

“LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL RUP”

23 GENNAIO 2024

Avvocato Federica Liparoti

Dottore di Ricerca in Diritto Penale • Liparoti.legal

Viale Regina Margherita 30, 20122 Milano

T: +39 02 56568761 • info@liparoti.legal • www.liparoti.legal

ART. 15 D. LGS. 36/2023

Nel primo atto di avvio dell'intervento pubblico da realizzare mediante un contratto le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano nell'interesse proprio o di altre amministrazioni un **responsabile unico del progetto (RUP)** per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l'esecuzione di ciascuna procedura soggetta al codice.

ART. 15 D. LGS. 36/2023

Con riferimento a ciascun progetto, il RUP interviene per le **fasi** di:

- Programmazione;
- Progettazione;
- Affidamento;
- Esecuzione;

La responsabilità del RUP

- Il RUP, essendo un dipendente della pubblica amministrazione, risponde **personalmente** degli atti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni;
- In particolare, la responsabilità può essere civile, penale, amministrativa, contabile e disciplinare;
- La responsabilità civile si estende alla pubblica amministrazione, mentre **la responsabilità penale è strettamente personale (art. 27 Cost.)**;

La responsabilità del RUP

Art. 28 Cost.: “I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli Enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli Enti pubblici”;

La responsabilità del RUP

Il titolo II del libro II del Codice Penale è dedicato ai delitti contro la pubblica amministrazione. Più in particolare:

- il capo primo (artt. 314-335 *bis* c.p.) disciplina i **delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione**, pur se in alcuni casi sono incriminate le condotte degli **incaricati dei pubblici servizi**;
- il capo secondo (artt. 336-356 c.p. concerne **i delitti dei privati contro la p.a.**;
- il capo terzo (artt. 357-360 c.p.) prevede disposizioni comuni ai precedenti capi;

La responsabilità del RUP

- **Il RUP, nell'esercizio delle sue funzioni, è qualificabile come pubblico ufficiale:**

Art. 357 c.p.: "Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa"

L'abuso d'ufficio – Art. 323 c.p.

Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, **in violazione di specifiche regole di condotta** espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, **ovvero omettendo di astenersi** in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, **intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto** è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

L'abuso d'ufficio – Art. 323 c.p.

Art. 23 del decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76 (pubblicato nella G.U. 16 luglio 2020 n. 178), entrato in vigore il 17 luglio 2020 e convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120, ha modificato l'art. 323, comma 1, c.p. sostituendo le parole: "**di norme di legge o di regolamento,**" con le seguenti: "**di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità;**

L'abuso d'ufficio – Art. 323 c.p.

Bene giuridico tutelato: normale e regolare funzionamento della pubblica amministrazione ossia, secondo l'indicazione contenuta nell'**art. 97 Cost.**, il **buon andamento e l'imparzialità (*par condicio civium*) della stessa** (Fiandaca-Musco, 242) da intendersi come uso non illegittimo e non ispirato a interessi non pubblici, da parte del pubblico agente, dei poteri inerenti alla funzione o servizio (Romano, 298).

L'abuso d'ufficio – Art. 323 c.p.

Soggetto attivo: reato proprio, che può essere commesso esclusivamente dal «pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio».

- anche gli estranei al pubblico ufficio possono concorrere, quando vi sia compartecipazione di questi all'attività criminosa del pubblico ufficiale (Cass. III, n. 16449/2016) sicché non rileva la mancanza della qualifica giuridica soggettiva richiesta per l'integrazione della fattispecie incriminatrice quando *l'extraneus* abbia determinato o istigato il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio a commettere il reato.

L'abuso d'ufficio – Art. 323 c.p.

Integrato dalla condotta del P.U. che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio e salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto attraverso la violazione di norme di legge o di regolamento ovvero attraverso la violazione del dovere di astensione ovvero la violazione di norme (regole di condotta):

- 1) specifiche;
- 2) espressamente ed esclusivamente previste da fonti primarie del diritto, con esclusione, quindi, di fonti secondarie (**conseguentemente sono esclusi i regolamenti**) e
- 3) a condizione che da tali regole di condotta non residuino margini di discrezionalità;

L'abuso d'ufficio – Art. 323 c.p.

Elemento materiale della condotta:

L'elemento materiale che caratterizza l'abuso d'ufficio si risolve in una condotta di abuso che deve essere necessariamente realizzata nello svolgimento delle funzioni o del servizio (Cass. VI, n. 1269/2012) e che si concretizza:

L'abuso d'ufficio – Art. 323 c.p.

Elemento materiale della condotta:

a) attraverso la violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità ovvero, in alternativa,

b) mediante l'inosservanza di un obbligo di astensione.

L'abuso d'ufficio – Art. 323 c.p.

Tuttavia, **anche dopo la riforma del reato di abuso d'ufficio la trasgressione di norme regolamentari può conservare rilevanza penale.**

E' stato, infatti, precisato che la violazione di norme contenute in regolamenti può rilevare «nel caso in cui esse, **operando quali norme interposte, si risolvano nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria e purché questa sia conforme ai canoni della tipicità e tassatività propri del precetto penale**».

L'abuso d'ufficio – Art. 323 c.p.

E' stato , pertanto, ritenuto che risponde del reato di abuso in atti d'ufficio il dirigente comunale che, avendo omesso di astenersi nella procedura di assegnazione di un posto di lavoro, dichiara vincitrice, in ordine a tale posto, una nipote, priva dei titoli richiesti anche dal Regolamento comunale sul punto (Cass. VI, n. 33240/2021).

L'abuso d'ufficio – Art. 323 c.p.

Il precedente indirizzo è stato ulteriormente aggiornato dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato che: ***“la violazione di norme contenute in regolamenti può assumere rilevanza penale soltanto se queste contribuiscono a meglio specificare sul piano tecnico regole di condotta già definite dalla norma primaria”***.

L'abuso d'ufficio – Art. 323 c.p.

*“Non può essere sanzionato per abuso d'ufficio il responsabile unico del procedimento che in un subappalto non abbia rilevato **il conflitto d'interessi tra le società coinvolte per effetto di una compartecipazione**, tanto sul rilievo che l'articolo 10 del Dlgs 163/2006, che inquadra i compiti del Responsabile unico, **non prevede un obbligo di verifica sull'assetto societario della ditta subappaltatrice**; né può rilevare la circostanza di cui all'articolo 10, comma 1, lettera r) , del decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010, secondo la quale il responsabile unico del procedimento **deve vigilare sulla concessione di lavori pubblici**” (Cass. VI, n. 1606/2021).*

Cass. Sez. VI, n. 1606/2021

Capo a): Il RUP autorizzava via e-mail in data 15 gennaio 2016 il subappalto dei lavori alla SGE s.r.l. per la realizzazione dei lavori elettrici in un'azienda ospedaliera in un padiglione e uffici da parte della ditta appaltatrice dei lavori il cui direttore dei lavori Severino M. era in conflitto di interessi - che ometteva di segnalare e violando l'obbligo di astensione - in ragione della compartecipazione societaria propria e del fratello Antonio M. alla ditta subappaltatrice SGE s.r.l. Con ingiusto vantaggio patrimoniale consistito nell'essere la predetta SGE incaricata del subappalto del valore di 8.328 euro senza averne i requisiti.

Cass. Sez. VI, n. 1606/2021

Capo b): Il RUP non impediva che alla società SGE s.r.l. fosse assegnato il subappalto per la realizzazione di lavori elettrici nel padiglione 63, piano 4, versando il direttore dei lavori Renato D.M. in una incompatibilità ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, comparendo nella compagine sociale della società subappaltante, che ometteva di segnalare e violando l'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio emettendo certificazione di regolare esecuzione dei lavori, con ingiusto vantaggio patrimoniale per la SGE s.r.l. consistito nell'essere incaricata del subappalto del valore di 18mila euro.

Cass. Sez. VI, n. 1606/2021

Invero, l'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 163/2006 - secondo il quale "Il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti" **non prevede alcun obbligo di verifica da parte del responsabile del procedimento dell'assetto societario della ditta subappaltatrice** non essendo - peraltro - previsti correlati oneri di comunicazione a riguardo da parte della ditta appaltatrice alla stazione appaltante; né, d'altra parte, tale specifico obbligo di controllo si desume dalle condizioni previste per il rilascio dell'autorizzazione al subappalto.

Cass. Sez. VI, n. 1606/2021

Né, ancora, un tale specifico obbligo di verifica può essere desunto dall'art. 10, comma 1, lett. r), del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 secondo il quale "il responsabile del procedimento svolge la funzione di vigilanza sulla realizzazione dei lavori nella concessione di lavori pubblici, verificando il rispetto delle prescrizioni contrattuali", **prescrizioni contrattuali che** - all'evidenza - **non coinvolgono l'assetto societario della ditta subappaltante.**

Cass. Sez. VI, n. 1606/2021

Non può valere l'assunto esplicitato dal P.G. nella sua requisitoria secondo il quale - anche secondo le norme previgenti al d.lgs. n. 50/2016 che ha introdotto la specifica previsione dell'art. 42 sul conflitto di interessi - potenziali situazioni di conflitto di interessi risulterebbero rilevabili nell'ambito dei controlli demandati al R.U.P. sul subappalto, **mancando nella specie la condizione dell'esperimento di procedure di gara nella individuazione della ditta subappaltatrice.**

Cass. Sez. VI, n. 1606/2021

Ne consegue detto **l'insussistenza dell'elemento costitutivo della violazione di legge** - nei termini sopra indicati - **da parte del ricorrente sia nell'autorizzare il subappalto sub A) che nel non aver impedito il subappalto sub B) ed emettendo la relativa certificazione di regolare esecuzione dei lavori.**

Cass. Sez. VI, n. 23794/2022

Nel giugno 2009 Tizio, dirigente comunale del settore "Territorio e Ambiente" rilasciava ai privati richiedenti l'autorizzazione a costruire alcune opere di urbanizzazione primaria, per la cui realizzazione stipulava, per conto del Comune, una convenzione urbanistica.

Con una delibera del 2011, Tizio nominava Caio Responsabile Unico del Procedimento e attribuiva a sé stesso la qualifica di collaudatore.

Il 20 ottobre 2015 Caio, nella sua veste di RUP, liquidava a Tizio la somma di 4260,98 € come compenso per l'attività di collaudatore svolta; con una delibera di soli 15 giorni successiva (del 5 novembre 2015), Tizio, nella sua veste di dirigente del Comune, liquidava a Caio l'identica somma di 4260,98 € per il ruolo di RUP da questo ricoperto.

Cass. Sez. VI, n. 23794/2022

La Corte d'Appello riscontrava nella condotta del RUP Caio – consistente nel liquidare e poi nel pagare a Tizio la somma di 4260,98 euro come compenso per l'attività di collaudatore – una violazione dell'art. 141, c. 5, cod. appalti, che vieta di attribuire la qualifica di collaudatore a colui che abbia svolto funzioni autorizzative, di controllo, di progettazione, di direzione, di vigilanza e di esecuzione dei lavori sottoposti a collaudo.

Poiché la violazione di legge consentiva a Tizio di conseguire un vantaggio patrimoniale, ingiusto in quanto attribuitogli come corrispettivo per un'attività che non avrebbe potuto svolgere, la Corte d'Appello riteneva integrato, a carico di Caio, il reato di abuso d'ufficio; condannava per il medesimo reato anche Tizio, il quale, in quanto beneficiario del provvedimento, era ritenuto responsabile a titolo di concorso.

Cass. Sez. VI, n. 23794/2022

- Tizio, dirigente comunale, attribuiva a sé stesso la qualifica di collaudatore e a Caio la qualifica di RUP; con successiva delibera, Caio, nella sua nuova veste di Responsabile del Procedimento, liquidava a Tizio il compenso per l'attività di collaudatore prestata. La norma che si presume violata è – lo ripetiamo per chiarezza – l'art. 141, c. 5, cod. appalti, che vieta di attribuire la qualifica di collaudatore a colui che abbia svolto funzioni autorizzative dei lavori sottoposti a collaudo:

Cass. Sez. VI, n. 23794/2022

Tizio, infatti, come dirigente comunale, aveva autorizzato le opere di urbanizzazione oggetto della convenzione. La Corte d'Appello individuava in Caio l'autore principale del delitto, per aver liquidato a Tizio il compenso per il ruolo di collaudatore che non avrebbe dovuto assumere, e inquadrava Tizio, destinatario dell'atto, come concorrente. Ma Caio – osservava giustamente la difesa, e la Corte accoglie la censura – non ha attribuito a Tizio alcuna qualifica: è Tizio stesso ad essersi assegnato il ruolo di collaudatore, mediante la delibera del 2011. **Ad aver violato l'141 cod. app. è, quindi, Tizio, e non Caio.**

Cass. Sez. VI, n. 23794/2022

- La Corte d'Appello superava il problema affermando che, in ogni caso, Caio aveva violato l'art. 13 d.P.R. n. 3 del 1957 (norme di comportamento del pubblico dipendente) che impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio di prestare la sua opera "in conformità alle leggi"; la Corte – oltre ad osservare che l'art. 13 contestato non è applicabile al dipendente di un ente locale, che dovrebbe ritenersi, piuttosto, assoggettato all'art. 97 Cost., che prescrive il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A. – afferma che nessuna delle due norme – né l'art. 13 d.P.R. n. 3 del 1957, né il 97 della Costituzione – detta al pubblico agente precise e puntuali prescrizioni;

Cass. Sez. VI, n. 23794/2022

e che, **quindi, poiché il “decreto-semplificazioni”** (art. 23 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120) **ha abolito parzialmente l'art. 323 c.p., espungendo dal suo ambito di applicazione le condotte poste in essere in violazione di regole di condotta che non siano specifiche ed espresse, le violazioni tanto dell'art. 13 quanto dell'art. 97 devono ritenersi ormai penalmente irrilevanti.**

Cass. Sez. VI, n. 23794/2022

Conclusioni:

- **la violazione dell'art. 13 d.P.R. n. 3 del 1957 e dell'art. 97 della Costituzione è ormai penalmente irrilevante;**
- la tesi per la quale il “decreto semplificazioni” avrebbe operato un'abolitio criminis, espungendo dall'ambito di rilevanza penale la violazione di norme non specifiche ed espresse, oltre che di norme regolamentari e di norme dalle quali residuino margini di discrezionalità, avanzata fin da subito dalla dottrina, è oggi unanimemente accolta;

Cass. Sez. VI, n. 23794/2022

- non possano in alcun modo essere considerate “specifiche” le disposizioni di principio, per definizione vaghe e dalle quali non è possibile ricavare alcuna regola di condotta rivolta al pubblico agente.

L'abuso d'ufficio – Art. 323 c.p.

Giurisprudenza massimata della Cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 decisioni:

- nella metà dei casi la S.C. giunge a un'affermazione di sostanziale fondatezza dell'addebito (51,5 %, tra sentenze che confermano la condanna inflitta nei gradi di merito e pronunce che annullano l'assoluzione);

L'abuso d'ufficio – Art. 323 c.p.

- casi siano di gravità tutt'altro che trascurabile: si pensi, solo a titolo di esempio, alle ipotesi di mancata astensione e di assegnazione di posti di lavoro o incarichi di consulenza a membri della propria famiglia o a società di cui l'agente detiene partecipazioni o alle ipotesi di mancato rinnovo di incarichi o al demansionamento di dipendenti o strutture per scopi ritorsivi – che danno luogo a un asservimento della funzione a scopi privati dell'agente – o alle numerosissime ipotesi di rilascio di permessi di costruire illegittimi o di mancata emanazione di ordini di demolizione doverosi;

https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1688655165_fasc-62023-pagella.pdf

La turbata libertà degli incanti – art. 353

Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti [534, 576-581 c.p.c.] o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni [354], ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da 103 euro a 1.032 euro (1).

[III]. 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 516 euro a 2.065 euro (1).

La turbata libertà degli incanti – art. 353

[III]. Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale [357] o da persona legalmente autorizzata [354]; ma sono ridotte alla metà.

La turbata libertà degli incanti – art. 353

- **presuppone che vi sia stato inizio della procedura di gara**, quindi che almeno sia stato pubblicato il bando, e si realizza quando:
 - la gara venga impedita, ovvero non possa essere effettuata a causa di uno dei mezzi suddetti;
 - la gara venga turbata, nel senso che ne venga alterato il regolare svolgimento per influenzarne il risultato rispetto a quello cui si giungerebbe senza l'intervento perturbatore.

La turbata libertà degli incanti – art. 353

- **natura plurioffensiva**: i beni protetti dalla norma sono due
 - 1) tutela del buon andamento della Pubblica Amministrazione alla regolarità delle proprie gare e, poi, l'interesse della parte privata; quest'ultimo interesse viene inteso dalla giurisprudenza in modo vario, talora come interesse dei singoli interessati alla partecipazione nel rispetto delle regole ed in altri casi come interesse della comunità alla libertà di competizione e concorrenza.

La turbata libertà degli incanti – art. 353

Nozione di gara/licitazione privata

Il delitto di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione in cui la p.a. procede all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il *nomen iuris* conferito alla procedura; il dato caratterizzante è quello della “competizione” tra concorrenti, pur se svolta in modo del tutto informale, quindi il reato sussiste a prescindere dalla regolarità della scelta da parte della amministrazione della data forma procedurale (Cass. VI, n. 9385/2018; Cass. VI, n. 8044/2016).

La turbata libertà degli incanti – art. 353

La giurisprudenza, quindi, adotta un'interpretazione estensiva del termine gara, individuando la caratteristica del reato nel sanzionare qualsiasi intervento illecito su qualsiasi meccanismo utilizzato per la scelta del contraente in condizioni di competizione.

La turbata libertà degli incanti – art. 353

Invece, **non integra tale reato il caso in cui i contratti siano stipulati al di fuori di qualsiasi ambito concorsuale**, ad es. in sede di trattativa privata (Cass. VI, n. 32237/2014) o all'esito di una procedura selettiva del tutto interna, in base a una comparazione di curriculum (Cass, VI, n. 6603/2021).

Ulteriore conseguenza: una volta superata la fase di scelta del contraente, le attività negoziali successive rappresentano l'esercizio di facoltà nell'ambito della autonomia negoziale e non possono integrare il reato in questione (Cass. VI, n. 32237/2014).

La turbata libertà degli incanti – art. 353

Si tratta di un **reato di pericolo** che si configura, oltre che nel caso in cui il danno sia reale ed immediato, anche quando sia solo mediato e potenziale (Cass. VI, n. 35535/2011), il che comporta che il reato è integrato per il solo fatto che gli accordi collusivi siano idonei a influenzare l'andamento della gara (Cass. VI, n. 41739/2011; Cass. VI, n. 10272/2019). La prova, quindi, può essere limitata alla dimostrazione che vi è stata la collusione nella formulazione delle offerte (Cass. VI, n. 31298/2012).

La turbata libertà degli incanti – art. 353

- sufficienza anche di un **semplice “turbamento”**, condizione che ricorre quando la condotta fraudolenta o collusiva abbia anche soltanto influito sulla regolare procedura restando irrilevante un'effettiva alterazione dei suoi risultati (ad. es., nel caso di Cass. VI, n. 41365/2013, il concorrente minacciato, nonostante le minacce si aggiudicava la gara: il caso è stato comunque qualificato come turbativa consumata). Secondo Cass. II, n. 43408/2016, lo sviamento ricorre anche quando alla data condotta consegue uno “sviluppo anomalo” della gara.

La turbata libertà degli incanti – art. 353

- Forme di manifestazione del reato: la previsione di **modalità alternative** di commissione del reato, definite con clausole generali quali “**altri mezzi fraudolenti**”, ed il risultato, anch'esso indicato con una definizione generale quale “**turba**”, comporta la necessità di valutare le definizioni date dalla giurisprudenza alle condotte ed al confine del rilievo penale, dovendosi individuare quali siano i limiti della “turbativa” penalmente rilevante e quali invece i margini di liceità di accordi sulla concorrenza.

Cass. Pen. sez. VI, 20/3/2017 n. 13432

Svolgimento del processo

1. All'esito di complesse e articolate indagini, il 07.09.2016 il g.i.p. del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere emetteva - per quanto qui interessa ordinanza custodiale nei confronti di numerosi indagati (20), sulla scorta della ipotizzata sussistenza di una molteplicità di fatti illeciti - essenzialmente di turbativa d'asta (o del procedimento a monte) e di corruzione, ma anche di truffa ed abuso d'ufficio - posti in essere nell'ambito delle gare per l'affidamento e la gestione in appalto dei servizi relativi al c.d. "ciclo integrato dei rifiuti" indette da numerosi comuni dell'(OMISSIS) fatti ricondotti nell'ambito di operatività dell'associazione

Cass. Pen. sez. VI, 20/3/2017 n. 13432

per delinquere costituita dai vertici (formali e sostanziali) della società T. s.a.s., risultata aggiudicataria di tutte le gare prese in esame.

2. Proposto riesame, ex art. 309 c.p.p., da F.V.M., funzionario del comune di (OMISSIS) preposto al settore vigilanza - inizialmente tratto in arresto perchè ritenuto raggiunto da gravi indizi di colpevolezza, anche alla luce della veste sua propria di R.U.P. e di presidente della commissione giudicatrice della procedura ad evidenza pubblica finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto concernente il servizio di igiene urbana relativo al detto comune, in ordine ai reati di cui agli artt. 353, 319 e 353 bis c.p., oggetto dei capi d'incolpazione sub i), j1) ed m) - il

Cass. Pen. sez. VI, 20/3/2017 n. 13432

Tribunale di Napoli annullava l'ordinanza in questione, limitatamente al reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, **perché asseritamente non applicabile nella specifica vicenda, inerente non ad una gara, bensì ad un caso di assegnazione di commessa pubblica mediante affidamento diretto;** riformava l'ordinanza medesima, quanto ai due restanti addebiti, sostituendo la misura carceraria adottata con quella del divieto di dimora nella provincia di (OMISSIS).

Cass. Pen. sez. VI, 20/3/2017 n. 13432

3. Avverso detto provvedimento ha proposto tempestiva impugnazione il p.m. presso il Tribunale di Santa Maria Capua

Vetere. In particolare, lamenta la ricorrente parte pubblica la sussistenza del vizio di violazione di legge, per essere il Tribunale pervenuto alla censurata statuizione per effetto dell'erroneo recepimento "di orientamenti giurisprudenziali vetusti e, comunque, riferibili al solo art. 353 c.p., ovvero sia ad una norma incriminatrice diversa da quella oggetto della contestazione e del vaglio del gip", dimentico della diversità del campo di applicazione della ipotizzata fattispecie criminosa, "introdotta nel tessuto ordinamentale proprio

Cass. Pen. sez. VI, 20/3/2017 n. 13432

per stigmatizzare quelle condotte non sussumibili nell'ambito di operatività della norma di cui all'art. 353 c.p.".

Cass. Pen. sez. VI, 20/3/2017 n. 13432

1. Il ricorso è fondato e va pertanto accolto.

«Occorre considerare che l'art. 353 bis c.p. non circoscrive affatto il novero delle procedure tutelate, laddove l'art. 353 c.p. . le indica specificamente nei pubblici incanti e nelle licitazioni private (ferma restando la già richiamata e consolidata interpretazione, nel senso della sufficienza della presenza di una gara, comunque denominata). Anzi, la lettera della norma si riferisce al "*contenuto del bando o di altro atto equipollente*", dovendosi intendere per tale ogni atto che - così come recita la rubrica della norma - abbia l'effetto di avviare la procedura

Cass. Pen. sez. VI, 20/3/2017 n. 13432

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».

La turbata libertà del procedimento di scelta del contraente – art. 353 *bis* c.p.

«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».

La turbata libertà del procedimento di scelta del contraente – art. 353 *bis* c.p.

introdotta con la legge n. 136/2010 che ha incrementato la pena per la turbata libertà degli incanti;

ha completato quest'ultima sanzionando il medesimo tipo di condotte, se antecedenti al bando di gara, e, comunque finalizzate ad alterare il risultato finale della scelta del contraente. La condotta consiste, quindi, nel turbare il procedimento di definizione del contenuto del bando di gara “o di altro atto equipollente” per il condizionamento della scelta del (futuro) contraente.

La turbata libertà del procedimento di scelta del contraente – art. 353 *bis* c.p.

- La norma nasce dalla esigenza di intervenire nella fase in cui, secondo prassi degenerate, intervengono gli accordi mirati al confezionamento di un “bando su misura” del candidato che si intende favorire. Con la sua clausola di salvaguardia “salvo che il fatto costituisca più grave reato”, quindi, riempie gli spazi esenti da sanzione non rientranti da un lato nella turbata libertà degli incanti e dall'altro privi del plus richiesto per integrare (o dimostrare) ipotesi quali la corruzione, la violenza e minaccia per le finalità di cui all'articolo 336, etc.

La turbata libertà del procedimento di scelta del contraente – art. 353 *bis* c.p.

- L'interesse protetto sostanzialmente corrisponde a quello dell'art. 353, proprio per essere una norma complementare, anche se qualche dubbio è stato posto sull'esservi in questo caso anche il secondo interesse protetto, quello del privato. La tutela della libera partecipazione alle gare non sarebbe, secondo alcune letture, ancora possibile in questa fase.
- La sua peculiarità, quindi, rispetto all'articolo 353, è di essere una ipotesi di turbativa "dall'interno" della amministrazione.

La turbata libertà del procedimento di scelta del contraente – art. 353 *bis* c.p.

Nelle prime applicazioni si intravede il tema dei rapporti con le attività di sostegno di interessi economici (lobbying) e dell'individuazione, quindi, del discrimine con una lecita attività di convincimento.

La turbata libertà del procedimento di scelta del contraente – art. 353 *bis* c.p.

Nel delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, la condotta è integrata dal compimento anche di uno solo degli atti tassativamente specificati (violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti) destinati ad una concreta interferenza illecita, purché l'ente pubblico abbia iniziato il procedimento amministrativo che dimostri la volontà di contrarre (Cass. VI, n. 26840/2015).

La turbata libertà del procedimento di scelta del contraente – art. 353 *bis* c.p.

Non risultano precedenti in tema di tentativo che, invero, appare compatibile con la previsione ma, con la condotta così anticipata e con la necessità di effettivo inizio del procedimento finalizzato alla realizzazione del bando od equipollente, in concreto risulta difficile che se ne realizzino le condizioni. Si è affermato che il turbamento ricorre se vi è stato l'effettivo inizio del procedimento finalizzato all'approvazione del bando di gara; quindi il reato è stato escluso nel caso di affidamento di un incarico ad un avvocato di predisporre il modello di gara per un futuro procedimento (Cass. VI, n. 14147/2019).

Cass. Pen. sez. VI, 16/02/2022 N. 5536

«non c'è reato senza "gara". In caso di affidamento diretto, l'illecito è configurabile quando la trattativa privata prevede una gara, sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale»

Il delitto previsto dall'art. 353-bis c.p. **non è configurabile quando la decisione di procedere all'affidamento diretto è essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara** (Cassazione, sez. VI penale, sentenza n. 5536/2022 - testo in calce).

CROLLO RINGHIERA: INFORTUNIO DI UN PASSANTE

Cassazione Penale, Sez. 4, 10 aprile 2017, n. 18102

- Responsabilità dell'ingegnere capo del Genio Civile - in qualità di R.U.P. - per mancata nomina di un Coordinatore della Sicurezza in fase esecutiva (CSE)
- Onere del RUP: posizione di garanzia in tema di sicurezza sul lavoro



PEDONE TRAVOLTO E UCCISO DA UN BOBCAT

Cassazione Penale, Sez. 4, 29 gennaio 2020, n. 3742

- Responsabilità dei coordinatori per l'esecuzione e del RUP
- Onere del RUP: controllo di adeguatezza dei piani di sicurezza alla salvaguardia dell'incolumità dei lavoratori e dei terzi che si trovino in prossimità del cantiere (posizione di garanzia). Il controllo vale sia nella fase di pianificazione sia nella fase esecutiva ove deve garantire il rispetto del piano di sorveglianza (Cfr. Sez. 4 n. 7597 dell' 8.11.2013 rv. 259123-01; Sez. 4 n.41993)



SCENARIO IPOTETICO IN AMBITO OSPEDALIERO

- Black-out in un ospedale di nuova costruzione, regolarmente collaudato → Rischio di morte per degenti in sala operatoria.
- Onere del RUP: posizione di garanzia. Deve accertare l'osservanza di corrette procedure per garantire l'adeguatezza dei trasformatori nel caso di esempio, o dei gas medicali o delle dotazioni impiantistiche ed edilizie che possono comportare rischi futuri di incolumità.





FEDERICA LIPAROTI

AVVOCATO PENALISTA

DOTTORE DI RICERCA IN DIRITTO PENALE

Avvocato Federica Liparoti

Dottore di Ricerca in Diritto Penale • Liparoti.legal

Viale Regina Margherita 30, 20122 Milano

T: +39 02 56568761 • info@liparoti.legal • www.liparoti.legal