

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

E' indispensabile una previsione legislativa al fine di prevedere una sanzione amministrativa (in provvedimenti irrogati nei confronti di soggetti che commettono un illecito amministrativo) e attribuire il potere di irrogarla

Il T.A.R. Lombardia - Sezione III - Sentenza 17 luglio 2003, n. 3631, esprime la propria opinione in merito ai collegamenti fra escussione della garanzia provvisoria e specifica previsione di irrogazione di sanzione amministrativa

Partendo dal presupposto che

“ il provvedimento di incameramento della cauzione non mira a tutelare direttamente la regolarità della gara, ma a sanzionare il comportamento scorretto del soggetto cui è destinato”

sostenuto dal fatto che :

“ le sanzioni amministrative consistono in provvedimenti irrogati nei confronti di soggetti che commettono un illecito amministrativo. L'illecito amministrativo si concretizza attraverso la violazione di un precetto posto a tutela dell'ordinamento amministrativo (in particolare, degli interessi pubblici la cui tutela è affidata alla pubblica amministrazione). La sanzione è quindi la conseguenza sfavorevole dell'illecito, che viene applicata coattivamente dalla pubblica amministrazione”.

Tenuto conto che:

“La Costituzione stabilisce il principio di riserva di legge in materia di sanzioni, prevedendo all'art. 25, comma 2 Cost., che “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”. L'art. 1 della l.n. 689/81, ribadisce il principio di legalità - con i corollari della tassatività, tipicità e nominatività delle sanzioni amministrative – stabilendo che a nessuno può essere irrogata una sanzione amministrativa se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione”

i giudici milanesi giungono alla conclusione che:

“ è indispensabile una previsione legislativa al fine di prevedere una sanzione e attribuire il potere di irrogarla.

E allora.....

Nel caso di specie, il provvedimento di incameramento della cauzione non risulta basato su una disposizione normativa e, quindi, deve ritenersi illegittimo

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sez. III - ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1920/2002 proposto da **** S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avvocati Marco Boretti e Nicoletta Munari ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima in Milano, Via San Tomaso n. 7;

contro

il Comune di Milano, in persona del Sindaco pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli Avvocati Maria Rita Surano e Maria Teresa Maffey dell'Avvocatura comunale e domiciliato presso gli Uffici di quest'ultima in Milano, Via della Guastalla n. 8;

nonché contro

**** delle cooperative di produzione e lavoro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso in giudizio dagli Avvocati Manlio Grilli e Mario Cocco ed selettivamente domiciliato presso quest'ultimo in Milano, Via C. Battisti n. 8;

**** S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa in giudizio dall'Avvocato Bruno Santamaria ed selettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Milano, Galleria del Corso n. 2;

e contro

per l'annullamento

dei provvedimenti di esclusione dalle gare d'appalto nn. 12/02, 16/02, 17/02, 18/02, 19/02, 20/02, 21/02, 22/02, 23/02, 24/02, di cui ai verbali delle sedute della Commissione delle gare d'appalto in data 2.5.2002, nonché di tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali, fra cui in particolare la determinazione di applicare alla ricorrente l'ulteriore sanzione della escussione della cauzione provvisoria.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune intimato e delle imprese controinteressate indicate in epigrafe;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 29.4.2003 il dott. Raffaello Sestini;

Uditi i difensori delle parti come da verbale di udienza;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La società ricorrente partecipava alle gare per l'aggiudicazione dei lavori relativi ad opere stradali indicate in epigrafe, indette da Comune di Milano, ma ne veniva esclusa, disponendosi l'incameramento della cauzione prestata, per violazione del punto K) del bando integrale di gara, il quale vietava forme di controllo o di collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c. tra le concorrenti al fine di garantire il principio di segretezza delle offerte.

Conseguentemente la ricorrente impugnava i provvedimenti assunti dal Comune di Milano, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili e chiedendone l'annullamento. La parte resistente e talune delle imprese controinteressate, costitutesi in

giudizio, eccepivano l'inammissibilità del ricorso, sostenendone, nel merito, l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza in data 10 luglio 2002 l'istanza cautelare incidentale proposta dalla ricorrente, come riformulata dal difensore in camera di consiglio, veniva accolta con riguardo al disposto incameramento della cauzione. Le parti argomentavano ulteriormente le rispettive difese con successive memorie.

A seguito dell'udienza di merito del 29/4/03 il giudizio veniva introitato dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Questo Tribunale, III Sezione, ha già esaminato nel recente passato questioni analoghe a quella evocata con il ricorso in epigrafe. Occorre quindi fare riferimento alle precedenti decisioni cautelari e di merito (ed in particolare alla decisione, in data 24.10.2002, del ricorso R.G. n. 1611/2002 - impresa La Porta Mario contro Comune di Milano) che hanno risolto la complessa e delicata problematica in esame secondo un orientamento tuttora condiviso dal Collegio.

Come già in quell'occasione, in via preliminare il Collegio respinge l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, fondata sul rilievo che la ricorrente non avrebbe dimostrato di essere stata nelle condizioni per poter aspirare all'aggiudicazione in caso di riammissione in gara. Sul punto va rilevato che sussiste un interesse non solo all'annullamento del provvedimento di incameramento della cauzione, bensì anche all'annullamento del provvedimento di esclusione, per i riflessi negativi che l'esclusione per i motivi indicati comporta anche con riferimento alla partecipazione a gare successive.

Va respinta anche l'eccezione di irricevibilità del ricorso con riguardo all'escussione della cauzione, per tardività dell'impugnazione del Patto di integrità, poiché la parte ricorrente non impugna direttamente il Patto ma ne contesta l'erronea interpretazione, sicché è chiaro che le clausole applicate nel caso di specie non risultavano immediatamente lesive al momento della sottoscrizione o al momento della pubblicazione del bando, del quale il Patto fa parte integrante.

Passando all'esame del merito, il Collegio rileva che con il primo motivo di ricorso sono dedotti i vizi di violazione di legge ed eccesso di potere nella figura sintomatica della contraddittorietà fra più atti, con riguardo alla mancanza di una clausola espressa di esclusione applicabile alla fattispecie, posto che il provvedimento impugnato fa riferimento al punto K) del bando integrale di gara, il quale a sua volta rinvia alle nozioni di controllo e collegamento fra imprese di cui all'art. 2359 c.c., non riscontrabili nella fattispecie in esame. Con il secondo motivo di ricorso è altresì dedotto il vizio di eccesso di potere nella figura sintomatica della erronea valutazione dei fatti, essendo stata l'esclusione basata su mere presunzioni. Il disposto incameramento della cauzione configurerebbe infine una illegittima ed immotivata pena accessoria.

La Stazione appaltante avrebbe quindi illegittimamente individuato un'ipotesi di esclusione – determinata da un presunto collegamento sostanziale tra imprese sulla base di elementi meramente indiziari – non prevista dal bando di gara, in contrasto con il principio secondo il quale le cause di esclusione dalle gare pubbliche sono tassative e di stretta interpretazione, e con il principio secondo cui occorre garantire la massima partecipazione alle procedure concorsuali.

L'esame delle predette censure implica la soluzione di una serie di quesiti, cui questo Tribunale ha cercato di dare risposta con le predette sentenze.

In particolare, si è già rilevato che un automatico divieto di partecipazione alla medesima gara è disposto, dall'art. 10, comma 1-bis, legge 11 febbraio 1994, n. 109, solo per le imprese che si trovino fra

di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 c.c.. Ai sensi del predetto articolo ricadono nell'ambito del concetto di 'controllo societario' le ipotesi, in cui: una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di altra società; una società dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di altra società; la società controllata sia sotto l'influenza dominante di altra società in virtù dell'esistenza di particolari vincoli contrattuali intercorrenti tra le due società. Ai sensi del terzo comma dell'art. 2359 c.c., l'ipotesi del 'collegamento societario' si concretizza, invece, 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.

Le predette sentenze hanno peraltro ritenuto possibili anche ipotesi di esclusione dalla gara discendenti dalla configurabilità di forme di collegamento sostanziale tra imprese, per violazione dei principi di segretezza e di par condicio dei concorrenti, con la conseguente possibilità di escludere un'impresa da una gara pubblica, nell'interesse alla correttezza della procedura, purchè, in assenza di norme ad hoc (come quella contenuta nell'art. 10, comma 1 bis, legge n. 109/94) le verifiche in ordine alla correttezza della procedura siano compiute in concreto e caso per caso.

Pertanto, la Stazione appaltante può prevedere nella lex specialis ipotesi di esclusione ulteriori rispetto al citato art. 10, comma 1 bis (che in quanto norma di ordine pubblico resta applicabile a prescindere da una specifica previsione) purché non si stabilisca un'esclusione automatica dalla gara, dovendo in tali casi l'Amministrazione verificare se l'esame della fattispecie concreta induca a ritenere violati i principi posti a garanzia della correttezza della procedura.

Ciò in conformità all'orientamento giurisprudenziale favorevole alla possibilità di individuare ipotesi di collegamento sostanziale tra imprese, diverse da quelle indicate dal citato art. 10, co. 1 bis, l.n. 109/94 (Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 685; Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2002, n. 923; Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6424). E' noto che la pubblica amministrazione sceglie il contraente con il quale concludere il contratto di appalto attraverso un procedimento regolato da norme pubblicistiche, 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, secondo quanto imposto dall'art. 97 della Costituzione. Tali 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 possono essere presi in considerazione ed esplicitati anche attraverso la predisposizione della lex specialis della procedura di gara.

Al rispetto di tali regole sono tenuti – non solo la Stazione appaltante, ma anche i concorrenti, i quali devono presentare offerte serie, indipendenti e segrete, poiché solo così è rispettato il principio di libera concorrenza che garantisce l'individuazione del miglior contraente per l'Amministrazione. E' infatti chiaro che la correttezza e la trasparenza della gara risultano pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi. In sostanza, anche alla luce della disciplina comunitaria, è evidente che il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese partecipanti si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza.

Conclusivamente, secondo il giudizio di questo Tribunale la Stazione appaltante può 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 c.c.) 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.

Appurata quindi la astratta legittimità della previsione di forme di collegamento sostanziale ai fini dell'esclusione, per valutare la eventuale fondatezza delle censure dedotte occorre verificare la sussistenza, nel caso concreto in esame, di elementi probatori sulla base dei quali la Stazione appaltante possa affermare la violazione dei principi di segretezza e par condicio ed emettere il provvedimento di esclusione.

A giudizio del Collegio, in particolare, l'alterazione della par condicio dei concorrenti e la violazione dei principi di concorrenza e di segretezza dell'offerta possono ritenersi provate qualora ricorrano elementi di fatto dai quali possano trarsi indizi gravi, precisi e concordanti, che inducano a ritenere verosimile, secondo l'id quod plerumque accidit, il venir meno della correttezza della gara. Ciò si verifica se le offerte provengono da un medesimo centro decisionale o, comunque, provengono da due o più imprese collegate e sussistano elementi tali da far ritenere che si tratti di offerte previamente conosciute, anche se non concordate dalle partecipanti.

Nel caso di specie, come emerge dal verbale in atti, la Commissione di gara ha ritenuto violato il principio di segretezza avendo riscontrato, dall'esame della documentazione presentata e mediante ulteriori indagini svolte d'ufficio, elementi idonei ad alterare la serietà e l'indipendenza delle offerte presentate dalla ricorrente e da altre due imprese. Gli elementi che, a parere della Commissione, inducono a far presumere l'esistenza di forme di collegamento sostanziale tra le imprese citate, sono in particolare i seguenti:

- le domande presentate dal due imprese ritenute collegate (Lucchini Artoni S.r.l ed EdilBianchi S.r.l.) sono compilate con grafia apparentemente uguale e caratterizzate da uguali segni grafici;
- le stesse sono state presentate contestualmente;
- tutte le polizze fideiussorie sono state rilasciate dalla stessa agenzia della stessa compagnia nel medesimo giorno;
- il Signor Bianchi Giancarlo, direttore tecnico e socio al 90% della EdilBianchi S.r.l., è membro del Consiglio di amministrazione e socio al 66,67% della Lucchini Artoni S.r.l.;
- l'indirizzo del Sig. Bianchi Giancarlo coincide sia con la sede della EdilBianchi S.r.l., sia con l'indirizzo del Sig. Bianchi Vincenzo, rappresentante legale della Lucchini Artoni S.r.l., di cui ha sottoscritto la domanda di partecipazione alla gara.

Ora, è chiaro come l'intreccio fra partecipazioni azionarie e fra cariche di amministrazione e di direzione tecnica, valutato alla luce degli altri elementi oggettivi presi in considerazione dalla Commissione di gara, possa indurre a ritenere esistente un collegamento sostanziale tra le tre imprese escluse, tale da far presumere violati i principi di segretezza delle offerte e di par condicio dei concorrenti e, conseguentemente, tale da mettere in pericolo la correttezza della gara.

Occorre ora esaminare l'ulteriore parte del ricorso, volta a contestare la legittimità del provvedimento di incameramento della cauzione, deducendosi la violazione e falsa applicazione del bando di gara e dell'allegato patto di integrità.

Per questa parte il ricorso è fondato e va accolto.

Già nelle precedenti sentenze sopra richiamate, questo Tribunale ha avuto modo di evidenziare che, a differenza del provvedimento di esclusione, il provvedimento di incameramento della cauzione non mira a tutelare direttamente la regolarità della gara, ma a sanzionare il comportamento scorretto del soggetto cui è destinato.

Come è noto, le sanzioni amministrative consistono in provvedimenti irrogati nei confronti di soggetti che commettono un illecito amministrativo. L'illecito amministrativo si concretizza attraverso la violazione di un precetto posto a tutela dell'ordinamento amministrativo (in particolare, degli interessi pubblici la cui tutela è affidata alla pubblica amministrazione). La sanzione è quindi la conseguenza sfavorevole dell'illecito, che viene applicata coattivamente dalla pubblica amministrazione.

In assenza di norme specifiche, i principi generali applicabili vanno desunti dalla Costituzione e dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, che disciplina la materia. La Costituzione stabilisce il principio di riserva di legge in materia di sanzioni, prevedendo all'art. 25, comma 2 Cost., che "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". L'art. 1 della l.n. 689/81, ribadisce il principio di legalità - con i corollari della tassatività, tipicità e nominatività delle sanzioni amministrative - stabilendo che a nessuno può essere irrogata una sanzione amministrativa se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione.

In sostanza, è indispensabile una previsione legislativa al fine di prevedere una sanzione e attribuire il potere di irrogarla.

Nel caso di specie, il provvedimento di incameramento della cauzione non risulta basato su una disposizione normativa e, quindi, deve ritenersi illegittimo.

A diversa conclusione non si può giungere neanche utilizzando lo strumento offerto dal Patto di integrità allegato al bando. Pur a voler ammettere la natura negoziale di tale atto, va rilevato che il Patto prevede l'incameramento della cauzione solo con riferimento alla violazione degli impegni 'anti-corruzione' e non per l'ipotesi oggetto di causa.

Dall'annullamento del provvedimento di incameramento della cauzione non può derivare peraltro una domanda di risarcimento danni, poiché tale provvedimento è stato sospeso in sede cautelare.

Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato, nei limiti sopra indicati. Sussistono validi motivi, legati alla complessità delle questioni trattate ed alla soccombenza reciproca, per disporre la integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale Amministrativo per la Lombardia, sede di Milano, Sezione Terza, respinge il ricorso in epigrafe quanto alla domanda di annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente dalle gare indicate; accoglie il ricorso stesso quanto all'impugnativa del disposto incameramento della cauzione, e per l'effetto annulla il medesimo provvedimento di incameramento della cauzione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella Camera di Consiglio del 29.4.2003 con l'intervento dei signori:

Italo Riggio - Presidente

Raffaello Sestini - primo referendario - estensore

RobertoProietti – referendario.