



DELIBERA N.397 del 6 settembre 2023

Oggetto

Comune di Roccamena –illecito professionale grave - artt. 94, 95 e 98 del d.lgs. 36/2023 - Richiesta parere AG4/2023

Riferimenti normativi

Art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/2016

Art. 95, comma 1, lett. e) e art. 98 del d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Codice dei contratti pubblici - Contratti pubblici – Requisiti generali – Iscrizione nel registro ex art. 335 c.p. – Illecito professionale grave.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione nell’Adunanza del 6 settembre 2023

Premessa

Con nota pervenuta in data 30 giugno 2023, acquisita al prot. n. 51652, il Comune di Roccamena ha sottoposto all’attenzione dell’Autorità una richiesta di parere in ordine ai requisiti di ordine generale occorrenti per l’affidamento di contratti pubblici, con particolare riguardo alla configurabilità del grave illecito professionale sulla base della nuova disciplina contenuta degli articoli 94, 95 e 98 del d.lgs. 36/2023.

Più in dettaglio, l’Amministrazione riferisce che nell’ambito di una procedura di affidamento di un contratto di valore inferiore alla soglia comunitaria, è stata informata dall’operatore economico individuato come potenziale affidatario, che lo stesso è destinatario di un provvedimento di conclusioni di indagini preliminari per il reato previsto dall’art. 322, co. 2 c.p. (istigazione alla corruzione) e artt. 110 e 81 c.p. (concorso morale e materiale con altri funzionari/amministratori, all’epoca dei fatti contestati, del Comune di Roccamena).

Pertanto, l’Amministrazione aggiudicatrice ha formulato i seguenti quesiti, sui quali chiede un intervento chiarificatore dell’Autorità:

- a) se la circostanza che l’operatore economico risulti indagato unitamente ad altri soggetti (funzionari ed amministratori all’epoca dei fatti del medesimo Comune di Roccamena - oggi Stazione Appaltante) per il reato di istigazione alla corruzione, sia da valutarsi, ai sensi dell’art. 95, comma 1, lett. e) del d.lgs. 36/2023, quale illecito professionale grave tale da rendere dubbia l’integrità e affidabilità dello stesso o se il principio di tassatività della cause di esclusione previsto dagli artt. 94, 95 e 98 del d.lgs. 36/2023 non sia suscettibile di interpretazione estensiva in caso di affidamento diretto;
- b) se la predetta circostanza costituisca comunque violazione del principio generale della fiducia previsto dall’art. 2 del d.lgs. 36/2023 con conseguente obbligo per la stazione appaltante di non procedere all’affidamento.

Considerazioni

Al fine di esprimere avviso sulla questione sollevata dall'Amministrazione Comunale di Roccamena, sembra opportuno osservare, in via preliminare, che le disposizioni dettate dal d.lgs. 36/2023, in forza del combinato disposto degli articoli 226 e 229 dello stesso decreto legislativo, sono entrate in vigore il 1° aprile 2023 e divenute efficaci dal 1° luglio 2023, quindi applicabili alle procedure e agli affidamenti disposti a decorrere da tale ultima data.

Come stabilito dall'art. 226 del nuovo Codice, «1. Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, è abrogato dal 1° luglio 2023. 2. A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2 [1 luglio 2023], le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso (...)» secondo le indicazioni contenute alle lettere da a) a d) della disposizione.

Per quanto sopra, con riguardo al quesito in esame, riferito ad una procedura in corso alla data del 30 giugno 2023, occorre fare riferimento alla disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016 in tema di grave illecito professionale.

Si osserva al riguardo che sulla questione dell'incidenza di precedenti penali a carico dei concorrenti di una gara d'appalto, questa Autorità ha fornito indicazioni in numerose pronunce, affermando, in primo luogo, che i requisiti generali di moralità richiesti dall'ordinamento ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento degli appalti pubblici e della stipula dei relativi contratti, sono elencati nell'art. 80 del d.lgs. 50/2016. Tale disposizione indica, al comma 1, i reati che incidono sulla moralità del concorrente, facendo espresso riferimento, ai fini dell'esclusione automatica dalla gara, alla sentenza definitiva di condanna o al decreto penale o alla sentenza di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. per uno dei predetti reati.

Pertanto, ai fini sopra indicati, non è sufficiente che sia in corso un procedimento penale per l'accertamento della commissione dei reati indicati dall'art. 80 o che sia stata emessa in tale ambito una misura cautelare o disposto un rinvio a giudizio a carico dei soggetti indicati dalla medesima norma (in tal senso, Anac determina n. 1/2012).

La disciplina di settore non esclude tuttavia che determinati fatti di rilievo penale, laddove costituenti ipotesi di grave errore professionale, possano essere valorizzati ai fini dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, indipendentemente dalla astratta configurabilità o meno della causa ostativa contemplata alla precedente lettera a). In altri termini, un determinato fatto penalmente rilevante può essere inquadrato, a seconda del verificarsi dei rispettivi presupposti di legge, all'interno delle due disposizioni normative (lettera a e lettera c).

Dunque, al di fuori delle cause di esclusione tassativamente previste dal richiamato art. 80 d.lgs. 50/2016, in presenza di gravi fatti di rilevanza penale conosciuti dalla stazione appaltante è demandato alla stessa un margine importante di discrezionalità con riferimento alla verifica del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, che prevede come causa ostativa alla partecipazione a gare d'appalto e alla stipula dei relativi contratti, previa motivata valutazione della stazione appaltante, la circostanza che il concorrente abbia commesso un errore grave nell'esercizio della sua attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante (parere Funz Cons 9/2022 e 69/2022).

In tal senso si è espressa l'Autorità nelle Linee Anac n. 6/2016, nelle quali è stato ricondotto nella fattispecie del grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, in via esemplificativa, anche il caso delle condanne non definitive per i reati di cui all'art.80, comma 1, del Codice, nonché per gli ulteriori reati indicati nello stesso documento.

Nelle medesime Linee guida sono state fornite, altresì, utili indicazioni in ordine alle modalità con le quali la stazione appaltante deve procedere all'accertamento della causa di esclusione in esame.

Consegue da quanto sopra che può formare oggetto di valutazione, da parte della stazione appaltante, come grave illecito professionale ex art. 80, comma 5 del Codice, anche la pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società, o anche il caso in cui il legale rappresentante o socio di maggioranza della società aggiudicataria sia destinatario di una misura cautelare interdittiva (delibera n. 146/2022; n. 1050/2020). Tali circostanze, astrattamente integranti fattispecie di "grave illecito professionale" in capo all'operatore economico, devono formare oggetto di valutazione in concreto da parte della stazione appaltante (delibera Anac n. 146/2022 cit. e parere Funz Cons 54/2022).

La valutazione in ordine alla qualificabilità della fattispecie oggetto del quesito – riferita ad un concorrente iscritto nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p. - come grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, è quindi un processo di specifica pertinenza della stazione appaltante, alla quale è rimessa ogni decisione in ordine all'eventuale esclusione dalla gara d'appalto dell'operatore economico interessato, all'esito di un procedimento in contraddittorio con lo stesso.

Ciò in quanto, solo la stazione appaltante è nelle condizioni di valutare i rischi cui potrebbe essere esposta aggiudicando l'appalto ad un concorrente la cui integrità o affidabilità sia dubbia, avendo riguardo all'oggetto e alle caratteristiche tecniche dell'affidamento (pareri Funz Cons n. 45/2022, n. 54/2022, n. 69/2022).

Con l'occasione, posto che l'istanza di parere fa riferimento alla disciplina dettata dal d.lgs. 36/2023, vista la novità e la rilevanza della questione sollevata, l'Autorità ritiene utile fornire indicazioni anche con riguardo alla disciplina in tema di illecito professionale grave contenuta nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

Si osserva quindi sul tema che il d.lgs. 36/2023, in attuazione dei criteri di delega contenuti nella legge 21 giugno 2022, n. 78 (recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"), ha ridisegnato la disciplina delle cause di esclusione dalle procedure di gara, mediante le previsioni degli artt. 94-98.

Come evidenziato nella Relazione illustrativa del predetto decreto legislativo, la formulazione di cinque distinti articoli, in luogo del previgente art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, «si è resa opportuna a fini di semplificazione e chiarificazione, per consentire agli operatori economici ed alle stazioni appaltanti ed enti concedenti di meglio orientarsi; b) invero, la disposizione di cui all'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016 è stata quella sulla quale si è concentrata la maggior parte del contenzioso in materia di contratti pubblici: essa, sebbene mutuasse in larga parte il testo dell'art. 57 della direttiva n. 24/2014, neppure distingueva al proprio interno le cause di esclusione c.d. "obbligatorie" (cioè quelle che trovavano applicazione in via diretta, senza che alla stazione appaltante restasse alcun margine di apprezzamento valutativo sulla sussistenza dei presupposti) rispetto a quelle c.d. "facoltative"; c) la pressante esigenza di un riordino e della introduzione di una disciplina chiarificatrice ha determinato la necessità di suddividere l'originaria disposizione in cinque distinti articoli integralmente nuovi, le cui rispettive rubriche sono, del pari, innovative, a partire dalla terminologia utilizzata».

In senso innovativo rispetto al previgente Codice, quindi, il d.lgs. 36/2023, mediante gli articoli 94-98, distingue ora tra cause di esclusione "automatica" e cause di esclusione "non automatica".

Più in dettaglio l'articolo 94 disciplina le "cause di esclusione automatica", dunque operanti senza alcun margine di apprezzamento valutativo da parte della stazione appaltante, individuando nel contempo le figure soggettive cui riferire la causa di esclusione (al comma 3).

L'articolo 95 disciplina invece le "cause di esclusione non automatica", in relazione alle quali è rimesso alla stazione appaltante il potere decisorio di esclusione dell'operatore economico. Tra queste, il comma 1, lett. e), include la fattispecie del c.d. "grave illecito professionale", già prevista dall'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50 del 2016, che viene ora disciplinata nella specifica disposizione dell'articolo 98 cui rinvia la norma.

L'articolo 96 contiene la disciplina procedimentale comune agli "eventi" che conducono alla esclusione dell'operatore economico; la disposizione indica gli oneri di comunicazione dei predetti eventi da parte dell'operatore economico e disciplina il c.d. *self cleaning*.

L'art. 97 è dedicato alle cause di esclusione dei partecipanti ai raggruppamenti, con previsioni specifiche in ordine alle fattispecie della "sostituzione" o della "estromissione" del partecipante al raggruppamento che si trovi in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o privo dei requisiti di cui all'articolo 100.

Infine, l'articolo 98 – cui rinvia l'art. 95, comma 1, lett. e) - disciplina in dettaglio la fattispecie dell'illecito professionale grave.

Per quanto di interesse ai fini del parere, il citato art. 95, comma 1, lett. e) stabilisce espressamente che *«La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accertati: [...] e) 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. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi»*.

Innovando le previsioni già contenute nel d.lgs. 50/2016, pertanto, l'art. 98 disciplina il grave illecito professionale dedicando una specifica disposizione a tale causa di esclusione ed elencando in maniera tassativa (per quanto stabilito dall'articolo 95, comma 1, lett. e), le fattispecie qualificabili come gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi, eliminando in tal modo gli elementi di incertezza in materia che hanno caratterizzato la previgente disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016.

Quanto sopra in coerenza con le previsioni della legge delega n. 78/2022 che ha previsto, all'articolo 1, comma 2, lett. n), la *«razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014»*.

Passando ad analizzare la disciplina contenuta nell'art. 98 del d.lgs. 36/2023, si osserva che la norma chiarisce in primo luogo, al comma 1, che *«L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h)»*.

Si definisce in tal modo il perimetro applicativo della fattispecie escludente in esame, stabilendo che il grave illecito professionale rileva quale causa di esclusione (non automatica) *solo se riferibile all'operatore economico*, fatta eccezione per i casi contemplati nel comma 3, lett. g) e h) della norma (riferiti alla contestata o accertata commissione dei reati ivi indicati) per i quali possono rilevare, ai fini escludenti, non solo i reati riferibili all'operatore economico *ma anche quelli riferibili alle figure soggettive contemplate dall'art. 94, comma 3* (come si desume dalle previsioni dell'art. 98, comma 3, lett. g) e h).

Come evidenziato nella Relazione illustrativa del nuovo Codice, tenuto anche conto dell'Atto di segnalazione n. 3/2022 dell'Anac (che 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 prevista, quale regola generale, quella di non estendere la fattispecie dell'illecito professionale rilevante all'ipotesi di c.d. "contagio" dell'operatore economico da parte della persona fisica. Da questa perimetrazione esulano i fatti rilevanti ai sensi delle lettere g) ed h) del comma 4 [*comma 3*]: in sostanza, laddove ci si trovi al cospetto dei reati contemplati dal comma 1 dell'art. 94 (disposizione, quest'ultima, "corrispondente" all'art. 80, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016) e degli altri reati mutuati dalla indicazione contenuta nelle Linee Guida ANAC n. 6 (lett. h del comma 4) è sembrato corretto prevedere 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. Tale scelta è giustificata, quanto alle fattispecie di cui alla lett. g) del comma 4 [*comma 3*], 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 [comma 3], riconducibili a fatti di reato del pari gravi in relazione al principio di tutela dell'interesse alla legalità sotteso alla contrattualistica pubblica. In tutti gli altri casi -si ripete -è stato escluso il "contagio" dell'operatore economico da parte della persona fisica».

Il comma 2 specifica, invece, le condizioni indispensabili perché possa essere disposta, 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 condizioni medesime. Dispone, infatti, l'art. 98, comma 2 che «L'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni: 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».

Il successivo comma 3 individua quindi gli elementi dai quali desumere il grave illecito professionale, provvedendo alla relativa elencazione che, secondo la disposizione dell'art. 95, comma 1, lett. e) deve ritenersi tassativa. La norma precisa che «l'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno» degli elementi indicati alle lettere da a) a h).

Tra le fattispecie rilevanti per la sussistenza del grave illecito professionale, come sopra indicato, rientrano (per quanto rileva ai fini del parere), ai sensi dell'articolo 98, comma 3, la (lett. g) «*contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94*» e (lett. h) la «*contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati: (...)*» (abusivo esercizio di una professione, bancarotta, reati tributari e delitti societari o contro l'industria e il commercio, reati urbanistici, reati di cui al d.lgs. 231/2001).

Il comma 4 specifica quindi gli elementi che la stazione appaltante è tenuta a valutare in ordine alla gravità dei fatti elencati al comma 3, stabilendo 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*».

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*], salvo che ricorra la condotta di cui al comma 3, lettera b), dell'articolo 98, per tre anni decorrenti rispettivamente:

1. dalla data di emissione di uno degli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 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».

Sempre ai fini della valutazione della gravità dell'evento rilevante come grave illecito professionale, da parte della stazione appaltante, il comma 5 aggiunge che «*Le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da quelle di cui alla lettera b) del comma 3 possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 3.*».

I commi successivi della disposizione in esame, inoltre, indicano i mezzi di prova che la stazione appaltante può utilizzare per comprovare la sussistenza di un illecito professionale grave (comma 6) e disciplinano la portata dell'obbligo motivazionale (commi 7 e 8).

In particolare, il comma 6 elenca alle lettere da a) a f) i mezzi di prova "adeguati" che la stazione appaltante è tenuta a valutare ai fini della sussistenza del grave illecito professionale. Tale elenco, secondo le previsioni dell'art. 95, comma 1, lett. e) (ai sensi del quale l'art. 98 indica «*in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi*») ha valenza tassativa.

Il nuovo Codice procede quindi ad una tipizzazione dei mezzi di prova utili per la valutazione dell'illecito professionale grave, superando in tal modo la previgente impostazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 che consentiva di valutare ogni condotta la cui gravità era idonea ad incidere sulla affidabilità e sull'integrità della impresa concorrente.

In particolare, per quanto di interesse in questa sede, in relazione alle fattispecie di cui alle lettere g) e f) del comma 3, la norma stabilisce che costituiscono mezzi di prova adeguati «g) 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; h) quanto alla lettera h), 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».

In relazione allo "spettro" dei soggetti presi in considerazione dalla disposizione [tenuto conto delle previsioni dello stesso art. 98, comma 3, lett. g) e h)] «si fa riferimento a quanto chiarito nella relazione al comma 1 del presente articolo: soltanto per i fatti di reato rientranti nel perimetro di cui all'art. 94, comma 1, cui fa riferimento la lett. g) del comma 4 [comma 3] e per quelli di cui alla lett. h) del comma 4 [comma 3] del presente articolo (già contenuti nelle Linee Guida dell'ANAC n. 6 che si è ritenuto di "recepire"), è stato previsto il c.d. "contagio" dell'operatore economico da parte dei soggetti di cui al comma 3 dell'art. 94» (Relazione illustrativa del Codice).

Infine, quanto agli obblighi motivazionali in capo alla stazione appaltante, viene puntualizzato al comma 7 che la stessa «valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 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».

Il comma 8 aggiunge che «Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2» (riferito a: "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").

Per quanto sopra, in relazione al quesito sollevato in esame, può osservarsi che ai sensi del combinato disposto dell'art. 95, comma 1, lett. e), con l'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, anche (art. 98, comma 3, lett. g) 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 è incluso il reato di istigazione alla corruzione di cui all'art. 322 c.p. (oggetto del quesito).

Tuttavia, occorre aggiungere a quanto sopra che l'art. 98, comma 6 lett. g) del Codice, come evidenziato, dispone che costituisce 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*».

La predetta disposizione, prevede quindi che l'iscrizione nel registro degli indagati "*da sola*" non può determinare effetti pregiudizievoli (anche di natura amministrativa) per l'indagato.

Pertanto, con la «neutralizzazione degli effetti extrapenalici in *malam partem*, il nuovo articolo 335-bis c.p.p. circoscrive, all'ambito del procedimento penale, la rilevanza della valutazione compiuta dal Pubblico ministero al momento dell'iscrizione della persona sottoposta a indagini nel registro di cui all'articolo 335 del codice di rito (...)» (così Garante per la protezione dei dati personali- parere sullo schema di decreto legislativo di attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari).

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 verificano, l'autorità amministrativa o civile *non* potranno valutare, ai fini dell'adozione degli atti e provvedimenti di competenza, la mera iscrizione nel registro degli indagati.

Il nuovo articolo 110-*quater* disp. att. c.p.p. opera quindi «una sorta di generale “conversione” del riferimento alla mera sottoposizione ad indagini, cui vengono sostituiti snodi procedurali più pregnanti, quali l’applicazione di una misura cautelare personale o l’avvenuto esercizio dell’azione penale. 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, come evidenziato in premessa - fermo restando che ai sensi dell’art. 80, comma 1, 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 in diverse pronunce, *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 sopra richiamato.

Per quanto sopra, nel caso di concorrente iscritto nel registro di cui all’art. 335 c.p.p. per il reato di istigazione alla corruzione, alla luce della nuova disciplina in tema di illecito professionale grave dettata dal d.lgs. 36/2023, conforme alle previsioni dell’art. 335-*bis* c.p.p. (introdotto dal lgs. 150/2022), la predetta circostanza non può costituire causa di esclusione dalle gare d’appalto, nella forma dell’illecito professionale grave ai sensi dell’art. 98, nei termini sopra illustrati.

Sussiste tuttavia l’onere per la stazione appaltante, anche alla luce delle disposizioni del citato dall’art. 110-*quater* disp. att. c.p.p., di verificare se intervenga a carico dell’operatore economico interessato, l’adozione di ulteriori provvedimenti da parte dell’autorità giudiziaria, come l’applicazione di una misura cautelare o l’avvenuto esercizio dell’azione penale, eventi questi espressamente contemplati nell’art. 98 del Codice, nel senso in precedenza indicato.

Sulla base delle considerazioni svolte,

Il Consiglio

Ritiene che:

- la valutazione in ordine alla qualificabilità della fattispecie oggetto del quesito – riferita ad un concorrente iscritto nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p. - come grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, è un processo di specifica pertinenza della stazione appaltante, alla quale è rimessa ogni decisione in ordine all'eventuale esclusione dalla gara d'appalto dell'operatore economico interessato, all'esito di un procedimento in contraddittorio con lo stesso;
- ai sensi della nuova disciplina in tema di illecito professionale grave dettata dal d.lgs. 36/2023, applicabile alle procedure di affidamento indette successivamente alla data del 1° luglio 2023, l'iscrizione dell'operatore economico 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), nei termini illustrati in delibera.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

il Segretario Valentina Angelucci