

La formulazione è tutt'altro che soddisfacente, sia perché non dà indicazioni chiare, ai fini dell'emanazione del regolamento, sull'oggetto della semplificazione (i requisiti sul piano sostanziale o le modalità di attestazione ed accertamento?), sia perché, di riflesso, non fornisce all'interprete, nessun criterio per conoscere quale può essere la disciplina applicabile fino all'entrata in vigore del regolamento medesimo.

In assenza di ulteriori indicazioni, la soluzione più conforme ad un **criterio di ragionevolezza e non discriminazione** fra gli operatori concorrenti in procedure, rispettivamente, al di sopra e al di sotto della soglia comunitaria, sembra essere quella di ritenere la semplificazione, rispetto ai requisiti di idoneità morale, come operante soltanto sulle modalità di accertamento/attestazione dei requisiti e non sui requisiti relativi al piano sostanziale. Si vedrà come il legislatore risolverà il problema in sede di regolamento, ma, in attesa dell'approvazione di questo, la soluzione qui proposta consente di ritenere comunque applicabile immediatamente l'art. 38 anche alle procedure sotto la soglia comunitaria, in base al richiamo operato dall'art. 121.

Un esame più dettagliato dei singoli requisiti consente di evidenziare, nella sostanziale continuità del quadro normativo rispetto a quello previgente, una **linea di semplificazione** e di alleggerimento di alcuni requisiti, con il tentativo del legislatore di precisarne la portata, con formulazioni che non sempre, purtroppo, appaiono, però, efficaci in tale direzione.

Nello specifico, i dati essenziali di detto quadro possono essere sintetizzati come di seguito.

2.7 I requisiti di ordine generale nello specifico

2.7.1 Fallimento, liquidazione coatta e concordato preventivo

Come per il passato, non possono contrattare con la p.a. e partecipare alle procedure di gara coloro che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo o che abbiano in corso procedimenti pendenti per la dichiarazione di una di tali situazioni.

La norma riproduce in gran parte quella delle corrispondenti disposizioni dei D.Lgs. 358/1992 e 157/1995 (oltre che del D.P.R. 554/1999, per i lavori). È stata, peraltro, eliminata, su segnalazione del Consiglio di Stato nel suo parere del 6 febbraio 2006, per tenere conto del disposto dell'art. 147, comma 2 del D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. che l'ha soppressa, la procedura di amministrazione controllata.

2.7.2 Misure di prevenzione e cause ostative

Occorre ricordare che, a norma dell'art. 10 del D.P.R. 252/1998, "le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e gli altri soggetti di cui all'articolo 1, devono acquisire le informazioni di cui al comma 2 del presente articolo, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o con-

sentire le concessioni o erogazioni indicati nell'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, il cui valore sia:

a) **pari o superiore a quello determinato dalla legge** in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati;

b) **superiore a 300 milioni di lire per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali** per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali;

c) **superiore a 300 milioni di lire per l'autorizzazione di subcontratti**, cessioni o cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche”.

Il comma 2 aggiunge che “Quando, a seguito delle **verifiche disposte dal prefetto**, emergono elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate, le amministrazioni cui sono fornite le relative informazioni, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni”.

Premesso che l'art. 38 prevede, ai commi 2 e 3, che “Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione” e che “ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445”, si pone il problema di coordinare la normativa in discorso con quella del citato D.P.R. 252/1998 espressamente fatta salva dall'art. 247 del D.Lgs. 163/2006.

Si tratta di normative aventi finalità diverse e che incidono su momenti diversi della procedura. La normativa del D.P.R. 252/1998 trova applicazione soltanto per i contratti di importo pari o superiore a € 154.937,07, salve le ulteriori ipotesi di esclusione previste dall'art. 1, lett. a), b) e c), dello stesso decreto. L'acquisizione della relativa documentazione deve, peraltro, avvenire “prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire le concessioni o erogazioni”. L'art. 38, viceversa, riguarda già la partecipazione alla procedura di gara o di affidamento (“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...”), ma si applica, salvo che il regolamento di cui all'art. 5 non disponga diversamente, a tutte le procedure, anche sotto la soglia di applicazione del D.P.R. 252/1998. Non sembra, infatti, che sia sufficiente a **limitare la portata del combinato disposto dell'art. 38 con gli artt. 121 e 124**, la precisazione dell'art. 247 che prevede che restino ferme le vigenti disposizioni in materia di prevenzione della delinquenza di stampo mafioso e di comunicazioni e informazioni antimafia. Ferma restando,

infatti, la definizione del campo di applicazione del D.P.R. 252/1998 per le informazioni e comunicazioni antimafia ed i relativi obblighi di richiederle, il dettato di legge impone comunque la richiesta quale requisito per la partecipazione e per la successiva stipula dell'eventuale contratto a seguito dell'aggiudicazione, dell'attestazione di assenza delle cause ostative antimafia, in capo al concorrente.

La norma del D.Lgs. 163/2006 precisa che "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".

2.7.3 Sentenza di condanna passata in giudicato, decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, o "patteggiamento" per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale

Non possono partecipare alle procedure d'appalto o essere affidatari di contratti pubblici coloro 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 2004/18/CE.

Rispetto alle corrispondenti formulazioni degli artt. 11 D.Lgs. 358/1992 e s.m.i. e 12 D.Lgs. 157/1995 e s.m.i., innanzitutto, non compaiono più espressamente indicati i "delitti finanziari", venendo preferita la formulazione che era già del D.P.R. 554/1999 ma con la precisazione che si tratta di "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità". In compenso, in applicazione della direttiva 2004/18/CE, si fa **espresso riferimento ai reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale**, corruzione, frode, riciclaggio. La norma aggiunge che le fattispecie sono quelle definite dagli atti contenuti nell'art. 45, par. 1 della stessa direttiva. Si tratta dell'Articolo 2, paragrafo 1, dell'azione comune 98/773/GAI del Consiglio; dell'Articolo 3 dell'atto del Consiglio del 26 maggio 1997 e dell'Articolo 3, paragrafo 1, dell'azione comune 98/742/GAI del Consiglio; dell'Articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; dell'Articolo 1 della direttiva 91/308/CEE del Consiglio del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite.

Occorre innanzitutto ricordare che, come ribadito dalla giurisprudenza nella vigenza della precedente normativa (Cons. Stato, Sez. VI, 14 luglio 2000, n. 7363) "deve

ritenersi di ordine generale il principio desumibile dall'art.18, comma 1, lett. c) del decreto legislativo n. 406 del 1991, secondo cui, indipendentemente da quanto previsto dagli articoli 20 e 21 della legge 10 febbraio 1962, n. 57 e successive modificazioni, può essere escluso dalla procedura di appalto o di concessione il concorrente che abbia riportato condanna, con sentenza passata in giudicato, per un reato che incida gravemente sulla sua moralità professionale”.

Sempre secondo il Consiglio di Stato, “il principio posto dal decreto legislativo del 1991 configura, non già come automatica, l'esclusione dalla gara, del soggetto che abbia subito condanna, ma in termini di **facoltà discrezionale dell'Amministrazione**, che presuppone l'apprezzamento autonomo della condotta punita con la condanna patteggiata in relazione agli interessi pubblici in gioco”.

Il suddetto principio, enunciato nella sentenza sopra citata per le procedure sotto la soglia comunitaria, è stato ulteriormente ribadito anche per le procedure di importo superiore a detta soglia: “osserva la Sezione che è principio di ordine generale – per la cui applicazione è indifferente il raggiungimento o meno della soglia comunitaria – quello fissato dall'art. 18 comma 1 lettera c) del D.Lgs. 406/1991, secondo cui, indipendentemente da quanto previsto dagli artt. 20 e 21 della L. 10 febbraio 1962 n. 57 e successive modificazioni, può essere escluso dalla procedura di appalto o di concessione il concorrente che abbia riportato condanna, con sentenza passata in giudicato, per un reato che incida gravemente sulla sua moralità professionale” (Cons. Stato n. 1660 del 29 marzo 2004).

Il giudice amministrativo di secondo grado, continua precisando che:

Tenuto conto, dunque, che il principio posto dal D.Lgs. del 1991 configura, non già come automatica, l'esclusione dalla gara, del soggetto che abbia subito condanna, ma in termini di facoltà discrezionale dell'Amministrazione, ciò non toglie che, dal complesso delle disposizioni citate emerge con sufficiente chiarezza che:

- a) non può ritenersi in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara colui il quale abbia riportato una condanna penale per uno dei reati incidenti sulla moralità professionale del concorrente;
- b) la sentenza che applica la pena ad istanza di parte, deve essere equiparata a tutti gli effetti, per i fini che interessano, alla sentenza di condanna;
- c) la preclusione della partecipazione alla gara di chi non sia in possesso dei necessari requisiti di moralità è insita nelle disposizioni di carattere generale che governano le pubbliche gare e prescinde da un'esplicita previsione del bando;
- d) la clausola del bando che prescrive una dichiarazione sostitutiva, in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione, pur nella ambiguità della formulazione ed anche nella mancanza di una clausola esplicita di esclusione per mancanza di tali requisiti, implica anche che la dichiarazione del concorrente sia completa e tale da non indurre in errore l'amministrazione nella valutazione discrezionale dei presupposti e quindi della sussistenza o meno dei requisiti in questione in capo al soggetto che abbia riportato sentenza equiparata a sentenza di condanna per uno dei reati incidenti sulla moralità professionale.

In tal senso si esprime ancora T.A.R. Sicilia, Sez. II, che:

esclude una automatica incapacità dell'impresa di contrattare con la P.A., demandando all'Amministrazione appaltante — stante la mancata definizione normativa dei reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale dell'impresa — di valutare adeguatamente il giudizio di disvalore morale e professionale riscontrato nei singoli casi.

In relazione a che deve ritenersi sia onere dell'Amministrazione motivare adeguatamente le esclusioni disposte sulla base delle riferite disposizioni, estemando, anche alla stregua del principio di trasparenza di cui all'art. 4 della L. 241/1990, l'iter logico di volta in volta seguito, in vista altresì del possibile riscontro in sede giurisdizionale.

In tali sensi, peraltro, sono le direttive impartite in materia dall'Autorità di vigilanza sui LL.PP. con determinazioni n. 56/2000 e n. 16-23 del 2001, nelle quali si evidenzia sostanzialmente:

- la genericità della previsione normativa (art. 75, comma 1, lett. c) del D.P.R. 554/1999);
- l'onere dell'Amministrazione di valutare caso per caso.

Infine, sempre nella vigenza della precedente normativa, il Consiglio di Stato ha, a proposito degli artt. 12 del D.Lgs. 157/1995 e 75 D.P.R. 554/1999, ribadito che: “È pur vero che la mancanza di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa, lasciando un **ampio spazio di valutazione discrezionale alla stazione appaltante**, cui spetta decidere quali imprese escludere dalle procedure di affidamento degli appalti, in conseguenza di fatti costituenti reato (anche di non rilevante entità), richiede una concreta valutazione da parte dell'amministrazione, rivolta alla verifica della effettiva incidenza della condanna sul vincolo fiduciario da instaurare attraverso il contratto con l'Amministrazione stessa, e che di tale concreta valutazione l'Amministrazione deve dare contezza, senza che tale apprezzamento possa ritenersi compiuto per implicito attraverso la semplice enunciazione delle fattispecie di reato alle quali si riferisce la condanna” (Cons. Stato, Sez. V, 24 agosto 2006, n. 4970; cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2003, n. 2129; Cons. Stato, Sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 5715). Ha aggiunto che:

È però altrettanto pacifico che l'ordinamento di per sé esprime una particolare qualificazione di taluni reati, per ciò che riguarda l'allarme sociale che ne deriva, non soltanto per l'ordinamento generale (come avviene per la totalità delle fattispecie rilevanti penalmente) ma propriamente con riferimento agli interessi pubblici specifici, la cui realizzazione, attraverso la committenza, è in qualche modo affidata alla mano privata.

Si tratta dei reati contro la pubblica amministrazione (libro secondo, titolo II, del codice penale), l'ordine pubblico (libro secondo, titolo V, del codice penale), la fede pubblica (libro secondo, titolo VI, del codice penale), il patrimonio (libro secondo, titolo XIII, del codice penale) e, comunque, quelli relativi 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. (Cons. Stato, Sez. V, 24 agosto 2006, n. 4970).

Gli stessi reati sono individuati nella circolare del Ministero LL.PP., 1° marzo 2000 n. 182/400/93, sia nella determinazione del 13 dicembre 2000, n. 56/2000, dell'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici, relative all'applicazione dell'art. 17, comma 1, lett. c) del D.P.R. 34/2000, relativo alla qualificazione in materia di appalti di lavori, ma sulla base di un criterio applicabile, per l'identità di ratio normativa, già nella previgente disciplina, anche agli appalti di forniture e servizi.

“Nella considerazione del Legislatore è qualificante la commissione di reati di una certa natura sotto l'aspetto sostanziale, essendosi voluto evitare l'affidamento al servizio a coloro che abbiano commesso reati lesivi degli stessi interessi collettivi che, nella veste di aggiudicatari, sarebbero chiamati a tutelare” (Cons. Stato, Sez. IV, 20

gennaio 2004, n. 5752; cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2005, n. 4477; Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2003, n. 3241; Cons. Stato, Sez. V, n. 1770/2000).

La mancanza di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa lascia un ampio spazio di valutazione discrezionale alla stazione appaltante, e consente alla stessa margini di flessibilità operativa al fine di un equo apprezzamento delle singole concrete fattispecie, con considerazione di tutti gli elementi delle stesse che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali, a titolo esemplificativo, l'elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive *et similia*.

È chiaro, infatti, che la norma attribuisce, in mancanza di apposita specificazione delle norme incriminative di parte speciale, un ampio margine di apprezzamento alle amministrazioni appaltanti, cui spetta decidere quali imprese escludere dalle procedure di affidamento degli appalti, in conseguenza di fatti costituenti reato (anche di non rilevante entità, come dimostra il richiamo all'istituto dell'applicazione della pena su richiesta) che siano da esse ritenuti indici di inaffidabilità morale o professionale; deve essere condiviso, infatti, il rilievo in base al quale il concetto di (im)moralità professionale presuppone la realizzazione di un fatto di reato idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione coi principi deontologici della professione (Cons. Stato, Sez. V, 1° marzo 2003, n. 1145; Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2002, n. 6482; Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517, che ha ritenuto legittima la scelta dell'amministrazione appaltante di non escludere da una gara d'appalto il concorrente condannato con decreto penale per un reato contravvenzionale omissivo e di pericolo, a struttura normalmente colposa, quale quello previsto dall'art. 677 c.p. — omissioni di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina — ove dalla condotta per la quale è stato condannato non emergano elementi particolarmente sintomatici di una scarsa moralità professionale).

Invero, la stessa indeterminatezza dei concetti di affidabilità morale e professionale a cui è legato l'effetto espulsivo comporta necessariamente l'esercizio, da parte dell'Amministrazione aggiudicante, di un potere discrezionale di valutazione dei reati ascritti agli interessati. 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 (Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349).

Da ciò consegue, altresì, che non è sufficiente l'accertamento in capo al soggetto interessato di una condanna penale, giacché il dettato normativo richiede una concreta valutazione da parte dell'amministrazione rivolta alla 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, senza che tale apprezzamento possa ritenersi compiuto per implicito attraverso la semplice enunciazione delle fattispecie di reato alle quali si riferisce la condanna. Inoltre, quando si deve valutare l'affidabilità o 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 (Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349; cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2003, n. 2129).

“L'art. 12 del D.Lgs. 157/1995 non impone alcun automatismo circa l'esclusione delle ditte partecipanti, essendo chiaramente rimessa all'amministrazione la valutazione dell'incidenza e rilevanza dei reati sulla moralità professionale delle stesse” (T.A.R. Trieste, n. 389 del 24 maggio 2006).

Queste considerazioni permettono di inquadrare meglio il nuovo testo della lettera c) dell'art. 38 citato. La logica seguita dal legislatore è stata, in questo caso quella di **privilegiare le codificazioni già maturate** in materia di ll.pp. unificandole per tutti

gli appalti pubblici, in una prospettiva che tende a circoscrivere questa discrezionalità rispetto a quelle problematiche che maggiormente, alla luce delle pronunce giurisprudenziali avevano fatto registrare criticità.

Detti aspetti erano essenzialmente riconducibili a **tre profili**.

- 1) Sul piano delle **fattispecie di reato**, la individuazione di quelle che “comunque” costituiscono causa di esclusione, introduce un elemento di maggiore vincolo alla valutazione discrezionale della p.a. che, nel medesimo tempo, diviene un dato di indirizzo e di determinazione del livello e della qualità di antiggiuridicità che giustifica l'esclusione.
- 2) Sul piano dei **soggetti**, o meglio, delle cariche della ditta, viene indicato, anche per servizi e forniture, a chi deve riferirsi la sussistenza o la insussistenza della causa di esclusione che, fermo restando il carattere personale della responsabilità penale, possano essere fatte valere nei confronti della ditta medesima.
- 3) Sul piano dei **fatti estintivi** delle conseguenze della condanna, la definizione delle ipotesi in cui viene meno l'effetto preclusivo alla partecipazione alle gare e alla contrattazione con la p.a.

Quanto al punto 1), in applicazione della direttiva 2004/18/CE, come si è detto, vengono comunque considerati causa di esclusione i **reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio**. Nello stesso tempo, a fronte della dizione dei D.Lgs. 157/1995 e 358/1992 che (del resto sulla scorta dell'art. 24, comma 1, lett. c) della Direttiva 93/37/CEE, parlavano di “qualsiasi reato che incida sulla sua moralità professionale” e di quella del D.P.R. 554/1999 che parlava genericamente di “reati”, il nuovo testo di legge precisa “reati gravi in danno dello Stato o della Comunità”, con una determinazione che limita il campo di valutazione dalla p.a., che ancora secondo la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 4970 del 24 agosto 2006, manteneva un “ampio spazio di valutazione discrezionale alla stazione appaltante, cui spetta decidere quali imprese escludere dalle procedure di affidamento degli appalti, in conseguenza di fatti costituenti reato (anche di non rilevante entità)”.

Pertanto, fermo il regime di esclusione automatica previsto per i reati di definizione comunitaria, dal comma 1 dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, il comma 2 dello stesso articolo ha mantenuto la dizione già propria delle direttive 93/36 e 92/50, “un reato che incida sulla sua moralità professionale”. Evidentemente, il legislatore ha inteso prevedere una formulazione più restrittiva, sentendosi a ciò autorizzato dalla assenza dell'aggettivo “qualsiasi” e dalla circostanza che il comma 2 dice che i soggetti che incorrono nella causa di esclusione possono essere esclusi dalla partecipazione. Tuttavia, la norma comunitaria va chiaramente nella direzione di mantenere la facoltà in capo alla stazione appaltante e non in capo al legislatore, mentre la formulazione “un reato” non è evidentemente equivalente a “reati gravi in danno dello Stato e della Comunità”, per cui ci si può anche chiedere se la norma dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 non contrasti con quella della direttiva e vada pertanto disapplicata.

È utile, infine, citare, a questo riguardo quanto già ritenuto dall'Autorità per la vigilanza sui ll.pp., in relazione all'art. 75 del D.P.R. 554/1999:

Al riguardo — a parte la disposta equiparazione della sentenza di applicazione della pena su richiesta, emessa ai sensi dell'art. 444 codice di procedura penale (cosiddetto patteggiamento), alla sentenza di condanna vera e propria — particolarmente complessa è l'individuazione dei reati che sono considerati incidenti sull'affidabilità morale e professionale dell'imprenditore (...).

Quanto alla prima delle indicate questioni, va richiamata la determinazione n. 56/2000 dell'Autorità di vigilanza che, conformemente alle indicazioni di cui alla circolare del Ministero dei lavori pubblici del 1° marzo 2000, n. 182/400/93, ha ritenuto che influiscono sull'affidabilità morale e professionale del contraente i reati contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica ed il patrimonio, se relativi a fatti la cui natura e contenuto siano idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con le stazioni appaltanti per la loro inerenza alle specifiche obbligazioni dedotte in precedenti rapporti con le stesse. La mancanza, tuttavia, di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa lascia un ampio spazio di valutazione discrezionale per la stazione appaltante che consente alla stessa margini di flessibilità operativa al fine di un equo apprezzamento delle singole concrete fattispecie, con considerazione di tutti gli elementi delle stesse che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali ad. es. l'elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive. (...)

Non potrà essere fatta alcuna valutazione discrezionale della concreta fattispecie, dovendosi automaticamente escludere il concorrente nel caso di ricorrenza delle ipotesi di cui all'art. 32 quater codice penale (malversazione, corruzione, etc.), implicante una "incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione", nonché di quella di irrogazione di sanzione interdittiva nei confronti della persona giuridica emessa ai sensi del D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231 per reati contro la pubblica amministrazione o il patrimonio commessi nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica medesima (AVLP, determinazione 23/2000).

Le ipotesi previste dall'art. 32quater sono:

- concussione (art. 317 c.p.);
- corruzione (artt. 318, 319, 319bis e 320 c.p.);
- turbativa della libertà degli incanti (art. 353 c.p.);
- inadempimento in pubbliche forniture (art. 355 c.p.);
- frode in pubbliche forniture (art. 356 c.p.);
- associazione per delinquere (art. 416 c.p.);
- associazione di stampo mafioso (art. 416bis c.p.);
- rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro (art. 437 c.p.);
- rialzo o ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio; manovre speculative su merci (art. 501 e 501bis c.p.);
- truffa ai danni dello Stato o di Ente Pubblico e truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche (art. 640 e 640bis c.p.);
- usura (art. 644 c.p.).

A norma del citato art. 32quater, i reati devono essere stati commessi in danno o in vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa.

In relazione al punto 2), sotto la vigenza delle precedenti norme, il Consiglio di Stato aveva formulato indirizzi orientati verso un'interpretazione estensiva della disciplina degli appalti di forniture e servizi. In particolare, con riferimento al caso di un

procuratore *ad negotia*, dotato di ampi poteri ma non ricoprente la carica di rappresentante legale, il Supremo Consiglio ha affermato che:

Come ritenuto in fattispecie per certi versi analoga, dalla Sezione, con decisione dai cui contenuti non vi è ragione di discostarsi, non vi è dubbio che, essendo il venir meno della moralità professionale collegato dall'art. 12, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 157 del 1995, alla commissione dei reati relativi all'esercizio dell'impresa e di quelli finanziari e tenuto, altresì, presente che la responsabilità penale è personale, tale requisito, il cui possesso è dalla norma richiesto genericamente ai "concorrenti", deve intendersi riferito, in via immediata e diretta, alla persona fisica titolare dell'impresa personale e, nell'ipotesi di impresa in forma di persona giuridica, alla persona fisica che di questa ha la rappresentanza legale; ma che evidente finalità della disposizione è, però, quella di evitare che soggetti i quali, per la commissione di determinati reati, abbiano dato prova di scarsa affidabilità morale e professionale, possano partecipare alle procedure di evidenza pubblica e che, in tal modo, possano perseguire, o nella fase di formazione del contratto o nel corso dell'eventuale successivo rapporto con la pubblica Amministrazione, risultati confliggenti con l'interesse pubblico (Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3466; Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2003, n. 3241).

Conseguenza di questa impostazione è che "La causa di esclusione dalle gare di cui si discute si configura, pertanto, quale misura a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, volta ad impedire, in concreto, che l'Amministrazione entri in rapporto con i soggetti in questione e, più in generale, con tutti quelli che, per i poteri loro conferiti, siano, oggettivamente, in grado, mediante l'adozione di atti giuridici di rilevanza esterna, di vincolare la società verso i terzi e, in particolare, con la pubblica Amministrazione; deve convenirsi, allora, che una corretta lettura della norma imponga di **estendere l'accertamento del possesso del requisito in capo a qualsiasi persona fisica** che sia presente nel procedimento in luogo del "concorrente" e sia dotata di poteri che le consentano di obbligarsi validamente in nome e per conto di questo, anche se diversa da quelle sopra indicate (cfr. anche sul punto la citata decisione n. 3241/2003).

Per ciò stesso, contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, neppure occorre precisazione alcuna, in seno alla *lex specialis*, volta a segnalare l'estensione della verifica, circa il possesso dei requisiti nella specifica gara, anche a soggetti quale quello in esame, diversi dal rappresentante legale; e ciò in quanto siffatta estensione è insita nella norma primaria dianzi richiamata. (Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3466; Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2003, n. 3241).

Il nuovo e dettagliato elenco dei soggetti la cui **responsabilità penale** comporta l'esclusione della ditta a cui appartengono, ha ripreso il testo dell'art. 17, comma 3 del D.P.R. 34/2000, preferendolo al testo dell'art. 75 D.P.R. 554/1999 e s.m.i. e a quello dello stesso art. 17, comma 1, lett. c) decreto, disponendolo in una formulazione unica applicabile indistintamente a tutti i tipi di appalto. Sono compresi: 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 (la formulazione del D.Lgs. 554/1999 prevedeva genericamente "il socio") o il direttore

tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; gli amministratori muniti di potere di rappresentanza o il direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio.

Pur tenendo presenti le osservazioni dei giudici di Palazzo Spada, sulla portata estensiva che si deve conferire alle formulazioni di legge in merito ai soggetti che devono essere oggetto di controllo dei requisiti di moralità professionale, la precisione con cui il legislatore ha riformulato l'elenco e lo stesso tenore letterale del testo, non lasciano margini di dubbio sul carattere in sé tassativo del medesimo.

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. Anche questa previsione rispecchia quella del previgente art. 75 del D.P.R. 554/1999. L'Autorità per la Vigilanza sui ll.pp., così commentava tale norma nella citata determinazione 23/2000:

Coerentemente, poi, ad un pregresso prevalente orientamento giurisprudenziale, è stato formalmente codificato il principio secondo cui il divieto di partecipazione alle gare opera anche nel caso in cui la sentenza sia stata emessa nei confronti di persone fisiche cessate dalle cariche sociali nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, a meno che non venga dimostrato che l'impresa ha adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata. La semplice cessazione, pertanto, dalla carica sociale, per dimissioni o per allontanamento, non è di per sé sola considerata sufficiente ad escludere la ripercussione sulla società della condanna inflitta all'organo, potendosi trattare di mera sostituzione di facciata, ed occorrendo, pertanto, per evitare la ripercussione sulla società, la dimostrazione di atti concreti e tangibili di dissociazione dalla condotta delittuosa, quale ad es. l'aver iniziato verso lo stesso azione di responsabilità sociale.

Per ciò che concerne infine il punto 3), occorre dire che come già previsto per i lavori pubblici, resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale, che prevedono, rispettivamente, la riabilitazione e l'estinzione degli effetti del patteggiamento decorsi 5 anni. In particolare a norma degli artt. 178 e ss. c.p., **la riabilitazione estingue le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna**, salvo che la legge disponga altrimenti, dunque, anche la pena di cui all'art. 32 quater c.p. In base al disposto dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. 163/2006, però, si deve ritenere che essa operi, anche al di là dell'eliminazione degli effetti penali "automatici" conseguenti all'incapacità di contrattare con la p.a., pure nei confronti dell'ulteriore potere discrezionale della p.a. di escludere la ditta in ragione della specifica esistenza di altri reati che incidano sulla sua moralità professionale.

In base all'art. 179 c.p., come modificato dall'articolo 3 della legge n. 145 del 2004, la riabilitazione è concessa quando siano decorsi almeno tre anni dal giorno in cui la pena principale sia stata eseguita o si sia in altro modo estinta, e il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta. Il termine è di almeno otto anni, se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99 c.p. Il

termine è di dieci anni, se si tratta di delinquenti abituali professionali o per tendenza e decorre dal giorno in cui sia stato revocato l'ordine di assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro.

Qualora sia stata concessa la **sospensione condizionale della pena** ai sensi dell'articolo 163, primo, secondo e terzo comma, il termine decorre dallo stesso momento dal quale decorre il termine di sospensione della pena.

Qualora sia stata concessa la sospensione condizionale della pena ai sensi del quarto comma dell'articolo 163, la riabilitazione è concessa allo scadere del termine di un anno di cui al medesimo quarto comma, purché sussistano le altre condizioni previste dall'art. 179 e sopra riferite.

La riabilitazione non può essere concessa quando il condannato:

- 1) sia stato sottoposto a misura di sicurezza, tranne che si tratti di espulsione dello straniero dallo Stato, ovvero di confisca, e il provvedimento non sia stato revocato;
- 2) non abbia adempiuto le obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle.

In base al testo dell'art. 180 c.p. modificato dall'articolo 4 della citata legge n. 145 del 2004, infine, la sentenza di riabilitazione è revocata di diritto se la persona riabilitata commette entro sette anni un delitto non colposo, per il quale sia inflitta la pena della reclusione per un tempo non inferiore a due anni od un'altra pena più grave.

2.7.4 Violazione del divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55

Si tratta ancora di una norma già presente nell'art. 75 D.P.R. 554/1999. In proposito l'AVLP così ha commentato:

Del tutto nuova, poi, è l'ipotesi secondo cui non possono essere ammesse a partecipare alle gare per l'affidamento di appalti e concessioni di lavori pubblici e non possono stipulare i relativi contratti le imprese "che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria, posto all'art. 17, 3° comma, della legge 19 marzo 1990, n. 55" sulla prevenzione della delinquenza di tipo mafioso (art. 75, comma 1, lett. d), D.P.R. 554/1999 e successive modificazioni). Come è noto, la disciplina in tema di intestazione fiduciaria dei soggetti appaltatori si ricollega all'esigenza di evitare che la stazione appaltante perda il controllo del vero imprenditore che ha partecipato alla gara; sicché, tranne il caso in cui l'intestazione fiduciaria concerna società appositamente autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, le quali, a loro volta, abbiano comunicato alla amministrazione l'identità dei fiduciari, l'acclarata intestazione fiduciaria comporta l'esclusione dalla partecipazione alle gare e la preclusione alla stipulazione dei contratti.

Con D.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187, è stato emanato l'apposito "regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatori di opere pubbliche" al quale va fatto rinvio per quanto attiene agli obblighi specifici posti a carico delle società aggiudicatrici ed ai controlli sui relativi adempimenti. Può, poi, essere osservato che, per la configurazione dell'ipotesi in esame, come ritenuto in giurisprudenza, non è necessario il trasferimento di beni dai fiduciari al soggetto fiduciario, essendo sufficiente che a quest'ultimo sia conferita, attraverso idonei strumenti negoziali, la legittimazione ad esercitare i diritti o le facoltà, necessari per la gestione dei beni, che possono rimanere formalmente in capo al fiduciante.