



Codice appalti e rischio 231

Prof. Avv. Luca Geninatti Satè

i Webinar
by Directio

WEBINAR > Compliance 231 e sistemi di controllo nelle società partecipate e controllate

A cura dell'ODCEC di Torino

DATA

Agenda

- **Procedure acquisti e affidamento dei contratti**
 - Vincolatività delle procedure acquisti contenute nei modelli 231
 - Disciplina dell'affidamento dei contratti pubblici
 - Rapporto tra procedure acquisti e regole di affidamento
- **Verifica dei requisiti dei partecipanti e modelli 231**
 - Requisiti di partecipazione
 - *Self-cleaning* e linee guida ANAC
 - Rilevanza dei modelli 231

Procedure acquisti e affidamento dei contratti

Procedure acquisti

Regolamenti acquisti

Regolamenti contabilità

Possono disciplinare:

- l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria
- le indagini di mercato
- la costituzione e la gestione degli elenchi di operatori economici
- l'applicazione dei principi generali (e, in particolare, del principio di rotazione)

Assumono efficacia vincolante nei confronti della stazione appaltante, con la conseguenza che la relativa violazione può determinare illegittimità degli atti conseguenti

Disciplina dell'affidamento dei contratti pubblici

Disciplina ordinaria (art. 36, d.lg. n. 50/2016)

Salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie:

- a) per affidamenti di importo **inferiore a 40.000 euro**, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici;
- b) per affidamenti di importo **pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o a 214.000 euro per le forniture e i servizi**, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

Decreto semplificazioni (d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020)

- a) per affidamenti di **lavori di importo inferiore a 150.000 euro** e di servizi e forniture di importo **inferiore a 75.000 euro**, mediante affidamento diretto;
- b) per affidamenti di importo **superiore a 150.000 euro per i lavori, e a 75.000 euro per i servizi e le forniture**, e inferiore a 350.000 per i lavori, e a 214.000 euro per i servizi e le forniture, mediante procedura negoziata senza bando previa valutazione di almeno cinque operatori, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

Rapporto tra procedure acquisti e regole di affidamento

Derogabilità della disciplina stabilita dal decreto semplificazioni

Disciplina degli affidamenti per soglie inferiore a quelle stabilite

Disciplina dell'attuazione dei principi generali

LINEE GUIDA ANAC n. 4/2017

Art. 36, d.lg. n. 50/2016 (non richiamato dal decreto semplificazioni)

L'affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie di cui avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Rapporto tra procedure acquisti e regole di affidamento

LINEE GUIDA ANAC n. 4/2017

Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento **immediatamente precedente** a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello **stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi**. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento.

La rotazione **non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato**, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici.

Verifica dei requisiti dei partecipanti e modelli 231

Costituiscono motivi di esclusione dalla partecipazione alle procedure

- la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta per una serie di reati che sono anche reati-presupposto 231
- gravi illeciti professionali (art. 80, comma 5, lett. c), anche laddove ricavabili da gravi indizi e secondo la discrezionalità della stazione appaltante (per giurisprudenza: inclusa quindi la pendenza di indagini)

Verifica dei requisiti dei partecipanti e modelli 231

LINEE GUIDA ANAC n. 6/2017

Ampliano l'elenco degli illeciti che la stazione appaltante è tenuta a valutare ai fini dell'esclusione, includendo:

- abusivo esercizio di una professione;
- reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito);
- reati tributari come da d.lgs. 74/2000;
- reati societari previsti dal **d.lgs. 231/2001**;
- delitti contro l'industria e il commercio previsti dal **d.lgs. 231/2001**;
- reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1 lettere b) e c) del dpr 380/2001;
- reati previsti dal **d.lgs. 231/2001**.

Self-cleaning e linee guida ANAC

Self-cleaning

Ravvedimento operoso che consente all'operatore economico di dimostrare la sua persistente e concreta affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione – superando l'attitudine preclusiva dell'accertata sussistenza di una o più cause di esclusione.

Tale meccanismo – che si applica agli operatori economici non esclusi da una sentenza definitiva – tende a incoraggiare un operatore economico a fornire prove del fatto che le misure da esso adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura d'appalto

Self-cleaning e linee guida ANAC

Self-cleaning

Ravvedimento operoso che consente all'operatore economico di dimostrare la sua persistente e concreta affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione – superando l'attitudine preclusiva dell'accertata sussistenza di una o più cause di esclusione.

Tale meccanismo – che si applica agli operatori economici non esclusi da una sentenza definitiva – tende a incoraggiare un operatore economico a fornire prove del fatto che le misure da esso adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura d'appalto

Self-cleaning e linee guida ANAC

LINEE GUIDA ANAC n. 6/2017

Stabiliscono che possono essere considerati idonei a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito:

1. l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative;
2. l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere **organizzativo**, strutturale e/o strumentale;
3. la rinnovazione degli organi societari;
4. l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento;
5. la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.

Rilevanza dei modelli 231

Un adeguato organigramma e l'adozione di Modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 idonei, nonché la nomina di un Organismo di Vigilanza, come anche la dimostrazione che il fatto illecito è stato consumato nell'interesse esclusivo della persona fisica agente e non dell'ente, sono circostanze potenzialmente idonee alla riabilitazione dell'operatore economico.

Per quanto attiene alle indicazioni di cui al punto 2, il riferimento alla parola “*organizzativo*” riguarda quantomeno l'organigramma dell'operatore economico azienda, nel quale può essere stata posizionata e/o sostituita – successivamente alla commissione dell'illecito – una figura di *internal audit* e/o una figura deputata al risk management. Sicché in un organigramma ipotetico, le figure del risk manager e dell'internal audit dovrebbero essere inserite in posizione più indipendente possibile e l'internal audit non dovrebbe dipendere da una sola carica apicale.

Tali misure, oltre ad assumere una valenza esimente avanti l'Autorità Giudiziaria in caso di addebito ex d.lgs. 231/2001, hanno anche un ruolo significativo in materia di appalti pubblici essendo misure idonee a sviluppare valori di correttezza e di legalità al fine di una buona *practice* aziendale ed al contempo strumenti di presidio, di gestione e di controllo dell'azienda, fondamentali per garantire la continuità economica dell'impresa ed evitare esclusioni da gare di appalto.

Prof. Avv. Luca Geninatti Satè

8 febbraio 2021