

Com'è noto il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ha introdotto e disciplinato, in attuazione della legge delega n. 300 del 2000 a sua volta attuativa di convenzioni internazionali, la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da deter

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

In relazione a quanto previsto dall'art. 11, comma 1, lett. o), della legge delega sull'applicabilità in sede cautelare "con adeguata tipizzazione dei requisiti richiesti" delle sanzioni interdittive, l'art. 45 del d.lgs. n. 231/2001 stabilisce che il pubblico ministero può richiederne l'applicazione «quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede».

Né il Comune avrebbe potuto eludere la misura interdittiva attendendone la scadenza, e neppure procedere all'aggiudicazione definitiva nel presupposto che l'unica attività vietata era la stipula del contratto, dovendosi ritenere viceversa preclusi, in costanza di efficacia di tale misura, anche gli atti della fase amministrativa preordinata alla conclusione del procedimento di gara.

Dopo l'aggiudicazione provvisoria, il Comune acquisiva notizia dalla stampa di un provvedimento di interdizione a contrarre con la P.A. emesso dal GIP del Tribunale di Lecce a carico della aggiudicataria: con tale provvedimento, visti gli artt.9,13, 25 e 45 del d.lgv. 231/2001, era stata disposta l'applicazione della misura interdittiva del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione per la durata di mesi sei a decorrere dalla notificazione del provvedimento - 23.10.2008 -; il periodo era stato poi ridotto a tre mesi dal Tribunale in sede di riesame.

Esperita la fase partecipativa, con la determinazione dirigenziale veniva disposta la revoca

dell'aggiudicazione provvisoria e l'escussione della cauzione provvisoria, con riserva di chiedere alla Ditta gli eventuali e ulteriori danni subiti dal Comune e con esclusione della stessa ditta, in via cautelativa immediata ai sensi dell'art.3 comma 3 del R.D. n.2440/1923, dalla partecipazione a tutte le gare che sarebbero state indette dal Comune. **RISULTA LEGITTIMO IL COMPORTAMENTO DELLA STAZIONE APPALTANTE**

Ricorso avverso una determinazione dirigenziale con la quale è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione provvisoria precedentemente disposta in favore della società ricorrente e congiuntamente contro il

provvedimento comunale di escussione della garanzia provvisoria: Questi i motivi di ricorso:1. Violazione d. lgs. 136/2006 art.38 c.1 lett.m e art.11; violazione d. lgs. 231/2001 art.45 e art.9; falsità dei presupposti, travisamento dei fatti, eccesso di potere, erroneità manifesta (non si è tenuto conto che si è trattato di una misura cautelare e non di una sanzione definitiva); 2. Violazione d. lgs. 136/2006 art.38 c.1 lett.m e art.11; violazione d. lgs. 231/2001 art.45 e art.9; violazione del giusto procedimento, falsità dei presupposti, travisamento dei fatti, eccesso di potere, erroneità manifesta (poiché l'aggiudicazione definitiva non era ancora intervenuta, se si fosse proseguito il procedimento la data di stipulazione sarebbe intervenuta dopo il 23.1.2009 e dunque dopo la scadenza della misura interdittiva); 3. Violazione dell'art.3 comma 3 del R.D. n.2440/1923; Violazione d. lgs. 136/2006, art.11; violazione d. lgs. 231/2001 art.45, eccesso di potere, erroneità manifesta (non sussistono i presupposti per l'applicazione della norma del 1923); 4. Eccesso di potere, violazione del giusto procedimento, difetto di motivazione (manca la valutazione sul pubblico interesse idoneo a giustificare la disposta revoca, considerata anche l'imminente scadenza della misura interdittiva e la riduzione al minimo della misura cautelare da parte del giudice del riesame): qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorso non merita positivo accoglimento. Nel caso il GIP del Tribunale di Lecce, all'esito di indagini su un reato di cui agli artt. 319 e 319 bis c.p., ha accolto l'istanza del P.M. di applicazione in via cautelare nei riguardi dell'ALFA s.p.a. della misura interdittiva del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, fissandone la durata in sei mesi; il Tribunale di Lecce in sede di riesame, pur confermando la ricorrenza delle esigenze cautelari, ha espresso una valutazione di tenuità del fatto tale da giustificare la riduzione a tre mesi dell'interdizione. L'efficacia di questa si è collocata pertanto nell'arco temporale che va dal 23.10.2008 al 23.1.2009, e si è già detto che l'aggiudicazione provvisoria, revocata con il provvedimento impugnato, era stata disposta con determinazione dirigenziale del 16.9.2008. Secondo parte ricorrente la natura cautelare della misura interdittiva la colloca al di fuori della previsione dell'art.38 del Codice dei contratti, lett.m (secondo cui sono esclusi dalla partecipazione e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti "nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art.9 comma 2 lett.c) d.lgs.

8.6.2001 n.231 o altra sanzione che comporta il divieto a contrarre con la Pubblica Amministrazione ..”), per cui il Comune, nel ritenerla ostativa alla stregua di una sanzione vera e propria, avrebbe violato il principio di tassatività delle cause di esclusione. Il collegio non ritiene condivisibile tale prospettazione, posto che nel sistema introdotto dal d.lgs. 231/2001 l’art.45 individua come misure cautelari le «sanzioni interdittive previste dall’art. 9, comma 2», per cui “le sanzioni interdittive, la cui applicazione può essere anticipata in via cautelare, sono le stesse irrogabili all’esito del giudizio di merito e, correlativamente a quanto accade per l’irrogazione della sanzione interdittiva con la sentenza di condanna, presuppongono la ricorrenza dei presupposti di cui all’art. 13 del decreto e, cioè: la gravità indiziaria della responsabilità dell’ente per uno dei reati «per i quali (dette sanzioni) sono espressamente previste», nonché almeno una delle condizioni previste dalla stessa norma (e, cioè, la reiterazione degli illeciti ovvero un profitto di rilevante entità, con l’aggiunta se si tratta di reato commesso da sottoposti all’altrui direzione dell’esistenza di gravi carenze organizzative)” (Corte di Cassazione, sezione II penale, 12 marzo 2007). **In ogni caso la preclusione deriva non tanto e non solo dall’art.38 lett.m del codice, ma in via autonoma e diretta dallo stesso divieto a contrarre con la P.A. sopravvenuto a procedura ancora in corso, e dunque dal venir meno di un presupposto legale indispensabile per poter procedere alla stipula del contratto. E’ stato il legislatore (d.lgs. 231/2001) ad anticipare, con la previsione della misura cautelare, la soglia della difesa sociale per evidenti scopi di prevenzione di determinati illeciti, ed è stata l’Autorità giurisdizionale a valutarne nel caso concreto, in primo e secondo grado, presupposti e contenuti: il Comune non poteva fare altro che prenderne atto e non dare corso alla stipula.**

A
cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1031 del 3 luglio 2009, emessa dal Tar Emilia Romagna, Bologna

N. 01031/2009 REG.SEN.

N. 00298/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 298 del 2009, proposto da:
ALFA S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. *****, con domicilio eletto
presso ***** in Bologna, via Altabella N. 3;

contro

Comune di Vignola in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. *****,
*****, con domicilio eletto presso ***** in Bologna, via Alessandrini 13;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della determinazione dirigenziale n.689 del 23 dicembre 2008 con la quale è stata disposta la revoca
dell'aggiudicazione provvisoria precedentemente disposta in favore della società ALFA con ***** n.481
del 16 settembre 2008;

del provvedimento del Comune di Vignola n.24755 del 30 dicembre 2008 di escussione della garanzia
provvisoria.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Vignola in Persona del Sindaco P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18-6-2009 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I. Il Comune di Vignola nell'anno 2007 indiceva una procedura ai sensi degli artt.37 bis e ss. della legge 109/94 e s.m.i., avente ad oggetto la riqualificazione e l' adeguamento normativo degli impianti e delle reti di pubblica illuminazione, l'installazione di un sistema di telecontrollo dei singoli punti luce, nonché l'affidamento della gestione economica e della manutenzione della rete.

Con delibera di G.C. n.68 del 24.4.2008 veniva dichiarata di pubblico interesse ed approvata la proposta presentata dalla Soc. ALFA.

Indetta la gara di cui all'art.37 quater l.109/94, con determinazione dirigenziale n.481 del 16.9.2008 il Comune, preso atto dell'esclusione dell'ATI Hera Luce e della mancata presentazione di offerta da parte dell'impresa GPS Concordia, dichiarava deserta la licitazione privata e disponeva l'aggiudicazione provvisoria della concessione alla Soc. ALFA.

In data 30.10.2008 il Comune acquisiva notizia dalla stampa di un provvedimento di interdizione a contrarre con la P.A. emesso dal GIP del Tribunale di Lecce a carico della Soc. ALFA.

Con tale provvedimento, visti gli artt.9,13, 25 e 45 del d.lgv. 231/2001, era stata disposta l'applicazione della misura interdittiva del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione per la durata di mesi sei a decorrere dalla notificazione del provvedimento - 23.10.2008 -; il periodo era stato poi ridotto a tre mesi dal Tribunale in sede di riesame.

Esperita la fase partecipativa, con la determinazione dirigenziale n.689 del 23.12.2008 veniva disposta la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e l'escussione della cauzione provvisoria, con riserva di chiedere alla Ditta ALFA gli eventuali e ulteriori danni subiti dal Comune e con esclusione della stessa ditta, in via cautelativa immediata ai sensi dell'art.3 comma 3 del R.D. n.2440/1923, dalla partecipazione a tutte le gare che sarebbero state indette dal Comune.

Questi i motivi di ricorso:

1. Violazione d. lgs. 136/2006 art.38 c.1 lett.m e art.11; violazione d. lgs. 231/2001 art.45 e art.9; falsità dei presupposti, travisamento dei fatti, eccesso di potere, erroneità manifesta (non si è tenuto conto che si è trattato di una misura cautelare e non di una sanzione definitiva);
2. Violazione d. lgs. 136/2006 art.38 c.1 lett.m e art.11; violazione d. lgs. 231/2001 art.45 e art.9; violazione del giusto procedimento, falsità dei presupposti, travisamento dei fatti, eccesso di potere, erroneità manifesta (poiché l'aggiudicazione definitiva non era ancora intervenuta, se si fosse proseguito il procedimento la data di stipulazione sarebbe intervenuta dopo il 23.1.2009 e dunque dopo la scadenza della misura interdittiva);
3. Violazione dell'art.3 comma 3 del R.D. n.2440/1923; Violazione d. lgs. 136/2006, art.11; violazione d. lgs. 231/2001 art.45, eccesso di potere, erroneità manifesta (non sussistono i presupposti per l'applicazione della noma del 1923);
4. Eccesso di potere, violazione del giusto procedimento, difetto di motivazione (manca la valutazione sul pubblico interesse idoneo a giustificare la disposta revoca, considerata anche l'imminente scadenza della misura interdittiva e la riduzione al minimo della misura cautelare da parte del giudice del riesame).

E' costituito e resiste al ricorso il Comune di Vignola.

II. Com'è noto il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ha introdotto e disciplinato, in attuazione della legge delega n. 300 del 2000 a sua volta attuativa di convenzioni internazionali, la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da determinati tipi di reato, ed ha previsto, oltre alla sanzione pecuniaria, cinque tipi di sanzioni interdittive, fra cui il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione.

In relazione a quanto previsto dall'art. 11, comma 1, lett. o), della legge delega sull'applicabilità in sede cautelare "con adeguata tipizzazione dei requisiti richiesti" delle sanzioni interdittive, l'art. 45 del d.lgs. n. 231/2001 stabilisce che il pubblico ministero può richiederne l'applicazione «quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede».

Nel caso il GIP del Tribunale di Lecce, all'esito di indagini su un reato di cui agli artt. 319 e 319 bis c.p., ha accolto l'istanza del P.M. di applicazione in via cautelare nei riguardi dell'ALFA s.p.a. della misura interdittiva del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, fissandone la durata in sei mesi; il Tribunale di Lecce in sede di riesame, pur confermando la ricorrenza delle esigenze cautelari, ha espresso una valutazione di tenuità del fatto tale da giustificare la riduzione a tre mesi dell'interdizione.

L'efficacia di questa si è collocata pertanto nell'arco temporale che va dal 23.10.2008 al 23.1.2009, e si è già detto che l'aggiudicazione provvisoria, revocata con il provvedimento impugnato, era stata disposta con determina dirigenziale del 16.9.2008.

Secondo parte ricorrente la natura cautelare della misura interdittiva la colloca al di fuori della previsione dell'art.38 del Codice dei contratti, lett.m (secondo cui sono esclusi dalla partecipazione e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti "nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art.9 comma 2 lett.c) d.lgs. 8.6.2001 n.231 o altra sanzione che comporta il divieto a contrarre con la Pubblica Amministrazione .."), per cui il Comune, nel ritenerla ostantiva alla stregua di una sanzione vera e propria, avrebbe violato il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Il collegio non ritiene condivisibile tale prospettazione, posto che nel sistema introdotto dal d.lgs. 231/2001 l'art.45 individua come misure cautelari le «sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2», per cui "le sanzioni interdittive, la cui applicazione può essere anticipata in via cautelare, sono le stesse irrogabili all'esito del giudizio di merito e, correlativamente a quanto accade per l'irrogazione della sanzione interdittiva con la sentenza di condanna, presuppongono la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 13 del decreto e, cioè: la gravità indiziaria della responsabilità dell'ente per uno dei reati «per i quali (dette sanzioni) sono espressamente previste», nonché almeno una delle condizioni previste dalla stessa norma (e, cioè, la reiterazione degli illeciti ovvero un profitto di rilevante entità, con l'aggiunta se si tratta di reato commesso da sottoposti all'altrui direzione dell'esistenza di gravi carenze organizzative)" (Corte di Cassazione, sezione II penale, 12 marzo 2007).

In ogni caso la preclusione deriva non tanto e non solo dall'art.38 lett.m del codice, ma in via autonoma e diretta dallo stesso divieto a contrarre con la P.A. sopravvenuto a procedura ancora in corso, e dunque dal venir meno di un presupposto legale indispensabile per poter procedere alla stipula del contratto. E' stato il legislatore (d.lgs. 231/2001) ad anticipare, con la previsione della misura cautelare, la soglia della difesa sociale per evidenti scopi di prevenzione di determinati illeciti, ed è stata l'Autorità giurisdizionale a valutarne nel caso concreto, in primo e secondo grado, presupposti e contenuti: il Comune non poteva fare altro che prenderne atto e non dare corso alla stipula.

Né il Comune avrebbe potuto eludere la misura interdittiva attendendone la scadenza, e neppure procedere all'aggiudicazione definitiva nel presupposto che l'unica attività vietata era la stipula del contratto, dovendosi ritenere viceversa preclusi, in costanza di efficacia di tale misura, anche gli atti della fase amministrativa preordinata alla conclusione del procedimento di gara.

Quanto infine al fatto che il Comune non ha disposto l'aggiudicazione definitiva entro 30 giorni da quella provvisoria e cioè entro il 16.10.2008, risulta dalle premesse del provvedimento impugnato (e non è contestato) che solo in data 30.10.2008 la ricorrente ha completato la trasmissione dei documenti richiesti per poter procedere, e che nella stessa data è pervenuta all'Amministrazione anche la notizia della misura interdittiva.

Sono pertanto infondati il primo, il secondo ed il quarto motivo.

III.All'esclusione della ricorrente, disposta ai sensi dell'art.3 comma 3 del R.D. n.2440 del 18.11.1923 (punto 6 del dispositivo), non va riconosciuto, a parte l'evidente contraddizione in termini (esclusione in via cautelativa immediata da tutte le future gare a tempo indefinito), un significativo contenuto prescrittivo e immediatamente lesivo, posto che la condotta connotata da negligenza o malafede rilevante ai fini dell'esclusione andrà valutata di volta in volta e con specifica e puntuale motivazione.

IV. Il ricorso va pertanto respinto .

Sussistono giusti motivi per compensare integralmente le spese del giudizio.

P.Q.M.

Respinge il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 18.6.2009 con l'intervento dei Magistrati:

***** , Presidente

***** , Consigliere

Grazia Brini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/07/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/com-e-noto-il-d-lgs-8-giugno-2001-n-231-ha-introdotto-e-disciplinato-in-attuazione-della-legge-delega-n-300-del-2000-a-sua-volta-attuativa-di-convenzioni-internazionali-la-responsabilita-degli-e/>