

## **IL REATO DI TURBATA LIBERTA' DEGLI INCANTI E DI TURBATA LIBERTA' DEL PROCEDIMENTO DI SCELTA DEL CONTRAENTE ANCHE ALLA LUCE DELLE ULTIME SENTENZE DELLA CASSAZIONE.**

**Avv. Anselmo Scappatura**

Il reato di turbata libertà degli incanti, di cui all'art. 353 c.p., è inserito nel libro secondo, titolo secondo, e precisamente al capo secondo del codice penale, che disciplina "dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione"; nello specifico, il legislatore, ha inteso perseguire : " *chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da €103 a €1.032. Se il colpevole è persona preposta dalla Legge o dall'Autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è di uno a cinque anni e la multa da €516 a €2.065. Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata, ma sono ridotte della metà.* Da evidenziare, sin da subito, come può essere applicata per ciò che concerne quanto prescritto dal primo e secondo comma la misura cautelare personale, mentre, per quanto previsto dal terzo comma, esclusivamente la misura cautelare del divieto temporaneo di esercitare attività professionali o imprenditoriali; Il fermo di indiziato di delitto non è consentito così come l'arresto nell'ipotesi prescritta dal terzo comma, mentre, per quanto disciplinato dal primo e secondo comma, può essere applicato solo se il soggetto è colto in flagranza di reato. Infine, tale reato è procedibile d'ufficio e l'autorità giudiziaria competente è ravvisabile nel Tribunale in composizione monocratica. Da non sottacere, come alla base della condotta che viene addebitata al soggetto agente, vi sia la violazione del principio di libera concorrenza che viene turbato o impedito allorquando coloro che avrebbero inteso partecipare ad esempio ad una gara o vendita organizzata dallo Stato o altro Ente Pubblico, ovvero ad una licitazione privata, in cui previo invito di determinate imprese, le stesse provvedano a presentare le apposite offerte, ciò non venga agli stessi consentito, oppure, quando l'esito finale sia stato modificato. Di converso, è stata confermata la violazione della norma che persegue il reato di turbata libertà degli incanti allorquando come base dell'accordo collusivo si intenda modificare una gara pur se i risultati non risultano essere alterati, come da statuizione della Cassazione penale sez. VI, 22/02/2019, n.19927 che ha affermato : "*Il reato di turbata libertà degli incanti si configura, a carico del legale rappresentante di una Srl, che partecipa alle cene con altri imprenditori per*

*mettere a punto delle combine per aggiudicarsi le gare, a prescindere dal danno causato alla Pa e dal raggiungimento dell'obiettivo. A chiarirlo è la cassazione che respinge il ricorso dell'imputato contro la condanna per il reato ex articolo 353 del Cp chiarendo che il turbamento si verifica quando la condotta collusiva influisce soltanto nella regolarità della gara anche senza alterarne i risultati."*

Anche se chiaro appare come la valutazione per la sussistenza dell'accordo collusivo può e deve essere dedotto dal Giudice anche in base ad elementi indiziari, così come statuito dalla Cassazione penale sez. VI, 12/02/2019, n.15849 che ha affermato il seguente principio: *"In tema di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, l'esistenza dell'accordo collusivo diretto ad influire sul normale svolgimento del procedimento può essere dedotta sulla base di una valutazione complessiva che tenga conto di elementi indiziari quali i rapporti pregressi tra le parti, la falsa prospettazione dei presupposti per l'adozione di una procedura in deroga, l'affidamento diretto dell'incarico senza previo interpello di altri operatori economici potenzialmente idonei ovvero la proroga del contratto oltre i limiti di legge."*

Per quanto concerne il concetto di minaccia, lo stesso, si manifesta in quell'insieme di attività che producono costrizione per mezzo della prospettazione di un male futuro, rappresentato in via alternativa; il concetto di dono, è ravvisabile nelle offerte di beni mobili o immobili a titolo gratuito, tranne che gli eventuali vantaggi non incorporati ad una cosa, mentre, il concetto di promesse, è enucleabile in quell'impegno concreto anche solo di matrice morale, caratterizzato da una manifestazione di volontà che preveda un corrispettivo in termini di fare o dare un quid per ottenere come controprestazione la condotta desiderata dal soggetto agente, anche sotto forma di promessa posta in essere con riserva mentale; mentre il concetto di collusione, può considerarsi attuato nel momento in cui si pone in essere un accordo di natura clandestina che tenda ad eludere, ovvero ad alterare, pur in forza di un comportamento omissivo ravvisabile in uno dei partecipanti, che mini al normale svolgimento dell'incanto o della licitazione privata. Non appaiono rientrare in tale prospettiva, quegli accordi che sono anteriori o contestuali alla presentazione delle offerte ma comunque successivi alla pubblicazione dei bandi, invece, eventuali patti che possano limitare la concorrenza e che si esplicano in seguito alla presentazione delle offerte, sono sicuramente da considerarsi penalmente perseguibili dalla norma de quo. Infine, il concetto di altri mezzi fraudolenti, è ravvisabile in qualsivoglia attività di natura ingannevole idonea a minare il regolare funzionamento o partecipazione della gara. Nello specifico, secondo la dottrina ( Pagliaro in Principi,p.s., I, 460) sono stati ricondotti nella categoria di altri mezzi fraudolenti: a) Il discredito della cosa che forma oggetto della gara o dell'ente che l'ha indetta; b) La soppressione dei mezzi di

pubblicità della gara; c) l'induzione di altre persone a formare una società per l'acquisto di beni subastali al fine di non farle partecipare dalla gara per concorrervi poi da solo e rendersi in tal modo aggiudicatario; d) Le condotte fraudolente consistenti nel procurarsi la conoscenza del prezzo minimo o massimo, stabilito segretamente dall'autorità nell'incanto a offerte segrete, o dal prezzo offerto mediante schede segrete da altri concorrenti; e) il mendacio sull'idoneità dell'offerta, contenuto in un parere di organi preposti ad una fase qualsiasi dell'iter del procedimento; f) un'offerta al ribasso assolutamente anomala ed economicamente ingiustificata, diretta solo a far determinare a libello minimo la cosiddetta offerta media.

Per quanto riguarda le condotte perseguite dalla norma de quo, è facilmente arguibile che si devono manifestare o in un pubblico incanto o in una licitazione privata. Per pubblico incanto, si intende quel procedimento caratterizzato da asta pubblica in forza della pubblicazione del relativo avviso e si conclude con l'aggiudicazione e quindi stipulazione del relativo contratto; tale procedimento, si rivolge ad ogni possibile partecipante che possiede i requisiti idonei previsti nell'avviso d'asta. Per licitazione privata, si intende una gara pubblica che a differenza del pubblico incanto, si rivolge elusivamente ad alcuni concorrenti ritenuti idonei dalla Pubblica Amministrazione. Il procedimento può essere variabile in quanto i concorrenti possono essere invitati a fare una specifica offerta ed in seguito all'invito a fare una migliore offerta di quella più vantaggiosa presentata, si provvede all'aggiudicazione al miglior offerente, oppure, si invitano i concorrenti in base ad uno schema che descrive nel dettaglio l'oggetto dell'appalto, a provvedere alla sua compilazione e quindi porre in essere un'offerta di prezzo su come tale lavoro verrà eseguito; successivamente, si provvederà ad aggiudicarlo al miglior offerente. Da non sottacere, come la dottrina, cerchi di considerare simile alla licitazione privata l'istituto dell'appalto concorso, dove alcune ditte, che vengono considerate idonee poiché in possesso di determinati requisiti, sono invitate a presentare in forma scritta progetti esecutivi, in seguito ai quali, la P.A. provvederà a porre in essere la scelta. Ciò esposto poggia su una interpretazione di natura estensiva attuata da studiosi del rango di Ruggero e Riccio, mentre in senso contrario, il Mormando ( la tutela penale dei pubblici incanti, cit. 24 ss) osserva che il dato letterale della norma non consente un'interpretazione estensiva, volta a colmare una lacuna del sistema, e che la stessa condurrebbe ad un'indebita estensione dell'aria di applicazione della norma. Si afferma, pertanto, che un necessario moderno sistema di controllo penale di tutte le forme di selezione del contraente passa attraverso un'adeguata riformulazione dell'art. 353, costituente l'unico presidio in un settore da sempre difficile e complesso, ma che allo stato non è

possibile affermare che l'attuale formulazione della norma consenta l'estensione all'appalto concorso ( cfr. G.Amato, Rassegna Lattanzi-Lupo, VI, 2000, 566).

Per completezza espositiva la fattispecie criminosa di cui all'art. 353 c.p. ricorre, altresì, anche nel caso di impedimento o turbativa della "gara ufficiosa" purché sia "procedimentalizzata", ovvero sottoposta a predeterminate regole a cui bisogna attenersi per individuare chi scegliere come contraente. Infatti, la Suprema Corte, ha riconosciuto la violazione della norma de quo, quando in vista del conferimento di appalti ad imprese determinate, era stata promossa la presentazione, da parte di differenti imprese, di offerte ritenute di comodo e quindi volte a realizzare l'apparenza di una gara ufficiosa. Di converso, tale reato non risulta configurabile nel caso in cui sia assente qualsivoglia schema concorsuale in una trattativa privata attuata dalla P.A.; ciò perché non esiste gara se non si riviene una libera e reale competizione tra più concorrenti, mentre, vi è violazione della suddetta norma, quando la trattativa privata abbia seppur di fatto la connotazione dello svolgimento di una gara mediante un meccanismo selettivo delle offerte provenienti dalle imprese interpellate, ciò per la ragione in forza della quale si rinviene in tale ipotesi l'esistenza della competizione anche se di comodo delle imprese concorrenti. Se ne deduce che la turbativa della gara può essere realizzata anche in ogni fase del procedimento in cui si svolge, ovvero, anche al di fuori della stessa anche se, in tale ultimo caso, deve sempre incidere nel suo iter procedimentale.

L'evento come conseguenza della violazione della suddetta norma deve prevedere quel turbamento di gara o impedimento oppure l'allontanamento degli offerenti, basandosi su quella condotta ex ante che debba essere ritenuta idonea a caratterizzare ciò, anche se non si verifichi effettivamente un danno o non si consegua un profitto. Se ne deduce come concretamente si verifichi il turbamento quando avviene una modificazione delle condizioni di svolgimento della gara, anche se in modo più specifico lo studioso Morando (la tutela penale dei pubblici incanti, cit. 74 ss) affermi che può parlarsi di turbamento in presenza di una qualsiasi forma di interruzione, sia pure temporanea, dello sviluppo esecutivo della gara, indipendentemente dal fatto che la condotta posta in essere abbia o meno compromesso il risultato finale o abbia inciso sull'iter di conclusione del meccanismo di selezione. Mentre, l'allontanamento degli offerenti, secondo una risalente Cassazione, sez. VI, 8 maggio 1988, si verificherebbe quando un soggetto che abbia già fatto un'offerta oppure si sia messo in condizioni di effettuarla o, infine, abbia il proposito e la possibilità di partecipare, ne venga distolto o impedito. Se ne deduce che con il concetto di offerenti sia ravvisabile tanto in coloro che

hanno attuato ovvero vogliono porre in essere concretamente un'offerta di partecipazione alla gara

Il tentativo è stato riconosciuto, anche se è ravvisabile nella modalità esecutiva una consapevole manifestazione di volontà, da parte del soggetto agente, tale da porre in essere gli atti di violenza o minaccia posti come fondamento della esplicazione della fattispecie criminosa.

Per ragioni di completezza argomentativa, si specifica, come il dolo richiesto per la consumazione del reato de quo è di tipo generico, ovvero, secondo quanto affermato dallo studioso M. Romano (I delitti contro la pubblica amministrazione, cit. 197) nella consapevolezza e volizione riferita all'uso di violenza o minaccia, oppure all'offerta di doni o relativa promessa, o ancora a collusioni (accordi) o a mezzi fraudolenti di qualunque tipo, in grado di cagionare concreto impedimento o turbativa della gara, anche nell'eventuale forma di allontanamento di un offerente.

Infine, chiare appaiono le circostanze speciali dell'aggravante di cui al secondo comma, ovvero, la diminuzione prescritta nell'ultimo capoverso, che incidono significativamente sulla pena da applicare nella fattispecie concreta.

Il reato di cui all'art. 353 bis c.p., punisce: *“ Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da 103 a euro 1.032”*. Per tale fattispecie criminosa, è consentita l'applicazione delle misure cautelari personali mentre, l'arresto è da considerarsi come atto facoltativo e solo se posto in essere in flagranza di reato, mentre, il fermo di indiziato di delitto non è permesso. Anche per tale reato, la procedibilità è d'ufficio e l'Autorità Giudiziaria competente è ravvisabile nel Tribunale in composizione monocratica. Se le considerazioni che possono attuarsi appaiono simili a quanto sopra esposto per il reato di cui all'art. 353 c.p., non può essere sottaciuto come tale fattispecie criminosa è stata introdotta dall'art. 10 della Legge del 13 agosto 2010 n. 136 ed appare, *ictu oculi*, applicabile in via sussidiaria, poiché, dal tenore letterale del suo incipit, la stessa persegue quelle ipotesi in cui il fatto non costituisca un reato più grave. Da non trascurare come tale reato abbia forma vincolata, in quanto può esplicarsi solo in quei modi che sono tassativamente descritti dalla norma de quo ed anche come sia reato

istantaneo anche se i suoi effetti posso essere permanenti. La ragione su cui risiede la tutela penale prescritta da tale norma, può ravvisarsi in quella scelta legislativa che abbia voluto espressamente anticipare la tutela penale sin dalle fasi iniziali del procedimento amministrativo che sia propedeutico alla individuazione dei contenuti del bando, allo scopo di espressamente garantire il rispetto pedissequo dei principi di trasparenza e legalità che sono alla base di una scelta legittima del contraente, permettendo in tal modo che la concorrenza possa essere esplicita in modo concreto e reale. Infatti, secondo la Cassazione Penale, sez. VI del 05 aprile 2018, n. 29267, con tale norma si è scongiurato il vuoto di tutela, consentendo l'incriminazione anche di quei tentativi di condizionamento degli appalti pubblici che risultino ex post inidonei a modificare l'esito delle relative procedure, tanto che in tal sede era stata richiamata altra sentenza della Cassazione Penale, Sez. VI, n. 6259/2016 in cui si è affermato: *“ l'illecita interferenza nel procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando, finalizzata a condizionare le modalità di scelta del contraente ( ad esempio, mediante la “personalizzazione” dei requisiti prescritti), determina, già di per sé sola, l'applicazione delle sanzioni penali”*.

Anche se, non può essere sottaciuta una recente sentenza della Cassazione penale sez. VI, 07/02/2019, n.14148 che ha affermato: *“Per la configurabilità del delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente di cui all'art. 353-bis c.p. è necessaria l'effettiva pendenza di un procedimento amministrativo volto all'approvazione del bando di gara o alla scelta del contraente, in mancanza del quale la correttezza della attività della p.a. trova tutela in altre disposizioni del codice penale. In tal senso, non sussiste il reato de quo in caso di mera predisposizione di bozze di delibera, prodromiche all'avvio del procedimento, il cui contenuto sia del tutto neutrale rispetto alla futura indizione della gara, indipendentemente dal fine precipuo della condotta. (Fattispecie nella quale il Tribunale del riesame ha ritenuto la mera predisposizione di schemi di delibera di Giunta e di Consiglio comunale inidonea ad incidere sullo svolgimento della gara e condizionarne l'esito, pur sussistendone l'intento).”* Da rammentare, altresì, come una recente sentenza Cassazione penale sez. VI, 26/02/2019, n.14418 ha statuito un principio in forza del quale una informazione adeguata accompagnata da una pubblicità degli atti escluderebbe il c.d. “mezzo fraudolento, elemento costitutivo di tale reato. Infatti, nello specifico, la sopra citata sentenza della Suprema Corte, ha affermato: *“In tema di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente ex art. 353-bis c.p., il “mezzo fraudolento” consiste in qualsiasi artificio, inganno o menzogna concretamente idoneo a mettere in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando di gara, sicchè se ne deve escludere la sussistenza ogni qualvolta sia stata*

*garantita agli interessati un'adeguata informazione e pubblicità del contenuto degli atti e comportamenti posti in essere dall'organo amministrativo che procede. ( Nel dettaglio la Corte ha annullato con rinvio la misura cautelare emessa sul presupposto dell'illegittimo affidamento diretto del servizio di raccolta e trasporto di rifiuti urbani, in quanto l'adeguata informazione e pubblicità del contenuto degli atti, assunti collegialmente e muniti dei prescritti pareri di regolarità tecnica e contabile, erano elementi idonei ad escludere la sussistenza del requisito della fraudolenta alterazione del procedimento di scelta del contraente)". Di converso, è configurabile il reato di turbata libertà di scelta del contraente, quando vi è un concreto pericolo per cui sia minata la correttezza della gara; a statuirlo la Cassazione penale sez. VI, 05/04/2018, n.29267 che ha affermato: "Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, previsto dall'art. 353-bis cod. pen., è un reato di pericolo, posto a tutela dell'interesse della Pubblica Amministrazione di poter contrarre con il miglior offerente, per il cui perfezionamento è necessario che sia posta concretamente in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando di gara, ma non anche che il contenuto di detto provvedimento venga effettivamente modificato in modo tale da condizionare la scelta del contraente."*

Alla luce delle sopra emarginate considerazioni, se ne conclude che per ravvisarsi la violazione della norma de quo l'ente pubblico deve aver iniziato il procedimento amministrativo che possa dimostrare la volontà di contrarre anche senza ricorso a modelli tipizzati o ad atti formali e come la norma de quo, punisca le condotte manipolatorie anticipatorie alla pubblicazione del bando e nell'incipit della procedura amministrativa atta alla scelta del contraente anche nel caso in cui non sia formalmente bandita la gara.

Avv. Anselmo Scappatura