



# DELIBERA N. 9

14 gennaio 2025

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 presentata dalla Provincia di Livorno – Lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione stradale della S.P. n. 20 “S.P. n. 39 – Campiglia M.ma” e S.P. n. 21 “Cafaggio – Riotorto” – CIG B34EEE4E1A – Criterio minor prezzo - Importo a base di gara euro: 557.572,45 - S.A.: Provincia di Livorno.

**UPREC - PREC 359-2024-L**

## Riferimenti normativi

Artt. 94, comma 5, lett. a), 95 e 98 d.lgs. n. 36/2023; art. 9 del d.lgs. n. 231/2002.

## Parole chiave

Cause di esclusione, sanzione interdittiva, responsabilità amministrativa da reato degli enti, sentenza non definitiva, grave illecito professionale, *self cleaning*.

## Massima

**Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Requisiti – Requisiti di ordine generale - Motivi di esclusione - Sanzioni interdittive – Responsabilità amministrativa dipendente da reato – Sentenza di condanna non definitiva – Sanzione non esecutiva – Esclusione automatica – Non sussiste.**

**Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Requisiti – Requisiti di ordine generale - Motivi di esclusione - Responsabilità amministrativa dipendente da reato – Sentenza di condanna non definitiva – Grave illecito professionale – Esclusione non automatica – Valutazione di spettanza della stazione appaltante – Sussiste.**

*Ai fini dell'effetto automaticamente escludente, di cui all'art. 94, comma 5, lett. a) del codice, la sanzione interdittiva, dell'art. 9, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 231/2001, deve essere esecutiva, pertanto,*



*nel caso in cui venga irrogata con sentenza è necessario che la condanna penale sia definitiva ed esecutiva. Tale presupposto si desume in via sistematica dall'art. 650 c.p.p., dall'art. 77, comma 2, del d.lgs. n. 231/2001, dall'art. 96, comma 8, del codice, nonché dai principi di tassatività (sia in tema di sanzioni che di cause di esclusione) e di colpevolezza (applicabile anche alle persone giuridiche).*

*In caso di sentenza di condanna non definitiva, la stazione appaltante deve valutare il reato-presupposto ex d.lgs. n. 231/2001, nell'ambito del grave illecito professionale, ai sensi del combinato disposto dell'art. 98, comma 3, lett. h), n. 5) e comma 6, lett. h), del codice che annettono rilevanza, anche a carico dell'operatore economico ex d.lgs. 231/2001, alla contestata o accertata commissione dei reati-presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente, indipendentemente dall'applicazione di sanzioni interdittive.*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 14 gennaio 2025

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 133606 del 14 novembre 2024, con la quale la Provincia di Livorno ha chiesto all'Autorità se la presenza di una sentenza di condanna non definitiva con applicazione di una sanzione interdittiva (della durata di due anni) di cui all'art. 9, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 231/2001 (divieto di contrarre con la p.a.) comporta l'esclusione automatica dell'operatore economico, ai sensi dell'art. 94, comma 5, lett. a) del codice, oppure se deve essere valutata discrezionalmente dalla stazione appaltante, ai sensi degli artt. 95, 98 e 2 del codice;

VISTA l'adesione all'istanza di parere presentata in data 20 novembre 2024 dall'operatore economico direttamente interessato dalla suddetta questione (Vescovi Renzo S.p.A.);

RILEVATO che la suddetta Società ha sostenuto che una condanna non definitiva con applicazione della misura interdittiva del divieto di contrattare con la p.a., non comporta l'esclusione automatica dell'operatore economico, né può essere valutata ai sensi degli artt. 95 e 98 del codice. Viene osservato che il sistema sanzionatorio delineato dal d.lgs. n. 231/2011 ha natura penale, come confermato anche dall'applicazione dei cd. criteri Engel e dall'applicazione dei principi elaborati dalla Corte EDU e dalla Corte Costituzionale, da cui discende l'applicazione del principio della presunzione di innocenza, come si evince dagli artt. 34 e 35 del d.lgs. n. 231/2001. Secondo la Società, l'effetto espulsivo automatico, di cui all'art. 94, comma 5, lett. a) del codice, consegue solo all'adozione di una sentenza di condanna definitiva; ciò si ricaverebbe dalla natura penalistica del sistema sanzionatorio delineato dal d.lgs. n. 231/2001, dall'interpretazione sistematica dell'art. 94 del codice con l'art. 57, par. 1, della direttiva 2014/24/UE (che si riferisce alle sole condanne definitive), dall'art. 650 c.p.p. (che attribuisce forza esecutiva solo alle sentenze irrevocabili) e dall'art. 77 del d.lgs. n. 231/2001. Viene, inoltre, sostenuto che, in mancanza di un accertamento definitivo in sede giurisdizionale sulla responsabilità dell'ente, la SA non potrebbe procedere neppure ad una valutazione discrezionale della misura interdittiva, nell'ottica del grave illecito professionale, in quanto anche per le persone giuridiche vige la presunzione di innocenza e la responsabilità amministrativa dell'ente non discende automaticamente dalla responsabilità penale delle persone fisiche. In ogni caso, la SA dovrebbe valutare l'intervenuta adozione di misure di *self cleaning*, da



parte della Società, dichiarate in sede di gara, tenendo conto del decorso di un lungo intervallo di tempo (circa 15 anni) dal supposto illecito;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento di cui alla nota prot. 139962 del 27 novembre 2024, successiva all'integrazione dell'istanza di precontenzioso da parte del legale rappresentante della Provincia di Livorno (di cui alla nota prot. n. 139184 del 26 novembre 2024);

RILEVATO che, dalla documentazione in atti, risulta che la Società Vescovi Renzo S.p.A., in fase di gara, ha dichiarato di essere destinataria di una sentenza di condanna da parte del Tribunale di Pistoia emessa il 10 maggio 2021, con la quale è stata disposta la sanzione interdittiva del divieto di contrarre con la P.A. per due anni, ai sensi del d.lgs. n. 231/2001. In seguito all'attivazione del soccorso istruttorio, la Società ha precisato che la sentenza è stata impugnata dinanzi alla Corte d'Appello di Firenze e che la Società ha adottato misure di *self cleaning*, sia di carattere preventivo (nomina di un nuovo C.d.A., modifiche della base sociale con nuova ripartizione delle azioni e ingresso di un nuovo socio, adozione di un nuovo modello organizzativo e nomina di un nuovo organismo di vigilanza), che riparatorio (adeguamento del fondo di accantonamento preesistente all'importo indicato dal Tribunale e costituzione di un nuovo fondo di accantonamento). La Società ha, inoltre, trasmesso alla SA copia dei provvedimenti relativi al procedimento penale;

CONSIDERATO, preliminarmente, che il d.lgs. n. 231/2001 ha introdotto la "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*", prevedendo un modello di responsabilità degli enti conseguente a determinati reati commessi nel loro interesse o vantaggio. Tale responsabilità, pur se definita come "*amministrativa*", presenta profili di peculiarità, perché riconnessa, comunque, alla commissione di un reato ed applicata nell'ambito di un processo penale e con le relative garanzie, tanto che nella Relazione di accompagnamento al decreto è prospettata "*la nascita di un tertium genus, che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo*". In tal modo, anche se è stato formalmente fatto salvo il tradizionale principio di irresponsabilità penale delle persone giuridiche (*societas delinquere non potest*), si sono, tuttavia, prefigurate sanzioni punitive nei confronti degli enti coinvolti nella commissione di illeciti penali. L'impianto sanzionatorio prevede sia sanzioni pecuniarie che interdittive, oltre alla confisca e alla pubblicazione della pena. Tra le sanzioni interdittive, l'art. 9, comma 2, del decreto annovera, alla lett. c) il "*divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio*". Tale divieto, che è rivolto all'ente destinatario della misura, si applica in presenza di almeno una delle condizioni previste nell'art. 13 del decreto: a) l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevanza entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; b) in caso di reiterazione degli illeciti. Ai sensi dell'art. 14 del decreto, il divieto a contrarre con la p.a. non ha portata generalizzata, ma ha "*ad oggetto la specifica attività cui si riferisce l'illecito*" e può essere anche limitato a determinati tipi di contratto o a determinate amministrazioni (cfr. Cons. Stato, parere, 11 gennaio 2005; Parere AVCP n. 152 del 14 maggio 2008). Tale sanzione può essere irrogata dal giudice penale con la sentenza di condanna, di cui all'art. 69 del decreto, oppure con ordinanza cautelare, ai sensi dell'art. 45, comma 1, del decreto, nelle ipotesi in cui sussistano le condizioni ivi previste. Al procedimento penale si applicano, inoltre, le disposizioni del codice di procedura penale, in quanto compatibili, a fronte del rinvio operato dall'art. 34 del decreto medesimo;

CONSIDERATO che l'art. 94, comma 5, del codice prevede che è escluso "automaticamente" da una procedura d'appalto "a) l'operatore economico destinatario della sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lett. c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, o di altra sanzione che comporta il divieto



*di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81". Tale previsione riproduce fedelmente il contenuto dell'art. 80, comma 5, lett. f) del d.lgs. n. 50/2016, recependo l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la presenza di una sanzione interdittiva configura una causa di esclusione automatica dalla partecipazione alle procedure di gara, comportando il vincolo della stazione appaltante ad escludere l'operatore economico destinatario della sanzione, per il periodo di efficacia di quest'ultima senza compiere una autonoma valutazione (Cons. Stato, sez. III, 19 dicembre 2023, n. 10994; Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2024, n. 4111 e n. 4113; Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2021, n. 386; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 6 dicembre 2021, n. 3399; si veda Parere Anac FC 1/2023 del febbraio 2023);*

RILEVATO, tuttavia, che la richiamata disposizione non prevede espressamente se, ai fini dell'effetto automaticamente escludente, la sanzione di cui al citato art. 9, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 231/2001, debba essere irrogata con sentenza di condanna definitiva e, dunque, esecutiva a carico dell'operatore economico ex d.lgs. n. 231/2001. Pertanto, al fine di dirimere la questione controversa, si ritiene necessario chiarire, in primo luogo, quale sia l'ambito di applicazione oggettivo della suddetta causa di esclusione automatica; in secondo luogo, precisare la linea di confine rispetto alla causa di esclusione non automatica di cui all'art. 98, comma 3, lett. h), che annovera le sentenze non definitive di condanna dell'ente per i reati c.d. presupposto della responsabilità amministrativa da reato, tra i mezzi di prova "adeguati" da cui desumere la sussistenza di un grave illecito professionale;

RITENUTO che, nel caso che qui rileva, in cui la sanzione interdittiva sia stata irrogata con sentenza, ai fini della produzione dell'esclusione automatica dalle procedure di gara, è necessario che la condanna penale sia definitiva ed esecutiva. Tale presupposto, pur non essendo esplicitato nella lettera dell'art. 94, comma 5, lett. a) del codice (che testualmente richiama la "*sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. c)*" del d.lgs. n. 231/2001) si desume in via sistematica da diversi elementi. Al riguardo, occorre considerare che l'art. 650 c.p.p. (applicabile anche a tali condanne alla luce del rinvio al c.p.p. operato dall'art. 34 del d.lgs. n. 231/2001) attribuisce forza esecutiva alle sentenze e ai decreti penali irrevocabili, per cui, in mancanza di provvedimenti cautelari esecutivi, la condanna in primo grado dell'ente non può essere intesa come definitiva ed esecutiva, anche per quanto riguarda la sanzione interdittiva a carico della società (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. V, 27 maggio 2024, n. 1985). Tale principio generale trova conferma nell'art. 77, comma 2, del d.lgs. n. 231/2001 (parzialmente derogatorio dell'art. 662 c.p.p.), secondo cui "*Ai fini della decorrenza del termine di durata delle sanzioni interdittive si ha riguardo alla data della notificazione*" della sentenza all'ente a cura del pubblico ministero; per cui, solo in seguito alla notificazione della sentenza avente forza esecutiva da parte del P.M., la sanzione interdittiva può esplicare i suoi effetti e determinare la sanzione espulsiva automatica dalle procedure di gara ricadenti nell'intervallo di efficacia temporale della sanzione. Inoltre, sotto un profilo sistematico, si osserva che anche l'art. 96, comma 8, del d.lgs. n. 36/2023, nel dettare le regole residuali da seguire per la determinazione della rilevanza temporale della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la p.a. (nel caso in cui non sia fissata dalla sentenza), fa riferimento alla "*sentenza penale di condanna definitiva*";

RILEVATO che ulteriore conferma della suddetta conclusione si ricava anche dal principio di tassatività e dal principio di colpevolezza. Il principio di tassatività, rispetto alla questione in esame, viene in considerazione sia come principio cardine del sistema sanzionatorio, quale corollario del principio di legalità (il quale esclude la possibilità di estendere l'applicazione delle sanzioni derivanti da responsabilità amministrativa da reato in presenza di presupposti diversi da quelli previsti dalla legge), sia come principio cardine delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici (il quale impone l'interpretazione stretta e rigorosa delle fattispecie escludenti, senza possibilità di una loro



estensione analogica ed evitando significati impliciti, che rischierebbero di limitare la libertà di iniziativa economica). Invece, il principio di consapevolezza impone di applicare anche alle persone giuridiche destinatarie di sanzioni amministrative aventi natura penale la presunzione di innocenza fino all'accertamento definitivo della loro responsabilità in sede giurisdizionale (cfr. Corte EDU 10 novembre 2022, C-203/21);

RITENUTO, tuttavia, che in caso di sentenza di condanna non definitiva, la SA, pur non potendo escludere in automatica l'operatore, debba valutare il reato-presupposto ex d.lgs. n. 231/2001, oggetto della sentenza, nell'ambito del grave illecito professionale, ai sensi e nei termini di cui all'art. 98. Infatti, nell'ambito di tale causa di esclusione non automatica, il nuovo codice (recependo le indicazioni delle Linee guida Anac n. 6) prevede la rilevanza, anche a carico dell'operatore economico ex d.lgs. 231/2001, della contestata o accertata commissione dei reati-presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente. L'art. 98, comma 3, lett. h), n. 5) richiama "*i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*", precisando che, a tali fini, costituiscono mezzi di prova adeguati i provvedimenti indicati nella lett. h) del comma 6 dell'art. 98 (sentenza di condanna definitiva, decreto penale di condanna irrevocabile, condanna non definitiva, provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale). A differenza dell'art. 94 che fa espresso riferimento alla "*sanzione interdittiva*", l'art. 98 richiede la contestazione e/o l'accertamento di uno dei reati-presupposto, indipendentemente dal fatto che il provvedimento cautelare o la sentenza di condanna applichino sanzioni interdittive;

RITENUTO che, sotto tale aspetto, non sono condivisibili le argomentazioni della Società secondo cui la condanna non definitiva dell'ente ex d.lgs. n. 231/2001 non può rilevare neppure come causa di esclusione non automatica, non considerando (tale tesi) il chiaro disposto dell'art. 98, comma 3, lett. h), n. 5), da leggersi in combinato con il comma 6, lett. h) della medesima disposizione;

RILEVATO che, in ogni caso, la SA è tenuta a valutare i provvedimenti di riparazione delle conseguenze del reato, di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 231/2001, adottati dall'operatore economico nella direzione del ravvedimento e della riparazione dell'errore, anche nell'ottica del c.d. *self cleaning*;

CONSIDERATO, infatti, che il legislatore ha previsto, come possibile temperamento delle cause di esclusione di cui all'art. 94 (ad eccezione del comma 6) e all'art. 95 (ad eccezione del comma 2), che l'operatore economico possa adottare misure di *self cleaning* per dimostrare la sua affidabilità, consistenti nell'aver risarcito o essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, nell'aver chiarito i fatti e le circostanze collaborando con le autorità, nell'adozione di provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Ai fini della concreta operatività del meccanismo correttivo, è necessario, da un lato, che l'operatore economico assolva gli oneri comunicativi di cui all'art. 96, commi 3 o 4, del codice (adottando e comunicando tempestivamente alla stazione appaltante le misure adottate), dall'altro, che si verifichino le condizioni di cui all'art. 96, comma 6, in quanto l'operatore deve dimostrare che le misure adottate siano sufficienti a dimostrare la sua affidabilità, che siano state adottate tempestivamente e che siano state valutate positivamente dalla stazione appaltante;

RILEVATO che, nel caso in esame, la Società Vescovi Renzo S.p.A. ha comunicato di avere adottato, molti anni prima dell'indizione della presente procedura, misure sia di carattere preventivo (nomina di un nuovo C.d.A., modifiche della base sociale con nuova ripartizione delle azioni e ingresso di un nuovo socio, adozione di un nuovo modello organizzativo e nomina di un nuovo organismo di vigilanza), che riparatorio (adeguamento del fondo di accantonamento preesistente all'importo indicato dal Tribunale e



costituzione di un nuovo fondo di accantonamento), precisando altresì che è decorso un intervallo di tempo ampio (circa 15 anni) dal supposto illecito;

RITENUTO che spetti esclusivamente alla stazione appaltante valutare la sufficienza e la tempestività dei suddetti provvedimenti adottati dall'operatore economico per prevenire la commissione di ulteriori reati ex art. 231/2001 all'interno dell'ente (sulla spettanza di tale valutazione alla SA cfr. Delibera Anac n. 432 del 30 settembre 2024).

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che:

- in caso di sentenza di condanna non definitiva, con sanzione interdittiva non esecutiva, la stazione appaltante non può procedere all'esclusione automatica dell'operatore economico, ai sensi dell'art. 94, comma 5, lett. a) del codice, ma deve valutare il reato-presupposto a cui è stato condannato in via non definitiva l'operatore economico ex d.lgs. n. 231/2001 nell'ambito del grave illecito professionale, ai sensi e nei termini di cui all'art. 98 del codice;
- spetta in via esclusiva alla stazione appaltante valutare le misure di *self cleaning* adottate dall'operatore economico.

Il Presidente  
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 gennaio 2025  
Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente