



REPUBBLICA ITALIANA

N. 1736/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 9992 REG.RIC.

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

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9992/07 Reg. Gen., proposto da CERUTTI LORENZO s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giorgio Razeto, Giuseppe Greppi e Nicolò Paoletti, elettivamente domiciliata presso l'ultimo in Roma, via Barnaba Tortolini n. 34;

CONTRO

il Comune di Milano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey, Maria Sorrenti e Raffaele Izzo, elettivamente domiciliata presso l'ultimo in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

E NEI CONFRONTI

dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato e per legge domiciliata presso la medesima in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

per la riforma

della sentenza 24 ottobre 2007 n. 6162 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Milano, sezione

prima, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni appellate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 9 gennaio 2009, relatore il consigliere Angelica Dell'Utri Costagliola, uditi per le parti gli Avv.ti Paoletti e Resta su delega dell'Avv. Izzo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con atto notificato in date 18 e 21 dicembre 2007 e 10 gennaio 2008, depositato il 20 dicembre 2007, la Cerutti Lorenzo s.r.l., esclusa da quattro gare indette dal Comune di Milano per l'affidamento degli appalti n. 80/2006 avente ad oggetto interventi di manutenzione straordinaria su pavimentazioni in conglomerato bituminoso – lotto 2/D – zone dec. nn. 6-7-8, n. 88/2006 avente ad oggetto Contratti di Quartiere II sistema Molise Calvairate, n. 82/2006 avente ad oggetto interventi di manutenzione straordinaria su pavimentazioni in conglomerato bituminoso – lotto 4/D – zone dec. nn. 4-5 e n. 81/2006 avente ad oggetto interventi di manutenzione straordinaria su pavimentazioni in conglomerato bituminoso – lotto 3/D – zone dec. nn. 2-3-9, ha appellato la sentenza 24 ottobre 2007 n. 6162 del Tribunale

amministrativo regionale per la Lombardia, Milano, sezione prima. Con tale sentenza sono stati respinti i suoi ricorsi, previamente riuniti, diretti ad ottenere l'annullamento dei rispettivi provvedimenti di esclusione in data 2 ottobre 2006 del Direttore del settore gare e contratti del detto Comune, dei relativi verbali di gara del 22 settembre 2006, delle comunicazioni delle esclusioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, delle annotazioni delle stesse esclusioni nel casellario informatico ai sensi dell'art. 27 del D.P.R. n. 34 del 2000, nonché per ottenere il risarcimento dei danni derivatili dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

L'appellante ha premesso che le esclusioni sono state determinate dall'esistenza, debitamente dichiarata, a carico del proprio amministratore delegato e direttore tecnico di una condanna ai sensi dell'art. 590 c.p., co. 3, sulla base di un decreto penale non opposto e divenuto irrevocabile, concernente reato a torto ritenuto in danno dello Stato ed incidente sull'affidabilità morale e professionale dell'impresa con decisione discrezionale immotivata. A sostegno dell'appello ha poi dedotto violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, inesistenza del presupposto consistente nella commissione di un reato grave in danno dello Stato, difetto di motivazione della sentenza su un punto decisivo.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ed il Comune di Milano si sono costituiti in giudizio ed hanno svolto ampie controdeduzioni.

A sua volta, con memoria del 28 dicembre 2008 l'appellante ha illustrato ulteriormente le proprie tesi, in ispecie in ordine al dedotto difetto di motivazione dei provvedimenti impugnati in primo grado circa la gravità del reato in questione, insistendo nelle formulate richieste.

All'odierna udienza pubblica l'appello è stato posto in decisione.

DIRITTO

1.- L'impresa Cerutti Lorenzo s.r.l., attuale appellante, è stata esclusa dalle gare d'appalto nn. 80, 81, 82 e 88/06 indette dal Comune di Milano per l'affidamento di lavori stradali, con segnalazione delle esclusioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, forniture e servizi ai fini del loro inserimento nel casellario informatico. Tanto in considerazione dell'insussistenza del requisito di ordine generale prescritto per la partecipazione a gare pubbliche e la stipula dei relativi contratti di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, per essere stato emesso un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per il delitto, ritenuto incidente sulla moralità professionale, di cui all'art. 590, co. 3, c.p. a carico dell'amministratore delegato con delega alla sicurezza – e direttore tecnico - della società, avendo il medesimo, in qualità di datore di lavoro, cagionato per colpa lesioni personali gravi riportate dalla persona offesa in un incidente occorso in cantiere. Tale decreto penale di condanna era stato menzionato ed allegato

dalla concorrente in sede di dichiarazione resa ai fini della partecipazione alle gare, con l'indicazione "relativo a fattispecie ritenuta non grave".

2.- Il primo giudice ha disatteso la censura di violazione del cit. art. 38, co. 1, lett. c), del codice dei contratti pubblici sotto il profilo che non si tratterebbe di reato grave "in danno dello Stato o della Comunità", osservando che con tale dizione il legislatore non ha inteso circoscrivere la facoltà di esclusione in capo alle stazioni appaltanti a determinate tipologie di reato qualificate dal soggetto passivo, né tale limitazione si evince dalla normativa comunitaria di cui alla direttiva 2004/18/CE e, d'altra parte, nel diritto penale non esiste una specifica categoria di reati "in danno dello Stato" o della "Comunità". Detta dizione sarebbe invece ampliativa dell'area dei reati in parola nei riguardi di quelli commessi nella Comunità europea in vista dell'unificazione delle economie e conformemente alla logica di allargamento dei mercati, mentre con l'espressione "Stato" si intenderebbe "Stato-comunità" o, meglio, Stato membro della Comunità europea.

Col primo motivo l'appellante contesta le riferite affermazioni, assumendo che altrimenti qualsiasi reato giustificerebbe l'esclusione dalle gare, poiché ogni violazione della legge penale suscita allarme sociale e lede pertanto la società civile, quindi lo Stato-comunità, e ribadendo che, trattandosi di reato contro la persona fisica individuale, volto alla tutela del bene giuridico dell'integrità fisica, lo stesso reato non ricade

nell'ambito applicativo della norma in parola.

Al riguardo, in disparte il fatto che lo stesso appellante in tal modo si contraddice rispetto alla dichiarazione accennata innanzi, in cui ha ritenuto non che la fattispecie non potesse configurare in astratto la preclusione, ma che in concreto non fosse "grave", la Sezione rileva che giustamente il TAR ha interpretato il termine "Stato" come Stato-comunità e non come Stato-apparato o Stato-persona.

Invero, con la disposizione di cui si discute il legislatore nazionale non ha inteso riscrivere in senso più restrittivo le norme di cui ai previgenti artt. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999 e 17 del D.P.R. n. 34 del 2000. Ha inteso invece, in linea con la disciplina previgente, esercitare facoltà, stabilita al paragrafo 2 dell'art. 45 della menzionata direttiva 2004/18/CE, di prevedere cause preclusive ulteriori rispetto a quelle obbligatorie di cui al paragrafo 1 dello stesso articolo, anche estendendo la sfera dei reati rilevanti a quelli che interessano altri Stati membri della Comunità europea o la stessa Comunità. Quanto alla dizione "in danno dello Stato", essa non va letta isolatamente, ma nel contesto della più ampia dizione "reati gravi in danno dello Stato (...) che incidono sulla moralità professionale"; contesto in cui appare evidente che quanto rileva non è di certo il soggetto passivo (Stato o Comunità) del reato, bensì l'idoneità di qualsiasi reato ad incidere sulla moralità professionale del soggetto che intenda partecipare ad una gara – quindi la sua affidabilità - in

ragione della capacità offensiva dello stesso reato nei confronti di tutti i consociati.

D'altro canto, come bene osserva la difesa del Comune appellato, la tesi dell'appellante comporterebbe l'impossibilità di configurare come causa di esclusione - al di là delle condanne per i reati elencati nel citato paragrafo 1 dell'art. 45 della direttiva menzionata (cause obbligatorie di esclusione), richiamate in altra parte dello stesso art. 38, co. 1, lett. c) - la maggior parte delle condanne per delitti anche molto gravi implicanti chiaramente un *vulnus* alla moralità professionale, quale ad esempio, tra i delitti contro l'economia, la turbata libertà dell'industria o del commercio di cui all'art. 513 c.p..

3.- Il TAR ha respinto anche l'altra censura di difetto di motivazione in ordine alla valutazione compiuta dalla commissione aggiudicatrice sulla gravità del fatto costituente reato e la sua incidenza sull'esecuzione del contratto, evidenziando come tale motivazione fosse presente, adeguata e coerente col fatto stesso.

In questa sede la società Cerutti insiste sulla mancata esplicitazione dell'*iter* logico seguito, tenuto anche conto della particolare tenuità del reato resa palese dalla lieve pena erogata in concreto, peraltro attraverso il decreto penale non opposto all'esito di un procedimento speciale caratterizzato dall'assenza dell'imputato e dal mancato approfondimento da parte del giudice degli atti d'indagine.

In proposito, è pacifico orientamento giurisprudenziale che, eccettuati i reati indicati testualmente, circa i restanti, in assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, la verifica della loro incidenza sulla moralità professionale attiene all'esercizio del potere discrezionale della p.a. e deve essere operata attraverso la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato (cfr., tra le più recenti, Cons. St., sez. V, 12 aprile 2007 n. 1723).

Ricordato che il ripetuto art. 38, co. 1, lett. c), annovera espressamente il decreto penale di condanna divenuto irrevocabile tra i provvedimenti pronunciati a carico del soggetto che, se concernenti i detti reati gravi incidenti sulla moralità professionale, comportano l'esclusione dal partecipare a gare pubbliche e dal contrarre, va ribadito che, nella specie, l'Amministrazione ha valutato tutti gli elementi inerenti in concreto il reato commesso dal signor Cerutti, quali la tipologia dell'appalto, il bene leso con il comportamento delittuoso, la specificità, l'epoca e le circostanze del fatto, così correttamente concludendo per la gravità e l'incidenza della condanna sull'affidabilità contrattuale in relazione ai lavori da affidare, quindi per l'insussistenza del requisito in argomento.

In particolare, la commissione aggiudicatrice ha considerato che il decreto penale, divenuto esecutivo il 1° ottobre 2005, riguarda il reato di lesioni personali colpose commesso in data 16

luglio 2003, che si tratta di un incidente occorso in cantiere, dal quale è derivata una malattia del corpo, con incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per oltre 40 giorni, e che la colpa consiste in negligenza, imprudenza, imperizia e violazione delle norme per la prevenzione, non avendo l'amministratore delegato, con delega alla sicurezza, e datore di lavoro adottato nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica del lavoratore, precisando altresì che tale condotta è violativa di norme imperative e specifiche del settore.

Dunque, ha dato conto puntualmente dell'esistenza di un reato specifico connesso al tipo di attività che il soggetto sarebbe chiamato a svolgere, non risalente nel tempo, la cui gravità viene correlata non solo e non tanto alla gravità delle lesioni procurate alla persona offesa, quanto anche alla circostanza che l'accertata condotta consiste nell'inosservanza di norme basilari ed inderogabili in materia antinfortunistica (la cui violazione nel reato in parola comporta, significativamente ai fini in questione, un aggravamento della pena rispetto a quella comminata in assenza di ciò: cfr. cit. art. 590, co. 3, c.p.); inosservanza proprio da parte del soggetto su cui, all'epoca dei fatti, incombeva l'obbligo giuridico di assicurare la sicurezza nel cantiere.

Deve perciò concludersi nel senso che pure il secondo ed ultimo profilo d'appello non può essere seguito, poiché bene il TAR ha disatteso anche la censura anzidetta.

4.- Ne deriva che la sentenza appellata merita conferma, con conseguente reiezione dell'appello.

Come di regola, le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del grado, che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00), di cui € 3.000,00 (tremila/00) in favore del Comune di Milano ed € 2.000,00 (duemila/00) in favore dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 9 gennaio 2009 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Iannotta	Presidente
Cesare Lamberti	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere
Gabriele Carlotti	Consigliere
Angelica Dell'Utri Costagliola	Consigliere, estensore
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Angelica Dell'Utri Costagliola	f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Agata Maria Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA**il.....23/03/09.....****(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)*****IL DIRIGENTE******f.to Antonio Natale***