



ORDINE DEI  
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI  
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



La crisi d'impresa nelle procedure a evidenza pubblica

# La tutela penale delle procedure ad evidenza pubblica

**Avv. Andrea Alfonso  
Stigliano**

---

19 luglio 2018, corso Europa 11 – Milano

# I reati posti a tutela delle procedure ad evidenza pubblica

Fattispecie di reato specificamente posti a tutela delle procedure ad evidenza pubblica:

- Articolo 353 c.p. – turbata libertà degli incanti
- Articolo 353 *bis* c.p. – turbata libertà nel procedimento di scelta del contraente
- Articolo 354 c.p. – astensione dal concorrere agli incanti a seguito di promessa o dazione di denaro o altre utilità
- Articolo 355 c.p. – inadempimento dei contratti di pubbliche forniture
- Articolo 356 c.p. – frode nelle pubbliche forniture

Le prime tre fattispecie riguardano la fase che precede la conclusione di un contratto. Le ultime due, invece, riguardano la fase successiva, di esecuzione.

## Articolo 353 c.p. - Turbata libertà degli incanti

**Chiunque, 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, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032.**

**Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'Autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da euro 516 a euro 2.065.**

**Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà.**

## Turbata libertà degli incanti: «pubblici incanti o licitazioni private» (I)

Tali procedure non sono più previste nel codice degli appalti (sin dal 2006) il quale parla, invece, di:

- Procedura aperta (Art. 60)
- Procedura ristretta (Art. 61)
- Procedura competitiva con negoziazione (Art. 62)
- Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (Art. 63)
- Dialogo competitivo (Art. 64)

Secondo la dottrina dominante, la modifica della normativa extra penale che disciplina gli appalti avrebbe comportato una implicita abolizione della norma in forza del principio di stretta legalità che domina nel sistema di diritto penale.

# Turbata libertà degli incanti: «pubblici incanti o licitazioni private» (II)

L'approccio sostanzialistico della Giurisprudenza

Il delitto è configurabile:

- *in ogni situazione in cui vi sia una procedura di gara, anche informale e atipica, quale che sia il nomen iuris adottato ed anche in assenza di formalità, 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, previamente indichi i criteri di selezione e di presentazione delle offerte, ponendo i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto ed i criteri in base ai quali formulare le proprie offerte (ex multis, Cass. Pen. Sez. 6, n. 8044 del 21/01/2016)*

Le locuzioni «gara nei pubblici incanti» o «licitazione privata»:

- *non hanno, propriamente, un significato normativo mutuato dalle procedure per l'aggiudicazione degli appalti per pubbliche forniture e con l'osservanza dei termini e delle disposizioni legislative sulla contabilità di Stato, ma vanno riferite ad ogni procedura di gara, anche informale ed atipica, mediante la quale la singola pubblica amministrazione decida di individuare il contraente e concludere un contratto, assicurando una libera competizione tra più concorrenti (Cass. Pen. Sez. 6, n. 13124 del 28/01/2008)*

## Turbata libertà degli incanti: le condotte rilevanti

Mentre i concetti di violenza, minaccia, o con doni, promesse sono concetti di facile comprensione, occorre soffermarsi sul concetto di collusione e di altri mezzi fraudolenti.

Nella giurisprudenza prevalente:

- costituiscono **collusioni** penalmente rilevanti per la consumazione del delitto «tutti gli accordi preventivi intervenuti tra i partecipanti alla gara sui contenuti specifici delle rispettive offerte, diretti a modificare, invalidandolo, il principio della libera concorrenza tra singoli soggetti giudici che partecipano in via autonoma alla gara».
- La presenza "di offerte formalmente diverse ma imputabili ad un unico centro di interessi" è ritenuta di per sé idonea a provare l'esistenza di siffatti accordi e quindi la turbativa della gara (Cass. pen., Sez. VI, 5 aprile 2012, n. 18161).

## Turbata libertà degli incanti: le condotte rilevanti (II)

Con riferimento al mero collegamento formale tra due imprese, la giurisprudenza più recente tende a escludere che tale situazione costituisca di per sé collusione rilevante ai fini del delitto di turbativa d'asta ma, piuttosto, assume rilevanza in quanto sintomatica di un collegamento sostanziale tra gli offerenti

La giurisprudenza:

- Ritiene che integri la fattispecie descritta dall'art. 353 c.p. «*la condotta dei legali rappresentanti di società formalmente diverse, ma che sostanzialmente costituiscono un solo centro di interessi, e che, al fine di avere più possibilità di vittoria, presentano differenti offerte ad una gara d'appalto*» (Cass. Pen., Sez. VI, 8 giugno 2010, n. 40831)
- Esclude la immediata rilevanza del collegamento formale, richiedendo la prova di una effettiva commistione nella gestione delle imprese partecipanti alla procedura come concorrenti nonché l'alterazione delle offerte presentate quale conseguenza di tale collegamento (Tribunale di Milano n. 10301/2012)

## Turbata libertà degli incanti: le condotte rilevanti (III)

- «Altri mezzi fraudolenti»: una locuzione dotata di una latitudine potenzialmente amplissima ed evidentemente carente di qualsivoglia tassatività
- Il tentativo della giurisprudenza di legittimità di ridimensionare la portata applicativa: «*L'espressione "mezzi fraudolenti" richiama il concetto di "frode", che, secondo il comune linguaggio, significa "qualsiasi inganno, artificio o astuzia malvagia con cui si sorprende l'altrui buona fede"; inoltre, il legislatore penale, sia pure in relazione ad una disciplina di "settore" quella dei reati tributari, riferisce espressamente la frode ad ipotesi di mendacio documentale*» (Cassazione penale, sez. VI, 09/11/2017 n. 57251).
- Anche un'offerta in ribasso assolutamente anomala ed economicamente del tutto ingiustificata effettuata nella consapevolezza che essa concorresse in modo del tutto prevalente a determinare a livello minimo la cosiddetta "offerta media" idonea ad identificare l'aggiudicatario della gara può integrare l'artificio sufficiente ad impedire o turbare il regolare gioco della concorrenza
- Anche anomalie procedurali come il ricorso a prestanome o l'indicazione di informazioni scorrette ai partecipanti rilevano
- Integra il reato di turbata libertà degli incanti la "collusione" tra il preposto alla gara ed uno dei concorrenti, per effetto della quale il primo fornisca al secondo suggerimenti e consigli ai fini della determinazione del contenuto dell'offerta da presentare

## Turbata libertà degli incanti: le pene

Alcune delle condotte sopra menzionate non appaiono davvero meritevoli di una sanzione penale punita con un massimo di 5 anni di reclusione.

Tale reato era prima punito con una pena sino a due anni. L'attuale cornice edittale (6 mesi 5 anni) veniva modificata con la legge 13 agosto 2010 n. 136. Questo aumento, non è solo rilevante da un punto di vista di gravità della sanzione, ma ha importanti conseguenze sul piano processuale:

- possibilità di chiedere la misura cautelare della custodia in carcere
- possibilità per il Pubblico Ministero di chiedere al GIP di disporre intercettazioni.

## Articolo 353 *bis* c.p. - Turbata libertà nel procedimento di scelta del contraente

**Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque 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 è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032.**



# Turbata libertà nel procedimento di scelta del contraente: analisi del reato (I)

- Norma introdotta con la legge n. 136 del 2010 per colmare vuoto legislativo
- La norma punisce il soggetto che 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
- Il riferimento agli "atti equipollenti" consente di ricondurre nello schema descrittivo del delitto anche quelle procedure di aggiudicazione per le quali la ricerca del contraente prescinde da una gara formale: si pensi alle procedure ristrette senza previa pubblicazione di un bando di gara oppure alle c.d. spese in economia
- Tale norma intende fronteggiare un fenomeno degenerativo, largamente evidenziato dalla prassi, di svolgimento delle gare d'appalto c.d. "su misura", volte a favorire una determinata impresa, avente proprio le caratteristiche previste nel bando di gara (o da atto ad esso equipollente)

## Turbata libertà nel procedimento di scelta del contraente: analisi del reato (II)

- Per orientamento giurisprudenziale ormai consolidato si tratta di un reato di pericolo: il reato si consuma indipendentemente dalla realizzazione dello scopo dell'agente ovvero indipendentemente dal condizionamento delle modalità di scelta del contraente
- È quindi sufficiente che sia posta concretamente in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando di gara ma non anche che il contenuto del provvedimento venga effettivamente modificato in modo tale da interferire sull'individuazione dell'aggiudicatario

## Articolo 354 c.p. – Astensione dal concorrere agli incanti a seguito di promessa o dazione di denaro o altre utilità

**Chiunque, per danaro, dato o promesso a lui o ad altri, o per altra utilità a lui o ad altri data o promessa, si astiene dal concorrere agli incanti o alle licitazioni indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione sino a sei mesi o con la multa fino a cinquecentosedici euro**



## Astensione dal concorrere agli incanti a seguito di promessa o dazione di denaro o altre utilità: analisi del reato

- Sanziona le condotte di chi da un lato dà o promette somme di denaro o altre utilità e dall'altro chi, in cambio di dette utilità, si astiene dal concorrere o partecipare alle procedure di evidenza pubblica
- Nonostante venga utilizzato il vocabolo "chiunque" per indicare il soggetto attivo, è pacifico che con il termine ci si riferisca solo ai "candidati", ovvero coloro i quali si apprestano ad avanzare un'offerta

# Astensione dal concorrere agli incanti a seguito di promessa o dazione di denaro o altre utilità: rapporto con l'art. 353 c.p.

- Si assiste ad una sostanziale abrogazione della fattispecie in favore del più grave reato di turbata libertà degli incanti:
  - *«Integra il delitto di turbata libertà degli incanti e non quello meno grave di astensione dagli incanti la condotta di chi non si limita ad astenersi dal concorrere agli incanti o alle licitazioni private in cambio della dazione o della promessa di danaro o altre utilità, ma partecipa altresì in maniera attiva all'intesa illecita finalizzata ad impedire o turbare la gara ovvero allontanarne gli offerenti» (Cass. Pen. 20 ottobre 2009)*
- In altri termini, la giurisprudenza ritiene sufficiente un qualsiasi comportamento attivo del "corrotto" che collabori con il soggetto che ha promesso o dato denaro o altre utilità perché si ricada nell'ipotesi del più grave

## Articolo 355 c.p. – Inadempimento dei contratti di pubbliche forniture

**Chiunque, non adempiendo gli obblighi che gli derivano da un contratto di fornitura concluso con lo Stato, o con un altro ente pubblico, ovvero con un'impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità, fa mancare, in tutto o in parte, cose od opere, che siano necessarie a uno stabilimento pubblico o ad un pubblico servizio, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a centotre euro.**

**Le stesse disposizioni si applicano ai subfornitori, ai mediatori e ai rappresentanti dei fornitori, quando essi, violando i loro obblighi contrattuali, hanno fatto mancare la fornitura.**

**Se il fatto è commesso per colpa, si applica la reclusione fino a un anno, ovvero la multa da cinquantuno euro a duemilasessantacinque euro.**



## Articolo 356 c.p. – Frode nelle pubbliche forniture

**Chiunque commette frode nella esecuzione dei contratti di fornitura o nell'adempimento degli altri obblighi contrattuali indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore a milletrentadue euro**



## Frode nelle pubbliche forniture: analisi del reato

- Questo reato si pone in continuità rispetto a quello precedentemente analizzato perché concerne un particolare tipo di inadempimento, ovvero sia un inadempimento commesso con «frode»
- Non richiede né gli artifici o i raggiri propri del reato di truffa, né la verifica di un danno per la parte offesa, ma si configura in presenza di una esecuzione dolosa del contratto pubblico di fornitura di cose o servizi caratterizzata da una qualche attitudine ingannatoria