

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/07/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32053-gara-di-appalto-e-cause-di-esclusione-di-cui-all-art-38-comma-1-lettera-c-d-lgs-163-2006>

Autori: Servetto Tommaso, Maccia Roberta

Gara di appalto e cause di esclusione di cui all'art. 38 comma 1° lettera c) D.Lgs. 163/2006.

art. 38 D.Lgs. 163 2006

GARA DI APPALTO E CAUSE DI ESCLUSIONE DI CUI ALL'ART. 38 COMMA 1° LETTERA C) D.LGS. 163/2006.

L'art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici) è stato modificato dalla legge 12 luglio 2011 n. 106 (che ha convertito con modificazione il D.L. 13 maggio 2011 n. 70) come di seguito evidenziato in carattere grassetto sottolineato.

Art. 38 – ante novella	Art. 38 –nuova formulazione
<p>1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:</p> <p>a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;</p> <p>b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società;</p> <p>c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi</p>	<p>1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:</p> <p>a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;</p> <p>b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società; <i>(lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lett. b), legge 106 del 2011)</i></p> <p>c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi</p>

<p>nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale;</p>	<p>nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico <u>o il socio unico, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci</u>, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti <u>cessati dalla carica nell'anno</u> antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri <u>che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione</u> della condotta penalmente sanzionata; <u>l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima; (Vedi Regolamento art. 78, comma 3).</u> <i>(lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lett. b), legge 106 del 2011)</i></p>
<p>d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55;</p>	<p>d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55; <u>l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa;</u> <i>(lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lett. b), n. 1.3), d.l. n. 70 del 2011)</i></p>
<p>e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;</p>	<p>e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;</p>
<p>f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;</p>	<p>f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;</p>
<p>g) che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;</p>	<p>g) che hanno commesso violazioni <u>gravi</u>, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti; <i>(lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lett. b), legge 106 del 2011)</i></p>

<p>h) che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;</p> <p>i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti;</p> <p>l) che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2;</p> <p>m) nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248;</p> <p>m-bis) nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico.</p> <p>m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla</p>	<p><u>h) nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti;</u> <i>(lettera così sostituita dall'art. 4, comma 2, lett. b), legge 106 del 2011)</i></p> <p>i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti;</p> <p>l) che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2;</p> <p>m) nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001, n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248; <i>(disposizione abrogata, ora il riferimento è all'art. 14 D.Lgs. 81 del 2008 –n.d.r.)</i></p> <p><u>m-bis) nei cui confronti, ai sensi dell'articolo 40, comma 9-quater, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA;</u> <i>(lettera così sostituita dall'art. 4, comma 2, lett. b), legge 106 del 2011)</i></p> <p>m-ter) di cui alla precedente lettera b) che <u>[ELIMINATE LE SEGUENTI PAROLE: anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste]</u> pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base</p>
---	---

<p>pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio;</p> <p>m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.</p> <p>1-bis. I casi di esclusione previsti dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario.</p> <p>2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in</p>	<p>della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato <u>nell'anno antecedente</u> alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio; (lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lett. b), legge 106 del 2011)</p> <p>m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.</p> <p>1-bis. <u>Le cause di esclusione previste</u> dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario, <u>limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento.</u> (comma modificato dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge 106 del 2011)</p> <p><u>1-ter. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.</u> (comma introdotto dall'art. 4, comma 2, lett. b), legge 106 del 2011)</p> <p><u>2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in</u></p>
---	--

conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera *m-quater*), i concorrenti allegano, alternativamente: *a*) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; *b*) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione è corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne quando il reato è stato depenalizzato ovvero per le quali è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima. Ai fini del comma 1, lettera e) si intendono gravi le violazioni individuate ai sensi dell'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 e successive modificazioni, fermo restando quanto previsto, con riferimento al settore edile, dall'articolo 27, comma 1-bis, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. Ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602. Ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266; i soggetti di cui all'articolo 47, comma 1, dimostrano, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva. Ai fini del comma 1, lettera *m-quater*), il concorrente allega, alternativamente:

a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente.

Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono

<p>3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni. In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002.</p> <p>4. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti.</p> <p>5. Se nessun documento o certificato è rilasciato da altro Stato dell'Unione europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza.</p>	<p><u>imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.</u> <i>(comma così sostituito dall'art. 4, comma 2, lett. b), legge 106 del 2011)</i></p> <p>3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni. In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002.</p> <p>4. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti.</p> <p>5. Se nessun documento o certificato è rilasciato da altro Stato dell'Unione europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza.</p>
---	---

Ciò premesso, la riflessione che conduce ad operare la presente indagine nasce dalla lettura dell'attuale 'lettera C', laddove il Legislatore utilizza l'espressione '*reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale*'.

Mancando parametri normativi fissi e predeterminati, la verifica della sussistenza di tale causa di esclusione nelle imprese partecipanti alle gare di appalto è rimessa all'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione aggiudicatrice che, spesso, adotta un atteggiamento fortemente rigoristico, con la tendenza a dilatare eccessivamente i confini dei fatti di reato idonei ad incidere negativamente; ciò tanto più se si considera che, nell'ipotesi di cui all'art. 444 c.p.p., l'applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento) non comporta necessariamente l'affermazione della responsabilità del reo.

Da ciò consegue che la Stazione Appaltante, nel valutare la concreta incidenza di un fatto di reato sulla moralità professionale dell'impresa, gode di un così ampio margine di discrezionalità da sconfinare, a volte, nell'arbitrio. Così operando, c'è il rischio che qualsiasi reato giustifichi l'esclusione dalle gare (poiché ogni violazione della legge penale suscita allarme sociale e lede pertanto la società civile).

Invece non è sufficiente l'accertamento, in capo al soggetto interessato, di una condanna penale irrevocabile (ovvero patteggiamento o decreto penale di condanna irrevocabili), giacché il dettato normativo è volto a richiedere una concreta valutazione da parte dell'Amministrazione per la verifica - attraverso un apprezzamento discrezionale che deve essere adeguatamente motivato - dell'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario da instaurare attraverso il contratto con l'Amministrazione stessa (ad esempio considerando l'elemento psicologico del reato, la gravità del reato tradotta in termini di pena comminata, il tempo trascorso dal fatto di reato, le eventuali recidive: così, DETERMINAZIONE AUTORITÀ PER LA VIGILANZA DEI CONTRATTI PUBBLICI 13/2003).

Tale apprezzamento non può ritenersi compiuto, per implicito, attraverso la semplice enunciazione delle fattispecie di reato alle quali si riferisce la condanna, poiché il difetto del requisito della c.d. moralità professionale non concerne tutti i reati, indipendentemente dal tipo e dalla gravità del reato commesso.

Inoltre, quando si deve valutare la moralità professionale di un soggetto non può prescindere anche dalla considerazione della sua professionalità per come nel tempo si è manifestata. Ne discende, pertanto, che i margini di insindacabilità attribuiti all'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione appaltante di valutare una condanna penale, ai fini dell'esclusione di un concorrente da una gara d'appalto, non consentono, comunque, al pubblico committente di prescindere dal dare contezza di avere effettuato la suddetta disamina e dal rendere conoscibili gli elementi posti alla base dell'eventuale definitiva determinazione espulsiva (cfr. CONS. STATO, SEZ. V, 28 APRILE 2003 N. 2129).

Vi è stata una evidente scelta del Legislatore nel senso di limitare le ipotesi di esclusione ai casi in cui il precedente penale ascritto al soggetto interessato non incida in senso ampio e sfumato sulla levatura morale dello stesso ma specificamente ed esclusivamente sulla sicura fedeltà e correttezza professionali. D'altronde la direttiva comunitaria 31 marzo 2004 n. 18, della quale (insieme con la coeva direttiva n. 17) il Codice Appalti costituisce strumento di recepimento nell'ordinamento nazionale, fa sempre riferimento alla "moralità professionale" dell'operatore, in particolare l'art. 45.

L'esame dell'art. 45 della disposizione comunitaria manifesta come anche il Legislatore europeo non abbia inteso prevedere l'esclusione *ex se* dalla gara di un operatore che abbia riportato una qualsiasi condanna ma, ferma l'esclusione automatica nei casi di reati che vengono giudicati "a monte" incompatibili con l'affidamento di una commessa pubblica, la esclusione non può che avvenire dopo una valutazione (recita infatti il secondo comma "...può essere escluso ...") da parte della Stazione Appaltante circa il rilievo che il precedente penale sia in grado di assumere con riferimento alla "moralità professionale", all'esito di uno scrutinio circoscritto a tale aspetto.

Va ancora specificato come sia, peraltro, corretto sostenere che l'indagine a cura della Stazione Appaltante avente ad oggetto il rilievo del precedente penale ascritto al rappresentante legale della ditta concorrente sulla "moralità professionale" debba avvenire avendo riguardo al tipo di rapporto che con un determinato soggetto deve essere instaurato, alla gravità del reato in relazione alla tipologia del rapporto ed alle condizioni che in concreto inducono a ritenere che un vincolo contrattuale con quel soggetto non debba essere costituito. Detto diversamente, l'esercizio della predetta potestà deve essere motivato e, siccome la motivazione, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 (c.d. legge sul *giusto* procedimento), è fondata sulle risultanze dell'istruttoria, cioè su un accertamento di fatto concreto, dette valutazioni non andranno espresse su categorie astratte di reati, ma tenendo conto delle circostanze in cui un reato è stato commesso, per dedurre un giudizio di affidabilità o inaffidabilità. La norma perciò non richiede apprezzamenti assoluti ma un'accurata indagine sul singolo fatto, giudicato come costituente reato, su cui si fonderà il giudizio, richiesto all'Amministrazione.

§ 2) la Determinazione AVCP n. 1 del 12 gennaio 2010

Ad ulteriore conforto della bontà dell'interpretazione che della norma in esame qui si ritiene di accogliere, va rimarcato quanto la stessa Autorità per la vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP) ha ritenuto di osservare circa la corretta applicazione dell'espressione '*reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale*'.

La chiave di lettura di tale espressione è infatti offerta dalla Determinazione n. 1 del 12 Gennaio 2010 predisposta dall'AVCP (*Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi*).

Secondo tale Determinazione, la preclusione alla partecipazione alle gare d'appalto di cui alla lettera C), è da considerare alla stregua di una misura cautelare stabilita dal legislatore al fine di “evitare che la Pubblica Amministrazione contratti con soggetti la cui condotta illecita sia valutata incompatibile con la realizzazione di progetti d'interesse collettivo e con l'esborso di denaro pubblico” (Det. AVCP 1/2010).

Per quanto riguarda *l'incidenza sulla moralità professionale*, il richiamo a questo concetto comporta una restrizione del campo di applicazione della causa di esclusione, limitando la rilevanza a quei fatti illeciti che manifestano una radicale contraddizione con i principi deontologici della professione. La valutazione in merito alla sussistenza di tale requisito non va effettuata in astratto, con riguardo al mero titolo del reato, ma tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, del peso specifico dei reati ascritti e della prestazione che la ditta dovrà espletare se risulterà aggiudicataria.

Quanto alla *gravità del reato*, si tratta di un ulteriore elemento che deve essere oggetto di specifica valutazione rientrando nell'ambito di quell'attività di ‘ponderazione circostanziata e selettiva’ che la Stazione Appaltante è chiamata a svolgere a fronte della singola, concreta, fattispecie di reato, prendendo in esame tutti gli elementi che possono incidere negativamente sul vincolo fiduciario (quali, ad esempio, l'elemento psicologico, l'epoca e la circostanza del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive, il bene leso dal comportamento delittuoso, in relazione anche all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto).

Le fattispecie di reato rilevanti ai fini dell'esclusione sono solo quelle relative a fatti la cui natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la Stazione Appaltante, per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto e la loro incidenza sul rapporto fiduciario.

In ogni caso “*la stazione appaltante è chiamata ad effettuare una concreta valutazione dell'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario, mediante una accurata indagine sul singolo fatto, avendo riguardo al tipo di rapporto che deve essere instaurato, alla gravità del reato in relazione alla tipologia del rapporto ed alle condizioni che, in concreto, inducono a ritenere che un vincolo contrattuale con quel determinato soggetto non debba essere costituito, nonché a dare contezza, attraverso congrua motivazione, di avere effettuato la suddetta disamina*” (Det. AVCP 1/2010).

Per giurisprudenza ormai consolidata, in tema di esclusione dalla gara per l'affidamento di appalti pubblici, l'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 costituisce presidio dell'interesse dell'Amministrazione di non contrarre obbligazioni con soggetti che non garantiscano adeguata moralità professionale; presupposti perché l'esclusione consegua alla condanna sono *la gravità del reato e il riflesso dello stesso sulla moralità professionale*. La gravità del reato deve, quindi, essere valutata in relazione a quest'ultimo elemento e il contenuto del contratto oggetto della gara assume allora importanza fondamentale al fine di apprezzare il grado di moralità professionale del singolo concorrente (CONS. STATO, SEZ. VI, 04-06-2010 N. 3560).

Alla stregua di tale principio sono state ritenute "gravi": in un appalto per l'affidamento del servizio di ristorazione, una condanna per violazione delle norme sulla disciplina igienica della produzione e della vendita di sostanze alimentari (sent. da ultimo citata); in un appalto per l'affidamento di interventi di manutenzione straordinaria su pavimentazioni in conglomerato bituminoso, una condanna comminata per non aver adottato nell'esercizio dell'impresa le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica del lavoratore il quale, a seguito di infortunio in cantiere, abbia subito un'inabilità temporanea superiore ai 40 giorni (CONS. STATO, SEZ. V, 23-03- 2009 N. 1736); in un appalto di lavori pubblici una condanna per omicidio colposo, per violazione della normativa antinfortunistica consistente nell'omessa adozione in cantiere di misure preventive idonee ad eliminare il pericolo di infortuni (CONS. STATO, SEZ. V, 12-04-2007 N. 1723).

Viceversa è stata ritenuta *non grave* una contravvenzione per ritardo nella comunicazione di informazioni/documentazione all'ufficio del lavoro ex art. 4 della L. 22 luglio 1961, n. 628 (T.A.R. SARDEGNA CAGLIARI, SEZ. I, 9-10-2009 N. 1525), così come un precedente per violazioni in materia di sicurezza sul lavoro in un appalto per la fornitura e posa in opera di una struttura prefabbricata in cemento armato (CONS. STATO, SEZ. V, 8 -09- 2008 N. 4244).

In altri termini la "gravità" del reato, nell'accezione voluta dal legislatore del codice dei contratti con l'art. 38, è un concetto giuridico a contenuto indeterminato, da valutarsi necessariamente non soltanto in sé e per sé, ma di volta in volta con riferimento ad una serie di parametri quali la maggiore o minore connessione con l'oggetto dell'appalto, il lasso di tempo intercorso dalla condanna, l'eventuale mancanza di recidiva, le ragioni in base alle quali il giudice penale ha commisurato in modo più o meno lieve la pena.

Quanto alla portata dell'espressione *'in danno dello Stato o della Comunità'*, essa va correttamente letta nel senso che *"deve trattarsi di reati idonei a creare allarme sociale rispetto ad interessi di natura pubblicistica. Gli interessi, cioè, che dovrebbero essere perseguiti attraverso l'appalto"* (Det. AVCP 1/2010). E con il riferimento al danno alla Comunità europea *"il legislatore ha operato un ampliamento dei reati potenzialmente incidenti sulla moralità professionale, specificando che assumono rilievo anche i reati che esprimono contrarietà a interessi pubblici di espressione comunitaria"* (Det. AVCP 1/2010).

Alla luce di tali principi, il CONS. STATO SEZ. III, SENT. 05-05-2011 N. 2694, in una vicenda in cui la Stazione Appaltante utilizzò riferimenti del tutto generici senza che potessero desumersi gli elementi concreti del relativo provvedimento espulsivo, ha ritenuto che l'allargamento dei casi di esclusione dagli appalti non trovasse fondamento e giustificazione nella 'mera attività interpretativa' posta in essere, nella fattispecie, dalla ASL (L'ASL aveva motivato l'esclusione sostenendo che fosse venuto meno il requisito del rapporto fiduciario a seguito dell'accertato comportamento in malafede delle società, che avevano installato per anni, abusivamente, distributori automatici all'interno dell'ASL senza corrispondere alcun canone, con disagi anche per l'utenza e contenziosi). Con tale sentenza il Consiglio di Stato, sebbene la causa di esclusione in discussione fosse quella contenuta nella lettera F) dell'art. 38, ha dettato un principio applicabile a tutte le lettere di tale disposizione normativa e quindi anche alla lettera C), affermando che l'articolo 38 deve essere sottoposto ad *interpretazione rigorosa ed oggettiva*:

"E' indubbio che il citato art. 38, trattandosi di norma volta all'esclusione di partecipanti a procedure di affidamento di concessioni o di appalti di lavori, forniture e servizi per la mancanza di requisiti di ordine generale, debba essere sottoposto a interpretazione rigorosa e oggettiva, non consentendo restrizioni al mercato e alla concorrenza e quindi alla possibilità di partecipazione alle procedure stesse, offerta dalla normativa di settore, se non supportate da stringenti motivazioni e comprovate da fatti, documenti e accertamenti in atti ricollegabili inequivocabilmente alla lettera della disposizione di cui trattasi".

Ed ancora, nel caso della gara indetta dall'Università degli Studi di Milano BICOCCA per l'affidamento del servizio di piccola ristorazione mediante distributori automatici, è stata ritenuta *non rilevante*, ai fini della espulsione ex art. 38 lettera C), la sussistenza, a carico dell'amministratore delegato della società, di sentenza penale di condanna a causa dell'esposizione in un bancone frigo, collocato in una delle mense aziendali in gestione, di latticini e yogurt ad una temperatura compresa tra gli 8 e gli 11 gradi centigrado, superiore a quella prescritta di 4 gradi:

“il decorso di un rilevantissimo lasso temporale dal fatto oggetto di accertamento penale, il suo carattere del tutto episodico, le concrete modalità di commissione dello stesso, la sua non agevole riferibilità alla carica ricoperta dal dott. G., la difficile comparabilità del servizio oggetto della contestata procedura di gara con la più complessa e delicata attività di ristorazione nell’ambito della quale è stata commessa la violazione valorizzata in sede di adozione dell’impugnato provvedimento di esclusione, inducono a concludere per l’inidoneità del precedente penale risultante a carico dell’amministratore delegato della società appellata ad incidere in senso negativo sulla sussistenza del prescritto requisito della moralità professionale” (CONS. STATO, SEZ. VI, SENT. 08-07-2010 N. 4440).

Così pure è illegittima l’esclusione automatica di una ditta da una gara di appalto che sia motivata con riferimento al difetto del requisito della moralità professionale, ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, per l’esistenza, a carico dell’amministratore di un decreto penale di condanna per falso ideologico, nel caso in cui la stazione appaltante abbia ommesso di esplicitare il motivo per il quale il precedente penale rivesta i caratteri di gravità ed effettiva incidenza sulla moralità professionale (TAR VENETO, I SEZIONE, SENTENZA 21 -03-2011 N. 458).

§4) Può costituire causa di esclusione un precedente penale per un reato colposo?

Alla luce di quanto precede, è bene chiedersi cosa accadrebbe in caso di infortunio sul lavoro, reato che può potenzialmente incidere ogni realtà aziendale: ad esempio lesioni colpose gravi (cioè di durata superiore ai 40 giorni) riportate in un incidente occorso in cantiere.

Il primo criterio proposto dalla giurisprudenza per stabilire la ‘gravità’ del fatto in relazione alla ‘moralità professionale’ è la valutazione del reato in relazione al contenuto del contratto oggetto della gara: tale criterio tuttavia non aiuta in tema di infortuni sul lavoro, atteso che il reato di lesioni colpose, volto alla tutela del bene giuridico dell’integrità fisica di ogni lavoratore, ha riflessi in ogni ambito lavorativo della ditta.

Occorre applicare gli altri criteri di valutazione, così come illustrati, e quindi la professionalità di quella ditta per come nel tempo si è manifestata, l’elemento psicologico del reato in esame, la gravità del reato tradotta in termini di pena comminata, il tempo trascorso dal fatto di reato, le eventuali recidive.

Alla stregua di tali criteri di valutazione, un infortunio sul lavoro accaduto anni prima rispetto alla gara, in occasione del quale sono state cagionate lesioni personali superiori ai 40 giorni ad uno degli operai della ditta, in merito al quale il giudice ha pronunciato una sentenza di patteggiamento irrevocabile (ovvero un decreto penale di condanna non opposto e divenuto irrevocabile), che

applica una pena detentiva convertita in pena pecuniaria ex art. 53 L. 689/81, non può rappresentare una causa ostativa per la ditta che intende partecipare alla gara. Invero trattasi di un reato colposo, accaduto tempo addietro, in merito al quale il giudice penale ha ritenuto adeguata e congrua l'applicazione della sostituzione della pena detentiva, istituto che presuppone una valutazione prognostica sul futuro comportamento dell'imputato. Tali considerazioni, effettuate nei confronti di una ditta che da tempo dimostra la propria professionalità, non determineranno l'esclusione dalla gara alla luce della lettera C) esaminata.

Di più. L'esempio proposto non può essere ricondotto neppure nella previsione della lettera E) dell'art. 38, che inerisce a *“gravi infrazioni definitivamente accertate, alle norme in materia di sicurezza sul lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio”*, per due ordini di motivi.

In primo luogo, la disposizione suddetta si riferisce unicamente alle *violazioni amministrative* in materia di sicurezza sul lavoro o ad ogni altro obbligo connesso ai rapporti di lavoro. Tale interpretazione è suffragata sia dal rilievo che, per le violazioni integranti *reato*, esiste l'apposita lettera C), sia (e soprattutto) dalla valorizzazione del dato letterale e terminologico della disposizione: la terminologia normativa per l'enunciazione della lettera E), come accade per la lettera G), è quella tipica delle violazioni amministrative. Infatti una violazione penale nei testi di legge non viene definita 'infrazione' bensì reato, e la sua definitiva ascrizione ad un soggetto non è definita con la locuzione 'definitivamente accertata', bensì quella di condanna ad una sanzione penale inflitta o comminata o irrogata con sentenza passata in giudicato.

Tale interpretazione della norma collima con la costante giurisprudenza sul tema:

“Qualora la violazione delle norme amministrative antinfortunistiche o poste a protezione del rapporto di lavoro trasmodi anche in una violazione di carattere penale e venga punita anche con una sanzione penale, la fattispecie sarà all'evidenza sussumibile nella previsione di cui alla lettera C dell'art. 38 cit., che contempla l'ipotesi della condanna penale per un reato grave che incida sulla moralità professionale” (sentenza TAR PIEMONTE, I SEZIONE, sentenza 12-06-2008: *fattispecie in cui si discuteva l'esclusione di un'impresa da una gara indetta dalla Provincia di Cuneo per avere riportato un decreto penale di condanna al pagamento di una modesta somma di denaro, euro 1.140/00, per lesioni colpose subite da un dipendente a seguito di un infortunio sul lavoro*).

In secondo luogo, è fondamentale osservare come non ogni violazione delle norme in materia di sicurezza sul lavoro comporti la esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi ex art. 38 lettera E) D.Lgs. 163/2006. L'esclusione può avvenire *solo nei casi in cui sia stata commessa una infrazione 'grave*

definitivamente accertata, alle norme in materia di sicurezza sul lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio'.

Ebbene, la vicenda indicata nel sopra citato esempio non risponde ai requisiti di esclusione chiesti dalla legge perché la 'sentenza di applicazione della pena' ex art. 444 c.p.p. non implica un accertamento, tant'è vero che tale provvedimento giudiziario non rappresenta una sentenza di condanna, inoltre si discute di un infortunio di gravità *certamente non rilevante*, che il Giudice ha ritenuto di poter definire con la sola sanzione pecuniaria della multa e dunque mancherebbe il requisito della 'gravità' riflesso sulla 'moralità professionale'.

In siffatto contesto normativo e fattuale sarebbe dunque illegittima l'eventuale esclusione della ditta nonché scorretto l'esercizio della discrezionalità da parte della Stazione Appaltante.

Tommaso Servetto

Roberta Maccia

(avvocati del Foro di Torino)