

Penale Sent. Sez. 6 Num. 7264 Anno 2022

Presidente: FIDELBO GIORGIO

Relatore: D'ARCANGELO FABRIZIO

Data Udiienza: 27/01/2022

SENTENZA

sul ricorso proposto dal

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Paola

nel procedimento a carico di:

De Summa Pasqualino, nato a Belvedere Marittimo il 1.04.1964

avverso l'ordinanza del 4.8.2021 emessa dal Tribunale di Catanzaro;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

sentita la relazione svolta dal consigliere Fabrizio D'Arcangelo;

udite le richieste del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Marco Dall'Olio, che ha concluso chiedendo l'inammissibilità del ricorso;

udito il difensore, avvocato Alessandro Gaeta, che ha chiesto il rigetto del ricorso;

RITENUTO IN FATTO

1. Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Paola, con ordinanza del 15 luglio 2021, ha applicato la misura coercitiva degli arresti domiciliari nei confronti di Pasqualino De Summa per i delitti di turbata libertà del procedimento

di scelta del contraente (capi 7, 9 e 25), per la violazione del divieto di subappalto o cottimo di opere riguardati la pubblica amministrazione senza autorizzazione di cui all'art. 21 della legge n. 646 del 1982 (capo 14) e per il delitto di frode nelle pubbliche forniture (capi 15 e 16).

Nel capo 9), in particolare, si contesta al De Summa il delitto di cui agli artt. 110, 353 *bis* cod. pen., perché, in qualità di legale rappresentante della De Summa S.r.l. unipersonale, d'intesa e in concorso con Giuseppe Marzio Arieta, responsabile del servizio lavori pubblici del Comune di San Nicola Arcella, Enzo Ritondale, legale rappresentante della Edil Costruzioni di Ritondale Enzo & C., e Barbara Mele, sindaco del Comune di San Nicola Arcella, avrebbe turbato il procedimento di scelta del contraente di cui alla deliberazione della giunta comunale n. 83 dell'8 ottobre 2019, avente ad oggetto l'approvazione del progetto definitivo/esecutivo dei lavori di adeguamento e di messa in sicurezza di impianti su aree di proprietà comunale, che ricomprendevano anche i lavori di sostituzione di una condotta idrica in Via del Telegrafo.

Il sindaco, in particolare, colludendo con il De Summa, avrebbe attestato falsamente nel verbale di deliberazione predetto che i lavori affidati alla Edil Costruzioni del Ritondale, avrebbero dovuto avere inizio entro la data del 31 ottobre 2019, circostanza contraria al vero, in quanto parte dei suddetti lavori (e, in particolare, la sostituzione della condotta idrica di Via Telegrafo) sarebbe stata già eseguita dalla società del De Summa unipersonale nel mese di agosto 2019.

2. Il Tribunale di Catanzaro ha accolto parzialmente la richiesta di riesame proposta del De Summa, annullando l'ordinanza genetica con esclusivo riferimento al delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente contestato al capo 9) dell'imputazione cautelare e confermando nel resto l'ordinanza impugnata.

Il Tribunale del riesame ha escluso la gravità indiziaria in relazione a tale delitto, ritenendo non dimostrato il previo accordo collusivo dalle conversazioni captate, rilevando la scarsa chiarezza del ruolo assunto dal De Summa nella vicenda e affermando, comunque, l'impossibilità di configurare il delitto di cui all'art. 353 *bis* cod. pen. con riferimento a turbative poste in essere in relazione all'affidamento diretto di lavori sotto soglia.

3. Il Pubblico Ministero del Tribunale di Paola ricorre avverso tale ordinanza e ne chiede l'annullamento, deducendo la violazione di legge e la manifesta illogicità della motivazione.

Deduce il pubblico ministero ricorrente l'esistenza di una intesa collusiva tra gli imputati sulla base delle risultanze delle intercettazioni agli atti e rileva la piena idoneità della condotta accertata ad integrare il delitto di turbata libertà del

procedimento di scelta del contraente, in quanto il ricorso all'affidamento diretto sarebbe stato «distorto», quale mezzo per consentire di liquidare lavori già parzialmente svolti da una impresa legata a quella aggiudicataria.

Alla nozione di «contenuto del bando o di altro atto equipollente» di cui all'art. 353 *bis* cod. pen. dovrebbe, inoltre, essere ascritto qualsiasi atto che abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente, anche alternativo al bando di gara.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso deve essere rigettato in quanto infondato.

2. Con il primo motivo il Pubblico ministero ricorrente deduce la mancanza e la manifesta illogicità della motivazione dell'ordinanza impugnata.

Rileva il ricorrente che il Tribunale del riesame di Catanzaro aveva escluso la gravità indiziaria nei confronti del De Summa in riferimento al delitto contestato al capo 9), in quanto non sarebbe emersa l'esistenza di un accordo collusivo, intervenuto in una fase antecedente rispetto all'indizione della gara pubblica, tra il sindaco e gli imprenditori De Summa e Ritondale, al quale i lavori erano stati affidati in regime di affidamento diretto.

Ad avviso del ricorrente, tuttavia, dalle intercettazioni telefoniche eseguite emergerebbe che il sindaco fosse consapevole che l'inizio di parte dei lavori, deliberato in data 8 ottobre 2019 con provvedimento a sua firma, era già avvenuto nel mese di agosto 2019 da parte del De Summa, al di fuori di qualsiasi procedura e senza aver disposto alcun mandato di pagamento in favore dell'imprenditore.

Dalle intercettazioni telefoniche riprodotte nel ricorso, infatti, risulterebbe che il sindaco avrebbe affidato i lavori direttamente al Ritondale, che era il «figlioccio» del De Summa e che a questo avrebbe, "girato" l'importo dei lavori svolti nell'agosto del 2019.

Ad avviso del ricorrente, dunque, il ricorso allo strumento dell'affidamento diretto, lungi dal configurarsi come l'esito di una scelta discrezionale dell'ente, sarebbe stato uno strumento utilizzato in modo distorto per remunerare il De Summa per i lavori già svolti senza previa formalizzazione ed evitare rimostranze e probabili azioni legali.

La falsa attestazione nella delibera di giunta sarebbe stata, dunque, lo strumento per assicurare la copertura finanziaria (e, dunque, la liquidazione) dei lavori eseguiti in via d'urgenza nel mese di agosto del 2019 e questo artificio avrebbe turbato il regolare svolgimento di scelta del contraente.

3. Il motivo è inammissibile, in quanto contesta in fatto l'apprezzamento dell'ordinanza impugnata, senza dimostrarne la contraddittorietà o la manifesta illogicità, e sollecita un riesame di merito dell'apprezzamento del Tribunale mediante una rinnovata valutazione delle intercettazioni telefoniche in atti.

Esula, tuttavia, dai poteri della Corte di Cassazione quello di una diversa lettura degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione, la cui valutazione è riservata in via esclusiva al giudice di merito senza che possa integrare vizio di legittimità la mera prospettazione di una diversa valutazione delle risultanze processuali ritenute dal ricorrente più adeguate (Sez. U., n. 6402 del 2/07/1997, Dessimone, Rv. 207944).

Sono, infatti, precluse al giudice di legittimità la rilettura degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione impugnata e l'autonoma adozione di nuovi e diversi parametri di ricostruzione e valutazione dei fatti, indicati dal ricorrente come maggiormente plausibili o dotati di una migliore capacità esplicativa rispetto a quelli adottati dal giudice del merito (Cass., Sez. 6, n. 5456 del 4/11/2020, F., Rv. 280601-1; Sez. 6, n. 47204 del 07/10/2015, Musso, Rv. 265482).

4. Con il secondo motivo il ricorrente censura la violazione di legge e, segnatamente, dell'art. 353 *bis* cod. pen.

Rileva il ricorrente che il Tribunale del riesame di Catanzaro aveva escluso la gravità indiziaria in relazione al delitto contestato al capo 9), richiamando l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il delitto di turbata libertà di scelta del contraente di cui all'art. 353-*bis* cod. pen. non può trovare applicazione in relazione ai procedimenti di affidamento diretto, in quanto in questo caso difetterebbe l'estremo di fattispecie del bando o dell'atto equipollente.

Alla nozione di «contenuto del bando o di altro atto equipollente» di cui all'art. 353 *bis* cod. pen. dovrebbe, infatti, essere ascritto qualsiasi atto che abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente, anche alternativo al bando di gara.

Nel caso di specie, peraltro, il ricorso all'affidamento diretto sarebbe "distorto", in quanto sarebbe stato l'unico modo per consentire al Comune di liquidare lavori già parzialmente svolti in assenza di una previa formalizzazione.

5. Il motivo è infondato.

Il Tribunale del riesame ha correttamente escluso la configurabilità nella specie del delitto di cui all'art. 353-*bis* cod. pen., richiamando l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale il delitto di turbata libertà di scelta

del contraente non è configurabile in caso di affidamento disposto in via diretta e senza gara.

Questo principio, pur non incontrastato, è stato affermato a più riprese dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. 6, n. 44700 del 13/07/2021, Giunchiglia, Rv. 282289; Sez. 5, n. 25290, del 2/03/2021, De Martino, non massimata; Sez. 6, n. 30730 del 28/03/2018, C., non massimata; Sez. 6, n. 36806 del 06/04/2018, Gatta, non massimata; Sez. 6, n. 36065 del 26/06/2018, Santoro, non massimata; Sez. 6, n. 9385 del 13/04/2017, dep. 2018, Giugliano, Rv. 272227; Sez. 6, n. 8044 del 21/01/2016, Cerada, Rv. 266118).

Recentemente questa Sezione della Corte di Cassazione, deputata tabellarmente a conoscere dei delitti in materia di pubblica amministrazione, all'esito di un complessivo esame degli orientamenti emersi in relazione a questo tema, ha, inoltre, affermato che «in caso di affidamento diretto, il delitto previsto dall'art. 353-bis cod. pen.: a) è configurabile quando la trattativa privata, al di là del *nomen juris*, prevede, nell'ambito del procedimento amministrativo di scelta del contraente, una "gara", sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale; b) non è configurabile nelle ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata in cui il procedimento è svincolato da ogni schema concorsuale; c) non è configurabile quando la decisione di procedere all'affidamento diretto è essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara» (Sez. 6, n. 5536 del 28 ottobre 2021, dep. 2022, Zappini).

A differenza di quanto previsto dall'art. 353 cod. pen., in cui l'evento naturalistico del reato è costituito in via alternativa dall'impedimento della gara o dal suo turbamento, infatti, l'art. 353-bis cod. pen. fa riferimento esclusivamente al turbamento del procedimento amministrativo, che deve essere realizzato con una condotta finalizzata a inquinare il contenuto del bando - o di un altro atto a questo equipollente - e, quindi, a condizionare le modalità di scelta del contraente.

La norma incriminatrice richiede, dunque, sul piano della tipicità un'azione finalizzata ad inquinare il contenuto di un atto che detta i requisiti e le modalità di partecipazione alla competizione, nonché ogni altra informazione necessaria a tale scopo.

La condotta perturbatrice deve quindi riguardare un procedimento amministrativo funzionale ad una "gara" e, dunque, del bando, ovvero di un atto che ponga le regole, le modalità di accesso, i criteri di selezione, che disciplini il modo con cui compiere una comparazione valutativa tra più soggetti o di un atto che assolva la stessa funzione del bando.

Ne discende che la condotta di turbamento, per assumere rilievo ai fini della sussistenza del reato previsto dall'art. 353-bis cod. pen., deve innestarsi ed

intervenire in un procedimento amministrativo che contempri una qualsiasi procedura selettiva, la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione.

Posto, pertanto, che nella specie, per quanto accertato nel corso del procedimento, l'affidamento dell'esecuzione dell'appalto è avvenuto in assenza di ogni forma competitiva e concorsuale, secondo lo schema dell'affidamento sottosoglia comunitaria in conformità alla disciplina del d.l. n. 32 del 18 aprile 2019 (c.d. Sblocca cantieri), convertito dalla l. n. 55 del 14 giugno 2019, il delitto di cui all'art. 353-bis cod. pen. non è configurabile.

6. Alla stregua di tali rilievi il ricorso deve essere rigettato in quanto è infondato.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Così deciso il 27/01/2022.

Il Consigliere estensore
Fabrizio D'Arcangelo



Il Presidente
Giorgio Fidelbo

