



## Presidente

Omissis

### Oggetto

Richiesta di parere circa l'interpretazione delle previsioni del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) in tema di cause di esclusione a fronte della novella introdotta dal d.lgs. n. 150/2022 sull'istituto dell'applicazione della pena su richiesta.

Con riferimento alla questione in oggetto emarginata, si evidenzia, in via preliminare, che l'Autorità ha inoltrato una richiesta di parere al Consiglio di Stato, che si allega per opportuna conoscenza, avente ad oggetto alcune problematiche interpretative delle disposizioni del d.lgs. n. 150/2022 con riferimento alla disciplina in materia di prevenzione della corruzione, inconfirmità e misure di straordinaria gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese.

Venendo allo specifico quesito sottoposto dall' [omissis], si rappresenta quanto segue.

L'articolo 94, comma 1, del codice dei contratti pubblici, individua, tra le cause di esclusione automatica dalla partecipazione a una procedura di appalto, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per taluni reati ritenuti incidenti sulla moralità professionale.

L'articolo 95, comma 1, lettera e), del codice, prevede, quale causa non automatica di esclusione da una procedura di gara, la commissione di un illecito professionale tale da rendere dubbia l'integrità o la professionalità del concorrente. L'articolo 98 del codice individua in maniera tassativa i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare gli stessi. In particolare, per quanto qui di interesse, il comma 3, individua, alla lettera h) la contestata commissione di taluno dei reati di cui al comma 1 dell'articolo 94 e la lettera h) la contestata o accertata commissione di altri reati considerati idonei a incidere sulla integrità o sulla moralità dell'operatore economico.

Il comma 6 dell'articolo in esame individua i mezzi di prova atti a comprovare la sussistenza delle suindicate cause di esclusione. A tal fine indica, quale mezzo di prova della contestata commissione dei reati di cui all'articolo 94:

- gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale;
- il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale;
- la sentenza di condanna non definitiva;
- il decreto penale di condanna non irrevocabile;
- la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale.

La norma, invece, indica, quali mezzi di prova della contestata o accertata commissione dei reati di cui alla lettera h) del comma 3:

- la sentenza di condanna definitiva;
- il decreto penale di condanna irrevocabile;
- la condanna non definitiva;
- i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale;

Da tale quadro normativo sembrerebbero emergere possibili contrasti rispetto alla normativa euro-unitaria, alle diverse disposizioni del codice volte a disciplinare le cause di esclusione automatica e non



automatica e alle disposizioni penali vigenti. Dalla lettura testuale delle norme così come formulate sembrerebbe infatti derivare che il decreto penale di condanna non irrevocabile e i provvedimenti di rinvio a giudizio rilevano come causa di esclusione non automatica per i reati dell'articolo 94 ma non per i reati dell'articolo 98. Ciò, nonostante il comma 3 dello stesso articolo 98 attribuisca rilevanza ostativa sia ai reati contestati che a quelli accertati con sentenza definitiva.

Inoltre, si evidenzia che la sentenza di patteggiamento irrevocabile è stata espunta come causa di esclusione automatica per i reati dell'articolo 94, al dichiarato fine di adeguare le previsioni alle modifiche introdotte dalla legge Cartabia, senza tuttavia distinguere se siano state previste o meno pene accessorie. Invece, la rilevanza ostativa della sentenza di patteggiamento non irrevocabile è stata mantenuta per i reati dell'articolo 94 (come causa di esclusione non automatica) anche in assenza della previsione di pene accessorie. Tutto ciò, nonostante l'articolo 445, comma 1-bis, del codice di procedura penale, come riformato dalla legge Cartabia, preveda che «*se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi diverse da quelle penali che equiparano la sentenza prevista dall'art. 444, comma 2, alla sentenza di condanna*». Da tale formulazione si desume che la sentenza di patteggiamento è equiparata, invece, alla sentenza di condanna nel caso in cui siano applicate pene accessorie, di qualunque natura.

Infine, è previsto che la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena non rilevi come causa di esclusione non automatica per i reati dell'articolo 98, nonostante il comma 3 del medesimo articolo attribuisca rilevanza ostativa anche ai reati contestati e nonostante la previsione dell'articolo 445, comma 1-bis, cpp.

Da tale ricostruzione emerge, dunque, che la sentenza di patteggiamento per uno dei reati di cui all'articolo 94 rileva, di fatto, soltanto quando sia stata applicata la pena accessoria del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione. In tal caso, infatti, si configura l'autonoma causa ostativa prevista dall'articolo 94, comma 1, lettera h) del codice che costituisce una causa di esclusione automatica.

A fronte di tali criticità, l'interpretazione letterale della norma non sembrerebbe congruente a livello sistematico.

Volendo trarre indicazioni dalla relazione illustrativa al codice, si ricava, sul punto che: "Nel testo sottoposto all'esame definitivo, in accoglimento dell'osservazione delle competenti Commissioni parlamentari, [...] sono state apportate le necessarie modifiche alla lettera h) del comma 7 (*rectius* comma 6), finalizzate – per l'illecito professionale – ad eliminare il riferimento alla sentenza irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, al decreto penale di condanna non irrevocabile oppure agli atti di cui agli articoli 405 407-bis, comma 1 del codice di procedura penale nonché al decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, come mezzi di prova di per sé sufficienti a concretare l'esclusione, mentre è rimasto il riferimento alla condanna, definitiva e non definitiva, e alle misure cautelari penali".

Da tale formulazione emergono dubbi in merito alla volontà del legislatore e, in particolare, resterebbe oscuro il significato dell'espressione "mezzi di prova di per sé sufficienti a concretare l'esclusione" posto che, per i gravi illeciti professionali la sussistenza dei provvedimenti indicati non comporta di per sé l'esclusione, ma richiede l'attivazione del potere valutativo delle stazioni appaltanti, chiamate a verificare, caso per caso, l'effettiva incidenza della violazione contestata o accertata sull'integrità o sulla professionalità del concorrente, anche in considerazione della tipologia e dell'importo della prestazione richiesta. Si potrebbe ritenere che l'intento del legislatore sia stato quello di ritenere ostativi, per reati considerati meno gravi, soltanto i provvedimenti di condanna definitivi, ma ciò contrasterebbe con la previsione dell'articolo 98, comma 3, che attribuisce rilevanza escludente non solo all'accertata commissione ma anche alla contestata commissione dei reati di cui agli articoli 94 e 98. Inoltre, ancor prima, il contrasto sarebbe rilevabile anche rispetto alla direttiva comunitaria – che impone alle stazioni



appaltanti di considerare la rilevanza delle cause ostative anche in fase di accertamento - e all'intero impianto del codice che, per altre cause di esclusione (come ad esempio l'irregolarità fiscale e contributiva) attribuisce rilevanza anche alle violazioni non definitive. Si consideri, peraltro, che la scelta di attribuire rilevanza ostativa alle circostanze non definitivamente accertata era stata operata dal legislatore, già in vigore del decreto legislativo n. 50/2016, proprio al fine di superare la procedura di infrazione n. 2018/2273.

Infine, si segnala che, anche a voler ritenere le disposizioni del codice come derogatorie rispetto alla normativa penalistica, in quanto norme speciali sopravvenute, permarrebbero le criticità derivanti dalle incongruenze esistenti e sopra evidenziate tra le varie disposizioni dello stesso codice. Incongruenze che sarebbe opportuno risolvere, anche in via interpretativa, al fine di garantire la certezza del diritto e la parità di trattamento tra gli operatori economici, scongiurando un nuovo incremento del contenzioso sulla materia.

Si coglie l'occasione per segnalare una ulteriore criticità emersa con riferimento alla definizione delle cause ostative, questa volta in relazione al conseguimento dell'attestazione di qualificazione per gli esecutori di lavori di importo pari o superiori a 150.000 euro. In particolare, l'articolo 100, comma 5, lettera b) del codice prevede che gli operatori economici che richiedono tale qualificazione non devono essere incorsi nelle cause di esclusione di cui agli articoli 94, 95 e 98 del codice, nel triennio precedente alla data della domanda. Tale previsione sembra introdurre una rilevanza temporale delle cause di esclusione diversa rispetto a quella prevista dall'articolo 96, comma 8, del codice per la partecipazione alle gare. Tale disallineamento pone problematiche applicative in quanto astrattamente l'operatore economico che sia incorso in una condanna che comporti l'interdizione automatica in perpetuo oppure per cinque o sette anni, potrebbe ugualmente conseguire l'attestazione di qualificazione, ma non potrebbe spenderla per partecipare alle gare. La verifica del possesso dei requisiti generali di qualificazione in capo agli operatori economici qualificati è infatti ripetuta dalle stazioni appaltanti in occasione di ciascuna gara, con conseguente esclusione in presenza di provvedimenti penali di condanna emessi anche antecedentemente al triennio.

*Il Presidente  
Giuseppe Busia*

Atto firmato digitalmente