amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĭnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il *patteggiamento* della persona giuridica nel prisma della nuova disciplina dei contratti pubblici

di Vito Mormando

(Professore Ordinario di Diritto Penale presso l'Università di Bari e Vice-Presidente del C.d.P. della Corte dei conti)

Sommario

1. Introduzione. L'applicazione della pena concordata tra le parti, nel fuoco dei rapporti tra diritto penale e processo. 2. Cenni sulla rilevanza extra-penale della sentenza di patteggiamento, nella "Riforma Cartabia". 3. La rilevanza della sentenza di patteggiamento, nell'ambito della disciplina delle cause di *esclusione automatica* dalla partecipazione alla procedura di appalto. 4. La rilevanza del patteggiamento, nell'ambito delle cause di *esclusione non automatica* dalla partecipazione alla procedura di appalto.

Abstract

Among the open issues in the great construction site of Legislative Decree 231/01, a prominent place is certainly represented by the slow, gradual and constant assimilation of the legal person to the natural person, also in the field of procedural instruments for defining criminal proceedings. As is known, in fact, art. 63 provides that, "the application of the sanction to the entity upon request is permitted if the judgment against the defendant is final or definable pursuant to art. 444 of the Code of Criminal Procedure, as well as in all cases in which the administrative offence is subject only to a pecuniary sanction".

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo.*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione. L'applicazione della pena concordata tra le parti, nel fuoco dei rapporti tra diritto penale e processo.

Tra i temi aperti nel grande cantiere del d. lgs 231/01, un posto di rilievo è sicuramente rappresentato dalla lenta, graduale e costante assimilazione della persona giuridica alla persona fisica, anche sul terreno degli strumenti processuali di definizione del procedimento penale.

Come è noto, infatti, l'art. 63, prevede che, "l'applicazione all'ente della sanzione su richiesta è ammessa se il giudizio nei confronti dell'imputato è definitivo ovvero definibile a norma dell'art. 444 c.p.p. nonché in tutti i casi in cui per l'illecito amministrativo è presente la sola sanzione pecuniaria".

Si tratta di una disposizione, che estende alla *persona giuridica* la possibilità di una definizione "patteggiata" della propria posizione processuale, a condizione che anche il reato–presupposto contestato alla *persona fisica* possa essere definito nelle forme dell'art. 444 c.p.p.

Prima di procedere *funditus* all'esame dei problemi generali della disposizione *de quo*; e prima ancora di studiarne le ricadute sulla recente e complessa disciplina dei nuovi contratti pubblici, è al tema generale dell'accordo sulla pena, che bisogna, ancorché con la sintesi imposta dalla natura del presente lavoro, dedicare alcune riflessioni.

Come è stato attentamente rilevato in un importante lavoro monografico [1], "è il processo in primo piano, non più il diritto. Detto meglio: è la procedura a riscuotere attenzione, mentre il dato sostanziale ha perso la posizione di centralità ricoperta in passato".

L'affermazione merita di essere ampiamente condivisa, anche in considerazione da un lato dell'ampio rilievo, che hanno assunto le dinamiche processuali, sul terreno delle strategie difensive; e dall'altro della emersione di una accreditata posizione culturale, a favore del riconoscimento di una dimensione sostanzialmente processuale del diritto penale: "mentre il diritto civile, amministrativo, commerciale, ecc. disciplinano rapporti giuridici che hanno una vita propria fuori dal processo" [2], il diritto penale "tende all'irrilevanza; nel senso che, se i meccanismi della prevenzione generale funzionano alla perfezione già a partire dalle norme, quanto accade nella realtà sono semplicemente fatti penalmente irrilevanti, cioè, per definizione, estranei al diritto penale. Il diritto penale si esprime come diritto proprio in quanto violato: la sua posizione è, per così dire, patologia" [3].

---

[1] Cfr. Caputo, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, pag. 15 e ss.

[2] Così Caputo, *op. cit.*, pag. 16; nonché, sul punto, Visconti, *Il reato di scambio elettorale politico – mafioso*, in *Ind. Pen.*, 1993, pag. 303.

[3] Così Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1982, pag. 433; nello stesso senso Cordero, *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Milano, 1977, pag. 37.

ISSN 2036-7821

Sono assai note e suggestive le metafore [4] del "servo" che diventa "padrone" con le quali è stata presentata la moderna rilevanza del processo penale, nei confronti del diritto sostanziale. Ed è parimenti assai noto l'interesse degli studiosi del processo penale, verso lo studio di istituti tradizionalmente considerati di diritto sostanziale e ora divenuti (almeno) di "confine": si pensi alla prescrizione, ma anche alle cause estintive e agli istituti che hanno a che fare con la punibilità.

Si tratta di un fenomeno complesso, che trova una prima e immediata causa nel *deficit* di comunicazione tra la scienza e la prassi, per la costruzione di "prodotti culturali" poco comprensibili e soprattutto poco idonei alla soluzione dei reali problemi di applicazione e interpretazione delle singole fattispecie; a cui deve aggiungersi lo spostamento del baricentro degli interessi sulle dinamiche del processo e la conseguente svalutazione delle sottostanti paradigmatiche di carattere sostanziale determinato dall'ipertrofica crescita della c.d. "giustizia mediatica"[5].

Ed invece, come è stato autorevolmente osservato[6], il nesso tra diritto penale e processo sta "nell'intreccio tra legalità ed aspirazione alla verità, una verità che è anche limite invalicabile di qualsiasi potere", nel senso che "al diritto penale sostanziale interessa non solo la potestà punitiva, ma l'insieme dei significati del principio di legalità, e ciò esige un'intransigente legalità del *law enforcement*, affidata al modello cognitivo del giusto processo".

In realtà, oggi non ha molto senso ridiscutere i rapporti tra diritto penale e processo, alla ricerca di nuovi confini ovvero nel tentativo di una rifondazione dei rapporti di primazia dell'uno, rispetto all'altro: ha molto più senso, invece, esaminarne i rispettivi ambiti, alla luce del rispetto del principio di legalità [7]: e "la questione non è

[4] Cfr. Padovani, *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 1992, pag. 430.

[5] Sul tema si rinvia per tutti alla più culturalmente-accreditata indagine di Paliero, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed effetti penali dei media*, in *Riv. It Dir. Proc.*, 2006, pag. 493 e a Giostra, *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *Media Laws*, 3/2018, pag. 2. Sono particolarmente efficaci le riflessioni dell'A. da ultimo citato, nella parte in cui, dopo avere esattamente individuato i *referenti costituzionali del diritto-dovere* di informazione nel combinato disposto degli artt. 21 e 101 cost. e dopo averne espressamente il *valore euristico di "filigrana" deputata a reggere in trasparenza* l'intero sistema, osserva "l'informazione sulla giustizia penale deve tendenzialmente riguardare, quindi, l'intero procedimento, ferma restando la necessità di salvaguardare la riservatezza della fase investigativa, poiché non avrebbe senso pregiudicare l'accertamento dei fatti per consentire il controllo dell'opinione pubblica sul modo con cui viene svolto.

Questo il dover essere costituzionale delineato dall'art. 21 cost. quando guarda verso la giustizia. Ma l'idea che l'informazione giudiziaria svolga un ruolo fondamentale per la tenuta democratica de Paese registra qualcosa di più di una disaffezione nella coscienza collettiva. Si ha la sensazione che la funzione di vigilanza critica della pubblica opinione sull'operato dei giudici, pur frequentemente ribadita, venga sostenuta con flebile convinzione, se non con malcelato scetticismo, dagli stessi propugnatori di una giustizia garantita, trasparente e "partecipata".

[6] Così Pulitanò, *Sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 2005, pag. 956.

[7] Cfr. sul tema i rilievi di Nobili, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, in particolare pagg. 191 e ss.

ISSN 2036-7821

astrattamente accademica ma ha una concreta rilevanza normativa, poiché si tratta di determinare quali siano i principi di sistema" [8].

E' vero, infatti, che tutti questi rilievi vanno verso un'unica direzione, che è rappresentata dalla immanente unità dei due sistemi: con le parole di Pulitanò, diritto e processo penale sono "servi gentiluomini entrambi; entrambi serventi ai medesimi valori di legalità, sia pure ovviamente con competenze diverse, entro un'impresa estremamente sofisticata che aspira a essere non solo di legalità, ma anche di giustizia e razionalità"[9].

In questa prospettiva, l'applicazione concordata della pena *ex* art. 444 c.p.p. e lo stesso art. 63 d. lgs 231.01 rappresentano anch'essi istituti autenticamente ancipiti, che assorbono tutti i rapporti e tutte le tensioni dei due ordinamenti [10], basti pensare alle ricadute sostanziali in punto di applicazione della recidiva ovvero della sospensione condizionale, da lato; così come alla messa alla prova[11] e agli istituti riparatori dall'altro[12].

---

[8] Così Pulitanò, *op e loc. cit*., pag. 965.

[9] Così Pulitanò, *op. e loc. cit*., pag. 970.

[10] Di grande interesse le considerazioni di Caputo, *op e loc. cit*., pag. 8, in particolare ove afferma, che "l'istituto del patteggiamento si presta ad essere indagato con un approccio transnazionale purché si integrino le variabili e le culture in competizione, si mettano al bando gli steccati, i dualismi, i vecchi schematismi tra discipline e le tentazioni ontologizzanti".

[11] In tema di applicazione di messa alla prova degli enti si segnala il recente lavoro monografico di Marzullo, *Aporie applicative nel microcosmo punitivo 231/2001 e supplenza del diritto pretorio*, in *I Libri di Archivio Penale*, Pisa University, Serie n. 36, 2024, pagg. 110 e segg.. L'Autore, in particolare, auspica l'estensione dell'operatività della *probation* anche alle persone giuridiche imputate per illecito 231, proprio al fine di evitare che il giudizio penale, una volta estinto il reato ascritto alla persona fisica per esito favorevole della messa alla prova, debba invece proseguire per anni unicamente per accertare la responsabilità amministrativa da delitto degli enti collettivi, impiegando risorse economiche e materiali per processi tendenzialmente "inutili" che invece potrebbero finalizzate ad una più celere trattazione e definizione degli affari strettamente penali. *De iure condendo*, l'Autore suggerisce non solo di estendere, ma anche di rimodulare l'istituto della messa alla prova con riguardo alla responsabilità amministrativa *de societate*, introducendo non già una mera attenuante, quale conseguenza delle condotte riparatorie, bensì una vera e propria causa di estinzione dell'illecito per effetto della dimostrazione della resipiscenza dell'ente e del suo conformarsi ad un agire lecito ed idoneo a prevenire la reiterazione di reati

Per l'analisi più in generale della medesima tematica si rinvia altresì a: Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Cedam, 2020; Belluta, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Giappichelli, 2018, pagg. 121 e segg.; Garuti, *Il diritto dell'ente di beneficiare della messa alla prova*, in *Proc. pen. giust*., 2022, pagg. 1300 e segg.; Marandola, *Responsabilità ex 231/2001: l'ente può accedere alla messa alla prova*, in www.quotidianogiuridico.it, 9 novembre 2020; Riccardi – Chilosi, *La messa alla prova nel processo 231 quali prospettive per la diversion dell'ente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10, 2017, pagg. 47 e segg..

[12] In tema di valorizzazione delle condotte riparatorie poste in campo dall'ente incolpato, si rinvia a Ceresa Gastaldo – Fidelbo – Ruggiero – Caneschi, *Esercizio dell'azione a carico dell'ente e condotte riparatorie: valorizzazione del modello post factum e regolamentazione della discrezionalità del p.m. per rilanciare il d. lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa,* a cura di Centonze - Manacorda., *Il Mulino*, 2023, pagg. 387 e segg.; Centorame, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al probation dell'imputato-persona giuridica*, in Luparia – Marafioti, Paolozzi (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Torino, 2018, pagg. 199 e segg.

ISSN 2036-7821

Il tema non si esaurisce solo sul terreno dei rapporti tra diritto sostanziale e processuale: l'applicazione concordata della pena ha molto da dire, anche in relazione ai *riti* della c.d. *giustizia mediatica*.
Istituto *laico* è stato definito: e si tratta di una definizione assai efficace, perché è indubitabile che l'istituto *de quo* sfugge al palcoscenico e alle liturgie del dibattimento pubblico e si esaurisce, all'interno di un'udienza camerale, ove tutto è stato già discusso, preparato e concordato; le parti non devono confrontarsi, nelle fasi endoprocedimetali del dibattimento e al giudice spetta solo la valutazione della "legalità della pena".
E tuttavia, a fronte della semplificazione esterna del rito e della rapidità di definizione dell'intera fase processuale, è un istituto che, anche all'esito dell'entrata in vigore della c.d. "Riforma Cartabia", pone numerosissimi problemi interpretativi, come quelli relativi alle conseguenze *extra penali* della sentenza di patteggiamento, in relazione alla nuova disciplina dei *contratti pubblici*, di cui ci occuperemo nelle pagine seguenti [13].

2. Cenni sulla rilevanza extra-penale della sentenza di patteggiamento nella "Riforma Cartabia".

Come è noto, la "Riforma Cartabia" è significativamente intervenuta sulle disposizioni processuali in tema di applicazione concordata della pena con la radicale sostituzione dell'art. 445 co. 1 *bis* cpp, in esecuzione della delega di cui all'art. 1 co 10 lett. a) n. 2 L. 134/2022, con la dichiarata finalità di incrementare il ricorso a tale strumento deflattivo.
Con la previsione, dunque, della complessiva *irrilevanza probatoria* dell'accordo tra le parti, la sentenza di cui all'art. 444 cpp perde la precedente efficacia nei giudizi extra-penali: milita in tal senso, in termini letterali e inoppugnabili, l'inciso *"non ha efficacia e non può essere utilizzata a fini di prova"* contenuta nella nuova disposizione processuale da ultimo citata, con l'ulteriore corollario della inapplicabilità di tutte le disposizioni di legge diverse da quella penale, che equiparano la sentenza di cui all'art. 444 cpp, a quella di condanna.
Resta fermo, tuttavia, che l'irrilevanza probatoria ha efficacia nei giudizi diversi da quello penale, cosicché resta sempre valida la clausola di cui all'art. 238 *bis* cpp, secondo il quale "le sentenze divenute irrevocabili possono essere ai fini della prova del fatto in esse accertato".
Per quel che riguarda, invece, il sistema 231/01 manca un *espresso e simmetrico* riferimento normativo e, dunque, la soluzione non può che essere affidata a una *ragionevole interpretazione* "estensiva" della citata nuova disposizione processuale.
Un primo *argomento estensivo* è possibile ricavarlo dal richiamo agli artt. 34 e 35 d.lgs. 231/01, nella parte in cui tali norme prevedono l'applicazione all'ente delle

[13] Cfr. Giovagnoli, Rovelli, *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, pag. 877 e ss.

ISSN 2036-7821

disposizioni processuali previste per la persona fisica. E si tratta di un'estensione vieppiù condivisibile, poiché non essendo prevista per l'ente la distinzione tra *pene principali* e *accessorie* deve ritenersi, che tutte le sanzioni sono principali e, dunque, tali devono essere considerate anche quelle pecuniarie e interdittive.
Ne consegue, che in relazione al sistema 231/01 la nuova disposizione di cui all'art. 445 co 1 *bis* cpp rappresenta norma di carattere generale, nella parte in cui sancisce la generale *irrilevanza probatoria* del patteggiamento, fermo restando il potere del giudice di limitarne l'ampiezza, con l'eventuale *diretta applicazione* della misura interdittiva, che l'ente può, peraltro, sempre scongiurare adempiendo alle prescrizioni di cui all'art 17 231/01.

3. La rilevanza del patteggiamento nell'ambito della disciplina delle cause di esclusione automatica dalla partecipazione alla procedura di appalto.
Il tema ha formato oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore delegato nella redazione del codice degli appalti, il quale ha, infatti, dedicato una specifica disciplina ai requisiti, sia generali che particolari, cui è subordinata la partecipazione degli operatori economici alle procedure di appalto.
Proprio nell'ambito della prima delle categorie di cui all'art 94 del codice degli appalti, ampio spazio viene dedicato alla disciplina finalizzata a circoscrivere le cause ostative di esclusione dalla partecipazione alla procedura di appalto, degli operatori economici, attraverso la previsione di due distinte ipotesi:
(i) cause di *esclusione automatica*, a cui è dedicato l'art. 94 del codice degli appalti;
(ii) cause di *esclusione non automatica*, a cui sono dedicati gli artt. 95 e 98 del codice degli appalti.
Ciò premesso, al fine di valutare la rilevanza della sentenza di applicazione della pena su richiesta, quale causa preclusiva alla partecipazione alle procedure di appalti pubblici, si rende necessario analizzare singolarmente le citate categorie.
Sono cause di esclusione automatica quelle la cui sussistenza preclude in via automatica – senza, dunque, margine di apprezzamento da parte della stazione appaltante – la partecipazione dell'operatore economico alla procedura di appalto.
In adempimento al principio di tassatività delle cause di esclusione – sancito dall'art. 10 del codice degli appalti – e recependo le diffuse istanze sulla necessità di una riorganizzazione sistematica dell'intera materia, l'art. 94 ha previsto un *elenco tassativo* di provvedimenti, che determinano l'esclusione dalla partecipazione a una procedura d'appalto esclusivamente in presenza di *sentenza definitiva o decreto penale di condanna* divenuto irrevocabile, in relazione al catalogo dei "reati presupposto", tassativamente previsto dalla disposizione di cui all'art. 25 del d. lgs. 231/2001; e senza che sussistano "margini di apprezzamento della stazione appaltante in merito alla tipologia dei reati

ISSN 2036-7821

la cui condanna determina l'esclusione e all'accertamento della commissione, devoluto al giudice, né in merito alle conseguenze espulsive derivanti dalla condanna" [14] .

In particolare è prevista l'esclusione dell'operatore economico condannato per:

(i) i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale, nonché all'articolo 2635 del codice civile;

(ii) i delitti di false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile;

(iii) i delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale, reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;

(iv) i delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter. 1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109; nonché

(v) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Si impongono a questo punto due importanti precisazioni.

Una recente e assai significativa decisione della S.C.[15] ha, infatti, stabilito che, "Il giudice è chiamato ad una valutazione del modello in concreto e non solo in astratto. Tale controllo, tuttavia, è sempre limitato alla verifica dell'idoneità del modello a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi, sicché dev'escludersi che il controllo giudiziario della *compliance* abbia una portata totalizzante, dovendo essere rivolto, invece, ad escludere la reiterazione degli illeciti già commessi. Il modello organizzativo, cioè, non viene testato dal giudice nella sua globalità, bensì in relazione alle regole cautelari che risultano violate e comportano il rischio di reiterazione di reati della stessa specie. E' all'interno di questo giudizio, che occorre accertare la sussistenza della relazione causale tra reato ovvero illecito amministrativo e violazione dei protocolli di gestione del rischio".

Come abbiamo avuto modo di precisare nel paragrafo che precede, non risulta, invece, più annoverata tra i provvedimenti che determinano l'esclusione automatica dell'operatore, la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex* art. 444 c.p.p., a cui deve ritenersi equiparato l'art. 63 d. lgs. 231/2001, in virtù del richiamo generale operato agli artt. 34 e 35 del medesimo decreto [16] .

Il provvedimento di applicazione concordata della pena, originariamente incluso nel novero delle cause di esclusione previste dalla disciplina previgente (art. 80 d. lgs.

[14] Così Giovagnoli, *op. cit.*, pag. 874.
[15] Così, Cass. Pen. VI Sez., n. 23401/2022, in *Giurisprudenza Penale Web*, 06.10.2022, pag. 12.
[16] Cfr. sul punto Caringella, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2023, pag. 600.

ISSN 2036-7821

50/2016) e inizialmente ricompreso, all'interno dello schema del nuovo codice degli appalti, è stato espunto dall'art. 94; e con l'entrata in vigore della c.d. "Riforma Cartabia" (d. lgs. 150/2022) e i relativi interventi sul processo penale finalizzati a ridurre la rilevanza extra-penale del c.d. patteggiamento, l'art. 445 c.p.p., ha sancito l'impossibilità di equiparazione alla sentenza di condanna al di fuori del processo penale, salvo il caso in cui sia stata applicata una pena accessoria.
Breve: la sentenza di patteggiamento sia della persona giuridica, che della persona fisica non determina più un *automatico effetto preclusivo*, per l'operatore economico.
A ciò si aggiunga, tuttavia, una considerazione finale: ai sensi dell'art. 94 comma 5 del codice degli appalti costituisce, causa automatica di esclusione l'applicazione all'operatore economico della sanzione interdittiva di cui all'art. 9 comma, lett. c) d. lgs. 231/2001, (che assorbe il divieto di contrattare con la P.A.), nonché di qualsiasi altra sanzione di analogo contenuto interdittivo.
Ne consegue, che nei casi nei quali al patteggiamento segua l'applicazione di una sanzione accessoria interdittiva, l'esclusione dalla partecipazione alla procedura di appalto discenderà, quale conseguenza autonoma, indipendentemente dai rilievi sin qui svolti relativi alla non menzione della sentenza di applicazione della pena, tra i provvedimenti previsti dall'art. 94 del codice degli appalti.

4. La rilevanza del patteggiamento, nell'ambito delle cause di esclusione non automatica di esclusione dalla partecipazione alla procedura di appalto.

Diversamente dalle cause di *esclusione automatica*, quelle *non automatiche* non operano *ex lege*, ma impongono alla stazione appaltante di verificare, caso per caso, la gravità della condotta e la rilevanza, che essa spiega sull'affidabilità dell'operatore economico, rispetto all'esecuzione del contratto oggetto dello specifico affidamento [17].
L'art. 95 del codice degli appalti prevede, infatti, che la stazione appaltante debba escludere dalla partecipazione alla procedura, "*l'offerente che 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 del codice degli appalti, per la definizione degli illeciti di tale natura [18] .
Nell'intento di fornire una disciplina chiara e precisa al "grave illecito professionale" idoneo a determinare l'esclusione di un operatore economico dalla gara, il legislatore definisce normativamente, sia gli elementi costitutivi della fattispecie e i soggetti a cui essa si riferisce, che i mezzi di prova adeguati, a dimostrare la sussistenza del grave illecito professionale.

[17] Un primo riferimento è di Corso, *Intrecci (forse da chiarire) tra sistema 231 e codice degli appalti, Editoriale*, in *https://www.ipsoa.it documents quotidiano/2023/05/13.*
[18] Così, Caringella, *op. cit*., pag. 658 e ss.

ISSN 2036-7821

Quanto al primo profilo, vale a dire alla individuazione dei fatti astrattamente idonei ad assumere la qualifica di "grave illecito professionale", due sono le categorie rilevanti:

(aa) la contestata commissione da parte dell'operatore economico, (ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 del codice degli appalti, fra i quali l'ente giuridico ai sensi del d. lgs. 231/2001) di taluno dei reati consumati o tentati, che determinano, nel caso di condanna con sentenza definitiva o con decreto penale di condanna irrevocabile, l'esclusione automatica dell'operatore (lettera h);

(bb) la contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico (oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 del codice degli appalti) di una serie di reati che sia pure di minore gravità, rispetto a quelli di cui alla precedente categoria, appaiono astrattamente idonei ad incidere negativamente sull'integrità dell'operatore economico (lettera g).

Nell'ambito di tale categoria rientrano, altresì, tutti i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231.

Affinché una delle condotte sopra riportate possa assurgere a grave illecito professionale, il legislatore impone, che la condotta sia oggetto di prova e ne prevede, per ciascuna delle categorie, il mezzo che risulta a tale fine adeguato [19] .

L'art. 98 comma 6 del codice degli appalti prevede che:

(aa) quanto alla categoria *sub* 1, i reati *ivi* indicati si ritengono adeguatamente provati mediante provvedimenti giudiziali che determinano, in forma non ancora definitiva, la formale contestazione del reato al suo autore: in particolare, si fa riferimento agli atti di cui all'articolo 407 *bis* comma 1 c.p.p., al decreto che dispone il giudizio, ai provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, alla sentenza di condanna non definitiva, al decreto penale di condanna non irrevocabile e, infine, alla sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale;

(bb) quanto alla categoria *sub* 2, invece, l'illecito si ritiene adeguatamente provato da provvedimenti di natura definitiva e non, e, pertanto, dalla sentenza di condanna irrevocabile, dalla condanna non definitiva, da provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale.

[19] Sul punto Caringella, *op. cit.*, pag. 657, secondo il quale la nozione di grave illecito professionale, pur essendo di derivazione comunitaria (Corte Giust. UE, Sez., IV, 18.06.2019, n. 41/18) possiede una valenza più ampia "in quanto da un lato non opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o diversa stazione appaltante, dall'altro non fa riferimento solo alla negligenza o all'errore professionale, ma più in generale all'illecito professionale, che abbraccia molteplici fattispecie anche diverse dall'errore o dalla negligenza e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, ma anche in fase di gara".

ISSN 2036-7821

Come è facile rilevare, si tratta di un intervento di portata ampia finalizzato alla tipizzazione del concetto di "grave illecito professionale", che va aldilà delle stesse indicazioni contenute nelle linee-guida dell'ANAC e che impone sempre e comunque un preciso obbligo motivazionale al provvedimento di espulsione da parte della stazione appaltante.

Ne consegue, che nelle sole ipotesi di sentenza di applicazione concordata della pena per la persona fisica e per l'ente, per fatti che determinano l'esclusione automatica dell'operatore, sarà sempre configurabile il "grave illecito professionale".

In questo caso, tuttavia, trattandosi di una *causa non automatica*, l'esclusione potrà essere disposta solamente in presenza delle ulteriori condizioni previste dall'art. 98 del codice degli appalti e, cioè, da un lato dell'idoneità dell'illecito ad incidere sull'affidabilità del contraente, in relazione alla specifica procedura di appalto; e dall'altro della concreta valutazione della gravità dell'illecito alla luce del bene giuridico aggredito, dell'entità della lesione prodotta dall'attività materiale, che ha determinato la realizzazione del reato e del lasso di tempo trascorso dalla violazione, anche tenendo conto delle eventuali modifiche intervenute nella struttura organizzativa dell'ente[20].

[20] A sostegno delle nostre conclusioni vale la pena di segnalare l'orientamento del Cons. di Stato (Sez. V, n. 5862/2019 e 5967/2020), che valorizzando al massimo il ruolo del rapporto fiduciario stazione appaltante-operatore economico ha estensivamente stabilito che sarà causa di esclusione "ogni vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui venga accertata la contrarietà ad un dovere professionale".

ISSN 2036-7821