Provvedimento oscurato nei dati personali e identificativi

45105-21

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SESTA SEZIONE PENALE

Composta da

[redacted] - Presidente -

[redacted]

[redacted]

[redacted]

[redacted] - Relatore -

Sent. n. sez. 1773

CC – 28/10/2021

R.G.N. 24375/2021

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

[redacted]

avverso l'ordinanza del 7/04/2021 del Tribunale di Milano;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
sentita la relazione svolta dal consigliere [redacted]
udite le richieste del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale [redacted] che ha concluso chiedendo l'inammissibilità del ricorso;
udito il difensore, avv. [redacted] che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

RITENUTO IN FATTO

1. Con l'ordinanza impugnata il Tribunale del riesame di Milano ha rigettato la richiesta di riesame presentata da [redacted] confermando l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Pavia che ha disposto nei suoi confronti la misura degli arresti domiciliari.

Si contesta al [redacted] unitamente ad altri concorrenti, il reato di frode nelle pubbliche forniture di cui all'art. 356 cod. pen. asseritamente commesso in

Provvedimento oscurato nei dati personali e identificativi

qualità di amministratore di fatto della [redacted] società cooperativa che tra il settembre del 2017 e l'aprile 2021 ha svolto, a seguito dell'aggiudicazione di apposito bando di gara, il servizio di trasporto sanitario programmato e d'urgenza in favore dell'A[redacted]i Pavia.

Secondo l'ipotesi accusatoria, la condotta di frode nell'esecuzione delle pubbliche forniture sarebbe consistita nella mancata istituzione di due sedi locali atte a consentire il ricovero dei mezzi e la loro sanificazione, nel non aver proceduto alle operazioni di sanificazione dopo il trasporto di ogni paziente, sia in precedenza che in costanza di pandemia, e in quarantotto episodi di disservizi e ritardi.

2. L'avv. [redacted] nell'interesse del [redacted] ricorre avverso tale l'ordinanza e ne chiede l'annullamento, deducendo quattro motivi e, segnatamente:

a) la contraddittorietà della motivazione e la violazione dell'art. 356 cod. pen. in ordine alla ravvisata sussistenza di gravi indizi di colpevolezza del reato di frode in pubbliche forniture, nonostante l'assenza di un inadempimento "qualificato" che ne costituisse presupposto;

b) la contraddittorietà e la manifesta illogicità della motivazione, risultante dal testo del provvedimento, con riferimento all'inquadramento di [redacted] quale amministratore di fatto e alla conseguente valutazione di sussistenza del *fumus* del reato di cui all'art. 356 cod. pen. nei suoi confronti;

c) la contraddittorietà della motivazione e la violazione di legge in ordine alla mancata sussunzione della condotta contestata nella meno grave fattispecie di inadempimento di contratti di pubbliche forniture di cui all'art. 355 cod. pen., con conseguente illegittimità della misura custodiale applicata;

d) la violazione, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., in relazione agli artt. 274, lett. c), 292, comma 2, lett. c), cod. proc. pen. e la mancanza, la contraddittorietà e la manifesta illogicità della motivazione in tema di sussistenza delle esigenze cautelari.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso deve essere accolto nei limiti che di seguito si precisano.

2. Con il terzo motivo il ricorrente censura la contraddittorietà della motivazione e la violazione di legge in ordine alla mancata sussunzione della condotta contestata nella meno grave fattispecie di inadempimento di contratti di pubbliche forniture di cui all'art. 355 cod. pen.

Provvedimento oscurato nei dati personali e identificativi

Rileva il ricorrente che l'ormai consolidato e assolutamente prevalente orientamento giurisprudenziale ritiene insufficiente a configurare il delitto di frode in pubbliche forniture di cui all'art. 356 cod. pen. l'inadempimento, anche doloso e consapevole, di una parte degli obblighi contrattualmente assunti, in quanto l'elemento qualificante e discretivo di tale delitto rispetto a quella di doloso inadempimento di cui all'art. 355 cod. pen. sarebbe costituito dalla ricorrenza di un «espediente malizioso o inganno, tali da far apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti».

Il ricorrente rileva come questo principio sia stato affermato, da ultimo, nella sentenza n. 29374 del 2020 della Sesta Sezione di questa Corte; secondo tale pronuncia, per ravvisare gli estremi del reato di cui all'art. 356 cod. pen. dovrebbe essere appurato che sia stata creata una situazione di «apparenza ingannatoria» ai danni della pubblica amministrazione, che costituisca un *quid pluris* rispetto alla dolosa inesecuzione del contratto.

Proprio come rilevato in tale pronuncia, pertanto, il delitto di frode nelle pubbliche forniture non sarebbe configurabile allorquando, come nel caso di specie, le inadempienze contestate, peraltro relative a prestazioni accessorie rispetto a quella principale di erogazione del trasporto sanitario, non siano state maliziosamente occultate alla stazione appaltante ma siano a quest'ultima perfettamente note, in quanto frutto di una interlocuzione tra le parti e anche del tentativo, in corso di rapporto, di rimuoverle.

Rileva il ricorrente come questo punto sia stato devoluto alla cognizione del Tribunale di Milano, rilevando che la mancata tempestiva istituzione delle due sedi secondarie, ritenuta fondamentale per la corretta esecuzione del servizio, sarebbe stata circostanza perfettamente nota alla stazione appaltante sin dalle fasi iniziali di esecuzione del contratto di appalto e non soltanto ai coindagati [redacted] Direttore generale [redacted] di Pavia, e [redacted] Responsabile unico del procedimento, ma anche ai componenti della commissione di gara e ad altri funzionari dell'Azienda sanitaria, come [redacted]

Tutti i funzionari dell'ASST di Pavia occupatasi della gestione dell'appalto sarebbero stati, infatti, perfettamente consapevoli della circostanza proprio perché sin dalle fasi genetiche del rapporto si era posto il problema della necessità o meno di disporre di sedi locali per l'esecuzione del servizio, che richiedeva la fornitura di mezzi "a chiamata" e non "a stazionamento".

Espone il ricorrente che il Tribunale del riesame, tuttavia, aveva ritenuto corretta la qualificazione delle condotte contestate quale frode in pubbliche forniture, rilevando che la Fi[redacted]si era impegnata all'istituzione delle sedi secondarie, ancorché dopo l'aggiudicazione non avesse dato alcun seguito a tale impegno, e che, nello stabilire se tale inadempimento fosse noto o meno alla

Provvedimento oscurato nei dati personali e identificativi

stazione appaltante, sarebbe stato necessario pur sempre necessario distinguere tra l'azienda socio-sanitaria come persona giuridica e la condotta infedele di [redacted] e di [redacted]

Entrambe tali argomentazioni, tuttavia, ad avviso del ricorrente, si rivelerebbero incoerenti con il predetto orientamento della giurisprudenza di legittimità e inidonee a giustificare l'inquadramento delle condotte contestate nel delitto di frode in pubbliche forniture.

Rileva il ricorrente che l'Az[redacted]e di Pavia, infatti, pur godendo di propria autonoma personalità giuridica, "conosce" tramite i propri funzionari, legati da un rapporto organico all'ente e, dunque, la mancata tempestiva istituzione delle sedi secondarie doveva ritenersi nota anche all'ente.

I circa quarantotto casi di disservizio, in gran parte concentratisi nelle prime settimane "di rodaggio" rispetto al triennio osservato, sarebbero stati inoltre puntualmente registrati dalla stazione appaltante e contestati alla [redacted]e Italia dai responsabili dell'ASST di Pavia.

Secondo il ricorrente, pertanto, tali asserite inadempienze, quand'anche dovessero giudicarsi "qualificate", sarebbero pur sempre state note a tutti coloro che si erano occupati dell'appalto all'interno dell'azienda sanitaria, rendendo impossibile sostenere che nel caso di specie vi fosse stata una "elusione occulta" delle previsioni contrattuali.

Difetterebbe, dunque, uno degli elementi costitutivi del delitto di frode nelle pubbliche forniture contestato e ne conseguirebbe l'inapplicabilità di alcuna misura cautelare coercitiva ai sensi dell'art. 280 cod. proc. pen.

3. Occorre rilevare come la trattazione di questo motivo assuma rilievo preliminare, in quanto, ove le condotte contestate fossero ascritte alla meno grave fattispecie di inadempimento di contratti di pubbliche forniture, non sarebbe più legittima la protrazione dell'esecuzione della misura coercitiva nei confronti della persona sottoposta ad indagine, in ragione del massimo edittale previsto per tale delitto, che, essendo punito con la pena massima di tre anni di reclusione, è inferiore al limite posto dall'art. 280 cod. proc. pen.

4. Ritiene il Collegio che il motivo sia fondato nei limiti che di seguito si precisano.

Secondo un consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, ai fini della configurabilità del delitto di frode in pubbliche forniture è sufficiente il dolo generico, costituito dalla consapevolezza di consegnare cose in tutto od in parte difformi (per origine, provenienza, qualità o quantità) in modo significativo dalle caratteristiche convenute, o disposte con legge o con atto amministrativo, non

Provvedimento oscurato nei dati personali e identificativi

occorrendo necessariamente la dazione di *aliud pro alio* in senso civilistico o un comportamento subdolo o artificioso (Sez. 6, n. 6905 del 25/10/2016, dep. 2017, Milesi, Rv. 269370 in cui in motivazione, la Corte ha precisato che la nozione di frode si riferisce ad ogni condotta che, nei rapporti con la P.A., viola il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, sancito dall'art. 1375 c.c., e, trattandosi di un fatto oggettivo che danneggia l'interesse pubblico, sono irrilevanti le condizioni psicologiche dei contraenti, ma contano soltanto le modalità di presentazione del bene in relazione a quanto oggettivamente convenuto o disposto con legge o con atto amministrativo).

Si afferma, pertanto, che l'espressione «commette frode», contenuta nell'art. 356 cod. pen., non allude necessariamente a un comportamento subdolo o artificioso, ma si riferisce «ad ogni violazione contrattuale», a prescindere dal proposito dell'autore di conseguire un indebito profitto o dal danno patrimoniale che possa derivare all'ente committente.

In senso conforme si esprimono anche altre sentenze che interpretano la frode secondo una più ampia accezione di malafede contrattuale che, pur non necessitando la dazione di un *aliud pro alio* in senso civilistico, si riferisce alla dolosa consegna di cose in tutto o in parte diverse (per origine, provenienza, qualità o quantità) rispetto a quanto pattuito, a condizione che si tratti di una difformità significativa idonea ad incidere sullo svolgimento del rapporto con la pubblica amministrazione (Sez. 6, n. 28301 del 08/04/2016, Dolce, Rv. 267828; Sez. 6, n. 27992 del 20/05/2014, Peratello, Rv. 262538; Sez. 6, n. 42900 del 05/10/2010, Rugiano, Rv. 248806; Sez. 6, n. 1823 del 17/11/1999, Berardini, Rv. 217331; Sez. 6, n. 502 del 28/11/1997, Ferrari, Rv. 209242).

A tale indirizzo si contrappone altro orientamento di legittimità che afferma che, ai fini della configurabilità del delitto di frode nelle pubbliche forniture, non è sufficiente il semplice inadempimento doloso del contratto, richiedendo la norma incriminatrice una condotta qualificabile in termini di malafede contrattuale, consistente nel porre in essere un espediente malizioso o ingannevole, idoneo a far apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti (da ultimo, Sez. 6, n. 29374 del 14/09/2020, n. 29374, Sale, Rv. 279679).

La giurisprudenza della Corte di cassazione già in passato ha affermato che il reato di frode nelle pubbliche forniture si differenzia da quello di inadempimento di contratti di pubbliche forniture per la presenza dell'elemento della frode che si presenta come astuzia o malizia diretta ad ingannare; con la conseguenza che è configurabile il delitto di cui all'art. 356 cod. pen., quando l'opera venga compiuta, non solo in dispregio ed in violazione delle clausole dell'appalto e delle norme regolatrici delle clausole stesse, bensì anche con il proposito (fraudolento) di

Provvedimento oscurato nei dati personali e identificativi

rappresentare una situazione apparente che sia conforme alle dette clausole ed alla legge (Sez. 6, n. 2291 del 6/11/1985, dep. 1986, Grassia, Rv. 172189).

Quanto al profilo testuale, si è rilevato come, ai fini della configurabilità del delitto in esame, sia necessario un *quid pluris* rispetto al semplice inadempimento del contratto, che va individuato nella malafede contrattuale, intesa questa però come espediente malizioso o inganno, tali da far apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti (Sez. 6, n. 5317 del 10/01/2011, Incatasciato, Rv. 249448; Sez. 6, n. 11144 del 25/02/2010, Semeraro, Rv. 246544; Sez. 6, n. 26231 del 12/04/2006, Cento, Rv. 235171; Sez. 6, n. 13904 del 23/01/2004, Barone, non massimata sul punto; Sez. 6, n. 36567 del 09/05/2001, Nervoso, Rv. 220296; più recentemente, in tal senso Sez. 6, n. 9081, del 23/11/2017, dep. 2018, Aviano, Rv. 272384).

Si è, inoltre, precisato come, sul piano testuale, la disposizione incrimini il «commettere frode» ed a tal fine assuma decisiva valenza la creazione di una situazione di «apparenza ingannatoria» ai danni della pubblica amministrazione, frutto di una condotta difforme dal principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), che impone alle parti di adempiere scrupolosamente i rispettivi obblighi.

La *ratio* dell'art. 356 cod. pen. sarebbe, infatti, ravvisabile nella necessità di porre il contratto al riparo da comportamenti fraudolenti del fornitore, rafforzando con la sanzione penale la corretta e leale esecuzione del contratto di pubbliche forniture (*ex plurimis*: Sez. 6, n. 26231 del 12/04/2006, Cento, Rv. 235171).

Ne discende, in questa prospettiva interpretativa, che sono estranei all'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 356 cod. pen., le condotte di mero inadempimento del contratto, qualora non siano frutto di un perseguito proposito fraudolento; il comportamento fraudolento, si aggiunge, non deve necessariamente estrinsecarsi nell'uso di artifici o raggiri, propri del delitto di truffa, né determinare un evento di danno per la pubblica amministrazione, essendo a tal fine sufficiente la semplice malafede contrattuale, ovvero, come detto, la presenza di un espediente malizioso o ingannevole idoneo a far apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti.

5. Ritiene il Collegio di aderire a quest'ultimo orientamento, in quanto maggiormente conforme al dato testuale della fattispecie incriminatrice, nonché, sul piano sistematico, alla esatta definizione dei rapporti strutturali tra il reato di frode nelle pubbliche forniture previsto dall'art. 356 cod. pen. e quello di inadempimento di contratti di pubbliche forniture previsto dall'art. 355 cod. pen.

E', infatti, la stessa differenza tra i reati di cui agli artt. 355 e 356 cod. pen., con l'evidente divario di pena edittale, a dimostrare che la frode nel contratto di

Provvedimento oscurato nei dati personali e identificativi

pubblica fornitura deve distinguersi dal semplice inadempimento, pur doloso, dello stesso contratto per la presenza di un elemento più grave.

Come segnalato da autorevole dottrina, dunque, indispensabile a connotare la frode, sul piano della tipicità prima ancora che su quello del dolo, deve pertanto ritenersi l'intervento se non di una attitudine ingannatoria della condotta quanto meno di una qualche forma di dissimulazione, finalizzata a far passare inosservata la difformità della prestazione rispetto a quanto pattuito e che si proporzioni al tipo di controllo che si attende dalla controparte contrattuale.

La connotazione dell'elemento soggettivo in termini di "mala fede" può, in astratto, correttamente integrare la frode, ma non può tramutarsi in una vuota formula di stile attraverso la quale si giunge a far coincidere la frode con il mero consapevole inadempimento (Sez. 6, n. 29374 del 14/09/2020, n. 29374, Sale, Rv. 279679).

Se il delitto di frode nelle pubbliche forniture fosse integrato per effetto del solo obiettivo inadempimento, ancorché doloso, di parte degli obblighi contrattualmente assunti, del resto, verrebbe dilatata oltre misura la fattispecie di cui all'art. 356 cod. pen., rispetto a quella di cui all'art. 355 cod. pen., che risulterebbe integralmente assorbita nella più grave fattispecie incriminatrice, in spregio alla volontà del legislatore e ai principi costituzionali di tassatività e di proporzionalità sanzionatoria.

6. Declinando tali principi nel caso di specie, deve rilevarsi come l'argomentazione adottata dal Tribunale del riesame di Milano non consenta di dare conto della sussistenza o meno di una attitudine ingannatoria della condotta o per lo meno di una forma di dissimulazione dell'inadempimento necessaria per fondare la sussistenza del delitto di frode nelle pubbliche forniture.

Il Tribunale del riesame ha, infatti, rilevato nell'ordinanza impugnata che al momento della presentazione dell'offerta la [redacted] si era impegnata all'istituzione delle sedi secondarie, «mentre dopo l'aggiudicazione non dava alcun seguito a tale impegno, nascondendo, dunque, sin dalla fase dell'offerta la circostanza che nessuna di tali sedi sarebbe, in realtà, stata aperta».

Tale rilievo, tuttavia, si rivela in contrasto con quanto riportato nel medesimo provvedimento relativamente all'attestazione del mancato superamento del periodo di prova da parte della F[redacted] sia in ragione della mancata osservanza dei livelli qualitativi richiesti negli atti di gara, nei confronti dell'ASST di Pavia e degli utenti assistiti, che del mancato allestimento delle due sedi secondarie.

Le inadempienze della [redacted] relativamente alla mancata istituzione delle sedi secondarie, per quanto emerge dal provvedimento impugnato, sarebbero, dunque, state contestate formalmente dalla Commissione giudicatrice e, dunque,

Provvedimento oscurato nei dati personali e identificativi

note all'ASSL di Pavia e alla sua dirigenza, indipendentemente dall'operatività in seno alla stessa di funzionari infedeli.

Il Tribunale ha, inoltre, osservato che la mancata istituzione delle sedi secondarie fosse sostanzialmente preordinata e prevista dai vertici della First Aid in ragione dell'antieconomicità del bando di gara, ma il carattere preordinato dell'inadempimento non dimostra che lo stesso fosse dissimulato nel senso sopra precisato e, dunque, fraudolento.

Si impone, pertanto, l'annullamento dell'ordinanza impugnata sul punto, con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Milano competente ai sensi dell'art. 309, comma 7, cod. proc. pen.

L'accoglimento di tale motivo di ricorso determina l'assorbimento degli ulteriori motivi proposti, in quanto logicamente subordinati, per le ragioni esposte, alla verifica della corretta qualificazione delle condotte in contestazione.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo giudizio al Tribunale di Milano competente ai sensi dell'art. 309, comma 7, cod. proc. pen.

Così deciso il 28/10/2021.

Il Consigliere estensore

[redacted]

Il Presidente

Giorgio Fidelbo

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

IL - 6 DIC 2021

IL CANCELLIERE E.

Patrizia Di Lorenzio