

Cass. pen., Sez. VI, Sent., (data ud. 07/11/2024) 05/03/2025, n. 9159**INCANTI (TURBATA LIBERTA')****SEQUESTRO DI BENI MOBILI E IMMOBILI IN MATERIA PENALE****Intestazione**

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA PENALE

Composta da:

Dott. DI STEFANO Pierluigi - Presidente

Dott. VILLONI Orlando - Consigliere

Dott. COSTANTINI Antonio - Consigliere

Dott. DI NICOLA TRAVAGLINI Paola - Consigliere

Dott. SILVESTRI Pietro - Relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Avellino;

avverso l'ordinanza emessa il 21/06/2024 dal Tribunale di Avellino nel procedimento nei riguardi di:

1. A.A., nato ad A il (Omissis);
2. B.B., nata a N il (Omissis);
3. C.C., nata a R il (Omissis);
4. D.D., nato ad A il (Omissis);
5. Radio Dimensione Suono Spa;

udita la relazione svolta dal Consigliere, Pietro Silvestri;

udito il Sostituto Procuratore Generale, dott.ssa Flavia Alemi, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso;

udito l'Avv. Flavio Villone, difensore della società Radio Dimensione Suono s.p.a, che ha concluso chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile o, comunque, infondato;

Svolgimento del processo

1. Il Tribunale di Avellino ha confermato l'ordinanza con cui il Giudice per le indagini preliminari dello stesso Tribunale ha rigettato la richiesta di sequestro preventivo finalizzato alla confisca della somma di Euro 226.400,00 nei confronti di A.A., E.E., F.F. e C.C. in quanto profitto dei reati di cui agli [artt. 353 - 353-bis](#) cod. pen.

La richiesta di sequestro è stata rigettata, ai sensi degli [art. 19-53 D.Lgs. n. 231 del 2001](#), anche nei riguardi della società Radio Dimensione Suono.

Il procedimento ha ad oggetto il duplice affidamento diretto c.d sottosoglia di due appalti, compiuto con collusioni e mezzi fraudolenti, a soggetti solo apparentemente diversi: ciò sarebbe stato fatto per impedire l'indizione e la successiva gara.

I Giudici di merito hanno ritenuto insussistente il requisito del "fumus commissi delicti"; nella specie, si sarebbe proceduto con affidamento diretto senza procedura competitiva e, dunque, secondo il Tribunale, nessuna "gara", nemmeno informale, sarebbe stata intentata dal Comune di Avellino per la selezione del contraente cui affidare il servizio: ciò renderebbe non configurabile il delitto di cui all'[art. 353](#) cod. pen.

Non sarebbe sussistente, ha argomentato il Tribunale, neppure l'[art. 353-bis](#) cod. pen., attesi i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di cassazione secondo cui il reato in esame presupporrebbe comunque una gara, cioè un segmento valutativo concorrenziale, sicché il delitto non sarebbe configurabile neanche nel caso in cui il mancato espletamento della gara sia frutto della condotta perturbativa che consenta l'affidamento diretto attraverso un frazionamento artificioso dell'importo complessivo.

2. Ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Avellino.

Si sostiene, quanto al delitto di cui all'[art. 353-bis](#) cod. pen., che l'applicazione del corretto criterio interpretativo delle legge dovrebbe portare a ritenere sussistente la fattispecie in tutti i casi in cui, come nel caso di specie, si sia in presenza di comportamenti volti ad evitare la possibilità di una libera concorrenza, facendo ricorso ad un frazionamento artificioso dell'importo al fine di permettere un affidamento diretto sotto soglia ed evitare la procedura selettiva.

3. È pervenuta una memoria nell'interesse della società Radio Dimensione Suono Spa con cui si deduce, da una parte, l'inammissibilità del ricorso per non avere indicato con precisione le disposizioni di legge violate e, dall'altra, la manifesta infondatezza dello stesso atteso l'orientamento nomofilattico recepito dal Tribunale.

4. È pervenuta una memoria anche nell'interesse dell'indagata Smiraglia di contenuto sostanzialmente sovrapponibile a quella presentata nell'interesse della società, di cui si è detto.

Motivi della decisione

1. Il ricorso è infondato.

2. Escluso ogni riferimento all'[art. 353](#) cod. pen., non essendo stato nemmeno contestato dal Procuratore ricorrente l'assunto del Tribunale secondo cui nella specie si sarebbe proceduto con affidamento diretto senza nessuna valutazione comparativa, il tema attiene alla esatta individuazione del tipo e dell'ambito del procedimento amministrativo, nonché alla interpretazione del sintagma "contenuto del bando e di altro atto equipollente" di cui alla norma incriminatrice prevista dall'[art. 353-bis](#) cod. pen.

La Corte di cassazione ha già spiegato (Sez. 6, n. 5536 del 28/10/2021- dep. 2022-Zappini, Rv 282902; Sez. 5, n. 45709 del 26/10/2022, Leo, Rv. 283890) che, secondo una prima opzione interpretativa, l'[art. 353-bis](#) cod. pen., facendo riferimento al "contenuto del bando o di altro atto equipollente", dovrebbe essere interpretato nel senso che per "altro atto equipollente" dovrebbe intendersi "ogni atto che - così come recita la rubrica della norma - abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente, venendo così in considerazione, sulla scorta di un'interpretazione di segno ampio, pienamente conforme alla ratio legis, anche la deliberazione a contrarre qualora la stessa, per effetto della illecita turbativa, non preveda l'espletamento di alcuna gara, bensì l'affidamento diretto ad un determinato soggetto economico" (così testualmente Sez. 6, n. 13431 del 16/02/2017, Imperadore, Rv.

269384 in fattispecie di procedura di affidamento diretto avviata in violazione della normativa allora vigente ed in cui si valorizza anche la motivazione di Sez. 6, n. 43800 del 23.10.2012, non massimata e di Sez. 6, n. 1 del 02.12.2014, dep. 2015, Rv. 262917).

Il principio di diritto indicato è richiamato in senso adesivo da Sez. 6, n. 1016, del 22/10/2019, dep. 2020, Del Duca, non massimata, in fattispecie di affidamento diretto illegittimo, perché posto in essere senza la sussistenza del requisito della somma urgenza (nello stesso senso, sempre in tema di affidamento diretto illegittimo Sez. 6, n. 10016 del 13/02/2019, Fernandez, non massimata; Sez. 6 n. 10111 del 13/02/2019, Fuscaldo, non massimata).

Le decisioni in esame, ricomprendendo nella nozione di "atto equipollente", i casi in cui l'affidamento diretto sia utilizzato in maniera distorta per eludere l'indizione della gara, ritengono configurabile il reato previsto dall'[art. 353-bis](#) cod. pen.

Una ricostruzione che, attraverso la evocazione della "eadem ratio", valorizza la necessità, da una parte, di colmare un vuoto di tutela e, dall'altra, di attribuire rilevanza penale a condotte "sostanzialmente" sovrapponibili a quelle disciplinate dalla norma incriminatrice attraverso una interpretazione extratestuale - considerata meramente estensiva - della stessa.

3. Si tratta di una opzione interpretativa che, ha chiarito la Corte di cassazione, non può essere condivisa e che deve essere superata.

La Corte aveva già evidenziato che, se è vero che la selezione del contraente mediante trattativa privata può non essere preceduta da nessun confronto tra offerte antagoniste, è altrettanto vero che la legge consente di derogare al modulo generale.

Vi sono casi in cui, cioè, nonostante l'affidamento diretto, il procedimento prevede segmenti concorrenziali tra gli aspiranti che rendono omologabile la trattativa privata -perlomeno in relazione alla fase iniziale del procedimento - a una procedura di gara, considerata "ufficiosa", "informale", "esplorativa", "di sondaggio", di "consultazione".

Dunque, si era chiarito - seppur con riguardo al reato previsto dall'[art. 353](#) cod. pen. -che anche la trattativa privata, se anticipata da una qualsiasi fase di preselezione competitiva delle ditte con cui contrattare, acquista l'attitudine ad essere ricondotta, in presenza di un'azione perturbatrice, nell'ambito della fattispecie di cui all'[art. 353](#) cod. pen. (cfr., Sez. 6, n. 12238 del 30/09/1998, De Simone, Rv. 213033, secondo cui il reato di turbata libertà degli incanti non è configurabile nell'ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata che sia svincolata da ogni schema concorsuale, a meno che la trattativa privata, al di là del "nomen juris", si svolga a mezzo di una gara, sia pure informale; nella specie la Corte ha precisato che ciò non integra una applicazione analogica della fattispecie criminosa - 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; nello stesso senso Sez. 6, n. 1412, del 23/10/1998, Coccimiglio, non massimata).

L'opzione interpretativa indicata è stata successivamente ripresa e sviluppata anche con riguardo al delitto previsto dall'[art. 353-bis](#) cod. pen.

Si è affermato in molteplici occasioni che, ai fini della integrazione del reato, deve aversi riguardo ad ogni istituto competitivo, pregiudiziale alla perfezione di un contratto con la pubblica amministrazione, purché il suo funzionamento sia sottoposto - per volontà della stazione appaltante o per previsione

legislativa - a regole, seppure meno stringenti e penetranti rispetto a quelle congenite ai pubblici incanti e alle licitazioni private, ma comunque predeterminate, alle quali i privati devono attenersi e i pubblici poteri devono adeguarsi.

Qualunque condotta tesa a interferire sulla libera concorrenza, anche se calata nell'ambito di paradigmi concorrenziali diversi, coopera alla genesi della lesione di quegli interessi posti a giustificazione della tutela penale.

Il reato è cioè configurabile in ogni situazione in cui si debba sviluppare la libera attività di concorrenza.

Le uniche situazioni che si sottraggono all'applicazione della fattispecie, spiega l'indirizzo in esame, sono quelle in cui la ricerca del contraente sia sganciata da ogni giudizio comparativo, anche di tipo informale, ed in cui, quindi, non si può riscontrare alcuna spinta "agonistica" tra le parti, venendo meno in radice la possibilità stessa che il diritto degli imprenditori a gareggiare in condizioni di parità per gli appalti pubblici subisca un nocimento (In tal senso, in particolare, Sez. 6, n. 57000 del 06/12/2018, Caruso, non massimata, in cui la Corte ha escluso il reato previsto dall'[art. 353-bis](#) cod. pen in fattispecie di affidamento di un servizio legittimamente disposto in via diretta e senza gara in cui all'indagato si contestava di avere sottoscritto la delibera di affidamento temporaneo, nella consapevolezza di irregolarità documentali e di accordi collusivi tra altri pubblici amministratori ed i privati interessati; nello stesso senso; Sez. 6, n. 44700 del 13/07/2021, Giunchiglia, Rv. 282289 secondo cui costituiscono "atti equipollenti" al bando di gara l'avviso con il quale, nella procedura contrattuale di "precommerciari procurement", si dà inizio alla fase di ricerca e scelta del contraente, nonché l'allegato tecnico descrittivo del contenuto del futuro contratto; Sez. 5, n. 25290, del 2/03/2021, De Martino, non massimata; Sez. 6, n. 6603 del 05/11/2020, dep. 2021, Maroni, Rv. 280836 in tema di turbata libertà degli incanti; [Sez. 6, n. 30730 del 28/03/2018, C.](#), non massimata; Sez. 6, n. 36806 del 06/04/2018, Gatta, non massimata; Sez. 6, n. 36065 del 26/06/2018, Santoro, non massimata; Sez. 6, n. 9385 del 13/04/2017, dep. 2018, Giugliano, Rv. 272227; Sez. 6, n. 8044 del 21/01/2016, Cerada, Rv. 266118; Sez. 6, n. 29581 del 24/05/2011, Tato, Rv. 250732; Sez. 6, n. 13124 del 28/1/2008, Mandanti, Rv. 239314).

Secondo l'opzione interpretativa in esame, dunque, in presenza di una condotta perturbatrice, la trattativa privata ed il conseguente legittimo affidamento diretto delle opere, se non anticipata da un segmento procedimentale di valutazione concorsuale, non consente di ritenere configurarle il delitto previsto dall'[art. 353-bis](#) cod. pen.

4. In tale articolato quadro di riferimento si pone la questione specifica già in precedenza indicata: se, cioè, il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente sia configurarle in presenza di un affidamento diretto illegittimamente disposto per effetto della condotta perturbatrice volta ad impedire la gara.

A differenza di quanto previsto dall'[art. 353](#) cod. pen., in cui l'evento naturalistico del reato è costituito in via alternativa dall'impedimento della gara o dal suo turbamento, l'[art. 353-bis](#) fa riferimento al solo turbamento del procedimento amministrativo, che deve essere realizzato con una condotta finalizzata a inquinare il contenuto del bando -o di un altro atto a questo equipollente - e, quindi, a condizionare le modalità di scelta del contraente.

La norma incriminatrice richiede sul piano della tipicità un'azione finalizzata ad inquinare il contenuto di un atto che detta i requisiti e le modalità di partecipazione alla competizione, nonché ogni altra informazione necessaria a tale scopo.

La condotta perturbatrice deve quindi riguardare un procedimento amministrativo funzionale ad una "gara", nel senso in precedenza indicato, e deve volgere sul piano finalistico ad inquinare il contenuto di un atto funzionalmente tipico, cioè di un atto esplicativo del modo con cui si devono selezionare i concorrenti per individuarne il migliore; un atto che pone le regole, le modalità di accesso, i criteri di selezione, che disciplini il modo con cui compiere una comparazione valutativa tra più soggetti.

Il turbamento del procedimento amministrativo si manifesta con il disturbo, l'alterazione, il condizionamento, lo sviamento del normale iter di questo in ragione della finalità di inquinamento del futuro contenuto del bando o di un atto a questo equipollente; uno sviamento volto a strumentalizzare la fissazione delle regole di partecipazione per condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione.

Ne discende che la condotta di turbamento, per assumere rilievo ai fini della sussistenza del reato previsto dall'[art. 353-bis](#) cod. pen., deve innestarsi ed intervenire in un procedimento amministrativo che contenga una qualsiasi procedura selettiva, la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione.

Questo è il senso della norma incriminatrice nella parte in cui fa riferimento ad un atto equipollente al bando; deve trattarsi del contenuto di un atto che assolva la stessa funzione del bando.

5. Rispetto al dato letterale della norma incriminatrice, non sono dunque condivisibili torsioni interpretative volte a conformare il dato testuale per attribuirgli un significato ulteriore, distinto e più ampio, rispetto a quello desumibile dalla sua immediata lettura.

Si tratta di opzioni interpretative che finiscono per estendere l'ambito della norma incriminatrice e la tipicità della fattispecie con un procedimento analogico in malam partem in cui, attraverso considerazioni di natura teleologica, si varcano i paletti fissati dalla lettera della legge.

La condotta perturbatrice non finalizzata ad inquinare il contenuto del bando - o di un atto ad esso equipollente -, ma volta ad impedire la gara attraverso l'affidamento illegittimo diretto dei lavori, è esterna rispetto al perimetro testuale della norma.

6. In tale articolato quadro di riferimento, il ricorso rivela la sua strutturale infondatezza, che lambisce quasi la inammissibilità, non essendo stato dedotto alcunché di specifico ed essendosi limitato il Procuratore ricorrente ad affermazioni generiche del tutto avulse dal vero tema oggetto del processo e cioè se quell'affidamento diretto fosse stato preceduto da una "gara" nel senso ampio di cui si è in precedenza detto.

Ne consegue il rigetto del ricorso.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Conclusioni

Così deciso in Roma, il 7 novembre 2024.

Depositato in Cancelleria il 5 marzo 2025.