Penale Sent. Sez. 6 Num. 41094 Anno 2022
Presidente: FIDELBO GIORGIO
Relatore: SILVESTRI PIETRO
Data Udienza: 31/03/2022

SENTENZA

sui ricorsi proposti da:
Procuratore Generale presso la Corte di appello di Milano

avverso la sentenza emessa dalla Corte di appello di Milano il 25/05/2021 nel procedimento nei riguardi di:
1. [redacted]
2. [redacted]
3. [redacted]
4. [redacted]

udita la relazione svolta dal Consigliere, Pietro Silvestri;
lette le conclusioni del Sostituto Procuratore Generale, dott. Vincenzo Senatore, che ha chiesto l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata
lette la memoria e le conclusioni degli avv. Angela Maria Odelscalchi e Cristiano Savio, difensori di [redacted] che hanno chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile o comunque rigettato;
lette la memoria e le conclusioni degli avv.ti Paolo Antonio Muzzi e Luciana Quirico, difensori di [redacted], che hanno chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile o comunque rigettato;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

lette la memoria e le conclusioni degli avv.ti Francesco Mucciarelli e Pietro Gabriele Roveda, difensori di [redacted], che hanno chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile o comunque rigettato;
lette la memoria e le conclusioni dell'avv.to Michele Saponara, difensore di [redacted] [redacted], che ha chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile o comunque rigettato;

CONSIDERATO IN FATTO

1. La Corte di appello di Milano, in riforma della sentenza di primo grado, ha assolto [redacted] dal reato previsto dall'art. 353 cod. pen.

[redacted], sindaco del Comune di Lodi, [redacted], nella qualità di Consigliere della società [redacted] s.p.a. e [redacted], [redacted], presidente di [redacted] e procuratore speciale di [redacted], [redacted], in qualità di responsabile del procedimento, presidente della commissione di gara e dirigente responsabile del settore quarto del comune di Lodi, con collusioni e altri mezzi fraudolenti avrebbero influito indebitamente sul procedimento amministrativo per la determinazione del contenuto del bando di gara per l'aggiudicazione con le forme dell'evidenza pubblica del servizio di gestione degli impianti sportivi comunali piscine scoperte, non provvedendo al formale invito di almeno cinque concorrenti qualificati, modificando i criteri di assegnazione dei punteggi inizialmente previsti dall'istruttore amministrativo, [redacted], incaricata di predisporre il bando poi successivamente pubblicato a firma [redacted], che aveva recepito le modifiche precedentemente concordate in modo da evitare la partecipazione di soggetti potenzialmente interessati; ciò sarebbe stato fatto per garantire l'aggiudicazione, poi effettivamente verificatasi, alla società [redacted] e di favorire al contempo la società [redacted] che di fatto avrebbe gestito il servizio con l'aggiudicataria.

2. Ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore generale presso la Corte di appello di Milano articolando tre motivi.

2.1. Con il primo si deduce violazione dell'art. 353 cod. pen.; sarebbe errato l'assunto della Corte secondo cui il reato per cui si procede sarebbe un reato di evento e che, dunque, non potrebbero essere incriminate, perché inoffensive, le mere irregolarità formali.

Secondo il Procuratore ricorrente, invece, l'art. 353 cod. pen. configurerebbe un reato di pericolo che non richiede, oltre, alla lesione effettiva della libertà di iniziativa economica, anche quella dell'interesse economico della Pubblica amministrazione; il reato, si argomenta, si consumerebbe anche con il solo turbamento della gara a prescindere dall'effetto pregiudizievole che ne possa conseguire.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Nel caso di specie l'idoneità a turbare la procedura di gara sarebbe provata dal confronto diretto e prolungato tra l'organo politico ed il soggetto intraneo al principale concorrente della gara - poi risultato vincitore- avente ad oggetto la individuazione e la modulazione dei criteri di aggiudicazione e dei punteggi da assegnare si singoli criteri; il riferimento è alla rivisitazione dei punteggi - originariamente indicati dalla [redacted] - da parte degli imputati [redacted] e [redacted] nel corso dell'incontro del 29.2.2016, all'esito del quale il Sindaco avrebbe proposto alla [redacted] la modifiche su cui l'imputato aveva riflettuto proprio con [redacted], risultate sovrapponibili al contenuto degli appunti annotati da quest'ultimo sulla copia del bando trattenuta dalla [redacted] e poi acquisita agli atti.

2.2. Con il secondo motivo si deduce vizio di motivazione per non avere la Corte considerato l'efficienza causale della turbativa - consistita nella modifica, nella predisposizione del contenuto del bando, dei punteggi da assegnare ai singoli criteri - ed essendosi limitata ad evidenziare, al fine di giustificare la riforma della sentenza di condanna, la coerenza dei fatti per cui si procede con gli obiettivi politici perseguiti da [redacted] - attraverso la consulenza dell'avv. [redacted] nella predisposizione del bando - e con i criteri dettati dall'art. 3, comma 1 n. 2, della legge regionale n. 27 del 2006, senza tuttavia considerare la rilevanza della quantificazione concreta dei punteggi da attribuire ai criteri indicati dalla norma; proprio tale profilo avrebbe costituito, argomenta il ricorrente, l'oggetto principale della illecita interlocuzione del Sindaco con l'esponente della concorrente [redacted] ([redacted]) e delle insistenze dello stesso Sindaco con la [redacted] finalizzate a far modificare il bando secondo le indicazioni della impresa in questione.

Proprio la quantificazione dei punteggi, si aggiunge, avrebbe consentito di escludere imprese meno radicate sul territorio: il bando sarebbe stato "cucito addosso" a [redacted]

Sul punto la motivazione sarebbe omessa.

2.3. Con il terzo motivo si lamenta vizio di motivazione nella parte in cui la Corte ha escluso, anche sulla base delle interlocuzioni successive alla pubblicazione del bando, qualsiasi ipotesi di sviamento di potere.

Il riferimento è alle conversazioni avute dal Sindaco [redacted] dal cui contenuto si coglierebbe, secondo la Corte, l'intenzione di evitare o placare le temute polemiche da parte di soggetti esclusi, coinvolgendoli nella gestione delle piscine; secondo il ricorrente si tratterebbe invece di dialoghi (ne viene riportato una breve parte) da cui emergerebbe la piena consapevolezza di avere illecitamente turbato la gara.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato nei limiti di cui si dirà in motivazione.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

2. Il ricorso, al di là di specifiche deduzioni relative al vizio di violazione di legge, è strutturato su un assunto costitutivo fondante e cioè che la Corte di appello, nel riformare la sentenza di condanna, sarebbe incorsa in vizi di motivazione in ordine ad alcuni temi decisivi, omettendo di confrontarsi con il ragionamento probatorio che aveva portato il Tribunale ad affermare la penale responsabilità degli imputati (in tal senso chiarissimo il secondo, ma anche il terzo motivo di ricorso).

Dunque, il ricorso, diversamente dagli assunti difensivi non è inammissibile, atteso che il riferimento alla ricostruzione fattuale non è funzionale a sollecitare una diversa ricostruzione degli accadimenti, quanto, piuttosto, a far emergere il vizio di motivazione.

3. È utile ripercorrere il ragionamento probatorio compiuto dal Tribunale e la ricostruzione dei fatti posta a fondamento di esso.

Si è chiarito sul piano fattuale che:

- la decisione di bandire il bando per l'affidamento in gestione delle locali piscine scoperte era stata adottata dopo che, scaduta a fine ottobre del 2015 la precedente concessione ottenuta dal [redacted], si era reso necessario e urgente procedere ad un nuovo affidamento nella imminenza della stagione di attività all'aperto;

- [redacted] responsabile del settore Servizio Sport e Turismo del comune di Lodi, dopo una serie di interlocuzioni, aveva prospettato al Sindaco come fosse necessario procedere alla indizione di una gara ad evidenza pubblica e come non fosse possibile, contrariamente a quanto si era cercato di verificare, procedere con un affidamento diretto;

- prima della pubblicazione del bando la [redacted] aveva predisposto una prima bozza portata a conoscenza del sindaco [redacted] e da questi trasmessa all'avv. [redacted], membro del consiglio di amministrazione di [redacted] e, nominato dallo stesso [redacted], consigliere della società partecipata del Comune [redacted], detentrice della maggioranza delle quote della [redacted];

- [redacted] aveva proposto e ottenuto dalla [redacted] di modificare la bozza nel senso di valorizzare nella predisposizione del contenuto del bando alcune "caratteristiche delle imprese partecipanti" e il loro legame sul territorio; in tal senso propose alla [redacted] di assegnare 20 punti al radicamento del territorio delle imprese, inteso come solo comune di Lodi, e 15 punti alla voce gestione integrata, che poteva consentire il coinvolgimento di altri soggetti;

- secondo la [redacted] la seconda bozza così come "pensata" da [redacted], avrebbe tuttavia consentito, con la predisposizione di quei criteri e con quei punteggi, l'utile partecipazione alla gara solo di due soggetti peraltro collegati, cioè di [redacted] e di [redacted] di cui [redacted] era direttore e presidente;

- la [redacted] aveva allora predisposto una terza bozza del bando, sottoposta al Sindaco e a [redacted], costruendone uno "più aperto alla partecipazione di altri soggetti" (così la

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Corte), cioè attribuendo solo dieci punti al criterio del radicamento sul territorio, ampliato alla provincia di Lodi e ai comuni confinanti e ampliando alla provincia di Lodi anche il requisito della gestione integrata;

- [redacted] inviò detta bozza a [redacted] che, a sua volta, la inviò a [redacted], soggetto intraneo allo [redacted], partecipata dalla [redacted], società inizialmente individuata come "possibile destinataria di un ipotizzato affidamento diretto" (così la Corte a pag. 4 della sentenza);

- [redacted] ancora contrario al contenuto del bando predisposto, convocò la [redacted] nel suo ufficio dove la funzionaria trovò [redacted] "che aveva per le mani una bozza appuntata dell'ultima versione del bando" e che interloquiva, ponendo domande, sul punteggio riservato alla valutazione economica;

- nell'occasione, uscito [redacted] insistette nuovamente con la [redacted] per una ulteriore modifica del bando, apportando modifiche che avvantaggiassero la partecipazione di soggetto operanti sul territorio;

- il giorno successivo [redacted] segnalò l'accaduto e le sue perplessità sulla ingerenza del Sindaco al suo dirigente [redacted] il quale, pur formalmente condividendo le perplessità della [redacted] le subentrò nel ruolo di responsabile del procedimento e sottoscrisse la versione finale del bando che conteneva, rispetto alla terza bozza, modifiche che rafforzavano il requisito territoriale;

- il 22 aprile 2016 la gara fu aggiudicata a [redacted]

- dopo la pubblicazione del bando e una serie di polemiche che ne erano derivate, [redacted], insieme a [redacted] e [redacted] valutarono l'opportunità di far partecipare alla gara un' [redacted] e [redacted] ovvero di far partecipare solo [redacted] con successiva collaborazione di [redacted]

In tale contesto il Tribunale, con una puntuale motivazione, al fine di formulare il giudizio di responsabilità, aveva evidenziato come fosse stata raggiunta la prova di una significativa interlocuzione tra [redacted] e [redacted], e dunque [redacted], sin dall'inizio, cioè dal momento in cui si doveva decidere sul tipo di procedura con cui addivenire all'affidamento della gestione delle piscine e come proprio detta interlocuzione avesse portato [redacted] a rappresentare alla [redacted] la sua preferenza per l'affidamento in house ad [redacted] che tuttavia, secondo la [redacted] non aveva i requisiti previsti dalla legge per procedere in tal senso.

Aveva chiarito il Tribunale come in questa prima fase, da una parte, fosse stato proprio [redacted] a segnalare, nel caso in cui non fosse stato possibile addivenire ad un affidamento diretto del servizio, di procedere con un bando ad evidenza pubblica, prevedendo requisiti locali "volti a scoraggiare partecipazioni esterne" e requisiti di solidità economica "volti a scoraggiare soggetti estemporanei" e, dall'altra, come l'interlocuzione con [redacted] non potesse essere considerata alla strega di una consulenza

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

informale nell'interesse dell'amministrazione, attesa la posizione e l'interesse sostanziale di cui [redacted] era portatore, in quanto espressione di [redacted].

Aveva aggiunto il Tribunale che la prima bozza predisposta dalla [redacted] era circolata irritualmente all'esterno, che di essa avevano avuto la disponibilità lo stesso [redacted] ed anche [redacted] che il primo aveva avuto interlocuzioni con [redacted]; si era sottolineato come i punti su cui [redacted] insistette nel tempo con la [redacted] fossero proprio quelli a cui a sua volta [redacted] e dunque [redacted] era interessato e sui quali lo stesso era intervenuto più volte modificando concretamente e reiteratamente le bozze di volta in colta predisposte dalla [redacted].

Aveva argomentato il Tribunale sul comportamento tenuto da [redacted] dopo la denuncia della [redacted] sulla ratifica da parte di [redacted] della volontà di [redacted] e [redacted], sul contatto intercorso tra quest'ultimo e [redacted] per assumere irrituali informazioni volte a conoscere il numero di persone che si erano presentate per compiere il sopralluogo presso gli impianti la cui gestione era stata messa al bando, sui rapporti continui tra [redacted] e [redacted], sulla condivisione di questi degli stessi obiettivi.

Lo stesso Tribunale aveva affrontato ed esaminato una serie di argomenti favorevoli alle prospettazioni difensive e cioè che: a) in astratto, l'obiettivo di affidare a [redacted] la gestione degli impianti non fosse "affatto irragionevole o peregrino" e verosimilmente quel servizio avrebbe potuto essere affidato direttamente; b) la situazione finanziaria di [redacted] all'epoca fosse in corso di risanamento, e dunque non poteva sostenersi che l'affidamento fosse necessario per la stabilizzazione delle sorti della impresa; c) la valutazione dei criteri di aggiudicazione dei punteggi introdotti nel bando per effetto dell'intervento del Sindaco [redacted] avevano una propria giustificazione razionale.

Si era tuttavia sottolineato come nella specie non vi sarebbe stata solo una divergenza "fisiologica" interna al Comune tra il Sindaco e la funzionaria [redacted], ma una ingerenza esterna e specifica nella predisposizione del contenuto del bando da parte di un soggetto terzo, estraneo all'amministrazione e interessato alla gara.

In tal senso si era valorizzata l'idoneità dell'effetto perturbatore derivante dal confronto diretto e continuo tra l'organo politico e il soggetto maggiormente interessato alla gara, che, si era sostenuto, si era fortemente ingerito nella determinazione del contenuto del bando e anche nella fase successiva alla pubblicazione di questo.

4. Prescindendo dalla dedotta violazione di legge, due questioni dunque devono essere verificate.

La prima è quella relativa al contenuto dell'obbligo di motivazione rafforzata, cioè in cosa esso consista e come esso si parametri e si sviluppi nel caso di riforma di sentenza di condanna con conseguente assoluzione.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

La seconda, derivante dalla prima, attiene a ciò che in concreto ha fatto la Corte di appello e, in particolare, alla verifica della "tenuta" del ragionamento probatorio e della motivazione rispetto all'obbligo di motivazione rafforzata, tenuto comunque conto, come meglio si dirà, del principio dell'oltre ragionevole dubbio, che solo consente la pronuncia di una sentenza di condanna.

5. Quanto al primo profilo, le Sezioni unite della Corte hanno evidenziato come l'obbligo della motivazione rafforzata si imponga per il giudice di appello tutte le volte in cui ritenga di ribaltare la decisione del giudice di primo grado, sia assolutoria che di condanna.

5.1. Tale principio è ormai consolidato ed è parte integrante dell'ordinamento giuridico vivente; tale obbligo non opera nel caso di conferma della sentenza di primo grado, perché, in questa ipotesi, la motivazione della decisione di appello si salda con quella precedente fino a formare- quasi sempre- un unico complesso argomentativo.

Quanto all'obbligo di motivazione rafforzata - dunque, a prescindere dalla previsione del comma 3 bis dell'art. 603 cod. proc. pen.-, quando il giudice di appello deve dare una spiegazione razionalmente diversa rispetto alla ragione giustificativa di una sentenza deve spiegare "in modo rafforzato" perché ritiene di ribaltarla, deve indicare le ragioni per cui una determinata prova assuma una valenza dimostrativa completamente diversa rispetto a quella ritenuta dal giudice di primo grado (per tutte Sez. U, n. 14800 del 21/12/2017, dep. 2018, Troise, Rv. 272480; ma anche Sez. U, n. 45276 del 30/10/2003, Andreotti, in motivazione; Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231679).

Il tema è allora cosa debba intendersi per "motivazione rafforzata".

Si nota correttamente che una motivazione rafforzata è quella che abbia una "forza persuasiva superiore", in grado cioè di conferire alla "nuova" decisione la maggior solidità possibile.

Fare riferimento ad una "motivazione rafforzata" significa attendersi un apparato giustificativo più vincolato nelle sue cadenze e nei suoi passaggi argomentativi.

Il giudice deve costruire un impianto giustificatorio più robusto, più solido in relazione alle questioni che in quella materia ed in relazione al caso concreto di cui si occupa sono decisive per la correttezza logica e per la legittimità dell'accertamento penale.

Si tratta di un tema, quello della perimetrazione dei passaggi obbligati a cui è tenuto il giudice di appello, che involge tematiche centrali, quali quelle del ragionevole dubbio, dei lineamenti e delle finalità del giudizio d'appello, del principio del contraddittorio e della tendenziale cartolarità delle impugnazioni, della inesistenza di una regola in ragione della quale, in caso di riforma in appello, si possa affermare che il giudizio del

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

secondo giudice sia per posizione "migliore", più corretto, più affidabile di quello del primo.

Mentre infatti la c.d. doppia decisione conforme, si nota acutamente in dottrina, porta in sé una valenza rassicurante sull'aspettativa che il processo si sia davvero avvicinato alla verità, l'esistenza di decisioni radicalmente difformi trasmette un messaggio asimmetrico perché lascia sullo sfondo un insoluto quesito decisivo, quello che attiene alla individuazione della decisione giuridicamente corretta tra le due difformi.

Si tratta di una questione rispetto alla quale l'ordinamento non ha una risposta generale e preventiva, ma predispone una serie di regole di garanzia che assolvono alla funzione di sterilizzare il rischio che con la seconda decisione si realizzino effetti regressivi rispetto alla prima sentenza, ormai riformata.

Questo spiega l'esigenza che il giudice di appello, nel riformare una sentenza - di assoluzione o di condanna-, adotti una "motivazione rafforzata".

Dunque, si fa notare, "il giudice di seconde cure che intenda mutare (integralmente o parzialmente) la decisione di primo grado deve partire dalla sua motivazione e ad essa fare ritorno mentre rivaluta l'intera vicenda".

Il ragionamento del giudice d'appello deve svilupparsi sulla sentenza impugnata perché esiste "un nesso di stretta relazione tra la quantità e la qualità delle ragioni espresse nella motivazione del giudice con la quantità e la qualità degli argomenti e delle ragioni espresse dall'impugnante, e, di conseguenza con il dovere di motivazione rafforzata del giudice di appello nel caso in cui decida di riformare la decisione impugnata".

Assolvere l'obbligo di motivazione rafforzata significa: a) dimostrare di avere compiuto un analisi stringente, approfondita, piena del provvedimento impugnato; b) spiegare, anche in ragione dei motivi di impugnazione e del perimetro cognitivo devoluto, perché non si è condiviso il *decisum*; c) chiarire quali sono le ragioni fondanti - a livello logico e probatorio - la nuova decisione assunta (cfr. Sez. U., n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231679; Sez. U., n. 6682 del 04/02/1992, Musumeci Rv. 191229)

Il ribaltamento dello statuto decisorio in sede di gravame deve fondarsi non su una critica tra giudici posizionati "orizzontalmente" rispetto allo stesso materiale di prova, ma nella diversa prospettiva dell'accertamento di un "errore" di giudizio che il giudice dell'impugnazione ritiene che il giudice di primo grado abbia commesso alla luce delle circostanze dedotte dagli appellanti ed in funzione dello specifico tema devoluto.

Ad una plausibile ricostruzione del primo giudice, non può, come detto, sostituirsi semplicemente un altrettanto plausibile - ma diversa – "ricostruzione operata in sede di impugnazione (Sez. 2, n. 50643 del 18/11/2014, Fu, Rv. n. 261327; si tratta di principi poi recepiti da Sez. U, n. 14800 del 12/12/2017, dep. 2018, Troise, Rv. 272430; in

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

senso conforme, Sez. 4, n. 16/06/2021, Frigerio, Rv. 281404; Sz. 3, n. 46455 xel 17/02/2017, M., Rv. 271110; Sez. 4, n.4222, del 20/12/2016, dep. 2017, Mangano, Rv. 268948).

5.2. Come già detto, l'obbligo di motivazione rafforzata assume un contenuto argomentativo diverso e contorni specifici a seconda che il giudice di appello, in riforma della sentenza di primo grado, condanni o assolva.

Il tema attiene al rapporto tra motivazione rafforzata e principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Mentre infatti per pronunciare nel giudizio di appello una sentenza di condanna a fronte di una pronuncia assolutoria in cui sia emerso un dubbio ragionevole, è necessario rimuovere il dubbio con un ragionamento che ne dimostri l'infondatezza ovvero l'inesistenza, nel caso, come quello di specie, di sentenza di assoluzione che riformi una precedente sentenza di condanna, nonostante l'obbligo di motivazione rafforzata, è in realtà sufficiente argomentare in positivo, nel senso che è necessario e sufficiente rappresentare l'esistenza del dubbio ragionevole.

Si è condivisibilmente notato come, mentre nel caso di riforma peggiorativa di una sentenza di assoluzione, il giudice di appello debba prima demolire il ragionamento probatorio culminato con la deliberazione del primo giudice e poi strutturare un proprio ragionamento che dimostri, al di là di ogni ragionevole dubbio, il fondamento della tesi opposta, in caso invece, di integrale riforma migliorativa di una sentenza di condanna il giudice di appello, seppur con una motivazione rafforzata- nel senso indicato, deve solo destrutturare il ragionamento del primo giudice, nel senso di configurare l'esistenza di un ragionevole dubbio che di per sé è destinato a destituire di fondamento la prospettiva accusatoria recepita dal primo giudice (sul tema cfr., Sez. 2, n. 41571, del 20/06/2017, Marchetta, in motivazione).

5.3. È possibile allora indicare alcuni parametri di riferimento a cui il giudice di appello deve attenersi nel caso in cui decida, a fronte di una sentenza di condanna, di pronunciare una sentenza di assoluzione.

Il giudice, per assolvere in tal caso l'obbligo di motivazione rafforzata, deve:

a) dimostrare di avere compiuto un'analisi stringente, approfondita, piena, del provvedimento impugnato;

b) spiegare, anche in ragione dei motivi di impugnazione e del perimetro devoluto, perché non si è condiviso il *decisum* contestato;

c) chiarire quali sono le ragioni fondanti - a livello logico e probatorio - la nuova decisione assunta;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

d) argomentare sul perché sussista un dubbio ragionevole originato dalla plausibilità processuale di una ricostruzione alternativa del fatto rispetto a quella recepita dal giudice di primo grado.

6. Sulla base di tali principi è allora possibile verificare se ed in che limiti nel processo in esame la Corte di appello abbia adempiuto l'obbligo di motivazione a lei imposto e dunque se ed in che limiti la motivazione della sentenza impugnata sia viziata e sia stata fatta corretta applicazione della legge penale.

6.1. La Corte, dopo aver fatto riferimento alle diverse impostazioni relative alla individuazione del bene giuridico tutelato, ha riformato la sentenza di condanna valorizzando il principio di offensività; secondo la Corte vi sarebbe la stringente necessità di "non punire indiscriminatamente le mere irregolarità formali attinenti all'iter procedimentale, irregolarità che, invece, devono essere idonee a ledere i beni giuridici protetti dalla norma, non essendoci un interesse fine a se stesso a garantire la regolarità e la trasparenza della gara, essendo la tutela della mera regolarità formale dell'asta e della pubblica amministrazione non il bene giuridico tutelato dall'art. 353 cod. pen., ma un presidio per la libera concorrenza... " ; secondo la Corte, in particolare, la turbativa non ricorre "in presenza di qualsiasi disordine relativo alla tranquillità della gara, essendo necessaria una lesione, anche potenziale, agli scopi economici della Pa e all'interesse dei privati di poter partecipare alla gara (così testualmente a pag. 39 la Corte).

Ha aggiunto la Corte che la legge regionale n. 27 del 2006 dettava criteri ed assegnava al sindaco un margine di intervento entro il quale "l'esercizio di una responsabilità politica ... è espressione non collusiva, ma legittima del perseguimento di un bilanciamento .. fra pluralità di interessi pubblici"

Ha concluso la Corte affermando che proprio l'esercizio indicato "può comportare e dunque tollerare, purchè non ne sia fuorviato, certo la consulenza, ma anche l'ascolto dei soggetti della società civile interessati".

Dunque, nella specie vi sarebbero state al più irregolarità inoffensive, perché inidonee a produrre un effetto perturbatore della gara, e l'interlocuzione tra [redacted] i, sarebbe riconducibile ad una consulenza o comunque ad un dialogo con un soggetto interessato, legittimato dal necessario e virtuoso esercizio dell'attività politica volta al perseguimento di interessi pubblici.

Tale conclusione è valorizzata dalla Corte richiamando alcune circostanze fattuali ed alcuni passaggi motivazionali della stessa sentenza di primo grado; in particolare si è fatto riferimento: a) all'acclarato perseguimento da parte di [redacted] di obiettivi corrispondenti all'interesse pubblico secondo i criteri indicati dalla legislazione regionale; b) all'assenza di un fuorviante interesse economico degli imputati; c) alla coerenza tra

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

l'accaduto e gli obiettivi perseguiti dal Sindaco con il programma elettorale; d) ai criteri dettati dalla legge regionale di cui si è detto che, tra gli altri, faceva riferimento al radicamento sul territorio nel bacino di utenza dell'impianto (art. 3, comma 1, n. 2, legge regionale n. 27 del 2006); e) alla possibilità che nella specie si addivenisse ad un affidamento diretto del servizio; f) al fatto che la mancanza di partecipazione di altri soggetti sarebbe stata sostanzialmente legata a fattori contingenti ed occasionali, g) alla irrilevanza delle conversazioni successive alla pubblicazione del bando.

7. La Corte non ha fatto corretta applicazione dell'obbligo di motivazione rafforzata e non ha correttamente applicato la legge penale.

7.1. È utile fare innanzitutto riferimento ad alcuni principi consolidati in tema di turbata libertà degli incanti.

L'art. 353 cod. pen. configura un reato di evento di pericolo.

È stato correttamente fatto rilevare che, ai fini della integrazione del reato in esame, è necessaria la realizzazione di una condotta collusiva, sempre che questa produca l'effetto di impedire o di turbare l'andamento di una gara indetta da una pubblica amministrazione.

Dunque, si è chiarito, la fattispecie in esame può considerarsi come reato di pericolo solo nel senso che il reato sussiste anche senza l'effettivo conseguimento del risultato perseguito dai soggetti agenti colludenti, essendo sufficiente che gli accordi collusivi siano idonei a influenzare l'andamento della gara (v. tra le altre Sez. 6, n. 12821 del 11/03/2013, Adami, Rv. 254906; Sez. 6, n.12298 del 16/01/2012, Citarella, Rv. 252555; Sez. 6, n.6883 del 24/06/2011, Actis, n.m.).

Si è lucidamente spiegato tuttavia che la fattispecie in esame più correttamente deve essere inquadrata nei reati di evento (inteso in senso naturalistico), dovendo essere accertato il verificarsi dell'impedimento della gara o del suo turbamento, e quindi la potenziale incidenza di una simile fraudolenta condotta sul futuro risultato della gara. (così, Sez. 6 n. 28970 del 24/04/2013 Sonn, Rv. 255625).

In particolare, per "turbamento", deve intendersi la influenza della condotta collusiva sulle regolari procedure di gara, essendo irrilevante che il risultato di essa sia o meno conforme a quello che si sarebbe prodotto senza tali interferenze.

Il turbamento si manifesta con il disturbo, l'alterazione, il condizionamento, lo sviamento del normale iter del procedimento 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.

Questo spiega la ricorrente affermazione della Corte secondo cui non occorre che l'azione tipica determini un danno effettivo alla regolarità della gara, ma è sufficiente

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

anche solo che essa produca un "danno mediato e potenziale", costituito dalla semplice "idoneità" degli atti ad influenzare l'andamento della gara (tra le tante, Sez. 6, n. 10272 del 23/01/2019, Cesosimo, Rv. 275163), senza che sia necessario quindi dimostrare un'effettiva alterazione dei suoi risultati (Sez. 2, n. 43408 del 23/06/2016, Martinico, Rv. 267967).

L'evento naturalistico del reato richiede infatti, oltre all'ipotesi dell'impedimento della gara o dell'allontanamento degli offerenti, che sia stato realizzato anche solo il turbamento della gara, situazione questa che è integrata da una condotta che abbia anche soltanto influito sulla sua regolare procedura, alterandone lo svolgimento (in tal senso, il turbamento può consistere anche nello "sviamento" del regolare svolgimento della gara, tale da determinarne uno sviluppo anomalo).

Onde evitare di conferire rilievo penale a qualsiasi "comportamento perturbatore", la condotta tipica deve essere idonea a ledere i beni giuridici protetti dalla norma, che si identificano non solo con l'interesse pubblico alla libera concorrenza, ma anche con l'interesse pubblico al libero "gioco" della maggiorazione delle offerte, a garanzia degli interessi della pubblica amministrazione (così, Sez. 6, n. 12821 del 11/03/2013, Adami, Rv. 254906; in senso conforme, tra tante, Sez. 2, n. 7013 del 05/11/2018, dep. 2019, Morabito, non mass.; Sez. 6, n. 2989 del 15/01/2019, Filippelli, non mass.).

Detti principi devono essere posti peraltro in connessione con la disposizione normativa di cui all'art. 353-*bis* cod. pen., introdotta dal legislatore con l'art. 10 della legge 13 agosto 2010, n. 136 (*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*) con l'obiettivo di sterilizzare le condotte finalizzate a turbare le fasi preliminari di una gara, così da arginare i possibili vuoti di tutela che la disposizione di cui all'art. 353 cod. pen. aveva creato anche a seguito di indirizzi giurisprudenziali secondo cui il reato di turbata libertà degli incanti, anche *sub specie* di tentativo, non sarebbe configurabile nei casi in cui alla commissione di una delle condotte ivi enucleate non faccia seguito la pubblicazione del bando di gara e, quindi, il formale avvio della stessa procedura selettiva (in tal senso, da ultimo, Sez. 5, n. 26556 del 13/04/2021, Giamogante, Rv. 281470).

Come si legge nei lavori preparatori, con il reato in questione sarebbe stato colmato un vuoto di tutela.

La *ratio* della norma è normalmente individuata nella esigenze di anticipare la tutela penale, rispetto al momento di effettiva indizione formale della gara; la norma, si sostiene, mira a prevenire la preparazione e l'approvazione di bandi personalizzati e calibrati proprio sulle caratteristiche di determinati operatori, ed a preservare il principio di libertà di concorrenza e la salvaguardia degli interessi della pubblica amministrazione.

La disposizione è concepita per punire contegni orientati a favorire taluno degli interessati alla commessa a scapito di altri e, più esattamente, a conculcare la parità tra i concorrenti e la libera dialettica economica, ponendosi, dunque, al servizio della libertà

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

di concorrenza intesa quale bene funzionale ad assicurare ai pubblici poteri l'individuazione del migliore offerente.

Il reato si consuma indipendentemente dalla realizzazione del fine, essendo sufficiente che sia messa in pericolo la correttezza della procedura amministrativa volta a stabilire il contenuto del bando, in ciò consumandosi il suo turbamento.

Non è necessario cioè che il contenuto del bando, o di un atto ad esso equipollente, venga effettivamente inquinato in modo tale da condizionare la scelta del contraente (cfr., tra le tante, Sez. 6, n. 29267 del 5/4/2018, Baccari, Rv. 273449; Sez. 6, n. 1 del 02/12/2014, dep. 2015, Pedrotti, Rv. 262917).

L'azione delittuosa, pertanto, consiste nel turbare mediante atti predeterminati il procedimento amministrativo di formazione del bando, allo scopo di condizionare la scelta del contraente. Poiché il condizionamento del contenuto del bando è il fine dell'azione, è evidente che il reato si consuma indipendentemente dalla realizzazione del fine medesimo.

Per integrare il delitto, quindi, non è necessario che il contenuto del bando venga effettivamente modificato in modo tale da condizionare la scelta del contraente, ne', a maggior ragione, che la scelta del contraente venga effettivamente condizionata. È sufficiente, invece, che si verifichi un turbamento del processo amministrativo, ossia che la correttezza della procedura di predisposizione del bando sia messa concretamente in pericolo (Sez. 6, n. 44896 del 22/10/2013, cit.), attraverso l'alterazione o lo sviamento del suo regolare svolgimento, e con la presenza di un dolo specifico qualificato dal fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della Pubblica Amministrazione.

7.2. Sulla base di tale quadro di riferimento emerge la fondatezza del ricorso.

L'intera motivazione della sentenza impugnata è costruita sulla valorizzazione di una serie di elementi, quelli in precedenza indicati, rivelatori del fatto che nel caso di specie il risultato della condotta, e, quindi, il contenuto del bando, non sia stato in concreto inquinato e che il risultato sia stato sostanzialmente conforme a quello che si sarebbe prodotto senza le "irregolarità", cioè senza le interferenze.

Questo spiega il senso di alcuni passaggi motivazionali, e cioè che gli obiettivi perseguiti siano stati corrispondenti all'interesse pubblico - secondo i criteri indicati dalla legislazione regionale -, che non sia stato perseguito un interesse economico degli imputati, che vi sia stata coerenza tra l'accaduto e gli obiettivi perseguiti dal Sindaco con il programma elettorale, che l'affidamento avrebbe potuto verosimilmente essere diretto.

Questo spiega il richiamo al principio di offensività e all'assenza di una lesione degli interessi della Pubblica amministrazione.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Si tratta di un ragionamento che tuttavia non fa corretta applicazione dei principi indicati, atteso che ciò che avrebbe dovuto essere verificato era innanzitutto se, diversamente dall'impianto motivazionale del Tribunale, potesse affermarsi che una condotta perturbatrice e una collusione non vi fosse stata ovvero che la stessa non fosse stata "idonea" ad influenzare l'andamento della gara e a ledere non solo l'interesse pubblico alla libera concorrenza, ma anche quello al libero "gioco" della maggiorazione delle offerte, a garanzia degli interessi della pubblica amministrazione.

Il Tribunale aveva spiegato, valorizzando circostanze, fatti, evenienze istruttorie, molteplici elementi di prova, come, nel caso di specie, vi fosse stato, a prescindere del concreto inquinamento, un turbamento della gara, compiuto attraverso condotte idonee allo scopo, attraverso comportamenti in grado di porre in pericolo il bene giuridico tutelato alla norma, e come detta condotta perturbatrice fosse disvelata dalla esistenza di un abnorme rapporto, da un continuo irrituale confronto tra il Sindaco e il soggetto maggiormente interessato all'aggiudicazione da una gara, da una obiettiva ingerenza di [redacted] e, quindi, della impresa dei cui interessi questi era portatore, nella procedura che portò alla formulazione del bando

Rispetto a tale solida trama argomentativa, la Corte di appello ha ritenuto di demolire il ragionamento probatorio, non confrontandosi con gli snodi costitutivi del ragionamento del Tribunale, assumendo, invece, che nella specie vi sarebbero state solo irregolarità formali dell'iter procedimentale - ma non una lesione anche potenziale dell'interesse tutelato - solo una sorta di consulenza da parte di [redacted] e un legittimo ascolto da parte di [redacted] di soggetti della società civile interessati.

Ciò che tuttavia non è stato spiegato rispetto alla motivazione della sentenza di primo grado è perché: a) quelle descritte dal Tribunale sarebbero state solo irregolarità formali inoffensive in quanto inidonee a turbare la gara; b) quel continuo contatto tra l'organo politico e [redacted] sarebbe stata solo una informale consulenza, considerato che [redacted] interloquì con il sindaco non in quanto esperto della materia, ma come portatore dell'interesse di [redacted], cioè di un soggetto che era interessato alla gara; c) [redacted] non sentì il bisogno di ascoltare anche altri soggetti della società civile, interessati alla gara; d) fu consentito ad un soggetto terzo, il principale soggetto interessato a quel procedimento, di incidere, di condizionare, di determinare il contenuto del bando, di mutare in più occasioni le bozze che la [redacted] aveva predisposto, di quantificare i punteggi dei singoli criteri presi in considerazione; e) furono reiteratamente portate a conoscenza di un aspirante concorrente le bozze del bando, cioè atti che dovevano rimanere all'interno della pubblica amministrazione.

Sul continuo mutamento della quantificazione dei punteggi da assegnare ai criteri presi inconsiderazione, e, in particolare, sulla specifica determinazione del "peso" del criterio del radicamento sul territorio e su come detto criterio dovesse essere inteso, la Corte è del tutto silente; non diversamente, la Corte è silente sul rapporto tra la

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

determinazione dei criteri in questione e il condizionamento da parte di [redacted] i nonché sulle ragioni per cui le condotte indicate dal Tribunale non avrebbero avuto idoneità e incidenza sulla determinazione del contenuto del bando.

Si tratta di temi decisivi ove si consideri peraltro che nulla è stato chiarito dalla Corte di appello anche sul tema della corretta qualificazione giuridica dei fatti per cui si procede, e, in particolare, se essi debbano essere sussunti nella fattispecie di reato contestata ovvero in quella di cui all'art. 353 bis cod. pen.

La Corte di cassazione ha già chiarito come la norma incriminatrice in questione richieda, 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 riguardare un procedimento amministrativo funzionale ad una "gara" e deve volgere sul piano finalistico ad inquinare il contenuto di un atto funzionalmente 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.

8. Ne discende che la sentenza deve essere annullata quanto alle posizioni di [redacted], [redacted] e [redacted] - rispetto al quale, in particolare, il Procuratore ricorrente ha evidenziato - anche alla luce delle condotte successive alla pubblicazione del bando- il ruolo avuto da questi nei convulsi rapporti che condussero alla pubblicazione del bando dopo la estromissione della [redacted].

La Corte di appello, applicati i principi di diritto indicati, formulerà un nuovo giudizio ed, eventualmente, verificherà se ed in che termini i fatti per cui si procede sono riconducibili al reato contestato ovvero a quello previsto dall'art. 353 bis cod. pen.

Il ricorso del Procuratore deve invece essere dichiarato inammissibile quanto alla posizione di [redacted] non essendo stato dedotto alcunchè di specifico sulla posizione dell'imputato, con particolare riguardo alla fase che condusse alla pubblicazione del bando.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata con riferimento alle posizioni di [redacted], [redacted] e [redacted] e rinvia per nuovo giudizio ad altra Sezione della Corte di appello di Milano.

Dichiara inammissibile il ricorso del Procuratore Generale nei confronti di [redacted]

Così deciso in Roma, il 31 marzo 2022.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale