



12243-19

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SESTA SEZIONE PENALE

Composta da

Giorgio Fidelbo

- Presidente -

Sent. n. sez. 321

Stefano Mogini

CC - 12/02/2019

Anna Criscuolo

- Relatore -

R.G.N. 51519/2018

Alessandra Bassi

Antonio Costantini

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Castrovillari

nel procedimento nei confronti di

[REDACTED]

avverso l'ordinanza del 22/11/2018 del Tribunale del riesame di Catanzaro

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Anna Criscuolo;

udite le richieste del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Maria Giuseppina Fodaroni, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso;

udito il difensore, avv. [REDACTED] che ha concluso per il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con l'ordinanza in epigrafe il Tribunale del riesame di Catanzaro ha annullato l'ordinanza emessa in data 9 luglio 2018 con la quale il G.i.p. del Tribunale di Castrovillari aveva applicato a [REDACTED] la misura cautelare

del divieto di dimora nei comuni di Cariati e Rossano-Corigliano per il reato di cui agli artt. 81, comma secondo, 110 e 353-bis cod. pen.

Secondo l'accusa il [REDACTED], in qualità di dirigente dell'Area Tecnica del Comune di Cariati, in concorso con il sindaco, [REDACTED], con [REDACTED], [REDACTED], dirigente dell'Area tecnica subentrato, con [REDACTED] e [REDACTED], rispettivamente amministratore unico e responsabile dell'ufficio gare della [REDACTED] srl, aveva turbato il procedimento di scelta del contraente, in quanto, sul falso presupposto del rischio di emergenza sanitaria, in violazione della normativa sugli appalti pubblici, applicando erroneamente le disposizioni del testo unico antimafia e contattando preventivamente la [REDACTED] srl, era stato disposto l'affidamento diretto del servizio di raccolta e gestione di Rsu e Rd in favore di detta società dapprima con ordinanza sindacale del 16 agosto 2016 e poi con successive ordinanze di proroga sino al dicembre 2017, che avevano garantito alla società un compenso complessivo di circa un milione di euro.

Il Tribunale ha ritenuto insussistente la gravità indiziaria, non ravvisando la violazione dell'art. 94, comma secondo, del d.lgs. 159/2011, che impone all'ente pubblico di recedere dal contratto in corso di esecuzione nel caso in cui l'impresa affidataria del servizio pubblico risulti destinataria di interdittiva antimafia, come avvenuto nella fattispecie, in quanto per la [REDACTED] srl, affidataria del servizio di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti nel comune di Cariati, era divenuta definitiva l'interdittiva antimafia in data 2 agosto 2016. Trattandosi di un servizio pubblico essenziale, la cui interruzione esponeva a rischio la salute pubblica, il comune si era attivato subito dopo aver ricevuto la comunicazione della Prefettura di Crotona, convocando l'amministratore della [REDACTED] srl.

Il Tribunale ha ritenuto che la convocazione informale di una sola società e non di altre imprese del settore, pur rappresentando un vulnus nell'iter seguito dall'amministrazione, non consentiva di ravvisare automaticamente una collusione tra gli indagati ed i titolari della società in mancanza di elementi di fatto a supporto di tale prospettazione, in quanto le intercettazioni, iniziate nel dicembre 2017, erano successive ai fatti contestati ed all'insediamento del Commissario prefettizio, cosicché i colloqui valorizzati dal G.I.p., ritenuti idonei a dimostrare la contiguità dei rapporti tra l'[REDACTED] ed il [REDACTED], erano sostenuti da una congettura; l'azione amministrativa era stata determinata dall'urgenza di cessare il rapporto con la società colpita da interdittiva antimafia e di assicurare la copertura del servizio nel periodo estivo, in cui più alto è il rischio di igiene pubblica, affidandolo per soli due mesi ad una società, che aveva lavorato con l'amministrazione, cosicché non era falso il rischio prospettato; le proroghe erano giustificate dall'esigenza di assicurare la continuità del servizio fino

all'espletamento della gara, già deliberata il 10 novembre 2016, ma indetta un anno dopo a causa delle nuove modalità di gestione del servizio, dell'introduzione del nuovo codice degli appalti e dell'assenza di personale interno, con conseguente affidamento dell'incarico di predisposizione del bando ad un professionista esterno.

Secondo il Tribunale, l'esame degli atti adottati dal [REDACTED] dirigente dell'Area tecnica, per la predisposizione e l'espletamento della gara non rivelava anomalie, neppure in relazione ai tempi necessari per la loro redazione, ritenuti congrui alla natura degli stessi, e necessaria la proroga del servizio nelle more.

Esclusa la gravità indiziaria a carico del [REDACTED], il Tribunale ha anche evidenziato l'insussistenza di esigenze cautelari, in quanto l'indagato era cessato dall'incarico nel giugno 2017, il Comune aveva espletato ed aggiudicato la gara e nessuna rilevanza poteva attribuirsi ai rapporti con l'[REDACTED] ed il [REDACTED], in quanto quest'ultimo aveva rassegnato le dimissioni il 20 luglio 2018.

2. Avverso l'ordinanza ha proposto ricorso il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Castrovillari, che articola i seguenti motivi:

2.1 mancanza e contraddittorietà della motivazione per non avere il Tribunale valutato l'intero compendio accusatorio.

In particolare, manca la valutazione dei seguenti elementi: a) la decisione del ricorrente di recedere dal contratto con sospensione immediata del servizio viola l'art. 109, comma 3, del codice dei contratti pubblici, che prescrive di dare comunicazione all'appaltatore con preavviso di almeno 20 giorni prima di esercitare il diritto di recesso, cosicché l'opzione per il recesso immediato con sospensione immediata del servizio era servita a giustificare la situazione di rischio di emergenza sanitaria, posta a fondamento dell'ordinanza sindacale di affidamento temporaneo del servizio; b) la sequenza dei fatti, descritta nell'ordinanza sindacale, che recepiva la determinazione dirigenziale emessa dal ricorrente in data 12 agosto 2016, è invertita, in quanto il [REDACTED], prima ha richiesto e ottenuto la disponibilità della [REDACTED] srl a svolgere il servizio ad un prezzo più basso di quello proposto dall'ente, poi ha receduto dal contratto e sospeso immediatamente il servizio: quindi, il rischio di emergenza sanitaria giustificava l'intesa raggiunta con la nuova società e dava una parvenza di legittimità alla modalità di scelta del contraente, in tal modo rappresentando un mezzo fraudolento utilizzato anche dal sindaco; c) l'ordinanza sindacale del 16 agosto 2016 e le ordinanze di proroga non rispettano l'art. 191, comma 1 e 3, d.lgs. 152/2006 quanto alla sussistenza dei presupposti dell'urgenza e contingibilità; d) la circolare del Ministero dell'Ambiente del 22 aprile 2016, avente ad oggetto chiarimenti proprio in tema di ordinanze contingibili e urgenti

di cui all'art. 191 d.lgs. cit., era stata trasmessa l'8 giugno 2016 dalla Regione Calabria a tutti i comuni ed era quindi, a conoscenza dell'indagato; e) il periodo intercorso tra la data di ricevimento dell'informazione sulla società affidataria del servizio (2 agosto 2016) e quella in cui detta società cessò il servizio (21 settembre 2016) era utile per attivare una procedura negoziata coinvolgente più operatori; f) la scelta della [REDACTED] e l'affidamento diretto violano la normativa sui contratti pubblici, dovendo trovare applicazione almeno la procedura di cui all'art. 63 del codice dei contratti pubblici, con consultazione di almeno 5 operatori del settore; inoltre, è stato effettuato un affidamento diretto in violazione dell'art. 36 di detto codice, che individua la soglia di 40 mila euro per l'affidamento diretto; g) la determinazione di proroga del 29 luglio 2017 fu adottata dal [REDACTED] in carenza di potere, in quanto precedente all'ordinanza sindacale di due giorni successiva; h) la frammentazione del contratto per periodi di due mesi ha giustificato la proroga del servizio; i) il sindaco ha conferito al [REDACTED] l'incarico di dirigente dell'area tecnica del comune senza alcuna procedura selettiva, mediante conferimento diretto e rinunciando alla sua indennità in ragione dei rapporti emersi dalle intercettazioni telefoniche;

2.2 contraddittorietà della motivazione rispetto agli atti processuali e travisamento per omissione, in quanto il Tribunale ha omesso di valutare: a) la conversazione del 4 gennaio 2018 tra l'[REDACTED] e il [REDACTED], nella quale il primo rappresenta all'altro, nell'imminenza della scadenza della proroga, che "servirebbe un'altra firma del vecchio sindaco" e gli chiede di trovargli un posto in una lista per le prossime elezioni comunali con l'impegno "a far eseguire il servizio porta a porta"; b) la conversazione del 18 dicembre 2017, dalla quale emerge che il [REDACTED] cura il progetto di una clinica privata su incarico di [REDACTED] [REDACTED], fratello del sindaco, pur essendo egli a doverlo valutare, in chiara situazione di conflitto di interessi; c) le dichiarazioni rese dagli indagati nell'interrogatorio, che confermano i rapporti emersi dalle intercettazioni e li collocano nel periodo dell'affidamento diretto e delle proroghe; d) l'ammissione del [REDACTED] circa la presenza dell'[REDACTED] all'incontro con il sindaco a seguito della convocazione informale; e) le dichiarazioni del [REDACTED] circa la collaborazione del [REDACTED] nell'istruttoria delle proroghe: la circostanza sconfessa l'affermazione del Tribunale, che ha ritenuto irrilevante il rapporto tra il [REDACTED] e l'[REDACTED], trascurando che il primo era già in servizio nel giugno 2016, anche se fu nominato, in sostituzione del [REDACTED], il 16 giugno 2017; f) l'ammissione del [REDACTED] sul risalente rapporto di conoscenza con l'[REDACTED]; g) l'ammissione del [REDACTED] sulla presenza del [REDACTED] al primo incontro con il sindaco, al quale proprio il [REDACTED] aveva fatto il suo nome, in quanto amico del suo ex socio; h) l'ammissione del [REDACTED] di aver violato l'art. 94 d.lgs.

152/2011, che gli consentiva di continuare ad avvalersi dell'impresa colpita da interdittiva antimafia nelle more della scelta del nuovo contraente; i) l'ammissione del [REDACTED] circa la presenza al primo incontro in comune, avvenuto tra l'8 e il 9 agosto 2016, del fratello del sindaco, che non rivestiva alcun ruolo nell'amministrazione; l) l'ammissione del [REDACTED] che la scelta del contraente per l'incarico temporaneo era collegata alla prospettiva di aggiudicazione dell'appalto all'esito della gara; m) le conversazioni del 7 febbraio e 30 marzo 2018 in cui l'[REDACTED] ammette di sapere che l'affidamento diretto di un appalto per la raccolta dei rifiuti, superiore alla soglia di 40 mila euro, deve essere revocato perché soggetto a gara, che, quindi, dimostra la consapevolezza dell'illegittimità dell'affidamento e delle successive proroghe; n) la consapevolezza del sindaco dei tempi necessari per la sostituzione della ditta precedente affidataria del servizio e della necessità del preavviso; o) la conversazione del 5 marzo 2018 tra l'[REDACTED], il [REDACTED] e altro soggetto sulla posizione che il Rup [REDACTED] avrebbe assunto nella procedura di gara; r) la delibera di Giunta del 26 agosto 2016, nella quale si afferma che la procedura negoziata è l'unica in grado di assicurare celerità speditezza e semplificazione ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c) d.lgs.50/2016 e si dava mandato al responsabile dell'area tecnica di istituire un elenco di operatori economici qualificati per l'affidamento di lavori pubblici e di manutenzione mediante procedure negoziate; s) la sentenza del Tar di Catanzaro, che accoglieva il ricorso della [REDACTED] srl e annullava la determinazione del [REDACTED] in data 4 giugno 2018, che escludeva detta società dalla gara e la aggiudicava alla [REDACTED], trattandosi di circostanza che, alla luce delle intercettazioni telefoniche, attestanti i rapporti tra il [REDACTED], il [REDACTED] e l'[REDACTED], avrebbe dovuto far ritenere dimostrate le modalità collusive e fraudolente con cui il servizio era stato affidato e prorogato;

2.3 mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione, in quanto, nel valutare le conversazioni tra l'[REDACTED] ed il [REDACTED], si riconosce che dalle stesse emerge confidenzialità, ma poi si esclude la contiguità dei rapporti. Il Tribunale non spiega le ragioni per cui ritiene irrilevanti le conversazioni tra il sindaco, il [REDACTED] e l'[REDACTED], in particolare la conversazione del 5 marzo 2018, in cui l'[REDACTED] ammette di aver sollecitato il [REDACTED] a chiamare il fratello del sindaco per farsi dare una mano, e la partecipazione del fratello del sindaco, privo di funzioni politiche e amministrative, amico del [REDACTED], all'incontro informale dell'agosto 2016, che doveva essere invece, valutato quale indizio dell'esistenza di un rapporto collusivo tra il sindaco e i rappresentanti della società. E', inoltre, contraddittoria l'affermazione del Tribunale, che, pur riconoscendo che la convocazione informale della sola

██████████ srl costituisce un vulnus dell'iter amministrativo, la giustifica, affermando che la convocazione di altri operatori avrebbe richiesto tempi lunghi, invece, superabili rapidamente mediante fonti aperte, né spiega le ragioni della scelta per la qualità del diverso servizio, prestato dalla società tre anni prima.

Manifestamente illogica è l'affermazione secondo la quale l'affidamento di un incarico bimestrale non avrebbe potuto interessare altre imprese; apodittica è l'affermazione che la prosecuzione del servizio con la società interdetta avrebbe esposto il comune a sospetti di favoritismo nei confronti della stessa, anche tenuto conto dei tempi necessari all'espletamento di una gara aperta, che dimostra la consapevolezza della possibilità di selezionare il contraente con procedure più celeri. Manifestamente illogica è la motivazione della legittimità della proroga per oltre un anno dell'affidamento del servizio alla ██████████ ritenuta fisiologica, mentre, invece, la Giunta Municipale già il 10 novembre 2016 aveva deliberato di indire una gara aperta, il ██████████ il 7 marzo 2017 incaricò un tecnico esterno per svolgere indagini e studi e il 21 maggio 2017 lo incaricò di predisporre il bando di gara con inspiegabile dilatazione dei tempi;

2.4 erronea applicazione dell'art. 353-bis cod. pen. per non avere il Tribunale tenuto conto dell'orientamento giurisprudenziale in tema di collusione e ritenuto irrilevanti le conversazioni intercettate, ritenendole attinenti alla gara e non all'affidamento diretto ed alle proroghe, oggetto di contestazione.

Illogica è la ritenuta irrilevanza dei rapporti amichevoli e confidenziali emersi tra il Rup della gara ed i rappresentanti della ditta, tra il sindaco, il ██████████ ed il ██████████ o tra il fratello del sindaco ed il ██████████, valorizzati dal G.i.p., descrittivi di un contesto di relazioni, persino ammessi dagli indagati, e ritenuti dalla giurisprudenza di legittimità idonei a dimostrare la collusione;

2.5 erronea applicazione degli artt. 92, commi 2 e 3, d.lgs. 159/2011, in quanto il Tribunale ha ritenuto legittima la mancata applicazione del terzo comma della norma indicata, in contrasto con la corretta interpretazione della norma e della giurisprudenza amministrativa.

Deduce che in caso di interdittiva antimafia sopravvenuta in corso di contratto l'art. 94 cit. impone all'amministrazione di recedere dal contratto, ma il terzo comma prevede che l'amministrazione non recede dal contratto che ha per oggetto servizi essenziali, qualora il soggetto che li fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi: ne deriva che il Tribunale ha erroneamente interpretato la norma, pur riconoscendo l'essenzialità del servizio. Analogo errore ha commesso nell'interpretazione della non sostituibilità in tempi rapidi dell'impresa colpita da interdittiva antimafia, in quanto la rapidità della sostituzione deve pur sempre avvenire nel rispetto della legge e non in modo arbitrario, come nella fattispecie, in ragione dei rapporti amicali, professionali ed economici pregressi. Le sentenze

del giudice amministrativo, riportate nel ricorso, ammettono, infatti, la prosecuzione del rapporto per i servizi essenziali;

2.6 erronea applicazione degli artt. 36, comma 2, lett. b) e 63, comma 2, lett. c) del codice dei contratti pubblici, in quanto, trattandosi di appalto bimestrale del valore di 125 mila euro, doveva essere assegnato con procedura negoziata ristretta ai sensi dell'art. 36 cit. con consultazione di 5 operatori del settore o, al più, con procedura negoziata senza pubblicazione di bando ai sensi dell'art. 63 cit., utilizzabile nei casi di situazione di urgenza imprevedibile, insussistente nel caso in esame, ma sempre previa consultazione di almeno 5 operatori di settore;

2.7 erronea applicazione dell'art. 191, commi 1 e 3, d.lgs. 152/2006, in quanto il Tribunale non ha tenuto conto della circostanza che il Ministero dell'Ambiente, proprio al fine di frenare abusi, aveva emanato una circolare per la corretta applicazione della norma in caso di emissione di ordinanze contingibili e urgenti proprio in tema di rifiuti, sollecitandone il rispetto, e che la circolare era stata trasmessa a tutti i comuni due mesi prima del verificarsi dei fatti. In tale circolare si definiscono i concetti di urgenza e contingibilità e si ribadisce la natura eccezionale delle ordinanze contingibili e urgenti, la necessità di effettuare gare di evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici e la natura eccezionale dell'istituto della proroga degli affidamenti, presupposti insussistenti nella fattispecie, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale.

3. Con memoria, depositata il 6 febbraio 2019, il difensore del [REDACTED] eccepisce l'inammissibilità del ricorso per irrilevanza dei vizi di motivazione denunciati e per travisamento dei fatti, in subordine, chiede di rigettarlo per infondatezza.

Deduce, in primo luogo, l'insussistenza di esigenze cautelari, in quanto il [REDACTED] è pensionato dal 2012; all'epoca dei fatti svolgeva un incarico annuale gratuito per il comune di Cariati e per tale incarico non era richiesta una procedura ad evidenza pubblica, a differenza di quanto sostenuto dal ricorrente; i fatti risalgono al 2016 ed il rapporto con il comune è cessato nel giugno 2017. Deduce altresì, l'insussistenza di gravità indiziaria, in primo luogo, per la natura tardiva e definitiva dell'interdittiva antimafia: il contratto era stato, infatti, sottoscritto con riserva per la pendenza dell'interdittiva e con inserimento della clausola di risoluzione immediata ed automatica in caso di comunicazione della Prefettura e tale circostanza rendeva impossibile la prosecuzione del contratto, con conseguente necessità ed urgenza di assicurare la prosecuzione del servizio in periodo estivo; in secondo luogo, per impossibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza bando di gara ex art.63 cod. contratti, in quanto l'unica

partecipante alla gara era stata l'aggiudicataria, poi interdetta (alla gara bandita nel 2017 avevano, infatti, partecipato solo 3 imprese) e vi era difficoltà a trovare un'impresa disposta ad assumere il servizio per un tempo limitato; da ultimo, per insussistenza di collusione, atteso che la ditta è stata individuata dopo ricerca di mercato sul territorio, i contatti sono stati tenuti in modo trasparente, il servizio è stato reso ad un prezzo più basso di quello della precedente affidatario ed i rapporti tra l'indagato ed i coindagati sono lineari ed irrilevanti.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse, in quanto, come evidenziato dal P.g. in udienza, l'impugnazione del P.m. verte unicamente sulla ritenuta insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, sotto il profilo del vizio di violazione di legge dell'art. 273 cod. proc. pen. e del difetto di motivazione, rispetto alla decisione del Tribunale del riesame, che per il ██████████ ha escluso, altresì, l'esistenza delle esigenze cautelari ex art. 274 cod. proc. pen.

Ne deriva che l'accoglimento del ricorso, comunque, non potrebbe comportare il ripristino degli effetti della misura cautelare, originariamente applicata dal G.i.p., ripristino nel quale si esaurisce il contenuto e l'oggetto della domanda cautelare, quale espressione della pretesa dell'organo di accusa, cui deve riconoscersi un interesse concreto e diretto all'affermazione della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza soltanto quando detta statuizione è strumentale alla costituzione o al mantenimento di una misura cautelare.

Rilevato che il ricorso si concentra esclusivamente sul profilo della gravità indiziaria, ritenuta insussistente dal Tribunale, senza affrontare minimamente il profilo delle esigenze cautelari, parimenti escluso dal Tribunale, il ricorso è monco e l'eventuale accoglimento dello stesso sul primo profilo sarebbe improduttivo di effetti concreti sullo *status libertatis* dell'indagato.

Secondo il consolidato orientamento di questa Corte anche in ambito cautelare trova applicazione la regola generale dettata per le impugnazioni dall'art. 568, comma 4, cod. proc. pen., secondo la quale per proporre ricorso il soggetto legittimato deve essere portatore di un interesse concreto e attuale e detto interesse deve sussistere in occasione della proposizione del ricorso e persistere anche al momento della decisione, essendo necessario compiere l'apprezzamento di tale requisito con riferimento all'idoneità che l'esito finale del giudizio d'impugnazione ha di eliminare la situazione giuridica denunciata come illegittima o pregiudizievole per la parte impugnante (Sez. U, n. 16 del

14/07/1999, Ruga e altri, Rv. 214004-01; Sez. U, n. 20 del 09/10/1996, Vitale, Rv. 206169-01).

L'interesse all'impugnazione va, infatti, inteso come pretesa all'eliminazione della lesione attuale di un diritto o di altra situazione soggettiva dell'impugnante, tutelata dalla legge, non già quale pretesa all'affermazione di un astratto principio giuridico o all'esattezza teorica della decisione, che non realizzano il vantaggio pratico, cui deve tendere ogni impugnazione.

Ne discende che anche l'impugnazione cautelare proposta dal pubblico ministero deve essere sorretta da un interesse concreto ed attuale, che può ravvisarsi soltanto qualora il ricorso sia presentato per far valere l'illegittimità della situazione derivante dall'ordinanza, la cui rimozione o modifica effettivamente incida sulla libertà personale dell'indagato (Sez. 6, n. 29908 del 07/06/2018 P.M. in proc. Guarino, Rv. 273438-01; Sez. 2 n. 4974 del 17/01/2017, D'Aversa, Rv. 268990- 01; Sez. 6, n. 28021 del 11/06/2014, P.M. in proc. Antonacci, Rv. 261647), il che nella fattispecie non è per le ragioni illustrate.

Il ricorso va, quindi, dichiarato inammissibile.

P. Q. M.

Dichiara inammissibile il ricorso.

Così deciso, il 12/02/2019.

Il Consigliere estensore

Anna Criscuolo



Il Presidente

Giorgio Fidelbo

