

IL REATO DI FRODE NELLE PUBBLICHE FORNITURE

Riflessioni a seguito dell'inserimento tra i reati presupposto del D.Lgs. 231/2001

Sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 177 del 15 luglio 2020, è stato pubblicato il D.Lgs. 14 luglio 2020 n. 75, recante *“Attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale”*.

Con specifico riferimento alla materia della responsabilità amministrativa degli enti, tale provvedimento ha previsto l'introduzione, tra i reati presupposto di cui al D.Lgs. 231/2001¹ (art. 24), di quello di frode in pubbliche forniture, previsto e punito dall'art. 356 del Codice Penale.

Obiettivo del presente contributo è quello di illustrare, senza pretesa di completezza, gli elementi essenziali di tale delitto, nonché le conseguenze derivanti dall'introduzione dello stesso tra i reati presupposto di cui al D.Lgs. 231/2001.

1. La fattispecie di reato

L'art. 356 c.p. punisce chiunque commetta frode nell'esecuzione dei contratti di fornitura o nell'adempimento degli altri obblighi contrattuali indicati dall'art. 355 c.p., vale a dire obblighi derivanti da un contratto di fornitura concluso con lo Stato, o con un altro ente pubblico, ovvero con un'impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità.

Obiettivo della norma in esame è quello di tutelare il buono e regolare andamento della Pubblica Amministrazione contro le frodi commesse a danno della stessa nell'esecuzione di contratti di fornitura di cose o opere che sono necessarie per il conseguimento dei fini istituzionali².

L'articolo in esame, pertanto, si pone lo scopo di rafforzare con la sanzione penale la corretta e leale esecuzione del contratto di pubbliche forniture, ponendo tale contratto al riparo da comportamenti fraudolenti del fornitore³.

Sul punto, la Giurisprudenza ha altresì chiarito che, ai fini della consumazione del reato, la frode debba essere idonea ad incidere sullo svolgimento del rapporto con la Pubblica Amministrazione: *«integra il delitto di frode in pubbliche forniture anche la condotta di colui che fornisca una cosa diversa da quella pattuita per origine, provenienza, qualità o quantità, purché la difformità sia apprezzabilmente significativa nel senso di risultare idonea ad incidere sullo svolgimento del rapporto con la p.a., versandosi in presenza di reato di pura condotta,*

¹ Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante *“Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300”*.

² Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 3670 del 29/01/1993.

³ Cass. Pen., sez. VI, sent. n. 11079 del 18/05/1999.

funzionale ad un'anticipazione e maggiore effettività della tutela, che non resta peraltro condizionata dal verificarsi di un danno per la persona offesa⁴».

Dalla lettura della norma emerge come il soggetto attivo del reato debba essere qualificato in un soggetto che fornisce beni alla Pubblica Amministrazione, dunque, nel fornitore. Sul punto, il Supremo Collegio ha chiarito che può essere considerato quale soggetto attivo anche chi:

- *«pur non essendo la parte vincolata dal contratto di fornitura, abbia assunto l'obbligo di dare esecuzione, anche in parte, allo stesso contratto, incluso chi si sia obbligato a trasportare ed a consegnare all'ente pubblico la merce oggetto di un contratto stipulato tra questi ed un terzo (fattispecie relativa alla consegna ad una centrale del latte in polvere ed acqua in luogo di latte fresco)⁵»;*
- *«fornisce all'impresa appaltatrice dell'opera pubblica materie prime in qualità non idonea per la corretta realizzazione dell'appalto, indipendentemente dall'assenso prestato dall'ente pubblico allo svolgimento di tale incarico⁶»;*

La Suprema Corte ha altresì specificato che il delitto in esame *«pur essendo collocato, per ragioni sistematiche, nel capo dei “delitti dei privati contro la pubblica amministrazione”, non richiede necessariamente che soggetto attivo sia un privato, ma può essere realizzato anche da dipendenti di un ente pubblico il quale abbia assunto l'obbligo di fornire determinati prodotti ad altro ente pubblico⁷».*

Si è detto che, affinché il reato venga perpetrato, è necessaria la frode in un contratto di fornitura o nell'adempimento degli altri obblighi contrattuali indicati nell'art. 355 c.p.

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate, quindi, in merito alla nozione di “contratto di fornitura”, in quanto tale tipologia contrattuale rientra tra i c.d. “contratti innominati”, ovvero tra quei contratti che non corrispondono ad alcuna delle figure negoziali specificatamente previste dal nostro ordinamento.

Sul punto, è stato chiarito che possono essere ricondotti al c.d. “contratto di fornitura” i negozi di somministrazione, appalto, compravendita, nonché ogni altra fattispecie contrattuale mediante la quale la Pubblica Amministrazione si procura quanto necessario per lo svolgimento della sua funzione⁸.

La giurisprudenza ha altresì specificato che il delitto in esame non è escluso dal difetto di forma scritta del contratto, essendo il contratto di fornitura soggetto alle regole del diritto privato⁹.

Per quanto concerne, infine, l'elemento soggettivo, costante giurisprudenza ha chiarito che, per integrare l'elemento psicologico richiesto dal delitto in parola, è sufficiente il dolo generico, costituito dalla consapevolezza di consegnare cose in tutto od in parte difformi (per origine, provenienza, qualità o quantità)

⁴ Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 28301 dell'08/04/2016.

⁵ Cass. Pen., sez. III, 22/03/1991.

⁶ Cass. Pen., sez. VI, sent. n.44273 del 7/10/2008.

⁷ Cass. Pen., sez. VI, 03/04/1979.

⁸ M. ROMANO, «*I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*», Milano, 1999, 207.

⁹ Cass. pen., Sez. VI, sent. 9411 del 3/06/1999.

in modo significativo dalle caratteristiche convenute, o disposte con legge o con atto amministrativo, non occorrendo necessariamente la dazione di "*aliud pro alio*" in senso civilistico o un comportamento subdolo o artificioso¹⁰.

2. La casistica

Da un'analisi della casistica relativa al reato in esame emerge che, il più delle volte, la condotta contestata concerne la fornitura di prestazioni finali di valore minore rispetto a quelle pattuite con la Pubblica Amministrazione, o addirittura inutili per la stessa.

A titolo di esempio, il reato è stato ritenuto sussistente:

- nell'ambito di forniture alimentari:
 - o fornitura - ad un'amministrazione comunale che aveva richiesto un impianto di incenerimento di "carni di scarto, residui patologici, rifiuti di macellazione, carogne di animali, ecc." col patto dell'osservanza, nell'esecuzione dei lavori, delle "norme tecniche dettate dalla scienza delle costruzioni, da leggi, da regolamenti e circolari vigenti" - di un impianto non conforme alle prescrizioni del d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915 relativo allo smaltimento di rifiuti tossici e nocivi) ed alla delibera interministeriale 27 luglio 1984¹¹;
 - o fornitura per una mensa scolastica di un alimento per origine e preparazione diverso e meno pregiato di quello previsto¹²;
 - o fornitura di parti di pollo diverse e di valore inferiore rispetto a quelle pattuite, venendo tuttavia fatturati i corrispettivi secondo la previsione contrattuale¹³;
 - o fornitura di pasti caldi per la refezione scolastica con la predisposizione di porzioni di peso inferiore — in tale caso, peraltro, il reato è stato ritenuto sussistente pur se i pasti non erano stati ancora consegnati¹⁴.
- in relazione alla consegna, a vari enti ospedalieri committenti, di materiali per uso ortopedico di marche diverse da quella pattuita — tipico *aliud pro alio* — non dichiarati dal fornitore e cui corrispondeva un costo minore ed un maggiore profitto per l'impresa¹⁵;
- nel caso di esecuzione di esami diagnostici su pazienti convenzionati mediante il ricorso a reagenti chimici scaduti¹⁶;

¹⁰ Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 6905 del 25/10/2016.

¹¹ Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 4011 del 13/03/1995.

¹² Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 27992 del 27/06/2014.

¹³ Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 9411 del 3/06/1999.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 2885 del 3/02/1998.

¹⁵ Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 26231 del 12/04/2006.

¹⁶ Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 8593 del 22/01/2010.

- in caso di consegna di divise non conformi, per qualità della stoffa, alle caratteristiche tecniche prestabilite nel capitolato d'appalto¹⁷;
- nel caso di consegna di prefabbricati leggeri non corrispondenti all'ordinativo (Cass. n. 5502/1996);
- nell'ambito dell'effettuazione di lavori:
 - o esecuzione di opere di adeguamento dell'impianto elettrico di un edificio pubblico in difformità rispetto alla normativa antinfortunistica con rilascio di una dichiarazione attestante falsamente la conformità dei lavori alla normativa e alle previsioni contrattuali¹⁸;
 - o quanto ai rapporti di subfornitura, il reato è stato ritenuto a carico di chi forniva calcestruzzo di qualità scadente all'impresa appaltatrice di costruzione di opere pubbliche¹⁹.

E' stato, altresì, chiarito che il termine "fornitura" può riguardare anche la somministrazione di personale paramedico interinale²⁰.

Recentemente, a seguito dell'elevata richiesta di mascherine e dispositivi di protezione individuale connessa all'emergenza epidemiologica da COVID-19, il reato di frode in pubbliche forniture è stato contestato da diverse Procure della Repubblica ad imprenditori accusati di avere fornito alla Pubblica Amministrazione (es. presidi ospedalieri, Regioni, Protezione Civile, ecc.), spesso a prezzi esorbitanti, presidi non conformi ai requisiti di legge.

Ad esempio, il Tribunale della Spezia, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, in data 25 maggio 2020, ha convalidato il sequestro preventivo ed ha emesso decreto di sequestro preventivo di una partita di mascherine chirurgiche e kn95. Tali dispositivi, infatti, sono commerciabili nell'Unione Europea sulla base di certificazione che ne attesti la conformità agli standard di sicurezza; le mascherine sequestrate, tuttavia, risultavano accompagnate da certificati di *compliance* giudicati non validi dall'Inail.

3. I Modelli Organizzativi alla luce del novellato delitto di frode nelle pubbliche forniture

Come precedentemente esposto, a seguito delle recenti modifiche introdotte ad opera del D.Lgs. 14 luglio 2020, n. 75, in vigore dal 30 luglio 2020, il delitto di frode nelle pubbliche forniture è stato inserito tra i reati presupposto di cui all'art. 24 D.Lgs. 231/2001.

In ottica 231, il legislatore ha previsto che all'ente che si macchi del reato di cui sopra sia applicabile la sanzione pecuniaria fino a 500 quote nonché, ove dall'illecito consumato fosse conseguito un profitto di rilevante entità ovvero fosse arrecato alla Pubblica Amministrazione un danno di particolare gravità, la sanzione pecuniaria da 200 a 600 quote.

In ogni caso, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere c) (divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio), d)

¹⁷ Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 11449/1987.

¹⁸ Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 1823 del 17/11/1999.

¹⁹ Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 44273 del 7/10/2008.

²⁰ Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 28130 del 18/09/2020.

(esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e eventuale revoca di quelli già concessi) ed e) (divieto di pubblicizzare beni o servizi).

In considerazione degli elementi sopracitati, sempre in ottica 231, il reato di cui all'art. 356 c.p. potrebbe configurarsi, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, nell'ipotesi in cui una Società, nell'ambito di un rapporto di fornitura nei confronti della Pubblica Amministrazione, consegna all'ente pubblico prodotti in tutto od in parte difformi (per origine, provenienza, qualità o quantità) in modo significativo rispetto alle caratteristiche convenute.

Soffermandosi sull'impatto derivante dall'introduzione di tale novella normativa sul contenuto dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo adottati ai sensi del D.Lgs. 231/2001, è possibile asserire come tra le principali aree aziendali esposte al rischio di commissione di tale fattispecie di reato rientri la "*gestione delle attività commerciali*" e, più specificamente, la partecipazione a gare indette da un soggetto pubblico ovvero la fornitura di beni e/o servizi nei confronti di una Pubblica Amministrazione nell'ambito di una procedura negoziata/trattativa privata.

Ciò detto, per le società per le quali, in considerazione di fattori quali il settore di appartenenza e la tipologia di clientela di riferimento (clientela pubblica, per l'appunto), il novellato reato sia ritenuto rilevante, si suggerisce di avviare una valutazione dei processi aziendali atta a mappare le aree ritenute a rischio nonché procedere ad una analisi e valutazione del sistema di controllo interno a presidio del rischio 231 individuato. I presidi che saranno identificati (siano essi preventivi, di processo, di organizzazione) potrebbero far parte di un sistema di controllo interno già presente a livello aziendale e finalizzato alla mitigazione dei rischi 231 (trattasi di un sistema di controllo che, seppur in forma semplificata, è insito in qualsiasi società) ovvero coincidere con protocolli già esistenti in azienda per altre finalità o a mitigazione di altri rischi, non necessariamente 231.

Ove, a seguito di mappatura, fossero, poi, individuate delle opportunità di miglioramento, sarebbe opportuno che la società definisca un piano di *remediation* e, sulla base dello stesso, proceda alla corretta implementazione delle azioni correttive. Queste dovranno avere impatto su tutti gli strumenti facenti parte del sistema di controllo interno aziendale ed essere, quindi, recepite su: Modello Organizzativo, Codice di Condotta, Sistema procedurale, altro.

Grazie all'implementazione di un adeguato sistema di controllo interno la società potrà determinare una riduzione del livello di rischio in essere.

Avv. Alessia Buseti - Studio Carnà & Partners

Dott.ssa Teresa Petracca - Studio Carnà & Partners