tutti i concorrenti, realizzata attraverso  
**la previa predisposizione del bando di gara,**  
e nel **principio di concorsualità, segretezza, completezza, serietà, autenticità e completezza**  
**delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni ed alle previsioni della lex specialis,**  
nonché nella previa predisposizione, da parte dell'amministrazione appaltante, **dei criteri di**  
**valutazione delle offerte**>

in particolare, in tema di collegamento fra imprese, il supremo giudice amministrativo sottolinea che:

<La Sezione ha quindi ritenuto che, anche a prescindere dall'inserimento di una apposita clausola nel bando di gara, in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti attestanti la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, è consentita l'esclusione delle imprese, benché non si trovino in situazione di controllo ex art.2359 c.c. (altrimenti sarebbe facile eludere la descritta norma imperativa posta a tutela della concorrenza e della regolarità delle procedure di gara).

Tale orientamento è stato poi motivatamente confermato dalla V Sezione del Consiglio di Stato, che ha precisato che la stessa circostanza che il bando di gara faccia esplicito riferimento solo all'art. 2359 c.c. non può precludere all'Amministrazione di disporre l'esclusione di imprese che vengano reputate in una situazione di collegamento sostanziale, se gli elementi che connotano il caso concreto facciano ritenere violati i principi generali in materia di pubbliche gare posti a garanzia della correttezza delle procedure. In tale evenienza, infatti, prevale l'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara ed 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 c.c., possa essere alterata la competizione, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del "giusto" contraente>

Ma rispetto alla citata giurisprudenza, questa volta il giudice di Palazzo Spada va più in là ed infatti afferma che:

<Sulla asserita penetrante limitazione della legittimazione negoziale delle imprese e della stessa libertà di iniziativa economica derivante dalla esclusione delle "collegate", va osservato che l'affermazione appare fondata su un equivoco di fondo: **la liceità della situazione di collegamento tra imprese sul piano societario, delle logiche di mercato, della concorrenza, non preclude una differente valutazione normativa sul piano degli indicati principi pubblicistici di partecipazione alle pubbliche gare laddove siano ravvisabili elementi di fatto idonei a far presumere una non consentita condivisione della fase di formazione dell'offerta e, quindi, l'alterazione della regolarità della procedura.**

Ciò non senza ribadire che lo stesso divieto di collegamento sostanziale si risolve, in definitiva, anche nella tutela della libertà di iniziativa economica e della concorrenza, avuto riguardo agli effetti distorsivi sul libero mercato derivanti dalla alterazione delle procedure di gara>

A Cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 4267 dell' 8 settembre 2008 emessa dal Consiglio di Stato

**REPUBBLICA ITALIANA**

N. 4268/08 REG.DEC.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 3414 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 3414/2007, proposto dalla ALFA Sas di L. Carmine & C., rappresentata e difesa dagli avv.ti Mauro Pisapia, Riccardo Villata e Sabino Di Chio, con domicilio eletto in Roma, via L. Bissolati 76 presso l'avv. Riccardo Villata;

**contro**

il Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey e Raffaele Izzo, con domicilio eletto in Roma, Lungotevere Marzio n. 3 presso quest'ultimo;

per la riforma

della sentenza del TAR Lombardia - Milano: Sezione III n. 2931/2006, resa tra le parti, concernente esclusione da appalto per interventi nei refettori delle scuole;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza del 15 Aprile 2008, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati A. Manzi per delega R. Villata, e D. Resta, per delega R. Izzo;

Visto il dispositivo di decisione n.325/2008;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

**FATTO e DIRITTO**

1. Con la sentenza gravata, il TAR Lombardia, dopo aver respinto l'eccezione di inammissibilità dell'impugnativa, ha respinto nel merito il ricorso proposto dalla società

ALFA avverso la nota 10 maggio 2005 p.g. 452233/2005 con cui il Comune di Milano, settore Gare e Contratti, ha comunicato alla società ricorrente l'esclusione dall'appalto n. 25/2005 avente ad oggetto interventi da eseguirsi per il riordino interno ed esterno, riordino coperture e cortile interno, adeguamento normativo della scuola elementare Leonardo da Vinci e di quant'altro richiamato nella predetta nota.

2. In particolare, il TAR ha ritenuto:

- legittimo l'incameramento della **cauzione** provvisoria;

- inammissibile la censura in ordine alla natura di tale incameramento per omessa impugnativa della disciplina di gara ed in particolare del "patto di integrità";

- sussistente il collegamento tra i soggetti partecipanti alla procedura tale da giustificare l'esclusione dalla gara e l'incameramento della **cauzione** provvisoria.

3. Avverso detta sentenza ha proposto appello la società ALFA deducendo quanto segue:

- il bando di gara prevedeva tra le ipotesi di esclusione il mancato rispetto del principio di segretezza di cui all'art. 75 R. D. n. 827/1924, che può ritenersi presente se sussistono tra le ditte partecipanti le forme di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o situazioni di collegamento sostanziale sulla base di indizi gravi precisi e concordanti ma nella specie l'esclusione dell'istante è avvenuta in carenza di tali presupposti non essendo tali gli indizi rinvenuti dall'Amministrazione comunale ;

- in ogni caso è illegittima la sanzione dell'incameramento della **cauzione** e la segnalazione all'Autorità di vigilanza in quanto manca una base legale a tali sanzioni, come del resto statuito dal consiglio di Stato, sez. V n. 4789/2004.

4. Si è costituito in giudizio il comune di Milano che ha chiesto il rigetto del appello.

In prossimità dell'udienza di discussione del ricorso, entrambe le parti hanno presentato memoria conclusiva.

L'Amministrazione ha eccepito l'inammissibilità totale dell'appello, non essendo state proposte specifiche censure nei confronti della sentenza del TAR, in quanto il ricorrente si era limitato a reiterare le censure di 1° grado. Inoltre, l'appello sarebbe inammissibile anche sotto aspetti specifici, per non essere stata contestata la statuizione del TAR in ordine alla mancata impugnativa del "patto di integrità", per aver censurato per la prima volta in appello gli indizi tenuti presenti dall'Amministrazione per desumere l'esistenza di un unico centro di interessi.

Il Comune ha infine nel merito richiamato l'orientamento di questo Consiglio favorevole a considerare legittimo l'incameramento della **cauzione** per violazione del patto di integrità (sezione V n. 1053/2006, n. 343/2005 e n. 1258/2005).

La ricorrente ha controdedotto alle eccezioni di inammissibilità dell'appello sollevate dal Comune ed ha concluso per l'accoglimento del gravame.

All'udienza del 15 aprile 2008, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. Si può prescindere dall'eccezione di inammissibilità in toto dell'appello, sollevata dal Comune, in quanto il gravame è infondato nel merito.

5.1. Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, con può considerarsi illegittima la previsione della disciplina di gara in ordine all'incameramento della **cauzione** per violazione del "patto di integrità".

5.1.1. Come è noto, sotto la vigenza dell'art. 10, comma 1-*bis*, della L. n. 109 del 1994 e successive modificazioni (secondo cui "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile"), questo Consiglio di Stato si è orientato in senso favorevole alla possibilità di individuare ipotesi di "collegamento sostanziale" tra imprese, diverse e ulteriori rispetto a quelle indicate nel menzionato art. 10, comma 1-*bis* (Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2002, n. 685; V, 15 febbraio 2002, n. 923; IV, 27 dicembre 2001, n. 6424), con la precisazione che, mentre nel caso della sussistenza dell'ipotesi del "controllo" di cui all'art. 10, comma 1-*bis*, 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**" deve essere provato nello specifico e in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti, che siano tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei richiamati principi (Cons. Stato, V, 22 aprile 2004, n. 2317).

Invero, la pubblica amministrazione sceglie il contraente con cui concludere il contratto di appalto attraverso un procedimento regolato da norme d'ordine pubblico, tese all'individuazione del miglior contraente possibile. Il procedimento amministrativo è improntato al rispetto dei principi generali di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, in accordo con quanto imposto dall'art. 97 della Costituzione. Questi principi, nell'ambito delle gare pubbliche, si estrinsecano nelle regole della concorsualità, della segretezza e della serietà delle offerte, che tendono a garantire la *par condicio* dei partecipanti e la cui portata precettiva può essere presa in considerazione ed esplicitata anche attraverso la predisposizione della *lex specialis* della procedura di gara.

Al rispetto di queste regole sono tenuti non solo la stazione appaltante, ma anche i concorrenti, i quali devono presentare offerte serie, indipendenti e segrete, poiché solo in tal modo può considerarsi osservato il principio di libera concorrenza che garantisce l'individuazione del miglior contraente per l'Amministrazione. La giurisprudenza ha precisato poi che il divieto di partecipare alle gare di appalto per le imprese che siano tra loro in condizioni di collegamento opera indipendentemente dall'accertamento che l'amministrazione abbia condotto, per cui nel caso in cui sia dedotta la relativa doglianza

il giudice non può esimersi dall' esaminarla per stabilirne in concreto la fondatezza o meno (Cons. Stato V, 9 ottobre 2007, n. 5284).

E' evidente che 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.

5.1.2. E' stato dunque ritenuto consentito alla stazione appaltante prevedere l'esclusione delle offerte, quando specifici elementi oggettivi e concordanti inducano a ritenere la sussistenza di situazioni (ulteriori rispetto alle forme di collegamento societario di cui all'art. 2359 Cod. civ.) capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purché l'individuazione non oltrepassi il limite della ragionevolezza e della logicità rispetto alla tutela avuta di mira e consistente nell'autentica concorrenza tra le offerte.

Inoltre, questo Consiglio di Stato, tenendo conto che si tratta dell'esigenza di assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara, ha ritenuto che, anche in assenza di specifiche previsioni nella *lex specialis*, la stazione appaltante debba comunque disporre l'esclusione di offerte contenenti i indizi di una concordata modalità di presentazione e formulazione, ovvero della provenienza da un unico centro decisionale, per quanto rimanga preferibile che il divieto sia rafforzato attraverso clausole espresse del bando di gara.

La giurisprudenza ha invero rilevato che tra le cause di esclusione dalle gare vi sono, oltre ai casi di cui all'art. 2359 Cod. civ., le ipotesi non codificate di "*collegamento sostanziale*", le quali, attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla procedura a un unico centro decisionale, causano la vanificazione dei principi generali in tema di *par condizio*, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione; il fatto che la rilevanza del collegamento anche sostanziale sia stata esplicitata nel bando vale *a fortiori*, non essendo la previsione di questa clausola essenziale per una tale esclusione (si vedano, tra le molte, Cons. Stato, VI, 13 giugno 2005, n. 3089; V, 12 ottobre 2004, n. 6570; VI, 13 giugno 2005, n. 3089; IV, 19 ottobre 2006, n. 6212; VI, 30 ottobre 2006, n. 6449).

La giurisprudenza ha del resto precisato che, proprio 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 Cod. civ., 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 societari 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).

Vale rilevare che, a tutela dei medesimi interessi, la previsione di cui al secondo comma dell'art. 34 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture*), ha disposto che “non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile”, precisando poi, nel periodo successivo, 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”. Questa norma conferma la lesività del “collegamento sostanziale” tra imprese partecipanti alla medesima procedura.

5.1.3. 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. (v. Sez. V, n. 343/2005, n.1258/2005 e n. 1053/2006; sez. IV n. 6212/2006) .

5.2. Per quanto concerne la sussistenza o meno dei presupposti per desumerne nella specie il collegamento sostanziale per comminare l'esclusione della gara della ricorrente e l'incameramento della **cauzione** provvisoria è aspetto che è stato contestato solo in appello ma non in primo grado, come rilevato dall'Amministrazione comunale, per cui la relativa doglianza deve dichiararsi inammissibile.

6. Per quanto sopra esposto, l'appello deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio in considerazione delle oscillazioni giurisprudenziali in materia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 15 Aprile 2008 con l'intervento dei Signori:

Pres. Emidio Frascione

Cons. Claudio Marchitello

Cons. Marco Lipari

Cons. Aniello Cerreto Est.

Cons. Vito Poli

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Aniello Cerreto F.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

F.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

8-09-08

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

p. Il Direttore della Sezione



<il provvedimento di incameramento della cauzione risulta basato sulla gravità degli indizi in conformità al Patto di integrità, ma una tale estensione dei presupposti per l'esercizio del relativo potere sanzionatorio, in relazione a quanto sopra precisato, non può ritenersi consentita>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 5860 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2003

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.5860/2003 , proposto da . s.r.l. rappresentata e difesa dagli avv.ti S. A. Romano e G. Catalano con domicilio eletto in Roma Corso Vittorio Emanuele II, n. 284 presso lo studio del primo

contro

Comune di Milano rappresentato e difeso dagli avv.ti M. R. Surano, M. T. Maffey e R. Izzo con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Cicerone N. 28

e nei confronti di

Consorzio Ravennate, Consorzio Cooperative Virgilio, l'Idea Casa e IRTE, non costituitisi;-

per la riforma

della sentenza del TAR Lombardia, sez. 3°, n. 447 del 14.3.2003, resa tra le parti;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Alla pubblica udienza del 10.2.2004, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati Catalano ed Izzo;

Visto il dispositivo di decisione n.111 dell'11.2.2004;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto:

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, la società . ha fatto presente che il TAR aveva ritenuto corretto l'operato della Commissione di gara per aver proceduto all'esclusione dalla gara della Società in quattro gare indette dal comune di Milano per violazione del principio della segretezza, avendo riscontrato elementi idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate dalla medesima e dalle Ditte Immobiliare La \*\*\* ed Edilizia \*\*\* '82, con incameramento delle cauzioni provvisorie.

Ha dedotto quanto segue:

- non vi era alcun intreccio di ruoli tra i soggetti che all'interno delle tre società in questione in quanto, se si esclude la parentela, come ritenuto dal TAR, i legali responsabili di esse erano soggetti distinti e non vi era neppure intreccio tra i soci;

- le somiglianze formali ed esteriori erano dovute al fatto che le incombenze di confezionamento dei plichi e di formazione dei documenti, come anche delle fideiussioni, erano state affidate, in modo autonomo da parte di ciascuna Ditta, ad una nota azienda romana specializzata in tali servizi; così come non era probante il fatto che i plichi per partecipare alla gara fossero stati spediti dallo stesso Ufficio postale con numero progressivo;

- il TAR aveva erroneamente applicato i principi di diritto da esso stesso individuati, in quanto nella specie non sussistevano indizi gravi, precisi e concordanti per desumere la violazione del patto di integrità e dei principi e delle clausole di gara;

-neppure poteva condividersi l'assunto del TAR in base al quale l'infondatezza delle censure riferite al provvedimento di esclusione comportava anche il rigetto della domanda di annullamento dell'atto di incameramento della cauzione, atteso che avverso quest'ultimo provvedimento non era stati dedotti vizi di illegittimità derivata ma vizi propri, anche se conformi a quelli proposti avverso il provvedimento di esclusione, con contestazione dei relativi presupposti di fatto;

-pertanto la sentenza del TAR doveva essere riformata, in quanto gli indizi contestati alla Società non costituivano sufficiente motivazione del provvedimento di incameramento della cauzione, né vi era stata violazione del patto di integrità o di altre clausole del bando.

Ha concluso chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione e del relativo contratto, oltre che il risarcimento del danno.

Costitutosi in giudizio, il comune di Milano ha chiesto il rigetto dell'appello.

Ha evidenziato che per l'appalto n. 33/2002 avevano presentato offerta , tra le altre, anche le imprese La \*\*\*, Edilizia \*\*\* ed \*\*\*; che tali imprese erano state escluse dalla gara nella prima seduta del 14.5.2002, in quanto erano state riscontrate nella documentazione presentata elementi idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate, tali da far presumere forme di collegamento sostanziale tra le imprese, riconducibili ad un unico centro di interesse in violazione di quanto previsto dal punto K di pag. 9 del bando di gara e dal patto di integrità allegato al bando stesso, sottoscritto dalle imprese partecipanti a pena di esclusione, con la quale l'impresa si era impegnata, tra l'altro, a non accordarsi con altri partecipanti alla gara per limitare in alcun modo la concorrenza; che data inoltre la gravità degli indizi riscontrati e della reiterata condotta accertata era stata anche disposta l'escussione della cauzione in conformità al patto di integrità; che nella seconda seduta del 12.6.2002 erano state escluse altre ditte per la medesima ragione, con affidamento della gara all'impresa l'Idea Casa; che analogamente era avvenuto per gli appalti n.39/2002 , n. 41/2002 e n.42/2002, con aggiudicazione rispettivamente all'impresa IRTE, al Consorzio Ravennate ed al Consorzio Cooperative Virgilio.

Con ordinanza n. 3063/2003, questa Sezione ha accolto parzialmente l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente.

Con memoria conclusiva, ciascuna parte ha insistito nelle proprie conclusioni.

Alla pubblica udienza del 10.2.2004, il ricorso è passato in decisione.

## DIRITTO

1. Con sentenza TAR Lombardia, sez. 3°, n.447 del 14.3.2003 è stato respinto il ricorso proposto dalla \*\*\* s.r.l. avverso i provvedimenti di esclusione, ed incameramento della relativa cauzione provvisoria, dalle gare di appalto di lavori n.33/02, n. 39/02, n. 41/02 e n. 42/02, indette dal comune di Milano.

Avverso detta sentenza ha proposto appello la Società.

2.L'appello è infondato nella parte in cui si dirige avverso il provvedimento di esclusione.

2.1. Si deduce con l'appello che, ai fini del divieto di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, possono assumere rilievo esclusivamente le situazioni di controllo societario, mentre il collegamento organizzativo o la sussistenza di vincoli di parentela tra rappresentanti o soci delle imprese non possono considerarsi elementi sufficienti ad inficiare la trasparenza della procedura e l'autonomia delle singole offerte. In proposito, si assume altresì che l'art.10, comma 1 bis, l. n. 109/94 legittima l'esclusione automatica solo se sussistono forme di controllo, le quali, ai sensi dell'art.2359 c.c., devono ricondursi al concetto di influenza dominante, nella specie insussistente e comunque non dimostrata.

Rileva poi che gli elementi di carattere formale riscontrati nell'aspetto esteriore delle offerte, la cui identità ha indotto l'Amministrazione a desumere la loro provenienza da un unico centro di interessi, derivano in realtà dal fatto che le imprese si erano avvalse della consulenza della stessa Società di servizio per la compilazione della documentazione amministrativa.

L'Amministrazione segnala che gli elementi di fatto accertati, considerati unitariamente, rappresentano indizi gravi, precisi e concordanti, che evidenziano l'esistenza di un collegamento sostanziale tra le imprese e rendono plausibile la reciproca conoscenza e condizionamento delle offerte presentate dalle società escluse, con conseguente violazione del principio di segretezza delle offerte e del patto di integrità sottoscritto dai concorrenti, ponendo a rischio il regolare esito della procedura. Ciò costituirebbe presupposto idoneo a giustificare l'esercizio del potere di esclusione dei concorrenti dalla gara e l'incameramento della cauzione provvisoria.

2.2.Il Collegio rileva al riguardo che l'art.10, comma 1-bis, L. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, stabilisce il divieto di partecipazione alla medesima gara di imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 c.c..

Ai sensi di quest'ultima disposizione., sono considerate società controllate:

-le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

-le società in cui un'altra società dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

-le società che sono sotto l'influenza dominante di altra società, in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai sensi del terzo comma dell'art.2359 c.c., l'ipotesi del "collegamento societario" si concretizza quando una società esercita su altra società un'influenza notevole: ipotesi che si presume qualora nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.

Poiché il citato art.10, comma 1 bis, l.n. 109/94 si limita a richiamare solo l'ipotesi delle "società controllate" prevista e disciplinata dall'art.2359 c.c., ma poi in altre disposizioni della stessa legge, sia pure ad altri fini, vi è ampio riferimento sia al controllo che al collegamento societario (V. artt. 2, comma 4° e 17, comma 9°), evidentemente ciò non esclude che possano essere introdotte nella disciplina di gara fatti e situazioni che pur non integrando, gli estremi del controllo o collegamento societario civilistico, siano idonei ad alterare la serietà, l'indipendenza e completezza delle offerte, oltre che la loro segretezza, e che ne determinino l'esclusione dalla partecipazione alla gara.

Pertanto, la stazione appaltante può prevedere nella lex specialis ulteriori ipotesi di esclusione capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purché l'individuazione non superi il limite della ragionevolezza e della logicità al fine di non aggravare in modo eccessivo il procedimento, che deve pur tendere ad un'ampia partecipazione al fine della scelta del giusto contraente.

La differenza tra le ipotesi di esclusione di cui all'art.10, comma 1 bis, l.n. 109/94 e le eventuali ulteriori ipotesi individuate dalla stazione appaltante, consiste nel fatto che qualora si verifichi il primo caso l'Amministrazione potrà automaticamente procedere ad assumere il provvedimento di esclusione, essendovi una presunzione di controllo societario ex art.2359, 1° comma, c.c., mentre nel secondo caso sarà indispensabile individuare e valutare specifici elementi che inducano a ritenere che più offerte siano state presentate da un unico centro decisionale.

Le situazioni di collegamento sostanziale tra imprese derivano, quindi, da significativi indizi circa l'esistenza di un medesimo centro di interessi desunti da elementi oggettivi e concordanti (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. VI, 28 febbraio 2000, n. 1056; sez. V, 1.7.2002 n.3601 e sez. IV, 15.2002 n.949).

2.3.Nella specie, 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."

Inoltre, ogni concorrente ha presentato "a pena di esclusione", a corredo dell'offerta, 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, l'impresa concorrente ed il Comune di Milano si sono impegnati a ".. conformare i propri comportamenti ai principi di lealtà, trasparenza e correttezza .." oltre che a non assumere condotte corruttive (non offrire, accettare o richiedere somme di danaro o altra ricompensa, vantaggio o beneficio, sia direttamente che indirettamente, al fine dell'assegnazione del contratto e/o al fine di distorcere la relativa corretta esecuzione). L'impresa partecipante alla gara, inoltre, sottoscrivendo il Patto si è impegnata 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 ha dichiarato che ".. non si è accordata e non si accorderà con altri partecipanti alla gara per limitare in alcun modo la concorrenza".

L'esclusione della Società (insieme ad altre due) è stata disposta (come risulta nel relativo verbale) "per violazione del principio di segretezza avendo riscontrato nella documentazione presentata elementi idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate da parte delle diverse imprese. Sono stati infatti rilevati elementi tali da far presumere forme di collegamento sostanziale tra le stesse

riconducibili ad un unico centro di interesse in violazione di quanto previsto dal punto K del bando e del patto di integrità”.

Nella parte finale poi si precisa che : “Il mancato rispetto degli impegni assunti con la sottoscrizione da parte delle suddette imprese del Patto di integrità, comporta pertanto l’esclusione dei concorrenti dalla presente gara.

Gli elementi tenuti presenti dal Seggio di gara sono i seguenti:

- le buste contenenti i plichi hanno la stessa dimensione e colore, e presentano la stessa impostazione grafica;

i plichi risultano spediti dal medesimo ufficio postale, il medesimo giorno, con le medesime modalità di invio;

le domande di partecipazione alla gara, la dichiarazione sostitutiva del casellario giudiziale, la dichiarazione di cui al punto 4) del bando integrale di gara e la dichiarazione di subappalto sono state redatte, per tutte e tre le società, utilizzando i moduli predisposti dal Comune di Milano e compilate con grafia apparentemente simile e le marche da bollo sono state annullate tutte con il medesimo segno grafico;

le dichiarazioni relative all’ottemperanza della legge 68/99, per le quali non esistono modelli predisposti dal comune di Milano, sono state redatte, da tutte e tre le società, con una formulazione analoga, con la medesima impostazione grafica e su fogli uso bollo;

le polizze fideiussorie, presentate quale cauzione provvisoria, sono rilasciate dalla medesima compagnia di assicurazione e dalla stessa agenzia, nel medesimo giorno e con numero progressivo successivo;

in tutte le polizze risulta il medesimo errore nell’oggetto dell’assicurazione dove viene indicato correttamente l’oggetto dell’appalto, ma riportato erroneamente il numero, indicando il n.35 al posto del n.33;

la srl e la Edilizia \*\*\* 82 srl hanno entrambe sede in Roma, via Grassano 42 e lo stesso numero telefonico e di fax;

i legali rappresentanti delle tre società hanno tutti la propria residenza in Roma, via al IV Miglio 118, indirizzo coincidente con la sede legale della Immobiliare La \*\*\* s.r.l.

Ora, tali elementi possono essere ritenuti sufficienti per affermare l’esistenza di un’ingerenza reciproca nell’attività delle diverse imprese e, quindi, per considerare violato il principio di segretezza delle offerte.

Il fatto addotto dalla Società, secondo cui per gli adempimenti connessi alla partecipazione alla gara si era occupato il medesimo soggetto (una società di servizi) predisponendo i documenti necessari per prendere parte alla competizione, acuisce i rischi di commistioni e interferenze, tanto più che la società di servizi sembra aver curato non solo la “preparazione di domande di partecipazione” ma anche la “preparazione delle offerte”.

Nel caso in esame, però, a parte il presumibile collegamento sostanziale esistente tra dette imprese, sono stati ritenuti violati anche gli impegni assunti con il Patto di integrità, il che costituisce autonoma causa di esclusione dalla gara (non specificamente contestata), con riserva di ulteriori accertamenti che hanno poi evidenziato anche vincoli di parentela tra gli amministratori delle tre Società.

3. L'appello è, invece, fondato con riferimento ai provvedimenti di incameramento della cauzione provvisoria, giustificato dalla gravità degli indizi in conformità al patto di integrità.

Il TAR ha rilevato al riguardo la mancanza di censure autonome, che invece erano state proposte.

Invero, come evidenziato dalla Società, avverso quest'ultimo provvedimento non era stati dedotti vizi di illegittimità derivata ma vizi propri, anche se conformi a quelli proposti avverso il provvedimento di esclusione, con la sostanziale contestazione dei relativi presupposti giuridici e di fatto, nonché difetto di motivazione, doglianze che vanno condivise nel caso in esame.

3.1. Come è noto, la cauzione provvisoria prestata dal partecipante alla gara per l'appalto di lavori pubblici ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'Amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto (V. art. 332 L. 20.3.1865 n. 2248, allegato F, e artt. 2 e 4 D. P.R. 16.7.1962 n. 1063, art. 30, comma 1, L. n.109/1994 e successive modificazioni).

Recentemente, però, la cauzione provvisoria ha assunto anche l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle Imprese in sede di partecipazione alle gare di appalti di lavori pubblici in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa prescritti dal bando o lettera di invito, tanto è vero che è stato evidenziato che essa sta a garantire l'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione ma anche a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara (V. le decisioni di questa Sezione n.124 del del 18.5.1998 e n. 5843 del 15.11.2001).

Invero, con l'art. 10 comma 1quater della L. n.109/94 e successive modificazioni è stato (implicitamente) consentito alla Stazione appaltante di non esigere, all'atto della presentazione della domanda per la partecipazione alle procedure di affidamento dei lavori pubblici, la documentazione necessaria per attestare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa prescritti dal bando o lettera di invito, con l'obbligo però di richiedere, prima dell'apertura delle buste delle offerte, ad almeno un numero offerenti non inferiori al 10 % delle offerte presentate, scelti con sorteggio pubblico, al fine di comprovare, entro dieci giorni dalla richiesta, il possesso di detti requisiti. Con l'espressa previsione che "Quando tale prova non sia fornita ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità (per la vigilanza su lavori pubblici) per i provvedimenti di cui all'art. 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 8, comma. La suddetta richiesta è altresì inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario ed al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano già compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione"

Con la conseguenza che la Stazione appaltante, nel caso che tale prova non venga fornita ovvero non confermi quanto dichiarato nel termine prescritto, è tenuta all'esclusione del concorrente dalla gara ed all'escussione della relativa cauzione provvisoria, oltre che alla segnalazione del fatto all'autorità di vigilanza per i lavori pubblici per le ulteriori misure sanzionatorie (V. la decisione di questa Sezione n. 2482 dell'8.5.2002).

In particolare, poi ne è stato messo in rilievo il carattere sanzionatorio (V. Sez. VI n. n.416 del del 26.7.2001), peraltro confermato nell'ultima parte del menzionato art.1-quater L. n. 109/94 e successive

modificazioni, per cui il relativo potere non può essere esercitato al di fuori dei limiti normativamente stabiliti (V. la decisione di questa Sezione n.2512 del 12.5.2003).

3.2. Nel caso di specie, il provvedimento di incameramento della cauzione risulta basato sulla gravità degli indizi in conformità al Patto di integrità, ma una tale estensione dei presupposti per l'esercizio del relativo potere sanzionatorio, in relazione a quanto sopra precisato, non può ritenersi consentita.

In ogni caso, pur tenendo conto del Patto di integrità, esso prevede l'incameramento della cauzione solo con riferimento alla violazione degli impegni 'anti-corruzione' ivi precisati, che nella specie non sono stati contestati.

D'altra parte, la stessa Sezione del TAR Lombardia in una controversia analoga (V. sentenza n. 1090 del 30.4.2003) ha poi ritenuto illegittimo il provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria con il richiamo alla violazione del Patto di integrità.

4. Per quanto considerato, l'appello deve essere accolto in parte, con conseguente annullamento dei quattro provvedimenti di incameramento della cauzione provvisoria impugnati in 1° grado.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V)

Accoglie in parte l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma parziale della sentenza del TAR, accoglie in parte il ricorso originario.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 10.2.2004, con l'intervento dei signori:

Pres. Emidio Frascione

Cons. Raffaele Carboni  
Cons. Paolo Buonvino

Cons. Cesare L.

Cons. Aniello Cerreto, Est.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Aniello Cerreto f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28 giugno 2004

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi