

REPUBBLICA ITALIANA

N. 343/05 REG.D

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 6749 REG.RIC

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2003

decisione

sul ricorso in appello n. 6749/2003 proposto dal Comune di
Milano, in persona del Sindaco pt., rappresentato e difeso dagli
Avv.ti Raffaele Izzo, Mara Rita Surano e Maria Teresa Maffey
ed elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, Via
Cicerone, n. 28,

CONTRO

l'Impresa Cacciato Giovanni, rappresentata e difesa dall'Avv.
Luigi Manzi, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma,
Via Confalonieri, n. 5,

per la riforma della sentenza del T.A.R. della Lombardia, Sezione
III, dell'11.3.2003, n. 439;

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 3.2.2004, il Consigliere
Claudio Marchitiello;

Uditi i difensori delle parti gli avvocati M.R. Surano e L. Manzi,
come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La Impresa Cacciato Giovanni ha partecipato, per i lotti n. 17 e n.

22, alle gare di appalto indette dal Comune di Milano per l'affidamento della "manutenzione ordinaria delle carreggiate in conglomerato bituminoso e marciapiedi in asfalto colato per il periodo dalla data di consegna al 31.12.2002" (appalti nn. 17, 18, 19, 20, 21/2002 – 5 lotti) e per l'affidamento della "manutenzione ordinaria delle carreggiate stradali e zone pedonali in pietra naturale per il periodo dalla data di consegna al 31.12.2002" (appalti nn. 22, 23 e 24/2002 – 3 lotti).

La predetta società, peraltro, è stata esclusa dalle due gare con i provvedimenti del Settore Gare e Contratti del 2.5.2002, PG n. 164.470/2002 sub 60 e n. 194/479/2002 sub 26, "essendo stati rilevati elementi tali da far presumere forme di collegamento sostanziale tra detta società e l'impresa Cacciato Giovanni riconducibili ad un unico centro di interessi in violazione a quanto previsto al punto k), pag. 9, del bando di gara e dal "Patto d'integrità" con il quale detta società "si era impegnata a non accordarsi con altri partecipanti alla gara per non limitare in alcun modo la concorrenza".

Il Comune di Milano, con gli stessi provvedimenti del 2.5.2002, ha disposto l'escussione della cauzione provvisoria prestata dalla Impresa Cacciato in ciascuna delle due gare e, con successive note del 9.5.2002, ha invitato la società di assicurazione Finworld, S.p.A., che aveva rilasciato alla Impresa Cacciato le fideiussioni d'uso, a versare gli importi delle cauzioni (rispettivamente di Euro 6.500,00 e di Euro 11.900,00).

La Impresa Cacciato ha proposto ricorso al T.A.R. della Lombardia impugnando i provvedimenti di cui alle note del 2.5.2002 citate, la nota diretta alla Società Finworld, il verbale della commissione di gara del 2.5.2002 e, quale atto presupposto, il Patto d'integrità allegato ai bandi delle due gare.

La società ricorrente ha proposto anche domanda per il risarcimento dei danni.

Il Comune di Milano si è costituito in giudizio opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Il T.A.R. della Lombardia, Sezione III, con la sentenza dell'11.3.2003, n. 439, ha accolto il ricorso nella parte relativa all'annullamento del Patto d'integrità e dei provvedimenti di incameramento della cauzione, lo ha respinto per la domanda di risarcimento del danno.

Il Comune di Milano appella la sentenza deducendone la erroneità e domandandone la riforma.

La Impresa Cacciato resiste all'appello e chiede la conferma della sentenza appellata.

All'udienza del 3.2.2004, il ricorso in appello è stato ritenuto per la decisione.

DIRITTO

1.- Il Comune di Milano appella la sentenza dell'11.3.2003, n. 439, con la quale la III Sezione del T.A.R. della Lombardia ha accolto il ricorso proposto dalla Impresa Cacciato Giovanni.

Con la sentenza appellata, il T.A.R. ha annullato i provvedimenti

del Settore Gare e Contratti del Comune di Milano del 2.5.2002 PG n. 164.470/2002 sub 60 e n. 194/479/2002 sub 26, che hanno disposto l'incameramento della cauzione provvisoria prestata dalla predetta società per partecipare alle gare di appalto per la manutenzione di strade cittadine (ai lotti nn. 17, tra quelli attinenti alla "manutenzione ordinaria delle carreggiate in conglomerato bituminoso e marciapiedi in asfalto colato per il periodo dalla data di consegna al 31.12.2002", e 22, tra quelli relativi alla "manutenzione ordinaria delle carreggiate stradali e zone pedonali in pietra naturale per il periodo dalla data di consegna al 31.12.2002").

La sentenza ha anche annullato le note del 9.5.2002, con le quali il Comune di Milano ha chiesto alla società di assicurazione Finworld, S.p.A., che aveva rilasciato alla Impresa Cacciato le fidejussioni d'uso, di versare gli importi delle cauzioni.

I provvedimenti impugnati sono stati annullati per invalidità derivata.

Il T.A.R., infatti, in primis, ha ritenuto illegittimo ed ha annullato il cd. Patto d'integrità, su cui i provvedimenti di incameramento della cauzione risultano fondati, costituito da un complesso di regole comportamentali dirette a garantire il corretto svolgimento delle gare, allegate al bando di gara e parte integrante di questo, che i concorrenti hanno dovuto sottoscrivere all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, pena la esclusione dalla stessa.

Tra le altre disposizioni, il Patto d'integrità prevede, "nel caso di mancato rispetto degli impegni anticorruzione assunti", l'applicazione di varie sanzioni tra le quali quella relativa alla "confisca della cauzione di validità dell'offerta".

Come riportato nella narrativa che precede, la Impresa Cacciato è stata esclusa da entrambe le procedure alle quali ha partecipato, in quanto, come si rileva dalla motivazione dei provvedimenti di esclusione e di incameramento della cauzione provvisoria, di cui alle note del 2.5.2002, la commissione di gara ha rilevato "elementi tali da far presumere forme di collegamento sostanziale tra detta società e l'impresa Cacciato Giovanni riconducibili ad un unico centro di interessi in violazione di quanto disposto al punto K), pag. 9 del bando integrale di gara e dal Patto di Integrità con il quale si è espressamente impegnata a non accordarsi con altri partecipanti alla gara per non limitare in alcun modo la concorrenza".

2. L'appello del Comune di Milano è fondato nel merito.

La Sezione, pertanto, non si sofferma ad esaminare le eccezioni in rito sollevate in primo grado dal Comune di Milano respinte dalla sentenza appellata.

3. – La questione controversa, non essendovi stata, come emerge da quanto precede, alcuna contestazione in ordine ai presupposti e alle conseguenti statuizioni che hanno causato la estromissione della Impresa Cacciato dalla gara, concerne unicamente la legittimità del cd. Patto d'integrità nella sola disposizione che

stabilisce l'incameramento della cauzione provvisoria e degli atti impugnati nei soli profili inerenti all'applicazione in concreto di tale disposizione nei confronti della società appellata.

Il T.A.R., accogliendo l'unico motivo di ricorso proposto dalla società ricorrente in primo grado, ha ritenuto illegittima l'escussione della cauzione provvisoria sul rilievo che tale sanzione sarebbe possibile nelle sole ipotesi disciplinate dagli artt. 10 e 30 della legge n. 109 del 1994.

L'incameramento della cauzione provvisoria, prevista ed applicata nella fattispecie in esame, in quanto stabilisce una sanzione a carico del concorrente che ha tenuto nella gara un comportamento scorretto, verrebbe a configurarsi come una nuova figura di sanzione amministrativa, non prevista da alcuna norma di legge.

La disposizione in parola, pertanto, sarebbe in contrasto con l'art. 1 della legge 24.11.1981, n. 689, che, ponendo per le sanzioni amministrative una riserva di legge analoga a quella contenuta per le sanzioni penali nell'art. 25 della Costituzione, dispone che "nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione".

La previsione di sanzioni amministrative non può essere rimessa se non alla legge e non a fonti normative di secondo grado e tanto meno a meri provvedimenti amministrativi, quale è il Patto d'integrità dedotto in controversia, che costituisce parte

integrante del bando di gara.

L'impostazione data dal T.A.R. alla questione non è condivisa dalla Sezione.

Il Comune di Milano, con il Patto d'integrità, che racchiude regole di comportamento per le imprese, partecipanti ad una gara, già desumibili dalla disciplina positiva relativa alle procedure di evidenza pubblica e dai principi attinenti la materia (tale è anche la regola di cui si discute che inerisce al principio della parità di condizioni dei concorrenti), ha solo configurato un sistema di condizioni (o requisiti) la cui accettazione ha elevato a presupposto necessario e condizionante per la partecipazione delle imprese alla specifica gara di cui trattasi.

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

Nella fattispecie si individua, quindi, innanzitutto, un onere, consistente nella sottoscrizione per adesione delle regole contenute nel Patto d'integrità, configurandosi l'accettazione delle regole in questo contenute come condizione imprescindibile per poter partecipare alla gara, e contestualmente dei doveri

comportamentali, accompagnati dalla previsione di una responsabilità patrimoniale, aggiuntiva alla esclusione della gara, assunti su base pattizia rinvenendosi la loro fonte nel Patto d'integrità accettato dal concorrente con la sottoscrizione.

Ciò chiarito, la Sezione ritiene di potere affermare che la previsione, come ulteriore prescrizione dei bandi di gara, dei doveri stabiliti dal Patto d'integrità con le correlative responsabilità di ordine patrimoniale, sia del tutto legittima, inquadrandosi la fattispecie nell'ambito dell'autonomia negoziale dell'amministrazione, nell'invito a contrattare, e di chi aspiri a diventare titolare di un futuro contratto, con l'accettazione dell'invito.

In merito non si ravvisano preclusioni nell'ordinamento positivo, specie se si consideri che il Patto d'integrità contiene regole conformi a principi già considerati dall'ordinamento e già assistiti da responsabilità patrimoniale (quale la buona fede e la correttezza nelle trattative contrattuali).

La escussione della cauzione provvisoria nella fattispecie in esame vale unicamente ad identificare e a quantificare fin dall'origine la conformazione e la misura della responsabilità patrimoniale del partecipante alla gara conseguente all'inadempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione del Patto d'integrità.

Dalle considerazioni che precedono emerge che è privo di fondamento il rilievo che ha comportato l'annullamento in parte

qua del Patto d'integrità e dei provvedimenti di escussione della cauzione provvisoria.

L'appello del Comune di Milano, che ha prospettato deduzioni sostanzialmente conformi alla impostazione data alla questione dalla Sezione e alle considerazioni che precedono, in conclusione, deve essere accolto e, in riforma della sentenza appellata, deve respingersi il ricorso originario proposto dalla Impresa Cacciato.

4.- Sussistono, peraltro, giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado proposto dalla Impresa Cacciato Giovanni

Compensa fra le parti le spese del secondo grado del giudizio.

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

Così deciso, in Roma, in Camera di Consiglio, il 3.2.2004 e l'8.10.2004, con l'intervento dei signori:

Raffaele Iannotta	Presidente
Giuseppe Farina	Consigliere
Corrado Allegretta	Consigliere
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere

Claudio Marchitello

Consigliere Est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Claudio Marchitello

f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 8 febbraio 2005

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale