



REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SESTA SEZIONE PENALE

24341-25

Composta da

Anna Criscuolo

- Presidente -

Sent.n.sez.767/25

Riccardo Amoroso

UP - 29/05/2025

Martino Rosati

R.G.N.12911/2025

Maria Sabina Vigna

Paolo Di Geronimo

- Relatore -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

Figheti Monica, nata a Novi Ligure il 17/1/1969

avverso la sentenza del 25/10/2024 emessa dalla Corte di appello di Milano

visti gli atti, la sentenza impugnata e il ricorso;

udita la relazione del consigliere Paolo Di Geronimo;

lette le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona della Sostituta Procuratrice generale Silvia Salvadori, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di appello confermava la condanna della ricorrente, in concorso con il Sindaco del Comune di Zavattarello, per il reato di cui all'art. 353-*bis* cod. pen., ritenendo che i predetti avrebbero turbato il procedimento di scelta del contraente in relazione all'affidamento del servizio di gestione dell'asilo nido comunale, in particolare, concordando l'offerta in modo tale che quella presentata dalla Figheti risultasse la più vantaggiosa.

2. Nell'interesse della ricorrente sono stati formulati quattro motivi di ricorso.

2.1. Con il primo motivo si deduce la violazione degli artt. 3 e 30 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, evidenziandosi come la sentenza di appello (al punto 5.3.) avesse erroneamente sovrapposto il contratto di appalto con l'attribuzione della gestione di un pubblico servizio in concessione. Invero, i due istituti sarebbero del tutto distinti, posto che nell'appalto il corrispettivo – per i lavori o servizi svolti – è interamente a carico della stazione appaltante, mentre nella concessione il corrispettivo deriva dalla gestione del servizio a titolo oneroso per gli utenti.

A fronte della chiara distinzione tra i due istituti, la Corte di appello avrebbe errato nel ritenere che l'appalto fosse lo strumento contrattuale mediante il quale veniva attribuita la gestione in concessione del servizio di asilo nido. Né a diverse conclusioni potrebbe condurre il documento, scambiato tra le parti, qualificato come "capitolato speciale d'appalto", dovendo prevalere la corretta qualificazione giuridica e, quindi, il fatto che il documento fosse unicamente destinato a disciplinare il rapporto concessorio tra il Comune e il gestore del servizio.

In quest'ambito, si ribadisce che il Comune non aveva avviato alcuna procedura comparativa per l'affidamento del servizio, essendosi limitato ad una preventiva indagine informale circa i soggetti potenzialmente interessati, per poi decidere, del tutto legittimamente, di instaurare le trattative precontrattuali con la sola Figheti.

Tale scelta, peraltro, doveva ritenersi pienamente legittima anche in assenza di una formale revoca del preavviso, posto che tale atto non costituiva di per sé un impegno vincolato a procedere alla scelta del contraente con una procedura comparativa.

2.2. Con il secondo motivo, si deduce il vizio di motivazione in ordine alla ritenuta sussistenza di una condotta idonea ad alterare il contenuto dell'atto equipollente al bando di gara.

La difesa ricostruisce lo svolgimento dei fatti segnalando che:

- il 14 dicembre 2018, nell'ambito di altro procedimento, l'utenza della Figheti veniva sottoposta a intercettazione;
- nel dicembre 2018, la Giunta comunale di Zavattarello approvava lo schema di avviso pubblico per l'affidamento in concessione dell'asilo nido, nonché la bozza di "avviso esplorativo";
- il termine per la presentazione delle manifestazioni di interesse scadeva il 27 gennaio 2019;
- il 24 gennaio 2019 veniva registrata la prima conversazione, nella quale la Figheti comunicava al Sindaco la propria intenzione di manifestare l'interesse all'affidamento;

- alla scadenza del termine perveniva, oltre a quella della ricorrente, un'altra manifestazione di interesse;
- nel marzo 2019, il Sindaco inviava alla Figheti la bozza di "capitolato d'appalto".

Sulla base della descritta sequenza temporale, risultava evidente come non vi fosse stato alcun accordo collusivo tra il Sindaco e la Figheti volta a costruire un avviso esplorativo contenente requisiti idonei a favorire quest'ultima, posto che in tutta la fase precedente alla pubblicazione del bando non vi era stato alcun contatto tra i due.

Ulteriore vizio di motivazione sarebbe ravvisabile nella ricostruzione dell'*iter* amministrativo, posto che l'avviso esplorativo era finalizzato esclusivamente ad acquisire eventuali manifestazioni di interesse, tuttavia, a seguito di tale fase, il Comune aveva ritenuto di non procedere con l'invio di lettere di invito, preferendo l'assegnazione della concessione secondo la procedura informale della trattativa privata, consentita dall'importo sotto soglia del contratto.

Quanto detto comporta che l'intera vicenda si è svolta senza che vi sia stato un "segmento valutativo concorrenziale", alterato dagli accordi collusivi, che costituisce l'elemento necessario per la configurabilità del reato.

Infine, la ricorrente sottolinea come anche la "trattativa" con il Sindaco, che aveva condotto alla riduzione del corrispettivo che avrebbero dovuto versare gli utenti del servizio (indicato nell'avviso come non superiore ad €600 e, invece, ridotto dalla Figheti a €500), non era certamente frutto di accordi collusivi. Dall'istruttoria dibattimentale, infatti, era emerso che la somma di 500€ era quella già applicata dalla Figheti presso l'asilo dalla predetta gestito a Varzi, ove fino a quel momento si rivolgevano gli utenti di Zavatterello. In buona sostanza, quindi, il Sindaco e la Figheti si erano limitati a concordare di applicare tariffe uguali tra l'asilo di Varzi e quello di Zavatterello.

2.3. Con il terzo motivo, si censura il vizio di violazione di legge nella parte in cui si è affermato che era stata ritenuta anomala la richiesta della Figheti di eseguire un sopralluogo presso i locali nei quali avrebbe dovuto gestire il servizio di asilo nido, omettendo di considerare che tale possibilità è espressamente prevista e disciplinata dall'art. 49 del d.lgs. n. 50 del 2016;

2.4. Con il quarto motivo, si deduce violazione di legge e vizio di motivazione in merito alla ritenuta insussistenza dei presupposti per la sostituzione della pena detentiva, in virtù di un precedente da cui l'imputata è gravata, definito con l'applicazione della pena.

3. Il ricorso è stato trattato in forma cartolare.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

2. L'esame dei primi due motivi di ricorso può essere svolto congiuntamente, dovendosi procedere alla qualificazione della procedura attuata dal Comune di Zavattarello per la scelta del contraente, nonché alla verifica circa la possibilità che tale *iter* sia stato alterato per effetto di condotte riconducibili nell'alveo dell'art. 353-bis cod. pen.

2.1. I fatti oggetto di giudizio sono stati conformemente ricostruiti nelle due sentenze di merito e, nella sostanza, non sono contestati dalla difesa.

I passaggi rilevanti possono essere così sintetizzati:

- la Giunta comunale (con delibera n.238 del 28 dicembre 2018) disponeva la pubblicazione di un avviso esplorativo di manifestazione di interesse a partecipare alla procedura negoziata per l'affidamento della gestione dell'asilo nido;
- i termini per la presentazione delle dichiarazioni di interesse decorrevano dall'11 al 27 gennaio 2019;
- l'avviso indicava l'importo mensile a base di gara, quale corrispettivo a carico degli utenti, non superiore ad euro €600,00, oltre ad un corrispettivo a carico del Comune, relativo all'intero periodo del contratto, pari ad €12.300,00;
- si prevedeva espressamente che *"il presente avviso ha scopo unicamente esplorativo, senza instaurazione di posizioni giuridiche o obblighi negoziali nei confronti dell'Ente, che si riserva la possibilità di sospendere, modificare o annullare in tutto o in parte il procedimento avviato, e di non dare seguito all'indizione della successiva gara informale per l'affidamento del servizio di cui trattasi, senza che i soggetti richiedenti possano vantare alcuna pretesa"*;
- entro il termine del 27 gennaio 2019, pervenivano al Comune due manifestazioni di interesse, una delle quali da parte della Figheti la quale, nel corso di un'intercettazione telefonica di alcuni giorni precedenti, si era informata con il Sindaco anche in ordine alla presenza o meno di altre manifestazioni di interesse;
- il Comune non procedeva con l'invito dei soggetti che avevano manifestato interesse a formulare le rispettive offerte;
- al contempo, si registravano plurime conversazioni nel corso delle quali il Sindaco e la Figheti discorrevano delle condizioni per l'affidamento del

servizio, dell'importo a carico degli utenti e dei locali ove l'asilo nido avrebbe dovuto operare, tant'è che si concordava anche un sopralluogo presso la futura sede dell'asilo.

Se quelli sopra indicati sono i passaggi di maggior rilievo, è opportuno evidenziare come le sentenze di merito abbiano dettagliatamente ricostruito i rapporti intercorsi tra la ricorrente e il Sindaco, evidenziando come, dopo che era scaduto il termine per la manifestazione di interesse, si instaurava un'interlocuzione unicamente con la ricorrente, finalizzata a stabilire i termini dell'accordo dando sostanzialmente per acclarato che il servizio sarebbe stato affidato alla Figheti, la quale a sua volta sollecitava più volte il Sindaco al fine di ottenere rassicurazioni in tal senso.

2.2. A fronte della ricostruzione in punto di fatto, immune da censure rilevabili in questa sede, si pongono due questioni aventi portata dirimente, dovendosi stabilire se l'iniziale scelta di sollecitare la manifestazione di interesse di più operatori potesse o meno vincolare la successiva decisione di affidare il servizio a trattativa privata e se, nella condotta sopra descritta, siano ravvisabili gli estremi del reato di cui all'art. 353-*bis* cod. pen.

2.4. Partendo da quest'ultimo aspetto, deve evidenziarsi come la sentenza di appello richiami ampiamente la giurisprudenza di legittimità, evidenziando in primo luogo che ai fini della configurabilità del delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, le condotte dirette ad interferire illecitamente sulla determinazione del contenuto del bando di gara, o dell'atto ad esso equipollente, assumono rilevanza solo se l'organo o l'ente pubblico abbia iniziato il procedimento amministrativo che dimostri la volontà di contrarre, senza che, per individuare tale inizio, sia necessario il ricorso a modelli tipizzati o riconducibili a normative specifiche (Sez.5, n. 26556 del 13/4/2021, Giamogante, Rv. 281470).

In applicazione di tale principio, si è affermato che, nel caso di specie, il procedimento amministrativo volto all'affidamento del servizio aveva preso avvio con la pubblicazione dell'avviso "esplorativo di manifestazione di interesse", tanto più che tale atto conteneva anche la determinazione dei criteri di scelta tra i contraenti e, quindi, era da individuarsi come atto equipollente all'atto di gara, idoneo ad introdurre un segmento valutativo concorrenziale, la cui alterazione darebbe luogo al reato.

2.5. Le affermazioni sopra sintetizzate non appaiono condivisibili, nella misura in cui non pongono in correlazione la determinazione dell'atto equipollente con il momento in cui sarebbero sopravvenute le condotte idonee ad alterare la

procedura di scelta del contraente.

Come condivisibilmente evidenziato dalla difesa, infatti, le sentenze di merito non hanno dimostrato contatti e accordi collusivi tra il Sindaco e la Figheti in epoca anteriore e prossima alla pubblicazione dell'avviso.

Sulla base di quanto emerso, infatti, i primi contatti tra i coimputati si collocano dopo la pubblicazione dell'avviso e prima della scadenza del termine per la manifestazione di interesse; la gran parte delle intercettazioni valorizzate nelle sentenze di merito, inoltre, attengono a interlocuzioni avvenute nel mese di febbraio, dopo che il Comune aveva evidentemente già deciso di non provvedere ad inviare le lettere di invito a formulare le proprie offerte ai due soggetti che avevano risposto alla manifestazione di interesse.

Si può pacificamente affermare, pertanto, che non solo non vi è prova di accordi finalizzati ad alterare il contenuto dell'atto equipollente all'avviso di gara, ma che la stessa imputazione non contemplava una simile eventualità, tant'è che le condotte costitutive del reato erano tutte riferite ad un'epoca successiva rispetto alla predisposizione e pubblicazione dell'avviso esplorativo.

Orbene, sulla base di tale premessa risulta non contestabile l'insussistenza del fatto.

La ratio del reato di cui all'art. 353-*bis* cod. pen. è quella di anticipare la tutela penale, rispetto al momento di effettiva indizione formale della gara, trattandosi di fattispecie che, a differenza del reato di turbativa d'asta, mira a prevenire la preparazione e l'approvazione di bandi personalizzati e calibrati proprio sulle caratteristiche di determinati operatori, costruiti in modo tale da predeterminare l'esito della procedura comparativa.

Ne consegue che il reato si consuma in presenza di una condotta idonea a indirizzare la procedura amministrativa volta a stabilire il contenuto del bando, in modo tale da predeterminare l'esito della gara e, trattandosi di reato di pericolo, non è necessario che il contenuto del bando, o di un atto ad esso equipollente, condizioni effettivamente 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).

In buona sostanza, quindi, deve precisarsi che il reato di cui all'art. 353-*bis* cod. pen. si configura in presenza di condotte manipolatorie della determinazione del contenuto del bando o dell'atto equipollente, a prescindere dall'effettiva successiva incidenza sull'esito della procedura comparativa. (Sez. 6, n. 6259 del 27/1/2016, Bellinazzo, Rv. 266313).

Tale conclusione è avvalorata dall'esame dei rapporti tra il reato di turbata libertà degli incanti (art. 353 cod. pen.) e di turbata libertà del procedimento di

scelta del contraente (art.353-*bis* cod. pen.), dovendosi ritenere che il *discrimen* vada individuato essenzialmente in relazione all'oggetto della condotta collusiva ed all'individuazione del momento in cui questa si perfeziona.

Nel caso in cui il procedimento di scelta del contraente è inficiato *ab origine*, in quanto la condotta volta a preferire uno dei possibili contraenti si realizza fin dalla predisposizione del bando di gara o dell'atto equipollente, si configura il reato di cui all'art. 353-*bis* cod. pen., a prescindere dal fatto che successivamente intervenga l'effettiva aggiudicazione in favore del soggetto preferito o che la gara – nonostante il vizio originario – si svolga ugualmente in maniera corretta.

Per converso, il reato di cui all'art. 353 cod. pen. risulterà integrato solo nei casi in cui le condotte illecite vengano realizzate dopo l'adozione del bando e alterino la procedura comparativa.

In buona sostanza, i rapporti tra le due figure criminose risultano chiaramente delineati e si fondano sulla differente collocazione temporale, in relazione all'iter procedimentale, della condotta illecita ed alla valorizzazione della tipicità descritta dalle norme in esame.

È pur vero che tale soluzione andrebbe in qualche modo a modificare il principio giurisprudenziale, in precedenza richiamato, secondo cui l'illecito commesso nella predisposizione del bando dà luogo al reato di cui all'art. 353 cod. pen. nel caso in cui consegua l'effettiva pubblicazione dello stesso e lo svolgimento della gara.

Tale soluzione, tuttavia, si fondava essenzialmente sull'esigenza di ampliare la portata applicativa dell'art. 353 cod. pen., ricomprendendo anche condotte pregresse rispetto al formale svolgimento della gara.

A seguito dell'introduzione dell'art. 353-*bis* cod. pen., l'interpretazione "estensiva" non pare più necessaria a fronte di una norma incriminatrice che, espressamente, sanziona le condotte illecite che si realizzano a monte dell'indizio della gara e che, anche a livello sanzionatorio, è equiparata all'art. 353 cod. pen.

2.6. Traendo le conclusioni da quanto finora osservato, si rileva che la descrizione dell'imputazione e l'accertamento del fatto si pongono in insanabile contrapposizione con gli elementi costitutivi del reato ipotizzato.

Per le ragioni già esposte, infatti, deve escludersi che l'imputata abbia in qualche modo posto in essere condotte idonee ad influenzare la procedura volta a stabilire il contenuto dell'atto equipollente al bando di gara individuabile, secondo la tesi recepita dai giudici di merito, nell'avviso "esplorativo". Tutte le pretese interferenze, infatti, si collocano a valle rispetto all'individuazione della proposta di affidamento del servizio e, quindi, non possono ritenersi idonee ad inquinare il contenuto di un atto che, ontologicamente, si pone a monte rispetto alle condotte

dell'imputata.

2.7. L'ulteriore aspetto meritevole di approfondimento è quello che concerne la natura della procedura avviata per l'affidamento del servizio e la possibilità che il Comune, dopo aver indetto un avviso per acquisire "manifestazioni di interesse" nell'ambito di una sia pur informale procedura di gara, potesse decidere di procedere con l'affidamento diretto.

La più recente giurisprudenza ha chiarito come il reato di cui all'art. 353-*bis* cod. pen. presuppone, necessariamente, che la condotta collusiva vada ad incidere sul futuro svolgimento di una "gara", sia pur informale.

Nel caso di specie, la decisione assunta dal Comune è stata quella di procedere con una iniziale richiesta di manifestazioni di interesse, di per sé non equiparabile al concetto di "gara" informale.

In tal senso depone ineludibilmente il fatto che nell'avviso esplorativo il Comune si era espressamente riservata la possibilità di poter ugualmente procedere con la trattativa privata e l'affidamento diretto, stante l'importo sotto-soglia del contratto da stipulare.

Ad ogni modo, ove pure si volesse ritenere – come fatto nelle sentenze di merito – che il mero "avviso esplorativo" fosse di per sé idoneo a vincolare al futuro svolgimento di un'attività comparativa, la successiva diversa opzione per la trattativa privata non integrerebbe ugualmente il reato di cui all'art. 353-*bis* cod. pen.

Sul tema, infatti, deve richiamarsi il consolidato orientamento secondo il quale il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, previsto dall'art. 353-*bis* cod. pen., in caso di affidamento diretto, è configurabile quando la trattativa privata, al di là del "nomen juris", prevede, ai fini della scelta del contraente, una "gara", sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale, mentre non è configurabile nelle ipotesi in cui il procedimento di scelta sia svincolato da ogni schema concorsuale ovvero quando la decisione di procedere all'affidamento diretto sia essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara (Sez.6, n. 5536 del 28/10/2021, dep.2022, Rv. 282902; Sez.5, n. 45709 del 26/10/2022, Leo, Rv. 283890).

Nel caso di specie, è innegabile che il Sindaco, a seguito della pubblicazione dell'avviso esplorativo, ha ritenuto di non procedere con le lettere di invito e, quindi, ha rinunciato allo svolgimento di una procedura comparativa, optando per il diverso schema contrattuale della trattativa privata.

Ove pure si ritenesse che la decisione di procedere all'affidamento diretto sia essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara, ciò non consentirebbe ugualmente di ritenere configurato il reato di cui all'art. 353-*bis* cod.

pen., proprio perché è venuto meno il "segmento valutativo" la cui illecita alterazione costituisce l'elemento costitutivo del reato.

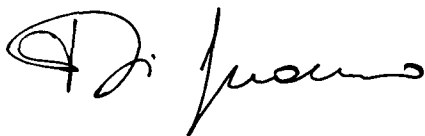
3. Alla luce di tali considerazioni, la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio perché il fatto non sussiste, con conseguente assorbimento dei restanti motivi.

PQM

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata, perché il fatto non sussiste.
Così deciso il 29 maggio 2025

Il Consigliere estensore

Paolo Di Geronimo



La Presidente

Anna Criscuolo

