

Il requisito della moralità professionale di cui all'art. 38, c. 1, lett. c), del D.lgs. n. 163 del 2006 alla luce della recente giurisprudenza amministrativa

Autore: Sperduti Massimo

In: Diritto amministrativo

Il possesso del requisito della moralità professionale è indispensabile per le imprese che vogliono partecipare alle procedure di gara concernenti l'affidamento dei pubblici appalti, secondo quanto stabilito dall'art. 38, c. 1, lett. c) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici, e dall'art. 45 della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, concernente il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi.

Tale requisito consiste nell'insussistenza in capo al soggetto concorrente di comportamenti penalmente rilevanti, accertati giudizialmente in via definitiva, riguardanti i reati enunciati dai citati articoli 38 del decreto e 45, paragrafo 1, della direttiva, ovvero riconducibili a fattispecie gravi in danno dello Stato o della Comunità concernenti situazioni, fatti e circostanze che risultano idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante in relazione alla specifica obbligazione dedotta in contratto.

L'impresa può essere esclusa dalla procedura di affidamento allorchè venga accertato che i provvedimenti di condanna, sentenza passata in giudicato, decreto penale divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del c.p.p., siano stati adottati nei confronti del titolare, dei soci delle società in nome collettivo, dei soci accomandatari, se si tratta di società in accomandita semplice, degli amministratori muniti di potere di rappresentanza, se si tratta di altri tipi di società o di consorzio, e dei direttori tecnici.

A prescindere dai reati specificamente elencati nelle disposizioni menzionate, e cioè, partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode e riciclaggio, che rappresentano in ogni caso causa di esclusione dalla gara o per i quali vige una preclusione assoluta alla conclusione del contratto, le condanne comminate agli esponenti dell'impresa devono: a) possedere il requisito della gravità[1]; b) incidere sulla moralità professionale; c) essere stati commessi in danno dello Stato o della Comunità.

Al riguardo, si rammenta che il Ministero dei Lavori Pubblici, nella circolare n. 182/400/93 del 1° marzo 2000, concernente le prime indicazioni interpretative ed operative del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, ha ritenuto che, nella valutazione della incidenza della condanna sull'elemento fiduciario, la stazione appaltante debba compiere un apprezzamento discrezionale, traendo elementi di valutazione ponderata

dalla gravità del fatto, dal tempo trascorso dalla condanna e da eventuali recidive.

Anche la giurisprudenza di legittimità e di merito, con riferimento alla disciplina previgente, si sono più volte pronunciate conformemente all'indirizzo interpretativo ministeriale; pertanto, risulta ormai pacifico che "[...] l'Amministrazione ha un ampio margine di discrezionalità nell'apprezzare, caso per caso, se i reati, per i quali sono intervenute condanne penali a carico dei partecipanti ad una gara pubblica, sono tali da incidere sulla moralità professionale dei concorrenti, con conseguente necessità di disporre la loro esclusione dalla procedura."[2]

Nell'apprezzamento della moralità del concorrente assumono particolare rilevanza gli effetti che si ricollegano alla disposizione contenuta nell'art. 445, c. 2, del c.p.p., il quale prevede l'estinzione del reato e di ogni effetto penale ad esso riferito ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni, se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole.

In merito, una parte della dottrina ritiene che la mancata indicazione nel casellario giudiziale del titolare o dell'esponente dell'impresa di ulteriori condanne per reati dello stesso tenore commessi entro i termini previsti dalla disposizione citata, faccia propendere per la sussistenza del requisito in argomento in capo al predetto soggetto; di conseguenza l'impresa non potrebbe essere esclusa dalla gara d'appalto.

Tuttavia, a parere di chi scrive, l'inesistenza di iscrizioni ulteriori sul certificato del casellario giudiziale non esclude l'ipotesi che il soggetto abbia commesso un reato della stessa indole nell'arco temporale di "osservazione" previsto dalla norma, il cui accertamento sia ancora rimesso alle decisioni del giudice penale; da ciò si dovrebbe desumere che la disposizione in argomento possa produrre effetti positivi in favore del concorrente, in presenza dei presupposti ivi previsti, solo qualora il giudice dell'esecuzione ne accerti l'esistenza su istanza dell'interessato.

In altri termini, il mero decorso del tempo dalla pronuncia di condanna, previsto dal c. 2° dell'art. 445, non è sufficiente, ex se, a determinare la produzione degli effetti ivi previsti, per le motivazioni di cui si è detto.

Tale orientamento, ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità, è stato recentemente ribadito dal Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, sez. I, con la sentenza n. 1473 del 23 settembre 2009, secondo cui "[...] ai fini dell'estinzione del reato «a norma dell'art. 445, c. 2, c.p.p.» è pur sempre necessario un intervento ricognitivo del giudice, [...] non risultando sufficiente il solo decorso del tempo, [...]".[3]

Altra questione di particolare importanza attiene alla incidenza, sul requisito in argomento, delle condanne per reati depenalizzati, risultanti dalla certificazione rilasciata dal casellario giudiziale.

Al riguardo, la giurisprudenza di merito, per quanto concerne gli aspetti legati alle dichiarazioni sostitutive di cui all'art. 38, c. 2, del codice degli appalti, ha stabilito che le condanne relative a reati depenalizzati, contrariamente a quelle oggetto di estinzione o di riabilitazione, debbano essere dichiarate dai concorrenti ai sensi della norma predetta.[4]

Tuttavia, in proposito, appare utile evidenziare che nelle ipotesi in cui la lesione o la messa in pericolo di determinati interessi non vengano più ritenute meritevoli di essere penalmente sanzionate, in quanto il giudizio di disvalore sociale del fatto è venuto meno a seguito delle nuove valutazioni operate dal legislatore, le condotte accertate e punite sulla base delle disposizioni previgenti divengono irrilevanti ai fini penali.

Per quanto precede, il comportamento stigmatizzato a mente delle disposizioni precedentemente in vigore, con l'intervento della disposizione che lo depenalizza è tamquam non esset.

Risulta, quindi, del tutto condivisibile l'orientamento espresso recentemente dal Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto, sez. I, con la sentenza n. 2415 del 18 settembre 2009, il quale, ribadendo quanto già statuito dal Consiglio di Stato con la decisione n. 4594 del 23 luglio 2009, ha sostenuto “[...] l'irrilevanza delle vicende coperte da depenalizzazione, in quanto il giudizio di disfavore per i reati commessi risulta superato dalla valutazione operata dal legislatore, che lo ha escluso ora per allora.”[5]

D'altra parte, non potrebbe essere altrimenti, visto che tale posizione è la risultante dell'applicazione della norma contenuta nell'art. 2, c. 2, c.p., che stabilisce la cessazione degli effetti penali della condanna per i fatti che secondo una legge posteriore non costituiscono più reato.

Per quanto osservato, l'eventuale omessa indicazione da parte del concorrente delle condanne per reati depenalizzati nella dichiarazione di cui all'art. 38, c. 2°, non può rappresentare causa di esclusione dello stesso dalla gara per l'affidamento di pubblici appalti.

Dott. Massimo Sperduti

Ragioniere commercialista

Revisore Contabile

[1] In merito, la giurisprudenza di legittimità ritiene che la valutazione della “gravità” del reato è rimessa all’apprrezzamento della stazione appaltante “che è chiamata a una ponderazione circostanziata e selettiva di tali reati, a cui la norma rinvia in modo generico, consentendo di far riferimento sia ai delitti che alle contravvenzioni, sia a reati dolosi che colposi”; in questo senso Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3773, in *Giornale Dir. Amm.*, 2009, 9, 986.

[2] T.A.R. Piemonte, sez. I, 13 novembre 2002, n. 1857, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 1, 113; in senso conforme, Consiglio di Stato, sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349, in *Pluris Cedam-Utet*, 2006, secondo cui “si deve affermare la necessità, ai fini dell’esclusione da una gara di appalto, di una discrezionale valutazione dell’Amministrazione, insindacabile in sede giudiziale se non mediante la dimostrazione della sussistenza di vizi logici ovvero dell’erronea rappresentazione dei fatti, in ordine alla rilevanza di una condanna penale, subita dall’imprenditore partecipante alla gara stessa”; ancora, Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723, in *Pluris Cedam-Utet*, 2007, il quale sostiene che “in materia di cause di esclusione dalle gare per reati incidenti sulla moralità professionale, la verifica dell’incidenza dei reati commessi dal legale rappresentante dell’impresa sulla moralità professionale della stessa attiene all’esercizio del potere discrezionale della P.A. e deve essere valutata attraverso la disamina in concreto delle caratteristiche dell’appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato.”

[3] La sentenza risulta pubblicata sul sito www.giustizia-amministrativa.it. Al riguardo si fa presente che la decisione in commento richiama quella pronunciata dal Consiglio di Stato, sez. V, n. 1331, del 2007, anch’essa pubblicata sul predetto sito, secondo cui “[...] L’estinzione del reato che ha costituito oggetto di sentenza di patteggiamento, in conseguenza del verificarsi delle condizioni previste dall’art. 445, c. 2, c.p.p. [...] non opera ipso iure ma richiede una formale pronuncia da parte del giudice dell’esecuzione, ai sensi dell’art. 676 c.p.p..”

[4] T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 27 marzo 2009, n. 3215, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 7,893.

[5] Entrambe le decisioni sono pubblicate sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

<https://www.diritto.it/il-requisito-della-moralita-professionale-di-cui-all-art-38-c-1-lett-c-del-d-lgs-n-163-del-2006-alla-luce-della-recente-giurisprudenza-amministrativa/>