



DELIBERA N. 548 del 28 novembre 2024

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata dall'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro di Catania – Appalto specifico indetto dall'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro di Catania nell'ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione per l'affidamento del servizio di ristorazione da rendere ai pazienti in regime di ricovero e di day hospital presso le unità operative aziendali e ai dipendenti serviti a mensa e presso le unità operative - Importo a base di gara: euro 7.453.823,07 – S.A. Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro di Catania – CIG: B25947F748 - istanza congiunta per adesione

UPREC-PRE 0324-2024-S

Riferimenti normativi

Artt. 95, co. 1 lett. e) e 98 del d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Cause di esclusione – grave illecito professionale

Massima

Cause di esclusione – grave illecito professionale

Ai fini della valutazione della causa di esclusione non automatica del grave illecito professionale, occorre tenere conto sia della tassatività dell'elenco di cui all'art. 98 sia dell'indicazione dei mezzi ritenuti idonei alla sua dimostrazione, tenendo presente che la mera iscrizione nel registro degli indagati non può formare oggetto di valutazione a tal fine. Spetta alla stazione appaltante ogni valutazione in ordine alla qualificazione delle fattispecie oggetto del quesito come grave illecito professionale ai sensi dell'art. 98 del d.lgs. 36/2023, così come ogni decisione riguardante l'eventuale esclusione dalla gara dell'operatore economico, all'esito di un procedimento in contraddittorio con lo stesso.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 novembre 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 120996 del 17 ottobre 2024 presentata dall'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro di Catania, che chiede di sapere se i due operatori economici partecipanti alla



gara per il servizio di ristorazione possano essere ammessi al prosieguo della gara oppure debbano essere esclusi, ai sensi del combinato disposto dell'art. 95, co. 1 lett. e) e dell'art. 98 del d.lgs. 36/2023, per il fatto che alcuni componenti dei rispettivi consigli d'amministrazione dichiaravano la sussistenza, a proprio carico, di procedimenti penali pendenti relativi a reati contemplati all'art. 94, co. 1 lett. b) del codice;

VISTA l'adesione all'istanza dell'operatore economico Serenissima Ristorazione S.p.a., acquisita al prot. n. 121912 del 21 ottobre 2024;

VISTO l'avvio del procedimento, effettuato con nota prot. n. 126518 in data 29 ottobre 2024;

VISTA la memoria dell'operatore economico Serenissima Ristorazione S.p.a., acquisita al prot. n. 127832 del 4 novembre 2024, con cui preliminarmente esso solleva dubbi sull'ammissibilità dell'istanza di precontenzioso in quanto, non essendo stato ancora adottato alcun provvedimento di esclusione, non sussisterebbe una controversia sorta in fase di gara, né l'Autorità potrebbe sostituirsi alla stazione appaltante nell'esercizio del potere valutativo discrezionale proprio di quest'ultima. Con riferimento poi ai procedimenti penali pendenti oggetto del quesito, il concorrente riferisce che, nei confronti dei soggetti coinvolti, non si è ancora concluso il primo grado di giudizio né sono stati adottati specifici provvedimenti, e i fatti contestati si riferiscono a due contratti tuttora in corso fatti oggetto di rinnovo da parte delle Amministrazioni contraenti, il che dovrebbe deporre quale indice di affidabilità dell'impresa. L'operatore economico aggiunge che l'ipotesi di unicità del centro decisionale veniva esclusa dai giudici amministrativi e ritiene pertanto, in conclusione, di dover essere ammesso al prosieguo della gara;

VISTA la memoria dell'operatore economico Siristora S.p.a., acquisita al prot. n. 127832 del 4 novembre 2024, con cui l'o.e. evidenzia che, ai fini dell'esclusione prevista dall'art. 94, co. 3, rileverebbe solamente la posizione del socio unico o del legale rappresentante;

RITENUTA l'istanza ammissibile in quanto presentata dalla stazione appaltante e rispondente alla finalità deflattiva del contenzioso in corso di gara, propria del precontenzioso;

VISTO l'art. 95, co. 1 lett. e) del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui la stazione appaltante procede all'esclusione qualora accerti «che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati», rinviando poi all'art. 98, nel quale «sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi» e, al comma 3 lett. g), prevede che l'illecito professionale possa desumersi anche dalla «contestata commissione, da parte dell'operatore economico ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'art. 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo art. 94»;

VISTA la Relazione al nuovo codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 36/2023 che, con riguardo all'art. 98, premette che «la linea seguita è stata quella di elencare le fattispecie che possono condurre alla adozione di una deliberazione motivata di esclusione ("non automatica" per quanto indicato nell'art. 95, comma 1, lett. e)». Innanzi tutto, tenuto conto che l'Atto di segnalazione n. 3/2022 dell'Anac al capo 2.2.2. aveva evidenziato la necessità di una presa di posizione sulla delicata questione del c.d. "contagio" dell'operatore economico da parte della persona fisica, è stato previsto, quale regola generale, di non estendere la fattispecie dell'illecito professionale rilevante all'ipotesi di c.d. "contagio" dell'operatore economico da parte della persona fisica. Tuttavia, è stata fatta eccezione con riguardo ai fatti rilevanti ai sensi delle lettere g) ed h) del comma 4 (mutuati dalla indicazione contenuta nelle Linee Guida ANAC n. 6), per i quali è stata prevista la rilevanza del c.d. "contagio" laddove dette fattispecie di reato siano riferibili (non soltanto direttamente all'operatore economico, ma anche) alle figure soggettive



contemplate dall'art. 94, comma 3. Secondo la Relazione al codice, «tale scelta è giustificata, quanto alle fattispecie di cui alla lett. g) del comma 4, sia per la rilevante gravità delle condotte ivi contemplate, ma anche perché, proprio con riferimento alle medesime, opinare diversamente avrebbe comportato l'incomprensibile aporia di impedire la valutazione di una possibile causa non automatica di esclusione unicamente a cagione della non definitività della condanna, pur con riferimento a figure professionali per le quali, la stessa fattispecie, ove sfociata in una sentenza definitiva di condanna, avrebbe comportato la obbligatoria esclusione dell'operatore economico. Analoghe considerazioni attengono alle fattispecie di cui alla lett. h) del comma 4, riconducibili a fatti di reato del pari gravi in relazione al principio di tutela dell'interesse alla legalità sotteso alla contrattualistica pubblica». [...] La Relazione illustra poi i successivi commi dell'art. 98: il comma 2 specifica quali siano le condizioni indispensabili perché possa disporsi da parte della stazione appaltante l'esclusione (non automatica) di un operatore economico al verificarsi di un evento tra quelli descritti nei successivi commi, chiarendo la necessità della compresenza delle medesime; il comma 3 enumera e circoscrive le fattispecie rilevanti e il comma 4 specifica gli elementi che la stazione appaltante è tenuta a valutare in ordine alla gravità dei fatti elencati al comma 3. In relazione a tale comma 4, si stabilisce che «La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa». Viene fatto notare che «Il riferimento al "tempo trascorso dalla violazione" assume particolare rilievo soprattutto con riferimento alle fattispecie penalmente rilevanti, tenuto conto delle previsioni di cui all'art. 96, comma 10, del d.lgs. 36/2023, a tenore delle quali «Le cause di esclusione di cui all'articolo 95 rilevano: [...] c) nel caso di cui all'articolo 95, comma 1, lettera e) [*grave illecito professionale*], [...] per tre anni decorrenti rispettivamente: 1) dalla data di emissione di uno degli atti di cui all'articolo 407-bis, co. 1, del codice di procedura penale oppure di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale, se antecedenti all'esercizio dell'azione penale ove la situazione escludente consista in un illecito penale rientrante tra quelli valutabili ai sensi del comma 1 dell'articolo 94 oppure ai sensi del comma 3, lettera h), dell'articolo 98; 2) dalla data del provvedimento sanzionatorio irrogato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore nel caso in cui la situazione escludente discenda da tale atto; 3) dalla commissione del fatto in tutti gli altri casi». Il comma 6 dell'art. 98 indica i mezzi di prova rilevanti ed adeguati dai quali la stazione appaltante può far discendere il giudizio di gravità e il comma 7 precisa l'onere motivazionale che incombe sull'amministrazione allorché desuma la sussistenza di una causa di esclusione da una sentenza di condanna non definitiva ovvero da provvedimenti emessi nel procedimento penale a questa prodromici (atti comportanti l'esercizio dell'azione penale ex art. 405, comma 1, c.p.p., decreto che dispone il giudizio, art. 429 c.p.p.) ovvero di natura cautelare, reale (artt. 136, 321 c.p.p.) o personale (artt. 281-286 c.p.p.; artt. 288-290 c.p.p.). La Relazione osserva che, sul solco della giurisprudenza prevalente, il comma 7 chiarisce che la stazione appaltante non può limitarsi a fare riferimento all'esistenza di tali "fatti storici", ma che deve, seppur sinteticamente, dar conto dei motivi per cui li considera rilevanti a fini escludenti: «È evidente che la portata dimostrativa di una sentenza di condanna, ancorché non passata in giudicato, è ben maggiore rispetto ai provvedimenti a questa prodromici, e a quelli di natura cautelare: in queste ultime ipotesi, soprattutto, più approfondita dovrà essere la valutazione resa dall'Amministrazione ove essa ne tragga elementi per disporre l'esclusione (facoltativa) dell'operatore. In particolare, occorre osservare che il comma 6 dell'art. 98 in esame stabilisce, in relazione alle fattispecie di cui alla lettera g) del comma 3, che costituiscono mezzi di prova adeguati «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»;

RITENUTO in proposito di richiamare il parere AG4/2023, reso con delibera Anac n. 397 del 6 settembre 2023, con cui è stata analizzata la portata applicativa dell'art. 98 del d.lgs. 36/2023. Innanzi tutto, è stato evidenziato che il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2: a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6. E' stato quindi rilevato che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 95, comma 1, lett. e) e dell'art. 98, comma 3, lett. g) e comma 6, lett. g), può rilevare quale causa di esclusione facoltativa dalla gara, nella forma dell'illecito professionale grave, la contestata commissione, da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'art. 94, di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 dell'art. 94, tra i quali sono inclusi i reati oggetto del presente quesito. Il parere AG4/2023 ha poi messo in luce come l'art. 98, comma 6 lett. g) del Codice consideri, quale adeguato mezzo di prova «quanto alla lettera g), 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. L'art. 407-bis, comma 1, c.p.p., cui rinvia la norma *de qua*, fa riferimento ai casi in cui il pubblico ministero esercita l'azione penale, disponendo che «Il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione, nei casi previsti nei titoli II, III, IV, V e V- bis del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio». Pertanto, tra gli adeguati mezzi di prova, l'art. 98, comma 6, lett. g), mentre cita espressamente (oltre ai provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, alle sentenze di condanna non definitive, al decreto penale di condanna non irrevocabile) gli atti di cui all'art. 407-bis, comma 1, c.p.p., ossia gli atti con i quali il pubblico ministero esercita l'azione penale, non indica anche l'iscrizione nel registro degli indagati di cui all'art. 335 c.p.p. Tale scelta deriva probabilmente da una esigenza di coordinamento del d.lgs. 36/2023 con la riforma recata dal d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. "Riforma Cartabia"), il quale ha introdotto (tra l'altro) nel codice di procedura penale la nuova disposizione dell'art. 335-bis ("Limiti all'efficacia dell'iscrizione ai fini civili e amministrativi"), ai sensi della quale "La mera iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito". [...] Occorre osservare, tuttavia, che accanto all'art. 335-bis c.p.p., il d.lgs. 150/2022 ha introdotto altresì l'art. 110-quater disp. att. c.p.p. ("Riferimenti alla persona iscritta nel registro delle notizie di reato contenuti nelle disposizioni civili e amministrative"), a norma del quale «1. Le disposizioni da cui derivano effetti pregiudizievoli in sede civile o amministrativa per la persona sottoposta a indagini devono intendersi nel senso che esse si applicano comunque alla persona nei cui confronti è stata emessa una misura cautelare personale o è stata esercitata l'azione penale». Tale ultima disposizione stabilisce quindi che in presenza di un maggior grado di accertamento da parte dell'autorità giudiziaria, raggiunto in sede di emanazione di una misura cautelare personale o dell'avvenuto esercizio dell'azione penale, possono comunque operare gli effetti pregiudizievoli in sede civile o amministrativa previsti in specifiche disposizioni normative. Nel caso in cui le predette circostanze non si verifichino, l'autorità amministrativa o civile non potrà valutare, ai fini dell'adozione degli atti e provvedimenti di competenza, la mera iscrizione nel registro degli indagati. È evidente, peraltro, tenuto conto del tenore della nuova disposizione di cui all'articolo 335-bis c.p.p., che, ove non ricorrano dette specifiche ipotesi, l'autorità amministrativa o civile potrà tenere conto di qualunque altro elemento che ritenga di valorizzare purché non si risolva nel solo dato della mera iscrizione formale del nome della persona nel registro di cui all'articolo 335 c.p.p.» (così



Relazione Illustrativa d.lgs. 150/2022). Con specifico riferimento alla disciplina in tema di contratti pubblici, quindi, il combinato disposto dell'art. 335-bis c.p.p. con l'art. 98, comma 6, lett. g) del d.lgs. 36/2023, e la tassatività dei fatti costituenti grave illecito professionale e dei mezzi di prova adeguati ai fini della loro valutazione (ex art. 95, comma 1, lett. e) del Codice) determina di fatto l'impossibilità di escludere dalle gare d'appalto i soggetti iscritti nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., fermo restando quanto previsto dal citato art.110-*quater* disp. att. c.p.p. Sotto tale profilo, si registra quindi un netto cambiamento della disciplina del grave illecito professionale rispetto a quella dettata dal previgente art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 e oggetto di specifiche indicazioni da parte dell'Anac con linee guida n. 6. Nel regime normativo recato dal previgente Codice, infatti, - fermo restando che la sola pendenza di indagini penali non determinava l'automatica esclusione dalla procedura di gara (contemplando la norma solo i casi di condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., per uno dei reati ivi previsti) - l'iscrizione nel registro degli indagati, quale "indice" di inaffidabilità dell'operatore economico, poteva comunque formare oggetto di valutazione, da parte della stazione appaltante, quale grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), con le modalità indicate nelle linee guida n. 6 (in tal senso si è espressa l'Autorità, *ex multis* delibera n. 146/2022 e parere Funz Cons 6/2023). Nella nuova disciplina dettata dall'art. 98 del d.lgs. 36/2023, invece, la mera iscrizione nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p., in quanto non espressamente citata nel comma 6 dello stesso art. 98 tra i "mezzi adeguati di prova", non può formare oggetto di valutazione ai fini della sussistenza di un illecito professionale grave, tenuto anche conto del principio di tassatività sancito dall'art. 95, comma 1, lett. e) del nuovo Codice»;

RITENUTO quindi che, ai fini della valutazione della causa di esclusione non automatica del grave illecito professionale, occorre tenere conto sia della tassatività dell'elenco di cui all'art. 98 sia dell'indicazione dei mezzi ritenuti idonei alla sua dimostrazione, tenendo presente che la mera iscrizione nel registro degli indagati non può formare oggetto di valutazione a tal fine. Spetta alla stazione appaltante ogni valutazione e decisione riguardante l'eventuale esclusione dalla gara dell'operatore economico, da adottare facendo applicazione delle norme e dei principi sopra espressi. Occorre quindi che essa verifichi se sia intervenuto a carico dell'operatore economico interessato un maggior grado di accertamento da parte dell'autorità giudiziaria, raggiunto in sede di emanazione di una misura cautelare personale o di avvenuto esercizio dell'azione penale, eventi questi espressamente contemplati all'art. 98 del Codice;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- spetta alla stazione appaltante ogni valutazione in ordine alla qualificazione delle fattispecie oggetto del quesito come grave illecito professionale ai sensi dell'art. 98 del d.lgs. 36/2023, sulla base dei principi sopra esposti, così come ogni decisione riguardante l'eventuale esclusione dalla gara dell'operatore economico, all'esito di un procedimento in contraddittorio con lo stesso.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2024
Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente