



19927-19

REPUBBLICA ITALIANA  
In nome del Popolo Italiano  
**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
SESTA SEZIONE PENALE

Composta da:

STEFANO MOGINI	- Presidente -	Sent. n. sez. 328/2019
ANGELO COSTANZO		UP - 22/02/2019
MIRELLA AGLIASTRO		R.G.N. 35779/2018
PIERLUIGI DI STEFANO		
MARIA SABINA VIGNA	- Relatore -	

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso proposto da:

(omissis) nato a (omissis)

avverso la sentenza del 21/02/2018 della CORTE APPELLO di MILANO

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere MARIA SABINA VIGNA;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore MARIELLA DE MASELLIS che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

udito il difensore, avv. (omissis), in difesa della (omissis) già (omissis) (omissis) SPA, che chiede la conferma della sentenza e la condanna alle spese come da conclusioni scritte che deposita con nota spese.

udito il difensore, avv. (omissis), in difesa di (omissis), che insiste per l'accoglimento del ricorso.

## RITENUTO IN FATTO

1. Con la sentenza impugnata, la Corte di appello di Milano ha condannato (omissis) alla pena di anni uno, mesi tre di reclusione ed euro 900,00 di multa in relazione al reato di turbata libertà degli incanti perché, in concorso con altri imprenditori, predisponeva e pianificava il numero e le società che dovevano concorrere alla gara di appalto relativa all'affidamento dei servizi di pulizia e spurgo della rete di fognatura esistente nel territorio del Comune di Milano indetto da (omissis) S.p.A., stabiliva la percentuale di ribasso da indicare nelle singole offerte, indicava le società che non dovevano partecipare o dovevano essere estromesse a causa della presentazione di offerte contenenti documentazione irregolare o sconti più bassi, concordando peraltro i successivi subappalti da ottenere dalle società vincitrici.

(omissis) era stato assolto per non avere commesso il fatto, all'esito di giudizio abbreviato, dal G.i.p. presso il Tribunale di Milano perché era stato ritenuto un semplice dipendente della (omissis) s.r.l. facente capo a (omissis), soggetto rappresentante di una delle società riconducibili al (omissis) e dedita ad alterare il funzionamento delle gare d'appalto.

Il giudice di primo grado rilevava anche che gli indizi a carico dell'imputato consistevano unicamente nella partecipazione a due cene nel corso delle quali erano intercettate le conversazioni dalle quali si desumeva che i partecipanti intendevano indirizzare la gara d'appalto in modo che l'impresa (omissis), la (omissis) s.r.l. e la (omissis) s.r.l. risultassero vincitrici. Il G.i.p. riteneva tuttavia che la partecipazione alla cena da parte di (omissis) in sé e per sé non fosse elemento decisivo per l'affermazione della sua responsabilità poiché non emergeva il contributo causale dallo stesso fornito.

La Corte d'appello, a seguito di impugnazione della parte civile e del Procuratore Generale, riteneva invece sussistente la prova in ordine alla penale responsabilità dell'imputato.

2. Avverso la sentenza ricorre per cassazione (omissis) deducendo i seguenti motivi:

2.1. Violazione di legge e vizio di motivazione perché non è stata fornita dalla Corte di appello una motivazione rafforzata rispetto alla sentenza di primo grado.

2.2. Violazione di legge e vizio di motivazione in ordine alla sussistenza del concorso di persone, non avendo la Corte d'appello indicato in cosa sia concretamente consistita la condotta dell'imputato. L'unico dato probatorio ricavabile dai servizi di osservazione e controllo e dalla intercettazione del 4

gennaio presso il ristorante "(omissis)" è che il ricorrente era presente ad alcuni incontri, ma il ruolo avuto dallo stesso è totalmente indimostrato.

Dalle intercettazioni del 28-29 dicembre si desume unicamente che l'imputato riportava una circostanza a (omissis) e si rimetteva alle sue decisioni.

Quando (omissis) cita (omissis) e precisa che avrebbe offerto il 3% al ribasso non si comprende se la cifra sia stata condivisa con i sodali o sia solo un auspicio di (omissis).

Anche se l'imputato era il legale rappresentante della società (omissis) s.r.l., rivestiva comunque un ruolo subalterno rispetto a (omissis) e non aveva alcuna autonomia decisionale.

La Corte non ha fornito alcuna risposta alle argomentazioni difensive esposte nella memoria difensiva depositata in udienza.

2.3. Violazione di legge e vizio di motivazione in ordine alla sussistenza del reato di cui all'articolo 353 cod. pen..

Non è stata raggiunta la piena prova della previsione da parte dell'imputato circa l'illiceità della condotta cui concorreva e circa la volontà di concorrere. La condotta contestata è inoffensiva perché la stessa non ha leso il bene giuridico protetto dalla norma. Delle nove società che hanno partecipato alla gara, quattro sono state escluse per mancanza dei requisiti e la quinta per l'offerta formulata; hanno vinto un lotto ciascuno le società indicate come beneficiarie della presunta *combine* e ha vinto un lotto anche un soggetto estraneo alla presunta turbativa, la (omissis) ; nessuno svantaggio è stato causato alla P.A.

2.4. Violazione di legge e vizio di motivazione in ordine al trattamento sanzionatorio, alla mancata concessione delle attenuanti generiche e dei benefici di legge.

2.5. Violazione di legge e vizio di motivazione in ordine al risarcimento del danno in favore del comune di Milano, avendo la Corte pedissequamente fatto proprie le richieste contenute nelle conclusioni della parte civile.

3. Con memoria depositata il 6/02/2019, la parte civile Comune di Milano ha chiesto il rigetto di tutti i motivi di ricorso e la conferma integrale della sentenza impugnata, ivi comprese le statuizioni civili.

Il giudice di primo grado ha preso in esame solo le intercettazioni effettuate in occasione della cena del 14 novembre e sulla base delle stesse ha ravvisato una mera ipotesi di connivenza. La Corte d'appello invece ha ben evidenziato sia il ruolo svolto dall'imputato all'interno della società, sia i numerosi altri incontri nel corso dei quali emergeva il ruolo attivo svolto dal (omissis).

Quanto alla somma liquidata equitativamente a titolo di risarcimento danno per il Comune di Milano – sulla base del criterio proposto dallo stesso Comune –

del 2% dell'importo a base di gara, in analogia al valore della cauzione provvisoria prevista dall'articolo 75 del Codice dei Contratti Pubblici applicabile *ratione temporis*, deve evidenziarsi che tale norma prevede che la cauzione provvisoria copra la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, che nel caso di specie, in relazione al lotto aggiudicato alla <sup>(omissis)</sup> s.r.l., ammontava ad euro 1.549. 607,00.

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

1. Il ricorso coglie parzialmente nel segno e la sentenza impugnata deve essere annullata limitatamente al diniego della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna, con rinvio per nuovo giudizio su tali punti ad altra Sezione della Corte di appello di Milano.

Il ricorso deve, invece, essere per il resto rigettato.

2. I motivi relativi alla sussistenza del reato contestato e del concorso di persone nel reato, possono essere trattati congiuntamente, anche avendo riguardo alla dedotta omessa motivazione rafforzata su questi specifici punti, rivelandosi entrambi infondati.

2.1. Per quanto concerne, in particolare, la censura relativa all'omessa motivazione rafforzata, deve evidenziarsi che sul tema dell'onere di motivazione in caso di c.d. ribaltamento della decisione in appello abbiano avuto modo di pronunciarsi in diverse occasioni le Sezioni Unite di questa Corte regolatrice, sulla scia delle indicazioni tracciate dalla giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo (in particolare, nella sentenza resa nel caso Dan contro Moldavia del 5 luglio 2011).

Costituisce principio di diritto ormai acquisito che - come le Sezioni Unite ebbero ad affermare già nella sentenza Mannino - la sentenza che riformi totalmente, in senso assolutorio come di condanna, la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato (Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231679).

Questa Corte ha successivamente ribadito che la sentenza di appello di riforma totale del giudizio assolutorio di primo grado deve confutare specificamente, pena altrimenti il vizio di motivazione, le ragioni poste dal primo giudice a sostegno della decisione assolutoria, dimostrando puntualmente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della

sentenza di primo grado, anche avuto riguardo ai contributi eventualmente offerti dalla difesa nel giudizio di appello, e deve quindi corredarsi di una motivazione che, sovrapponendosi pienamente a quella della decisione riformata, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati (Sez. 6, n. 6221 del 20/04/2005, Aglieri, Rv. 233083; Sez. 5, n. 8361 del 17/01/2013, Rastegar, Rv. 254638). In altri termini, il Collegio del gravame che condanni l'imputato assolto in primo grado ha l'obbligo di dimostrare specificamente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza del primo giudice, con rigorosa e penetrante analisi critica seguita da completa e convincente motivazione che, sovrapponendosi a tutto campo a quella del primo giudice, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati.

2.2. La Corte di appello ha dato corretta applicazione di tali principi, soffermandosi sul ruolo ricoperto dall'imputato all'interno della (omissis) s.r.l. – evidenziando che lo stesso non era quello di semplice dipendente della società e di subalterno di (omissis), bensì quello di legale rappresentante della società – e sull'importanza delle intercettazioni telefoniche ed ambientali dalle quali emerge la rilevanza causale della condotta dell'imputato.

In particolare, la Corte ha messo puntualmente in evidenza come, sulla base delle indagini di polizia giudiziaria, l'imputato risultava avere partecipato da solo a varie cene, e non solo a quella del 14 novembre 2012 laddove si era recato in compagnia del (omissis), incontri tutti palesemente finalizzati a trovare un accordo fra i legali rappresentanti delle varie società per realizzare la turbativa d'asta.

La Corte indica poi alcune intercettazioni ritenute particolarmente rilevanti e cioè quella del 15 dicembre 2012 (nel corso della quale (omissis), (omissis) e (omissis) discutono sulle percentuali di ribasso e (omissis) riferisce di essere a conoscenza del fatto che (omissis) avrebbe proposto il 3%); quelle del 28 e 29 dicembre 2012 (nel corso delle quali (omissis) manifesta il proprio disappunto per le problematiche emerse nel corso della riunione del 28 dicembre 2012 presso l' (omissis) ); quella del 4 gennaio 2013 fra (omissis) e (omissis) (nel corso della quale i due manovrano per escludere (omissis) e per convincere (omissis) e (omissis) a non partecipare nella forma di ATI).

Così facendo, la Corte ha dimostrato l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza del primo giudice e ha dato ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati.

2.3. Giova, infine, evidenziare che, con riguardo alla fattispecie di turbativa delle pubbliche gare di cui all'art. 353 cod. pen. questa Corte (Sez. 6, n. 12298 del 16/01/2012, Citarella, Rv. 252555) ha ormai da tempo stabilito che la nozione di «collusione» va intesa come ogni accordo clandestino diretto ad influire sul normale svolgimento delle offerte, mentre il «mezzo fraudolento» consiste in qualsiasi artificio, inganno o menzogna concretamente idoneo a conseguire l'evento del reato, che si configura non soltanto in un danno immediato ed effettivo, ma anche in un danno mediato e potenziale, dato che la fattispecie si qualifica come reato di pericolo. In tale prospettiva rileva, in particolare, qualsiasi attività ingannevole che, diversa dalle condotte tipiche descritte dalla norma incriminatrice, sia idonea ad alterare, anche attraverso anomalie procedurali, il regolare funzionamento della gara e a pregiudicare l'effettività della libera concorrenza, la quale presuppone la possibilità, per tutti gli interessati, di determinarsi sulla base di un corretto quadro informativo (Sez. 6, n. 42770 del 11/07/2014, Santoro, Rv. 260726). Una situazione di turbamento, inoltre, si verifica quando la condotta fraudolenta o collusiva abbia anche soltanto influito sulla regolare procedura della gara, essendo irrilevante che si produca, come nel caso in esame, un'effettiva alterazione dei risultati di essa (Sez. 6, n. 28970 del 24/04/2013, Sonn, Rv. 255625). Non occorre, pertanto, l'effettivo conseguimento del risultato perseguito dagli autori dell'illecito, ma la semplice idoneità degli atti ad influenzare l'andamento della gara (Sez. 6, n. 12821 del 11/03/2013, Adami, Rv. 254906).

3. Coglie nel segno il motivo concernente la mancata concessione di benefici di legge della pena sospesa e della non menzione. La Corte d'appello, al fine di negare gli stessi, fa riferimento, con una formula di stile alla gravità del fatto e all'intensità del dolo.

In tema di sospensione condizionale della pena, il Collegio condivide l'orientamento secondo cui il giudice di merito, nel valutare la concedibilità del beneficio, non ha l'obbligo di prendere in esame tutti gli elementi richiamati nell'art. 133 cod. pen., potendo limitarsi ad indicare quelli da lui ritenuti prevalenti in senso ostativo della sospensione (Sez. 5, n. 57704 del 14/09/2017, Rv. 272087; Sez. 2, n. 19298 del 15/04/2015, Rv. 263534; Sez. 3 n. 6641 del 17/11/2009, Rv. 246184; Sez. 3, n. 30562 del 19/03/2014).

Nel caso di specie però, la Corte non spiega per quale ragione l'intensità del dolo e la gravità della condotta impediscano la concessione dei benefici richiesti. E soprattutto, la Corte non spende una parola sul beneficio della non menzione.

Deve ricordarsi che il predetto è diverso da quello della sospensione condizionale della pena perché, mentre quest'ultima ha l'obiettivo di sottrarre

alla punizione il colpevole che presenti possibilità di ravvedimento e di costituire, attraverso la possibilità di revoca, un'efficace remora ad ulteriori violazioni della legge penale, il primo persegue lo scopo di favorire il ravvedimento del condannato mediante l'eliminazione della pubblicità quale particolare conseguenza negativa del reato; ne consegue che le ragioni del diniego del beneficio della sospensione condizionale della pena non possono assorbire come nel caso in esame quelle relative al mancato riconoscimento della non menzione che, ove mancanti, determinano la nullità della sentenza, sul punto specifico, per vizio di motivazione (Sez. 3, n. 18396 del 15/03/2017, Rv. 269638).

4. Quanto alla lamentata violazione di legge e al vizio di motivazione in ordine al risarcimento del danno in favore del comune di Milano, avendo la Corte fatto proprie le richieste contenute nelle conclusioni della parte civile, deve evidenziarsi che correttamente la Corte di appello ha liquidato i danni in favore della costituita parte civile Comune di Milano avendo riguardo al criterio del 2% dell'importo a base di gara analogicamente al valore della cauzione provvisoria prevista dall'art. 75 del Codice dei Contratti pubblici.

Si tratta di un parametro normativo al quale la Corte distrettuale ha fatto riferimento secondo un percorso logico che appare immune da vizi *ictu oculi* percepibili, parametro che si riferisce, infatti, proprio alle conseguenze risarcitorie derivanti dall'inadempimento di pubbliche forniture.

5. La sentenza deve essere, pertanto, annullata limitatamente al diniego della sospensione condizionale della pena e della non menzione, con rinvio per nuovo giudizio su tali punti ad altra Sezione della Corte di appello di Milano.

Il ricorso va rigettato nel resto con conseguente dichiarazione di irrevocabilità della sentenza impugnata quanto al giudizio di penale responsabilità, alla pena e alle statuizioni civili. Il ricorrente deve essere condannato alla rifusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute nel grado dalla parte civile (omissis) S.P.A. che liquida in euro tremilacinquecento oltre accessori di legge.

P.Q.M.

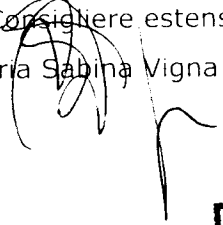
Annulla~~la~~ la sentenza impugnata limitatamente al diniego della sospensione condizionale della pena e della non menzione e rinvia per nuovo giudizio su tali punti ad altra Sezione della Corte di appello di Milano. >A

Rigetta~~to~~ nel resto il ricorso e dichiara la sentenza impugnata irrevocabile quanto al giudizio di penale responsabilità, alla pena e alle statuizioni civili.

Condanna il ricorrente alla rifusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute nel grado dalla parte civile (omissis) S.P.A. che liquida in euro tremilacinquecento oltre accessori di legge.

Così deciso il 22 febbraio 2019

Il Consigliere estensore  
Maria Sabina Vigna



Il Presidente

Stefano Mogini

