



**OSSERVATORIO
COMPLIANCE 231**

di Morri Rossetti

Monthly Roundup

Gennaio 2023

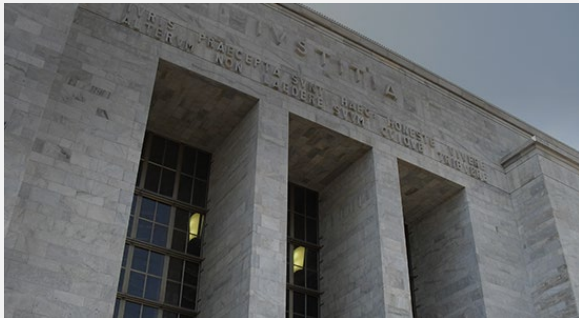
MONTHLY ROUNDUP

Gennaio 2023

I principali aggiornamenti in materia di 231 dello scorso mese.

PRINCIPALI AGGIORNAMENTI

Nuovo Codice dei Contratti Pubblici: la contestazione dell'illecito 231 potrà essere causa di esclusione dalla gara



Si segnala un'importante previsione contenuta nello schema di Decreto Legislativo di riforma del Codice dei contratti pubblici, la cui entrata in vigore è prevista entro il 31 marzo prossimo, in attuazione dell'art. 1 Legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.

Il nuovo Codice degli appalti prevede, tra i vari interventi di riforma, che la contestata o accertata commissione di uno dei reati di cui al D.lgs. 231/2001 integri una delle cause di "illecito professionale" che potrà essere tenuta in considerazione dalla stazione appaltante per escludere l'ente dalla gara.

Ciò che emerge è dunque la volontà del legislatore di estendere gli ambiti di influenza reciproca tra il sistema di responsabilità amministrativa degli enti e quello di

partecipazione alle gare di appalto, prevedendo che anche solo la contestazione di un illecito ritenuto dalla stazione appaltante grave e idoneo a ledere l'integrità o affidabilità dell'offerente potrebbe essere posta a fondamento dell'esclusione di quest'ultimo dalla gara d'appalto.

È opportuno notare infatti che, perché scatti la preclusione, non sarà necessario un provvedimento giurisdizionale irrevocabile, ma potrà essere sufficiente l'atto di esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero.

In attesa di conoscere il testo definitivo del nuovo Codice degli appalti, è importante sottolineare come – a fronte di una novella di questo tipo – il Modello Organizzativo potrebbe assumere un ruolo sempre più determinante soprattutto per le società che maggiormente contrattano con la Pubblica Amministrazione.

Pur in presenza di una contestazione di illecito amministrativo, infatti, l'esistenza di un Modello Organizzativo effettivo ed attuato e di un sistema di controllo efficace, potrebbero convincere la stazione appaltante dell'affidabilità dell'offerente e, dunque, impedirne l'esclusione dalla gara.

* * *

La Corte di Cassazione ritorna sulla responsabilità amministrativa dell'ente e sulla colpa da organizzazione



Si segnala l'interessante pronuncia n. 570 del 2022, con la quale la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza di condanna emessa nei confronti dell'ente, ritenendo non adeguatamente verificata dai giudici di merito l'effettiva sussistenza della colpa in organizzazione, presupposto necessario per l'affermazione di responsabilità ex D.lgs. 231/2001.

La Società V. S.p.A. è stata coinvolta in un procedimento penale avviato dalla Procura della Repubblica di Milano a seguito di un infortunio sul luogo di lavoro, il quale ha cagionato la morte di K.E.

La Società V. S.p.A., alla quale era stata affidata in appalto la realizzazione di un'opera presso uno svincolo autostradale, aveva affidato in subappalto alla Iron Master S.r.l. la realizzazione dei lavori in galleria.

Al momento dello smontaggio dei ponteggi utilizzati per la realizzazione delle attività in galleria, il K.E., dipendente della Iron Master S.r.l., veniva colpito da un asse di contenimento e perdeva l'equilibrio, cadendo dal ponteggio da un'altezza di circa 10 metri, morendo poche ore dopo l'infortunio.

A seguito dell'infortunio veniva rilevato che il ponteggio era privo dei dispositivi di sicurezza

per la prevenzione del rischio di cadute dall'alto, che il K.E. non indossava l'imbragatura e un elmetto protettivo, che non era presente alcuna fune anticaduta né alcuna linea di sicurezza ad ancorarla, che l'attività di formazione del personale non era debitamente documentata, che non era stato fornito l'addestramento specifico per l'utilizzo dei dispositivi individuali di protezione di terza categoria, che il Piano di Montaggio Uso e Smontaggio (PIMUS) non veniva rispettato e che il ponteggio presente sul luogo dell'infortunio differiva rispetto a quello inserito all'interno dello stesso Piano, e che non era presente nel luogo dell'infortunio alcun preposto per la verifica della correttezza delle attività di smontaggio del ponteggio.

In primo e in secondo grado la V. S.p.A. veniva ritenuta responsabile dell'illecito amministrativo di cui all'art. 25-septies co. 3 D.Lgs. 231/2001, per aver tratto un vantaggio dal reato commesso dall'amministratore unico, il quale sarebbe consistito nel risparmio derivante dall'impiego di lavoratori formalmente dipendenti della Iron Master S.r.l. ma in realtà sottoposti al potere direttivo della V. S.p.A., e in particolare dalla mancata consegna dei dispositivi di protezione individuale, dall'omessa formazione e informazione ai dipendenti e dalla mancata individuazione di un preposto.

La Società V. S.p.A. presentava ricorso in Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello di Milano deducendo tre motivi.

Preliminarmente la V. S.p.A. evidenziava le differenze, anche strutturali con la Iron Master S.r.l., essendo la prima una società di grandi dimensioni, con una struttura articolata, anche dal punto di vista delle deleghe in materia di salute e sicurezza, provvista di un Modello Organizzativo (MOG) adottato prima dell'infortunio e costantemente aggiornato e vigilata da un Organismo di Vigilanza, essendo invece la

seconda una società di dimensioni ridotte e non dotata di un Modello Organizzativo. Veniva inoltre evidenziato che il K.E. era dipendente della Iron Master S.r.l. e che il Tribunale di Milano, aveva, nelle more del procedimento di primo grado, disposto la trasmissione degli atti alla Procura per il reato di falso in relazione alle attività di formazione dei dipendenti delle Iron Master S.r.l.

Di conseguenza la responsabilità delle due realtà aziendali coinvolte nel procedimento dovevano necessariamente essere valutate distintamente, circostanza non realizzatasi in concreto, la quale ha determinato un difetto di accertamento e motivazione autonoma per le due realtà.

La prima censura mossa riguarda la illogicità e contraddittorietà della motivazione in ordine al vantaggio in capo alla V. S.r.l.

In particolare la V S.r.l. ha sollevato come il vantaggio per l'ente derivante dalla violazione delle norme in materia antinfortunistica possa rilevarsi solo in caso di sistematica violazione delle norme di sicurezza, e non in caso di una violazione meramente occasionale, la quale non comporta ex se la riduzione di costi e la massimizzazione dei profitti. Sul punto è stato inoltre confermato che l'Organismo di Vigilanza, a seguito dell'infortunio, ha accertato che la V. S.p.A. avesse correttamente svolto la valutazione tecnico professionale dei dipendenti del subappaltatore, il quale aveva fornito le attestazioni di formazione (in relazione alle quali sono stati trasmessi gli atti alla Procura della Repubblica di Milano), e che la medesima società aveva individuato un preposto, il quale era presente nel cantiere in cui si è consumato l'infortunio.

La seconda censura mossa riguarda l'erronea valutazione sull'idoneità del Modello Organizzativo preventivamente adottato dalla V.

S.p.A. I giudici di merito avrebbero infatti dedotto dal mero accadimento dell'infortunio la prova dell'inidoneità del Modello Organizzativo.

L'ultima censura mossa riguarda l'erronea valutazione del trattamento sanzionatorio, non avendo i giudici di merito effettuato una valutazione autonoma per i due differenti enti, avendo determinato la sanzione partendo da una pena base comune.

La Quarta Sezione della Corte di Cassazione nella propria pronuncia mostra dei profili di perplessità già alla lettura del capo di imputazione, non riscontrando in alcun modo un profilo di responsabilità in capo alla V. S.p.A. e in merito all'inidoneità del Modello Organizzativo adottato dalla Società.

Al fine di contestare la pronuncia della Corte d'Appello, la Corte di Cassazione ha ricordato che l'ente risponde per un fatto proprio e non per un fatto altrui, nel caso in cui sussista una "colpa di organizzazione", la quale non può essere desunta semplicemente dalla mancata o inidonea adozione del Modello Organizzativo.

La Cassazione ha infatti più volte affermato che, affinché l'ente possa essere ritenuto responsabile per il reato presupposto è necessario che venga provata la "colpa di organizzazione" dell'ente, consistente nel "non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato; il riscontro di un tale deficit organizzativo consente una piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo.

Grava sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza e l'accertamento dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della società e che abbia agito nell'interesse di questa; tale accertata

responsabilità si estende dall'individuo all'ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo" (Cass. Pen., Sez. VI, 27735 del 2010).

Di conseguenza, come ribadisce la Corte di Cassazione, l'assenza di un Modello Organizzativo, o l'inidoneità o l'inefficace attuazione di un Modello Organizzativo predisposto, non sono ex se elementi costitutivi dell'illecito amministrativo dell'ente, essendo necessario verificare un collegamento tra questi e la realizzazione del reato presupposto.

Nel caso di specie tale percorso argomentativo, ad opinione della Quarta Sezione della Corte di Cassazione, non è stato operato.

Ed anzi, talvolta vengono sovrapposti i profili di responsabilità dell'amministratore unico per il reato presupposto e i profili di responsabilità amministrativa dell'ente coinvolto, come si rinviene dalla circostanza per cui la mancata valutazione tecnico professionale e l'erronea messa in sicurezza dei ponteggi, nonostante fossero prescrizioni previste rispettivamente nel MOG e nel PIMUS, vengono addebitati, oltre che all'amministratore unico, anche alla V. S.p.A. in maniera del tutto automatica, senza aver svolto alcuna valutazione in merito alla colpa organizzativa.

La Corte ricorda, infine, come la condotta dell'agente deve essere intesa come conseguenza "di un preciso assetto organizzativo "negligente" dell'impresa, da intendersi in senso normativo, perché fondato sul rimprovero derivante dall'inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la

commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo" (Cass. Pen., SS.UU., n. 38343 del 2014).

La Quarta Sezione della Corte di Cassazione conclude quindi annullando la sentenza della Corte d'Appello e rinviando ad altra sezione per nuovo giudizio, non avendo il giudice di merito valutato la colpa organizzativa della Società V. S.p.A. e non essendo sufficiente addurre quale motivazione l'inidoneità del Modello Organizzativo, che, in ogni caso, non è stata oggetto di piena valutazione da parte del giudice di primo grado.

* * *

Archiviazione DHL Supply Chain S.p.A.: l'interessante decisione della Procura di Milano



DHL Supply Chain S.p.A., società italiana del Gruppo leader nel settore della logistica, è stata di recente coinvolta in un procedimento penale avviato dalla Procura della Repubblica di Milano che ha indagato su un complesso meccanismo di frode fiscale caratterizzato dall'utilizzo di fatture soggettivamente inesistenti, da parte della multinazionale, e dalla stipula di fittizi contratti di appalto per la somministrazione di manodopera, effettuata in violazione della normativa di settore. L'illecito amministrativo contestato alla Società era l'art. 25-quinquiesdecies D.lgs. 231/2001, in

quanto i suoi soggetti apicali avrebbero posto in essere il reato di cui all'art. 2 D.lgs. 74/2000 nell'interesse e a vantaggio della Società, che secondo l'accusa avrebbe ottenuto un vantaggio patrimoniale di € 5.245.999,53 (per IVA indetraibile 2019) ed € 5.275.854,83 (per IVA indetraibile 2020).

Il reato presupposto contestato ai due apicali indagati riguardava l'utilizzo, nelle dichiarazioni IVA di DHL Supply Chain S.p.A. relative agli anni 2017-2020, di fatture per operazioni giuridicamente inesistenti emesse dal Consorzio Industria dei Servizi, con il quale la Società avrebbe stipulato fittizi contratti di appalto celando la reale natura di somministrazione di manodopera del rapporto in essere.

Secondo la ricostruzione operata dalla Procura di Milano, i rapporti di lavoro con la società committente venivano schermati dal Consorzio che si avvaleva a sua volta di 23 società cooperative ("società serbatoio"), che si avvicendavano nel tempo trasferendo la manodopera dall'una all'altra, omettendo sistematicamente il versamento dell'IVA e, nella maggior parte dei casi, degli oneri di natura previdenziale.

Quello che interessa approfondire in questa sede, invece, sono le innovative motivazioni su cui si è fondata l'archiviazione della posizione di DHL disposta, con provvedimento del 9 novembre scorso, dai due sostituti procuratori titolari del procedimento, Paolo Storari e Giovanna Cavalleri.

La Procura di Milano, pur avendo riconosciuto la sussistenza nel caso di specie dei presupposti per la responsabilità amministrativa di DHL (configurazione del reato presupposto di dichiarazione fraudolenta, interesse e vantaggio dell'ente e colpa in organizzazione per inidoneità delle cautele organizzative contenute nel Modello della Società a prevenire reati della specie di

quello verificatosi), è giunta a disporre l'archiviazione del procedimento nei confronti dell'ente per violazione del divieto di bis in idem.

I PM milanesi, partendo da un breve excursus sull'evoluzione subita dal divieto in parola in ambito sia europeo che nazionale, con particolare riferimento ai sistemi di doppio binario sanzionatorio (che in Italia caratterizzano l'ambito tributario e quello dei mercati finanziari) e basandosi sui principi cardine stabiliti dalle principali sentenze della CEDU in materia, hanno evidenziato che il sistema del doppio binario è legittimo se tra i due procedimenti vi è una "stretta connessione". Tale requisito sussiste quando i due procedimenti possono considerarsi fasi separate di una risposta unitaria nei confronti di un determinato comportamento illecito.

Alla luce di tale presupposto, in caso di concorso tra un procedimento penale e un procedimento con natura "sostanzialmente penale", l'osservanza del ne bis in idem processuale dipende dal rispetto del bis in idem sostanziale. La legittimità del cumulo processuale deve dunque essere soggetta ad un vaglio rigoroso, da svolgere caso per caso sulla base dei presupposti fattuali esistenti.

Trasponendo i suddetti principi al caso di DHL, l'organo inquirente milanese si è trovato ad affrontare una valutazione di carattere sostanziale circa il rispetto del divieto del bis in idem. Nel caso in esame, la Società indagata aveva già subito il relativo procedimento tributario, che è stato definito mediante la procedura del ravvedimento operoso con l'integrale versamento all'Agenzia delle Entrate di imposta evasa, interessi e sanzioni, per la somma complessiva di € 37.608.561.

Quanto al primo elemento di accertamento relativo all'identità del fatto (idem factum), la Procura ha osservato che certamente i fatti posti

alla base della sanzione tributaria e quelli a fondamento della sanzione 231 sono identici. In entrambi i casi, infatti, si tratta di dichiarazione IVA fraudolenta relativa alle annualità 2019-2020.

Con riferimento al secondo elemento inerente alla natura delle sanzioni tributarie applicate dall'AdE, i sostituti procuratori ne hanno confermato il carattere "sostanzialmente penale". Alla luce dei criteri Engel sanciti dalla CEDU (i. qualificazione giuridica interna, ii. natura dell'offesa, iii. natura e grado di severità della sanzione), non sussistono dubbi circa il carattere afflittivo delle sanzioni tributarie applicate in caso di dichiarazione fraudolenta.

Un ulteriore aspetto considerato ha riguardato poi la stretta connessione temporale e materiale tra i procedimenti tributario e penale. La sussistenza di tale requisito è stata accertata sulla base della complementarietà e prevedibilità dei distinti procedimenti, nonché della minimizzazione del rischio di duplicazioni nella raccolta di prove.

Con riguardo invece all'ultimo dei profili da considerare, vale a dire la proporzionalità della sanzione irrogata complessivamente, i PM milanesi hanno dovuto rilevare la sussistenza di un rischio concreto che la prosecuzione del procedimento ex D.lgs. 231/2001 potesse costituire una violazione del divieto di bis in idem. Il cumulo delle due sanzioni (tributaria e penale) avrebbe infatti rischiato di costituire un eccesso punitivo.

Tale crisi nel funzionamento del sistema del doppio binario si verificherebbe nel sistema italiano in quanto, nell'introdurre i reati fiscali nel novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente, il legislatore ha omesso di prevedere un meccanismo compensatorio che consenta di tener conto, nel procedimento svolto per secondo, della sanzione già irrogata nel

primo. Tale lacuna rischia di produrre effetti ancor più irragionevoli, hanno osservato i PM, laddove si consideri che le sanzioni previste dal D.lgs. 231/2001 sono, ancorché sostanzialmente penali, formalmente amministrative, al pari di quelle sancite dal D.lgs. 471/1997 in ambito tributario.

Oltre a valorizzare l'aspetto della (s)proporzionalità delle sanzioni potenzialmente irrogabili nel complesso a DHL per lo stesso fatto, la Procura ha poi evidenziato l'importante funzione riparativa svolta da alcuni comportamenti virtuosi tenuti dalla Società a seguito delle contestazioni mosse nei suoi confronti.

La Società, che già prima del procedimento penale aveva adottato un Modello Organizzativo che tenesse conto della macroarea di rischio relativa al rapporto con i fornitori di beni e servizi, ha infatti sostenuto un ulteriore sforzo per dotarsi di un'organizzazione adeguata, adottando protocolli per il monitoraggio sugli adempimenti IVA da parte dei fornitori ed attuando interventi organizzativi su larga scala che hanno comportato un esborso di circa 10 milioni di euro.

Il più rilevante di tali interventi è consistito nel progetto di insourcing di circa 1200 lavoratori che, invece, in precedenza svolgevano i medesimi servizi di gestione dei magazzini alle dipendenze di ditte appaltatrici.

E proprio rispetto a queste ultime considerazioni si nota la portata innovativa della decisione assunta dalla Procura di Milano che è in grado di assolvere al compito di prevenzione generale che è proprio del procedimento penale: "in futuro – scrivono i PM nella loro ordinanza – enti anche di rilevanti dimensioni, potrebbero essere tanto più incentivati a porre rimedio alle lacune organizzative (per il passato riparando e per il futuro adottando moduli organizzativi non di carattere cosmetico) quanto più possano avere

una fondata aspettativa che questi sforzi saranno "premiati" sul piano sanzionatorio evitando

un'inutile duplicazione della portata afflittiva della pena loro applicata".

* * *

Per maggiori informazioni e approfondimenti, potete contattare

Avv. Francesco Rubino

Partner e Responsabile Osservatorio Compliance 231

(Francesco.Rubino@MorriRossetti.it)

LinkedIn

Morri Rossetti



Osservatorio 231





Morri Rossetti
Piazza Eleonora Duse, 2
20122 Milano

MorriRossetti.it
Osservatorio-231.it