

**REPUBBLICA ITALIANA**

In nome del Popolo Italiano

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

SESTA SEZIONE PENALE

Composta da:

Giorgio Fidelbo	- Presidente	- Sent.n.272 sez./2022
Angelo Costanzo	- Relatore -	PU - 24/02/2022
Angelo Capozzi		R.G.N. 33965/2021
Gaetano De Amicis		
Paolo Di Geronimo		

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso proposto da:

(omissis) , nato a (omissis) ;

avverso la sentenza del 13/04/2021 della Corte d'Appello di Roma;

visti gli atti, il provvedimento impugnato è il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere Angelo Costanzo;

letta la requisitoria scritta con la quale il Sostituto Procuratore generale Tomaso Epidendio chiede che il ricorso sia dichiarato inammissibile.

letta la memoria con cui le parti civili Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della protezione civile e (omissis) S.p.A. chiedono che il ricorso sia rigettato.

**RITENUTO IN FATTO**

1. Con decreti del marzo del 2020 il Capo Dipartimento della Protezione civile, al quale il Consiglio dei Ministri ha attribuito poteri straordinari per fronteggiare l'emergenza sanitaria causata dal virus covid-19, ha designato la (omissis) s.p.a. quale

soggetto attuatore dell'approvvigionamento di attrezzature ospedaliere e dispositivi di protezione individuale mediante procedure di evidenza pubblica anche in deroga a alcune disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici.

In questo contesto, con sentenza del 13 aprile 2021 la Corte di appello di Roma ha confermato la condanna inflitta a (omissis) dal Tribunale di Roma, ex artt. 81, 110 e 353 cod. pen., per avere turbato la procedura di gara bandita dalla (omissis) nel marzo del 2020 per la fornitura di dispositivi e servizi connessi all'emergenza sanitaria da covid-19, alla quale aveva partecipato con la (omissis) a r.l., così da aggiudicarsi la fornitura di circa 24 milioni di mascherine chirurgiche per un importo di oltre 15.800.000 euro.

Secondo l'imputazione (omissis) avrebbe turbato la gara in due tempi: prima celando una causa di esclusione (ex art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50) conseguente alla violazione di norme tributarie da parte della (omissis), occultando la riconducibilità a sé della società con il trasferirne la rappresentanza legale e le quote sociali a (omissis) (omissis) (capo A); successivamente presentando, dopo che la (omissis) era stata esclusa dalla precedente gara con annullamento in autotutela della aggiudicazione, altra domanda di partecipazione con la (omissis) s.r.l., di cui era consigliere e legale rappresentante, senza dichiarare i precedenti penali suoi e di altri componenti del consiglio di amministrazione e accordandosi con (omissis) (omissis), presidente del consiglio, per non fare comparire nella compagine societaria la (omissis) s.r.l.s. di cui era socia (omissis), il cui precedente penale avrebbe impedito la partecipazione alla gara (capo C).

2. Nel ricorso presentato dal difensore di (omissis) si chiede l'annullamento della sentenza per i seguenti motivi di ricorso riportati nei limiti strettamente necessari per la motivazione (art. 173, comma 1, disp. att. cod. proc. pen.).

2.1. Con il primo motivo si deduce violazione dell'art. 353 cod. pen. in considerazione del significato delle nozioni di "gara penalmente rilevante", di "turbativa" e di "altri mezzi fraudolenti".

Per quanto riguarda la sussistenza di una "gara al prezzo più basso", si osserva che il soggetto attuatore stipulava contratti con tutti i partecipanti accettando i prezzi offerti da ciascuno per la fornitura della merce con l'intento di procedere d'urgenza ma al contempo di sollecitare, divulgando l'avviso, la partecipazione del maggior numero possibile di operatori, sicché non vi era competizione fra i partecipanti o comparazione di offerte e, quindi, neanche la possibilità di influenzare il regolare

andamento del meccanismo – alla stessa stregua di quel che l’art. 36, comma 2, lett. c) del Codice degli appalti prevede in materia di “contratti sotto soglia” – ma soltanto una peculiare forma di contrattazione fra privati penalmente neutra.

Per quanto riguarda la turbativa della gara, si evidenzia che l’accordo subordinava il pagamento all’esito positivo dei controlli sulla assenza di cause di esclusione ex art. 80 d.lgs. n. 50/2016, sicché la autocertificazione del possesso dei requisiti previsti dalla norma non poteva che condurre, accertatane l’assenza, alla esclusione del contraente e non a una turbativa.

Per quanto riguarda gli «altri mezzi fraudolenti» considerati dall’art. 353 cod. pen., si assume che la “menzogna” rientra nella categoria solo sé è dotata di una concreta carica ingannatoria e non sia facilmente accertabile mediante una agevole verifica alla quale la pubblica amministrazione sia tenuta come nella fattispecie (in cui peraltro tale verifica è stata anche effettuata).

2.2. Con il secondo motivo di ricorso si deduce vizio della motivazione circa la sussistenza dell’elemento oggettivo per entrambi i reati contestati relativamente alla valutazione delle dichiarazioni del teste (omissis), alla domanda di partecipazione alla gara e alla lettera di invito della (omissis).

2.3. Con il terzo motivo di ricorso si deduce vizio della motivazione relativamente all’elemento soggettivo dei due reati.

Circa il capo A, si osserva che la prova della collusione fra l’imputato e la (omissis) è stata desunta da una erronea interpretazione dei contenuti dei colloqui telefonici tra questa e tale (omissis) mentre, per altro verso, i dati documentali e le dichiarazioni testimoniali mostrano che la nomina di (omissis) quale nuova amministratrice della (omissis) avvenne prima dell’indizione della gara (alla quale, quindi, non fu connessa) e che (omissis) non mancò, con comportamento tutt’altro che fraudolento, di sottoscrivere la manifestazione d’interesse concernente la procedura oggetto del capo C.

Si aggiunge che, comunque, non risulta provato che l’imputato conoscesse la problematica tributaria della (omissis) della quale lo stesso commercialista ((omissis) (omissis)) della società non serbava un chiaro ricordo.

Circa il capo C, si osserva che l’imputato non avrebbe potuto apprendere del precedente a carico di (omissis), socia unica e amministratrice della società controllante la (omissis), se non dalla stessa mentre i contenuti della conversazione fra (omissis) e (omissis) mostrano soltanto i rapporti fra l’imputato e gli esponenti della società controllante la (omissis).

2.4. Con il quarto motivo di ricorso si deduce erronea applicazione della legge nel disconoscere le circostanze attenuanti generiche, sottovalutando il comportamento processuale collaborativo di <sup>(omissis)</sup>, e l'attenuante ex art. 62 n. 4 cod. pen., nonostante la speciale tenuità del danno o del pericolo provocati e l'assenza di un lucro conseguito.

### CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Va anzitutto rilevato, per quanto riguarda il primo motivo di ricorso, che la questione relativa alla configurabilità come gara della procedura seguita dalla pubblica amministrazione nel caso in esame non è stata prospettata nell'atto di appello.

Pertanto, poiché posta per la prima volta in questa sede, essa risulta inammissibile per la stessa struttura del giudizio di legittimità, che si caratterizza come impugnazione a critica vincolata della decisione censurata, la cui correttezza non può, evidentemente, che essere verificata in relazione agli aspetti già sottoposti al giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato, tranne che si tratti di questioni rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del giudizio o che non sarebbe stato possibile dedurre in precedenza (Sez. 2, n. 8890 del 31/01/2017, Li Vigni, Rv. 269368; Sez. 2 n. 6131 del 29/01/2016, Menna, Rv. 266202).

2. Invece, il secondo e il terzo dei motivi di ricorso risultano fondati nei termini che seguono.

2.1. Deve ribadirsi che la turbativa di una gara sussiste se il comportamento dell'agente lede il principio della libera concorrenza che la norma incriminatrice intende tutelare sia nell'interesse dei partecipanti, nei quali si è creato l'affidamento della regolarità del procedimento, sia nell'interesse dell'amministrazione (Sez. 6, n. 6605 del 17/11/2020, Pani, Rv. 280837; Sez. 6, n. 653 del 14/10/2016, dep. 2017, Venturini Rv. 269525; Sez. 6, n. 18161 del 05/04/2012, Bevilacqua, Rv. 252638).

Tuttavia, l'art. 353 cod. pen. richiede che questo avvenga, per quel che potrebbe riguardare la fattispecie in esame, ricorrendo a «mezzi fraudolenti» che consistono in qualsiasi attività ingannevole, diversa dalle condotte tipiche descritte nella disposizione, che sia idonea a alterare il regolare funzionamento della gara, anche con anomalie nella procedura (quali il ricorso a prestanomi o l'indicazione di informazioni scorrette ai partecipanti volte, per esempio, a produrre alterazioni dei prezzi o delle offerte) e a pregiudicare l'effettività della libera concorrenza, che

presuppone la possibilità per tutti gli interessati di determinarsi sulla base di corrette informazioni (Sez. 6, n. 42770 del 11/07/2014, Santoro, Rv. 260726 Sez. 6, n. 20211 del 15/05/2012, Teodosio, Rv. 252790; Sez. 6, n. 12298 del 16/01/2012, Citarella, Rv. 252555).

Fra i mezzi fraudolenti può rientrare il mendacio, anche documentale (per esempio relativo alla assenza di rapporti con altre imprese partecipanti alla gara, cioè la falsa attestazione o informazione circa la sussistenza dei requisiti necessari per conseguire l'aggiudicazione), senza che il disvelamento del mendacio da parte della Pubblica amministrazione valga a rendere inidoneo il mezzo fraudolento utilizzato dall'imputato.

Deve però trattarsi di mezzi che siano direttamente idonei a incidere sul corretto svolgimento di una gara già avviata (Sez. 6, n. 44701 del 19/10/2021, Ricco, Rv. 282743; Sez. 6, n. 57251 del 09/11/2017, Vigato, Rv. 271726; Sez. 6, n. 8020 del 11/11/2015, dep. 2016, Lazzari, Rv. 2663329).

Invece, le mere falsità (materiali e/o ideologiche) realizzate per accedere alla gara costituiscono figure di reato distinte, per le modalità di esplicazione della condotta e per il bene giuridico tutelato, dall'art. 353 cod. pen. e autonomamente punibili (Sez. 6, n. 118 del 02/10/2012, dep. 2013, Palermo, Rv. 254008), anche se comunque parimenti inficiano la legittimità amministrativa della procedura.

2.2. Nella fattispecie in esame <sup>(omissis)</sup> è accusato di avere svolto delle attività miranti a occultare la riconducibilità a lui della <sup>(omissis)</sup> società agricola a r.l. (capo A) e di avere presentato una domanda di partecipazione alla gara con <sup>(omissis)</sup> s.r.l. – società diversa dalla <sup>(omissis)</sup>, la cui precedente aggiudicazione della gara era stata annullata – senza dichiarare l'insussistenza di cause ostative.

Si tratta, quindi, di omissioni e mendaci preliminari alla ammissione alla gara e anteriori rispetto al suo svolgimento, non di comportamenti manipolatori atti a incidere sulla formazione del bando di gara (Sez. 6, n. 6259 del 27/01/2016, Bellinazzo, Rv. 266313) o collusivi con altri per alterare il normale svolgimento delle offerte (Sez. 6, n. 24477 del 04/05/2016, Sanzogni, Rv. 267092).

Condotte di questo genere possono ledere i beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici che configurano i reati di falso, ma non attentano alla libera concorrenza – anche perché ordinariamente neutralizzabili dai controlli che la pubblica amministrazione effettua sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione alle gare e, quindi sul suo stesso allestimento – tranne che in specifiche situazioni nelle quali il

mendacio dovesse assumere articolati connotati fraudolenti e corroborati da ulteriori produzioni componenti le precondizioni per alterare la libera concorrenza nella gara.

2.3. Verso questo risultato convergono l'interpretazione del significato letterale dell'art. 353 cod. pen. e la valutazione della sua *ratio* in linea con l'endiadi esegetica posta dall'art. 12 delle preleggi per il quale la legge va applicata traendo le premesse «dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

Infatti, nel descrivere la fattispecie normativa astratta l'art. 353 cod. pen. usa l'espressione «impedisce o turba la gara», che indica una fase susseguente al suo preliminare allestimento mentre, per altro verso, le condotte anteriori all'allestimento della gara ordinariamente non sono idonee a ledere il bene dell'effettività della libera concorrenza, se non in termini di "mera potenzialità", che è condizione anteriore a quella di "pericolo".

In altri termini, l'art. 353 cod. configura un reato di pericolo, sicché non si richiede l'effettiva alterazione del risultato della gara e basta la idoneità degli atti a influenzare l'andamento della gara (Sez. 6, n. 2400 del 25/11/2021, dep. 2022, Cassin, non mass.; Sez. 6, n. 6605 del 17/11/2020 dep. 2021, Pani, Rv. 280837; Sez. 6, n. 10272 del 23/01/2019, Cersosimo, Rv. 275163; Sez. 6, n. 12821 del 11/03/2013, Adami, Rv. 254906), ma questo principio va inteso come correlato a una gara che sia già impostata perché una dilatazione eccessiva della fattispecie incriminatrice anticiperebbe la soglia della punibilità in contrasto con i canoni dell'offensività e della ragionevolezza ispirati a principi di sussidiarietà e proporzionalità nella definizione dei rapporti logico-giuridici fra le fattispecie normative astratte incriminatrici rilevanti per le varie fattispecie storiche.

Allora – per esempio – non turba la libertà di un incanto ma integra il delitto di falso ideologico ex art. 483 cod. pen., commesso dal privato in atto pubblico, la condotta di chi concorre a una gara per l'affidamento di un appalto pubblico, il quale, violando una specifica previsione del bando di gara, appronti false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti necessari per partecipare (Sez. U, n. 35488 del 28/06/2007, Scelsi, Rv. 236868; Sez. 5, n. 17921 del 18/12/2017, dep. 20/04/2018, Montini, Rv. 273584; Sez. 5, n. 14359 del 25/01/2012, Milazzo, Rv. 252310; Sez. 6, n. 15485 del 24/03/2009, Ferraglio, Rv. 243521) o omette di dichiarare i suoi precedenti penali (Sez. 5, n. 33282 del 04/04/2016, Salierno, Rv. 267717), mentre commette il reato ex art. 490 cod. pen. chi cela documenti funzionali alla verifica da parte della pubblica

amministrazione dei requisiti di partecipazione (Sez. 5, n. 6206 del 17/11/2020, dep. 17/2021, Vecchio, Rv. 280455).

Invece – per esempio – la formazione di un falso preventivo di spesa nell'ambito di una procedura di gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, costituisce mezzo fraudolento rilevante ex art. 353 cod. pen. perché contiene informazioni, richieste al fine di escludere l'anomalia dell'offerta, che si aggiungono a quelle necessarie per partecipare alla gara e si risolve in una condotta diretta a fornire alla pubblica amministrazione elementi di valutazione idonei a incidere sul corretto svolgimento di una gara che è già avviata (Sez. 6, n. 44701 del 19/10/2021, Ricco, Rv. 282743), se non anche già in via di conclusione, come quando sono fornite ulteriori informazioni mendaci per ottenere la definitiva aggiudicazione (Sez. 2, n. 34746 del 04/05/2018, Porcari, Rv. 273550) oppure sono rivolte minacce a persona che aveva effettuato una serie di rilanci sul prezzo di aggiudicazione (Sez. 2, n. 28388 del 21/04/2017, Leo, Rv. 270338).

3. Da quanto precede deriva che nel caso in esame il reato contestato – che riguarda elusioni di motivi di esclusione «dalla partecipazione» alla gara indicati nell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 – non sussiste.

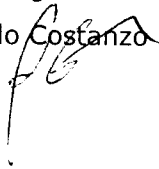
Resta assorbito e, quindi, perde rilevanza il quarto motivo di ricorso.

#### **P.Q.M.**

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata, perché il fatto non sussiste e per l'effetto dichiara la cessazione delle misure cautelari in atto.

Manda alla cancelleria per le comunicazioni ai sensi dell'art. 626 cod. proc. pen.  
Così deciso il 24/02/2022.

Il Consigliere estensore  
Angelo Costanzo



Il Presidente  
Giorgio Fidelbo