

0 6875 - 26



REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SESTA SEZIONE PENALE

Composta da

Giorgio Fidelbo

- Presidente -

Sent.n.sez.36/26

Anna Criscuolo

CC -14/01/2026

Federica Tondin

R.G.N.37390/2025

Giuseppe Biondi

Paolo Di Geronimo

- Relatore -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

██████████ nato a ██████ il ██████

avverso l'ordinanza dell'11/9/2025 emessa dal Tribunale di Roma

visti gli atti, l'ordinanza impugnata e il ricorso;

udita la relazione del consigliere Paolo Di Geronimo;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Fabrizio Vanorio, che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato ██████████, il quale chiede l'accoglimento del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Il ricorrente impugna l'ordinanza con la quale il Tribunale del riesame di Roma confermava l'applicazione nei suoi confronti della misura dell'obbligo di dimora, disposta in relazione ai reati di turbativa d'asta, asseritamente commessi per ottenere l'affidamento di spettacoli ed eventi culturali presso il Comune di ██████████

In relazione ad entrambe le ipotesi di reato contestate, il Tribunale evidenziava come fosse stato accertato che [] e [] (quest'ultimo direttore artistico presso il Comune di [] in concorso con [] (assessore al commercio) avevano concordato l'affidamento dell'incarico sulla base di una contrattazione diretta, cui aveva fatto seguito l'adozione di un avviso pubblico per l'invio di manifestazioni di interesse, nella quale era specificato che la scelta del contraente sarebbe avvenuta su base comparativa (pg.21 - 28 ordinanza).

2. Nell'interesse del ricorrente sono stati formulati tre motivi di ricorso.

2.1. Con il primo motivo, si deduce violazione di legge e vizio di motivazione relativamente alla configurabilità del reato di turbata libertà degli incanti, sul presupposto che difetterebbe una procedura di gara, avendo il Comune di [] proceduto mediante l'affidamento diretto della prestazione d'opera. L'ordinanza impugnata riteneva determinante il fatto che il Comune aveva indetto una procedura comparativa, omettendo di considerare che i contratti in questione erano sicuramente "sotto-soglia", per cui era pienamente legittimo l'affidamento diretto. È pur vero che il Comune aveva proceduto a svolgere una indagine di mercato, ma tale *iter* non determinava di per sé che il contratto sarebbe stato stipulato secondo schemi negoziali che avrebbero necessariamente richiesto una comparazione tra i soggetti interessati.

Il ricorrente, del resto, aveva agito concordando con l'amministrazione l'oggetto delle prestazioni artistiche richieste (capo 5), nonché proponendo direttamente un proprio progetto (capo 6), a dimostrazione del fatto che entrambi i rapporti si erano svolti su un piano prettamente privatistico e senza l'indizione di una effettiva procedura comparativa.

2.2. Con il secondo motivo, si deduce il vizio di motivazione relativamente alla mancata indicazione delle specifiche esigenze cautelari. Premette il ricorrente che il Tribunale aveva erroneamente ritenuto che la censura riguardasse solo l'assenza di un'autonoma valutazione di tale aspetto da parte del g.i.p., in tal modo non entrando nel merito della questione relativa alle esigenze cautelari. Il suddetto requisito veniva desunto essenzialmente dai rapporti tra [] e [] e non già sulla base di concreti elementi fattuali, idonei a dimostrare il rischio di reiterazione.

2.3. Con il terzo motivo, si deduce il vizio di motivazione relativamente alla sussistenza di un concreto e attuale rischio di reiterazione. L'ordinanza impugnata attribuiva a [] una consolidata capacità di porre in essere condotte illecite, nonché stabili rapporti con pubbliche amministrazioni compiacenti. Tali affermazioni risulterebbero del tutto illogiche, essendo emerso che l'iniziativa per

l'affidamento dei contratti in questione era partita da [REDACTED] il quale aveva ritenuto di rivolgersi a [REDACTED] in considerazione della capacità organizzativa dello stesso. Peraltro, al di fuori dell'ambito territoriale riferibile al Comune di [REDACTED] non emergevano rapporti con altre e diverse pubbliche amministrazioni presso le quali l'indagato poteva vantare rapporti privilegiati.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

2. I fatti oggetto delle contestazioni mosse al ricorrente sono stati compiutamente ricostruiti nell'ordinanza impugnata e, nella loro materialità, sostanzialmente non contestati.

Può darsi per acquisito, pertanto, che [REDACTED] e [REDACTED] hanno concordato l'affidamento di due appalti di servizi, aventi ad oggetto l'organizzazione di eventi culturali per conto del Comune di [REDACTED]

In entrambe le ipotesi, l'affidamento dell'incarico sarebbe avvenuto in via diretta, concordando l'oggetto della prestazione, le modalità di svolgimento e il compenso.

Al fine di salvaguardare la pretesa esigenza di garantire l'imparzialità nella scelta del contraente, venivano pubblicati due avvisi di indagine di mercato che, per modalità e tempistica, non consentivano la partecipazione di soggetti diversi da [REDACTED] (si veda pg.13).

L'ordinanza impugnata ha precisato come non rilevasse che l'avviso di indagine di mercato contenesse l'espressa specificazione che si trattava di un "mero avviso esplorativo", con l'ulteriore specificazione per cui l'amministrazione poteva insindacabilmente annullare o modificare la procedura, posto che il medesimo atto conteneva anche l'indicazione dei criteri di valutazione che sarebbero stati seguiti nella scelta, il che rendeva idoneo tale avviso ad introdurre una fase comparativa (pg.20 e 28).

Infine, l'ordinanza dava atto che entrambi gli appalti di servizio non superavano la soglia di €140.000 al di sotto della quale, *ratione temporis*, era legittimo l'affidamento diretto.

La sussistenza della configurabilità del reato veniva desunta dal fatto che i contratti in questione, pur potendo essere astrattamente affidati a trattativa diretta, erano stati ugualmente preceduti da un'indagine di mercato con invito a formulare offerte, tant'è che negli avvisi venivano specificati i requisiti richiesti ai soggetti interessati, nonché quali sarebbero stati i parametri di valutazione

(invero generici e riferiti all'oggetto della prestazione) per addivenire alla scelta del contraente.

Il Tribunale del riesame riteneva, pertanto, che vi fosse stata una procedura comparativa, rientrando nella nozione di gara così come contemplata dall'art. 353 cod. pen., sicchè doveva ritenersi astrattamente configurabile il reato, essendo emerso pacificamente che la scelta del contraente era avvenuta prima ancora della pubblicazione dell'avviso esplorativo.

Inoltre, si precisava come fosse irrilevante che all'avviso non avesse risposto alcun imprenditore, posto che le modalità di pubblicazione erano state tali da impedire un'effettiva conoscenza e, soprattutto, la concreta possibilità di formulare la manifestazione di interesse.

3. La questione centrale e dirimente che pone il ricorso attiene alla possibilità di ritenere configurato il reato di cui all'art. 353 cod. pen. in presenza dell'affidamento di un appalto di servizio che, per importo, poteva sicuramente essere assegnato a trattativa privata.

Si pone la necessità di verificare se, in tale ipotesi, l'espletamento di una ricerca di mercato, con l'indicazione di parametri di valutazione delle eventuali offerte, si traduca in una forma di autolimitazione da parte dell'ente che, in tal modo, si vincolerebbe allo svolgimento di una procedura comparativa informale, pur se non imposta per legge.

3.1. Ancor prima di affrontare tale problematica, è opportuno valutare se le condotte descritte ricadano astrattamente nell'alveo del reato di turbata libertà degli incanti, ovvero se debbano essere più correttamente ricondotte all'ipotesi di turbata libertà di scelta del contraente.

In considerazione dello svolgimento del fatto, così come concordemente ricostruito dai giudici di merito, si ritiene che le condotte dovessero essere ricondotte nel paradigma dell'art. 353-*bis* cod. pen.

La ratio del reato di cui all'art. 353-*bis* cod. pen. è quella di anticipare la tutela penale, rispetto al momento di effettivo svolgimento della procedura comparativa, trattandosi di fattispecie che, a differenza del reato di turbativa d'asta, mira a prevenire la preparazione e l'approvazione di bandi, o atti equipollenti, personalizzati e calibrati proprio sulle caratteristiche di determinati operatori e sull'offerta che questi possono formulare, 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 (Sez. 6, n. 29267 del 5/4/2018, Baccari, Rv. 273449; Sez. 6, n. 1 del 02/12/2014, dep. 2015, Pedrotti, Rv. 262917; Sez.6, n. 6259 del 27/1/2016, Bellinazzo, Rv. 266313).

In relazione ai 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.), si ritiene 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 risultino idonee ad alterare la procedura comparativa.

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 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 - avvertita prima dell'introduzione dell'art. 353-bis cod. pen. - di ampliare la portata applicativa dell'art. 353 cod. pen., ricomprendendo anche condotte pregresse rispetto al formale svolgimento della gara.

Con l'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'indizione della gara e che, anche a livello sanzionatorio, è equiparata all'art. 353 cod. pen.

Ove si ritenesse che i comportamenti manipolatori che incidono sulla formazione del bando di gara o dell'atto equipollente, che venga successivamente emesso, debbano essere inquadrati nella fattispecie prevista dall'art. 353 cod. pen., l'ambito applicativo dell'art. 353-bis cod. pen. risulterebbe estremamente

circoscritto e limitato al caso in cui la gara non venga bandita (così Sez.2, n. 47444 del 17/10/2014, Colombini, Rv.260958; Sez.6, n. 6259 del 27/1/2016, Bellinazzo, Rv. 266313), il che comporterebbe una immotivata applicazione residuale di quest'ultima fattispecie.

Peraltro, se il reato di turbata libertà di scelta del contraente fosse limitato alle ipotesi in cui alla condotta delittuosa non consegua l'emissione del bando o dell'atto equivalente, il grado di pericolo per il regolare svolgimento dell'iter amministrativo risulterebbe minimale e, quindi, mal si comprenderebbe la scelta di applicare per i reati di cui agli artt. 353 e 353-*bis* la medesima sanzione.

3.2. Deve, pertanto, ribadirsi il principio secondo cui il delitto previsto dall'art. 353-*bis* cod. pen. si configura nel caso in cui la condotta volta a preferire uno dei possibili contraenti si realizza fin dalla predisposizione del bando di gara o dell'atto equipollente, a prescindere dalla effettiva incidenza che essa abbia sulla scelta del contraente o sulla correttezza della gara, mentre il delitto di cui all'art. 353 cod. pen. è configurabile solo qualora le condotte illecite siano realizzate dopo l'adozione del bando e risultino di per sé idonee ad alterare la procedura comparativa (Sez.6, n. 24341 del 29/5/2025, Figheti, Rv. 288364).

Applicando tale principio al caso di specie, risulta agevole giungere alla conclusione che la condotta, come in astratto descritta, risulterebbe qualificabile quale turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, posto che l'alterazione si sarebbe verificata fin dal momento della pubblicazione dell'indagine di mercato, mediante la predisposizione di un invito a formulare manifestazioni di interesse diffuso con modalità tali da ostacolare la partecipazione e di addivenire all'affidamento dell'appalto di servizio nei confronti del contraente già preventivamente individuato.

4. Fatta tale doverosa premessa in ordine alla qualificazione giuridica della condotta contestata, è possibile procedere all'esame della sussistenza del *fumus commissi delicti*.

La norma incriminatrice, lì dove sanziona le condotte idonee a turbare il procedimento diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente, al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente, fornisce necessariamente una descrizione ampia della condotta, per consentirne l'applicazione alla variegata gamma di moduli contrattuali mediante i quali la pubblica amministrazione stipula contratti di appalto.

Il dato che accomuna i fatti integranti reato è costituito dalla necessità che vi sia una fase procedimentale che comporti la comparazione tra i concorrenti e l'individuazione dell'aggiudicatario sulla base di elementi predeterminati e

vincolanti *ex lege* per la pubblica amministrazione.

4.1. L'esame della problematica presuppone un sintetico esame della normativa che disciplina la stipula dei contratti pubblici, attualmente dettata dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 che, in relazione ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, individua forme diversificate di affidamento.

Per quanto di interesse ai fini del presente giudizio, l'art.50 stabilisce:

- l'affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici (comma 1, lett.a);
- l'affidamento diretto di servizi e fornitura di importo inferiore ad €140.000 anche senza consultazione di più operatori economici (comma 1, lett.b);
- la procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, per lavori di importo superiore ad €150.000 (comma 1, lett.c);
- la procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, per lavori di importo superiore ad €1.000.000 (comma 1, lett.d)
- l'indagine di mercato è richiesta esclusivamente in relazione alle procedure negoziate e solo per queste l'art.50, comma 4, impone di effettuare la scelta del contraente sulla base dell'offerta più vantaggiosa;
- per «affidamento diretto» si intende l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente (così testualmente l'art. 3, lett.d dell'Allegato I.1)

A conferma del fatto che per la sola procedura negoziata è prevista una fase preliminare volta ad acquisire le manifestazioni di interesse, deve richiamarsi l'art.1, dell'Allegato II.1 al d.lgs. n. 36 del 2023, lì dove prevede per i contratti sottoposti a procedura negoziata (quindi di importo superiore rispetto a quelli oggetto dei capi di imputazioni in esame) lo svolgimento di un'indagine di mercato. Il successivo art.2 disciplina il contenuto e le modalità di svolgimento dell'indagine di mercato, precisando che quest'ultima è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione, salvo restando che tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura.

4.2. Sulla base della ricognizione della normativa in tema di contratti pubblici, deve giungersi alla conclusione che lì dove è previsto l'affidamento del contratto a

trattativa privata, l'ente non è tenuto a svolgere alcuna procedura comparativa, non dovendo neppure acquisire le manifestazioni di interesse di una pluralità di operatori, ben potendo scegliere direttamente ed in assoluta autonomia il soggetto cui affidare l'esecuzione dell'opera o del servizio.

L'affidamento diretto, pertanto, presuppone esclusivamente l'applicazione dei principi generali e, in particolare, del principio del risultato così come disciplinato dall'art. 1, d.lgs. n. 36 del 2023, mentre non richiede in alcun modo il rispetto di criteri predeterminati e comparativi nell'individuazione del contraente, ponendosi al più un'esigenza di rotazione negli affidamenti, problematica che nel caso di specie non rileva.

Ne consegue che l'affidamento diretto ha natura non competitiva e, quindi, non è una procedura di gara, neppure intesa in senso informale, posto che la stazione appaltante può individuare l'operatore economico anche senza consultare più soggetti, purché sia garantito il possesso di documentate esperienze pregresse.

In mancanza di confronto competitivo, l'amministrazione, ove pure ritenga per propria scelta e non essendo a ciò vincolata, di acquisire plurime manifestazioni di interesse, non è in alcun modo tenuta ad affidare il contratto sulla base del confronto tra le diverse offerte ricevute

Quanto detto comporta che, in presenza dei presupposti per procedere all'affidamento diretto, la procedura rimane tale anche se l'ente decida di procedere all'acquisizione di manifestazioni di interesse.

In tal senso depone la giurisprudenza amministrativa.

Si è recentemente affermato che la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori, non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze. Parimenti non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara neppure la richiesta del possesso, in capo agli operatori, di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che è, anzi, conforme a quanto previsto all'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 36 del 2023. Ne consegue che nelle procedure di affidamento diretto il d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che la scelta dell'operatore «anche nel caso di previo interpello di più operatori economici» è «operata discrezionalmente dalla stazione appaltante» (All I.1, art.3, lett.d) (così Tar Campania, n. 909 del 4/2/2025; Tar Lazio, n. 19840 del 11 novembre 2024; Tar Lombardia, n. 1778 del 11 giugno 2024).

In senso conforme si è ribadito che la mera procedimentalizzazione

dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori, non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze (C.d.S., 15.01.2024, n. 503; C.d.S., 23.04.2021 n. 3287; in termini, Tar Venezia, n. 981 del 13.06.2022 ; Tar Basilicata, n. 108 del 11.02.2022 ; Tar Marche, n. 468 del 7.06.2021)

Concludendo sul punto, deve affermarsi il principio per cui l'affidamento diretto non prevede alcuna forma di rigida comparazione tra gli eventuali concorrenti, in quanto, per espressa previsione normativa, la scelta «anche nel caso di previo interpello di più operatori economici» è «operata discrezionalmente dalla stazione appaltante».

A diverse conclusioni non conduce neppure il principio secondo cui quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. Stato, sez. V, n. 3502 del 2017; Cons.Stato, Sez.V, n. 4659 del 24/5/2025).

Per effetto della decisione di autovincolarsi, infatti, si potrà porre un problema di legittimità dell'atto amministrativo difforme, ma ciò supera il fatto che, per la tipologia di contratto e per il suo importo, la legge non obbliga l'ente alla formalizzazione dei criteri di scelta, il che rileva sicuramente sotto il profilo penalistico della vicenda.

Come meglio di seguito esaminato, devono tenersi distinti i profili amministrativi da quelli penalistici, posto che sotto quest'ultimo versante il principio di tassatività e di offensività della condotta impone di valorizzare il rispetto o meno della tipologia contrattuale imposta per legge in relazione all'importo e alla natura del contratto.

5. Alla luce della ricostruzione della disciplina amministrativa dell'affidamento diretto e dei limiti entro il quale tale forma contrattuale è consentita, è possibile valutarne le ricadute in ambito penalistico.

Il tema è stato già affrontato da questa Corte, essendosi affermato che 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: a) la trattativa privata, al di là del *nomen juris*, prevede, nell'ambito del

procedimento amministrativo di scelta del contraente, una "gara", sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale; b) non è configurabile nelle ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata in cui il procedimento è svincolato da ogni schema concorsuale; c) non è configurabile quando la decisione di procedere all'affidamento diretto è essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara. (Sez.6, n. 5536 del 28/10/2021, dep. 2022, Zappini, Rv. 282902; in senso sostanzialmente conforme Sez. 6, n. 17876 del 11/01/2022, Mele, Rv. 283155; Sez. 5, n. 457809 del 26/10/2022, Leo, Rv. 283890).

Analogo principio era stato già sostenuto in relazione alla antecedente normativa in tema di contratti pubblici, essendosi ritenuto che la configurabilità del reato, anche in presenza di una gara informale, non integra una applicazione analogica della fattispecie criminosa - vietata in materia penale - in quanto non ne allarga l'ambito di applicazione, bensì concreta una interpretazione estensiva, sulla base dell'*eadem ratio* che la sorregge e che è unica, volta a garantire il regolare svolgimento sia dei pubblici incanti e delle licitazioni private sia delle gare informali o di consultazione, le quali finiscono con il realizzare, sostanzialmente, delle licitazioni private (Sez. 6, n. 12238 del 30/09/1998, De Simone, Rv. 213033).

Valorizzando tale approccio e pur ribadendo la necessità di evitare il divieto di analogia, la sentenza "Zappini" ha affermato che la condotta perturbatrice deve riguardare un procedimento amministrativo funzionale ad una "gara" anche informale, e deve volgere sul piano finalistico ad inquinare il contenuto di un atto funzionalmente tipico, cioè di un atto esplicativo del modo con cui si devono selezionare i concorrenti per individuarne il migliore; un atto che pone le regole, le modalità di accesso, i criteri di selezione, che disciplini il modo con cui compiere una comparazione valutativa tra più soggetti.

5.2. Rispetto a tale approdo giurisprudenziale, si ritiene necessario compiere un ulteriore approfondimento, dovendosi stabilire se, quando si ritiene configurabile il reato di cui all'art. 353-bis in presenza di una "gara informale", si debba far riferimento ad un procedimento comparativo comunque imposto per legge, ovvero se vi rientrino anche le ipotesi del cosiddetto "autovincolo", sussistente quando la pubblica amministrazione, pur potendo esercitare una piena discrezionalità, indichi ugualmente dei parametri e criteri di valutazione delle manifestazioni di interesse.

La soluzione al quesito deve essere necessariamente data valorizzando il principio di offensività e le esigenze di interpretazione tassativizzante della norma penale, che eviti applicazioni analogiche e salvaguardi il principio di offensività e sussidiarietà del diritto penale.

5.3. Operando sulla base di tali coordinate ermeneutiche, si ritiene che l'unica interpretazione consentita sia quella di affermare che il reato di cui all'art. 353-*bis* cod. pen. non è configurabile in relazione all'affidamento diretto di contratti, legittimamente aggiudicabili secondo tale modalità in base alla disciplina dettata dall'art. 50, d.lgs. n. 36 del 2023 e per i quali la scelta è operata discrezionalmente dall'ente concedente.

In tal senso depone, in primo luogo, il rispetto del principio di offensività, applicabile dal giudice ordinario in presenza di condotte che potrebbero astrattamente rientrare nella previsione incriminatrice, ma che in concreto risultano prive di capacità lesiva del bene giuridico tutelato. Deve premettersi che l'offensività in concreto è rimessa alla valutazione del giudice ordinario, come recentemente ribadito da Corte cost., n.113 del 2025 (in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione) e da Corte cost., n. 10 del 2026 (relativa all'interpretazione della norma che sanziona la guida in stato di alterazione psico-fisica derivante dall'assunzione di stupefacenti).

L'art. 353-*bis* cod. pen. non è preposto alla tutela della mera legittimità amministrativa dell'atto, bensì è volto a sanzionare una condotta finalizzata a inquinare il contenuto del bando - o di un altro atto a questo equipollente - e, quindi, a condizionare le modalità di scelta del contraente.

Lì dove è la legge stessa che, per la specifica tipologia di contratto, riconosce ampia discrezionalità all'amministrazione nello scegliere il contraente ritenuto maggiormente idoneo al raggiungimento dello scopo, ritenendo non necessaria qualsivoglia procedura comparativa, viene meno l'offensività di una condotta qualificabile quale affidamento diretto, pur se preceduta da una non richiesta indagine di mercato.

Deve ritenersi, pertanto, come non possa individuarsi alcuna offensività in una condotta che è espressamente ammessa e ritenuta lecita dalla normativa in tema di contratti pubblici.

A tale argomento si può obiettare che la discrezionalità di scelta del contraente verrebbe meno in presenza dei cosiddetti autolimiti che l'amministrazione volontariamente si impone, procedimentalizzando un *iter* di scelta del contraente che, in realtà, ben poteva avvenire sulla base dell'affidamento diretto.

Si tratta di un'opzione non percorribile, in quanto basata su un'interpretazione *in malam partem* della norma, mediante la quale si tende a trasformare un atto eventualmente illegittimo sotto il profilo amministrativo in un illecito penale.

Richiamando la giurisprudenza amministrativa in precedenza citata, deve ribadirsi che la scelta volontaria e non obbligata mediante la quale la pubblica amministrazione decida di svolgere un'indagine di mercato, come pure quella di

procedimentalizzare l'individuazione del contraente con il quale concludere, mediante affidamento diretto, il contratto, non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara.

L'autovincolo che si è imposto la pubblica amministrazione potrà rilevare ai fini delle successive determinazioni, comportando l'illegittimità amministrativa degli atti conseguenti, ma ciò non incide in alcun modo sulla tipologia di procedura di scelta del contraente che l'ente era tenuto ad applicare.

In buona sostanza, la legittimità o meno di procedere con l'affidamento diretto è predeterminata dalla legge, sulla base di una valutazione generale ed astratta di quello che è il modello procedimentale da seguire in considerazione delle caratteristiche del contratto ed è solo rispetto al modello normativamente previsto che si deve verificare la configurabilità del reato.

5.3. L'ulteriore aspetto dirimente è dato dalla necessaria interpretazione tassativizzante che deve darsi della nozione di "atto equipollente" al bando di gara, richiamato dall'art. 353-*bis* cod. pen.

Il riferimento all'atto equipollente non può essere esteso anche alle ipotesi di procedure di comparazione non previste dalla legge in tema di contratti pubblici, bensì la nozione va riferita a quella molteplicità di forme di aggiudicazione che, pur non richiedendo un bando di gara, impongono per legge una fase comparativa basata su criteri predeterminati.

Diversamente opinando si svincolerebbe del tutto la nozione di "atto equipollente" dalla predeterminazione normativa dei casi in cui la comparazione è richiesta, il che darebbe luogo ad un'applicazione analogica *in malam partem* dell'art. 353-*bis* cod. pen.

In definitiva, l'utilizzo della locuzione di "atto equipollente" non autorizza ad estendere l'ambito applicativo anche alle ipotesi in cui la procedura comparativa non è imposta per legge, dovendosi, invece, ritenere che il richiamo normativo, volutamente non specifico, sia riferito a tutte quelle ipotesi di procedure che, pur non presupponendo un bando di gara, richiedono per legge la pubblicazione di avvisi variamente denominati che assolvono alla medesima funzione del bando.

5.4. Seguendo tale impostazione, la distinzione tra l'attività contrattuale sostanzialmente libera e quella che, invece, presuppone forme di comparazione deformalizzate, ma comunque imposte per legge, emerge in maniera chiara dalla disciplina dettata dall'art. 50 d.lgs. n. 36 del 2023, che, sul versante penalistico, consente di individuare un sicuro spartiacque tra le fattispecie in cui sono configurabili i reati di cui agli artt. 353 e 353-*bis* cod. pen. e quelle in cui, invece, in astratto non sono delineabili tali ipotesi delittuose.

In particolare, i casi in cui le norme in tema di contratti pubblici consentono il

ricorso all'affidamento diretto risulteranno per ciò solo esclusi dall'ambito di applicazione dei reati di turbata libertà degli incanti o del procedimento di scelta del contraente, proprio perché in tali ipotesi per legge l'amministrazione non è tenuta al rispetto di alcuna procedimentalizzazione.

A diverse conclusioni deve giungersi non solo nel caso in cui è imposta la procedura di evidenza pubblica per i contratti sopra-soglia, ma anche per le ipotesi di procedura negoziata senza bando (ex art. 50, lett. c, d ed e), rispetto alle quali – pur a fronte di una deformalizzazione del procedimento e di un'ampia discrezionalità dell'amministrazione sulla scelta del contraente – la norma impone in ogni caso una fase comparativa, per il semplice fatto di richiedere la necessaria consultazione di un certo numero di operatori (5 o 10 a seconda dell'importo dei lavori).

Sono queste, pertanto, le ipotesi in cui l'amministrazione avvia la contrattazione mediante l'adozione di un atto equipollente al bando e rispetto alle quali può, conseguentemente, trovare applicazione la previsione di cui all'art. 353-*bis* cod. pen.

6. Applicando tali principi al caso di specie, è agevole rilevare come nel caso di specie, trattandosi di contratti che potevano essere affidati mediante la scelta diretta del contraente e non essendo imposta neppure una procedura negoziata (che impone per legge l'interpello di un numero minimo di potenziali contraenti), non è configurabile il reato di cui all'art. 353-*bis* cod. pen., posto che non vi è stata alcuna alterazione di una procedura comparativa, non essendo questa prevista per legge.

Il semplice fatto che l'ente abbia ugualmente deciso di avviare una procedura volta ad acquisire manifestazioni di interesse non è atto di per sé idoneo a trasformare il procedimento di scelta del contraente dal modulo dell'affidamento diretto a quello di una delle possibili ipotesi di procedura di gara.

Del resto, anche il contenuto dell'avviso non conteneva che una richiesta di "manifestazione di interesse" ed anche il riferimento alla valutazione da effettuarsi su base comparativa era del tutto generico, posto che i criteri indicati per tale giudizio facevano riferimento alla coerenza della proposta con l'oggetto dell'affidamento, nonché all'esperienza dei proponenti, senza che ciò possa interpretarsi come una vera e propria predeterminazione dei criteri di scelta.

Sostanzialmente, quindi, non si introduceva una comparazione sulla base di parametri oggettivi, ma piuttosto si indicavano i criteri che l'ente avrebbe applicato nel compiere una valutazione che era pienamente discrezionale e tale restava, stante la genericità dei parametri di riferimento indicati.



7. Le considerazioni sopra svolte consentono di escludere l'astratta configurabilità del reato, con conseguente assorbimento dei restanti motivi di ricorso, dovendosi addivenire all'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata e di quella applicativa della misura cautelare.

PQM

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata nonché quella emessa dal gip del Tribunale di Civitavecchia in data 24.8.2025, dichiarando cessata la misura cautelare in atto.

Manda alla cancelleria per le comunicazioni ai sensi dell'art. 626 cod. proc. pen.

Così deciso il 14 gennaio 2026

Il Consigliere estensore
Paolo Di Geronimo



Il Presidente
Giorgio F. Delbo

