



SENT. 13 /2022

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE REGIONALE PER L'UMBRIA

composta dai seguenti magistrati:

Piero Carlo FLOREANI Presidente

Pasquale FAVA Consigliere relatore

Marco SCOGNAMIGLIO Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di responsabilità iscritto al numero 13239 del registro di segreteria promosso dalla Procura regionale della Corte dei conti presso la Sezione giurisdizionale regionale per l'Umbria contro Marcello Fiorenza, nato a Messina il 2 dicembre 1950 e residente a Rieti, alla Via Settecamini n. 12/C, rappresentato e difeso dall'avv. Fabio Pisani e elettivamente presso lo studio del difensore in Roma alla Circonvallazione Clodia n. 36/A.

Visto l'atto introduttivo del giudizio.

Visti gli altri atti e documenti di causa.

Udita, nella pubblica udienza del 16 febbraio 2022, la relazione del consigliere Pasquale Fava.

Uditi il sostituto procuratore generale Enrico Amante e gli avvocati Fabio Pisani e Fabio Bartoccini.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. La prospettazione della Procura regionale.

Con l'atto di citazione in epigrafe, la Procura regionale, riassunto in giudizio esperito con l'atto di citazione proposto presso la Sezione giurisdizionale per la Regione Lazio che, con sentenza n. 211/2020 aveva dichiarato la propria incompetenza territoriale indicando questa Sezione quale giudice competente, ha convenuto in giudizio l'ing. Marcello Fiorenza (all'epoca dei fatti dirigente della UOC Tecnico patrimoniale della ASL di Rieti e componente la commissione giudicatrice per la procedura ad evidenza pubblica bandita dall'Asl di Terni per la 'ristrutturazione dei locali destinati ad ospitare la diagnostica per immagini e la correlata fornitura di nuove apparecchiature radiologiche nell'Azienda ospedaliera Santa Maria di Terni') per sentirlo condannare al pagamento di € 243.078,55 (pari alla differenza tra le offerte dell'aggiudicataria e della seconda graduata) o, in via subordinata, di € 365.043,54 (danno da manca concorrenza).

La Procura regionale ha precisato che, nonostante l'offerta economica della seconda graduata (ATI SIEMENS S.p.A./MORVIDUCCI S,r,l.) fosse più favorevole (€ 3.120.432,71), l'appalto era stato aggiudicato al RTI GOWEN S.r.l./PHILIPS S.p.A. (per € 3.363.511,26), essendo prevalso il punteggio assegnato all'offerta tecnica di quest'ultima alla luce del metodo di aggiudicazione previsto dal bando di gara.

Dalla relazione della Guardia di finanza (cfr. nota prot. n. 81194 del 18 febbraio 2019,)), è emerso che il convenuto avrebbe avuto contatti con persone collegate alla società aggiudicataria (l'ing. Carlo Velluti, ex dipendente della PHILIPS S.p.A., con il quale aveva anche effettuato un viaggio a San Pietroburgo in compagnia delle rispettive consorti) e che nel suo computer personale sarebbero stati rinvenuti *files* che presupponevano la conoscenza

della documentazione di gara ancora riservata.

Successivamente la Guardia di finanza (cfr. nota prot. n. 451624 del 29 settembre 2021), alla luce delle prove acquisite nel dibattimento penale, ha segnalato anche l'esistenza di una *mail* (del 31 marzo 2015) con cui il convenuto aveva trasmesso alla segreteria della commissione giudicatrice della gara d'appalto in questione una proposta di punteggi molto simili a quelli che sarebbero stati attribuiti dalla commissione di gara alle offerte tecniche delle ditte partecipanti.

La Procura regionale sostiene che 'appare pertanto evidente come il rinvenimento nel pc del Fiorenza, di documentazione riservata e relativa al RTI che si aggiudicherà l'appalto avente data anteriore alla riunione della commissione in cui sono state esaminate le offerte economiche (16 aprile) e alla data di aggiudicazione (17 aprile), dimostra la turbativa dell'appalto, essendo stato accertato l'accordo illecito tra il Fiorenza e il referente (Velluti) della società poi risultata vincitrice' (cfr. pagg. 9 e 10 dell'atto di citazione in riassunzione).

Il danno alla finanza pubblica, causalmente riconducibile alla condotta del convenuto, è identificato nella differenza (€ 243.078,55) - mancato risparmio - tra le offerte economiche dell'aggiudicataria (quest'ultima preferita per ragioni ricollegate all'offerta tecnica - € 3.363.511,26) e della seconda graduata (quest'ultima migliorativa - € 3.120.432,71).

In via subordinata, la Procura regionale contesta il danno alla concorrenza, equitativamente identificato nel dieci per cento del valore dell'appalto a base di gara (€ 3.65.043,54), poiché sussistono, a suo avviso, i due requisiti della violazione delle regole dell'evidenza pubblica e del maggior

costo sopportato dalla P.A. a causa dell'illegittimo svolgimento della procedura di gara.

2. Le difese del convenuto.

Il convenuto ha preliminarmente eccepito l'inutilizzabilità del materiale istruttorio posto alla base dell'indagine della Procura regionale, invocando la violazione della normativa del codice di rito penale.

Nel merito, ha contestato la prospettazione accusatoria, segnalando che le eventuali informazioni trasmesse dal Fiorenza al Velluti non avrebbero avuto alcuna rilevanza ai fini dell'aggiudicazione della gara, essendo di pubblico dominio e comunque bene conosciute a tutte le ditte partecipanti. Secondo il convenuto, la commissione aggiudicatrice si sarebbe limitata ad applicare i criteri di valutazione già previsti dai documenti di gara, con esclusione di ogni discrezionalità valutativa. Le informazioni, peraltro, sarebbero state trasmesse in un momento in cui le offerte sarebbero state immutabili (ovverosia successivamente al 9 gennaio 2015, termine di scadenza per la presentazione delle offerte).

Ha poi contestato la quantificazione del danno operata dalla Procura regionale, sia con riguardo alla prospettazione principale (differenza tra le offerte), che a quella subordinata (danno alla concorrenza).

3. L'intervento *ad adiuvandum* dell'Amministrazione danneggiata.

L'Azienda ospedaliera Santa Maria di Terni ha dispiegato intervento adesivo dipendente a sostegno delle ragioni della Procura regionale, chiedendo l'accoglimento integrale dell'azione di danno, con vittoria di spese ed onorari di giudizio.

4. Il sequestro conservativo.

Con ordinanza del 27 maggio 2021 n. 8, questa Sezione ha convalidato

parzialmente il sequestro conservativo autorizzato con decreto presidenziale,

limitandolo ai soli crediti vantati dal Fiorenza nei confronti dell'ASL di Rieti.

5. L'udienza pubblica.

Nel corso dell'udienza pubblica del 16 febbraio 2022, le parti hanno

richiamato gli scritti già versati in atti, ne hanno illustrato le argomentazioni,

ribadendo le domande, eccezioni e conclusioni già rassegnate per iscritto. La

causa, in quanto matura, è stata trattenuta in decisione e decisa in camera di

consiglio come da dispositivo riportato in calce.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. L'azione risarcitoria pubblicistica esperita dalla Procura regionale

deve essere accolta.

A differenza del diritto penale, dove le fattispecie di reato di pericolo di

cui agli artt. 353 c.p. (turbata libertà degli incanti) e 353-bis c.p. (turbata libertà

del procedimento di scelta del contraente) investono l'esistenza di un'attività

idonea ad influenzare la correttezza della procedura di predisposizione del

bando di gara e, successivamente, l'andamento della gara, l'illecito contabile

contestato dalla Procura regionale nel presente giudizio si fonda sulla

dimostrazione di un effettivo e concreto pregiudizio che, lungi dal poter essere

formulato quale danno *in re ipsa*, ben può essere asseverato attraverso

presunzioni e liquidato ricorrendo al criterio equitativo.

Dalla documentazione versata in atti, emerge la piena prova delle gravi

condotte intenzionali poste in essere dal convenuto in palese violazione della

pretesa dei cittadini e delle imprese contribuenti ad una buona

amministrazione (art. 97 Cost.; art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

europea), ovvero sia ad una P.A. indipendente, terza, neutrale, trasparente e corretta.

Il convenuto ha avuto contatti informali con persone collegate alla società poi risultata aggiudicataria, come comprova la documentazione rinvenuta nel *personal computer* del Fiorenza.

La legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190, ha introdotto l'art.6-*bis* della legge sul procedimento amministrativo recante *conflitto di interessi*, il quale stabilisce che *il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale* (cfr. art. 41).

Anche l'art. 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (codice degli appalti) prevede una disciplina specifica del conflitto di interessi nelle procedure ad evidenza pubblica (*1. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. 2. Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale*

che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62. 3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico. 4. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici. 5. La stazione appaltante vigila affinché gli adempimenti di cui ai commi 3 e 4 siano rispettati).

Risulta evidente come il convenuto, violando entrambe le norme richiamate, abbia posto in essere una condotta in palese frizione con i principi di trasparenza, imparzialità, buon andamento e parità di trattamento dei concorrenti. L'amministrazione, infatti, deve non solo 'apparire' ma soprattutto 'essere' imparziale. Il convenuto, invece, aveva consolidati rapporti con il personale della società aggiudicataria.

Tale situazione getta un'ombra inquietante sulle valutazioni tecniche della commissione aggiudicatrice che ben possono essere state influenzate dalla partecipazione del convenuto (una spia è costituita certamente dalla *mail* menzionata dalla richiamata relazione della Guardia di finanza del settembre 2021, mediante la quale il Fiorenza ha trasmesso alla segreteria della commissione punteggi non distanti da quelli che sarebbero stati di lì a breve

attribuiti dal seggio di gara).

Non è corretta, difatti, la più volte ripetuta affermazione della difesa del
Firenze tesa a perorare la tesi del carattere vincolato del giudizio della
commissione.

E' certamente vero che il bando di gara deve predeterminare i criteri di
aggiudicazione di cui la commissione deve fare applicazione, ma ciò non toglie
che le valutazioni del seggio di gara hanno natura giuridica tecnico-
discrezionale. I punteggi, spesso espressi in forma numerica e privi di giudizi
discorsivi a giustificazione dei numeri assegnati, difatti, costituiscono attività
non vincolata, ma pur sempre frutto dell'applicazione di scienze non esatte e
opinabili. Per tale ragione, i componenti del seggio di gara non devono aver
avuto, né avere rapporti o relazioni con le ditte partecipanti, essendo altrimenti
obbligati ad astenersi, previa segnalazione all'amministrazione.

Tale regola di condotta, finalizzata ad assicurare il rispetto dei
richiamati principi di imparzialità, buon andamento, trasparenza e non
discriminazione, è stata manifestamente violata dal convenuto.

In considerazione dell'esistenza di indizi gravi, precisi e concordanti,
applicando il criterio della preponderanza dell'evidenza ('il più che probabile
che non'), è più che ragionevole ritenere che il convenuto ha orientato l'attività
di giudizio della commissione in favore della società poi risultata
aggiudicataria, producendo una turbativa nell'andamento della gara, specie
considerando che l'offerta del RTI Gowen S.r.l./Philips S.p.A., pur essendo
peggiorativa dal punto di vista economico, è stata preferita per il maggior
punteggio assegnato all'offerta tecnica, e, quindi, proprio in base al richiamato
esercizio della discrezionalità tecnica.

Il danno alla finanza pubblica eziologicamente riconducibile alle menzionate condotte è stato correttamente identificato dalla Procura regionale.

Con riguardo alla sua esistenza, non c'è dubbio che dalla documentazione versata in atti l'amministrazione, proprio in ragione della preferenza tecnico-discrezionale assegnata all'offerta della società aggiudicataria, non ha conseguito quel risparmio di spesa che un sano, leale e aperto confronto concorrenziale avrebbe assicurato nel procedimento di acquisizione dei beni oggetto della gara.

Nella specie non si tratta di un danno *in re ipsa*, in quanto esso emerge dal confronto tra l'offerta economica della società aggiudicataria e quella della seconda graduata.

In definitiva, il danno cagionato va accertato nell'importo sotteso all'atto di citazione, nell'importo di € 243.078,55.

Dal punto di vista dell'elemento soggettivo, dai contenuti risultati dai *files* e dalle *e-mails* richiamate, prodotti a corredo dell'indagine della Guardia di finanza, nonché dalla sequenza cronologica degli eventi e delle fasi della gara, emerge chiaramente il carattere intenzionale delle condotte poste in essere con volontà e rappresentazione (art. 1, comma 1-*quinqüies*, legge 14 gennaio 1994, n. 20).

2. L'illecito contabile ha natura di debito di valore, sicché, secondo i criteri seguiti costantemente dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (Cass., SS.UU. 17 febbraio 1995, n. 1712; Sez. III, 10 marzo 2006, n. 5234), devono essere corrisposti gli interessi legali sulla somma rivalutata, anno per anno, dal momento della liquidazione (art. 150 disp. att. c.c.).

3. Sulle predette somme sono dovuti, inoltre, gli interessi legali dalla pubblicazione della presente decisione fino all'effettivo soddisfo ex art. 1282, primo comma, c.c.

4. Le spese del giudizio, da versare allo Stato e da liquidarsi a cura della Segreteria della Sezione con nota a margine (art. 31, quarto comma, c.g.c.), seguono la soccombenza e devono essere poste a carico del convenuto.

5. Il sequestro conservativo, convalidato con la richiamata ordinanza 27 maggio 2021, n. 8, è convertito in pignoramento ex art. 80 c.g.c. e art. 686 c.p.c. – 156 disp. att. c.p.c. -, nei limiti delle somme per cui è condanna.

6. L'intervento adesivo dipendente dell'Azienda ospedaliera Santa Maria di Terni, correlato alla condanna del convenuto, comporta, infine, il rimborso di diritti, onorari e spese in favore dell'interventore, da liquidarsi nell'importo di € 2.500,00. Tali somme devono essere poste a carico del convenuto soccombente.

P.Q.M.

la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale regionale per l'Umbria, condanna Marcello Fiorenza al pagamento, in favore dell'Azienda ospedaliera Santa Maria di Terni, di € 243.078,55, oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi nei sensi di cui in motivazione, nonché al pagamento delle spese del giudizio, liquidate nell'importo di € 2.494,18 (diconsi euro duemilaquattrocentoventiquattro/18).

Condanna, altresì, il convenuto al pagamento di € 2.500,00 in favore dell'Azienda ospedaliera Santa Maria di Terni.

Così deciso in Perugia, nella camera di consiglio del 16 febbraio 2022.

