

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 3773/09 REG.DEC.

N.2020 REG. RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Quinta Sezione) ANNO 2008  
ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso iscritto al NRG 2020\2008, proposto da F.Ili Bocca  
s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e  
difesa dagli avvocati Adriano Pilia e Andrea Manzi ed  
elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via F.  
Confalonieri n.5;

***contro***

Comune di Pioltello, in persona del sindaco *pro tempore*,  
rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Cerami, domiciliato  
in Roma, in via della Vite n. 7, presso lo studio D'Amelio  
Sciacca & Associati;

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi  
e forniture, in persona del presidente *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato,  
domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12.

***e nei confronti di***

Ditta Mara s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro  
tempore*, non costituita;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione I, n. 299 del 7 febbraio 2008.

Visto il ricorso in appello;

visti gli atti di costituzione in giudizio del comune di Pioltello e dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture;

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

visti gli atti tutti della causa;

data per letta alla pubblica udienza del 10 febbraio 2009 la relazione del consigliere Vito Poli, uditi gli avvocati Manzi e Sciacca su delega dell'avvocato Cerami;

ritenuto e considerato quanto segue:

### **FATTO e DIRITTO**

1. I signori Alberto Sala e Antonio Ardito, rispettivamente nella qualità di presidente e consigliere delegato del consiglio di amministrazione della società F.Ili Bocca s.p.a., sono stati condannati, con sentenza penale pronunciata ex art. 444 c.p.p. dal Tribunale di Vigevano - n. 132 dell'8 ottobre 2004 divenuta irrevocabile il 2 novembre 2004 – alla pena di mesi due di reclusione, sostituita con la multa di euro 2.280,00 per il reato di lesioni personali colpose, aggravato dalla circostanza di essere stato commesso con violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni (artt. 590, co. 1 e 3,

583, co. 1, n. 1 c.p., in relazione all'art. 35, co. 4 *ter*, lett. c), d.lgs. n. 626 del 1994).

In particolare è stato asodato che:

- a) il fatto illecito è stato commesso in danno di un dipendente della società, durante l'orario di lavoro, mentre prestava la propria attività utilizzando macchinari dell'azienda (impianto di macinazione e pala meccanica);
- b) le lesioni hanno procurato una inabilità temporanea accertata pari a gg. 176.

**1.1.** Il comune di Pioltello ha indetto una gara di appalto di lavori pubblici per la costruzione di una rotatoria (cfr. determinazione dirigenziale n. 140 del 5 marzo 2007).

Alla procedura ha partecipato anche la società F.Ili Bocca il cui amministratore unico e direttore tecnico sig. Alberto Sala ha dichiarato, a mente dell'art. 38, co. 1., lett. c), d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 - codice dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture - *inter alios*, che a suo carico ed a carico del signor Alberto Ardito (cessato dalla carica il 3 maggio 2006), non era stata <<...*pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello*

*Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale ....>> (cfr. dichiarazione del 12 aprile 2007).*

**1.3.** La stazione appaltante ha escluso dalla procedura di gara la società F.Ili Bocca, a mente dell'art. 38, co. 1, lett. c), dopo aver acquisito dal Casellario giudiziale gli estratti delle sentenze penali ed avere in concreto valutato, sinteticamente ma univocamente, le circostanze di fatto caratterizzanti il caso specifico (cfr. determinazione n. 425 del 24 maggio 2007 ed allegato I); in particolare si è dato rilievo: alla natura del reato ed alla sua gravità, all'importanza rivestita dalla violazione della disciplina antinfortunistica che costituisce causa autonoma di esclusione a mente della lett. e), co.1, del medesimo art. 38, alla sanzione, alla pertinenza del fatto illecito con l'attività richiesta per lo svolgimento di lavori che costituiscono l'oggetto dell'appalto, alla violazione dei principi deontologici professionali ed alla conseguente incidenza negativa sul rapporto fiduciario, alla mancata dimostrazione, da parte dell'azienda, di aver adottato misure di completa dissociazione dagli autori dei reati, alla mancata estinzione del reato non essendo decorso il termine quinquennale previsto dall'art. 445, co. 2, c.p.p.

**2.** Avverso il provvedimento di esclusione e contestuale aggiudicazione definitiva della gara alla ditta Mara s.r.l., la società F.Ili Bocca è insorta davanti al T.a.r per la Lombardia articolando il seguente complesso motivo di ricorso: violazione

e falsa applicazione dell'art. 38, co.1, lett. c) ed e), d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 - codice dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture - travisamento in fatto e in diritto, errore nei presupposti, difetto di congrua istruttoria e di motivazione, violazione dell'art. 3, l. n. 241 del 1990, violazione della deliberazione dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici 13 dicembre 2000, n. 56, violazione della circolare ministeriale dei Il.pp. 1 marzo 2000, n. 182/4000/93, illogicità manifesta, manifesta ingiustizia.

In particolare l'impresa ha dedotto:

- a)** che il reato per il quale sono stati condannati gli amministratori della società non inerisce specificamente alle omissioni del programma di sicurezza dei lavori o alla mancata fornitura di attrezzature o macchinari idonei;
- b)** che la responsabilità dell'incidente è ascrivibile alle maestranze;
- c)** l'estraneità del reato dal novero di quelli che incidono sulla moralità professionale delle imprese concorrenti a gare di appalto pubbliche come si evince dalla deliberazione dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici 13 dicembre 2000, n. 56, e dalla circolare ministeriale dei Il.pp. 1 marzo 2000, n. 182/4000/93;
- d)** che il reato in questione non è stato commesso in danno dello Stato o della Comunità come richiesto

dall'art. 38, co.1., lett. c) del codice dei contratti pubblici;

- e) che l'amministrazione non ha istruito e motivato adeguatamente il provvedimento, omettendo di valutare autonomamente il giudicato penale, dando così luogo ad una sorte di automatismo sanzionatorio;
- f) è indimostrata la mancanza di affidabilità e moralità dell'impresa, specie alla luce della professionalità dimostrata nel corso del tempo;
- g) la violazione delle prescrizioni in materia di sicurezza dei lavoratori è inidonea a intaccare la moralità del contraente;
- h) l'impresa non avrebbe dovuto fornire la prova della completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata a carico degli amministratori stante la particolare tenuità del reato di natura contravvenzionale.

**2.1.** Successivamente, è intervenuta la comunicazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture – prot. n. 43958/07/Isp del 31 luglio 2007 - in ordine all'annotazione, sul casellario informatico ai sensi dell'art. 27, co. 5, d.P.R. n. 34 del 2000, del provvedimento di esclusione adottato dal comune di Pioltello.

L'atto è stato gravato da motivi aggiunti incentrati:

- a) sulla abrogazione, da parte dell'art. 256 codice dei contratti pubblici, degli artt. 27, d.P.R. n. 34 del 2000 e 75, d.P.R. n. 544 del 1999;
- b) sul travisamento del contenuto della sentenza c.d. di patteggiamento;
- c) sull'illogicità e la manifesta ingiustizia della annotazione nel casellario informatico.

3. L'impugnata sentenza – T.a.r. per la Lombardia, sezione I, n. 299 del 7 febbraio 2008 -:

- a) ha respinto, con dovizia di argomenti, le censure articolate con il ricorso principale;
- b) non ha esaminato il ricorso per motivi aggiunti;
- c) incidentalmente ed in via ipotetica, ha ritenuto che in ogni caso la società avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara non avendo indicato, in occasione della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, le sentenze penali a carico dell'amministratore unico e dell'ex vicepresidente, sicché il provvedimento di esclusione, in quanto vincolato, non sarebbe stato annullabile a mente dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241 del 1990;
- d) ha compensato le spese di lite.

4. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la società ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r. lamentando:

a) con il primo motivo, violazione e falsa applicazione dell'art. 38, co.1, lett. c) ed e), d.lgs. n. 163 del 2006, travisamento in fatto e in diritto, errore nei presupposti, difetto di congrua istruttoria e di motivazione, violazione dell'art. 3, l. n. 241 del 1990, violazione della deliberazione dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici 13 dicembre 2000, n. 56, violazione della circolare ministeriale del 11 pp. 1 marzo 2000, n. 182/4000/93, illogicità manifesta, manifesta ingiustizia;

b) con il secondo motivo, falsa applicazione dell'art. 38, co. 2, d.lgs. n. 163 del 2006, falsa applicazione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241 del 1990, ultrapetizione, difetto di motivazione;

c) con il terzo motivo, omessa pronuncia sui motivi aggiunti che sono riproposti integralmente.

5. Si sono costituiti il comune di Pioltello e l'Autorità di vigilanza deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

6. Con ordinanza di questa sezione n. 3839 del 20 maggio 2008, è stata respinta la domanda di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza <<*considerato che ad un primo esame il precedente penale per cui è causa appare idoneo all'assunzione del provvedimento de quo*>>.

7. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 10 febbraio 2009.



**8.** L'appello è infondato e deve essere respinto.

In via preliminare il collegio rileva che:

- a) il *thema decidendum* del presente giudizio è delimitato dalle censure articolate in prime cure, non potendosi tenere conto dei profili nuovi sollevati per la prima volta in sede di appello, in spregio al divieto dei *nova* sancito dall'art. 345, co. 1, c.p.c., e, *a fortiori*, in sede di memoria conclusionale (nella specie quella del 27 gennaio 2009), avendo quest'ultima valore puramente illustrativo (cfr. *ex plurimis* Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2008; sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481); per semplicità espositiva la sezione seguirà, pertanto, la tassonomia dei motivi sviluppati in primo grado;
- b) è inammissibile, per carenza di interesse ad agire, il secondo mezzo di gravame con cui si contesta il richiamo che il T.a.r. ha effettuato all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241 del 1990, in quanto si appunta su una statuizione che costituisce mero *obiter dictum*, come tale inidonea a passare in giudicato.

**8.1.** Il primo mezzo, nella parte in cui reitera criticamente le censure sollevate in primo grado, è infondato sia in fatto che in diritto.

**8.1.1.** L'art. 38 del codice dei contratti (d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163) ripropone per molti tratti la disciplina previgente sulle cause di esclusione dalle procedure di aggiudicazione degli

appalti di lavori pubblici (artt. 75, d.P.R. n. 544 del 1999 e 17, d.P.R. n. 34 del 2000), prevedendo una normativa unitaria valevole ora indistintamente per tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture. Nella parte relativa agli illeciti penali incidenti sulla moralità professionale dei concorrenti (art. 38, co.1, lett. c), si è cercato di ovviare alle lacune riscontrate in passato legate alla mancata predeterminazione dei tipi di reato e quindi ad un'eccessiva discrezionalità rimessa alla stazione appaltante nell'apprezzare il disvalore dei singoli episodi.

Premessa la univoca equiparazione, *quoad effectum*, del decreto penale di condanna e della sentenza c.d. di patteggiamento, ex art. 444 c.p.p., alla sentenza di condanna *tout court* (sia o meno dibattimentale), nella norma in questione si distinguono due categorie di reati.

Innanzitutto le tipologie di fattispecie criminose (partecipazione ad una organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio), individuate e definite dall'art. 45 della direttiva Ce n. 2004/18 e non dal codice penale italiano, che sono comunque causa di esclusione precludendo quindi una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante. La ragione di questa tecnica si spiega in considerazione della circostanza che alle gare comunitarie partecipano anche operatori non italiani, sicché il tipo di reati va individuato non solo con riferimento all'ordinamento italiano.

Si fa poi riferimento a <<reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale>>.

Si tratta di una categoria non definita compiutamente, in cui si lascia alla stazione appaltante un margine di apprezzamento sia sulla incidenza del reato sulla moralità professionale, sia sull'offensività per lo Stato o per la Comunità, sia sulla gravità del fatto. Il rinvio generico ai reati, in astratto consente di far riferimento sia ai delitti che alle contravvenzioni, sia a reati dolosi che colposi.

L'Autorità di vigilanza ha chiarito che la norma in esame richiama il concetto di immoralità professionale, restringendo il campo di applicazione della causa di esclusione a quei fatti illeciti che manifestano una radicale contraddizione con i principi deontologici della professione; la mancanza di parametri fissi e la genericità della prescrizione lascia un ampio spazio di valutazione discrezionale per la stazione appaltante che consente alla stessa margini di flessibilità operativa al fine di un apprezzamento delle singole concrete fattispecie, con considerazione di tutti gli elementi delle stesse che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali ad es., l'elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive, il bene protetto dalla norma incriminatrice, tenuto anche conto dell'oggetto e delle caratteristiche dell'appalto; inoltre la norma, facendo riferimento alla gravità dei reati oggetto della valutazione,

presuppone una ponderazione circostanziata e selettiva degli stessi (cfr. parere 21 maggio 2008, n. 162; deliberazione 9 maggio 2007, 123).

In giurisprudenza, in passato, sono state esattamente ritenute ostative della partecipazione alle gare le condotte per bancarotta fraudolenta, turbata libertà degli incanti, falsità in atto pubblico, reati contro la pubblica amministrazione.

Contribuisce, sul piano sistematico, a selezionare i reati che la stazione appaltante può legittimamente porre a base del provvedimento di esclusione, la norma sancita dalla lett. e) del medesimo comma, nella parte in cui si riferisce a <<*gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza .. dai rapporti di lavoro...*>>.

Sotto tale angolazione risulta ancora più rafforzato l'indirizzo giurisprudenziale, reso nel vigore del previgente sistema, secondo cui sia l'omicidio colposo che le lesioni personali colpose, commesse con violazione delle norme antinfortunistiche, integrano la causa di esclusione prevista dalla norma in commento (cfr. Cons. St., sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723; sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7195).

Quanto al significato da attribuire all'espressione <<*reati ... in danno dello stato o della Comunità*>> deve ritenersi che il legislatore non abbia inteso fare riferimento a tipologie di reato qualificate dal soggetto passivo atteso che:

- a) una simile restrizione non si evince dalle direttive comunitarie;
- b) non esiste nell'ordinamento penale italiano una categoria di reati in danno dello Stato o della Comunità.

Si deve perciò ritenere che con tale espressione la legge abbia inteso allargare l'area territoriale dei reati rilevanti ai fini dei pubblici appalti, intendendo fare riferimento sia a quelli compiuti sul territorio dello Stato italiano, sia a quelli compiuti nel territorio della Unione europea; l'espressione Stato va perciò intesa come Stato comunità nel cui ordinamento la tutela del lavoro assume particolare rilevanza (artt. 1, 35 seg. Cost.).

In conclusione la sezione ritiene che la condanna, anche a mezzo di decreto penale o sentenza di applicazione della pena, per reati colposi contro la vita e l'incolumità individuale, aggravati dalla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, costituisce legittima causa facoltativa di esclusione dalle procedure di appalti pubblici, a mente del combinato disposto degli artt. 38, co. 1, lett. c), ed e), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

**8.1.2.** Tanto assodato in diritto, emerge dalla ricostruzione dei fatti salienti di causa dianzi effettuata:

- a) che la stazione appaltante ha istruito e motivato con accuratezza il procedimento, chiarendo le ragioni che l'hanno spinto a considerare grave il reato in questione;

- b) che il reato non è contravvenzionale;
- c) che relativamente all'ex vicepresidente l'impresa non ha dimostrato, pur incombendole specifico onere, di essersi dissociata completamente dalla condotta penalmente sanzionata;
- d) che non è stata in alcun modo dimostrata la negligenza delle maestranze nella verifica del fatto penalmente illecito.

### 8.2. Parimenti infondato è il terzo mezzo di gravame.

Oltre che assolutamente generica la doglianza è palesemente pretestuosa perchè, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, la disciplina regolamentare in materia di appalti di lavori pubblici, ivi inclusa quella inerente il casellario informatico (d.P.R. n. 34 del 2000 e n. 544 del 1999), antecedente l'entrata in vigore del codice dei contratti, continua a trovare applicazione, transitoriamente, in virtù dell'espressa clausola di salvaguardia dettata dall'art. 253, co. 3, del medesimo codice.

Conseguentemente, l'annotazione effettuata dall'Autorità è immune dai dedotti vizi di illogicità ed ingiustizia manifesta, essendo conforme al parametro normativo rappresentato dall'art. 27, co. 2, lett. r), secondo cui *<<nel casellario sono inseriti in via informatica per ogni impresa qualificata i seguenti dati: .....r) eventuali provvedimenti di esclusione dalle gare ai*

*sensi dell'art. 8, settimo comma, della legge adottati dalle stazioni appaltanti>>.*

9. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- respinge l'appello e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;
- condanna la società F.Ili Bocca s.p.a. a rifondere in favore del comune di Pioltello e dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, le spese, gli onorari e le competenze del presente giudizio che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori come per legge (12,50% a titolo di spese generali, I.V.A. e C.P.A.), in favore di ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 10 febbraio 2009, con la partecipazione di:

Raffaele Iannotta - Presidente

Giampaolo Cirillo - Consigliere

Marzio Branca - Consigliere  
Vito Poli Rel. Estensore - Consigliere  
Nicola Russo - Consigliere

**ESTENSORE**

f.to Vito POLI

**IL PRESIDENTE**

f.to Raffaele Iannotta

**IL SEGRETARIO**  
f.to Agatina Maria Vilardo

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**il.....12/06/2009.....**

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

**IL DIRIGENTE**  
f.to Antonio Natale