

WEBINAR AODV²³¹ -

*I nuovi reati 231: turbativa d'asta,
prodotti con segni mendaci e trasferimento fraudolento dei valori*

La turbativa d'asta: la nuova sfida dei sistemi 231

Giovedì, 14 marzo 2024

La turbativa d'asta: la nuova sfida dei sistemi 231

Art. 24 D.Lgs. 231/2001 (D.Lgs. 75/2020)

1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 316-bis, 316-ter, **353, 353-bis**, 356, 640, comma 2, n. 1, 640-bis e 640-ter se commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico o dell'Unione europea, del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote.
2. Se, in seguito alla commissione dei delitti di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità o è derivato un danno di particolare gravità; si applica la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote.
- 2-bis. Si applicano all'ente le sanzioni previste ai commi precedenti in relazione alla commissione del delitto di cui all'articolo 2 della legge 23 dicembre 1986, n. 898.
3. Nei casi previsti dai commi precedenti, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere c), d) ed e).

- **sanzione pecuniaria:** fino a 500 quote
- **circostanza aggravante** (profitto di rilevante entità o del danno di particolare gravità): 200-600 quote
- **sanzioni interdittive:**
 - divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;
 - l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;
 - il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

La turbativa d'asta: la nuova sfida dei sistemi 231

Art. 353 c.p. - turbata libertà degli incanti

[I]. 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 1.032 euro.

[II]. 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 516 euro a 2.065 euro.

[III]. 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.

reato plurioffensivo, di pericolo concreto a dolo generico



libera concorrenza in funzione del perseguimento del buon andamento della PA inteso quale interesse pubblico al raggiungimento del miglior risultato possibile

+

diritto individuale all'uguaglianza competitiva



le condotte di tipo collusivo, violento o decettivo devono manifestarsi in una minaccia concreta per la libera concorrenza, determinando un rischio di alterazione del corso degli incanti.



coscienza e volontà di impedire, turbare la gara o allontanare gli offerenti

La turbativa d'asta: la nuova sfida dei sistemi 231

Art. 353 bis c.p. - turbata libertà del procedimento di scelta del contraente

[1]. 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.

reato plurioffensivo, di pericolo concreto a dolo specifico

Analogo al 353 c.p.
La ratio: esigenza di anticipare la tutela penale, rispetto al momento di effettiva indizione formale della gara, mirando a prevenire la preparazione e l'approvazione di bandi personalizzati e calibrati proprio sulle caratteristiche di determinati operatori, ed a preservare il principio di libertà di concorrenza e la salvaguardia degli interessi della pubblica amministrazione.

il perfezionamento **richiede solo che sia posta concretamente in pericolo la correttezza della procedura** di predisposizione del bando di gara, ma non anche che il contenuto di tale bando (o equipollente) venga effettivamente modificato in modo tale da interferire sull'individuazione dell'aggiudicatario

la condotta deve essere tenuta al fine di condizionare la scelta del contraente

Cosa si intende per «GARA» ?

GARA

In tema di turbativa d'asta, le procedure concorsuali per l'assunzione di personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni non possono essere ricondotte alla nozione di "gara" di cui la pubblica amministrazione si avvale per la cessione di beni ovvero per l'affidamento all'esterno dell'esecuzione di un'opera o la gestione di un servizio, ostandovi **il dato testuale dell'art. 353 c.p. - facente tassativo riferimento alle gare nei "pubblici incanti e nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni" - e, dunque, il divieto di analogia *in malam partem***. (Cass. Pen., sez. VI, 24.05.2023, n° 38127)

Il delitto di turbata libertà degli incanti **non richiede la presenza di pubblici incanti o di licitazioni private essendo sufficiente una procedura di gara anche informale e atipica** purché esista una reale e libera competizione tra le persone che vi partecipano di tal che **non** è configurabile quando l'amministrazione conservi piena libertà di scegliere secondo criteri di convenienza e di opportunità propri della **contrattazione tra privati**. (Cass. Pen., sez. VI, 9.02.2022, n° 20930)

In caso di affidamento diretto, il delitto previsto dall'art. **353-bis c.p.**: a) è configurabile quando 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. (Cass. Pen., sez. VI, 28.10.2021, n° 5536).

Rischi di incontrollata espansione: cosa si intende per «TURBAMENTO» ?

TURBAMENTO

In tema di turbata libertà degli incanti, l'evento del reato è integrato, oltre che dall'impedimento della gara o dall'allontanamento degli offerenti, anche dal mero **turbamento**, consistente in una **alterazione del regolare svolgimento, a condizione che tale condotta sia idonea a ledere i beni giuridici protetti dalla norma**, che si identificano con l'interesse pubblico alla libera concorrenza ed alla maggiorazione delle offerte. (Nella specie è stata esclusa la sussistenza del reato, anche nella forma tentata, essendovi stata unicamente una acquisizione di notizie riservate relative alla gara in vista della possibile, ma mai realizzata, presentazione di offerte da parte di imprese potenzialmente interessate). Cass., sez. VI, 17.11.2020 n° 6605

Il turbamento del procedimento amministrativo si manifesta con il **disturbo, l'alterazione, il condizionamento, lo sviamento del normale iter** di questo in ragione della finalità di inquinamento del futuro contenuto del bando o di un atto a questo equipollente; uno sviamento volto a strumentalizzare la fissazione delle regole di partecipazione per condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione.(Cass. VI, 26.10.2022, n° 45709)

Forme di manifestazione

- Violenza o minaccia
- Blandizie:
 - Doni
 - Promesse
 - Attività di beneficenza a favore dell'ente pubblico
 - Sostegno alla formazione/ricerca anche mediante borse di studio
- Collusioni o altri mezzi fraudolenti:
 - Offerte «di comodo» o «di cortesia»
 - Mancata presentazione delle offerte
 - Rotazione delle offerte
 - Spartizione del mercato

Ripartizione dei profitti aggiuntivi attuata attraverso:

- Subappalto
- Distribuzione proventi
- Pagamenti «compensativi»
- Falsi contratti di consulenza

Aggiornamento del MOG 231

- **Sistema di deleghe e procure**
- **Codice Etico** (conflitto di interessi)
- **Risk assesment - risk treatment - gap analysis:** i processi sensibili maggiormente interessati dal rischio di commissione dei reati ex artt. 353 e 353 bis:
 - Flussi finanziari
 - Richiesta di finanziamenti/contributi pubblici
 - Gestione dei rapporti con le PP.AA.
 - Gestione delle regalie e delle attività di beneficenza
 - Gestione dei rapporti con le altre imprese
 - Gestione della partecipazione alle procedure selettive
- **Protocolli preventivi**
- **Flussi comunicativi verso l'OdV**

Processi sensibili e presidi

Verificare se i presidi già esistenti per la prevenzione degli altri reati presupposto possano ritenersi adeguati anche per la prevenzione dei reati ex artt. 353 e 353 bis c.p.:

- flussi finanziari

tracciabilità, esistenza di documentazione a supporto del flusso, verifica sulla prestazione eseguita (*presidi già presenti per prevenire ad es. reati tributari*)

- richiesta di contributi pubblici

verifica circa la veridicità della documentazione trasmessa e/o delle dichiarazioni di autocertificazione, tracciabilità delle fasi (*presidi già presenti per prevenire ad es. 316 ter c.p. - indebita percezione di erogazioni pubbliche*)

- gestione dei rapporti con i rappresentanti delle PA appartenenti alle stazioni appaltanti

autorizzazione/delega/incarico, tracciabilità dell'incontro, assenza di conflitto di interessi (*presidi già presenti per prevenire ad es. fattispecie corruttive*)

- gestione delle regalie e degli omaggi e delle attività di beneficenza

tenuità ed uguaglianza, iter decisionale tracciato (*presidi già presenti per prevenire ad es. fattispecie corruttive*)

Processi sensibili e presidi

partecipazione a procedure selettive

- Adozione di specifiche procedure interne volte a disciplinare la gestione delle gare (fase di individuazione dell'opportunità di partecipare, fase di valutazione preliminare, fase di definizione del costo di produzione, redazione dell'offerta economica e dell'offerta commerciale)
- Segregazione delle funzioni coinvolte nelle fasi di progettazione, approvazione, esecuzione, chiusura e rendicontazione delle gare
- Individuazione dei soggetti che possono intrattenere rapporti con i rappresentanti della PA nel contesto delle gare (per mansione, delega o incarico espresso)
- Individuazione di un Ufficio gare/risorsa dedicata
- Indicazione delle ragioni sottese alla mancata partecipazione (quantomeno) ad una gara ad invito e nel caso in cui l'ente sia contraente uscente
- Verifica della correttezza e completezza della documentazione che si intende trasmettere
- Giustificazione delle eventuali eccezioni ai normali criteri di definizione dei prezzi

Processi sensibili e presidi

partecipazione a procedure selettive e rapporti con le altre imprese

- ❑ Valutare l'adozione di un Programma di *Compliance ANTITRUST** o, se già adottato, effettuare i dovuti raccordi con il MOG 231 anche con riguardo ai flussi verso l'OdV ed agli incontri ODV ed ACO
- ❑ Indicare le ragioni sottese (valutazioni economiche e tecniche) alla partecipazione alla procedura selettiva in forma non individuale (necessità di costituire RTI, ATI, avvalimento)
- ❑ Implementare le procedure volte a disciplinare la stipula di accordi in RTI, ATI e avvalimento, nonché del subappalto (verificare i casi in cui l'impresa ritiri la sua offerta in corso di gara e, in un secondo momento, risulti beneficiaria di un subappalto relativo alla medesima gara; o ancora ipotesi in cui un'impresa, pur operando nell'ambito territoriale della gara e avendo i requisiti necessari alla partecipazione, decida di non presentare offerta e risulti poi assegnataria di subappalto da parte dell'aggiudicatario)

* *Programma la cui redazione prevede le seguenti fasi: (i) analisi giuridico-economica del contesto interno ed esterno di riferimento, (ii) attività di risk assessment, (iii) individuazione dei processi decisionali critici maggiormente esposti a rischio antitrust, (iv) adozione di misure precauzionali, (v) nomina ACO.*

Finalità: (i) prevenire intese restrittive della libertà di concorrenza, (ii) prevenire ipotesi di abuso di posizione dominante, (iii) prevenire operazioni di concentrazione

gestione delle attività di *marketing*

- gestione dei materiali promozionali/fornitura di campioni gratuiti e prodotti per la valutazione
- gestione dei contratti di comodato/noleggio, nonché installazione beni ed attrezzature
- brand reminders*
- Market access*
- spese di rappresentanza

Presidi ex Legge 190/2012 (società partecipate pubbliche/in controllo pubblico)

Piani di prevenzione della corruzione volti a prevenire tutti i fenomeni di *maladministration* anche se non integranti fattispecie di reato



Ipotesi di reato già mappate o comunque presidiate...per gli enti anche dotati di MOG 231, valutare l'implementazione delle misure integrative di prevenzione e la collocazione sistematica (nel MOG 231 - nel PTPC?)

Grazie

Avv. Silvia Coda
Studio Legale Milani Avv. Ass.

silvia.coda@studiolegalemilani.net