

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.2150/04 REG.DEC.

N. 2967 REG.RIC.

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

ANNO 2003

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2967/2003 dell'8/4/2003, proposto dalla
LPM Strade S.r.l., in persona del legale rappresentante,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Tanzarella e Paolo
Vaiano, con domicilio eletto in Roma, Lungotevere Marzio 3,
presso il secondo;

contro

il Comune di Milano, in persona del Sindaco in carica,
rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Maria
Teresa Maffey e Raffaele Izzo, con domicilio eletto in Roma, Via
Cicerone 28, presso quest'ultimo;

e nei confronti di

I.C.E.M.S. Costruzioni Edili S.r.l., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del Tar Lombardia - Milano: Sezione III N.
4701/2002, resa tra le parti, concernente esclusione dalla gara per
l'appalto di opere di manutenzione stradale;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti 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;

Visto il dispositivo di decisione n. 413/2003 pubblicato il 10 dicembre 2003;

Alla pubblica udienza del 9 dicembre 2003, relatore il Consigliere Goffredo Zaccardi ed uditi, altresì, gli avvocati Di Resta su delega dell'avv. Vaiano e Izzo;

FATTO E DIRITTO

I fatti di causa si danno per conosciuti per come analiticamente riportati sia nella parte espositiva in fatto della sentenza appellata che nelle memorie prodotte dalle parti .

Appare utile, tuttavia, precisare che nel bando di gara per l'aggiudicazione del lotto 18 dei lavori relativi alla manutenzione ordinaria delle carreggiate stradali in conglomerato bituminoso e dei marciapiedi in asfalto, il Comune di Milano ha previsto espressamente alla lett.k) che “verranno escluse dalla gara per violazione del principio di segretezza delle offerte (art. 75 del R.D. del 23/5/1924 n. 827), fatta salva l'applicazione delle ulteriori sanzioni previste nel Patto di Integrità la cui sottoscrizione da parte delle imprese concorrenti è condizione di ammissibilità alla gara, le imprese concorrenti fra le quali esistono forme di controllo o di collegamento ai sensi dell'art. 2359 del c.c. o situazioni di collegamento sostanziale quali la

comunanza del legale rappresentante, titolare, amministratori, soci, direttori tecnici, procuratori con poteri di rappresentanza”.

Nel Patto di Integrità sottoscritto regolarmente da parte appellante si puntualizza (quinto capoverso di pag.1) che la ditta partecipante dichiara” che non si è accordata e non si accorderà con altri partecipanti alla gara per limitare in alcun modo la concorrenza”.

La commissione di gara, nella seduta del 2 maggio 2002 (cfr. il verbale della riunione versato in atti) ha escluso l’attuale appellante ed altro concorrente per “violazione del principio di segretezza avendo riscontrato nella documentazione prodotta 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 interessi in violazione di quanto previsto da punto k) pag. 9 del bando integrale di gara e dal Patto di Integrità allegato al bando stesso, sottoscritto dalle imprese partecipanti a pena di esclusione, con il quale le ditte si sono espressamente impegnate, tra l’altro, a non accordarsi “con altri partecipanti alla gara per limitare in alcun modo la concorrenza”.

Gli elementi su cui si è fondata l’esclusione sono: a) le buste dei plichi hanno la stessa dimensione e colore, presentano la stessa impostazione grafica, l’indirizzo e l’oggetto dell’appalto sono

entrambi scritti a mano; b) i plichi risultano entrambi consegnati a mano il medesimo giorno e recano un numero progressivo di protocollo; c) le polizze fideiussorie, presentate quale cauzione provvisoria, sono state rilasciate dalla medesima compagnia di assicurazione e dalla stessa agenzia, nel medesimo giorno e con numero progressivo e sono state ritirate nello stesso giorno; d) il sig. La Porta Mario è titolare dell'omonima impresa ed è padre del sig. Michele La Porta, Amministratore Unico e Direttore tecnico dell'impresa LPM STRADE s.r.l.; e) la ditta da ultimo citata ha sede presso lo stesso studio di commercialisti (anche se ad indirizzo diverso) presso il quale è domiciliata anche la ditta individuale del sig. La Porta Mario e, presso entrambe le sedi, non risultano numeri telefonici intestati alle due imprese.

Su tale base è stata disposta la esclusione di entrambe le imprese e l'incameramento della cauzione provvisoria. Questa ultima statuizione è stata annullata in primo grado e l'appello qui in esame riguarda solo la parte della decisione indicata in epigrafe con cui è stato respinto il ricorso avverso l'esclusione dalla gara.

A giudizio del Collegio la decisione appellata merita conferma sia pure con le precisazioni che seguono.

E' pregiudiziale la considerazione che il bene tutelato dalle disposizioni sulla tutela della concorrenza e, quindi, sul corretto e fisiologico esplicarsi del confronto concorrenziale al fine di individuare il "giusto contraente" e le migliori possibili

condizioni di esecuzione dei lavori pubblici, costituisce un interesse pubblico di primario rilievo e coinvolge la posizione di tutti i cittadini che partecipano, è bene ricordarlo, attraverso il prelievo fiscale alla predisposizione delle risorse finanziarie che poi i soggetti pubblici deputati alla realizzazione di opere, acquisizione di servizi e forniture, provvedono a distribuire attraverso le procedure ad evidenza pubblica.

La tutela di tale interesse non può estendersi solo ai casi in cui vi sia stata lesione in concreto dell'interesse stesso ma deve riguardare anche le ipotesi in cui sia possibile metterlo in pericolo attraverso modalità di espletamento delle gare che non siano di assoluta garanzia per il corretto svolgimento del gioco concorrenziale.

Appare infatti evidente che una tutela solo successiva non avrebbe efficacia reale dovendo necessariamente passare per l'annullamento della gara e la sua rinnovazione, con la necessità per i soggetti aggiudicatori di sostenerne i pesanti costi finanziari ed organizzativi, oltre che di subire il danno conseguente al ritardo nella esecuzione delle opere progettate.

I principi costituzionali sulla efficienza dell'azione amministrativa richiedono pertanto che siano apprestati strumenti preventivi in grado di eliminare, o attenuare fin dove possibile, alterazioni della concorrenza nelle procedure ad evidenza pubblica (cfr. sul punto Sez. IV°, n. 923 del 15 febbraio 2002).

Questo è, a giudizio del Collegio, il fondamento essenziale della disposizione contenuta nell'art. 10, comma 1 bis, della legge 109/1994 che prende in considerazione solo uno dei casi tipici (quello delle società controllate) in cui più agevolmente può determinarsi una lesione della concorrenza ma che non esclude affatto – come invece ha ritenuto il giudice di primo grado sulla base di una analisi delle disposizioni specifiche della legge 109/1994 – che altre ipotesi siano dalle Amministrazioni aggiudicatrici prese in considerazione in forza del principio qui soprari chiamato al fine di evitare preventivamente possibili incisioni del principio della concorrenza.

Il bando di gara in esame, nella sua parte che si è testualmente riportata, ha correttamente preso in considerazione anche il collegamento sostanziale delle imprese, oltre che il controllo da parte di altra impresa partecipante alla gara, con una formulazione solo esemplificativa che poteva essere integrata nel corso degli adempimenti istruttori della procedura concorsuale con quelle altre situazioni idonee potenzialmente a pregiudicare l'interesse pubblico che, come si è detto è essenziale, al corretto svolgimento del gioco concorrenziale.

Ben poteva, pertanto l'Amministrazione comunale appellata considerare gli elementi che in concreto nella singola fattispecie potevano integrare la lesione, lo si ripete anche solo potenziale, della concorrenza in applicazione delle disposizioni del bando di

gara e dell'allegato Patto di Integrità.

La circostanza che anche nel caso di specie non vi fosse una prova certa del collegamento sostanziale, ma solo indici rivelatori della concreta possibilità della sua esistenza, corrisponde ad una costante delle fattispecie preordinate alla prevenzione di un pregiudizio di interessi pubblici così fortemente tutelati .

Muovendo da tali premesse gli elementi contestati all'appellante depongono in modo univoco, anche se a livello indiziario, per la sussistenza di un collegamento tra le due imprese partecipanti che avrebbero dovuto, quantomeno, nel rispetto dell'obbligo assunto anche con il Patto di Integrità ma comunque discendente dalla necessità di rispettare gli obblighi di trasparenza, di segretezza delle offerte e di serietà delle stesse, dichiarare all'Amministrazione comunale il rapporto esistente fornendo le opportune indicazioni per provare l'indipendenza e l'autonomia delle offerte proposte.

Appare in particolare significativo, in questo contesto, l'elemento di collegamento sussistente nella scelta da parte di imprese in cui padre e figlio hanno ogni potere di gestione ovvero una influenza dominante, di un unico professionista per fissare la sede delle due imprese senza uno specifico recapito telefonico con il che in questo soggetto potevano confluire atti, notizie ed informazioni riferite all'attività delle due imprese. Né sul punto è stata dimostrata una effettiva autonomia di altre sedi operative

delle due imprese che con il loro effettivo funzionamento avrebbero potuto, in ipotesi, dimostrare l'autonomia dei centri decisionali delle due imprese in questione.

Alla stregua delle considerazioni che precedono l'appello va respinto rimanendo superate dal profilo assorbente sin qui esaminato le specifiche censure svolte nell'atto introduttivo della presente fase di giudizio.

Sussistono ragioni per compensare, tra le parti, le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello di cui in epigrafe lo rigetta con conferma della sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 9 dicembre 2003 con l'intervento dei Sigg.ri:

Alfonso Quaranta	Presidente
Corrado Allegretta	Consigliere
Goffredo Zaccardi	Consigliere, est.
Claudio Marchitello	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Goffredo Zaccardi

F.to Alfonso Quaranta

IL SEGRETARIO

F.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15 aprile 2004

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

p. IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi