

22805-21



REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

QUINTA SEZIONE PENALE

Composta da

MARIA VESSICHELLI	- Presidente -	Sent. n. sez. 388
EDUARDO DE GREGORIO		C.C. 02/03/2021
MARIA TERESA BELMONTE	- Relatore-	R.G.N. 31759/2020
BARBARA CALASELICE		
ANGELO CAPUTO		

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

(omissis)

nato a

(omissis)

avverso la ORDINANZA del 03/09/2020 del TRIBUNALE del RIESAME di
CALTANISSETTA

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere MARIA TERESA BELMONTE ;

letta la requisitoria scritta del Procuratore Generale della Corte di cassazione,
Ferdinando LIGNOLA, che ha concluso per l'annullamento con rinvio
dell'ordinanza impugnata.

Udienza tenutasi ai sensi dell'art. 23, comma 8, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137

RITENUTO IN FATTO

1. Ricorre (omissis) avverso il provvedimento del Tribunale del riesame di Caltanissetta, che ha rigettato l'appello da lui proposto avverso l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del medesimo Tribunale, che aveva applicato nei suoi confronti la misura cautelare del divieto di esercitare attività imprenditoriale e uffici direttivi di imprese giuridiche per anni uno, siccome gravemente indiziato del reato di cui agli artt. 110, 81, cpv, e 353 c.p.

2. Secondo la prospettazione accusatoria, condivisa dal giudicante, il prevenuto avrebbe, in concorso con altri soggetti, pur'essi indagati, turbato il regolare svolgimento di gare pubbliche di appalto indette dal comune di (omissis) (omissis) nel dicembre 2017 e nel febbraio e maggio 2018, avvalendosi di mezzi fraudolenti. Ciò avrebbe fatto accordandosi con altre imprese al fine di indirizzare l'esito della gara in maniera predeterminata dai concorrenti. I gravi indizi di colpevolezza sono stati desunti dalle modalità di formulazione delle domande di partecipazione al concorso, redatte - sia la domanda che i documenti allegati - su moduli identici e presentate al protocollo del Comune nella stessa giornata. Viene inoltre rimarcato che (omissis) risulta essere socio di (omissis) srl e collaboratore familiare dell'impresa individuale (omissis), entrambe concorrenti all'assegnazione dell'appalto.

3. Avverso tale provvedimento ha proposto ricorso per Cassazione il difensore dell'indagato, che svolge due motivi con i quali denuncia violazione di legge e vizio della motivazione.

4. Con un primo motivo, ripropone la questione della nullità dell'ordinanza genetica, che non conterrebbe l'autonoma valutazione, da parte del giudicante, dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari. Lamenta, al riguardo, che il Tribunale del Riesame abbia applicato regole e principi valevoli per il riesame e non già per l'appello, avendo provveduto - in contrasto con la natura e la regolamentazione di quest'ultima impugnazione - ad integrare l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari con proprie autonome e distinte valutazioni.

4.1. Lamenta, poi, che il Tribunale del Riesame abbia rigettato i motivi d'appello - con cui era stata contestata la sussistenza del reato di cui all'art. 353 cod. pen., oggetto dell'imputazione provvisoria - spendendo argomenti su un reato diverso da quello contestato; vale a dire, sul reato di cui all'art. 353/bis cod. pen., che prevede l'anticipazione della punibilità della condotta descritta dall'art. 353, è diretta ad evitare fenomeni di favoritismo da parte dei funzionari che affidano l'incarico e sancisce l'obbligo di motivazione della scelta del contraente. Al Tribunale è sfuggito, però, che le condotte contestate al ricorrente riguardano la sua partecipazione ad una gara e che non era prevista alcuna possibilità di

interazione tra le offerte; che né i politici né i funzionari comunali risultano indagati per i reati contestati a (omissis); che per le tre aggiudicazioni di cui si tratta risultano acquisiti i verbali redatti dai funzionari comunali, nei quali sono dettagliatamente descritte le operazioni svolte e i criteri per giungere all'aggiudicazione.

4.2. Sotto altro profilo lamenta, poi, che il Tribunale abbia dato peso all'esistenza di indici di collegamento tra le imprese partecipanti alla gara senza spiegare perché la riconduzione delle stesse ad un medesimo centro di interesse sia indicativo della commissione degli illeciti contestati, in assenza della prova di un concerto sugli specifici contenuti delle singole offerte, che avrebbero dovuto essere confezionate – per potersi parlare di turbativa della gara - in modo da assicurare la vittoria ad una di esse. Ribadisce che, invece, nella specie "le offerte non sono tra loro in alcun rapporto" e che gli importi dei ribassi risultano talmente elevati da escludere qualsiasi cointeressenza tra le imprese. Tali requisiti delle offerte, argomenta il ricorrente, sono stati svalutati dal Tribunale sulla base di pure congetture, ipotizzando che l'aggiudicazione al maggior ribasso e a percentuali molto elevate servirebbe a dare copertura ai funzionari pubblici e ad assicurare comunque lauti guadagni all'imprenditore (attraverso modifiche e rincari in corso d'opera), laddove nella specie i lavori oggetto di aggiudicazione sono stati regolarmente ultimati e pagati, senza il ricorso a modifiche o rincari in corso d'opera.

5. Con altro motivo lamenta la violazione dell'art. 292, comma 2, lett. 3) cod. proc. pen. e un vizio di motivazione concernente la ritenuta sussistenza di esigenze cautelari, nonché la loro concretezza ed attualità. Rimarca che per un soggetto avente la medesima posizione processuale di (omissis) (il riferimento è al coindagato (omissis)) il Tribunale del Riesame ha annullato l'ordinanza applicativa della misura ritenendo che fosse mancata l'autonoma valutazione, da parte del Giudice per le indagini preliminari, delle specifiche esigenze cautelari assunte a fondamento della misura. Tanto, perché il GIP aveva trattato la posizione di (omissis) insieme a tutti gli altri indagati coinvolti nel procedimento, senza evidenziare le esigenze cautelari a lui riferibili (in considerazione della sua personalità, del tipo di reati a lui contestati e del ruolo in concreto ricoperto). Del tutto contraddittoriamente e illogicamente, quindi, il Tribunale del Riesame ha ritenuto assolto, in relazione a (omissis), l'onere gravante sul primo giudicante, nonostante la completa sovrapponibilità della posizione di (omissis) rispetto a (omissis) (al quale, peraltro, è stato contestato anche il reato di corruzione). E' ben vero, aggiunge il ricorrente, che il Tribunale ha ritenuto di distinguere la posizione di (omissis) rispetto a quella di (omissis) (e di altri imprenditori) adducendo l'intraneità di (omissis) al malcostume politico e al malaffare gestionale dei lavori indetti dal comune di (omissis) , nonché la serialità delle condotte

di turbativa d'asta, ma ciò ha fatto in maniera del tutto apodittica, atteso che (omissis) risponde solamente di tre ipotesi di turbativa d'asta e non è stata contestata allo stesso "alcuna ipotesi di collusione e vicinanza al sistema illecito che si assume essere stato instaurato all'interno del comune di (omissis) (omissis)". Il ricorrente rimarca, quindi, che la motivazione delle esigenze cautelari sarebbe contenuta - secondo il Tribunale - in pochissime righe dell'ordinanza genetica, nelle quali il nome di (omissis) non compare neppure, essendo dedicate all'esame di questioni di natura generale o concernenti gli indagati per l'ipotesi associativa, e lamenta che nemmeno il Tribunale abbia, in sede d'appello, dato conto degli elementi deponenti per la concretezza e attualità del pericolo di reiterazione.

Il Procuratore Generale della Corte di cassazione, con requisitoria scritta del 14/02/2021, ha concluso per l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso è fondato.

1. Nella giurisprudenza di questa Corte, un incontrastato indirizzo ermeneutico espresso dalla Sesta Sezione orienta l'interprete nel senso che il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione in cui vi sia una procedura di gara, anche informale e atipica, mediante la quale la P.A. proceda all'individuazione del contraente, nel senso che l'amministrazione si determina per la scelta del contraente allo scopo di selezionare la procedura più vantaggiosa per le proprie esigenze e più adeguata ai propri interessi orientati al buon andamento. (Sez. 6, n. 44829 del 22/09/2004, Rv. 230522; Sez. 6, n. 13124 del 28/01/2008 Rv. 239314; Sez. 6, n. 29581 del 24/05/2011, Rv. 250732). Ciò comporta che le locuzioni "gara nei pubblici incanti" o licitazioni private" vanno riferite a ogni procedura di gara, anche informale e atipica, mediante la quale la Pubblica Amministrazione decida di individuare il contraente e concludere un contratto, assicurando una libera competizione tra più concorrenti, di guisa che il reato è configurabile in ogni situazione in cui l'amministrazione pubblica proceda all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il *nomen juris*, conferito alla procedura, anche in assenza di formalità (Sez. 6, n. 13124 del 28/01/2008, Rv. 239314 in fattispecie relativa ad una "gara esplorativa", inerente ad una trattativa privata autoregolamentata dalla P.A. mediante forme procedurali attuative di un meccanismo selettivo delle offerte per l'aggiudicazione di un appalto di noleggio di autovetture; conf. Sez. 6, n. 29581 del 24/05/2011, Rv. 250732).

1.1. La condizione indefettibile è che l'avviso informale di gara o il bando, o comunque l'atto equipollente, pongano i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto e i criteri in base ai quali formulare le proprie offerte, sicchè deve escludersi la esistenza di una gara allorchè, a

prescindere dalla legittimità del meccanismo adottato, sia prevista solo una comparazione di offerte che la P.A. è libera di valutare, in mancanza di precisi criteri di selezione (Sez. 6, n. 8044 del 21/01/2016 Rv. 266118; Sez. 6, n. 9385 del 13/04/2017 (dep. 2018) Rv. 272227). Si richiede, cioè, ai fini della configurabilità del reato, che una procedura di gara abbia avuto inizio, e quindi che il relativo bando sia stato pubblicato, mancando altrimenti il presupposto oggettivo per la realizzazione delle condotte previste dalla norma incriminatrice (Sez. 6, n. 11005 del 26/02/2009 Cc. (dep. 12/03/2009) Rv. 242928 in cui si è esclusa la configurabilità del reato, anche solo nella forma tentata, prima che la procedura di gara abbia avuto inizio, ossia prima che il relativo bando sia stato pubblicato, in una fattispecie in cui il bando di gara per la manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade di una città non era stato mai pubblicato; conf. Sez. 6, n. 27719 del 05/02/2013, Rv. 255601; Sez. 5, n. 25091 del 11/05/2016, Rv. 267324). Questo perché nella struttura del reato è evidente non solo che l'evento del reato ha come oggetto specifico la gara, ma anche che le condotte che lo possono integrare devono in qualche modo coinvolgere i soggetti che partecipano, almeno potenzialmente, alla gara. In tale ottica, rilevano, altresì, gli arresti in cui si è escluso che la fattispecie possa essere integrata da condotte successive al momento conclusivo della procedura di gara, rappresentato dalla aggiudicazione, a conferma dell'orientamento che individua nella gara la cornice imprescindibile del reato di cui all'art. 353 cod. pen. (Sez. 1, n. 46546 del 11/11/2005, Rv. 232960).

2. Si fonda su tali premesse l'orientamento giurisprudenziale "estensivo" che, pur escludendo la configurabilità del reato nell'ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata che sia svincolata da ogni schema concorsuale, l'ammette, invece, nei casi in cui la trattativa privata, al di là del "*nomen juris*", si svolga a mezzo di una gara, sia pure informale. In tali casi, infatti, non vi è trattativa privata, perché la consapevolezza per l'offerente di non essere solo innesca la contesa tipica di ogni gara, precisandosi che ciò non integra una applicazione analogica della fattispecie criminosa di cui all'art. 353 cod. pen. - vietata in materia penale - in quanto non ne allarga l'ambito di applicazione, bensì concreta una interpretazione estensiva, sulla base dell'"*eadem ratio*" che la sorregge e che è unica, volta a garantire il regolare svolgimento sia dei pubblici incanti e delle licitazioni private sia delle gare informali o di consultazione, le quali finiscono con il realizzare, sostanzialmente, delle licitazioni private. In difetto, però, di una reale e libera competizione tra più concorrenti non è a parlarsi di gara, come nel caso in cui singoli potenziali contraenti, individualmente interpellati, presentino ciascuno le proprie offerte e l'amministrazione resti libera di scegliere il proprio contraente secondo criteri di convenienza e di opportunità propri della contrattazione tra privati (Sez. 6, n. 12238 del 30/09/1998 Rv. 213033 - 01).

2.1. Per altro verso, si è ritenuto che, se l'amministrazione, dopo aver avviato un procedimento di gara, si orienta formalmente per la conclusione di un accordo sostitutivo del provvedimento finale (previsto dalla normativa di settore e conforme ai principi generali in tema di procedimento amministrativo), l'attività volta alla preparazione ed alla conclusione di tale accordo non integra gli estremi della fattispecie di cui all'art. 353 cod. pen. (Sez. 6, n. 32237 del 13/03/2014, Rv. 260426; in motivazione, la Corte ha precisato che eventuali illegittimità riscontrabili nel percorso negoziale intrapreso - pur rilevanti sul piano amministrativo, tanto da poter invalidare l'accordo stipulato - non sono idonee ad integrare gli estremi del reato in questione).

3. A fronte di tale pacifico orientamento, il Tribunale distrettuale - oltre a incorrere nel palese vizio argomentativo denunciato dal ricorrente, per avere fornito una motivazione calibrata sulla fattispecie di reato di cui all'art. 353 bis cod. pen. (turbata libertà del procedimento di scelta del contraente), diversa da quella contestata nel provvisorio editto accusatorio - si è distaccata dalle predette coordinate ermeneutiche, senza neppure chiarire attraverso quale concreto procedimento, nel caso di specie, la pubblica amministrazione coinvolta sia pervenuta all'individuazione del contraente, se mediante una gara (ovvero attraverso la preventiva indicazione dei criteri di selezione e di presentazione delle offerte, adeguatamente resi noti), oppure se, come sembrerebbe essere accaduto, stando al tenore delle imputazioni, i soggetti interpellati abbiano presentato, ciascuno, indipendentemente, la propria offerta, essendosi riservato il Comune di (omissis) la piena libertà di scegliere secondo criteri di convenienza e di opportunità propri della contrattazione tra privati. In tal senso, infatti, la Difesa ha rimarcato come la P.A. abbia ritenuto, nello specifico, di procedere mediante affidamento diretto, non essendo tenuta a predisporre una trattativa privata, e non avendola, in concreto, predisposta neppure in forma rudimentale attraverso un informale schema concorsuale. Giova ripetere che solo laddove la ricerca del contraente della P.A. avvenga attraverso la indizione di gare, può venire in rilievo il reato contestato, in cui il fatto tipizzato consiste nell'impedire o nel turbare la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, o nell'allontanare gli offerenti mediante violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti.

3.1. Non vi sono, inoltre, riferimenti, nella ordinanza impugnata, alla specifica condotta attraverso la quale l'indagato avrebbe, in ipotesi, inciso sul contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente, o anche l'aggiudicazione. Gli unici elementi evidenziati dal Tribunale distrettuale hanno riguardo all'artificio asseritamente consistito nel concertare le offerte tra imprese riconducibili a un medesimo centro di interesse, al fine di garantire l'aggiudicazione in favore di una di loro, ma non v'è alcun collegamento

neppure logico con i riflessi di tale condotta sulle scelte dell'amministrazione. Del tutto congetturali i riferimenti alle supposte cointeressenze sottostanti alle offerte delle diverse ditte e alle percentuali di ribasso e alla loro capacità di alterare l'aggiudicazione, dal momento che il Tribunale non ha neppure chiarito se i lavori siano stati eseguiti e se vi siano state modifiche o rincari in corso d'opera, sintomatiche di accordi illeciti finalizzati a favorire taluno dei concorrenti.

4. L'esito del presente scrutinio di legittimità non può che risolversi, quindi, nell'annullamento della ordinanza impugnata, con rinvio per nuovo esame, nel quale i giudici di merito esamineranno i fatti alla luce delle direttrici ermeneutiche sopra richiamate, precisando attraverso quale procedimento sia avvenuta la scelta del contraente; in che modo la condotta fraudolenta avrebbe determinato l'evento del reato, nel senso di avere turbato la competizione, se gara vi è stata, alterando il gioco della concorrenza, che deve liberamente svolgersi sia nell'interesse dei privati partecipanti, sia nell'interesse della P.A. all'aggiudicazione al miglior offerente.

Le ulteriori doglianze sono assorbite.

P.Q.M

Annulla l'ordinanza impugnata con rinvio per nuovo giudizio al Tribunale di Caltanissetta.

Così deciso in Roma il 02 marzo 2021

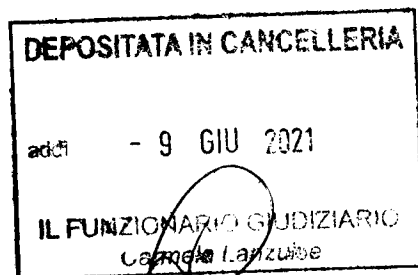
Il Consigliere estensore

Maria Teresa Belmonte

Maria Teresa Belmonte

Il Presidente
Maria Vessicelli

Maria Vessicelli



Carmela Lanzetta