

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CARCANO Domenico - Presidente -
Dott. TRONCI Andrea - rel. Consigliere -
Dott. CRISCUOLO Anna - Consigliere -
Dott. VILLONI Orlando - Consigliere -
Dott. CAPOZZI Angelo - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:
PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI NAPOLI;
nei confronti di:
F.V.M., nato il (OMISSIS) a (OMISSIS);
avverso l'ordinanza del 03/10/2016 del TRIB. LIBERTA' di NAPOLI;
sentita la relazione svolta dal Consigliere Dott. TRONCI ANDREA;
sentite le conclusioni del P.G. Dott.ssa MARINELLI FELICETTA, che ha
concluso per l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata.

Fatto

RITENUTO IN FATTO

1. All'esito di complesse ed articolate indagini, il 07.09.2016 il g.i.p. del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere emetteva - per quanto qui interessa ordinanza custodiale nei confronti di numerosi indagati (20), sulla scorta della ipotizzata sussistenza di una molteplicità di fatti illeciti - essenzialmente di turbativa d'asta (o del procedimento a monte) e di corruzione, ma anche di truffa ed abuso d'ufficio - posti in essere nell'ambito delle gare per l'affidamento e la gestione in appalto dei servizi relativi al c.d. "ciclo integrato dei rifiuti" indette da numerosi comuni dell'(OMISSIS), fatti ricondotti nell'ambito di operatività dell'associazione per delinquere costituita dai vertici (formali e sostanziali) della società TERMOTETTI s.a.s., risultata aggiudicataria di tutte le gare prese in esame.
2. Proposto riesame, ex art. 309 c.p.p., da F.V.M., funzionario del comune di (OMISSIS) preposto al settore vigilanza - inizialmente tratto in arresto perchè ritenuto raggiunto da gravi indizi di colpevolezza, anche alla luce della veste sua propria di R.U.P. e di presidente della commissione giudicatrice della procedura ad evidenza pubblica finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto concernente il servizio di igiene urbana relativo al detto comune, in ordine ai reati di cui agli artt. 353, 319 e 353 bis c.p., oggetto dei capi d'incolpazione sub i), j1) ed m) - il Tribunale di Napoli annullava l'ordinanza in questione, limitatamente al reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, perchè asseritamente non applicabile nella specifica vicenda, inerente non ad una gara, bensì ad un caso di assegnazione di commessa pubblica mediante affidamento diretto; riformava l'ordinanza medesima, quanto ai due restanti addebiti, sostituendo la misura carceraria adottata con quella del divieto di dimora nella provincia di (OMISSIS).
3. Avverso detto provvedimento ha proposto tempestiva impugnazione il p.m. presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere.

In particolare, lamenta la ricorrente parte pubblica la sussistenza del vizio di violazione di legge, per essere il Tribunale pervenuto alla censurata statuizione per effetto dell'erroneo recepimento "di orientamenti giurisprudenziali vetusti e, comunque, riferibili al solo art. 353 c.p., ovvero ad una norma incriminatrice diversa da quella oggetto della contestazione e del vaglio del gip", dimentico della diversità del campo di applicazione della ipotizzata fattispecie criminosa, "introdotta nel tessuto ordinamentale proprio per stigmatizzare quelle condotte non sussumibili nell'ambito di operatività della norma di cui all'art. 353 c.p."

Diritto

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato e va pertanto accolto.

2. Si premette che l'addebito tratteggiato dal capo d'incolpazione sub m) inerisce all'affidamento, da parte del comune di (OMISSIS), alla succitata TERMOTETTI s.a.s. - all'epoca già risultata aggiudicatrice della fraudolenta gara per la gestione del servizio di igiene urbana del comune medesimo, di cui al capo i) - dell'ulteriore servizio di smaltimento e recupero dei rifiuti provenienti da raccolta differenziata, disposto in via d'urgenza mediante trattativa diretta, nelle more dell'espletamento della procedura di gara. L'ordinanza del Tribunale, a fronte delle argomentazioni svolte dal g.i.p. nel provvedimento genetico ed a tal proposito sintetizzate - nel senso, cioè, della "anomala modalità di scelta del contraente" e della "assenza di logica individuazione della ditta" poi risultata beneficiaria del detto affidamento - pur nella loro sostanziale condivisione, valorizza tuttavia la circostanza obiettiva dell'assenza, nella vicenda in esame, "di una, sia pur rudimentale o informale, libera competizione tra più concorrenti", da tanto facendo discendere l'impossibilità d'invocare nella fattispecie la norma incriminatrice di cui all'art. 353 bis c.p., in quanto "a tutela della libertà degli incanti sotto il duplice profilo della libertà di partecipazione agli incanti e della libertà dei partecipanti di influenzarne l'esito secondo la libera concorrenza ed il gioco della maggiorazione delle offerte".

3. Siffatta impostazione non può essere condivisa.

4. Com'è noto, l'art. 353 c.p., la cui rubrica recita "Turbata libertà degli incanti", punisce chiunque, mediante le condotte alternative ivi indicate - ossia "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". Donde l'agevole individuazione dell'oggetto della condotta, che si risolve, in via di gravità decrescente, nell'impedimento della gara, intendendosi per tale anche la sua sospensione per un apprezzabile periodo di tempo; nell'allontanamento da essa di taluno degli offerenti, ovvero, ancora, nel turbamento della gara medesima, solitamente inteso dalla giurisprudenza in senso ampio, sì da ricomprendervi ogni manifestazione in concreto idonea ad alterare l'esito della gara, pur in difetto della realizzazione di un esito siffatto (cfr. Cass. Sez. 6, sent. n. 40304/2014; n. 41365/2013, Rv. 256276; n. 28970/2013, Rv. 255625; n. 12821/2013, Rv. 254906).

Evidente, pertanto, è il bene giuridico tutelato, che va ravvisato nella salvaguardia della libertà di iniziativa economica, attraverso la quale si realizza l'interesse della P.A. alla individuazione del contraente più competente alle condizioni economiche migliori, pur dovendosi ribadire che, ferma l'indubbia e stretta correlazione fra i due beni, non necessariamente alla lesione del primo deve seguire quella effettiva del secondo, come nel caso del mero "turbamento" che non abbia tuttavia prodotto la reale alterazione del risultato (cfr. le sentenze sopra citate) e, per l'effetto, cagionato un danno patrimoniale a carico della P.A., in tal senso dovendosi intendere la qualificazione del reato in esame, talora ricorrente, come reato di pericolo, che lascia pur sempre fermo l'imprescindibile verificarsi

dell'evento, in senso naturalistico, quale sopra descritto, nelle forme alternative individuate dal legislatore.

Logico corollario di quanto precede è che l'operatività della tutela apprestata dalla disposizione in esame presuppone l'esistenza di una gara (quale che sia la denominazione formale della procedura avviata) e, dunque, di un bando o di un atto equipollente che abbia fatto luogo alla sua indizione.

4.1 L'art. 353 bis c.p. - che è norma di recente conio, in quanto introdotta con L. n. 136 del 2010, con la denominazione di "Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente" - presenta carattere residuale ("Salvo che il fatto costituisca più grave reato...") e sanziona chiunque, sulla scorta delle medesime condotte indicate dal precedente art. 353 c.p. - quindi "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".

Identico, quindi - come discende altresì dalla collocazione sistematica delle due norme - è il bene giuridico tutelato rispetto a quello oggetto della fattispecie di cui all'art. 353 c.p., poichè anche in questo caso la norma è diretta a colpire i comportamenti che, incidendo illecitamente sulla libera dialettica economica, mettono a repentaglio l'interesse della P.A. di poter contrarre con il miglior offerente. Non così, invece, per ciò che concerne il momento di operatività della tutela apprestata dalle due disposizioni, che, nell'un caso (art. 353 c.p.) - come già si è avuto modo di dire - richiede l'esistenza di una gara, comunque denominata; laddove, nell'altro caso (art. 353 bis c.p.), esso viene anticipato nel tempo - quando un bando (o altro atto equivalente) non sia stato adottato, anche ove la relativa procedura sia stata avviata senza essere però approdata al suo esito finale - nella consapevolezza che gli interessi meritevoli di tutela (come sopra specificati) possono essere lesi non solo da condotte successive ad un bando il cui contenuto sia stato determinato nel pieno rispetto della legalità, ma anche da comportamenti precedenti in grado di avere influenza sulla formazione di detto contenuto.

5. Fin qui la disamina compiuta trova piena rispondenza nella decisione adottata dal Tribunale distrettuale della cautela.

Senonchè occorre considerare che l'art. 353 bis c.p. non circoscrive affatto il novero delle procedure tutelate, laddove l'art. 353 c.p. le indica specificamente nei pubblici incanti e nelle licitazioni private (ferma restando la già richiamata e consolidata interpretazione, nel senso della sufficienza della presenza di una gara, comunque denominata). Anzi, la lettera della norma si riferisce al "contenuto del bando o di altro atto equipollente", dovendosi intendere per tale 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. Ed in tal senso si è già espressa la giurisprudenza di legittimità, a tale riguardo venendo in considerazione quanto leggesi nella parte motiva della sentenza n. 43800 del 23.10.2012 (sez. 6 - non massimata) e, più di recente, in Sez. 6, sent. n. 1 del 02.12.2014 - dep. 02.01.2015, Rv. 262917, ove appunto si afferma, alla stregua delle medesime argomentazioni sopra illustrate, non esservi dubbio che, nella nozione di "atto equipollente" di cui alla norma in esame, "rientra qualunque provvedimento alternativo al bando di gara, adottato per la scelta del contraente, ivi inclusi, pertanto, quelli statuenti l'affidamento

diretto" (nella fattispecie, la Corte ha ritenuto tale "una delibera di proroga di contratto di appalto di servizi già in corso").

Le considerazioni che precedono risultano poi, se possibile, ancor più pregnanti rispetto alla vicenda in esame, ove si consideri che il capo d'incolpazione sub m) è esplicito nel significare come la procedura di affidamento diretto sia stata avviata in violazione della normativa stabilita dall'allora vigente "codice degli appalti" (D.Lgs. n. 163 del 2006): ciò su cui il provvedimento del g.i.p. ampiamente si sofferma (v. pagg. 344 e ss. del provvedimento genetico, in particolare 346 e ss.) e che sembra trovare condivisione nella valutazione del Tribunale, che parla di "sospetto favoritismo per la ditta TERMOTETTI", salvo poi scolorare per effetto della non corretta considerazione di ordine giuridico di cui si è detto.

6. L'ordinanza va dunque annullata, con rinvio degli atti al Tribunale di Napoli che, in diversa composizione, farà luogo a nuovo esame, attenendosi al principio di diritto sopra enunciato.

PQM

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata, limitatamente al capo m) e rinvia per nuova deliberazione al Tribunale di Napoli - Sezione riesame.

Così deciso in Roma, il 16 febbraio 2017.

Depositato in Cancelleria il 20 marzo 2017