



In data 31 marzo 2023 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale 77/2023 il d.lgs. 36/2023, recante «*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*».

Il testo normativo, nella versione definitiva, recepisce apprezzabilmente alcune osservazioni formulate dall'Unione delle Camere Penali Italiane, tramite il proprio Osservatorio D.Lgs. 231/2001, e da AODV²³¹ nel documento congiunto pubblicato in data 4 febbraio 2023, riguardante lo Schema di decreto legislativo approvato inizialmente dal Consiglio dei Ministri, oggetto di successivi confronto e discussione nell'ambito delle interlocuzioni con il Ministero competente, in occasione delle quali le due Associazioni hanno formulato anche proposte di modifica dell'articolato normativo.

Dette osservazioni e proposte di modifica riguardavano, in particolare, la disciplina del Capo II Titolo IV («*I requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti*») della Parte V, dedicato ai «*requisiti di ordine generale*», per quanto concerne le cause di esclusione, automatica e non automatica, degli operatori economici di cui agli artt. 94 ss. e, più specificamente, la disciplina relativa alla causa di esclusione dei «*gravi illeciti professionali*».

Il Codice pubblicato in Gazzetta Ufficiale – come anticipato – ha apportato alcune modifiche allo schema originario, accogliendo le accennate proposte di revisione relativamente ai seguenti profili:

- eliminazione del riferimento alla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p. (patteggiamento) sia con riferimento alle cause di esclusione automatica (art. 94, comma 1), sia con riferimento ai «*mezzi di prova adeguati*» del grave illecito professionale quale causa di esclusione non automatica (art. 98, comma 6, lett. g) e h);
- eliminazione, tra gli «*elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale*» (art. 98, comma 3), dell'ipotesi "di chiusura" integrata dalla «*commissione, da parte dell'operatore economico, di condotte diverse da quelle di cui alle precedenti lettere, la cui gravità incida in modo evidente sull'affidabilità ed integrità del medesimo in misura tale da compromettere l'interesse pubblico*», prevista nel testo originario dell'art. 98, comma 3, lett. i);
- eliminazione (v. attuale art. 98, comma 6, lett. h), tra gli «*adeguati mezzi di prova*» della fattispecie di illecito professionale desumibile dalla «*contestata o accertata commissione [...] di taluno dei seguenti reati consumati*» indicati nell'art. 98, comma 3, lett. h), ivi compresi i reati presupposto del d.lgs. 231/2001, di alcuni provvedimenti penali aventi natura non

irrevocabile, in particolare: il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., gli atti di esercizio dell'azione penale previsti dall'art. 405, comma 1 c.p.p. (previgente), il decreto che dispone il giudizio dell'art. 429 c.p.p. È invece rimasto inalterato il riferimento – in relazione – alla sentenza di condanna non definitiva e ai provvedimenti cautelari, personali e reali, emessi dal giudice penale.

Al di là di tali apprezzabili e condivisibili modifiche, nel testo del d.lgs. 36/2023 permangono nondimeno inalterate alcune criticità.

In particolare, si ritiene auspicabile intervenire nuovamente sull'articolato normativo, apportando le seguenti ulteriori modifiche:

- dal punto di vista formale, precisare a livello testuale, nelle disposizioni che rimandano alla disciplina sulla responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001, gli specifici riferimenti normativi, ad esempio: tra i soggetti destinatari cui si riferiscono le cause di esclusione, automatica e non automatica (art. 94, comma 3, lett. a), indicare l'operatore economico di cui all'art. 1 d.lgs. 231/2001 (in luogo «*dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*»); in relazione ai mezzi adeguati di prova dell'illecito professionale che chiama in causa i reati presupposto del d.lgs. 231/2001 (art. 98, comma 6, lett. h), indicare le pertinenti disposizioni del d.lgs. 231/2001;
- sempre in relazione ai soggetti cui si riferiscono le cause di esclusione, precisare che tra i «*componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo*» non rientrano i membri dell'organismo di vigilanza di cui all'art. 6, comma 2, lett. b) d.lgs. 231/2001;
- nell'ambito della disciplina dell'esclusione (art. 96), ai fini della prova da parte dell'operatore economico dell'adozione di «*misure [...] sufficienti a dimostrare la sua affidabilità*», riformulare la previsione del comma 6, per cui risulta attualmente utilizzato un linguaggio atecnico («*aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative*»), foriero di possibili ambiguità e, in ogni caso, citare espressamente tra i «*provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti*» i modelli organizzativi di cui al d.lgs. 231/2001;
- eliminare la rilevanza, tra gli elementi da cui desumere l'illecito professionale (art. 98, comma 3), delle fattispecie di mera «*contestata commissione*» dei reati indicati nelle lett. g) e h) e, per l'effetto, escludere la rilevanza, tra gli «*adeguati mezzi di prova*» dell'illecito professionale

- (art. 98, comma 6), degli atti di esercizio dell'azione penale (art. 407-bis, comma 1 c.p.p.), del decreto che dispone il giudizio (art. 429 c.p.p.), dei provvedimenti cautelari personali o reali emessi dal giudice penale e della sentenza di condanna non definitiva, nonché del decreto penale di condanna e della sentenza di patteggiamento non irrevocabili;
- ancorare il requisito della gravità dell'illecito professionale (art. 98, comma 2, lett. b) a requisiti più rigorosi, quali, ad esempio, la concretezza e l'attualità della rilevanza dell'illecito rispetto all'affidabilità dell'operatore economico, e attribuire rilevanza, ai fini della valutazione di gravità, nell'ambito delle «*modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa*», all'adozione dei modelli organizzativi di cui al d.lgs. 231/2001;
 - rendere più rigoroso l'onere motivazionale della stazione appaltante (art. 98, comma 7) in ordine alla rilevanza dei provvedimenti costituenti «*mezzi di prova adeguati*», in particolare allorquando, nei casi dell'art. 98, comma 6, lett. g) e h), essi siano rappresentati da provvedimenti non definitivi.

Roma - Milano, 9 maggio 2023

Unione delle Camere Penali Italiane
Il Presidente

Avv. Gian Domenico Caiazza

AODV²³¹
La Presidente

Avv. Mara Chilosi