



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 322 del 2008, proposto da:

Leonardo Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marcello Rizzo e Marco Favarò, con domicilio eletto in Milano, Corso di Porta Romana, 85/87

contro

Comune di Milano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey e Danilo Parvopasso, con domicilio eletto Milano, Via Guastalla, 8

nei confronti di

IMG s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Russo, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Piazza Duse, 1

per l'annullamento

della comunicazione del 4.12.2007, con cui il direttore del settore gare e contratti del Comune di Milano ha reso noto di aver annullato l'aggiudicazione provvisoria, disposta in favore di parte ricorrente, dei lavori di "risanamento della copertura in cemento-amianto, sostituzione serramenti, risanamento ambientale interno e abbattimento delle barriere architettoniche della scuola elementare C.E.P. di Via Decorati al Valore civile n. 10", con contestuale esclusione dalla gara per i motivi indicati nel verbale del 30.11.2007; del verbale di gara del 30.11.2007, con cui, oltre all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria ed all'esclusione della società ricorrente, si è disposta l'escussione della cauzione provvisoria, dichiarando l'aggiudicazione provvisoria in favore della società controinteressata; del patto di integrità allegato al bando di gara, nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa la segnalazione dell'esclusione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e la richiesta di annotazione di tale provvedimento sul casellario informatico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e di IMG s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2012 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente proposto la società Leonardo Costruzioni s.r.l. ha impugnato, chiedendone l'annullamento, la comunicazione del 4.12.2007 con cui il direttore del settore gare e contratti del Comune di Milano ha reso noto di aver annullato l'aggiudicazione provvisoria, disposta in favore di parte ricorrente, dei lavori di *“risanamento della copertura in cemento-amianto, sostituzione serramenti, risanamento ambientale interno e abbattimento delle barriere architettoniche della scuola elementare C.E.P. di Via Decorati al Valore civile n. 10”*, con contestuale esclusione dalla gara per i motivi indicati nel verbale del 30.11.2007; il verbale di gara del 30.11.2007, con cui, oltre all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria ed all'esclusione della società ricorrente, si è disposta l'escussione della cauzione provvisoria, dichiarando l'aggiudicazione provvisoria in favore della società controinteressata; il patto di integrità allegato al bando di gara, nonché ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa la segnalazione dell'esclusione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e la richiesta di annotazione di tale provvedimento sul casellario informatico.

A fondamento dell'impugnazione ha dedotto i seguenti motivi:

- 1°) violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione; degli artt. 10 e 30 della legge n. 109/1994 e della legge 689/91; eccesso di potere per sviamento, ingiustizia manifesta e contraddittorietà;
- 2°) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006 e del bando di gara; eccesso di potere per sviamento, ingiustizia manifesta e contraddittorietà.

La domanda cautelare è stata radicata, oltre che sulla fondatezza in diritto del ricorso, sul pregiudizio connesso all'incameramento della cauzione provvisoria, che *“cagionerebbe alla ricorrente un ingente e rilevante danno patrimoniale pari all'importo della cauzione stessa (ovvero € 54.412,78)”* (cfr. pag. 25).

Si è costituito in giudizio il Comune di Milano, chiedendo la reiezione del ricorso, ed opponendo, nella memoria depositata il 19.2.2008, che, dopo l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore della società ricorrente, il direttore del settore gare e contratti, in sede di controllo successivo sulle dichiarazioni rese nel corso della procedura, aveva inoltrato *“richiesta dei certificati generali al casellario giudiziale della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano”* (cfr. pag. 4), apprendendo che a carico del sig. Gaetano Leonardo, precedente direttore tecnico della società ricorrente, era risultata la pronuncia della *“sentenza della Corte di Appello di Palermo del 27 aprile 2006, passata in giudicato il 19 giugno 2007 a seguito della dichiarazione di inammissibilità del ricorso per Cassazione che, in riforma della sentenza emessa in data 16 giugno 2005 dal Tribunale di Agrigento, ha condannato il sig. Leonardo Gaetano alla pena di Euro 600,00 di ammenda, per il reato di violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni, previsto e punito dall'art. 16 del DPR 164/1956 ed alla pena di Euro 400,00 di multa per il reato di lesioni personali colpose gravi, previsto dall'art. 590, comma 2 c.p., con il beneficio della non menzione”* (cfr. pag. 5).

Ha, poi, soggiunto l'Amministrazione di aver trasmesso, in data 18.10.2007, la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, e che, dopo aver esaminato le memorie trasmesse dalla ricorrente in data 23.10.2007 e 29.10.2007, la commissione giudicatrice all'uopo nominata, nella seduta del 30.11.2007, aveva definitivamente disposto l'esclusione e gli ulteriori provvedimenti impugnati, rilevando, tuttavia, che *“per quanto riguarda l'eventualità della falsa dichiarazione rilasciata in gara, è stata ritenuta accoglibile la giustificazione fornita dalla Leonardo Costruzioni s.r.l., nelle memorie prodotte all'Amministrazione, in merito alla mancata conoscenza del passaggio in giudicato della sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Palermo”* (cfr. pag. 10).

Si è, altresì, costituita in giudizio la controinteressata società IMG s.r.l., che ha eccepito, in via preliminare,

l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, e ciò sull'assunto che la società ricorrente non avrebbe in alcun modo contestato la legittimità dell'aggiudicazione successivamente disposta; nel merito, ha chiesto la reiezione del ricorso.

Con ordinanza n. 315 del 20.2.2008 è stata respinta la domanda cautelare, difettando *“l'elemento del fumus boni iuris, quanto all'impugnato atto di annullamento dell'aggiudicazione, trattandosi di provvedimento vincolato, a fronte dell'accertamento dell'insussistenza di uno dei requisiti generali ex art. 38 D.lgs. n. 163/06”* e rilevandosi, inoltre, *“la carenza del periculum in mora, quanto al provvedimento di escussione del deposito cauzionale, trattandosi di danno patrimoniale eventualmente ristorabile integralmente in sede di merito”*.

In vista dell'udienza di discussione nel merito, fissata al 5.12.2012, sia l'Amministrazione comunale che la società controinteressata hanno ritualmente depositato, entrambe in data 19.11.2012, le rispettive memorie, riportandosi alle conclusioni già rassegnate in precedenza.

In particolare, il Comune di Milano ha sostenuto che in tema di doverosità dell'incameramento della cauzione provvisoria *“si è recentemente espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione 4 maggio 2012, n. 8, che, a sua volta, ha fatto proprio un diffuso orientamento giurisprudenziale”* (cfr. pag. 10), sicché *“la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria, in caso di difetto dei requisiti generali, discende dall'art. 75, comma 6, del D.lgs. n. 163/2006. Tale norma riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto dei requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 citato”* (cfr. pag. 11).

All'udienza del 5 dicembre 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, il Collegio è chiamato ad esaminare l'eccezione di inammissibilità, per carenza di interesse, opposta dalla società controinteressata, fondata sulla considerazione che *“l'acquiescenza all'aggiudicazione definitiva intervenuta ai sensi degli artt. 11 e 12 del D.lgs. 163/2006 priva la società ricorrente di qualsivoglia interesse ad una pronuncia, quanto meno per ciò che attiene agli aspetti inerenti all'affidamento dei lavori in favore di IMG”* (cfr. pag. 8 memoria del 19.11.2012).

Tale eccezione è infondata.

Ritiene, infatti, il Collegio di condividere l'orientamento secondo cui *“l'interesse ad agire possa sussistere nei confronti delle sanzioni ulteriori ma non avverso il provvedimento di esclusione. Se fosse adottata la tesi patrocinata dal giudice di primo grado (e dalla decisione n. 949/05 del Consiglio) si perverrebbe al paradosso che, in ipotesi siffatte, l'impresa sarebbe costretta ad impugnare il provvedimento di esclusione dalla gara - verso cui non ha alcun interesse - per radicare l'ammissibilità del ricorso avverso i provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità. Diversamente, infatti, la mancata impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara - comportandone un consolidamento non dissimile da quello prodottosi per tardività del ricorso - implicherebbe l'insindacabilità delle ulteriori sanzioni comminate, siccome strettamente consequenziali”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 27 giugno 2007, n. 3704).

Pertanto, poiché la società ricorrente ha impugnato non soltanto il provvedimento di esclusione dalla gara, ma anche il preannunciato incameramento della cauzione provvisoria e l'intenzione di effettuare la segnalazione della disposta esclusione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per l'inserimento nel casellario informatico, il ricorso è da ritenere ammissibile.

Oltre che ammissibile, il ricorso è parzialmente fondato, nei termini che seguono.

In buona parte nel primo motivo di ricorso, ed interamente nel secondo – che il Collegio ritiene di poter, quindi,

esaminare congiuntamente – la società ricorrente ha dedotto che nei confronti del sig. Gaetano Leonardo, precedente direttore tecnico della società ricorrente, non sarebbe contestabile alcuna violazione, e che, pertanto, difetterebbe il presupposto all'origine della disposta esclusione.

Segnatamente, parte ricorrente ha affermato: *“d'altronde, che questi (il sig. Gaetano Leonardo) non avesse assolutamente reso una falsa e mendace dichiarazione in sede di gara e che avesse agito in completa buona fede, non violando assolutamente i canoni di lealtà, trasparenza e correttezza insiti nella gara d'appalto ed espressamente previsti dal Patto di Integrità, risulta attestato con chiarezza dalla stessa Amministrazione procedente che, proprio nel verbale del 30/11/2007”* avrebbe *“testualmente”* accertato la sussistenza della buona fede del dichiarante (cfr. pag. 14 ricorso).

In sostanza, *“nel caso di specie, la Leonardo Costruzioni viene sanzionata per un reato commesso (nel 2003) da un suo dipendente, non ancora in ruolo, in epoca addirittura antecedente alla sua costituzione (avvenuta nel 2007), reato del quale al momento dell'assunzione part time del geom. Leonardo non se ne aveva contezza”* (cfr. pag. 18).

Dette censure sono infondate.

La buona fede rilevata dalla commissione nella condotta di gara della società ricorrente, infatti, depone quale accertamento negativo circa l'elemento psicologico, ma soltanto ai fini di escludere la responsabilità penale connessa all'aver reso una dichiarazione falsa, non potendosi, invece, ritenere estensibile ai profili giuridici sostanziali che regolano la legittimità della procedura di affidamento.

Di contro, l'esclusione disposta dalla stazione appaltante è da ritenere legittima e congruamente motivata nel verbale del 30.11.2007, dal quale si evincono alcuni elementi incontestati tra le parti, ai sensi dell'art. 64, comma 4 del codice del processo amministrativo, ed in particolare che:

a) la sentenza della Corte di Appello di Palermo del 27 aprile 2006, non dichiarata in sede di gara tra le condanne riportate, era, in realtà, già divenuta irrevocabile nei confronti del sig. Gaetano Leonardo in data 19.6.2007, cioè prima della data di proposizione della domanda di partecipazione alla procedura da parte della società ricorrente (5.9.2007) e della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (11.9.2007);

b) tale sentenza di condanna si riferisce a reati incidenti sulla moralità professionale (norme sulla prevenzione degli infortuni), profilo valutato, dalla commissione all'uopo nominata, di gravità tale da rendere *“fortemente vulnerato il rapporto fiduciario che deve necessariamente intercorrere tra il committente pubblico e l'imprenditore durante un appalto per la realizzazione di lavori pubblici”* (cfr. pag. 5 del verbale del 30.11.2007), in piena coerenza con le finalità del Patto di Integrità espressamente accettato da tutti i concorrenti;

c) la falsità della dichiarazione era, comunque, suscettibile di incidere decisamente sugli interessi tutelati e sull'esito della procedura (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471), avendo partecipato alla stessa ben sessantanove concorrenti.

Quanto, poi, all'asserita irrilevanza del reato accertato nei confronti del geom. Leonardo, e ciò in ragione del lungo tempo trascorso dalla sua commissione (2003), il Collegio osserva che il potere di apprezzamento della gravità, attribuito alla stazione appaltante, è connotato da un'attività di ponderazione, circostanziata e selettiva, comprendente *“tutti gli elementi che possono incidere negativamente sul vincolo fiduciario quali, ad esempio, l'elemento psicologico, l'epoca e la circostanza del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive, il bene leso dal comportamento delittuoso, in relazione anche all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto”* (cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, determinazione n. 1/2010), che, nella fattispecie, risultano analiticamente riportati nel verbale del 30.11.2007.

Né risulta – circostanza ulteriormente decisiva – che la società ricorrente abbia reso nota alla stazione appaltante la propria dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata nei confronti del geom. Leonardo.

Sempre nel primo motivo di ricorso è stata dedotta l'illegittimità della preannunciata escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici del provvedimento di esclusione onde consentire l'annotazione sul casellario informatico.

Con riferimento alla legittimità dell'incameramento, l'Amministrazione comunale ha fatto proprio l'orientamento giurisprudenziale secondo cui *"l'escussione della cauzione, quindi, è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante, senza bisogno che specifica norma di gara disponga espressamente in tal senso"* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6769).

Nel medesimo solco, la società controinteressata ha richiamato la sentenza n. 38 del 9.1.2008 della terza Sezione di questo tribunale, secondo cui il doveroso incameramento della cauzione provvisoria troverebbe fondamento nella violazione del Patto di Integrità (cfr. pag. 7 della memoria del 19.2.2008).

Il Collegio è per tale profilo di contrario avviso.

È infatti pacifico che la stazione appaltante ha rilevato, nei confronti della società ricorrente, un comportamento improntato a buona fede, dando decisivo rilievo al fatto che *"il mero passaggio in giudicato di una sentenza non viene notificato al condannato dalle cancellerie degli uffici giudiziari ed in secondo luogo sulla base della documentazione ottenuta dalla Corte d'Appello di Palermo e prodotta dall'impresa la quale dimostra come effettivamente la notifica dell'udienza di discussione del ricorso di Cassazione sia stata effettuata, in rappresentanza del sig. Gaetano Leonardo, all'avv. Diego Galluzzo il quale a sua volta ha dichiarato di non aver informato l'interessato"* (cfr. pag. 6 del verbale del 30.11.2007).

Di conseguenza, occorre stabilire se l'assenza di anti giuridicità nella condotta di gara tenuta dalla deducente possa fungere, o meno, da esimente ai fini dell'applicazione dei provvedimenti oggetto di impugnazione.

In tema di incameramento della cauzione, il Collegio ritiene preferibile – in quanto connotata da maggiori garanzie per la tutela dei diritti interessati – la giurisprudenza della sesta Sezione del Consiglio di Stato, che ha elaborato un orientamento (cfr., 2 marzo 2011, n. 1288; 27 giugno 2007, n. 3407) di segno opposto a quello, richiamato dalla difesa comunale, della quinta Sezione.

L'aspetto più rilevante va individuato nel mutato indirizzo circa l'interpretazione della disposizione di cui all'art. 10, comma 1-quater della legge n. 109/1994 (applicabile *ratione temporis* ai fatti di causa), che, ad avviso della sesta Sezione, dovrebbe essere applicata secondo *"un criterio logico e in relazione alla circostanza che non si debba trattare di una violazione lieve"* (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 9 dicembre 2008, n. 6101).

Nel caso di specie, rileva il Collegio che i reati oggetto delle condanne riportate dal geom. Gaetano Leonardo, quantunque idonei ad inficiare il rapporto fiduciario con la stazione appaltante, non siano comunque di gravità tale da giustificare, in applicazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, conseguenze sanzionatorie ulteriori rispetto all'esclusione dalla procedura di gara.

E ciò non soltanto perché, come si è detto in precedenza, è stata accertata la buona fede della società ricorrente, bensì per una più puntuale considerazione.

Nell'esaminare la disciplina contenuta nel Patto di Integrità, ci si avvede, infatti, che alla stazione appaltante era stato, comunque, attribuito un potere di apprezzamento e di graduazione dei provvedimenti conseguenti, prevedendosi, appunto, che *"nel caso di mancato rispetto degli impegni assunti (...) potranno essere applicate le seguenti sanzioni"*, tra le quali, oltre all'escussione della cauzione di validità dell'offerta, oggetto di impugnazione, addirittura *"l'esclusione del concorrente dalle gare indette dal Comune di Milano per cinque anni"*.

Nel caso di specie tale discrezionalità non è stata, invece, esercitata, risultando conseguentemente privo di giuridico fondamento l'incameramento della cauzione disposto, in data 4.12.2007, dal direttore del settore gare e

contratti del Comune di Milano in acritica adesione alla valutazione solitariamente espressa dal presidente della commissione nel verbale del 30.11.2007: sanzione motivata, peraltro, non già in ragione di un esame complessivo delle circostanze emerse in sede di gara, bensì *“in considerazione della recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 8/2/2005, n. 341”*.

Considerazioni non dissimili devono poi operarsi riguardo alla preannunciata segnalazione del provvedimento di esclusione all’Autorità di vigilanza, funzionale alla successiva annotazione nel casellario informatico.

Il Collegio è dell’avviso che utili elementi in tal senso siano ricavabili dalla recente pronuncia dell’Adunanza plenaria del 4 maggio 2012, n. 8.

Nell’occasione, il Consiglio di Stato si è soffermato sull’effettività della tutela delle garanzie partecipative dell’interessato, statuendo che *“esse sono, in linea di principio, sempre dovute, salvo ad ammettere equipollenti quando la segnalazione da parte della stazione appaltante e la conseguente iscrizione sono un atto dovuto”* (cfr., anche Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3754; Id., 24 dicembre 2009, n. 8720; Id., 4 agosto 2009, n. 4905).

Ciò in quanto l’avvio del procedimento di iscrizione di dati nel casellario informatico presso l’Autorità di vigilanza è suscettibile di determinare *“conseguenze rilevanti”*, che giustificano la tutela dell’interesse del soggetto coinvolto *“all’esattezza delle iscrizioni”*.

Tale assunto ispessisce l’effettività delle garanzie partecipative, che – si soggiunge ancora nella vista Adunanza plenaria – trova oggi riscontro anche nel regolamento di esecuzione del codice appalti di cui al D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Nel caso di specie, risulta evidente che non è stata garantita alcuna partecipazione alla società ricorrente, né può attribuirsi alla comunicazione del 4.12.2007 – con cui la società ricorrente è stata informata del disposto annullamento dell’aggiudicazione provvisoria e della contestuale esclusione dalla gara – un valore equipollente all’avviso di avvio del procedimento.

E ciò, sia perché si tratta, con tutta evidenza, di provvedimento conclusivo di un diverso ed autonomo procedimento, relativo all’affidamento (come, peraltro, si evince dall’espresso avviso circa la facoltà di proporre impugnazione innanzi al Giudice Amministrativo), sia, soprattutto, in considerazione del fatto che la *lex specialis* si è limitata a prevedere che *“l’ente appaltante, in caso di accertata mancanza dei requisiti di carattere tecnico e/o generale, procede all’annullamento dell’aggiudicazione, all’esclusione del concorrente, alla determinazione della nuova soglia di anomalia e alla conseguente nuova aggiudicazione”*, senza, quindi, operare alcuna menzione all’automatica escussione della cauzione.

Per tali ragioni, il ricorso merita accoglimento limitatamente all’impugnazione del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione dell’esclusione della società ricorrente all’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per l’inserimento nel casellario informatico, che vanno annullati, riservata restando, ove ancora possibile, la potestà per il Comune di Milano di disporre la rinnovazione del procedimento con piena assicurazione, alla società ricorrente, dei diritti e delle garanzie di partecipazione previsti dalle disposizioni della legge n. 241/90. Stante l’esito complessivo del giudizio e la buona fede rilevata dalla stazione appaltante nella condotta di gara tenuta dalla società ricorrente, si ravvisano sufficienti ragioni per disporre l’integrale compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente, nei sensi espressi in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Angelo Fanizza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/12/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)