

L'Unione delle Camere Penali Italiane, per il tramite del proprio Osservatorio D.Lgs. 231/2001, e AODV²³¹, l'Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001, apprendono dello Schema di decreto legislativo recante il Codice dei contratti pubblici, approvato dal Consiglio dei ministri il 16 dicembre 2022 e trasmesso alla Presidenza del Senato della Repubblica il 5 gennaio 2023, sul quale sono chiamate a esprimere il loro parere le Commissioni parlamentari competenti per materia e profili finanziari.

Si intendono esprimere perplessità e rilievi critici con riguardo a taluni contenuti dell'articolato normativo, evidenziando, peraltro, che la formulazione attualmente proposta contiene imprecisioni terminologiche e rinvia a disposizioni – segnatamente a quelle del codice di procedura penale – che, a seguito della recente entrata in vigore della riforma Cartabia, non sono più attuali.

Ci si riferisce, in particolare, alla codificazione della disciplina riguardante i *gravi illeciti professionali* che possono determinare l'esclusione di un operatore economico da una gara di appalto, ad opera degli artt. 95 e 98, la quale si estende a tutti i reati previsti dal d. lgs. 231/2001.

In base alla proposta:

- ai sensi dell'art. 95, co. 1, lett. e, primo periodo, «*la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico 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*». Nel secondo periodo della norma si precisa che «*all'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi*»;
- a norma dell'art. 98, co. 4, lett. b, n. 5, «*l'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi: [...] contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 [ivi incluso l'«operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231» (lett. a)], di taluno dei [...] reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*», peraltro solo ove consumati;
- secondo quanto previsto nell'art. 98, co. 7, lett. b, «*costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 4 [...] quanto alla lettera b [...] gli atti di cui all'articolo 405, 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, ove consentiti emessi dal giudice penale*»;
- ai sensi dell'art. 98, co. 5, «*la valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi del co. 4 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa*»;
- ai sensi dell'art. 98, co. 8, la stazione appaltante «*valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 7 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente*».

Stando al complesso normativo sopra riportato, tra gli adeguati mezzi di prova utilizzabili per escludere l'operatore economico dalla partecipazione alla procedura a fronte della commissione di un reato contemplato dal d.lgs. 231/2001 (codificata quale “*illecito professionale*”) potranno, quindi, rilevare (i) la contestazione da parte del pubblico ministero dell'illecito amministrativo dipendente dal reato presupposto (art. 59, co. 1, d. lgs. 231/2001), (ii) la pronuncia, a seguito dell'udienza preliminare, del decreto che dispone il giudizio (art. 61, co. 2, d. lgs. 231/2001) o (iii) l'ordinanza applicativa della misura cautelare richiesta dal pubblico ministero (art. 45, co. 1 e 2, d. lgs. 231/2001), ovvero (iv) l'adozione dei medesimi provvedimenti nei confronti delle persone fisiche indicate nell'art. 94, co. 3 per le fattispecie di reato contemplate nel “catalogo” di cui al d. lgs. 231/2001 (che si aggiungono a quelle, in parte ulteriori e in parte coincidenti in quanto già presenti nel “catalogo”, elencate nell'art. 98, co. 4).

Le scriventi organizzazioni – pur consapevoli che l’art. 95 recepisce una causa di esclusione non automatica già esplicitata, quanto alle casistiche, ai mezzi di prova e all’onere motivazionale, dalle Linee Guida adottate dall’ANAC e pur **apprezzando lo sforzo di tipizzazione e di tassativizzazione**, nel nuovo Codice in discussione, degli illeciti professionali rilevanti rispetto ad una prassi applicativa oltremodo estensiva (sia sugli illeciti, che sui mezzi di prova) – **intendono nondimeno sollecitare una riflessione, da parte del legislatore, sulla legittimità, sulla sostenibilità e sulla proporzionalità di un simile strumento** in un contesto di crescente allargamento del “catalogo” dei reati presupposto della responsabilità degli enti e di sempre maggiore applicazione del d.lgs. 231/2001 in ambito giudiziario, senza tra l’altro che l’ente incolpato possa avvalersi, allo stato attuale della normativa, degli istituti riparatori e deflattivi invece contemplati a favore delle persone fisiche.

Si segnala che prescrivere o, in ogni caso, accordare alla stazione appaltante la possibilità di escludere discrezionalmente dalla partecipazione alla procedura l’operatore economico anche quando solamente coinvolto in un procedimento penale – **senza, cioè, che dell’operatore sia stata accertata dall’autorità giudiziaria la responsabilità in via definitiva** – determina una manifesta e grave violazione dei principi costituzionali, in particolare della **presunzione di non colpevolezza** di cui all’art. 27, co. 2, Cost., tale per cui *«l’imputato non è considerato colpevole [dall’intero ordinamento] sino alla condanna definitiva»*. Principio la cui applicazione anche alla persona giuridica non può certo essere revocata in dubbio e che non può essere nemmeno superato in base alla presunta natura “non penale” della esclusione. Il legislatore stesso, nella Relazione ministeriale al d. lgs. 231/2001, chiarisce, infatti, che *«la Corte europea dei diritti dell’uomo e la migliore dottrina concordano nel ritenere che le imprescindibili garanzie del diritto penale debbano essere estese anche ad altre forme di diritto sanzionatorio a contenuto punitivo, a prescindere dalle astratte “etichette” giuridiche che il legislatore vi apponga. Da ciò l’esigenza, fortemente avvertita, di creare un sistema che, per la sua evidente affinità con il diritto penale, di cui condivide la stessa caratterizzazione afflittiva, si dimostri rispettoso dei principi che informano il secondo: primo tra tutti, appunto, la colpevolezza»* (§ 3.3).

Lesione non superata dall’onere motivazionale posto a carico della stazione appaltante così come descritto dall’attuale versione della proposta normativa – che peraltro la stessa ANAC aveva suggerito di meglio graduare – e dalle conseguenze potenzialmente insostenibili per l’operatore economico, escluso dalla o comunque fortemente limitato nella capacità di contrattare con la Pubblica Amministrazione **soltanto in quanto indagato o tratto a processo**.

Un pregiudizio intollerabile, quello arrecato all’ente, acuito non solo dalla durata leviatanica dei procedimenti penali, anche *de societate*, ma altresì dalla sostanziale imposizione di adottare le modifiche nell’organizzazione dell’impresa richieste nell’art. 98, co. 5 e nell’art. 96, co. 6 ai fini della attenuazione della gravità dell’illecito professionale contestato e ai fini della dimostrazione della propria *affidabilità*. **L’ente che si ritenga ingiustamente incolpato ha, infatti, ogni diritto di difendere, in sede processuale penale, l’idoneità e l’efficace attuazione del proprio sistema organizzativo**. Diritto che sarebbe fatalmente compromesso dalle modifiche organizzative di cui all’art. 98, co. 5, che l’ente sarebbe, in tale caso, evidentemente forzato ad apportare al solo fine di ottenere dalla stazione appaltante una valutazione di gravità meno severa, con conseguente frustrazione delle proprie prerogative difensive.

È, altresì, doveroso annotare che le previsioni in esame si inseriscono in un contesto ancora caratterizzato da un marcato disordine normativo e applicativo, considerato che il legislatore, a oltre vent’anni dall’entrata in vigore del d. lgs. 231/2001, non è ancora intervenuto per risolvere i nodi sull’esercizio dell’azione penale e sull’inversione dell’onere della prova, piuttosto che sull’obbligo di contestare la colpa in organizzazione quale elemento costitutivo dell’illecito dell’ente, né per estendere anche all’ente quegli istituti riparatori e deflattivi che potrebbero meglio valorizzare e incentivare percorsi di riorganizzazione, la cui estensione è stata esclusa dalla giurisprudenza. Temi tutti, come altri, ripetutamente evidenziati dalle scriventi organizzazioni, **nella prospettiva di condurre anche il procedimento all’ente verso quel diritto penale liberale che dovrebbe garantire l’efficienza della funzione repressiva e, però, arginare fenomeni distorsivi che violano i diritti e alterano il regime concorrenziale**.



Ciò atteso, UCPI e AODV²³¹ **chiedono con fermezza un ripensamento dell'intera disciplina dell'esclusione e la riformulazione delle norme in parola** in senso conforme ai principi costituzionali e tenendo in debito conto le criticità sopra appuntate.

Roma, 4 febbraio 2023

Unione delle Camere Penali Italiane
Il Presidente

Avv. Gian Domenico Caiazza

AODV 231
Il Presidente

Avv. Mara Chilosi