

La turbata libertà del procedimento di scelta del contraente di cui all'art. 353 bis c.p.

La natura del reato ed il bene giuridico tutelato

L'art. 10 della legge numero 136 del 2010 ("Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia") ha introdotto nel Codice Penale il delitto previsto dall'art. 353-bis rubricato "*Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*" che dispone che: "*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*". Il nuovo delitto mira a punire le condotte volte ad alterare l'iter procedimentale diretto all'emanazione di un bando di gara o atto equipollente¹. Il legislatore ha anticipato la soglia di rilevanza penale delle condotte che si estrinse-

cano prima dell'apertura di una gara pubblica. Si tratta pertanto di un reato di pericolo² e precisamente di un reato di pericolo concreto³ in quanto risulta integrato a prescindere dall'effettivo condizionamento della modalità di scelta del contraente. Il bene giuridico tutelato dalla norma può essere ravvisato in prima battuta, nella trasparenza e nella correttezza del procedimento volto a stabilire il contenuto del bando o di atto equipollente. In realtà, si tratta di un reato plurioffensivo. I beni giuridici tutelati dall'art. 353-bis c.p., sono anche l'imparzialità ed il buon andamento della pubblica amministrazione e la libera iniziativa economica dei privati, specificamente, la libera concorrenza. Questi beni trovano il loro fondamento negli artt. 97 e 41 Cost⁴. Lo scopo della norma è quello di arginare il fenomeno delle gare di appalto mirate a favorire determinati operatori economici. In particolare si vuole evitare che tra una pluralità di partecipanti, uno di questi abbia probabilità di aggiudicazione "faci-

- 1 L'art. 71 del dlgs n. 50 del 2016 stabilisce che "(...) tutte le procedure di scelta del contraente sono indette mediante bandi di gara. Al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi. Per giurisprudenza costante del giudice amministrativo, il bando di gara è un provvedimento amministrativo assoggettato alla disciplina del relativo regime. Pertanto essi sono annullabili o revocabili in via di autotutela. Così Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3831 del 2013; contrariamente in dottrina GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, p. 97, secondo il quale si tratta di atti negoziali non autoritativi. Il bando di gara è l'atto successivo alla deliberazione a contrattare. Esso deve indicare gli estremi dell'Amministrazione procedente, il responsabile del procedimento, le condizioni essenziali del futuro contratto, i requisiti di partecipazione, l'oggetto, la modalità di scelta del contraente. Il bando, per orientamento granitico sia in dottrina sia in giurisprudenza, costituisce una *lex specialis* intendendosi per tale un atto che vincola l'Amministrazione medesima. Essa infatti, non ha alcun margine di discrezionalità nella concreta attuazione delle prescrizioni in esso contenute, né può disapplicarle. L'unico potere che ha è quello di annullamento in via di autotutela. Per una disamina si veda IMMORDINO, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, in SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino 2017, p. 425.
- 2 Cass., sez. VI, n. 1 del 2015 secondo cui il delitto di cui all'art. 353-bis cp, è un reato di pericolo che si consuma indipendentemente dalla realizzazione del fine di condizionare la modalità di scelta del contraente. Per il perfezionamento del delitto occorre che sia posta concretamente in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando.
- 3 Si ricordi che i reati di pericolo si contrappongono ai reati di danno dai quali deriva un effettivo nocumento al bene giuridico protetto dalla norma (es. il danneggiamento, art. 635 c.p.; l'omicidio volontario, art. 575 c.p.). I reati di pericolo, anticipano la soglia di tutela penale punendo i reati che pongono in pericolo il bene protetto. In dottrina ed in giurisprudenza si usa distinguere, tra i reati di pericolo concreto (che si caratterizzano per il fatto che la loro sussistenza è subordinata alla effettiva presenza del pericolo che è il giudice verificare, di volta in volta, in concreto, es. incendio, strage, art. 422 c.p) ed i reati di pericolo astratto (in cui il legislatore ha ritenuto insito il pericolo che non va accertato in concreto, ma è già presunto dalla norma). Per un approfondimento si vedano: GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2017, p. 604 ss; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2017, p. 202 ss; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 261 ss, il quale critica la distinzione tra i reati di pericolo astratto ed i reati di pericolo concreto chiarendo che i primi sono inammissibili in quanto "*se il pericolo è probabilità di un evento temuto, non si può concepire una species di pericolo in cui questa probabilità manchi*"; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, Roma, 2013, p. 203 ss.
- 4 Sui principi di imparzialità e buon andamento si rinvia a GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003; ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, IV, Padova 1958

le” determinata dall’alterazione/assimmetria informativa della procedura prodromica all’emanazione del bando di gara, stabilendone e predeterminandone i requisiti, il contenuto e sue le peculiari caratteristiche⁵. La fase del procedimento che il legislatore ha voluto tutelare, non era prima dell’introduzione della norma, priva di protezione. Infatti l’art. 353 c.p che punisce la turbata libertà degli incanti⁶, veniva applicato dalla giurisprudenza di legittimità anche qualora le condotte in esso previste si realizzassero prima della gara con l’effetto di turbarne la regolarità, ma a condizione che la gara o la pubblicazione del bando stesso, avessero poi luogo⁷.

Il soggetto attivo e le condotte tipiche

Il delitto in esame è qualificabile come un reato comune a struttura monosoggettiva in quanto la disposizione fa riferimento a chiunque. Il pronome (chiunque) indefinito include nel novero dei soggetti attivi del reato sia i privati sia i funzionari pubblici. Va osservato che la fattispecie contiene delle condotte che portano a ritenere che il reato sia a struttura necessariamente plurisoggettiva. Il riferimento ai “doni”, alle “promesse” ed alle “collusioni” implicano infatti una collaborazione tra due più soggetti e quindi la presenza di un *pactum sceleris* tra i privati ed i funzionari pubblici coinvolti, diretto ad alterare il procedimento nel quale viene predisposto il bando di gara. Si riporta in questo senso tra diversi fatti di cronaca accaduti di recente quelli

verificatisi in una Azienda Sanitaria di media dimensione nella quale la locale Procura della Repubblica in fase di indagine ha riscontrato che taluni dirigenti medici di una Clinica Chirurgica e due persone fisiche e le società loro riconducibili sarebbero riuscite ad ottenere un canale preferenziale nelle procedure di selezione e di acquisto di attrezzature, dispositivi, forniture medicali occorrenti al reparto. Allo scopo di evitare operazioni di gara. Per ciò che concerne le singole condotte, la violenza si sostanzia in un’energia fisica⁸ in danno alla persona, dalla quale consegue uno stato di coazione incompatibile con la libera partecipazione alla gara. Tale coercizione può essere fisica o morale ma comunque tale da incidere profondamente sul corretto svolgimento del procedimento amministrativo. La minaccia è la prospettazione di un male ingiusto ed anche in tal caso, deve essere tale da incidere sul processo di formazione mentale dei soggetti coinvolti nel procedimento. Dalla minaccia scaturisce sempre una sofferenza

psichica del soggetto che la subisce⁹. I doni si sostanziano nella corresponsione di beni, di qualsiasi natura, diretta a coloro che svolgono il procedimento amministrativo volto alla predisposizione del bando, mentre le promesse si configurano quali atti unilaterali e negoziali (intendendo con tale espressione, la manifestazione di volontà), diretti o indiretti, contenenti l’impegno, anche solo morale, di adempiere ad un’obbligazione di fare o

La Corte ha dato una nozione ampia di procedimento definendolo come l’iter procedimentale che espliciti “interesse specifico, obiettivi, contenuti e modalità di concretizzazione” della volontà di concludere un contratto

5 CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, in GROSSO-PELLISSERO (a cura di) *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, p. 679; MARCONI, *Delitti di turbativa delle opere pubbliche (artt. 353, 353-bis e 354 c.p.)*, in CATENACCI (a cura di) *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l’amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, p. 320 ss.

6 L’art. 353 c.p. punisce “Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da 103 euro a 1032 euro.

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 cinquecentosedici euro a duemilasestantacinque euro.

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

7 CONSULICH, *Delitti* cit., p. 679; in giurisprudenza Cass., sez. VI, 6 aprile 2000, n. 4293 secondo cui in materia di turbata libertà degli incanti, “la turbativa può realizzarsi non solo nel momento preciso in cui la gara si svolge, ma anche nel complesso procedimento che porta alla gara, del quale sono protagonisti gli stessi concorrenti, o fuori della gara medesima. Ciò che assume rilievo è solo il fatto che il comportamento posto in essere provochi quella lesione della libera concorrenza che la norma penale intende tutelare a garanzia degli interessi della pubblica amministrazione”; in senso contrario si veda Cass., sez. VI, 12 marzo 2009, n. 11005 a detta della quale “il reato di turbata libertà degli incanti non è configurabile, neanche nella forma del tentativo, prima che la procedura di gara abbia avuto inizio, ossia prima che il relativo bando sia stato pubblicato, dovendosi ritenere carente in tale situazione il presupposto oggettivo per la realizzazione delle condotte previste dalla norma incriminatrice”.

8 RUGGIERO, voce *Incanti (turbativa ed astensione)*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 905; GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, tomo I, Roma, 2017, p. 428.

9 RUGGIERO, *Incanti* cit., p. 906; MARCONI, *Delitti* cit., p. 310, il quale parla di attività “larvamente” intimidatorie che mirano ad incutere timore di un imminente danno o pericolo; CONSULICH, *Delitti a tutela* cit., p. 672, il quale parla di ogni attività diretta a coartare la volontà del destinatario della minaccia.

di dare qualcosa come corrispettivo per il turbato procedimento di scelta del contraente¹⁰. Tutte queste condotte, provenienti dall'autore del delitto, possono sfociare in una vera e propria collusione¹¹ quale accordo, celato o simulato, diretto ad alterare la preparazione del bando.

Infine la norma prevede quale ulteriore condotta, l'uso dei mezzi fraudolenti da intendersi come qualsiasi artificio o raggirio in grado di incidere sull'autodeterminazione del soggetto cui sono diretti¹².

L'elemento soggettivo

Per l'integrazione del delitto in esame, non bastano la mera rappresentazione e volizione del turbamento del procedimento di predisposizione del bando. L'inciso al fine si prospetta la figura del dolo specifico¹³ dovendo l'agente essere animato dallo scopo di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della stazione appaltante, senza però che la realizzazione dell'evento rilevi ai fini del perfezionamento del reato di cui all'art. 353-bis. A contrario nella fattispecie di cui all'art. 353 del codice penale l'elemento soggettivo è quello del dolo generico.

Le forme di manifestazione del reato

La collocazione della norma induce a ritenere che l'ambito applicativo del delitto sia circoscritto alla fase d'indizione del bando di gara. Si incrimina infatti la condotta volta ad alterare il procedimento amministrativo quale momento in cui si prepara il bando¹⁴. È nel momento in cui viene alterato l'iter procedimentale che il reato si intende consumato¹⁵. Nel caso citato in precedenza è stato contestato al Direttore dell'U.O.C. il delitto di cui agli artt. 81 e 353bis c.p., per avere ostacolato e ritardato i procedimenti di predisposizione dei nuovi capitolati speciali d'appalto per le forniture di dispositivi del reparto, cercando di imporre al collegio tecnico, competente alla elaborazione

del Capitolato Speciale di Appalto, i criteri di selezione dei materiali oggetto di gara e di avere invitato il collega componente del organo a disertare le riunioni del collegio tecnico e poi a rassegnare le dimissioni da componente dello stesso, al fine di procrastinare la predisposizione del bando e l'indizione della nuova gara, per assicurare alle ditte già fornitrici la continuità nella fornitura fuori bando di materiali.

Attraverso l'introduzione di questo delitto, il legislatore ha voluto neutralizzare tutte le attività prodromiche alla predisposizione del bando, punendo i singoli atti criminosi che si susseguono prima e durante la procedura di indizione. Il riferimento normativo al procedimento amministrativo è stato descritto dalla giurisprudenza di legittimità¹⁶ la quale ha chiarito che la procedura rilevante ai fini della norma penale è del tutto sganciata con la nozione amministrativa. Infatti, i comportamenti illeciti devono inserirsi in un procedimento -anche potenziale- finalizzato alla manifestazione di volontà di contrattare della Pubblica amministrazione. La Corte ha dato una nozione ampia di procedimento definendolo come l'iter procedimentale che espliciti "interesse specifico, obiettivi, contenuti e modalità di concretizzazione" della volontà di concludere un contratto. Inoltre va osservato che il significato del procedimento d'indizione deve essere accertato in concreto. Occorre, a tal proposito, fare riferimento al D.Lgs n. 50 del 2016 che prevede alcune peculiarità nel meccanismo di gara, di procedura e di affidamento. Infatti l'art. 3 del Codice degli appalti, individua tra le varie procedure, quelle ristrette, aperte e negoziate nonché quelle di dialogo competitivo ed i concorsi di progettazione. Deve pertanto concordarsi con quella tesi che ritiene consumato il delitto anche nel caso in cui le condotte ex art. 353-bis c.p., siano volte all'ot-

10 RUGGIERO, *Incanti cit.*, p. 906; MARCONI, *Delitti cit.*, p. 310 ss; CONSULICH, *Delitti a tutela cit.*, p. 672; MARCONI, *Delitti cit.*, p. 311.

11 Cass., sez. VI, n. 24477 del 2016 secondo cui la collusione è l'accordo clandestino diretto ad influire sul normale svolgimento delle offerte, concretamente idoneo a conseguire l'evento del reato, che si configura non solo in un danno immediato ed affettivo, ma anche in un danno mediato e potenziale, attesa la natura del reato di pericolo della fattispecie; Cass., sez. VI, 26 aprile 2011, n. 16333, ha chiarito che "il mezzo della collusione riguarda tutti gli accordi preventivi intervenuti tra i partecipanti sui contenuti specifici delle rispettive offerte, diretti ad alterare il principio della libera concorrenza tra i singoli soggetti giuridici che partecipano in via autonoma alla gara"; Cass. Sez. VI, 26 gennaio 2014, n. 3907.

12 MARCONI, *Delitti cit.*, p. 311, il quale definisce il mezzo fraudolento come qualsiasi menzogna o comportamento, anche omissivo, diretto a turbare il procedimento amministrativo di emanazione del bando (l'Autore descrive la condotta nell'ambito applicativo di cui all'art. 353 c.p. valevole tuttavia anche per la turbata libertà di scelta del contraente); CONSULICH, *Delitti a tutela cit.*, p. 672; in giurisprudenza Cass., sez. VI, 13 ottobre 2014, n. 42770, che definisce il mezzo fraudolento come "qualsiasi attività ingannevole che, diversa dalle condotte tipiche descritte dalla norma incriminatrice, sia idonea ad alterare il regolare funzionamento della gara, anche attraverso anomalie procedurali, quali il ricorso a prestanomi o l'indicazione di informazioni scorrette ai partecipanti, 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"; Cass., sez. VI, 15 maggio 2012, n. 20211, in relazione al delitto di cui all'art. 353 c.p., ha definito il mezzo fraudolento come ogni genere di artificio, inganno, menzogna usati per alterare il regolare funzionamento e la libera partecipazione alla gara.

13 GAROFOLI, *Manuale cit.*, p. 437, il quale chiarisce che l'elemento soggettivo del reato in parola consiste nella consapevolezza e volontà di alterare il procedimento amministrativo con lo specifico fine di condizionare la modalità di scelta dell'operatore economico.

14 Cass., sez. VI, 20 marzo 2017, n. 13431, che ha ritenuto sussistente la fattispecie ex art. 353-bis c.p., nel caso di emanazione del provvedimento che affidava direttamente un appalto senza la preventiva attivazione di una procedura di gara.

15 MARCONI, *Delitti di turbativa cit.*, p. 322; GAROFOLI, *Manuale cit.*, p. 437, il quale parla del delitto in questione come un reato di evento, che si consuma nel momento in cui viene condizionata la modalità di scelta del contraente; dello stesso avviso CONSULICH, *Delitti a tutela cit.*, p. 681, il quale afferma che l'evento corrisponde al turbamento cosicché, ogni atto idoneo, diretto in modo non equivoco, è punibile a titolo di tentativo. Sul punto contrariamente si veda GAROFOLI, afferma invece che seppur astrattamente configurabile, il tentativo è da escludersi in quanto la soglia di tutela è già ampiamente anticipata.

16 Cass., sez. VI, 14 aprile 2015, n. 26840.

tenimento di un bando che indica una procedura ristretta o negoziata anziché di quella aperta¹⁷. Essendo un reato di pericolo, va detto che ai fini dell'integrazione del delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente è sufficiente che sia concretamente messa in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando e non è necessario che il contenuto di questo sia modificato in modo tale da condizionare la scelta del contraente¹⁸. In effetti, la norma prospettando varie condotte, punisce anche la promessa. Da ciò consegue che il delitto è integrato a prescindere dall'effettiva realizzazione dell'alterazione della modalità di scelta del contraente, specificamente perseguita. Per tale ragione si esclude la configurabilità del tentativo¹⁹. Sempre con riferimento all'esempio riportato si tratta di valutare l'incidenza di fatti (contestati nel procedimento penale) frutto di condotte attuative dei rapporti di fornitura correnti tra l'Azienda e le società, in virtù delle quali le società appaltatrici, tra l'altro, sarebbero riuscite (attraverso le azioni poste in essere dal Direttore della Clinica finalizzate a ritardare i lavori del Tavolo Tecnico per la predisposizione della nuova gara) a beneficiare illecitamente di incrementi delle quantità di già beni forniti, di prezzi maggiori rispetto a quelli di mercato e della stessa imposizione dei propri prodotti alla ASL committente, causandole un danno rilevante, in termini di maggiori costi per l'approvvigionamento dei beni strumentali, di lesione dell'immagine e perfino di potenziali rischi risarcitori nei confronti dell'utenza.

Il rapporto con gli altri reati: le differenze con l'art. 353 c.p.
In virtù della clausola di riserva posta dalla norma incriminatrice, il reato di cui all'art. 353-bis c.p. si configura come residuale, applicabile cioè solo dove il fatto non costituisca più grave reato. Così non si applica l'art. 353-bis quando il fatto integri ad esempio, le più gravi fattispecie di concussione o corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio. Più problemi ha suscitato il rapporto tra la norma in esame ed il delitto di cui al precedente art. 353

c.p. Secondo l'orientamento prevalente, le condotte di cui all'art. 353 (le stesse tra l'altro, dell'art. 353-bis) sarebbero suscettibili di attuazione già prima dell'avvio della procedura di gara, con la conseguenza che il legislatore avrebbe creato una sorta di doppione in quanto il delitto di turbata libertà degli incanti potrebbe configurarsi anche durante il "preconfezionamento" del bando²⁰. L'area di operatività della norma tuttavia si limita alla modalità di scelta del contraente per cui si interrompe al momento in cui viene emanato il bando di gara. Oltre detto confine, si applica l'art. 353 c.p. con la conseguenza che esulano dall'ambito applicativo dell'art. 353-bis, sia l'impedimento della gara, sia l'allontanamento degli offerenti²¹. Tra le due fattispecie sussistono differenze fondamentali, nonostante le condotte siano identiche. In primo luogo si differenziano per l'elemento soggettivo essendo richiesto dall'art. 353-bis il dolo specifico di condizionare la scelta del contraente, non presente della precedente disposizione. In secondo luogo, l'art. 353 c.p. prevede al secondo comma un'aggravante che punisce più gravemente l'autore del reato se esso sia un soggetto preposto dalla legge o dall'Autorità agli incanti ed alle licitazioni. Tale aggravante non pare potersi applicare alla fattispecie in esame. Deve ritenersi che tra le due fattispecie sussista un rapporto di specialità e non possono pertanto concorrere. Si avrebbe un concorso apparente di norme risolvibile attraverso il criterio della specialità di cui all'art. 15 c.p. In dottrina si è parlato anche di sussidiarietà²² ed assorbimento ed ancora di fattispecie a progressione criminosa: un'eventuale emanazione del bando, cui segua una procedura di affidamento con conseguente aggiudicazione, integrerebbe il reato di cui all'art. 353 c.p. riducendosi, il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, ad antefatto non punibile.

Il criterio migliore per risolvere il concorso apparente tra le due norme risulta essere quello della specialità che presuppone che tra due fattispecie vi sia un rapporto di genere a specie. La norma speciale esclude l'applicazione

17 In tal senso MARCONI, *Delitti* cit., p. 321; per procedure ristrette si intendono, ai sensi dell'art. 3, lett. ttt) Dlgs 50/2016, "le procedure di affidamento alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente codice".

18 Cass., sez. VI, 7 novembre 2013, n. 44896;

19 GAROFOLI, *Manuale* cit., p. 437; contrario MARCONI, *Delitti* cit., p. 322, il quale osserva che la consumazione coincide con l'alterazione del procedimento di indizione della gara. Da ciò consegue che il tentativo è configurabile in quanto può verificarsi l'eventualità che l'alterazione del bando, nonostante le condotte illecite poste in essere, non venga emanato per la ferma resistenza opposta dalla P.A.; sulla stessa linea CONSULICH, *Delitti a tutela* cit., p. 681, il quale ritiene consumato il delitto nel momento e nel luogo in cui viene alterato il procedimento; in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 24 giugno 2013, n. 27719 secondo cui "il reato di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p. - a differenza della fattispecie prevista dall'art. 353 bis c.p. - non è configurabile, neanche nella forma del tentativo, prima che la procedura di gara abbia avuto inizio, ossia prima che il relativo bando sia stato pubblicato, dovendosi ritenere carente in tale situazione il presupposto oggettivo per la realizzazione delle condotte previste dalla norma incriminatrice". Va inoltre ricordato che l'art. 80, co. 1, lett. b), Dlgs n. 50/2016, pone tra i motivi di esclusione di un operatore economico dalla procedura di appalto, la commissione dei delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. nonché all'art. 2635 c.c. La correlazione tra i reati di cui all'art.80 comma 1 e le misure di "self cleaning" adottate dagli OO.EE. meritano un trattamento specifico a parte.

20 GAROFOLI, *Manuale* cit., p. 437; MARCONI, *Delitti* cit., p. 320, osservando che la condotta deve concretizzarsi in una alterazione del procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando, chiarisce che l'evento lesivo deve ricadere sulla fase d'iniziativa dell'iter procedimentale e cioè sulla cd indizione della gara ed in particolare che il bando subisca una vera e propria manipolazione per effetto delle condotte del soggetto attivo; CONSULICH, *Delitti a tutela*, p. 682, parla di fattispecie sussidiaria rispetto alle incriminazioni più gravi.

21 MARCONI, *Delitti* cit., p. 321.

22 CONSULICH, *Delitti a tutela* cit., p. 682;

della norma generale. Con riferimento ai delitti dei cui agli artt. 353 e 353-bis c.p, la turbata libertà degli incanti costituisce norma generale che, prevedendo anche l'impedimento o il turbamento della gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private, nonché l'allontanamento degli offerenti, riepande il suo ambito applicativo laddove il fatto travalichi i confini limitati alla modalità di scelta del contraente. La specialità consiste in ciò: la norma generale ha un'estensione maggiore rispetto a quella speciale²³. La giurisprudenza di legittimità ha interpretato il rapporto tra le due fattispecie nel senso che il reato di turbata libertà di scelta del contraente troverebbe applicazione in via residuale, solo con riferimento ai comportamenti manipolatori non incidenti sul bando sia per la mancata approvazione dello stesso, sia per la mancata alterazione del suo contenuto. Potrebbe essere assegnato all'art. 353-bis un ambito applicativo più ampio se si ritenesse che le condizioni di competitività siano solo quelle definite nel bando mede-

simo, con la conseguenza che il delitto di turbata libertà degli incanti si consumerebbe in un momento successivo consistente nella turbativa delle condizioni suddette. Così, il reato ex art. 353-bis, si avrebbe nelle sole e limitate ipotesi specifiche, di atti prodromici al confezionamento del bando medesimo. Attraverso questa interpretazione, non si avrebbe nessuna interferenza tra le due fattispecie ed il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, che ha la sua autonoma funzionalità²⁴. In sostanza le previsioni dell'art.353 bis del codice penale hanno lo scopo di anticipare la tutela del bene giuridico della imparzialità e del regolare svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica evitando quella che parte della dottrina chiama realizzazione di "vestiti su misura", dobbiamo però chiederci se tale anticipo della tutela al bene dell'imparzialità non possa alla lunga portare al blocco istruttorio delle gare soprattutto in sanità, che già di per sé presentano profili di particolare complessità.

²³ ANTOLISEI, *Manuale cit.*, p. 155 ss.

²⁴ GAROFOLI, *Manuale cit.*, p. 437, il quale ammette che la nuova disposizione inserita nel 2010 avrebbe avuto la funzione di colmare una lacuna normativa dal momento che l'art. 353 non era estensibile ai momenti preparatori del bando, fatte salve le ipotesi in cui il bando e la gara avrebbero poi trovato seguito

