

Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA



*Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana*

Prot. n. 21032/110/11/2019 del 01 ottobre 2019

Pos. n. 2

Assessorato regionale delle Infrastrutture e della Mobilità
Dipartimento Tecnico

Servizio 5 - Servizi di ingegneria di competenza regionale e per conto degli Enti locali
(Rif. nota 12 settembre 2019, n. 179425)

Oggetto: *Casteldaccia (PA) – Immobile demaniale di via Lungarini 97 in uso alla locale Stazione CC – Lavori di somma urgenza (ex art. 147 D.P.R. 554/99) affidamento prot. 41839 del 10/05/2010 per la messa in sicurezza dell'edificio – Nolo, controllo e manutenzione opera di sostegno affidamento prot. 195664 del 18/09/2018 – Comunicazione misura cautelare ex art. 32 ter c.p. a carico dell'Amministratore dell'impresa affidataria – Atti prot. 122572 e prot. 122559 del 10/06/2019 di sospensione e risoluzione contrattuale .*

1. Con la nota in riferimento codesto Dipartimento riporta, nel dettaglio, le varie fasi dell'intervento di manutenzione avviato sull'immobile demaniale di via Lungarini, in Casteldaccia e dei contemporanei lavori di somma urgenza, ex art. 147 del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, autorizzati giusta nota 10 maggio 2010, n. 41839, in capo alla medesima ditta affidataria, al fine di procedere alla messa in sicurezza del cordolo sommitale della muratura dell'edificio.

In tale contesto la richiedente Amministrazione rappresenta come l'intervento di messa in sicurezza ha comportato, tra l'altro, l'installazione di un'opera di sostegno con tubolari metallici, prevedendo nel corrispettivo contrattuale il nolo per dodici mesi della stessa struttura, comprensivo del costo per il mantenimento in efficienza dell'opera descritta, fino

all'avvio di un apposito intervento di manutenzione straordinaria che avrebbe dovuto interessare l'intero cordolo (demolizione e ricostruzione).

I lavori di somma urgenza sono stati terminati, giusta relazione tecnica di fine lavori, in data 25 maggio 2010, ma il noleggio della struttura di sostegno è stato rinnovato di anno in anno, fino all'ultima proroga posta in essere, giusto atto di affidamento 18 settembre 2018, n. 195664, con scadenza prevista per il 24 maggio 2019.

L'importo complessivo dei lavori è stato liquidato nella misura dell'ottanta per cento, subordinando la liquidazione del residuo venti per cento allo smontaggio dell'opera di sostegno realizzata.

Ciò posto, codesta Amministrazione rileva di avere ricevuto notizia, giusta informativa della Legione Carabinieri Sicilia Gruppo Palermo 15 maggio 2019, n. 297/1-0/2019, della misura cautelare “*ex art. 32 ter c.p.*”, del divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione, applicata in capo all'Amministratore - rappresentante dell'impresa affidataria.

Tale circostanza ha portato il Dipartimento richiedente all'emissione di un atto di sospensione dell'efficacia del contratto del 2010, inerente i lavori di somma urgenza (nota 10 giugno 2019 n. 122572) nonché alla risoluzione dell'atto di rinnovo del noleggio, che avrebbe avuto naturale scadenza in data 25 maggio 2019, alla data del 7 maggio 2019 (nota 10 giugno 2019, n. 122559), nelle more dell'acquisizione del provvedimento interdittivo, ad oggi non acquisito nonostante le istanze rivolte alla Legione dei carabinieri ed al Tribunale di Palermo.

Tutto quanto premesso, preso atto della corrispondenza nel frattempo intrattenuta con il competente Servizio del Demanio e con la medesima ditta affidataria, che ha richiesto la liquidazione del corrispettivo dovuto per l'ultimo periodo di nolo ed ha comunicato il nuovo assetto societario, giusto certificato CCIAA 28 giugno 2019, si chiede l'avviso di questo Ufficio su una serie di quesiti che possono sinteticamente riassumersi come di seguito:

1. Se sia possibile liquidare il credito vantato dalla Ditta affidataria sino alla data di applicazione delle misura cautelare ovvero sino alla risoluzione del contratto avvenuta alla data del 7 maggio 2019;

2. Se possa ritenersi applicabile l'art. 80 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in relazione al nuovo assetto societario della ditta affidataria, nel quale il ruolo di Amministratore Unico è stato conferito a soggetto in rapporto di coniugio con il precedente Amministratore, sottoposto a misura cautelare;
3. Quale siano, in generale, le determinazioni che codesta Amministrazione regionale è chiamata ad adottare in assenza del ricevimento del provvedimento interdittivo emesso a carico del legale rappresentante della ditta contraente, ai fini di decidere sul prosieguo ovvero sulla chiusura del rapporto contrattuale con l'impresa, tenuto conto, in ogni caso, che la liquidazione del saldo del venti per cento è rimasto subordinato allo smontaggio dell'opera di sostegno, che non potrà essere rimossa prima dell'inizio dell'intervento di manutenzione straordinaria.

2. Va preliminarmente osservato che questo Ufficio è istituzionalmente chiamato a rendere pareri sulla interpretazione o sull'applicazione di norme regionali (di fonte legislativa o regolamentare), e non anche ad esprimersi in ordine alla legittimità e/o correttezza di atti o provvedimenti, non potendosi sostituire, all'Amministrazione attiva, nel dovere di quest'ultima di provvedere.

Nella fattispecie in esame, più che di quesiti tesi a risolvere dubbi relativi all'interpretazione od all'applicazione del diritto, si tratta di aspetti dell'azione amministrativa nel suo concreto, sui quali questo Ufficio non può essere chiamato a svolgere alcuna funzione di ausilio tecnico-giuridico.

Deve, tra l'altro evidenziarsi come, nell'ottica di garantire una coerente difesa processuale a codesta Amministrazione, in vista del possibile giudizio che verrebbe instaurato, qualora il provvedimento di risoluzione contrattuale dovesse essere confermato, appare opportuno estendere la presente consultazione alla competente Avvocatura distrettuale dello Stato, che assiste e rappresenta in giudizio l'Amministrazione regionale.

In un'ottica di fattiva collaborazione tra Dipartimenti, si rassegnano, tuttavia, le seguenti considerazioni di ordine generale.

3. In prima istanza, appare opportuno evidenziare che, dalla documentazione allegata (all.4) alla presente richiesta di parere, emergerebbe che il rappresentante della società a responsabilità limitata affidataria, in data 7 maggio 2019, “è stato attinto dalla misura cautelare del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione per mesi dodici”¹, fattispecie diversa, anche se strettamente correlata, a quella disciplinata dall’art. 32 *ter*, c.p., regolante, invece, la “*pena accessoria*”, a seguito di condanna penale, dell’incapacità di contrarre con la Pubblica Amministrazione.

Invero, con il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*”, è stato introdotto un modello di responsabilità degli “enti” conseguente a determinati reati. Questo tipo di responsabilità, pur se definita “*amministrativa*” presenta indubbi profili di sanzionabilità, con i quali si mira ad impedire la commissione futura di reati, con una procedura finalizzata all'adozione di misure, definite, appunto “*cautelari*”, caratterizzate, al pari di quelle contemplate dal codice di procedura penale, dalla provvisorietà e, soprattutto, dalla notevole anticipazione rispetto alla completa definizione della procedura di irrogazione delle sanzioni ovvero delle pene accessorie derivanti dalla possibile condanna definitiva.

Per rispondere alle finalità descritte, le tipologie di misure cautelari delineate dal presente decreto, di natura essenzialmente interdittiva, sono modellate mediante un rinvio diretto all’art. 9², comma 2, del richiamato decreto legislativo n. 231/2001, laddove, al punto c), viene previsto “*il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio*”.

¹ **Informativa Legione Carabinieri Sicilia 16 maggio 2019, n. 2971/1-0/2019.**

² **Art. 45, decreto legislativo n. 231/2001:** “*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, il pubblico ministero può richiedere l’applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive previste dall’articolo 9, comma 2, presentando al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell’ente e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate. Sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza, in cui indica anche le modalità applicative della misura. Si osservano le disposizioni dell’articolo 292 del codice di procedura penale. In luogo della misura cautelare interdittiva, il giudice può nominare un commissario giudiziale a norma dell’articolo 15 per un periodo pari alla durata della misura che sarebbe stata applicata*”.

Si tratta, in ogni caso, di misura “*incapacitante*”, che agisce, limitandola, sulla capacità giuridica della società coinvolta.

Sulla individuazione del tipo di attività preclusa dalla sanzione interdittiva in esame si è espresso il Consiglio di Stato, giusto parere dell’adunanza della sezione terza 11 gennaio 2005.

In quella sede si è avuto modo di sottolineare come. “ (...) *la misura cautelare del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, essendo preordinata (...) a prevenire il rischio di commissione di illeciti della stessa indole (art. 45, c.1, d.lg. n. 231/2001), non può che riguardare la futura attività negoziale che il soggetto passivo intenda porre in essere dopo l’adozione del provvedimento interdittivo. Apparirebbe, invece, estranea alla ratio della norma un’estensione del divieto anche all’esecuzione dei contratti già conclusi prima della misura cautelare. (...) Anche da un punto di vista lessicale, si connota come divieto di stipulare nuovi contratti (...) e non come divieto di portare ad esecuzione o ad ulteriore esecuzione contratti già precedentemente perfezionati. Resta comunque impregiudicata la possibilità per l’Amministrazione di procedere all’annullamento in via di autotutela dei pregressi atti di aggiudicazione, ove ne ricorrano gli specifici presupposti”.*

Con il medesimo parere il Consiglio di Stato si è espresso, altresì, in relazione alla tipologia di contratti la cui stipulazione è vietata, precisando che: “ (...) *il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, ai sensi dell’articolo 14, comma 2, del decreto legislativo n. 231/2001, può anche essere limitato a determinati tipi di contratto o a determinate amministrazioni. Nel caso in cui l’ordinanza che irroga la sanzione interdittiva contenga una siffatta limitazione(...) e circoscriva il divieto di stipulazione solo ad un determinato tipo di contratto, deve, tuttavia, ritenersi che il divieto si estenda implicitamente anche alla conclusione di nuovi contratti accessori rispetto al negozio principale vietato (...)il divieto di contrattazione e la sanzione della nullità concerne solo i nuovi contratti accessori legati da un nesso di collegamento funzionale rispetto a nuovi contratti principali vietati, e non preclude alla società destinataria della misura interdittiva l’ulteriore esecuzione di contratti accessori conclusi prima dell’applicazione della misura cautelare”.*

Preso atto del superiore orientamento, appare utile un ulteriore approfondimento sull'aspetto soggettivo legato alla rappresentata sostituzione dell'Amministratore coinvolto nel procedimento penale, che ha portato all'applicazione della misura cautelare *de qua*.

All'uopo, non può sottacersi come il giudice, nell'ambito del procedimento penale instauratosi, sia il solo Organo competente a valutare se la sostituzione o l'estromissione dell'amministratore sottoposto a misura cautelare, possa portare ad escludere, per i contratti futuri, la sussistenza del *periculum* richiesto dall'art. 45, del decreto legislativo n. 231/2001³. Ciò, in quanto deve essere valutato anche l'aspetto inerente "*la personalità dell'ente*", attraverso una disamina che abbia ad oggetto la sua organizzazione ed in generale la politica dell'impresa. Solo in presenza di elementi che portino ad accertare che l'ente, nel suo complesso, si muovi verso un diverso tipo di organizzazione che tendi ad evitare il "*rischio*" del reato, rispetto alle scelte compiute dall'Amministratore colpito da misura interdittiva, potrà pervenirsi all'esclusione dell'esigenza cautelare e conseguentemente del divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione.⁴

Pertanto, a prescindere dal disposto normativo di cui all'art. 80⁵ del decreto legislativo n. 50/2016, che regola i motivi di esclusione dalla partecipazione ad una procedura di gara anche in presenza di misure interdittive, il *periculum* può considerarsi escluso solo a seguito di espressa pronuncia dell'Organo giudicante, anche in presenza dell'avvenuta sostituzione dell'Amministratore dell'impresa affidataria.

³ Cassazione penale 31 maggio 2010, n. 20560

⁴ Cfr Cassazione penale 23 giugno 2006.

⁵ **Art. 80, decreto legislativo n. 50/2016:** "*Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, per uno dei seguenti reati. (...) Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti (...) dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio.(...)".*

Da tali premesse discende, pertanto, in conformità all'indirizzo interpretativo riportato, che la "*misura cautelare interdittiva*" in discussione, come espressamente qualificata nell'informativa della Legione Carabinieri Sicilia, non dovrebbe inficiare gli affidamenti già conclusi e posti in essere, ma gli affidamenti futuri, sempre che codesta Amministrazione non ritenga sussistere gli elementi per una revoca, in via amministrativa, degli atti posti in essere, nel rispetto della disciplina all'uopo dettata dalla legge 7 agosto 1990, n. 241.

Nelle superiori considerazioni di ordine generale è l'avviso dello Scrivente, ribadendo, all'uopo, l'opportunità di compulsare la competente Avvocatura dello Stato sulla vicenda complessivamente considerata.

* * *

Si ricorda che, in conformità alla circolare presidenziale 8 settembre 1998, n. 16586/66 98.12, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati "FONS".

F.to* Avv. Giuseppa Mistretta

F.to* L'AVVOCATO GENERALE
Avv. Gianluigi M. Amico

*firma autografa sostituita a mezzo stampa, ai sensi dell'art.3 comm2 d.lgs.39/1993