



N 6693/11 RG Trib

S 10301/12

tribunale di Milano
decima sezione penale

in nome del popolo italiano

Il tribunale, in composizione monocratica

ha pronunciato la presente

sentenza

nel procedimento in epigrafe indicato nei confronti di

- 1) [REDACTED], elettivamente domiciliato presso il difensore di fiducia avv. Giuseppe Lucibello, con studio in Milano via San Barnaba n. 39 contumace

difeso di fiducia dall'avv. Giuseppe Lucibello, presente

- 2) [REDACTED]
contumace

difeso di fiducia dall'avv. Giuseppe Lucibello, presente

- 3) [REDACTED] nato a [REDACTED] il [REDACTED] elettivamente domiciliato presso il difensore di fiducia avv. Anna Cifuni con studio in Milano, via Podgora n. 7, assente

difeso di fiducia dall'avv. Anna Cifuni, presente

procedimento nel quale si e' costituito parte civile

Comune di Milano, in persona del Sindaco pro tempore, non presente

assistito e rappresentato dall'avv. Sara Pagliosa, presente



in ordine alla seguente

imputazione

a) reato previsto e punito dagli artt. 110, 353 c.p. perche' in concorso tra loro, con mezzo fraudolenti turbavano la pubblica gara in ambito UE del Settore Acquisti e Beni del Comune di Milano per l'affidamento del servizio di pulizia di aree dei civici musei. Turbativa consistita nel presentare le rispettive domande di partecipazione alla suddetta gara dichiarando, contrariamente al vero, "l'insussistenza di rapporti di controllo e collegamento con altre societa' concorrenti nella stessa gara...".

Compresso in Milano in epoca anteriore e prossima al 30.11.2005

b) reato previsto e punito dagli artt. 110, 61 n. 2, 483 c.p. perche' in concorso tra loro, al fine di assicurarsi il profitto derivante dall'aggiudicazione dell'appalto indicato al precedente capo, attestavano falsamente nelle domande di partecipazione inoltrate alla Pubblica Amministrazione del Comune di Milano "l'insussistenza di rapporti di controllo e collegamento con altre societa' concorrenti nella stessa gara...". False dichiarazioni contenute nella domanda presentata da [redacted] quale referente e [redacted] quale amministratore unico della [redacted] datata 14.11.2005, [redacted] e per la [redacted] datata 11.11.2005

Compresso in Milano in epoca anteriore e prossima al 30.11.2005

svolgimento del processo

Con decreto del pubblico ministero del 26.5.2010 [redacted] sono stati citati a giudizio in ordine alla imputazione sopra enunciata.

Nel corso dell'istruttoria e' stato esaminato il teste della accusa [redacted], in servizio presso il Settore Beni e Servizi del comune di Milano che ha effettuato le verifiche sulle domande di partecipazione alla gara oggetto del processo, ed e' stata acquisita la documentazione inerente l'appalto.

L'imputato Nocerino ha reso spontanee dichiarazioni, affermando che gia' nel 2003 le societa' [redacted] e [redacted] avevano partecipato in associazione ad una gara, ricevendo la segnalazione delle medesime criticita' oggetto del presente processo, per le quali [redacted] ha ceduto nel novembre 2004 l'usufrutto del 60% da lui posseduto in Lancar, trattenendo al momento della gara la sola nuda proprieta', senza partecipare quindi alla vita societaria.

Tale situazione e' anche documentalmente provata dalle visure societarie, da cui emerge la cessione ai figli dell'usufrutto delle quote precedentemente possedute.



Il pubblico ministero ha chiesto la condanna degli imputati per i reati loro ascritti, con circostanze attenuanti generiche, unificati i fatti nella continuazione, alla pena di nove mesi di reclusione ciascuno.

La parte civile ha depositato conclusioni scritte e nota spese chiedendo la condanna al risarcimento al Comune del danno all'immagine e del danno alla concorrenza quantificato complessivamente nel 10% del valore dell'appalto (criterio generalmente adottato dalla giurisprudenza amministrativa) e in subordine nel 8% del valore dell'appalto (indicato nel Patto di Integrità stipulato al momento della gara), o ancora in subordine in via equitativa, con dichiarazione di provvisoria esecutività o almeno con liquidazione di una provvisoria. Ha inoltre chiesto la rifusione delle spese.

Le difese degli imputati hanno chiesto la loro assoluzione perché il fatto non sussiste.

motivi della decisione

Il presente processo riguarda l'appalto n. 24/2005 indetto dal Comune di Milano per la pulizia dei musei cittadini.

Alla gara secondo il bando potevano partecipare associazioni temporanee di imprese.

Il termine per la presentazione delle domande è stato fissato al 14.11.2005.

Dieci giorni dopo la scadenza del termine il Settore Beni e Servizi ha dato incarico di verificare che le ditte che avevano presentato domande di partecipazione alla gara non fossero collegate tra loro.

L'art. 353 del codice penale punisce chi turba il procedimento amministrativo con atti fraudolenti al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione.

Il bene tutelato dal reato, annoverato tra i delitti dei privati contro la pubblica amministrazione, è l'interesse della amministrazione pubblica alla aggiudicazione dell'appalto al migliore offerente. La norma tutela al contempo l'interesse dei privati partecipanti alla gara e il bene pubblico del corretto esercizio della concorrenza.

Secondo costante giurisprudenza il mezzo della collusione riguarda tutti gli accordi preventivi intervenuti tra partecipanti alla gara sui contenuti specifici delle rispettive offerte, in modo da alterare con artifici o menzogne il principio della libera concorrenza tra i singoli soggetti giuridici che partecipano in via autonoma alla gara.

Si è ritenuto che costituisca turbativa della gara la creazione preventiva di reti di imprese collegate tra loro e la successiva partecipazione contemporanea delle reti alla gara di appalto come entità apparentemente autonome (Cass. Pen., sez 6, sent. n. 16333 del 23.3.2011; Cass. Pen., sez 6, sent. n. 37337 del 10.7.2003).



La analisi delle visure camerali delle societa' che hanno presentato domanda ha consentito di verificare che due associazioni temporanee di imprese, apparentemente concorrenti tra loro, [redacted] s.r.l. - [redacted] s.r.l. e [redacted] s.r.l. - [redacted] s.r.l., erano costituite da societa' partecipate dalle medesime persone o da loro stretti congiunti.

In particolare:

- [redacted] referente per il Comune della associazione temporanea tra le imprese [redacted], socio di [redacted] per il 98,65 % delle quote, e' risultato anche socio di [redacted] per la nuda proprieta' del 60 % delle quote. Usufruttuari delle quote sono i suoi figli [redacted] e [redacted], residenti al medesimo indirizzo.
- [redacted] e sua moglie [redacted] sono inoltre cognati di [redacted], moglie di [redacted], proprietaria del 90 % di Mediterranea s.r.l.; il 10 % residuo della societa' e' detenuto dal figlio di [redacted]
- [redacted] e' amministratore unico di [redacted] dal 2003, ed ha attestato la assenza di rapporti di controllo e collegamento della societa' con altre societa' partecipanti alla gara.
- [redacted] presidente del consiglio di amministrazione [redacted], ha attestato la assenza di rapporti di controllo e collegamento della societa' con altre societa' partecipanti alla gara.

E' quindi emerso che lo stesso centro di interessi economico facente capo a [redacted] e alla sua famiglia controlla anche [redacted] e indirettamente [redacted]

Le due associazioni temporanee di imprese sono dunque ad una prima valutazione solo apparentemente concorrenti, e il socio di maggioranza di [redacted] controlla [redacted]

Le difese degli imputati hanno eccepito che la societa' [redacted] e' stata estromessa, a seguito dei controlli comunali, prima della aggiudicazione della gara (avvenuta il 6.12.2005), a seguito dei controlli, nel corso della verifica del 5.12.2005.

Tale condotta ravviserebbe pero' secondo la giurisprudenza quantomeno il tentativo del reato (Cass. pen., sez 1, sent n. 3139 del 10.1.2011), che e' di pericolo.

Inoltre [redacted] non esclusa, ha partecipato alla gara, infine peraltro vinta da altra societa', non apparentata con le due associazioni di imprese oggetto del presente processo, [redacted]

La questione che qui si pone e' se i legami di parentela e affinita' tra i soci dei soggetti giuridici che hanno partecipato alla gara abbiano influito sul regime della concorrenza che deve presiedere ai contratti con la pubblica amministrazione.

Il solo legame parentale tra soci dei soggetti partecipanti alla gara per giurisprudenza consolidata non comporta esclusione alla gara.

Tuttavia nel caso oggetto del presente giudizio [redacted] e' legato non solo da vincoli di parentela ma anche da vincoli di interesse alle societa' apparentemente concorrenti.

42



Inoltre e' emerso che le domande di partecipazione alla gara da parte delle sue associazioni di imprese sono state depositate contestualmente.

Certamente poi, come emerge dalle dichiarazioni spontanee rese da [redacted] gli imputati erano a conoscenza della problematicita' della presentazione di domande di partecipazione da parte di associazioni di imprese che certamente facevano riferimento ad un unico centro di interessi, certo non superata dalla cessione dell'usufrutto delle quote di [redacted] (peraltro con durata solo triennale, a fonte di un contratto quadriennale) a suoi parenti stretti.

Tuttavia tale situazione di fatto deve essere letta, per la valutazione della sua rilevanza penale, alla luce della giurisprudenza della Unione Europea espressa nella sentenza C-538/07 (Assitur s.r.l. Contro Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, su questione pregiudiziale sollevata dal TAR Lombardia) e del D. L.vo 163/2006, normativa speciale in materia di appalti pubblici.

In particolare ai punti 28-30 della sentenza e dall'art. 38 lett m) (introdotto con DL 135/2009 convertito nella L 166/2009) del D. L.vo n. 163 del 2.4.2006, si evince che perche' possa ritenersi sussistente violazione della concorrenza che comporta la esclusione dalla gara non e' sufficiente la prova di una comunanza di interessi tra piu' soggetti apparentemente distinti, ma e' necessaria la prova della unicità del centro decisionale di tali soggetti: costituisce causa di esclusione dalla gara trovarsi "rispetto a un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 1359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo e la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale".

Occorre cioe' verificare (punto 28 della sentenza C-538/07) se il rapporto di controllo o la relazione di collegamento sostanziale abbia influito sul comportamento delle societa' nella gara, non essendo escludibili le societa' per la sola sussistenza del rapporto di controllo.

Se e' vero che la societa' controllante puo' facilmente conoscere l'offerta della societa' controllata o collegata, cio' non pregiudica necessariamente la parita' di trattamento tra i partecipanti alla gara.

Nei limiti in cui il collegamento tra le imprese non comporta una influenza sulle procedure di aggiudicazione, non e' giustificata la esclusione delle societa' tra loro collegate o reciprocamente influenzate.

Afferma la sentenza della Corte di Giustizia al punto 29 che la normativa nazionale "nella misura in cui estende il divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluenza sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure, eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di garantire l'applicazione dei principi di parita' di trattamento e di trasparenza".

La sentenza al punto 30 prosegue affermando che "una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalita', in quanto non lascia a tali imprese la possibilita' di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti".

SL



Afferma la Corte che i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e che le società controllate possono mantenere gradi di autonomia nella gestione della politica commerciale.

La falsa dichiarazione inerente il collegamento o la partecipazione tra imprese non costituisce perciò di per sé mezzo fraudolento idoneo a turbare la concorrenza tra le offerte ai sensi dell'art. 353 c.p., essendo invece necessario per la integrazione del reato la prova della concreta commissione di gestione tra i vari soggetti giuridici e di alterazione delle offerte in conseguenza del collegamento.

L'incrocio tra le partecipazioni societarie non è sufficiente a dimostrare che le diverse società, aldilà delle ricadute economiche positive per i soci (in questo senso Cass. pen., sez. 6., sent. n. 12298 del 16.1.2012), siano dirette dal medesimo centro decisionale e che quindi le diverse domande abbiano effettivamente arrecato un danno alla concorrenza.

Nel caso oggetto del presente processo la denuncia è stata sporta sulla base del solo dato formale del collegamento tra le società appartenenti alle due associazioni di impresa, senza una valutazione sostanziale delle caratteristiche delle domande e sulla loro capacità di influenzare l'andamento della gara.

Gli elementi di prova raccolti, benché costituenti indizi a carico degli imputati, non sono perciò sufficienti per pronunciare una sentenza di condanna a loro carico.

Gli imputati devono perciò essere assolti dal reato di cui all'art. 353 c.p. perché il fatto non sussiste.

Quanto al reato di falso oggetto del reato di cui al capo B si osserva quanto segue.

_____ e _____, legali rappresentanti rispettivamente di _____ S.p.A. e _____ S.p.A., hanno autocertificato con dichiarazioni ex art. 47 DPR 445/2000 "l'insussistenza di rapporti di controllo e collegamento, ai sensi dell'art. 2359 c.c. con altre società concorrenti nella stessa gara, nonché l'inesistenza di forme di collegamento sostanziale, quali, ad esempio, la comunanza con altre imprese concorrenti, del legale rappresentante/titolare/amministratore/soci/procuratore, con poteri di rappresentanza."

Le società da loro legalmente rappresentate non erano in posizione di controllo rispetto ad altre appartenenti ad altri offerenti, né, in quanto soggetti giuridici, in posizione di influenza sostanziale.

I due imputati devono perciò essere assolti dal reato loro ascritto perché il fatto non sussiste.

Diversa è la posizione di _____, referente per la ATI _____ S.p.A., il quale personalmente detiene il controllo di diritto o di fatto (tramite i figli) di società appartenenti alle due diverse associazioni temporanee di imprese.

L'imputato deve perciò essere condannato per il reato di cui all'art. 483 c.p.

La pena viene indicata (considerata la assenza di conseguenze dannose del fatto) in due mesi di reclusione.

Il precedente a carico dell'imputato (applicazione pena per reato dichiarato estinto ex art. 445 c.p.p.) non è ostativo alla applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena.

L'imputato condannato per il reato deve essere condannato al pagamento delle spese processuali.

61



Il reato, privato della connessione teleologica con il reato di cui all'art. 353 c.p. ritenuto insussistente, e' reato contro la fede pubblica rispetto al quale il Comune di Milano puo' essere considerato persona offesa unicamente ove sia lesa un suo interesse alla dichiarazione veritiera, nel caso di specie insussistente perche' funzionale al rispetto della concorrenza, che qui non risulta violata. Ne' sono stati indicati danni diversi.

Di conseguenza alla parte civile non puo' essere liquidato alcun danno.

per questi motivi

il tribunale

visti gli artt. 533-535 c.p.p.

Dichiara [redacted] responsabile del reato di cui all'art. 483 c.p., esclusa la aggravante di cui all'art. 61 n.2 c.p. e lo condanna alla pena di due mesi di reclusione, oltre al pagamento delle spese processuali.

Pena sospesa.

Visto l'art. 530 c.p.p.

Assolve [redacted] dal reato di cui all'art. 353 c.p.

Assolve [redacted] dal reato di cui all'art. 483 c.p.

Novanta giorni per la motivazione

Milano.

la giudice

dott.ssa Caterina Interlandi

~~gruppo familiare~~

TRIBUNALE PENALE DI MILANO
DEPOSITATO 0661
MILANO IL 14.12.12

7 C

