



ESAME AVVOCATO 2016

Soluzione del secondo parere di Diritto Penale

a cura di Riccardo Savi *

Traccia:

Tizio rappresentante della società Alfa avendo saputo che sarebbe stata da lì a poco bandita una gara d'appalto del servizio di somministrazione dei pasti nell'ospedale pubblico Beta, contatta con il suo amico di vecchia data, Mevio, preposto alla predisposizione del bando di gara, che acconsente a consegnargli interamente i documenti pre-gara. Grazie alle informazioni avute la società Alfa si aggiudica l'appalto. Successivamente però la Guardia di finanza sequestra presso l'abitazione di meglio alcuni appunti manoscritti concernenti la fase preparatoria della gara con i quali Tizio aveva dato indicazioni per modificare le condizioni del bando in senso favorevole alla propria società Alfa (indicazioni poi rivelatesi recepite nella versione definitiva del detto bando di gara).

Svolgimento:

Egregio Sig. Tizio,

come da precedenti accordi, Le trasmetto un mio parere in merito ai fatti che le vengono contestati e qui di seguito sinteticamente richiamati

1. Fatto

Mi riferisce che, al fine di ottenere un appalto di somministrazione di servizi per un Ospedale pubblico, Lei, rappresentante della società Alfa, richiedeva ed otteneva da Mevio, investito della predisposizione del bando di gara, documenti contenenti informazioni sulla fase di preparazione della stessa.

In conseguenza di ciò, Lei avrebbe dato indicazioni allo stesso Mevio per modificare le condizioni del bando a favore della sua società; tali modifiche erano recepite e Alfa, a conclusione della gara, otteneva l'appalto.

* Docente di Progetto Forense e Avvocato in Genova

2. Frase di collegamento

Al fine di individuare correttamente la sua posizione, è necessario analizzare i rapporti tra i reati di cui agli art. 353 c.p. (Turbata libertà degli incanti) e 353 bis c.p. (Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente) per valutare se la manipolazione del procedimento di preparazione del bando di una gara di appalto pubblica, che si conclude con l'effettiva alterazione del suo esito, sia riconducibile all'una o all'altra fattispecie. Ciò non prima di avere esaminato il delitto previsto dall'art. 326 c.p. (Rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio) e i limiti per applicare la disciplina del concorso di persone all'extraneus concorrente necessario in detto reato.

3. Analisi degli istituti giuridici rilevanti

A tale proposito si deve osservare che il delitto di rivelazione del segreto di ufficio si configura allorché un pubblico ufficiale, o un incaricato di pubblico servizio, abusando o violando i propri poteri o le proprie funzioni, renda nota un'informazione, o una notizia, inerente la pubblica amministrazione la quale doveva rimanere segreta e della quale l'interessato, per le funzioni esercitate, aveva l'obbligo di impedire l'ulteriore diffusione.

Tale fattispecie si pone come reato di pericolo concreto il cui tratto caratterizzante è quello della unisoggettività, ossia della attribuzione di rilevanza penale alla sola condotta del soggetto intraneo che riveli l'informazione segreta; da ciò discende l'insussistenza di un profilo di responsabilità nella posizione del concorrente necessario che si sia limitato a ricevere la notizia.

L'estraneo, pertanto, non sarà penalmente sanzionabile qualora la sua condotta sia stata confinata alla mera ricezione; ove questa assuma, invece, un carattere attivo, palesandosi in un fattivo contributo alla realizzazione del reato mediante la determinazione o l'istigazione della condotta vietata, colui che l'abbia posta in essere risponderà del reato come compartecipe in applicazione delle norme sul concorso di persone.

Diversamente, i reati di cui agli artt. 353 e 353 bis c.p., sono posti a garanzia della libertà di iniziativa economica, attraverso la quale si realizza l'interesse della P.A. alla individuazione del contraente più competente alle condizioni economiche migliori.

In particolare, l'art. 353 c.p., fattispecie posta a garanzia della libera concorrenza e degli interessi della Pubblica Amministrazione, sanziona la condotta di chi impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni attraverso una serie di condotte tra le quali si evidenzia la collusione con l'appartemente all'amministrazione stessa.

Affinché la fattispecie possa considerarsi integrata deve ricorrere come necessario presupposto l'esistenza di una gara pubblica e dunque la presenza di un bando o di un atto equipollente dal quale abbia avuto origine la stessa.

La condotta dell'agente inciderà sulla gara attraverso la realizzazione di uno dei due eventi alternativi previsti, individuabili nel turbamento e nell'impedimento della procedura.

In particolare, il turbamento è riconducibile ad ogni manifestazione che sia in concreto idonea ad alterare l'esito della gara, anche in assenza di una sua concreta realizzazione, connotandosi in questo modo la fattispecie quale reato di pericolo in concreto.

In posizione sussidiaria rispetto ai reati più gravi (per via della espressa clausola) è, invece, l'art. 353 bis che, anticipando la soglia di rilevanza, sanziona quei comportamenti finalizzati a condizionare la scelta del contraente che abbiano turbato, attraverso le medesime condotte previste dall'art. 353 c.p., le procedure amministrative di predisposizione del bando di gara pubblica.

Detta norma, introdotta con la L. 136/2010, risponde all'esigenza di più ampia garanzia del bene giuridico poiché sanziona quei comportamenti che si inseriscono nella fase preparatoria e che sono in grado di avere influenza sulla formazione del contenuto del bando ovvero della gara medesima.

Così individuate le due fattispecie di reato potenzialmente applicabili, occorre capire quale sia il limine applicativo tra le stesse.

Tenuto conto della natura sussidiaria della fattispecie di cui all'art. 353 bis c.p. che per via dell'espressa clausola soccombe di fronte al concorso di un più grave reato, si deve, nondimeno, evidenziare che la condotta ivi prevista è astrattamente idonea a ricomprendere qualsiasi turbamento delle procedure amministrative funzionali alla predisposizione della gara; ciò indipendentemente dalla sua successiva realizzazione, dalla concreta incidenza dei comportamenti posti in essere sul bando di gara e dall'esito della stessa.

Diversamente, nell'ambito dell'art. 353 c.p. tutta la carica disvaloriale è concentrata nell'esito della condotta ossia nell'effettivo turbamento (o nell'impedimento) della gara pubblica, conseguendone una sostanziale indifferenza in ordine al momento in cui detta condotta sia realizzata, ben potendo la stessa collocarsi in ogni fase del procedimento amministrativo.

La caratteristica da ultimo menzionata aiuta a comprendere come, perfezionatosi il pubblico incanto nell'aggiudicazione, tutte le condotte che ne abbiano alterato l'esito ricadano inevitabilmente nell'alveo della fattispecie di turbativa d'asta, ivi compresi quei comportamenti i quali si siano palesati nella primigenia fase della predisposizione del bando di gara.

D'altronde, non sarebbe ragionevole poter escludere questi ultimi dal novero di quelli sanzionati dall'art. 353 c.p. per il solo fatto della loro collocazione in una fase anteriore, ma pur sempre giuridicamente disciplinata, all'iter di gara, non essendo ricavabile alcuna ragione contraria nel dato testuale della norma.

Da questa analisi emerge chiaramente la sovrapponibilità delle due figure di reato nei casi in cui il comportamento dell'agente si sia manifestato nella fase preparatoria del bando di gara; tale situazione, lungi dal configurare un concorso formale di reati, si risolve attraverso l'uso del criterio di sussidiarietà in forza del quale trova applicazione il più grave reato e, nella specie, l'art. 353 c.p.

Conseguentemente, l'art. 353 bis c.p. mantiene un margine applicativo limitato a quei soli casi in cui le condotte non abbiano determinato un'alterazione del bando di gara ovvero la gara non sia stata successivamente bandita.

A conferma di quanto esposto si pone la giurisprudenza di legittimità secondo la quale: *in tema di turbata libertà degli incanti, integrano il reato previsto dall'art. 353 c.p. i comportamenti manipolatori che incidono sulla formazione di un bando di gara poi adottato, non rilevando che essi siano stati commessi prima dell'art. 353-bis c.p., atteso che in quest'ultima fattispecie incriminatrice rientrano, invece, le condotte manipolatorie del procedimento non seguite dalla emissione del bando e quelle di manipolazione dell'iter" procedurale che non abbiano, tuttavia, influenzato la legittimità del bando poi adottato.* (Cass. Sez. VI, 27 gennaio 2016, n. 6259)

4. Soluzione del caso di specie

Alla luce delle considerazioni qui riferite si deve evidenziare che nel caso di specie Mevio, pubblico ufficiale preposto alla predisposizione del bando, fornendole documentazione inerente le procedure propedeutiche alla gara in violazione dei doveri della sua funzione, abbia rese note informazioni che dovevano restare segrete così concretando l'ipotesi delittuosa di rivelazione del segreto d'ufficio stabilita dall'art. 326 c.p.

Tuttavia, poiché Lei non si è limitato alla mera ricezione delle notizie ma ha inciso sulla determinazione del pubblico ufficiale chiedendo a costui che queste Le venissero rese note, ritengo che possano esserLe applicate le disposizioni sul concorso di persone dalle quali discende la sua punibilità per la medesima fattispecie.

Detta ipotesi delittuosa, in quanto commessa ai fini dell'esecuzione del delitto di cui appresso, pare fondatamente essere aggravata ai sensi dell'art. 61 n. 2 c.p., sussistente il nesso teleologico tra le due fattispecie.

Con riferimento alla gara di appalto, emerge dai fatti narrati che Lei e Mevio siete riusciti ad alterarne l'esito sia per via delle modifiche che paiono essere state apportate al bando di gara su sua espressa indicazione, che in ragione dell'asimmetria informativa derivante dalla conoscenza di alcuni aspetti della gara: entrambe queste circostanze, inevitabilmente, hanno determinato quell'alterazione delle condizioni partecipative idonea ad integrare il turbamento che si è riverberato anche sull'esito finale del concorso.

Considerati i principi descritti, ritengo che la Vostra condotta, pur collocandosi in una fase precedente alla pubblicazione del bando di gara, abbia comunque inciso sulla regolarità della stessa così integrando il delitto di cui agli artt. 110, 353 c.p. e non la meno grave fattispecie prevista dal successivo art. 353 bis c.p.

Si aggiunga che, per via della posizione di Mevio, il quale era preposto all'incanto, lo stesso delitto potrà esserLe contestato nella sua forma aggravata, prevista dal comma 2 del medesimo art. 353 c.p.

Infine, in ragione dell'evidente unicità del disegno criminoso tra i delitti posti in essere, è altamente probabile che possa operare il regime del reato continuato previsto dall'art. 81 c. 2 c.p. con la conseguente applicazione del cumulo giuridico delle pene ivi disciplinato.

5. Conclusioni

Conclusivamente ritengo che, in ordine ai fatti che mi ha descritto, Lei potrà essere chiamato a rispondere, in concorso con Mevio, dei reati stabiliti dagli artt. 110, 326, 61 n. 2 c.p. e 110, 353 c. 2 c.p. beneficiando, con ogni probabilità, del vincolo della continuazione così come stabilito dall'art. 81 c. 2 c.p.

Nel restare a disposizione per ogni eventuale chiarimento, porgo cordiali saluti.

Avv. _____