

N. 935-2010 R.G. N.R.

N. 3771/10 e 1212/11 R.G. G.i.p. – pp. pp. riuniti.



Tribunale ordinario di Novara
Sezione G.I.P. – G.U.P

**ORDINANZA EX ART. 521 C.P.P. RESA ALL'ESITO DELLA CAMERA DI
CONSIGLIO DEL 12.4.2012**

IL GIUDICE DELL'UDIENZA PRELIMINARE

Visti gli atti del procedimento nei confronti di:

XXX

XXX

XXX

Premesso in fatto:

che gli imputati P., V. e S. facevano richiesta di ammissione al rito abbreviato all'udienza del 5.5.2011 (i primi due tramite difensori muniti di procura speciale e il terzo personalmente), e, alla medesima udienza, venivano ammessi al rito; il giudice fissava la discussione per l'udienza delli 8.11.2011;

che all'udienza delli 8.11.2011 il Giudice disponeva nuovo rinvio per discussione all'udienza del 7.3.2012;

che, alla medesima udienza delli 8.11.2011, il difensore dell'imputato G.A., munito di procura speciale, faceva invece richiesta di applicazione pena ex artt. 444 ss c.p.p. e il PM prestava, alla medesima udienza, il consenso; al che il Giudice disponeva lo stralcio del procedimento e rinviava per la discussione all'udienza delli 7.3.2012;

che all'udienza delli 7.3.2012 il Giudice, trattava precedentemente la posizione di G. e rinviava per discussione all'udienza del 4.5.2012; successivamente tuttavia, trattando le posizioni di P., V. e S., dichiarava di astenersi dalla trattazione di entrambi i procedimenti e disponeva la trasmissione degli atti al Presidente del Tribunale, il quale, con decreto delli 20.3.2012, riassegnava i procedimenti in oggetto allo scrivente;

che lo scrivente, con decreto delli 26.3.2012, fissava, per la trattazione di entrambi i procedimenti, l'udienza camerale delli 5.4.2012;

che all'udienza del 5.4.2012 lo scrivente disponeva preliminarmente la riunione dei due procedimenti ai fini di procedere a una discussione unitaria di tutte le posizioni e a un'unica camera di consiglio: a questo punto il difensore dell'imputato G. confermava la richiesta di applicazione pena nei termini già precisati e il PM confermava il consenso già prestato; si passava dunque alla trattazione dei giudizi abbreviati e discutevano, nell'ordine, il PM, il difensore di PC e difensori degli imputati P. e V.; veniva fissata per il prosieguo della discussione e per eventuali repliche l'udienza del 12.4.2012;

che all'udienza del 12.4.2012 discuteva il difensore dell'imputato S.; quindi si procedeva alle repliche e, infine, lo scrivente si ritirava in camera di consiglio;

OSSERVA

All'esito della camera di consiglio seguita alla discussione della posizione dell'imputato G., secondo il rito dell'applicazione di pena su richiesta ex artt. 444 e ss. c.p.p., e delle posizioni degli imputati P., S. e V., secondo il rito abbreviato ex artt. 438 ss c.p.p., ritiene il Giudicante che il fatto emerso dagli atti di indagine sia, per tutti i coimputati, diverso da come contestato mediante l'atto imputativo, e ciò per le ragioni che di seguito si espongono.

Il capo di imputazione di cui alla richiesta di rinvio a giudizio contesta agli odierni coimputati il reato di cui agli artt. 110, 81 cpv. 323 co. 1 e 2 c.p. perché, *con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, in concorso tra loro, V. G. nella sua qualità di responsabile del servizio lavori pubblici del Comune di Xxxxxx, S. G. di tecnico comunale, P. G. M. di Sindaco, incaricando:*

- *Con determinazione n. 86 del 6.4.2007 l'impresa G. g. A. s.r.l. della manutenzione straordinaria dell'acquedotto in via R. per euro 19.551,57 IVA esclusa;*
- *Con determinazione n. 223 dell'8.8.2007 l'impresa G. g. A. s.r.l. della realizzazione di una nuova piazza ed area verde con arredo urbano in F. P. per euro 63.768,14 IVA esclusa;*

avendo affidato i lavori con procedura negoziata direttamente all'impresa G. in contrasto con i principi di trasparenza, concorrenza, rotazione e senza la previa selezione di almeno tre operatori economici (art. 57 comma 6 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163), intenzionalmente procuravano a tale impresa un ingiusto vantaggio patrimoniale. V. G. firmando le determine, previa indicazione di P. G. M. e S. G.; S. G. istruendo il procedimento amministrativo e svolgendo, unitamente al sindaco P., le trattative con G. A.; G. A. quale amministratore unico della impresa G. g. A. s.r.l., operava d'accordo con i due pubblici ufficiali.

*Con l'aggravante dell'aver il vantaggio un carattere di rilevante gravità.
In Xxxxxx il 6.4.2007 el'8.8.2007.*

Onde, emerge con tutta evidenza che l'imputazione, così come contestata, involge l'adizione, per l'assegnazione dei due appalti pubblici di cui alle determinazioni citate, di una procedura negoziata direttamente con l'impresa G., in violazione – *id est* la violazione di legge - dei generali principi di trasparenza, concorrenza, rotazione e, in particolare, con modalità difformi da quelle (tra cui la previa selezione di almeno tre operatori economici) previste dall'art. 57, comma 6, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (c.d. Codice degli appalti) il quale prevede:

1. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi seguenti, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre.

2. Nei contratti pubblici relativi a lavori, forniture, servizi, la procedura è consentita:

a) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura.
Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata.[Le disposizioni contenute nella presente lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro] (1);

b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;

c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

3. Nei contratti pubblici relativi a forniture, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita:

a) qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto;

b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;

c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;

d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese.

4. Nei contratti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita qualora il contratto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso; in quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.

5. Nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita:

a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale nè nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni:

a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento;

a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale;

b) per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28 (2).

6. Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici

selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.

7. È in ogni caso vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli.

Ora, procedendo a una ricostruzione dell'evoluzione normativa in punto di rilievo, deve osservarsi che il medesimo Codice degli appalti, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, nella formulazione attuale – e già vigente al momento dei fatti di causa – reca, tra le disposizioni transitorie, l'art. 253 che, sotto la rubrica “norme transitorie”, al comma 1 *ter*, testualmente dispone:

Per gli appalti di lavori pubblici di qualsiasi importo, nei settori ordinari, le disposizioni dell'art. 56 si applicano alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente al 1° agosto 2007. Le disposizioni dell'articolo 57 si applicano alle procedure per le quali l'invito a presentare l'offerta sia inviato successivamente al 1° agosto 2007 (Comma inserito dall'articolo 1-octies del D.L. 12 maggio 2006, n. 173, successivamente modificato dall'articolo 1 del D.Lgs. 26 gennaio 2007 n. 6, in vigore dal 1/2/2007, il quale ha disposto, all'art. 1, che: *All'articolo 253 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modificazioni:*

a) nei commi 1-bis 1-ter, le parole: «1° febbraio 2007», ovunque ricorrenti, sono sostituite dalle seguenti: «1° agosto 2007»).

Nel caso di specie, le determinazioni di cui al capo di imputazione sono:

- la determinazione n. 86 del 6.4.2007 che si basa su una lettera di invito alla Impresa G. g. A. datata **23.3.2007** (come si legge nell'incipit del corpo della determinazione);
- la determinazione n. 223 dell'8.8.2007 che si basa su una lettera di invito alla Impresa G. g. A. datata **6.7.2007** (come si legge nell'incipit del corpo della determinazione).

In entrambi i casi, dunque, l'invito a presentare l'offerta è stato inviato antecedentemente al 1° agosto 2007 e, segnatamente, il 23.3.2007 per la determinazione n. 86 del 6.4.2007; e il 6.7.2007 per la determinazione n. 223 dell'8.8.2007.

Da ciò deriva la non applicabilità al caso di specie della normativa richiamata dal capo di imputazione.

Ciò detto, però, è da osservare che la disciplina della c.d. «trattativa privata» come modalità di affidamento di appalti pubblici, nelle sue varie epifanie, è stata oggetto di una complessa evoluzione normativa che trova nel c.d. Codice degli appalti, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, solo la sua ultima – e attuale – formulazione.

Sicché, posto che l'imputazione contesta, *sub specie* della «violazione di legge», l'elusione, in generale, dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione, come integrati, in particolare, dall'art. 57, comma 6, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, necessita, altresì, avere riferimento alla normativa vigente al momento dei fatti, e dunque applicabile al caso di specie: giacché se si trattasse – ma subito si vedrà che così non è - di normativa interamente sovrapponibile a quella successiva, la mera indicazione errata degli estremi normativi non varrebbe, *ex se*, a rendere il fatto diverso da come

contestato: chiaro essendo che la contestazione vuole impingere sulla violazione della normativa vigente in tema di «trattativa privata», per censurare l'adozione di tale procedura privatistica in assenza dei presupposti legali: presupposti con la fissazione dei quali tanto la normativa previgente quanto quella successiva intendevano (e intendono) dare corpo proprio ai principi costituzionali di trasparenza e buon andamento della PA richiamati dal capo di imputazione.

Ora, la normativa applicabile anteriormente all'entrata in vigore del codice degli appalti era costituita dall'art. 24 della Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro in materia di lavori pubblici): legge, non a caso, interamente abrogata proprio dall'articolo 256 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

L'art 24 – rubricato “Trattativa privata” – disponeva, nella versione vigente al momento dei fatti di causa:

1. L'affidamento a trattativa privata è ammesso per i soli appalti di lavori pubblici esclusivamente nei seguenti casi:

0a) lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro;

(lettera aggiunta dall'articolo 7, comma 1, lettera p), legge n. 166 del 2002)

a) lavori di importo complessivo compreso tra oltre 100.000 euro e 300.000 euro, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827;

b) lavori di importo complessivo superiore a 300.000 euro, nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti;

c) (lettera abrogata dall'articolo 12, decreto legislativo n. 30 del 2004)

2. Gli affidamenti di appalti mediante trattativa privata sono motivati e comunicati all'Osservatorio dal responsabile del procedimento e i relativi atti sono posti in libera visione di chiunque lo richieda.

3. I soggetti ai quali sono affidati gli appalti a trattativa privata devono possedere i requisiti per l'aggiudicazione di appalti di uguale importo mediante pubblico incanto o licitazione privata.

4. Nessun lavoro può essere diviso in più affidamenti al fine dell'applicazione del presente articolo.

5. L'affidamento di appalti a trattativa privata, ai sensi del comma 1, lettera b), avviene mediante gara informale alla quale debbono essere invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della presente legge per i lavori oggetto dell'appalto.

5-bis. (abrogato dall'articolo 12, decreto legislativo n. 30 del 2004)

6. I lavori in economia sono ammessi fino all'importo di 200.000 ECU., fatti salvi i lavori del Ministero della difesa che vengono eseguiti in economia a mezzo delle truppe e dei reparti del Genio militare, disciplinati dal regolamento per l'attività del Genio militare di cui all'articolo 3, comma 7-bis e degli organismi di cui agli articoli 3, 4 e 6 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, che sono disciplinati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, emanato su proposta del Comitato di cui all'articolo 2 della citata legge n. 801 del 1977, previa intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze. (comma così modificato dall'articolo 1, comma 240, legge n. 311 del 2004)

7. Qualora un lotto funzionale appartenente ad un'opera sia stato affidato a trattativa privata, non può essere assegnato con tale procedura altro lotto da appaltare in tempi successivi e appartenente alla medesima opera.

7-bis. (abrogato dall'articolo 12, decreto legislativo n. 30 del 2004)

8. abrogato

Bene. Si tratta, *ictu oculi*, di una normativa tutt'affatto differente rispetto a quella di nuovo conio, rappresentata dal ridetto Codice degli Appalti, il quale, almeno *in parte qua*, non si professa affatto meramente ricognitivo della previgente disciplina, ma, anzi, innova recisamente la disciplina della c.d. «trattativa privata», innervandola di considerevoli, e irrefutabili, tratti differenzianti.

La differenza più eclatante, quantomeno ai fini di cui ci si occupa, consiste in un punto essenziale alla disamina del capo di imputazione: infatti l'art. 57 del codice degli appalti - su cui erroneamente si fonda l'imputazione stessa - oltre a prevedere, al co. 2 lett. a), b), c) e al co. 5 lett. a), a1), a2) e b), i singoli casi, costituenti un *numerus clausus*, in cui è agibile la procedura negoziata in luogo di quella pubblico-evidente (casi *prima facie* non riconducibili alla fattispecie concreta), esclude comunque, tout court, la possibilità di un affidamento diretto non preceduto, quantomeno, da una selezione di più candidati e da una gara informale tra gli stessi; il che risulta *expressis verbis* dal comma 6 dell'enunciato succitato, così come interpretato, recentemente, da *Cass. Sez. 6, Sentenza n. 29581 del 24/05/2011*, secondo cui (in motivazione): "*il D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 57 comma 6, invocato dalla ricorrente, prevede sicuramente una gara. Infatti, si tratta di una disposizione in cui l'informalità riguarda la fase di prima cernita degli operatori da individuare in base alle "caratteristiche di qualificazione economico finanziario e tecnico organizzative desunte dal mercato", ma una volta individuati i soggetti idonei è la stessa norma a pretendere che le offerte siano valutate e quindi scelte in base alle condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In altri termini si tratta di una procedura che non ha nulla dei caratteri della trattativa privata, dal momento che impone criteri legali di scelta*".

Per converso, la normativa precedente, come si è visto, non escludeva la possibilità, in un ridotto numero di casi - anch'essi costituenti un *numerus clausus* - di una «trattativa privata» con una sola impresa e, anzi, differenziava, a seconda dell'importo dei lavori, i casi in cui la trattativa privata doveva essere preceduta da una selezione di più candidati e da una gara informale tra gli stessi (le linee guide per la sua esecuzione erano poi dettate dall'art. 78 D.P.R. 554/1999, anch'esso abrogato dall'art. 256 del D.Lgs.163/2006), dai casi in cui poteva, invece, anche non esserlo.

Prevedendo, come risulta dal testo della norma su richiamata, **al comma 1**, la possibilità di trattativa privata nei seguenti casi:

0a) lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro;

a) lavori di importo complessivo compreso tra oltre 100.000 euro e 300.000 euro, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827;

b) lavori di importo complessivo superiore a 300.000 euro, nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti.

E prevedendo, poi, **al comma 5**, che: *l'affidamento di appalti a trattativa privata, ai sensi del comma 1, lettera b) - lavori di importo complessivo superiore a 300.000 euro - avviene mediante gara informale alla quale debbono essere invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della presente legge per i lavori oggetto dell'appalto.*

Da ciò risultando, invece, che nei casi di cui al **comma 1, lettera 0a)** era invece da considerarsi ammessa una trattativa privata “secca”: senza, vale a dire, la previa selezione di più candidati e la previa adozione di una gara informale tra essi.

Ciò detto, necessita rimarcare che i casi di cui al **comma 1, lettera 0a)** sono proprio quelli di lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro: casi fra cui rientra, come espressamente risulta dal capo di imputazione, quello di specie: in quanto le due determinazioni contestate riguardano, rispettivamente:

- la determinazione n. 86 del 6.4.2007, lavori per euro 19.551,57 IVA esclusa;
- la determinazione n. 223 dell'8.8.2007, lavori per euro 63.768,14 IVA esclusa;

Così attestandosi, entrambi gli affidamenti, su importi inferiori a 100.000 euro, sia partitamente che complessivamente considerati.

Al postutto, dunque, la «contestazione in fatto» realmente emergente dagli elementi di indagine non può ritenersi insistere sull'aver proceduto a «trattativa diretta» senza avere previamente adito una procedura di selezione di più candidati e una gara informale tra gli stessi, come invece contesta il capo di imputazione; giacché, come visto, detta via era lecitamente praticabile secondo la legge vigente al momento dei fatti, quantomeno in una serie determinata di casi, tra cui rientra quello di cui all'imputazione.

Ciò, tuttavia, non vale, *sic et simpliciter*, a qualificare il fatto, come emergente dagli atti di indagine, quale penalmente irrilevante (dal che scaturirebbe la doverosità di una pronuncia assolutoria).

Infatti la normativa vigente in allora - il già citato art. 24 l. 109/1994 - non si limitava a prevedere, al comma 1, la possibilità di trattativa diretta in un serie determinata di casi; ma aggiungeva, al comma 2, che: *gli affidamenti di appalti mediante trattativa privata sono motivati e comunicati all'Osservatorio dal responsabile del procedimento e i relativi atti sono posti in libera visione di chiunque lo richieda.*

Così introducendo un preciso onere motivazionale – che è stato poi puntualmente ripreso anche dalla nuova normativa, come risulta dal co. 1, ultima parte, dell'art. 57: in ciò consistendo, invece, un tratto non differenziante ma “unificante” la vecchia e la nuova disciplina - cui l'amministrazione avrebbe dovuto uniformarsi ogni qualvolta avesse inteso, ricorrendo uno dei casi di cui al comma 1, avvalersi della facoltà di adire la procedura para privatistica in luogo di quella pubblico-evidente.

Circa l'estensione di detto onere motivazionale, come interpretato secondo la giurisprudenza formatasi già nella vigenza della precedente normativa, necessita osservare come tale onere fungesse (e funga tuttora) da contrappeso alla stessa facoltà di agire *more privatorum* e, di riflesso, da baluardo al principio che la trattativa privata, avendo carattere del tutto eccezionale, esige di essere puntualmente motivata.

Ed è traendo alimento da tale principio di massima – consolidatosi già sotto la normativa previgente - che la giurisprudenza contabile e quella amministrativa hanno avuto agio nell'affermare, a titolo esemplificativo e non esaustivo: che la mancanza assoluta di motivazione rende di per sé sola illegittimo l'affidamento del contratto; che

la motivazione deve essere puntuale, circostanziata e sorretta da adeguata dimostrazione dei presupposti di fatto che hanno indotto l'amministrazione a ricorrere alla trattativa, mentre il mero riferimento alla norma di legge che in astratto consente eccezionalmente di ricorrere alla trattativa privata è del tutto insufficiente a offrire ragione dell'applicazione della norma medesima; che la situazione di urgenza richiamata a sostegno della scelta privatistica deve essere tale da rendere incompatibile la tempestività dell'intervento col rinvio dello stesso per il tempo occorrente per lo svolgimento della gara (v. inter alia *Consiglio Stato sez. V, 09 giugno 2008, n. 2803* secondo cui: «Il ricorso alla trattativa privata, anche dopo l'innovazione all'art. 24, comma 5, l. n. 109/94, ad opera della l. 1 agosto 2002 n. 166, va giustificato e di tale giustificazione va data esternazione; il metodo della trattativa privata, infatti, rappresenta una eccezione ai principi di libera concorrenza, e di rispetto della pari condizione dei potenziali interessati e dell'interesse dell'amministrazione alla convenienza economica dei lavori. Sicché il passaggio derogatorio da un metodo competitivo ad un metodo monopolistico come la trattativa privata, che per definizione è atto a restringere potenzialmente la cura di detti immanenti interessi, deve trovare e avere una manifesta ragione legittimante»).

Ora, tornando al caso di specie, è noto, con riguardo alla realtà degli enti locali, che la motivazione trovava – anche prima dell'esplicitazione portata dal cit. co. 1 ultima parte dell'art. 57 cod. appalti - generalmente collocazione nella «determinazione a contrattare» assunta dal responsabile del procedimento di spesa, ex art. 192 Dlgs. 267/2000, la quale deve indicare, tra l'altro, "le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle amministrazioni dello Stato e le ragioni che ne sono alla base".

E però, nel caso specifico, entrambe le determinazioni contestate, nell'affidare gli appalti pubblici direttamente all'impresa G., non hanno affatto dato atto, in parte motiva, delle ragioni della scelta della procedura para privatistica in relazione all'urgenza o ad altre circostanze oggettivamente legittimanti; limitandosi, per contro, a osservare, quasi incidentalmente, che l'impresa in questione “*ha un cantiere aperto nel territorio comunale di Xxxxx poiché sta compiendo lavori di manutenzione straordinaria dell'acquedotto comunale e della rete fognaria*” e che “*le procedure di trattativa privata / assegnazione lavori sono corrette e condivisibili*”.

Ora, non vi è chi non veda come i due citati segmenti motivazionali non possano ritenersi congrui in relazione all'onere legale di precisa e analitica motivazione: onere come visto già puntualmente affermato in forza della normativa vigente al momento dei fatti e del quale la giurisprudenza dava, già in allora, un'interpretazione estremamente valorizzante e rigorosa.

La circostanza che l'impresa G. avesse già un cantiere aperto nel territorio comunale, così come esposta, sembra, infatti, piuttosto indicare una maggiore comodità dell'impresa stessa che non dell'ente locale, non facendosi alcun cenno, ad esempio, a un maggiore ribasso operato dall'impresa in forza dei minori costi sopportati in ragione del cantiere già aperto nelle vicinanze (anzi, il ribasso poi effettivamente applicato sul prezzo d'offerta è stato, in entrambi i casi, solo dell'1%: in ciò consistendo il vantaggio patrimoniale contestato dalla pubblica accusa).

Palesamente apodittica e tautologica è, poi, l'affermazione che “*le procedure di trattativa privata/ assegnazione lavori sono corrette e condivisibili*”.

Orbene, tali considerazioni impediscono di ritenere i fatti, così come emersi, oltre che diversi da come contestati, anche penalmente irrilevanti.

Il punto, però, è che il *quid* della rilevanza penale e, segnatamente, il «gene» della “violazione di legge” in relazione a cui è contestato l’abuso d’ufficio, si sposta, rispetto all’imputazione formulata, dall’effettuazione di un affidamento diretto senza una previa selezione di più candidati e una previa gara informale tra gli stessi, modalità non consentita dalla *lex posterior* ma consentita dalla *lex anterior*, all’omissione di una motivazione congrua e sufficiente, nella determinazione a contrarre, in ordine alla ricorrenza di situazioni di eccezionale urgenza legittimanti la soprassidenza alla procedura pubblico-evidente: onere, questo, che è invece imposto tanto dalla *lex anterior* quanto dalla *lex posterior*, ma a cui il capo di imputazione non fa alcun cenno (proprio perché, evidentemente, ha ritenuto di censurare la violazione di legge, facendo applicazione della nuova normativa, sotto l’aspetto del mancato esperimento di una previa procedura di selezione e gara fra più candidati) .

Si tratta però, a ben vedere, di una condotta diversa da quella contestata; si badi, egualmente rilevante, almeno in potenza, ai fini della contestazione ex art. 323 c.p. (in forza della continuità normativa, in punto onere motivazionale, tra la vecchia e la nuova disciplina) ma indubbiamente costituente un «fatto diverso» da quello contestato in imputazione.

E ciò, è bene rimarcarlo, non semplicemente perché in imputazione è stata indicata una normativa di riferimento errata (ossia *lex posterior*, non ancora entrata in vigore, in luogo della *lex anterior* in allora vigente) bensì perché tale riferimento normativo errato è stato posto alla base di una contestazione di una condotta (l’aver agito con trattativa diretta senza previa selezione di più operatori) indicata come integrante la violazione di legge, ma che in realtà, in sé e per sé, non è indicativa di tale violazione; ed è diversa dalla condotta emergente dagli atti (il non avere rinvenuto reali ragioni di eccezionale urgenza legittimanti il ricorso alla trattativa privata e il non averne, di riflesso, dato atto nelle determinazioni a contrarre, onde consentire di verificarne l’effettiva sussistenza) come effettivamente integrante la violazione di legge.

E che la «violazione di legge» si qualifichi come «presupposto di fatto» del reato di abuso d’ufficio, e dunque, dal punto di vista dell’analisi del reato, come elemento del “fatto tipico” *sub specie* di “condotta” (utilizzando un termine più corretto nel linguaggio accademico si potrebbe parlare di “elemento normativo” e “non integrativo” della fattispecie), rappresenta consolidata acquisizione in seno all’*ius receptum*, come agevolmente emerge scorrendo gli arresti giurisprudenziali che - affrontando il diverso problema dell’abrogazione successiva della norma extrapenale la cui violazione ha dato luogo, antecedentemente, alla contestazione dell’abuso d’ufficio - hanno costantemente affermato che nell’abuso di ufficio connesso a una violazione di legge, questa si pone come **mero presupposto di fatto** per l’integrazione del delitto e la sussistenza di tale requisito **deve essere ricercata e valutata con riferimento al tempo in cui il reato è stato commesso** (inter alia: *Cass. Sez. 6, Sentenza n. 18149 del 07/04/2005*; *Sez. 6, Sentenza n. 10656 del 15/01/2003*).

A ciò dovendosi aggiungere che, allorché la norma che si assume violata è, come nel caso di specie, diretta a orientare l’attività amministrativa e, in ciò, caratterizzata da un articolato tassonomico complesso e ad alto contenuto tecnico, e predisponente, al contempo, una serie di molti obblighi per l’amministrazione, alcuni contestualmente vigenti e altri alternativamente vigenti, l’indicazione espressa, analitica e puntuale del riferimento normativo e dell’obbligo che si assume violato rappresenta un postulato essenziale per un corretto esercizio del diritto di difesa da parte dell’imputato.

Ora, in conclusione, da un lato gli atti di indagine evidenziano un fatto non qualificabile come atipico e quindi penalmente irrilevante, ma, anzi, in astratto pienamente sussumibile sotto la fattispecie dell'art. 323 c.p. (certo, qualora emergano, in relazione a esso anche tutti gli elementi, oggettivi e soggettivi, richiesti per la sua integrazione); dall'altro lato il focus della potenziale rilevanza penale del fatto come realmente emerso si impenna su un «presupposto di fatto» – e quindi su un «fatto» - certamente diverso da quello contestato: e cioè non l'aver proceduto a trattativa privata non preceduta da procedura di selezione e di gara informale (il che, secondo la *lex anterior*, era invece consentito in alcuni casi tra cui rientra quello di specie) , ma il non avere effettivamente vagliato e congruamente motivato le eccezionali ragioni di tale scelta.

Ciò acclarato, ritiene il Giudicante che sarebbe artificioso sostenere che tale diverso fatto possa comunque dirsi egualmente compreso nell'attuale capo di imputazione nella parte in cui esso fa, genericamente, richiamo al “principio di trasparenza”, e alla luce del fatto che, sul punto della necessità di motivazione, tanto la vecchia quanto la nuova disciplina impongono detto onere.

Il punto tematico critico di rilievo non è, infatti, come si è già osservato, il dato formale dell'indicazione degli estremi della legge vigente al momento del fatto-reato, ma la condotta che la pubblica accusa contesta come violativa della legge vigente al momento dei fatti.

Ora, se si ritiene – come questo Giudicante ritiene - che tale condotta violativa sia integrata dall'omessa o solo apparente motivazione delle determinazioni di affidamento in ordine alla scelta della procedura para privatistica in luogo di quella pubblico-evidente, non può non considerarsi che di tale condotta il capo di imputazione non fa alcun cenno.

E sostenere che, nonostante il riferimento (a questo punto) fuorviante all'art. 57 del codice degli appalti e alla mancata selezione di almeno tre operatori economici quali potenziali candidati all'affidamento, il capo di imputazione in realtà intenda riferirsi, invece, nella parte in cui cita il principio di trasparenza, al mancato rispetto di un onere motivazionale che era disciplinato anche dalla vecchia normativa, significherebbe, con tutta evidenza, dare al fatto un taglio tutt'affatto diverso da quello oggetto di contestazione e in relazione al quale le parti non hanno esercitato il loro diritto di difesa: infatti la questione della sussistenza di valide ragioni di urgenza legittimanti la scelta della trattativa privata e della congruità della motivazione delle due determinazioni a contrarre sul punto non è stata neanche tangenzialmente lambita dalla discussione del PM né da quelle delle difese.

E però ritiene, al riguardo, il Giudicante che il diritto a difendersi degli imputati debba intendersi nella sua più ampia estensione: come imposto, oltre che dall'art. 24 della Costituzione anche dalle fonti «euro-unitarie» parallele degli artt. 6 della CEDU e 47 e 48 della Carta di Nizza, viepiù dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: ciò è a dire, in primo luogo, come diritto a vagliare la scelta del rito e, in secondo luogo, a come diritto a difendersi nel merito, esattamente in relazione allo stesso identico fatto che costituirà oggetto di sentenza: dovendo le parti essere messe in condizione, tanto al momento della scelta del rito, quanto nella successiva trattazione nel merito, di valutare con esattezza le possibili conseguenze sanzionatorie e il peso degli elementi a proprio carico e a proprio scarico.

In tale fase, di camera di consiglio in esito alla discussione dei riti alternativi e dopo che le parti hanno formulato le loro conclusioni, tale diritto può essere tutelato unicamente con la restituzione degli atti al PM ex art. 521 co. 2 c.p.p.

E ciò tanto in relazione alle posizioni di P., S. e V., che hanno discusso in regime di rito abbreviato, quanto alla posizione di G., che invece ha fatto richiesta di applicazione di pena concordata con il PM.

Quanto, infatti, alla uniformabilità del rito abbreviato con la facoltà della trasmissione degli atti ex art. 521 c.p.p., il costante insegnamento di legittimità appare in ottica protesa a ritenere che il giudice del rito abbreviato, al pari di quello del rito ordinario, accertato che il fatto è diverso da come descritto nell'imputazione, deve limitarsi a trasmettere gli atti al pubblico ministero, non potendo contestualmente pronunciare sentenza di assoluzione (*Cass. Sez. 5, Sentenza n. 595 del 21/10/2008*: in motivazione, la S.C. ha affermato che la regola di cui all'art. 521, comma secondo, cod. proc. pen. è applicabile anche al giudizio abbreviato in quanto espressione del principio generale di correlazione tra imputazione e sentenza); e ciò in quanto il potere-dovere del giudice di disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero, qualora accerti che il fatto è diverso da quello descritto nell'atto di imputazione, è espressione di un principio generale dell'ordinamento e, pertanto, può essere esercitato anche nel corso del rito abbreviato, in quanto la scelta dell'imputato di essere giudicato allo stato degli atti non comporta una cristallizzazione del fatto reato nei limiti dell'imputazione.

Analoga conclusione vale, poi, in relazione al rito pattizio, avendo del pari affermato, la Corte regolatrice (inter alia *Cass. Sez. 5, Sentenza n. 467 del 26/01/1999*), che tema di applicazione della pena concordata, poiché tale rito speciale comporta un accordo sulla pena, ma non anche sul fatto-reato, il giudice ha l'obbligo di procedere "ex officio" a verifica non meramente formale (limitata cioè alla esattezza della qualificazione giuridica del fatto e dunque alla correttezza estrinseca della imputazione), ma anche sostanziale e specifica, vale a dire estesa alla fattispecie concreta quale emerge dagli atti; con la conseguenza che, quando ritenga di dover pervenire a diversa qualificazione giuridica del fatto, non potendo egli modificare l'imputazione, deve respingere la richiesta e procedere con rito ordinario, mentre, quando egli accerti la diversità del fatto, deve necessariamente restituire gli atti al P.M.

P.T.M.

Visto l'art.521, comma 2, c.p.p.,

ordina la trasmissione degli atti al Pubblico Ministero in sede perché il fatto è diverso da come contestato.

Ordinanza letta a verbale all'udienza del 12.4.2012.

Il Giudice
Fabrizio Filice.