



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4609 del 2012, proposto da
Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture,
rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato,
domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12

contro

Dimo Gianfranco, in proprio e in qualità di legale rappresentante del
Consorzio Kalos, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Fortunato,
con domicilio eletto presso Giovanni Belcastro in Roma, corso di Francia,
n. 158

per la riforma della sentenza del t.a.r. del lazio, sezione iii, n.

2562/2012

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del signor Gianfranco Dimo in
proprio e in qualità di legale rappresentante del Consorzio Kalos;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2014 il Cons. Claudio Contessa e udito l'avvocato dello Stato Marchini per l'Autorità appellante
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.– Risulta dagli atti che la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Reggio Calabria, con nota del 29 marzo 2011, ha comunicato all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d'ora innanzi solo Autorità) che il legale rappresentante, sig. Gianfranco Dimo, del Consorzio Kalos (d'ora innanzi 'il Consorzio'), ha omesso di denunciare talune attività estorsive subite, in tal modo concretando una violazione dell'articolo 2 della l. 15 luglio 2009, n. 94 ('Disposizioni in materia di sicurezza pubblica').

L'Autorità, con atto del 31 marzo 2011, ha quindi disposto – ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera m-ter), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, come modificato dapprima dal comma 19, lettera b) dell'articolo 2 della l. 94 del 2009, cit., e successivamente dal comma 2, lettera b) dell'articolo 4 del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70) – l'annotazione nel casellario informatico, con conseguente sospensione annuale dalla partecipazione alle procedure di gara.

La società ha impugnato tale atto innanzi al Tribunale amministrativo regionale deducendo: a) la violazione del citato art. 38, comma 1, lettera m-

ter), in quanto mancherebbe il presupposto costituito dall'applicazione di una misura di prevenzione in corso; b) la violazione dell'art. 4, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689 e 54 Cod. pen., non avendo la Procura della Repubblica escluso l'esistenza di una causa di giustificazione; c) l'illegittimità costituzionale del citato art. 38, in relazione agli artt. 2, 3, 24, 41, 11 e 117 Cost., in quanto si tratterebbe di una sanzione interdittiva fondata non su una sentenza di condanna bensì sulla sola segnalazione dell'organo inquirente.

1.1.– Il Tribunale amministrativo, con sentenza 15 marzo 2012 n. 2652, ha accolto il ricorso ritenendo fondati i primi due motivi.

2.– L'Autorità ha proposto appello rilevando l'erroneità della sentenza per le ragioni indicate nel prosieguo.

2.1.– Si è costituita in giudizio la parte intimata chiedendo il rigetto dell'appello.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture avverso la sentenza del Tribunale amministrativo del Lazio con cui è stato accolto il ricorso proposto dal legale rappresentante di un consorzio e, per l'effetto, è stata annullata l'annotazione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 disposta per non avere il ricorrente in primo grado denunciato di essere stato vittima di estorsione.

2. L'appello è meritevole di accoglimento, non rinvenendo il Collegio ragioni per discostarsi con quanto statuito con la sentenza 12 dicembre 2012, n. 6379, resa su una fattispecie che presenta elementi di stretta

connessione soggettiva e oggettiva con la presente vicenda.

2.1. Con un primo motivo l'Autorità deduce che il citato art. 38, comma 1, lettera m), non contempla tra i suoi presupposti la mancanza di una misura di prevenzione.

Il motivo è fondato.

L'art. 38, comma 1, lettera m-ter) del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 – nella versione antecedente alle modifiche recate dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 (*Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*) convertito dalla legge 12 luglio 2011, n. 106 – prevedeva che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi i soggetti: *«di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste»*, pur essendo stati vittime dei reati di corruzione (art. 317 Cod. pen.) ed estorsione (art. 629 Cod. pen.) aggravati dall'essere stati commessi avvalendosi delle condizioni previste dalla norma (art. 416-bis) che disciplina il reato di associazione mafiosa ovvero al fine di agevolare l'attività della associazione stessa (art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152) non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria. L'omessa denuncia non rileva soltanto se la condotta è stata posta in essere *«nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa»* (art. 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689).

La norma proseguiva stabilendo che tale circostanza *«deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata,*

unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità (...), la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio».

La richiamata lettera b) dell'art. 38, comma 1, prevede, nella prima parte, un'autonoma causa di esclusione operante con riferimento ai soggetti: *«nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione (...)»*. Nella seconda parte si specifica, sul piano della rilevanza soggettiva, che *«l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società»*.

Alla luce della riportata disciplina risultava che unico presupposto per l'annotazione nel casellario informatico, ai sensi della lettera m-ter) dell'art. 38, fosse rappresentato dalla omessa denuncia dei reati ivi contemplati. Il richiamo alla lettera b) dello stesso art. 38 era espressamente limitato a quella parte della norma che indicava le qualifiche soggettive rilevanti.

Il decreto-legge n. 70 del 2011 ha modificato la predetta lettera m-ter) e, oltre ad avere ridotto da tre a un anno il periodo di rilevanza delle condotte antecedente alla pubblicazione del bando, ha abrogato l'inciso *«anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi prevista»*.

La ragione giustificativa della abrogazione non può essere rinvenuta, come ritenuto dal primo giudice, nella volontà legislativa di assegnare rilievo

anche al requisito oggettivo, di tipo negativo, sopra indicato.

L'esistenza, infatti, di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione è già di per sé già sufficiente, ai sensi di quanto previsto dalla lettera b), per l'iscrizione nel casellario informatico. Ne consegue che richiedere la presenza anche di tale requisito, affinché possa ritenersi integrata la previsione di cui alla lettera m-ter), si risolverebbe in una non ragionevole sovrapposizione di fattispecie. In altri termini, l'abrogazione dell'inciso in esame non implica che, per potersi procedere all'annotazione nel casellario, devono ricorrere anche "tutti" i presupposti contemplati dalla richiamata lettera b).

La modifica legislativa non ha, pertanto, valenza innovativa, costituisce una mera specificazione di quanto già desumibile dalla precedente formulazione della richiamata lettera m-ter) e ha la sua *ratio* nell'esigenza di eliminare un precetto inutile privo di una reale portata applicativa.

2.2.— Con un ulteriore motivo, l'Autorità chiede che la sentenza in epigrafe sia riformata per la parte in cui ha ritenuto che il provvedimento di iscrizione fosse affetto da un difetto di istruttoria e di motivazione in ordine ai fatti e ai comportamenti sottostanti.

Il motivo è fondato.

Al riguardo l'appellante ha condivisibilmente osservato che la valutazione e la ponderazione fra i diversi interessi in gioco era stata già effettuata dalla Procura della Repubblica, certamente più idonea a valutare la consistenza dei fatti contestati, a qualificarli sotto il profilo giuridico e a verificare l'esclusione di una causa di giustificazione.

L'art. 38, comma m-ter), prevede che la fattispecie dallo stesso prevista non è integrata qualora l'omessa denuncia sia stata determinata

dall'esistenza di una delle cause di giustificazione sopra indicate. Tale requisito negativo non deve essere oggetto di accertamento da parte dell'Autorità essendo sufficiente, ai fini dell'iscrizione, che la Procura della Repubblica dichiari l'assenza di una delle predette cause di giustificazione.

Nella specie nella comunicazione del 29 marzo 2011 si afferma che: *«non appare ipotizzabile la sussistenza della clausola di salvaguardia contenuta nella stessa lettera m-ter), risultando accertato che la scelta non collaborativa dell'imprenditore estorto non è riconducibile allo stato di necessità nel quale questi si trovava, ovvero che in capo allo stesso vi fosse la necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona»*.

Si tratta di un'indicazione di per sé idonea (anche alla luce del complessivo quadro analiticamente descritto nell'ambito della medesima comunicazione) ad escludere il ricorrere nel caso di specie di una delle richiamate cause di giustificazione.

3. L'appellata è condannata, in applicazione del principio della soccombenza, al pagamento, in favore dell'Autorità appellante, delle spese processuali di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese del doppio grado, che liquida in complessivi euro 2.000 (duemila), oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Vito Carella, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/02/2014

IL SEGRETARIO

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