

Penale Sent. Sez. 6 Num. 28130 Anno 2020

Presidente: COSTANZO ANGELO

Relatore: COSTANZO ANGELO

Data Udiienza: 18/09/2020

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

Canalis Agnese Gavina, nata a Sassari il 30/07/1968

avverso l'ordinanza del 12/02/2020 del Tribunale della libertà di Cagliari

udita la relazione svolta dal Presidente Angelo Costanzo;

sentite le conclusioni del Sostituto Procuratore generale Marco Dall'Olio

per il rigetto del ricorso.

L'avvocato Ravenna Massimiliano in difesa di Canalis Agnese Gavina conclude per l'accoglimento del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 12/02/2020, il Tribunale di Cagliari ha confermato il provvedimento con cui il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Oristano ha rigettato la richiesta di revoca del divieto temporaneo di esercitare attività imprenditoriali applicato a Canalis Agnese Gavina in relazione al delitto ex artt. 110 e 356 cod. pen., per avere commesso frode – somministrando manodopera interinale senza osservare le clausole contrattuali finalizzate a selezionare il personale in modo oggettivo - nell'esecuzione del contratto di appalto

n. 1385 del 28/03/2013 stipulato fra la unità operativa dell'agenzia interinale E-Work s.p.a. di Sassari, della quale è responsabile la ricorrente, e l'Azienda sanitaria locale (A.s.l.) n. 5 di Oristano, in concorso con Angelo Piras, responsabile del servizio professioni sanitarie della predetta A.s.l. (capo 1 delle imputazioni provvisorie).

2. Con il ricorso presentato dai suoi difensori, la Canalis chiede l'annullamento dell'ordinanza per i motivi nel seguito riprodotti nei limiti di cui all'art. 173 disp. att. cod. proc. pen..

2.1. Con il primo motivo di ricorso, si deducono inosservanza o erronea applicazione dell'art. 356 cod. pen., delle norme del contrattuali e del precedente capitolo speciale d'appalto perché il contratto di appalto e il capitolato non prevedono un obbligo di adottare particolari modalità che assicurino l'oggettività della selezione del personale ma soltanto fissano le qualità professionali dei lavoratori - il che basta per preservare il buon andamento della Pubblica amministrazione - mentre la regola che imporrebbe "metodi accreditati" per selezionare i lavoratori (riportata a p. 20 dell'ordinanza impugnata) è contenuta soltanto nella informativa redatta dall'ispettore del lavoro, sicché costituisce una mera locuzione dell'ufficiale di polizia giudiziaria ma non una regola contrattuale, mentre i "chiarimenti" forniti dalla A.s.l. concernono solamente le metodologie formative del personale.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso si deducono inosservanza o erronea applicazione dell'art. 356 cod. pen., dell'art. 97 Cost. e dell'art. 36 d.lgs. 30 gennaio 2001 n. 165 (nella versione vigente quando - il 21/01/2013 - il contratto fu stipulato) per non avere considerato che il contratto di somministrazione di manodopera non comporta che i lavoratori diventino dipendenti della Pubblica amministrazione (infatti il contratto di lavoro subordinato è stipulato con il somministratore) e che la selezione effettuata dalle agenzie del lavoro non mira a garantire l'imparzialità nella scelta dei lavoratori ma solo a individuare risorse lavorative corrispondenti a una specifica e urgente necessità dell'ente pubblico - sicché il riferimento al predetto art. 36 (per il quale le assunzioni presso le pubbliche amministrazioni debbono seguire procedure selettive concorsuali) non è pertinente - né, per altro verso, è vietata la cosiddetta *clausola di gradimento*, anzi è prevista una *valutazione* del candidato da parte della A.s.l. (p. 15 del ricorso).

2.3. Con il terzo motivo di ricorso si deducono inosservanza o erronea applicazione dell'art. 356 cod. pen. per la inoffensività della condotta contestata perché il buon andamento della pubblica amministrazione è stato garantito

dall'invio di lavoratori dotati delle competenze richieste dalla A.s.l. senza che, comunque, rilevi il modo in cui è scelto il lavoratore.

2.4. Con il quarto motivo di ricorso si deducono inosservanza o erronea applicazione dell'art. 1 e 356 cod. pen. e 25 Cost. per violazione del principio di tassatività perché il contratto stipulato non riguarda "cose od opere" (come richiesto dal combinato disposto degli artt. 335 e 336 cod. pen.) ma prestazioni lavorative che non rientrano nel novero dei contratti di fornitura di cose materiali.

2.5. Con il quinto motivo di ricorso si deducono inosservanza o erronea applicazione dell'art. 356 cod. pen. perché, comunque, il semplice inadempimento del contratto non integra il delitto di frode nelle pubbliche forniture, e nella fattispecie l'A.s.l. ha previamente espresso il suo beneplacito all'utilizzo di lavoratori nominativamente indicati (pp. 20-21 del ricorso).

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso in esame ripropone i contenuti dei motivi di appello disattesi dal Tribunale con l'ordinanza impugnata. Non contesta i fatti ma loro qualificazione giuridica.

L'ordinanza impugnata ricostruisce analiticamente gli antefatti del procedimento che portano a evidenziare assunzioni interinali nel 2016, da parte di due agenzie, fra le quali la E-Work s.p.a., di ostetriche, infermieri e operatori socio-sanitari residenti in Macomer e zone limitrofe in misura sproporzionata in eccesso rispetto alle potenzialità del territorio (pp. 1-10) così da fare ipotizzare, sulla base di ulteriori dati acquisiti (sommarie informazioni testimoniali, intercettazioni telefoniche e ambientali, perquisizioni e sequestri), che esse mirassero a favorire elettori del Partito democratico della sinistra (P.d.s.) mediante la manipolazione delle prove selettive per i concorsi pubblici (pp. 10-18).

In particolare, nell'ordinanza si osserva, anche sulla base delle dichiarazioni accusatorie della operatrice sanitaria Patrizia Cominu, che le assunzioni presso la A.S.L. favorirono elettori del P.d.s. e che la società interinale agì seguendo le indicazioni di Antonio Succu, direttore del dipartimento di cure chirurgiche della A.s.l.. Sindaco di Macomer e legato al P.d.s. con la complicità di altre persone.

Inoltre, il Tribunale evidenzia che la maggior parte (45 punti su 60) del punteggio previsto per l'offerta tecnica prestata dalla E-Work s.p.a. in occasione della gara era stata attribuita in considerazione delle rigorose modalità di selezione e formazione del personale coerenti con i principi di imparzialità, buon andamento e di accesso al pubblico impiego mediante concorso (art. 97 Cost.) e del d.lgs. n. 165/2011 (testo unico del pubblico impiego) che disciplina "l'utilizzo di contratti di

lavoro flessibile" (art. 36) e vieta la cosiddetta clausola di gradimento per evitare che la pubblica amministrazione si attribuisca un potere discrezionale di scelta dei lavoratori.

In particolare, il Tribunale osserva che la E-Work s.p.a. nel selezionare il personale paramedico da presentare alla A.s.l. doveva seguire i criteri dettagliatamente previsti nella offerta tecnica che le aveva consentito di vincere la gara, cioè principi di trasparenza e meritocrazia nella selezione, e rileva come dagli atti di indagine (le dichiarazioni dei dipendenti della E-Work S.p.A. - p. 22, nota 11 - indicano che le assunzioni avvenivano solo sulla base delle indicazioni dei nominativi da parte di Agnese Canali) risulti che la società non effettuò selezioni basate sulle competenze professionali né svolse attività di formazione volte a migliorarle. Argomenta, anche, che le condotte contestate hanno leso il buon andamento della pubblica amministrazione sanitaria non assicurando l'assunzione del personale più qualificato a fornire prestazioni sanitarie alla collettività, eseguendo in modo fraudolento il contratto di somministrazione con il concorso di funzionari infedeli (perché furono rappresentanti della A.s.l. di Oristano a segnalare alla agenzia interinale i nomi dei lavoratori da preferire).

2. Nell'applicazione degli artt. 355 e 356 cod. pen. devono intendersi per "forniture" sia le cose che le opere e, quindi, anche il *facere* costituito dalle prestazioni di materiali e attività tecniche e lavorative di una impresa che assicurano il soddisfacimento delle finalità sottese al suddetto servizio (Sez. 6, n. 19203 del 15/11/2012, dep. 2013, Colasante, non mass.; Sez. 6, n. 5185 del 20/11/1987, dep. 1988, Zucchet, Rv. 178245), categoria in cui rientra la fornitura di prestazioni lavorative, anche con contratto di lavoro interinale (sez. 6, n. 50334 del 2/01/2013, Durante, non mass.). Pertanto, il quarto motivo di ricorso è infondato.

3. Il ricorso al lavoro interinale da parte di una Pubblica Amministrazione avviene quando si è in presenza di esigenze periodiche e collegate a situazioni di urgenza non fronteggiabili con il personale in servizio o con personale reclutabile mediante gli usuali canali previsti dal d.lgs. 30/3/2001 n.165. L'affidamento del servizio non obbliga l'Amministrazione a attivare il contratto, al quale avrà facoltà di ricorrere in base a una valutazione unilaterale della situazione contingente per rispondere a esigenze temporanee e eccezionali. La procedura di somministrazione di lavoro temporaneo è svolta nel rispetto della normativa applicabile. Devono essere osservati, quindi, i principi e la disciplina previsti dalle seguenti fonti: d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, legge n. 14 febbraio 2003 n. 30 legge

n. 3 agosto 2009 n. 102, legge 30 ottobre 2013 n. 125 nonché dal d.lgs. 15 giugno 2015 n.81 e dai CCNL vigenti al momento.

Va rimarcato che nella somministrazione di lavoro interinale il rapporto di lavoro non intercorre fra due agenti (datore e lavoratore) ma fra tre (somministratore - in questo caso agenzia per il lavoro - lavoratore, ente pubblico o azienda). Il lavoratore dipende giuridicamente dalle agenzie fornitrici e da queste viene retribuito, ma funzionalmente presta il suo lavoro presso gli enti che hanno bisogno di professionalità per periodi di tempo limitato. Ne deriva che il lavoro interinale somministrato a una Pubblica amministrazione da una agenzia del lavoro interinale non è riconducibile giuridicamente alla categoria del pubblico impiego, al quale soltanto è correlata la previsione costituzionale dell'accesso mediante concorso (art. 97, comma 4, Cost.).

Questo esito di una delle forme della cosiddetta *esternalizzazione del pubblico impiego* può evocare tensioni con i principi normativi sottesi alle norme contenute nella Sezione II del Titolo III della Costituzione quando il lavoro somministrato riguarda categorie di lavoratori (personale paramedico) che possono anche assumere il ruolo di incaricati di un pubblico servizio.

Tuttavia, per quel che riguarda l'adempimento della somministrazione di lavoro interinale a una Pubblica amministrazione per il quale potenzialmente sono potenzialmente applicabili gli artt. 355 e 356 cod. pen. questo non è - per quanto sopra osservato - significativo.

4. Quel che rileva è soltanto se modalità di selezione e formazione del personale coerenti con i principi di imparzialità, di buon andamento e di accesso al pubblico impiego mediante concorso (art. 97 Cost.) siano espressamente previste in specifiche norme legislative e/o negli accordi contrattuali fra la Pubblica amministrazione e l'Agenzia che somministra il lavoro interinale.

5. A questa condizione possono profilarsi - secondo il concreto atteggiarsi delle fattispecie storiche l'inadempimento di contratti di pubbliche forniture considerato ex art 355 cod. pen. o la frode nelle pubbliche forniture ex art. 356 cod. pen.

Il primo consiste nella mancata consegna, totale o parziale, ovvero nella ritardata consegna di cose o opere che non solo siano dovute ma che siano anche "necessarie a uno stabilimento pubblico o a un pubblico servizio". in questo caso bastando la constatazione dell'illiceità civile dell'inadempimento per la configurazione del reato (Sez. 6, n. 4923 del 12/01/1984, Carmando, Rv. 164483).

Il secondo consiste in ogni inadempimento che sia effetto di malafede contrattuale, comprendente, secondo l'ampio contenuto della disposizione, senza la necessità di uno specifico richiamo, anche gli inadempimenti concernenti cose o opere necessarie a uno stabilimento pubblico o a un pubblico servizio (Sez. 6, n. 3670 del 29/01/1993, Cornia, Rv. 193871). Per la configurabilità del delitto di frode in pubbliche forniture basta il dolo generico, costituito dalla consapevolezza di consegnare cose in tutto o in parte difformi (per origine, provenienza, qualità o quantità) in modo significativo dalle caratteristiche convenute, o disposte con legge o con atto amministrativo, non è necessario che vi sia stata una dazione di *aliud pro alio* in senso civilistico purché la difformità sia apprezzabilmente significativa: la nozione di frode si riferisce a ogni condotta che, nei rapporti con la Pubblica amministrazione, viola il principio di buona fede e lealtà nell'esecuzione del contratto sancito dall'art. 1375 cod. civ. e, trattandosi di un fatto oggettivo che danneggia l'interesse pubblico, sono irrilevanti le condizioni psicologiche dei contraenti, ma contano soltanto le modalità di presentazione del bene in relazione a quanto oggettivamente convenuto o disposto con legge o con atto amministrativo (Sez. 6, n. 6905 del 25/10/2016, dep. 2017, Milesi e altri, Rv. 269370; Sez. 6, n. 28301 del 08/04/2016, Dolce, Rv. 267828; Sez. 6, n. 27992 del 20/05/2014, Peratello, Rv. 262538); non si richiede un comportamento ingannevole, bastando la malafede nell'eseguire il contratto in difformità dai patti, perché il dolo nel delitto di frode nelle pubbliche forniture, consiste nella cosciente volontà di consegnare cose diverse da quelle pattuite - come nella frode nell'esercizio del commercio ex art. 515 cod. pen. - e l'espressione "frode" non allude a un comportamento ingannevole, ma identifica il fatto in ogni inadempimento che sia effetto di malafede contrattuale, con la conseguenza che se ricorrono anche gli elementi caratterizzanti la truffa è configurabile il concorso tra i due delitti. (Sez. 6, n. 38346 del 15/05/2014, Moroni, Rv. 260270; Sez. 2, n. 15667 del 20/03/2009, Mari, Rv. 243951; Sez. 6, n. 5102 del 25/03/1998, dep. 1999, Minervini, Rv. 213672).

5. Posto quanto precede, deve registrarsi che il Tribunale assume che la maggior parte del punteggio previsto per l'offerta tecnica prestata dalla E-Work s.p.a. in occasione della gara era stata attribuita in considerazione delle rigorose modalità di selezione e formazione del personale coerenti con i principi di imparzialità, buon andamento e di accesso al pubblico impiego mediante concorso (art. 97 Cost.) e che la E-Work s.p.a. nel selezionare i lavoratori da somministrare all'ente pubblico A.s.l. doveva seguire i criteri dettagliatamente previsti nella offerta tecnica che le aveva consentito di vincere la gara indetta dalla A.s.l..

Stante quanto osservato *sub* 4, il primo e il secondo motivo di ricorso risultano fondati perché dall'ordinanza impugnata non risulta adeguatamente individuato e determinato il contenuto contrattuale sulla base del quale varrebbe quanto assunto dal Tribunale nei termini sopra richiamati.

Ne deriva che l'ordinanza va annullata con rinvio a altra sezione del Tribunale di Cagliari affinché determini - sulla base della documentazione già acquisita agli atti o che riterrà eventualmente opportuno acquisire - quali specifiche parti del contratto stipulato fra l'agenzia interinale E-Work s.p.a. di Sassari, di cui è responsabile la ricorrente, e l'Azienda sanitaria locale (A.s.l.) n. 5 di Oristano prevedano modalità di selezione del personale coerenti con il principio di accesso al pubblico impiego mediante concorso.

Questo esito priva di rilevanza attuale il terzo e il quinto dei motivi di ricorso.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e rinvia per nuovo giudizio a altra sezione del Tribunale di Cagliari

Così deciso il 18/09/2020

Il Presidente
Anelo Costanzo