

Penale Sent. Sez. 6 Num. 38509 Anno 2018

Presidente: FIDELBO GIORGIO

Relatore: COSTANTINI ANTONIO

Data Udiienza: 24/05/2018

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

GARILLI FERDINANDO MARIA, nato a CATANIA il 19/04/1972

avverso l'ordinanza del 09/03/2018 del Tribunale del riesame di Catania

udita la relazione svolta dal consigliere Antonio Costantini;

sentite le conclusioni del PM, in persona del Sostituto Procuratore generale Perla Lori, che ha concluso per il rigetto.

Udito il difensore avv. Enrico Trantino che ha richiesto l'accoglimento del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Garilli Ferdinando Maria ricorre avverso l'ordinanza del Tribunale del Riesame di Catania, che ha confermato l'ordinanza emessa dal G.i.p. dello stesso Tribunale in data 22 febbraio 2018, con cui era stata applicata la misura cautelare degli arresti domiciliari in ordine al delitto di cui agli art. 110, 353 cod. pen. (capo D) per concorso in turbativa d'asta relativa all'incarico di progettazione per la qualificazione della pista di atletica leggera dell'impianto sportivo "Tupparello" di Acireale, fatto commesso nell'aprile del 2017.

Il Tribunale del riesame ha contestualmente dichiarato inammissibile il ricorso con riferimento al capo E) in ordine al delitto di cui agli artt. 110, 353 cod. pen., per il quale il G.i.p. di Catania ha dichiarato la propria incompetenza in favore della autorità giudiziaria di Messina che, a seguito di trasmissione degli atti, aveva convalidato la misura ex art. 27 cod. proc. pen., con conseguente inefficacia del titolo cautelare del G.i.p. di Catania per il quale era stata proposta impugnazione.

2. La vicenda è inerente ad indagini poste in essere a carico di professionisti ed amministratori pubblici per reati che, sulla base dell'imputazione provvisoria, sono stati portati a termine nei confronti dei comuni di Malvagna e, per quanto concerne l'ordinanza scrutinata, Acireale.

Garilli Ferdinando Maria, quale libero professionista, è accusato, sulla base della preliminare contestazione contenuta nel titolo cautelare, in concorso con Sapienza Anna Maria e Finocchiaro Eva (moglie del ricorrente), liberi professionisti, Barbagallo, capo area tecnica del comune di Acireale, e Sardo Giuseppe, assessore allo sport ed alle politiche giovanili del citato comune, di avere, con collusione e mezzi fraudolenti, turbato la gara per l'affidamento degli incarichi di progettista della qualificazione della pista di atletica di Acireale (capo D).

3. Garilli deduce quale unico motivo la violazione dell'art. 353 cod. pen. e vizi di motivazione.

Si contesta la qualificazione giuridica dell'elemento oggettivo del reato non qualificabile "gara" avendo previsto l'invio di richieste di parcella a tre professionisti. Quanto realizzato, si osserva, non presenta alcun criterio selettivo, né la richiesta di parcella inviata ai professionisti indica i criteri cui l'offerta deve attenersi.

Si è avuta una semplice comparazione di offerte in cui la P.A. è rimasta libera di effettuare la scelta del contraente; la richiesta di preventivi non ha fatto venir meno la natura di affidamento diretto dell'incarico in favore del Garilli ex art. 36, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, modificato dal d.lgs. del 19 aprile 2017, n. 56, essendo l'importo notevolmente inferiore ad euro 40.000.

Dal testo delle lettere inviate ai professionisti emerge che non fosse stato richiesto loro alcun ribasso, ma unicamente l'importo della parcella per l'attività professionale. Alla parcella è conseguita la libera scelta dell'amministrazione che non era tenuta all'osservanza di alcun meccanismo selettivo.

Evidente è, quindi, l'illogicità della motivazione del Tribunale che ha ritenuto la richiesta di preventivo quale avviso di gara, in tal senso estendendo

analogicamente la fattispecie penale dell'art. 353 cod. pen. a condotte chiaramente estranee.

Si censura l'omessa motivazione, inoltre, della censura con cui è stato evidenziato che nessuna lesione era stata realizzata nei confronti del bene giuridico tutelato dall'art. 353 cod. pen., visto che l'offerta del Garilli era di circa l'80% inferiore a quello di altro professionista, delineandosi, in conclusione, un caso classico di reato impossibile.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il motivo con il quale il ricorrente deduce l'assenza di elementi da cui evincersi che quella posta in essere da parte dell'amministrazione comunale di Acireale sia qualificabile come gara, elemento caratterizzante la fattispecie di cui all'art. 353 cod. pen., è fondato.

2. Deve essere tenuto fermo il principio di diritto espresso da questa Corte secondo cui il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione in cui vi è una procedura di gara, anche informale e atipica, mediante la quale la P.A. proceda all'individuazione del contraente, a condizione, tuttavia, che l'avviso informale di gara o il bando, o comunque l'atto equipollente, pongano i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto e i criteri in base ai quali formulare le proprie offerte, sicché deve escludersi l'esistenza di una gara allorché, a prescindere dalla legittimità del meccanismo adottato, sia prevista solo una comparazione di offerte che la P.A. è libera di valutare, in mancanza di precisi criteri di selezione. (Sez. 6, n. 8044 del 21/01/2016, PG in proc. Cereda, Rv. 266118).

Deve, infatti, rilevarsi che il delitto in questione 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.

Non può parlarsi di gara quando non vi sia una reale e libera competizione tra più concorrenti, circostanza che si verifica nel caso in cui singoli potenziali contraenti, individualmente interpellati, presentino le rispettive offerte e l'amministrazione mantenga la facoltà di un ampio potere di apprezzamento di scelta del contraente secondo criteri di convenienza e di opportunità propri della contrattazione tra privati (Sez. 6, n. 9385 del 13/04/2017, dep. 2018, Giugliano, Rv. 272227; Sez. 6, n. 12238 del 30/09/1998, De Simone ed altro, Rv. 213033; Sez. 6, n. 1412, 23/10/1998, P.M. in proc. Coccimiglio, non massimata).

Ug

In assenza di una ben definita procedimentalizzazione delle forme e dei meccanismi idonei a selezionare le offerte che pongano i partecipanti in competizione e concorrenza tra loro, non si realizza una "gara" quanto, piuttosto, una semplice comparazione di offerte non vincolante per la P.A.

3. Se quanto sopra delinea quella che non può essere definita "gara" e, quindi, circoscrive l'area esterna alla fattispecie dell'art. 353 cod. pen., sotto l'opposto versante si deve precisare che si reputa esserci una "gara" allorché si realizza una competizione tra le offerte tramite procedure amministrative "informali" o di "consultazione" nelle quali la pubblica amministrazione fa dipendere l'aggiudicazione di contratti dall'esito dei contatti di soggetti che, consapevoli delle offerte di terzi, propongono le proprie condizioni quale contropartita di ciò che serve alla pubblica amministrazione (Sez. 6, n. 4741 del 31/10/1995, dep. 1996, Cuoco ed altri, Rv. 204646).

Concezione sostanzialistica questa, non vincolata dallo specifico *nomen iurius*, necessaria per circoscrivere l'ambito applicativo della fattispecie penale dell'art. 353 cod. pen. la cui oggettività giuridica consiste proprio nell'interesse della P.A. alla regolarità e alla libertà della gara, cioè "alla esigenza della protezione dello svolgimento della regolarità della gara e alla pretesa della genuinità del risultato della stessa, come effetto di una competizione svoltasi in libera concorrenza", interpretazione che non integra un'applicazione analogica della fattispecie criminosa di cui all'art. 353 c.p., in quanto non ne allarga l'ambito di applicazione, bensì concreta una interpretazione estensiva, sulla base dell'*eadem ratio* in quanto tesa a garantire il regolare svolgimento sia dei pubblici incanti e delle licitazioni private sia delle gare informali o di consultazione, che finiscono con il realizzare, sostanzialmente, delle licitazioni private (così, Sez. 6, n. 12238 del 30/09/1998, De Simone, cit.), orientamento confermato da questa Suprema Corte in numerose occasioni (Sez. 6, n. 44829 del 22/09/2004, Di Vincenzo, Rv. 230522; Sez. 6, n. 13124 del 28/01/2008, P.M. in proc. Mancianti ed altri, Rv. 239314; Sez. 6, n. 29581 del 24/05/2011, Tatò, Rv. 250732), ritenendo la configurabilità del reato in ogni situazione nella quale la P.A., anche in assenza di formalità, proceda all'individuazione del contraente mediante una gara.

Nella scelta del contraente assume rilievo preponderante la possibilità dei diversi partecipanti di cogliere quali debbano essere i criteri sulla base dei quali l'amministrazione opererà la scelta, in assenza dei quali e della loro reciproca conoscenza alla luce della assenza di qualsivoglia preliminare regola in concreto utilizzata a tal fine, mancando la possibilità di delineare un'offerta in astratta contrapposizione comparativa con altri soggetti giuridici, non ha senso parlare di

impedimento e turbamento tramite violenza, minaccia, doni promesse e collusioni, la cui rilevanza ai fini della scelta del contraente risulta *ab origine* logicamente preclusa.

4. Nel caso oggetto di scrutinio l'amministrazione comunale di Acireale aveva inviato, separatamente e distintamente, una missiva a più professionisti, atto allegato ai ricorsi e su cui è stata chiesta specifica motivazione al Tribunale del riesame, nella quale vi era la sola "richiesta di parcella" senza alcun riferimento al criterio sulla base del quale sarebbe poi stato assegnato l'incarico, affermandosi che tanto non implicasse la realizzazione di una gara.

A fronte di tale deduzione anche fondata su specifica allegazione della missiva, comunque a disposizione dei giudici, il Tribunale ha ritenuto che l'amministrazione avesse inviato a tre professionisti lo schema base di parcella invitando gli stessi ad effettuare un ribasso e, quindi, realizzandosi una simulazione di gara, evenienza nota a tutti i partecipanti.

Specifico richiamo è stato effettuato alla giurisprudenza di questa Corte secondo cui, anche in presenza di una gara informale, nonostante la mancanza di un obbligo in tal senso, si dovesse ritenere integrato il reato, smentendo la operatività del principio di diritto, sopra espresso, per il quale deve escludersi l'esistenza di una gara quando sia prevista solo una comparazione di offerte che la P.A., in mancanza di precisi criteri di selezione, è libera di valutare (Sez. 6, n. 8044 del 21/01/2016, PG in proc. Cereda, Rv. 266118).

5. Evidente risulta il vizio di motivazione in ordine allo specifico aspetto che, per quanto sopra enunciato in ordine ai circoscritti ambiti di integrazione della fattispecie, assume carattere preponderante.

La presenza di più missive inviate a distinti professionisti nelle quali si richiede esclusivamente un preventivo di parcella al fine del conferimento di un immediato incarico professionale ed in assenza di qualsivoglia riferimento ai criteri che sarebbero stati seguiti ai fini della conclusione del contratto, non è idoneo a realizzare la gara, secondo l'interpretazione che a tale temine è stato assegnato dalla citata giurisprudenza che ha circoscritto i principi sulla portata dell'art. 353 cod. pen.

In tal senso illogico e immotivato è ritenere che la scelta sarebbe comunque caduta sul professionista che avesse formulato l'offerta economicamente più vantaggiosa o, rifacendosi alla motivazione contenuta nell'ordinanza genetica, la parcella più bassa, ponendo i partecipanti in condizioni di valutare le regole che presiedevano il confronto.

Tanto perché, in assenza di indicazioni emergenti dalla missiva che risulta inviata singolarmente a ciascun professionista, senza alcun riferimento alla circostanza che la preferenza sarebbe caduta sulla parcella più economica, priva di base logica risulta la motivazione del Tribunale rispetto alla specifica allegazione sottoposta alla sua attenzione.

In assenza di regole determinate, inoltre, irrilevante è la circostanza valorizzata dal Tribunale secondo cui la condotta del ricorrente, unitamente a quella dei concorrenti, era preordinata proprio a veicolare la scelta del concorrente in via preventiva; risultato che, se può assumere distinta rilevanza penale, risulta eccentrico rispetto all'oggetto giuridico tutelato dall'art. 353 cod. pen., che impone la previa verifica dell'esistenza di una gara, prima di accertare se la condotta sia complessivamente tesa a selezionare illegalmente il contraente.

6. In tal senso è esplicita proprio la giurisprudenza di cui il Tribunale ha ritenuto non ricorrere gli estremi ai fini dell'applicazione del relativo principio di diritto, secondo cui si esclude l'esistenza di una gara allorché, a prescindere dalla legittimità del meccanismo adottato, sia prevista solo una comparazione di offerte che la P.A. è libera di valutare, in mancanza di precisi criteri di selezione (Sez. 6, n. 8044 del 21/01/2016, PG in proc. Cereda, Rv. 266118).

Al riguardo si palesa irrilevante la verifica sulla conformità della procedura a quanto stabilito dall'art. 36, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, modificato con d.lgs. del 19 aprile 2017, n. 56 che prevede l'affidamento diretto da parte della stazione appaltante senza la necessaria previa consultazione degli operatori economici. Ciò che rileva, per quanto sopra detto in ordine alla sussistenza o meno di una gara, non è la necessità o meno di seguire una determinata procedura ovvero averne illegalmente omesso la previsione (circostanza non irrilevante sotto distinto profilo penale), quanto, più semplicemente, se l'amministrazione, a prescindere dalla disciplina, abbia proceduralizzato attraverso criteri predeterminati la comparazione delle offerte, fissando parametri idonei, noti e messi a disposizione degli offerenti, sulla cui base provvedere a selezionare il contraente, evenienza assente nel caso scrutinato.

7. Dalla complessiva valutazione che ha portato questa Corte a ritenere carente un elemento indispensabile ai fini della astratta sussunzione delle condotte contestate in quella di cui all'art. 353 cod. pen., sempre nei limiti della verifica propria dell'ambito cautelare, discende l'annullamento senza rinvio, con contestuale annullamento dell'ordinanza genetica.

La

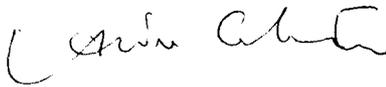
8. Dall'annullamento dell'ordinanza consegue la cessazione degli effetti della misura cautelare con rimessione in libertà di Garilli Frenando Maria se non detenuto per altra causa.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata nonché l'ordinanza emessa dal Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Catania del 22 febbraio 2018.
Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di cui all'art. 626 cod. proc. pen.

Così deciso il 24/05/2018

Il Consigliere estensore
Antonio Costantini



Il Presidente
Giorgio Fidelbo