

Turbata libertà degli incanti

Cassazione penale sez. VI, 27/01/2022, n.7264

Non sussiste il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente in caso di affidamento disposto in via diretta e senza gara

La configurabilità nella specie del delitto di cui all'art. 353-bis c.p. rubricato 'turbata libertà del procedimento di scelta del contraente' non è configurabile in caso di affidamento disposto in via diretta e senza gara; a differenza di quanto previsto dall'art. 353 c.p., in cui l'evento naturalistico del reato è costituito in via alternativa dall'impedimento della gara o dal suo turbamento, infatti, l'art. 353-bis c.p., fa riferimento esclusivamente al 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 condotta di turbamento, per assumere rilievo ai fini della sussistenza del reato previsto dall'art. 353-bis c.p., deve innestarsi ed intervenire in un procedimento amministrativo che contempli una qualsiasi procedura selettiva, la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione.

Il caso

Nel capo 9), in particolare, si contesta al D.S. il delitto di cui agli artt. 110,353 bis c.p., perché, in qualità di legale rappresentante della D.S. S.r.l. unipersonale, d'intesa e in concorso con G.M.A., responsabile del servizio lavori pubblici del Comune di (OMISSIS), E.R., legale rappresentante della Edil Costruzioni di (OMISSIS), e B.M., sindaco del Comune di (OMISSIS), avrebbe turbato il procedimento di scelta del contraente di cui alla deliberazione della giunta comunale n. 83 dell'8 ottobre (OMISSIS), avente ad oggetto l'approvazione del progetto definitivo/esecutivo dei lavori di adeguamento e di messa in sicurezza di impianti su aree di proprietà comunale, che ricomprendevano anche i lavori di sostituzione di una condotta idrica in (OMISSIS).

Il sindaco, in particolare, colludendo con il D.S., avrebbe attestato falsamente nel verbale di deliberazione predetto che i lavori affidati alla (OMISSIS), avrebbero dovuto avere inizio entro la data del (OMISSIS), circostanza contraria al vero, in quanto parte dei suddetti lavori (e, in particolare, la sostituzione della condotta idrica di (OMISSIS)) sarebbe stata già eseguita dalla società del D.S. unipersonale nel mese di agosto (OMISSIS).

In motivazione

Recentemente questa Sezione della Corte di Cassazione, deputata tabellarmente a conoscere dei delitti in materia di pubblica amministrazione, all'esito di un complessivo esame degli orientamenti emersi in relazione a questo tema, ha, inoltre, affermato che "in caso di affidamento diretto, il delitto previsto dall'art. 353-bis c.p.: a) è configurabile quando la trattativa privata, al di là del nomen juris, prevede, nell'ambito del procedimento amministrativo di scelta del contraente, una "gara", sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale; b) non è configurabile nelle ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata in cui il procedimento è svincolato da ogni schema concorsuale; c) non è configurabile quando la decisione di procedere all'affidamento diretto è essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara" (Sez. 6, n. 5536 del 28 ottobre 2021, dep. 2022, Zappini).

A differenza di quanto previsto dall'art. 353 c.p., in cui l'evento naturalistico del reato è costituito in via alternativa dall'impedimento della gara o dal suo turbamento, infatti, l'art. 353-bis c.p., fa riferimento esclusivamente al 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, dunque, 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" e, dunque, del bando, ovvero di un atto che ponga le regole, le modalità di accesso, i criteri di selezione, che disciplini il modo con cui compiere una comparazione valutativa tra più soggetti o di un atto che assolva la stessa funzione del bando.

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

Posto, pertanto, che nella specie, per quanto accertato nel corso del procedimento, l'affidamento dell'esecuzione dell'appalto è avvenuto in assenza di ogni forma competitiva e concorsuale, secondo lo schema dell'affidamento sottosoglia comunitaria in conformità alla disciplina del D.L. n. 32 del 18 aprile 2019 (c.d. Sblocca cantieri), convertito dalla L. n. 55 del 14 giugno 2019, il delitto di cui all'art. 353-bis c.p., non è configurabile.

Cassazione penale sez. VI, 18/01/2022, n.4198

Il reato di turbata libertà degli incanti si configura come reato a forma libera e di pericolo per il quale è sufficiente il dolo generico (nella specie, la Corte ha cassato le decisioni dei giudici del merito, atteso che la condotta dell'imputato, nonostante una serie di manovre dilatorie incontestate nel capo di imputazione, non rientravano nella fattispecie criminosa prevista dall'art 353 c.p., ma sarebbe stata riconducibile all'ipotesi del mancato versamento del prezzo da parte dell'aggiudicatario inadempiente, ai sensi degli artt. 585-587 c.p.c.).

Il caso

La vicenda aveva avuto origine dalla denuncia sporta da G.L., creditore del figlio del ricorrente, U., che aveva avviato un procedimento di esecuzione immobiliare nei suoi confronti e aveva proceduto al pignoramento e alla richiesta di messa in vendita dell'abitazione di cui lo stesso era proprietario. In una situazione caratterizzata da plurime iniziative giudiziarie (civili e penali) da parte di L.U., al quarto esperimento di vendita l'immobile era aggiudicato al padre G., per la somma di Euro 25.000 da corrispondere entro il 23 maggio 2018, scadenza che non veniva rispettata con conseguente decadenza. Dopo due istanze rivolte da L.U. al Giudice dell'esecuzione, l'ultimo giorno utile per il pagamento del prezzo L.G. aveva infatti depositato personalmente una lettera in cui affermava di subordinarne il versamento alla corresponsione di un rendiconto delle spese condominiali, che sosteneva di non conoscere per l'esatto importo. Il mancato pagamento determinava tuttavia la decadenza dall'aggiudicazione.

In motivazione

Tanto premesso in linea di fatto, ritiene il Collegio che la condotta tenuta dall'imputato, pur connotata obiettivamente da una serie di manovre dilatorie peraltro neppure contestate nel capo di imputazione, non rientra nella fattispecie criminosa delineata nell'art. 353 c.p., essendo invece riconducibile all'ipotesi di natura meramente civilistica del mancato versamento del prezzo da parte dell'aggiudicatario inadempiente, disciplinata dagli artt. 585-587 c.p.c..

Rilevano in tal senso, da un lato, la predisposizione di assegni bancari dotati di adeguata provvista nella fase iniziale e la circostanza, pur verificatasi dopo la pronuncia di primo grado e documentata nei "motivi nuovi", della definitiva aggiudicazione dell'immobile (in data 13 dicembre 2019) a L.. E' altresì incontroverso che questi non fu posto inizialmente a conoscenza dell'effettivo ammontare delle spese condominiali, il cui prospetto gli venne consegnato solo in epoca di poco anteriore alla seconda asta, conclusasi con l'effettiva aggiudicazione allo stesso. Dati di fatto, questi, che evidenziano comunque l'assenza di mezzi fraudolenti o violenti.

Va rimarcato che il reato di turbata libertà degli incanti si configura come reato a forma libera (avendo il legislatore inteso ricomprendere tutti i mezzi concretamente idonei a turbare la libertà degli incanti, alterando il regolare funzionamento e la libera partecipazione degli offerenti alla gara) e di pericolo (non occorrendo il conseguimento del risultato perseguito dall'autore, ma la semplice idoneità degli atti ad influenzare l'andamento della gara: Sez. 6, n. 10272 del 23/01/2019, Cersosimo, Rv. 275163), per il quale è sufficiente il dolo generico (consistente nella coscienza e volontà di impedire, turbare la gara o allontanare gli offerenti: Sez. 6, n. 653 del 14/10/2016, Cersosimo, Rv. 269526).

E però, a ben vedere, le condotte pure obiettivamente dilatorie e ostruzionistiche tenute da L. restano estranee al perimetro definitorio della fattispecie criminosa di cui all'art. 353 c.p. e perciò all'area di rilevanza penale delle stesse, non essendo stata violata con mezzi violenti o fraudolenti la par condicio dei creditori, né tantomeno la libera concorrenza all'interno della procedura esecutiva immobiliare de qua.

Cassazione penale sez. VI, 11/01/2022, n.17876

Non configura il reato la condotta perturbatrice caratterizzata da mala gestio ma che non condiziona la procedura selettiva del contraente

Ai fini della integrazione del reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, la condotta perturbatrice deve essere finalizzata ad inquinare il contenuto del bando di gara o di altro atto che, dettando i requisiti e le modalità di partecipazione alla competizione, assolve ad analoga funzione, sicché non configura il reato la condotta perturbatrice che, senza condizionare la procedura selettiva del contraente, sia espressione di diffusa mala gestio dell'amministrazione. (Fattispecie relativa ad affidamento diretto formalmente legittimo, in cui la Corte ha ritenuto estranea al perimetro della fattispecie incriminatrice la condotta consistita nel simulare come non ancora eseguiti taluni lavori, così da ottenere una copertura finanziaria cui non si aveva diritto).

Il caso

All'indagata, Sindaco pro tempore del Comune di San Nicola Arcella, è contestato, in concorso con altri, di aver turbato il procedimento di scelta del contraente oggetto della delibera della giunta comunale n. 83 dell'08.10.2019 - riguardante l'approvazione del progetto dei lavori di adeguamento e messa in sicurezza di impianti su aree di proprietà comunale e che comprendeva anche alcuni lavori di sostituzione di una determinata condotta- da cui era derivata la successiva determinazione n. 90 del 25.10.2019 con la quale erano stati affidati alla società Edil costruzioni di R.E. e C. oltre a lavori di adeguamento e messa in sicurezza di alcuni impianti, anche quegli stessi lavori di sostituzione della condotta idrica che erano già stati deliberati l'8.10.2019 e che, in realtà, erano stati eseguiti nei mesi precedenti - e segnatamente in data 13/14 agosto 2019 - non già dalla Edil Costruzioni, cioè dalla ditta aggiudicatrice, ma dalla De Summa s.r.l. unipersonale (così l'imputazione provvisoria al capo 9).

In motivazione

La disposizione normativa di cui all'art. 353-bis c.p. è stata introdotta dal legislatore con la L. 13 agosto 2010, n. 136, art. 10, (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 c.p., 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 enunciate 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 esigenza 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 conegni 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 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).

Le condotte dirette ad interferire illecitamente sulla determinazione del contenuto del bando di gara, o dell'atto ad esso equipollente, assumono rilevanza a condizione che l'organo o l'ente pubblico abbia in essere un procedimento amministrativo che dimostri la volontà di contrarre, che cioè vi sia una procedura amministrativa finalizzata alla gara, alla predisposizione di un bando o di un atto ad esso equipollente (Sez. 6, n. 26840 del 14/4/2015, Boschi, Rv. 263834).

4. In tale contesto si pone la questione del se il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente sia configurabile anche quando, come nel caso di specie, la condotta perturbatrice non sia finalizzata ad inquinare lo sviluppo di una procedura selettiva, ma a consentire, attraverso l'affidamento diretto, di portare a compimento "una mala gestio complessiva" (così il ricorso a pag. 9), cioè a dare attuazione, attraverso il ricorso legittimo all'affidamento diretto, ad un inquinamento diffuso e preesistente.

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 c.p..

4.1. La Corte di cassazione ha chiarito recentemente la questione.

Si è spiegato che, secondo una prima opzione interpretativa, l'art. 353-bis c.p., 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 - del tutto sovrapponibile a quella in esame - 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).

Si tratta di decisioni che, 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 c.p..

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.

4.2. Si tratta di una opzione interpretativa che la Corte non ha condiviso con motivazioni che in questa sede è opportuno riprendere e ribadire.

La Corte di cassazione 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 c.p. - 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 c.p. (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 c.p..

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 nocumento (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 c.p., 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 "pre-commerciali 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, Tatò, Rv. 250732; Sez. 6, n. 13124 del 28/1/2008, Mancianti, 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 configurabile il delitto previsto dall'art. 353-bis c.p..

4.3. 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 configurabile in presenza di un affidamento diretto che, come nel caso di specie, sia formalmente legittimo, ma sia "inquinato" da una condotta perturbatrice precedente, quella cioè con cui si era deciso di simulare la esecuzione di lavori in realtà già eseguiti.

A differenza di quanto previsto dall'art. 353 c.p., 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 - odi 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 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 consegue che la condotta di turbamento, per assumere rilievo ai fini della sussistenza del reato previsto dall'art. 353-bis c.p., deve innestarsi ed intervenire in un procedimento amministrativo che contempli 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.

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 espressione di un inquinamento generale, a monte, e dunque non volta ad impedire la gara attraverso l'affidamento illegittimo diretto dei lavori, è esterna rispetto al perimetro testuale della norma.

La valorizzazione della componente finalistica, ove pure fosse realmente sottesa come ipotizza il Procuratore - alla ratio della disposizione criminosa, produrrebbe una tensione con il principio di legalità perché finirebbe per introdurre un nuovo e diverso elemento di struttura (l'inquinamento del procedimento finalizzato ad evitare la gara, rispetto all'inquinamento volto a condizionare la gara) che la lettera della norma incriminatrice obiettivamente non prevede.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 98 del 2021 ha nuovamente spiegato come il divieto di analogia non consenta di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo.

Si è chiarito come sia il "testo della legge - non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza - che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore" e come ciò valga "non solo per il nostro, ma anche per altri ordinamenti ispirati alla medesima prospettiva, come dimostra la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, secondo cui in materia penale "il possibile significato letterale della legge fissa il limite estremo della sua legittima interpretazione da parte del giudice".

Dunque, la stretta osservanza del principio di legalità preclude all'interprete di abbandonare il dato letterale della norma incriminatrice ed il suo significato semantico, per ricercare profili ulteriori in grado di colorare ulteriormente il perimetro dell'illecito.

4.4. Ne consegue che in caso di affidamento diretto il delitto previsto dall'art. 353-bis c.p.: a) è configurabile nei casi in cui la trattativa privata, al di là del nomen juris, si svolga a mezzo di una gara, sia pure informale; b) non è configurabile nelle ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata svincolata da ogni schema concorsuale; c) non è configurabile quando la decisione di procedere all'affidamento diretto sia essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara, nel senso in precedenza indicato (così testualmente da ultimo, Sez.6, n. 5336 del 28/10/2021, Zappini).

5. Nel caso di specie, non è chiaro, né è stato sviluppato nel ragionamento del Tribunale, perché il Sindaco, che avrebbe attestato falsamente nella Delib. 8 ottobre 2019, n. 83 che i lavori - anche quelli già eseguiti - avrebbero dovuto avere inizio entro il 31.10.2019 e che ciò avrebbe fatto "per coprire la spesa" ricorrendo al "decreto Salvini", sarebbe estraneo alle successive condotte volte a garantire, attraverso l'affidamento diretto dei lavori alla Edil Costruzioni di R.E., che il complessivo illegittimo sistema producesse il risultato voluto, quello cioè di far "apparire" i lavori non eseguiti ed usufruire in tal modo della copertura finanziaria assicurata dal "decreto Salvini" a cui, almeno in parte, non si aveva diritto.

E' vero, come correttamente ha osservato il Procuratore ricorrente, che la scelta della Edil Costruzioni, cioè di una impresa "amica" che avrebbe dovuto eseguire i lavori - anche quelli già eseguiti- avrebbe potuto essere "inquinata" dalla necessità, da un lato, di conseguire, da parte del Comune e del Sindaco, il risultato sperato - cioè la copertura finanziaria anche per la quota parte di lavori per la quale non si aveva diritto-e, dall'altro, di garantire comunque il compenso all'impresa che già aveva eseguito i lavori, atteso che la "nuova" impresa avrebbe dovuto "girare" a questa una quota parte del proprio corrispettivo.

Tuttavia si è in presenza di una condotta, rispetto alla quale, non si contesta l'inesistenza dei presupposti per l'affidamento diretto in un procedimento che prevedeva un segmento valutativo e di comparazione tra più soggetti, quanto, piuttosto, un globale meccanismo con attitudine inquinante che era "a monte" della decisione di procedere all'affidamento diretto, e che forse avrebbe dovuto garantire al Comune di usufruire di denaro pubblico al quale non si aveva diritto.

Tale condotta in ogni caso non integra per le ragioni indicate il reato previsto dall'art. 353 bis c.p.