

N. 01013/2016REG.PROV.COLL.

N. 07024/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello nr. 7024 del 2015, proposto da LAIRTE ELETTRO S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianluca Alfano e Domenico Antonio Colaci, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via G.G. Belli, 36,

contro

CONSIP S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Guarino e Cecilia Martelli, con domicilio eletto presso il primo in Roma, piazza Borghese, 3,

nei confronti di

- COMUNE DI FUSCALDO e COMUNE DI RENDE, in persona dei rispettivi Sindaci *pro tempore*, non costituiti;

- ENEL SOLE S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

per l'annullamento e/o la riforma,

previa adozione di idonee misure cautelari,

della sentenza del T.A.R. della Calabria, Sezione Seconda, nr. 1187/2015, emessa nel giudizio nr. 879/2015, depositata il 9 luglio 2015, con la quale è stato respinto il ricorso teso a ottenere l'annullamento: a) del provvedimento prot. nr. 11590/2015 del 27 aprile 2015 con cui è stato disposto l'annullamento del provvedimento di autorizzazione al subappalto relativo alla "Convenzione per l'affidamento del servizio luce e dei servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni (II Edizione - Lotto 7)" stipulata tra Enel Sole S.r.l. e Consip S.p.a.; b) di tutti gli atti e provvedimenti presupposti, connessi e consequenziali, inclusi in particolare: i) la comunicazione di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, nr. 241, e s.m.i., per la verifica del possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, in capo alla Lairte Elettro S.r.l., di cui alla nota Consip S.p.a. prot. nr. 7350/2015 del 18 marzo

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la Pubblica Amministrazione

Marzo 2016

2015; ii) il provvedimento, prot. nr. 11756/2015 del 28 aprile 2015, con cui Consip S.p.a. ha comunicato al Comune di Rende l'annullamento della autorizzazione all'affidamento in subappalto (prot. nr. 1466/2013 del 17 gennaio 2013) relativa al servizio di manutenzione ordinaria, straordinaria e riqualificazione impianti di illuminazione pubblica da erogarsi nel Comune medesimo; iii) il provvedimento, prot. nr. 11758/2015 del 28 aprile 2015, con cui Consip S.p.a. ha comunicato al Comune di Fuscaldo l'annullamento delle autorizzazioni all'affidamento in subappalto (prot. nr. 5933/2015 del 4 marzo 2015 e nr. 32571/2014 del 10 dicembre 2014) relative al servizio di manutenzione ordinaria, straordinaria e riqualificazione impianti di illuminazione pubblica e semaforici da erogarsi nel Comune medesimo; iv) il provvedimento, non conosciuto dalla ricorrente, di segnalazione del fatto all'Autorità Nazionale Anticorruzione e per la Valutazione e la Trasparenza (A.N.A.C.); v) il provvedimento, non conosciuto dalla ricorrente, per la segnalazione del fatto alla competente Procura della Repubblica; e per l'accoglimento di tutte le domande avanzate in primo grado, ivi compresa quella tesa a ottenere il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip S.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalla appellante (in data 24 agosto 2015) e da Consip S.p.a. (in date 6 e 25 agosto, 2 e 6 febbraio 2016) a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza di questa Sezione nr. 3798 del 28 agosto 2015, con la quale è stata accolta la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2016, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Colaci per la appellante e l'avv. Martelli per Consip S.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società odierna appellante, Lairte Elettro S.r.l., ha stipulato in tempi diversi con Enel Sole S.r.l., affidataria del servizio luce e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni nell'ambito di convenzione sottoscritta con Consip S.p.a., due contratti di subappalto aventi a oggetto servizi di manutenzione ordinaria e straordinaria e di riqualificazione di impianti di illuminazione e semaforici nel territorio dei Comuni di Rende e Fuscaldo, i quali avevano a loro volta emesso ordinativi di fornitura per i servizi in questione.

I subappalti in oggetto sono stati regolarmente autorizzati da Consip S.p.a., e pertanto la società istante ha avviato l'esecuzione delle attività affidate.

Tuttavia, in un momento successivo sono intervenuti i provvedimenti di annullamento in autotutela della predetta autorizzazione al subappalto - poi oggetto di ricorso giurisdizionale

dinanzi al T.A.R. della Calabria – motivati dagli esiti di un’ulteriore istruttoria espletata da Consip S.p.a., dalla quale emergeva l’esistenza, a carico del legale rappresentante della società medesima, di un decreto penale di condanna esecutivo per il reato di omesso versamento di contributi previdenziali, del quale non era stata fatta menzione nella dichiarazione autocertificativa sul possesso dei requisiti di cui all’art. 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163.

2. Proposta impugnativa avverso i detti provvedimenti di revoca, il T.A.R. adito ha respinto le doglianze attoree con la sentenza oggetto dell’odierno appello, il quale risulta affidato al seguente motivo in diritto: erroneità della sentenza appellata; mancata valutazione dei documenti allegati al ricorso di primo grado; omessa pronuncia sui motivi di censura del ricorso di primo grado; motivazione insufficiente e contraddittoria (per non avere il primo giudice adeguatamente valutato le allegazioni e produzioni della ricorrente, da cui emergeva con evidenza la non conoscenza del decreto di condanna – a cagione della nullità o inesistenza della relativa notificazione – e comunque la sua inconoscibilità da parte dell’interessato al momento della dichiarazione sul possesso dei requisiti soggettivi).

Pertanto, la società appellante ha riproposto come segue i motivi di prime cure, a suo dire non esaminati dal T.A.R.:

I) illegittimità dei provvedimenti impugnati e, in particolare, dei provvedimenti nn. 11590/2015, 11756/2015 e 11758/2015, nonché di tutti gli atti ad essi presupposti, successivi e connessi, per violazione e falsa applicazione della legge e, in particolare, violazione degli artt. 3 e 10 della legge 7 agosto 1990, nr. 241; difetto di istruttoria; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, nella figura sintomatica dello sviamento, dell’illogicità manifesta e della contraddittorietà (ancora in relazione alla mancata conoscenza del decreto penale di condanna, ampiamente documentata dalla parte attrice);

II) illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e falsa applicazione della legge e, in particolare, dell’art. 38, comma 1, lettera c), del d.lgs. nr. 163 del 2006; difetto di motivazione e istruttoria in merito all’incidenza del reato sul requisito della moralità professionale; mancata/errata valutazione degli elementi che caratterizzano la fattispecie (stante la carenza di motivazione a sostegno della gravità, e quindi del carattere ostativo, della condanna *de qua*);

III) illegittimità del provvedimento impugnato per violazione e falsa applicazione dell’art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. nr. 163 del 2006 in combinato disposto con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all’art. 46, comma 1-bis, del medesimo decreto (non potendo predicarsi un obbligo di dichiarare una condanna la quale, essendo assistita dal beneficio della non menzione nel casellario giudiziale, non era riportata nel certificato del casellario richiesto dall’interessato, e pertanto non è stata conosciuta né era conoscibile se non all’esito degli approfondimenti istruttori esperiti dall’Amministrazione).

Da ultimo, parte appellante ha reiterato l’istanza di risarcimento dei danni già formulata in primo grado.

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la Pubblica Amministrazione

Marzo 2016

3. Resiste Consip S.p.a., la quale, opponendosi con dettagliate deduzioni all'accoglimento del gravame avverso, ha concluso per la conferma della sentenza in epigrafe.
4. All'esito della camera di consiglio del 27 agosto 2015, questa Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata formulata in una all'appello.
5. Infine, all'udienza pubblica del 18 febbraio 2016, la causa è stata trattenuta in decisione.
6. Tanto premesso, va in via preliminare dichiarata la tardività, e quindi l'inutilizzabilità, delle memorie depositate dalla appellante in date 3 e 8 febbraio 2016, stante il mancato rispetto dei termini, rispettivamente di quindici e dieci giorni liberi, di cui all'art. 73, comma 1, cod. proc. amm., come dimezzati a norma dell'art. 120 del medesimo Codice.
7. Nel merito, l'appello è infondato e va conseguentemente respinto.
8. Più specificamente, esula dal perimetro del presente giudizio la questione della ritualità o meno della notificazione a suo tempo eseguita del decreto penale di condanna, dalla quale parte istante fa discendere l'assunto della non conoscenza del precedente penale in questione su cui s'incentra il primo motivo d'appello: infatti, non è consentito in questa sede accertare *incidenter tantum* gli eventuali vizi di tale condanna, trattandosi di questione da sottoporre al vaglio del giudice penale competente.

Al riguardo, a rettifica di quanto si legge nella sentenza di primo grado, il rimedio da esperire nell'ipotesi di decreto penale non opposto, e quindi divenuto esecutivo, a cagione di una sua non conoscenza dovuta a vizi della notificazione non è quello oppositivo di cui all'art. 40 del d.P.R. 14 novembre 2002, nr. 313, bensì quello consistente nella richiesta di rimessione in termini per l'opposizione, ai sensi degli artt. 175 e 462 cod. proc. pen., da proporre nel termine di trenta giorni dalla sopravvenuta conoscenza della condanna (art. 175, comma 2-bis, cod. proc. amm.), ed ovviamente previa dimostrazione del vizio e della solo tardiva conoscenza del procedimento penale (e della condanna); e, in effetti, risulta in atti che il legale rappresentante della società istante abbia poi provveduto, in epoca successiva all'intervento di Consip S.p.a. per cui qui è causa, ad attivare tale rimedio processuale, i cui esiti restano di esclusiva competenza del giudice competente.

Tutto ciò peraltro, lo si ribadisce, non incide in alcun modo con la legittimità dell'operato di Consip S.p.a., a tal uopo rilevando unicamente la circostanza oggettiva dell'esistenza di una condanna non dichiarata dall'impresa, successivamente accertata e ritenuta ostativa all'affidamento (come meglio appresso si dirà); mentre i profili evidenziati dalla appellante potranno eventualmente rilevare, se del caso, ai fini delle diverse e autonome determinazioni conseguenti alle segnalazioni che Consip S.p.a. ha inoltrato all'A.N.A.C. ed alla competente Procura della Repubblica.

9. A completamento dei rilievi che precedono, e con specifico riguardo all'ulteriore questione agitata anche col motivo di prime cure riproposto come sintetizzato al punto *sub* III) che precede, occorre aggiungere che non persuade il tentativo di parte appellante di predicare una vera e

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la Pubblica Amministrazione

Marzo 2016

propria in conoscibilità della condanna in questione, trattandosi di sentenza assistita dal beneficio della non menzione del casellario giudiziale.

Infatti, se è vero che per effetto di tale beneficio la condanna non sarebbe stata riportata nel certificato penale rilasciato ai sensi dell'art. 24 del citato d.P.R. nr. 313 del 2002, tuttavia è sempre possibile a ciascun cittadino chiedere e ottenere, ai sensi dell'art. 33 del medesimo decreto, la "visura" di tutte le iscrizioni esistenti a proprio carico, ivi comprese quelle non risultanti dal certificato del casellario giudiziale rilasciato a istanza dell'interessato.

Ed è appunto a tale adempimento che, alla stregua di un canone di ordinaria diligenza e autoresponsabilità, avrebbe dovuto provvedere il legale rappresentante dell'impresa ricorrente, anche a voler condividere l'assunto circa l'ignoranza del procedimento penale a suo carico, prima di rendere una dichiarazione autocertificativa attestante l'inesistenza di precedenti penali a proprio carico.

Né ha pregio l'affermazione, resa dalla difesa di parte appellante in sede di discussione orale, secondo cui sarebbe stato eccessivo pretendere che tale richiesta venisse inoltrata a tutte le Procure della Repubblica sul territorio nazionale, atteso che, ancorché rilasciata da un ufficio locale (come definito dall'art. 2, comma 1, lettera o), del d.P.R. nr. 313/2002) la "visura" con valore non certificativo di cui al menzionato art. 33 consente sempre e comunque di accedere a tutte le iscrizioni risultanti dall'unico sistema informativo del casellario giudiziale (come disciplinato dagli artt. 41 e segg. del medesimo decreto).

10. Infine, va disattesa anche l'ulteriore doglianza, reiterata col motivo di cui *sub* II), con cui si contesta il giudizio di ostatività del precedente penale *de quo* alla prosecuzione del rapporto di subappalto, trattandosi di condanna di modesta entità e alquanto risalente nel tempo.

E difatti, tenuto conto della discrezionalità che connota le valutazioni dell'Amministrazione in ordine alla gravità delle condanne ed alla loro incidenza sull'affidabilità professionale dell'impresa, l'avviso di Consip S.p.a. non appare manifestamente irragionevole, in considerazione del titolo di reato (omesso versamento di contributi previdenziali) cui afferisce la condanna, strettamente inerente all'esercizio dell'attività imprenditoriale.

Al riguardo, la recente circostanza dell'intervenuta depenalizzazione del reato in questione, sottolineata dalla difesa di parte appellante in sede di discussione orale, non può mutare le conclusioni suindicate, atteso che è al momento della presentazione della dichiarazione che andava logicamente riferito l'obbligo di dichiarare tutte le condanne riportate, ivi comprese quelle assistite dal beneficio della non menzione, *ex* art. 38, comma 2, del d.lgs. nr. 163 del 2006 (e, quindi, anche l'esclusione per i reati depenalizzati, ivi prevista, va riferita a quelli già depenalizzati all'epoca); né può insistersi sul carattere retroattivo di detta depenalizzazione, al fine di invocare una sorta di sanatoria *ex post* dell'omissione, dal momento che tale retroattività costituisce un effetto normale sul piano penale della *abolitio criminis* ai sensi dell'art. 2, comma 2, cod. pen., ma non può avere l'effetto sanante qui preteso, che si risolverebbe in una grave violazione della *par condicio* tra i

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la Pubblica Amministrazione

Marzo 2016

concorrenti.

11. All'infondatezza delle censure esaminate segue il rigetto anche della domanda risarcitoria, qui riproposta in coda all'appello.

12. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate equitativamente in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna la appellante al pagamento, in favore di Consip S.p.a., di spese e onorari del presente grado del giudizio che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila) oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Oberdan Forlenza, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/03/2016

IL SEGRETARIO

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