

WEBINAR AODV²³¹

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

Giovedì, 14 marzo 2024

La stretta sulla turbativa d'asta alla prova del diritto amministrativo e del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Avv. Sabrina Maiello (Osborne Clarke)

La matrice delle best practices



La formazione ha un ruolo centrale ai fini della prevenzione e del controllo.

Un'azione consapevole è alla base della capacità di riconoscere quando può configurarsi una turbativa d'asta e quali cautele bisogna osservare per evitare il rischio di incorrervi.

- 1. Appalti pubblici
- 2. Finanziamenti pubblici
- 3. Erogazione di prestazioni per conto del Servizio Sanitario Nazionale
- 4. Conferimento di incarichi a dipendenti pubblici

- Gli appalti pubblici sono, tra le aree di rischio sopra evidenziate, quella di maggiore spicco, anche per la varietà di casistiche che possono integrare la turbativa d'asta, si pensi a:
 - A) bandi fotografia;
 - B) offerte concordate;
 - C) condizionamenti della commissione giudicatrice (conflitto di interessi)
 - D) proroghe illegittime di contratti pubblici scaduti.

«Il termine collusione negli appalti pubblici (per il quale si utilizza spesso anche la locuzione «turbativa d'asta») si riferisce ad accordi illegali tra operatori economici volti a falsare la concorrenza nelle procedure di aggiudicazione degli appalti. Tali accordi di collusione tra operatori economici possono assumere varie forme, come la definizione anticipata del contenuto delle loro offerte (in particolare il prezzo) al fine di influenzare l'esito della procedura, la rinuncia alla presentazione di un'offerta, la ripartizione del mercato su base geografica o sulla base dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'oggetto dell'appalto, o l'istituzione di sistemi di rotazione per una serie di procedure. L'obiettivo di tutte queste pratiche è quello di consentire a un offerente predeterminato di ottenere l'aggiudicazione di un appalto creando nel contempo l'impressione che la procedura sia realmente competitiva» Comunicazione 2021/C 91/01 della Commissione europea

Il d.lgs. n. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici) contempla la turbativa d'asta fra le cause di esclusione automatica da una procedura di gara. In particolare, l'**articolo 94, comma 1**, lettera b) del Codice ("Cause di esclusione automatica") prevede che *"È causa di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per uno dei seguenti reati: [...] b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile [...]".* Sulla sussistenza delle stesse non v'è spazio per alcun margine valutativo della stazione appaltante.

- l'articolo 95, comma 1, lettera d), prevede una causa di esclusione non automatica nel caso della sussistenza di *"rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara"*.
- L'accertamento di un unico centro decisionale può configurare il reato di turbativa d'asta

Altra fattispecie potenzialmente rilevante è quella del grave illecito professionale di cui al combinato disposto degli artt. 95 comma 1 lettera e) e dell'art. 98 comma 3 lettera h), secondo cui l'illecito professionale si può desumere dalla contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, dei reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

La ricomprensione dei reati di cui agli artt. 353 e 353 bis c.p. tra i reati significanti ai sensi del d.lgs. 231/2001 comporta la loro potenziale rilevanza ai fini dell'esclusione (che non è automatica ma rimessa alla valutazione discrezionale della Stazione Appaltante) dalle procedure pubbliche di gara anche in mancanza di una sentenza definitiva.

- Art. 96 comma 6 *"Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e **di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.** Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico".*

ma...

- Art. 96 comma 7: *"Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di concessione non può avvalersi della possibilità prevista dai commi 2, 3, 4, 5 e 6 nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza".*

Ecco perché è fondamentale la mappatura dei rischi all'interno dell'azienda, la corretta gestione dei flussi informativi e la costante formazione: l'effettiva ed efficace implementazione dei Modelli 231 può rientrare tra le misure di autodisciplina significative per evitare di incorrere nell'esclusione dalle gare.

La Commissione Europea con Comunicazione 2021/C 91/01 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. C 91/1 del 18 marzo 2021 ha elaborato alcune indicazioni per le Stazioni Appaltanti degli Stati Membri, al fine di individuare e prevenire fenomeni collusivi nell'ambito dell'aggiudicazione degli appalti pubblici, temendo, tra l'altro, che le procedure accelerate per l'assegnazione delle forniture necessarie a fronteggiare la pandemia da Covid-19 potessero favorire l'infiltrazione di meccanismi anticompetitivi che si traducevano in un maggior costo per le Amministrazioni aggiudicatrici (stimato di circa il 60% in più di quanto avrebbero pagato in condizioni di mercato normali).

Alcuni degli strumenti suggeriti dalla Commissione

- è opportuno adoperarsi per ottenere la massima partecipazione degli offerenti sia nazionali che stranieri
- prima di pianificare e avviare la procedura di aggiudicazione, è opportuno raccogliere informazioni approfondite sul mercato che fornirà il servizio o il prodotto oggetto dell'appalto
- considerare la possibilità di ricorrere ad una centrale di committenza utilizzare criteri di aggiudicazione basati sulla qualità
- concedere agli operatori tempo sufficiente per preparare e presentare la loro offerta (in tal senso anche evitare la pubblicazione durante i periodi di vacanza)
- sensibilizzare gli operatori economici sulle eventuali conseguenze di comportamenti collusivi e per scoraggiarli dal mettere in atto tali comportamenti

È evidente che l'osservanza di regole di condotte rigorose è essenziale per mettere al riparo da conseguenze pregiudizievoli potenzialmente rilevantissime aziende che hanno il proprio core business nella partecipazione a procedure pubbliche di gara.

Oltre a ciò opportune misure di autodisciplina potranno consentire all'operatore economico di dimostrare la propria affidabilità alle Amministrazioni aggiudicatrici.

Trasparenza, proporzionalità, concorrenza e non discriminazione

Sono i principi fondamentali che devono regolare le consultazioni di mercato per evitare che i contributi pervenuti possano in qualche modo condizionare le procedure selettive che ne derivano.

Lo scopo

Attraverso un dialogo informale l'amministrazione acquisisce dagli operatori di mercato informazioni per raggiungere una maggiore consapevolezza delle caratteristiche dei beni o servizi che intende acquistare.

Come si svolgono

Le amministrazioni pubblicano un avviso pubblico di consultazione preliminare che specifica le esigenze informative, la tipologia di contributi richiesti, la forma di contributo ammissibile, i tempi per la loro presentazione e, eventualmente, quelli di pubblicazione della procedura selettiva d'appalto. I contributi devono rispondere alla richiesta dell'amministrazione e non devono fornire dati e documenti alterati, incompleti o non veritieri al fine di influenzare il successivo procedimento selettivo. L'operatore può richiedere che i contributi forniti siano successivamente pubblicati in forma anonima per preservare le sue strategie commerciali.

La turbativa d'asta può configurarsi anche quando ci si trovi al cospetto di una procedura comparativa per l'erogazione di danaro pubblico sotto forma di finanziamenti.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui sussista un **conflitto di interessi** con la commissione incaricata di giudicare i progetti/proposte di finanziamento.

Assenza di situazioni di conflitto di interessi di qualsiasi natura, anche potenziale, che possa rappresentare ed essere percepito come una minaccia all'imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura per l'affidamento di un contratto pubblico o per l'erogazione di contributi pubblici

L'imparzialità e la competenza sono strettamente connesse.

La profonda conoscenza degli istituti preposti all'esercizio delle funzioni affidate favorisce l'imparzialità dell'agente.

Il primario riferimento normativo di rinvie nell'art. Art. 53 del d.lgs. 165/2001 "Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi".

La norma contempla una sanzione interdittiva ad hoc a contrarre con la P.A. al comma 16 ter: *"I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti"*.

La trasparenza è il vero strumento che può consentire il controllo dell'attività posta in essere dalla P.A. e, per l'effetto, dei soggetti privati che entrano in contatto con la stessa, come indice di misurazione dell'efficienza e dell'efficacia della spendita delle risorse pubbliche.

In questo senso la trasparenza è anche prevenzione.

Il rapporto tra trasparenza e accesso alla luce del d.lgs. 33/2013.

L'ambizioso obiettivo dell'art. 36 del nuovo codice dei Contratti pubblici di semplificare l'accesso agli atti delle procedure di gara.

Grazie.

Avv. Sabrina Maiello

Osborne Clarke

sabrina.maiello@osborneclarke.com