

## **Prime annotazioni di natura penalistica sul nuovo testo dell'art. 80**

Per comprendere appieno il nuovo testo dell'art. 80 del D.L. n. 32 del 18 aprile 2019 coordinato con la legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55 bisogna inquadrarlo nel percorso evolutivo e di maturazione della lotta alla corruzione.

Dopo la legge Severino n. 190/2012 e la legge n. 69/2015 e, da ultimo, la legge n. 3/2019 del 9 gennaio scorso (misura di contrasto dei reati contro la P.A., nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza), la prevenzione e la trasparenza amministrativa sono assunte a seconda leva fondamentale dell'azione pubblica, nella materia dell'anticorruzione, a fianco della repressione penale che è la leva tradizionale.

E, dunque, trasparenza, inconfiribilità/incompatibilità di incarichi, conflitti di interesse, piani di prevenzione della corruzione, codici di comportamento e vigilanza sugli appalti sono oramai i capitoli essenziali del paradigma preventivo, retto dal diritto amministrativo e declinato in una miriade di atti legislativi e strumenti di *soft law*: regolamenti, atti di indirizzo, linee guida e raccomandazioni.

Nondimeno le leggi che ho citato hanno innovato vaste aree del diritto penale della P.A. espandendo l'area del diritto penale: nuovi reati, fattispecie più ampie, pene più severe; estendendo le ipotesi speciali di ablazione patrimoniale – inizialmente congegnate per colpire le cosche mafiose – anche ai principali reati contro la P.A.

\*\*\*\* \* \* \* \*

### ***Il comma 1***

Un primo elemento da sottolineare è che nella versione antecedente alla conversione era stato eliminato il riferimento all'esclusione dell'operatore economico in caso di condanna “anche riferita a un subappaltatore nei casi di cui all'art. 105, comma 6”. Ora tale previsione è ricomparsa insieme a quella del 5° co., ma è sospesa fino al 31.12.2020.

Inoltre, è opportuno ricordare che sono ostative le condanne definitive, i decreti penali di condanna irrevocabili e le sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per una schiera sterminata di ipotesi delittuose, consumate o tentate.

Mi limito a segnalare che oltre al delitto associativo e a quello di stampo mafioso, ai delitti del testo unico in materia di stupefacenti, all'attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti (art. 260 T.U.A.), vi è un arcipelago variegato e indefinito costituito "*dai delitti commessi avvalendosi..... ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di stampo mafioso*". All'interno di questa espressione possono essere ricondotte le fattispecie più diverse: dai delitti fiscali commessi per agevolare le associazioni mafiose, fino ai reati di estorsione, turbata libertà degli incanti, turbata libertà dell'industria o del commercio, e di illecita concorrenza con minaccia o violenza sempre che siano riconducibili alla partecipazione ad un'organizzazione criminale quale quella definita dall'art. 2 della decisione quadro adottata dal Consiglio d'Europa il 24 ottobre 2008 relativa alla criminalità organizzata.

Sono, poi, ostativi tutti i reati elencati alla lettera b), e va annoverato il reato di corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c. che da gennaio 2019 è procedibile d'ufficio e non più a querela di parte.

Così, come tra gli altri, quelli – lett e) – di riciclaggio, impiego in attività economiche e autoriciclaggio. Segnalo che non è ricompreso il delitto di ricettazione di cui all'art. 648 c.p.

Infine, degna di nota è la dizione della lettera g) che fa riferimento ad ogni altro delitto da cui derivi quale pena accessoria l'incapacità di trattare con la P.A. di cui all'art. 317 bis c.p. da leggere in combinato disposto con gli artt. 32 ter e quater c.p. che annoverano diversi altri reati non previsti dalle precedenti lettere del comma 1.

\*\*\*\* \*\*

### ***Il comma 2.***

Costituisce motivo di esclusione la sussistenza - con riferimento ai soggetti indicati al comma 3 dell'articolo in commento - di cause di decadenza, sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del D. Lgs. n. 159/2011. E vale

quindi anche per i sub-appaltatori: come noto, infatti, il subappalto può essere proprio *l'escamotage* per aggirare i controlli sulle infiltrazioni.

La novità, in questo caso, è rappresentata dal capoverso della lettera 2 che recita *“Resta fermo, altresì, quanto previsto dall’art. 34-bis, commi 6 e 7, del Decreto Legislativo n. 159 del 6 settembre 2011”*. **Si tratta di un’esimente dalle cause di esclusione dalle gare ad evidenza pubblica per quelle società/imprese/enti che abbiano impugnato il provvedimento prefettizio e richiesto la misura del controllo giudiziario in caso di infiltrazione occasionale.** Viene così adeguata la disciplina contenuta nel codice degli appalti alle recenti modifiche apportate alla normativa antimafia.

L’ammissione al controllo giudiziario consente agli operatori economici di completare l’esecuzione dei contratti già in essere, oltre che di partecipare a nuove procedure di affidamento, evitando l’esclusione sebbene siano stati destinatari di provvedimenti interdittivi.

\*\*\*\* \*\*

### **Il comma 3.**

In primo luogo viene ridefinito l’ambito di applicazione delle cause di esclusione connesse a provvedimenti penali di condanna o a quelli antimafia emessi nei confronti del socio di maggioranza, **che avranno ora rilevanza escludente solo nel caso in cui le aziende abbiano un numero di soci pari o inferiore a quattro.**

Il legislatore anche in questo caso ha inteso **allineare le disposizioni del codice degli appalti con quelle previste nel suddetto codice antimafia in materia di controlli su società con meno di quattro soci.**

Tale modifica, al pari delle altre, dovrà essere attentamente richiamata nei disciplinari di gara per le procedure bandite dal 19 aprile 2019.

Indugiando ancora sul terzo comma, va sottolineato che fra le circostanze che permettono alle imprese di rimanere in gara viene inserito accanto alla depenalizzazione o estinzione del rato, alla riabilitazione concessa ai sensi dell’art. 179 c.p. e alla revoca della condanna, **anche il riferimento all’estinzione delle pene accessorie perpetue per effetto del nuovo comma 7 dell’art. 179 c.p., di recente aggiunto dalla legge c.d. spazzacorrotti.**

Nello specifico, tale disposizione prevede che se l’incapacità di contrattare con la Pubblica Amministrazione (o l’interdizione dai pubblici uffici) è comminata

in perpetuo, la riabilitazione non produce effetti immediati, **ma decorsi 7 anni dalla sua applicazione e sempre che il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta.**

**\*\*\* \*\***

#### **Il comma 4.**

**Non** viene più rafforzato il potere delle stazioni appaltanti in ordine alla verifica del mancato pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali da parte delle imprese partecipanti alla gara, che dunque **non** potranno essere escluse anche nel caso in cui la violazione venga solo dimostrata dalla stazione appaltante pur non essendo stata definitivamente accertata.

**Resta, dunque, confermata la previgente previsione in base alla quale l'esclusione del concorrente poteva avvenire solo in presenza di gravi violazioni, per di più definitivamente accertate.**

Tale modifica era stata proposta per risolvere la **procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia a seguito della lettera di costituzione in mora n. 2018/2273 perché il testo previgente sacrificava troppo l'autonomia di valutazione delle stazioni appaltanti.**

**\*\*\* \*\***

#### **I commi 10 e 10 bis.**

Da ultimo, va dato conto **dell'integrale sostituzione del comma 10 e dell'introduzione del comma 10 bis al fine di adeguare la disciplina relativa alla durata della misura sanzionatoria dell'esclusione dalle procedure di gara al nuovo testo dell'art. 317 bis c.p., così come riscritto dalla legge 3 del 2019.**

In base alla nuova formulazione del comma 10, qualora la sentenza di condanna definitiva non fissi la durata della pena accessoria del divieto di contrattare con la P.A., la durata dell'esclusione sarà alternativamente:

- a) perpetua in presenza dei reati contro la P.A. enucleati dall'art. 317 bis c.p. cui consegue di diritto l'applicazione della pena accessoria a vita (salvo che non sia stata dichiarata estinta ex art. 179 comma 7 c.p.);
- b) pari a sette anni laddove venga inflitta la reclusione non superiore a due anni o ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 323 bis comma 1 c.p. (fatta salva l'intervenuta riabilitazione);
- c) pari a cinque anni in ipotesi diverse da quelle appena esaminate, fra le quali sembra rientrare anche, ma non solo, quella in cui ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 323 bis, comma 2 c.p.

**Il nuovo comma 10 bis prevede però una riduzione della durata dell'esclusione se, nelle predette ipotesi di cui alle lettere b) e c), la pena è inferiore, rispettivamente a sette e cinque anni di reclusione. In tal caso il divieto avrà, infatti, la medesima durata della pena principale.**

**Infine, la seconda parte del comma 10 bis precisa che nei casi di cui al comma 5 del medesimo articolo, fra i quali rientra la commissione di gravi illeciti professionali, la durata dell'esclusione sarà a pari a tre anni, decorrenti dall'adozione del provvedimento amministrativo di esclusione o dal passaggio in giudicato della sentenza, se oggetto di contestazione, e non più dall'accertamento definitivo del fatto illecito come originariamente previsto dalla norma.**

Tale previsione rafforza la scelta di attribuire rilevanza escludente anche a inadempienze non accertate in via definitiva, ma comunque idonee a rendere dubbia l'integrità e l'affidabilità professionale dell'operatore economico.

**Nella stessa direzione va il periodo successivo che chiude il comma 10 bis che prescrive alle stazioni appaltanti di tenere conto dei fatti illeciti riconducibili all'impresa nel tempo necessario alla definizione del relativo giudizio, ai fini della propria valutazione circa la sussistenza o meno dei presupposti per escludere la stessa dalla procedura di gara.**

Avv. Stefano Bruno

(studio legale BRB; cassazionista, vice-presidente dell'Associazione Diritto Penale Economia Impresa)