

IL MODELLO 231 NEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

DA ELEMENTO «ACCIDENTALE» E DI PUNTEGGIO NEL RATING DI LEGALITÀ A ELEMENTO «COSTITUTIVO» E REPUTAZIONALE AI FINI DELL'ATTRIBUZIONE DEL RATING DI IMPRESA.

Relatore: Avv. Sabrina Primavera

Nel nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni, il d.lgs. 231/2001 ed il Modello di organizzazione e gestione dell'ente, assumono un nuovo e rilevante rilievo.

La conformità agli adempimenti *ex lege* 231 viene infatti a connotarsi nel Codice come autonomo requisito reputazionale dell'innovativo «*Rating di Impresa*», e delle relative **premierità** (così decreto correttivo).

Fino ad oggi, l'adozione ed attuazione del Modello 231, con riguardo ai criteri di qualificazione delle imprese, appariva come semplice elemento «**accidentale**» utile all'impresa ad incrementare il punteggio nel cd. rating di legalità.



Il regolamento con cui sono disciplinate le modalità ed i requisiti richiesti per l'accesso all'istituto del rating di legalità prevede, infatti, la possibilità di incrementare il punteggio base di una stella al ricorrere di una serie alternativa e cumulativa di condizioni (almeno 3) tra cui «***l'aver adottato un Modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001***».

IMPORTANTE anche il fatto che: ai fini dell'attribuzione del giudizio di rating l'impresa richiedente deve possedere alcuni requisiti di «partenza».

In particolare: la prima stella (e quindi l'accesso al rating) si ottiene dimostrando



l'estraneità a misure di prevenzione, cautelari e sentenze di condanna in merito a reati di cui al d.lgs. 231/2001, sia per le persone fisiche che per quelle giuridiche, oltre che a reati di mafia ed ai reati tributari.

Dunque

l'adozione del **Modello Organizzativo** *ai sensi del d.lgs. 231/2001* si configurava quale

«elemento circostanziale»

che va ad incidere su un sistema già perfetto nella sua struttura ed incidente soltanto sulla cornice premiale per quelle imprese che ambiscono ad un più elevato livello di rating.

Linee Guida ANAC – paragrafo IV
“Gli ulteriori possibili requisiti reputazionali”



IL MODELLO 231
ELEMENTO COSTITUTIVO E REPUTAZIONALE
AI FINI DELL'ATTRIBUZIONE DEL RATING DI IMPRESA

L'Autorità Dopo aver individuato alcuni degli elementi di premialità utili a dettagliare il nuovo rating d'Impresa (tra cui gli indici espressivi della capacità strutturale intesa come capacità tecnica e professionale, il rispetto dei tempi e dei costi in fase di esecuzione, l'incidenza del contenzioso, il rating di legalità, la regolarità contributiva e l'assenza di sanzioni determinate dall'ANAC per omessa denuncia di richieste estorsive e corruttive), ritiene che al fine di definire l'affidabilità dell'impresa:

“occorra fare riferimento ad ulteriori possibili requisiti reputazionali”

Tra i quali:

“deve costituire un ulteriore elemento di valutazione positiva, nell’ambito di un sistema di Rating di impresa gestito dall’ANAC:

L’ADOZIONE DA PARTE DELLE IMPRESE DI UN MODELLO ORGANIZZATIVO IDONEO, SECONDO QUANTO PREVISTO DAL D.LGS. 231/2001”.

Dunque l’adozione del Modello 231 è oggi AUTONOMO requisito reputazionale ai fini dell’ottenimento del rating d’impresa.

Il decreto legislativo **231/2001** ha introdotto nel nostro ordinamento la responsabilità amministrativa degli enti per determinati reati commessi nel loro interesse o vantaggio da soggetti che rivestono una posizione apicale nella struttura dell'ente ovvero da soggetti sottoposti all'altrui vigilanza.

- L'innovativa disciplina ha comportato il superamento di fatto del principio “*societas delinquere non potest*” (da ultimo, Cass. Pen., Sezioni Unite, 27 marzo 2008, n. 26654)
- Rivoluzione copernicana: responsabilità “penale” della società che si affianca alla responsabilità penale personale degli autori delle condotte
- Al di là del nomen iuris, si tratta, nella sostanza, della previsione di una responsabilità penale delle società e degli enti

- La competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono
- All'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato in quanto compatibili

CRITERI DI ATTRIBUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ ED ESIMENTI

- L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio (art. 5).

Quali reati?:

1. Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico. (Art. 24, D.Lgs. n. 231/2001)
2. Delitti informatici e trattamento illecito di dati (Art. 24-bis, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla L. n. 48/2008]

3. Delitti di criminalità organizzata (Art. 24-ter, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla L. n. 94/2009]
4. Concussione, induzione indebita a dare o promettere altra utilità e corruzione (Art. 25, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo modificato dalla L. n. 190/2012]
5. Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento (Art. 25-bis, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dal D.L. n. 350/2001, convertito con modificazioni dalla L. n. 409/2001; modificato dalla L. n. 99/2009]

6. Delitti contro l'industria e il commercio (Art. 25-bis.1, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla L. n. 99/2009]
7. Reati societari Art. 25-ter, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dal D.Lgs. n. 61/2002, modificato dalla L. n. 190/2012]
8. Reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico previsti dal codice penale e dalle leggi speciali (Art. 25-quater, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla L. n. 7/2003]

9. Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (Art. 583-bis c.p.) (Art. 25-quater.1, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla L. n. 7/2006]

10. Delitti contro la personalità individuale (Art. 25-quinquies, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla L. n. 228/2003]

11. Reati di abuso di mercato (Art. 25-sexies, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla L. n. 62/2005]

12. Reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro (Art. 25-septies, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla L. n. 123/2007]
13. Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio (Art. 25-octies, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dal D. Lgs. n. 231/2007; modificato dalla L. n. 186/2014]

14. Delitti in materia di violazione del diritto d'autore (Art. 25-novies, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla L. n. 99/2009]
15. Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (Art. 25-decies, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla L. n. 116/2009]
16. Reati ambientali (Art. 25-undecies, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dal D.Lgs. n. 121/2011]

17. Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (Art. 25-duodecies, D.Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dal D.Lgs. n. 109/2012]

18. Reati transnazionali (L. n. 146/2006) [Costituiscono presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti i seguenti reati se commessi in modalità transnazionale]

Commessi da:

- a) soggetti in posizione apicale (amministratori, direttori generali, preposti a sedi secondarie, direttori di divisione dotati di autonomia finanziaria e funzionale) o persone che esercitano anche di fatto la gestione e il controllo dell'ente
- b) dalle persone sottoposte alla direzione o vigilanza dei soggetti sopraindicati

L'ente non risponde se i soggetti indicati nelle lettere a) e b) hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi

- In ipotesi di reato commesso da **soggetto apicale**, **l'ente non risponde se prova che** (inversione onere della prova) (art. 6):
 - a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi
 - b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curarne l'aggiornamento è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (organismo di vigilanza)
 - c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione
 - d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)

- Nell'ipotesi di reato commesso da soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza, l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza

L'adeguamento da parte delle società a quanto previsto dal D.Lgs 231/01 oltre a consentire una tutela concreta ed effettiva di ogni singola realtà imprenditoriale, certamente rappresenta altresì una grande opportunità di ottimizzazione del lavoro e di realizzazione di un mercato migliore.

- Il reato viene commesso più facilmente laddove manchi una base di valori etici condivisi.
- La valorizzazione delle regole di organizzazione, sia nella fase della predisposizione dei modelli organizzativi che in quella della vigilanza sulla attuazione, favorisce la formazione di un ambiente all'interno della società che invita all'adozione di comportamenti virtuosi

- E' necessario che i Modelli prevedano meccanismi interni di prevenzione che ne rendano possibile l'elusione solo attraverso mezzi fraudolenti.
- Tale soluzione risulta in linea con quanto previsto ai fini dell'esclusione della responsabilità amministrativa dell'ente: ex art. 6, comma 1, lett. c), l'ente non risponde se prova che le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente il Modello

I Modelli possono essere adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle Associazioni rappresentative degli enti (art. 6, comma 3 D.Lgs 231/01)

L'adozione del Modello non è obbligatoria ma è condizione essenziale perché l'ente sia esonerato dalla responsabilità

- Il Tribunale di Milano ha condannato l'amministratore delegato a risarcire la propria impresa dei danni da quest'ultima subiti in connessione con l'omessa adozione di un adeguato Modello organizzativo ai sensi del D.Lgs 231/01 (Tribunale di Milano, ud. 13 febbraio 2008, n. 1774)

LE SANZIONI

Le sanzioni previste per l'ente sono:

- 1) sanzioni pecuniarie
- 2) sanzioni interdittive
- 3) confisca
- 4) pubblicazione della sentenza

Le sanzioni pecuniarie sono:

- applicate attraverso un sistema di quote in un numero non inferiore a 100 né superiore a 1000
- L'importo di una quota va da un minimo di 258 euro ad un massimo di 1.549 euro
- L'importo della quota è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente
- Nella commisurazione della sanzione pecuniaria il giudice tiene conto:
 - della gravità del fatto
 - del grado di responsabilità dell'ente
 - dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del reato e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti

Le sanzioni interdittive sono:

- interdizione dall'esercizio dell'attività
- sospensione o revoca delle autorizzazioni licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito
- divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio
- esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi
- divieto di pubblicizzare beni o servizi

- Le sanzioni interdittive sono applicabili dal giudice anche in via cautelare

“Il D.Lgs 231 riserva, poi, grande attenzione alle misure cautelari, che hanno una importanza strategica per garantire l'effettività del sistema di responsabilità degli enti collettivi nella fase strumentale del processo, momento particolarmente delicato e determinante per la stessa vita del soggetto collettivo e per la tutela degli interessi pubblicistici che possono essere coinvolti”

(Cass. Pen., Sezioni Unite 27 marzo 2008 n. 26654)

- L'innovazione rispetto alle precedenti discipline sta nel fatto che con le sanzioni interdittive si va a colpire l'aspetto funzionale e operativo dell'azienda

RILEVANZA PROCESSUALE DEL MODELLO

- Esclusione della responsabilità dell'ente ex art. 6 D.Lgs 231/01
- Criterio di riduzione della sanzione pecuniaria ex art. 12 D.Lgs 231/01
- Consente la non applicazione di sanzioni interdittive ex art. 17 D.Lgs 231/01, in presenza anche delle altre condizioni ivi previste.
- Consente la sospensione della misura cautelare ex art. 49 D.Lgs 231/01

- In linea generale il Modello deve essere compatibile con la realtà aziendale in cui si inserisce
- ora anche reati xxxxxxxx

Il Modello pertanto deve:

1. evitare un'eccessiva onerosità di elaborazione e funzionamento
2. limitare l'appesantimento delle attività operative
3. valorizzare le procedure esistenti per contrastare i comportamenti illeciti

Le componenti del Modello sono:

- 1) Modello Parte Generale
- 2) 2) Modello Parte Speciale
- 3) 3) Organismo di Vigilanza
- 4) 4) Codice Etico

1. IL MODELLO PARTE GENERALE

- a) Individua le **“aree a rischio”**
- b) Prevede **specifici protocolli** diretti a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente in relazione ai reati da prevenire
- c) individua modalità di **gestione delle risorse finanziarie** idonee ad impedire la commissione dei reati
- d) Prevede **obblighi di informazione** nei confronti dell’organismo di vigilanza
- e) Introduce un **sistema disciplinare** idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nei modelli (per la violazione delle norme del codice etico, nonché delle procedure previste dal modello).

2) IL MODELLO PARTE SPECIALE

prevede:

a) Inventariazione degli ambiti aziendali di attività all'esito della risk mapping

Compimento di una revisione esaustiva della realtà aziendale, al fine di individuare le modalità operative di funzionamento e i compiti attribuiti alle persone che lavorano nel suo ambito.

Esame della documentazione storica della società, esame dei processi aziendali, analisi dei dati economici, interviste e/o questionari con l'obiettivo di individuare le aree che risultano interessate dalle potenziali casistiche di reato

- output di fase: mappa delle aree aziendali a rischio con indicazione dell'ordine di criticità

b) Analisi dei rischi potenziali

L'analisi dei potenziali rischi deve avere riguardo alle possibili modalità attuative dei reati nelle diverse aree, da parte dei soggetti che operano a favore e nell'ambito dell'organizzazione aziendale.

Tale analisi deve sfociare in una rappresentazione esaustiva di come i reati possono essere attuati rispetto al contesto operativo interno ed esterno in cui opera l'azienda

- output di fase: mappa documentata delle potenziali modalità attuative degli illeciti nelle aree a rischio

c) Valutazione/costruzione/adequamento del sistema di controlli preventivi

Valutazione del sistema di controlli preventivi eventualmente esistente, suo adeguamento quando ciò si riveli necessario, sua costruzione quando l'ente ne sia sprovvisto.

- output di fase: descrizione documentata del sistema dei controlli preventivi attivato, con dettaglio delle singole componenti del sistema, nonché degli adeguamenti eventualmente necessari

d) Creazione di specifici protocolli (definizione delle procedure operative)

Definizione di standard di comportamento cui l'organizzazione deve conformarsi (uno standard estremamente dettagliato riduce la possibilità di comportamenti devianti e quindi di commissione di reati, ma parimenti aumenta la rigidità decisionale della società)

Risultato: sistema di controllo in grado di prevenire i rischi

Principi di controllo

- Separazione delle funzioni
- Adeguata tenuta documentale e tracciabilità delle operazioni rilevanti
- Poteri autorizzativi e di firma
- Documentazione dei controlli

3) L'ORGANISMO DI VIGILANZA

- La vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello, ed il relativo aggiornamento, è affidata ad un organismo "dell'ente" (struttura costituita al suo interno) provvisto dei requisiti di autonomia e indipendenza, professionalità e continuità di azione, dotato di congruo budget di spesa
- Organo monocratico o collegiale, composto da soggetti interni e/o esterni con requisiti soggettivi che garantiscano autonomia e indipendenza

Attività dell'Odv:

- Proprio regolamento
- Riunioni periodiche
- Audit e note di autovalutazione
- Flussi informativi
- Ricezione di segnalazioni con garanzia di riservatezza
- Relazioni al Consiglio di Amministrazione e al Collegio Sindacale

- **Verifica periodica dell'efficacia del Modello:**

- sugli atti (es. verifica a campione sugli atti di maggiore rilevanza che coinvolgono processi e aree a rischio di commissione dei reati)
- - sulle procedure (verifica del loro effettivo funzionamento e del rispetto dei singoli step)
- - l'esito delle verifiche è oggetto di report ai vertici della società

L'Organismo di Vigilanza, per l'esercizio delle proprie funzioni, potrà avvalersi – sotto la propria diretta sorveglianza e responsabilità – dell'ausilio delle risorse aziendali e di consulenti esterni, che assicurino la conoscenza della struttura e delle modalità realizzative dei reati, trattandosi di una disciplina penale (cfr. Linee Guida Confindustria)

4) IL CODICE ETICO

- Insieme dei principi etici della società
- Documento ufficiale della società che raccoglie diritti, doveri e responsabilità della stessa nei confronti di dipendenti, clienti, fornitori, agenti, Pubblica amministrazione ecc.
- Approvato dai massimi vertici dell'ente

- E' il veicolo tramite il quale presentare la società, la sua storia, la sua struttura, le regole e i principi che ne ispirano l'attività
- Deve essere portato a conoscenza di tutti i dipendenti e di coloro che operano per conto della società

Approvazione da parte del CdA: Modello parte generale e parte speciale, Organismo di Vigilanza, Codice Etico

- Il sistema delineato deve tradursi in un **processo continuo** (o comunque svolto con una periodicità adeguata), da reiterare con particolare attenzione nei momenti di cambiamento aziendale
- Il Modello organizzativo non è un adempimento formale da farsi una tantum
- Il Modello costituisce una realtà in continuo divenire, sensibile alle modificazioni dell'ente

- Il Modello deve essere sottoposto ad un'attenta e assidua attività di **manutenzione**
- Il compito di curare l'aggiornamento in senso dinamico del Modello, nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni o adeguamenti, spetta **all'organismo di vigilanza**
- Il “volume manutenzione” raccoglie la documentazione relativa all'attività svolta dall'organismo, nonché tutte le modifiche apportate al Modello originario a seguito delle novità normative intervenute, delle riorganizzazioni aziendali, delle acquisizioni effettuate, dell'apertura di nuove sedi e, in generale, dell'attività di aggiornamento del Modello stesso

DIFFUSIONE DEI MODELLI ORGANIZZATIVI

- La società fornisce piena pubblicità al proprio Modello organizzativo, al fine di assicurare che i destinatari siano a conoscenza delle procedure da seguire per la corretta esecuzione delle proprie mansioni
- La completa, accessibile e continua informazione assicura ai destinatari la piena conoscenza delle direttive aziendali

FORMAZIONE DEL PERSONALE

- E' necessaria la formazione del personale dipendente, specifica e diversificata
- Particolare attenzione verrà prestata all'attività di formazione del personale delle aree a rischio, ai neo assunti e ai dipendenti che vengono chiamati a svolgere incarichi nuovi
- Principio generale di conoscibilità delle scelte della società e delle misure

IL MODELLO ORGANIZZATIVO 231 SECONDO ANAC:

L'Autorità dopo aver previsto come meccanismo premiante: l'adozione da parte delle imprese di un Modello organizzativo idoneo, secondo quanto previsto dal d.lgs. 231/2001

AGGIUNGE: al riguardo devono essere presenti i seguenti elementi:

- Individuazione delle aree a maggior rischio di compimento di reati;
- Lo sviluppo di procedure operative idonee all'adempimento di quelle attività che presentano un maggiore rischio di compimento di atteggiamenti scorretti;
- L'adozione di pratiche gestionali delle risorse economiche funzionali ad una corretta attività imprenditoriale;
- La presenza di un sistema strutturato e adeguatamente inserito nella realtà aziendale anche a mezzo corsi formativi al personale, al fine di assicurare una tempestiva comunicazione di informazioni all' Organo di Vigilanza appositamente istituito;
- **La presenza di adeguati strumenti di garanzia per i dipendenti che manifestano la presenza di illeciti;**
- **L'applicazione ed effettivo ricorso a strumenti di monitoraggio che attestino l'efficacia delle misure introdotte e l'effettivo utilizzo del modello attraverso la previsione di appositi organismi deputati allo svolgimento di tali attività.**

ANAC quindi:

Da un lato individua come criterio reputazionale «l'adozione da parte delle imprese di un Modello organizzativo idoneo, secondo quanto previsto dal d.lgs.231/200124»; dall'altro **nell'elencare gli elementi essenziali di un Modello idoneo, aggiunge due ulteriori elementi a quelli indicati nell'art. 6, comma 2 del Decreto 231.**

Così affermando che in realtà, l'adozione di un Modello secondo quanto previsto dal d.lgs. 231/2001 non è sufficiente, nei suoi canoni tradizionali e delineati dal Legislatore, per assurgere a requisito reputazionale dell'impresa.

Viene infatti a risultare necessario che il modello stesso, oltre a rispondere alle esigenze indicate nell'art. 6, comma 2, Decreto 231,
preveda:

misure di tutela dei dipendenti che denunciano illeciti

ed introduca:

strumenti di monitoraggio e verifica volti a valutare l'efficacia delle misure introdotte e l'effettiva utilizzazione del Modello, attraverso la previsione di appositi organismi deputati allo svolgimento di tali attività.

Da ultimo...ma non per ultimo: riduzione garanzie

Il legislatore nel nuovo Codice Appalti fornisce un ulteriore input alle società appaltatrici prevedendo un nuovo vantaggio, per le società possedenti rating di legalità o modello organizzativo 231, che consiste in uno sgravio del 30% dei costi della garanzia per la partecipazione alla procedure di gare pubbliche come riportato dall'art. 93 comma 7:

***“Nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, non cumulabile con le riduzioni di cui ai periodi precedenti, per gli operatori economici in possesso del rating di legalità e del rating di impresa o della attestazione del modello organizzativo, ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001 (...)*”**

Con ciò confermando la forte valenza del Modello 231 fino ad equivalersi funzionalmente al rating di legalità, rimuovendone di fatto la condizione subalterna ovvero di elemento accidentale e circostanziale.