

LA TUTELA PENALE DELLE GARE PUBBLICHE

Turbative d'Asta e
Responsabilità degli Enti ex
D.Lgs. 231/2001

Avv. Silvia CODA, Avvocato del Foro di Torino

Rapporto Codice degli Appalti – D.Lgs. 231/2001

Art. 94 – cause di esclusione automatica

[...]

3. L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 è disposta se la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva ivi indicati sono stati emessi nei confronti:

a) dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231;

[...]

5. Sono altresì esclusi:

a) l'operatore economico destinatario della **sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c)**, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, o di altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;

Art. 98 – illecito professionale grave

1. L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h).

[...]

3. L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:

[...]

h) **contestata o accertata commissione**, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati:

[...]

5) i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

Art. 24 D.Lgs. 231/2001 (post Legge 137/2023)

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** 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.

Rapporto Codice degli Appalti – D.Lgs. 231/2001

Art. 96 – disciplina dell'esclusione

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.

Misure cd. di **self cleaning** (adottabili anche nelle more dello svolgimento della procedura selettiva purchè prima della decisione di aggiudicazione)



Adozione o revisione del MOG 231 in ottica rimediabile

(utile anche produzione di:

- documentazione attestante l'attività dell'OdV
- sistema di reportistica verso l'OdV
- eventuale modifica sistema di governance
- implementazione procedure interne)

Modello sartoriale: rapporto con le fattispecie di reato

Cosa si intende per gara?

«è configurabile una gara quando si sia in presenza di una reale e libera competizione fra più soggetti e l'ente appaltante abbia indicato i criteri di aggiudicazione prestabiliti, portati a conoscenza di tutte le imprese invitate e di formalità per la presentazione delle offerte, ovvero, i criteri in base ai quali i potenziali partecipanti potevano formulare la propria offerta di partecipazione valutando le regole che presiedevano al confronto. E', dunque, la previsione di un meccanismo selettivo delle offerte nel quale i soggetti che vi partecipano, consapevoli delle offerte di terzi, propongono le proprie condizioni quale contropartita di ciò che serve alla pubblica amministrazione, a qualificare come gara la procedura di individuazione del contraente attivata da una pubblica amministrazione e, di conseguenza, le condotte collusive che turbano la competizione e la concorrenza tra i partecipanti, come delitto di cui all'art. 353 cod. pen.»

(Cass. pen. sez. II, 7/01/2026, n° 2236)

«[...] il reato di cui all'art. 353 bis c.p. 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. [...] la scelta volontaria e non obbligata mediante la quale la pubblica amministrazione decide di svolgere un'indagine di mercato e, come pure quella di proceduralizzare l'individuazione del contraente con il quale concludere, mediante affidamento diretto, il contratto **non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara.**»

(Cass. pen. sez. VI, 14/01/2026, n° 6875)

Cosa si intende per 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. pen., 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. pen., sez. VI, 26/10/2022, n° 45709)

Modello sartoriale: rapporto con le fattispecie di reato

Forme di manifestazione dei reati

- 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

MOG231 sartoriale – analisi sistema organizzativo interno

- Analisi dell'**assetto organizzativo aziendale**:
 - Segregazione dei poteri e segregazione dei compiti → sistema di deleghe e procure e ripartizione equilibrata dei poteri (visura, verbali CdA, organigrammi, funzionigrammi,...)
- Analisi della **procedimentalizzazione delle attività**:
 - Regolamenti
 - Sistemi di certificazione
 - Procedura interne certificate o meno

N.B. i Protocolli del MOG 231 si pongono come presidi di «terzo livello»

- Analisi delle **attività di fatto svolte** dalla Società mediante audit ed interviste delle risorse che si occupano dei processi sensibili in ottica di prevenzione delle fattispecie ex art. 353 e 353 bis c.p., ovvero:

Partecipazione alle procedure selettive

Rapporti con le stazioni appaltanti

Regalie e attività di beneficenza

Flussi finanziari

Rapporti con le altre imprese

Gestione delle attività di marketing

MOG231 sartoriale – revisione/adozione Sistema 231

Rivalutazione del risk assesment – risk treatment – gap analysis verificando la presenza e la tenuta dei seguenti presidi (anche alla luce della storicità):

partecipazione a procedure selettive

- Adozione di specifiche procedure interne volte a disciplinare la gestione delle gare:
 - ✓ valutazione dell'opportunità di partecipare (es. imponendo di indicare le ragioni sottese alla mancata partecipazione – quantomeno – ad una gara ad invito e nel caso in cui l'ente sia contraente uscente e, se in forma non individuale, le ragioni)
 - ✓ definizione del costo di produzione,
 - ✓ redazione dell'offerta economica e dell'offerta commerciale (es., verifica della correttezza e completezza della documentazione che si intende trasmettere)
 - ✓ individuazione dei criteri e dei limiti di ribasso (es. imporre di giustificare le eventuali eccezioni ai normali criteri di definizione dei prezzi. Se criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, specificare la sostenibilità dell'offerta rispetto alle condizioni di gara)
- Segregazione delle funzioni coinvolte nelle fasi di progettazione, approvazione, esecuzione, chiusura e rendicontazione delle gare
- Individuazione dei soggetti che possono in trattenere rapporti con i rappresentanti della PA nel contesto delle gare (per mansione, delega o incarico espresso)
- Individuazione/presenza di un Ufficio gare/risorsa dedicata debitamente formato
- 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)

MOG 231 sartoriale – revisione/adozione Sistema 231

Rivalutazione del risk assesment – risk treatment – gap analysis verificando la presenza e la tenuta dei seguenti presidi (anche alla luce della storicità):

flussi finanziari

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

rapporti con i rappresentanti delle PA appartenenti alle stazioni appaltanti

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

regalie, omaggi e attività di beneficenza

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

gestione delle attività di marketing

- procedimentalizzazione delle attività di gestione dei materiali promozionali (es. individuazione delle categorie di *brand reminders* consentite)/fornitura di campioni gratuiti e prodotti per la valutazione
- presenza di format e procedure per la gestione dei contratti di comodato/noleggio, nonché installazione beni ed attrezzature
- presenza di procedure per la gestione e la verifica delle spese di rappresentanza

(*presidi già presenti per prevenire ad es. fattispecie corruttive*)

MOG231 – flussi comunicativi verso l'OdV

Implementazione (o adozione) di un sistema di **reportistica periodica/ad evento** che comprenda anche temi legati alla prevenzione delle fattispecie di turbativa d'asta. Esempi:

- Comunicazione delle gare cui l'ente è stato invitato nel periodo o di cui ha avuto conoscenza (ad es. attraverso portali di ricerca gare cui si è abbonati) avendo cura di indicare le ragioni sottese alla mancata partecipazione/partecipazione in forma non singola
- Richiesta di accesso agli atti formulate alla stazione appaltante e relativi esiti
- Contenziosi nell'ambito della partecipazione alla procedura selettiva (anche «subiti»)/durante l'esecuzione della prestazione
- Richieste ricevute da Autorità (AGCM, ANAC, ...)
- Rapporti in presenza con rappresentanti della stazione appaltante (onere di reportistica)

N.B. flusso derivante dalle segnalazioni *Whistleblowing*...

Implementazioni in ottica di *compliance* integrata

- ❑ 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

** 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

- ❑ Valutare l'ottenimento della **certificazione ISO 37001*** o, se già adottato, effettuare i dovuti raccordi con il MOG 231 anche con riguardo ai flussi verso l'OdV ed agli incontri OdV e la Funzione di Conformità per la Prevenzione della Corruzione (FCPC)

** Standard internazionale per i sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione che fornisce linee guida per identificare, prevenire e gestire il rischio di corruzione all'interno di un'organizzazione.*

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