Cause di esclusione: recenti pronunce e oscillazioni interpretative in ordine alla lettera c) dell'art. 38, comma 1, del Codice dei contratti. (Nota a Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n.1736 del 20 marzo 2009; Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n.2364 del 20 aprile 2009; T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II, sentenza n. 3984 del 20 aprile 2009).

di DANIELA GIANNUZZI E ALESSANDRO MANNOCCHI

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Reato in danno dello Stato o della Comunità: una definizione restrittiva? 3. L'obbligo di rendere dichiarazioni veritiere e la più utile delle sconfitte. 4. Ma l'obbligo esiste davvero? La decisione del T.A.R. Lazio e la vittoria di Pirro.

1. Premessa.

L'art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è una delle norme più controverse del settore degli appalti pubblici[1].

La norma disciplina i requisiti soggettivi di ordine generale che le imprese devono possedere per poter ricevere in affidamento appalti di lavori, servizi o forniture dall'amministrazione pubblica.

Il Legislatore, in verità, enumera tali requisiti per così dire "in negativo", precisando, nelle lettere da *a*) ad *m-bis*) del comma 1 dell'art. 38, quali condizioni che *non* devono ricorrere perché il concorrente possa stipulare contratti con la P.A.; per tale regione la norma, pur rubricata "requisiti generali", è comunemente indicata in giurisprudenza ed in dottrina come "cause di esclusione".

La disposizione ricalca, pur con alcune significative differenze, la vecchia previsione dell'art. 75 del D.P.R 21 dicembre 1999, n. 544[2], oggi estesa, in linea generale, a tutti i tipi di appalto, in applicazione dell'art. 45 della Direttiva CE 2004/17.

Da un punto di vista operativo, è bene precisare che i concorrenti, secondo la consolidata prassi delle Stazioni Appaltanti, sono chiamati, in fase di qualificazione,

[1] La norma, fin dalla sua introduzione, ha suscitato perplessità quanto alla sua compatibilità con le previsioni delle direttive comunitarie in materia, posto che individua cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle comunitarie. Ciò aveva condotto la dottrina a ritenere che ai concorrenti di altri stati dell'Unione dette ipotesi di esclusione "ulteriori" non si applicassero (GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in GAROFOLI-SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 57 ss.). Sul punto, è intervenuta di recente la Corte di Giustizia, osservando che rientra nelle facoltà degli Stati membri prevedere altre ipotesi di esclusione oltre quelle, tassative, individuate dal diritto comunitario, purché non venga violato il principio di proporzionalità (Corte giust. Com. eu., 16 dicembre 2008, causa C-213/07, pubblicata anche in Amministrativ@mente, n.4/2009).

[2] Il regolamento della Legge Merloni. Un elenco analogo è contenuto nell'art.17 D.P.R. 25 gennaio 2000, n.34.

ad autocertificare, ai sensi del D.P.R. 14 dicembre 2000, n. 445, l'insussistenza nei loro confronti delle circostanze enumerate dalla norma.
La stazione appaltante, in seguito, potrà verificare (e, per l'aggiudicatario, obbligatoriamente verificherà) se quanto dichiarato corrisponda al vero.
E' evidente allora, da quanto detto, quale differenza intercorra tra i requisiti soggettivi di cui all'art. 38 e i requisiti di capacità tecnica ed economica di cui agli artt. 40, 41 e 42 del D. Lgs. n. 163/2006; questi ultimi, infatti, non attengono alla moralità del concorrente, ma piuttosto alla sua esperienza e capacità professionale ed alla sua idoneità, sotto il profilo finanziario, a far fronte agli impegni contrattualmente assunti.
Tra le cause di esclusione enucleate dall'art. 38, un particolare rilievo assume, anche per la frequenza con cui se ne fa applicazione, quella contenuta nella lettera c) del comma 1 della norma, ai sensi della quale vanno esclusi dalle gare i soggetti *"(…) 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 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".*
Come si evince dal tenore letterale, la dichiarazione deve essere effettuata dal legale rappresentante in qualità di persona fisica, e si estende fino a coinvolgere i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando di gara.
L'esclusione dalle gare di cui alla lettera c) dell'art. 38, comma 1, pur non costituendo una pena accessoria, né un effetto penale della condanna, ha in qualche modo carattere sussidiario rispetto ad altre disposizioni rinvenibili nella legislazione penale; si pensi, in particolare, alla pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la P.A. per taluni reati di particolare gravità, di cui all'art. 32 *ter* cod.

pen., ed alla previsione, di analogo contenuto, dettata per alcuni illeciti amministrativi dall'art. 9 del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.
Fatta eccezione per le condotte criminose espressamente indicate, per le quali l'esclusione opera automaticamente[3], il Legislatore, con l'utilizzo dell'espressione "*gravi reati*", lascia un ampio potere discrezionale all'Amministrazione aggiudicatrice, cui è affidato il compito di decidere quali ipotesi di reato siano tali da compromettere la moralità professionale dell'aspirante affidatario.
In tal senso si è espressa anche l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, che in due determinazioni ha in passato ribadito come la valutazione circa l'incidenza sulla moralità professionale è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, che deve comunque motivare adeguatamente l'esclusione avendo riguardo al tipo di reato, alle relative circostanze, alla pena irrigata ed al tempo trascorso dalla commissione del reato stesso[4].
Proprio l'ampia definizione legislativa, tuttavia, pone sul tavolo una serie di questioni di non facile risoluzione, sulle quali si è espressa più volte, e non sempre con posizioni omogenee, la giurisprudenza amministrativa.
Se per un verso è certo, ad esempio, che tra i criteri cui fare riferimento per stabilire la gravità del reato debba considerarsi la pena prevista, è dubbio, ad esempio, se il riferimento sia alla pena edittale o alla pena in concreto irrogata; sotto altro profilo, non è chiaro se vi siano e, soprattutto, quali siano, gli ulteriori criteri sui quali basare la valutazione.
Con il presente lavoro si cercherà, alla luce di tre recenti pronunce, due del Consiglio di Stato ed una del T.A.R. Lazio, di fare il punto della situazione sugli ultimi sviluppi della materia; è opportuno anticipare sin da ora che, mentre le pronunce del Supremo Consesso si attestano su posizioni ben consolidate, il T.A.R., non senza suscitare alcune perplessità delle quali si dirà meglio in seguito, preferisce percorrere una strada maggiormente innovativa.

2. Reato in danno dello Stato o della Comunità. Una definizione restrittiva? (Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n.1736 del 20 marzo 2009)
La prima vicenda che si esamina, sottoposta all'attenzione del Consiglio di Stato, verte sull'esclusione di un'impresa motivata dall'emissione, a carico dell'amministratore delegato con delega alla sicurezza – e direttore tecnico - della società concorrente, di un decreto penale di condanna[5] divenuto irrevocabile per il

[3] Le cause di esclusione automatica, indicate al secondo periodo della lettera c) dell'art. 38, comma 1, sono individuate non avendo riguardo alle norme dell'ordinamento interno ma attraverso il richiamo al paragrafo 1 dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, disposizione che fa a sua volta rinvio a previgenti atti comunitari. In sostanza, l'art. 38 opera, sul punto, una sorta di rinvio aperto, suscettibile di essere esteso anche ad ulteriori fattispecie che dovessero essere introdotte in futuro.
[4] AVCP, Determinazioni 13 febbraio 2000, n. 56, e 5 dicembre 2001, n. 16/23.
[5] Si badi che, prima dell'emanazione del Codice dei Contratti una larga parte della giurisprudenza amministrativa, soprattutto di merito, giudicava non assimilabili, agli effetti che qui interessano, i decreti penali di condanna divenuti esecutivi ex art. 460 c.p.p. alle sentenze passate in giudicato, ritenendo

delitto, regolarmente dichiarato in sede di domanda di partecipazione, di cui all'art. 590, co. 3, c.p., avendo il medesimo, in qualità di datore di lavoro, cagionato, per colpa, lesioni personali gravi alla persona offesa in un incidente occorso in cantiere.
Tale reato viene ritenuto, dalla stazione appaltante, incidente sulla moralità professionale.
L'appellante, già soccombente in primo grado, sostiene una tesi piuttosto originale, affermando che la locuzione "*ai danni dello Stato o della Comunità*" escluderebbe la rilevanza dei reati che non abbiano lo Stato o la Comunità Europea come soggetto passivo.
L'orientamento consolidato sul punto[6] osserva invece, in senso contrario, che detta locuzione non consente di desumere che le fattispecie rilevanti siano solo quelle in cui la P.A. o l'Unione Europea siano formalmente parti offese, ben potendo dichiararsi l'esclusione in relazione a quelle condotte che offendano la collettività solo in via mediata, essendo rivolte direttamente in danno di soggetti privati.
La controversia, comunque, offre l'occasione al Supremo Collegio per precisare che, con l'introduzione dell'art. 38, co. 1, lett. c) del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163, il Legislatore nazionale, lungi dal riscrivere in senso più restrittivo le norme di cui ai previgenti artt. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999 e 17 del D.P.R. n. 34 del 2000, ha invece inteso esercitare la facoltà, stabilita al paragrafo 2 dell'art. 45 della menzionata direttiva 2004/18/CE, di prevedere cause preclusive ulteriori rispetto a quelle obbligatorie di cui al paragrafo 1 dello stesso articolo, anche estendendo la sfera dei reati rilevanti a quelli che interessano altri Stati membri della Comunità europea o la stessa Comunità.
Fatta questa premessa, il Consiglio di Stato esamina il motivo di appello, chiarendo che la dizione "*in danno dello Stato*" non va letta isolatamente, ma nel contesto della più ampia dizione "*reati gravi in danno dello Stato (…) che incidono sulla moralità professionale*".
I Giudici di palazzo Spada fanno quindi proprie le conclusioni della dottrina prevalente, cui si è precedentemente fatto cenno, affermando che quanto rileva non è di certo la persona offesa del reato, bensì l'idoneità del reato medesimo ad incidere sulla moralità professionale del soggetto che intenda partecipare ad una gara e, quindi, sulla sua affidabilità.
L'adesione ad una tesi diversa, infatti, comporterebbe l'impossibilità di configurare come causa di esclusione - al di là delle condanne per i reati elencati nel citato paragrafo 1 dell'art. 45 della direttiva menzionata (cause obbligatorie di

---

sussistente una diversità ontologica tra le due fattispecie (T.A.R. Veneto, sez. I, 14 dicembre 2006, n. 4065; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 9 marzo 2006, n. 170). Già prima che l'art. 38 ponesse una espressa equivalenza tra le due ipotesi, l'Autorità per la Vigilanza si era comunque pronunciata, con la Determinazione 15 luglio 2003, n. 13, nel senso della piena assimilabilità tra decreto penale e sentenza definitiva.

[6] GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, Milano, 2008, 1285.

esclusione), richiamate in altra parte dello stesso art. 38, co. 1, lett. c) - la maggior parte delle condanne per reati implicanti un *vulnus* alla moralità professionale, quali ad esempio, tra i delitti contro l'economia, il reato di turbata libertà dell'industria o del commercio di cui all'art. 513 c.p.

Non vi è dubbio, quindi, che tutti i reati siano, almeno in potenza, suscettibili di essere esaminati dall'Amministrazione al fine di valutare la moralità professionale del contraente *in pectore*.

In assenza di parametri normativi predeterminati, tale valutazione, che attiene all'esercizio del potere discrezionale spettante alla P.A.[7], deve essere condotta attraverso la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato.

La giurisprudenza[8] ha osservato che, in questo caso, la stazione appaltante esercita una discrezionalità che può essere definita monofasica, nel senso che alla decisione circa l'idoneità di una certa condanna ad incidere sulla moralità professionale dovrà necessariamente seguire, senza possibilità di opzione contraria, l'esclusione del concorrente.

Questo assunto permette di risolvere la seconda questione sollevata dall'appellante, quella relativa alla rilevanza ed alla gravità del reato, nel senso testé chiarito.

La decisione del giudice di appello sembra assolutamente condivisibile: il reato specifico è connesso al tipo di attività che il soggetto sarebbe chiamato a svolgere, non è risalente nel tempo, e la sua gravità risiede non solo e non tanto nella consistenza delle lesioni procurate alla persona offesa, quanto, piuttosto, nella circostanza che la condotta si sostanzia nell'inosservanza di norme antifortunistiche inderogabili. Inosservanza, peraltro, ascrivibile proprio al soggetto su cui, all'epoca dei fatti, incombeva l'obbligo giuridico di assicurare la sicurezza nel cantiere.

Alla luce di quanto precede, è possibile cominciare a porre alcuni punti fermi in tema di cause di esclusione:

a) i soli reati che comportano l'esclusione automatica sono quelli indicati tassativamente dall'art.38, lett. c;

b) l'incidenza di tutte le altre ipotesi criminose deve essere valutata dalla stazione appaltante, senza che rilevi il soggetto passivo del reato medesimo.

Quale logico corollario di quanto sin qui osservato, la giurisprudenza pressoché uniforme[9] afferma poi che la P.A. deve attentamente ed adeguatamente motivare la propria valutazione discrezionale circa l'idoneità di una condanna a compromettere l'affidabilità professionale del concorrente.

Tuttavia, se vi è condivisione quanto alle affermazioni dogmatiche, non altrettanto

---

[7] In tal senso si esprime la giurisprudenza prevalente. Per citare solo alcune pronunce, si vedano Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2003; T.A.R. Lazio, sez. I, 15 marzo 2007, n. 2313; T.A.R. Sardegna, sez. I, 7 luglio 2006, n. 1433.

[8] T.A.R. Liguria, sez. II, 20 dicembre 2005, n. 1774.

[9] Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2007, n. 945; T.A.R. Milano, sez. III, 11 gennaio 2005, n. 227; T.A.R. Piemonte, sez. II, 18 dicembre 2002, n. 2048.

può dirsi per le applicazioni concrete: accanto a sentenze che reputano imprescindibile il dato che la condanna sia stata pronunciata per reati inscindibilmente connessi alla qualità imprenditoriale del concorrente[10], si registrano, infatti, anche decisioni che attribuiscono rilevanza a reati non commessi nell'esercizio della attività professionale, ma comunque lesivi dell'affidabilità del futuro contraente, sino a giungere valorizzazione, in una gara per l'affidamento di un servizio di trasporto scolastico, del reato di guida in stato di ebbrezza[11].
Chiarito ciò, si può ora affrontare la diversa questione delle conseguenze dell'omessa menzione di un reato nella dichiarazione prodotta dall'unità concorrente.
In altre parole: il concorrente che ometta di indicare una condanna nella dichiarazione deve essere automaticamente escluso oppure la stazione appaltante, che di quel reato sia venuta in seguito a conoscenza, deve comunque giudicarne la portata lesiva, nel senso in precedenza richiamato, prima di estrometterlo dalla gara?
A questa domanda affatto banale rispondono, in maniera diametralmente opposta, le sentenze che si stanno per esaminare.

3. L'obbligo di rendere dichiarazioni veritiere e la più utile delle sconfitte (Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n.2364 del 20 aprile 2009).
Nel caso richiamato in epigrafe, il Consiglio di Stato si trova ad esaminare la seguente questione: una unità concorrente[12] non dichiara la sussistenza di una condanna, con applicazione della pena della multa nella misura di 100 (cento) euro, intervenuta nei confronti della propria legale rappresentante, per il reato di concorso nell'esercizio abusivo della professione infermieristica, previsto e punito dagli artt. 110 e 348 c.p., avendo la stessa impiegato una persona non iscritta all'albo degli infermieri nell'esecuzione di un appalto svolto nel 2002 presso una casa di riposo.
La stazione appaltante, ritenendo non grave il reato contestato, anche in relazione al tempo trascorso dalla consumazione, aggiudica comunque la gara alla suddetta partecipante.
Il T.A.R., in accoglimento dell'appello della seconda classificata, annulla il provvedimento di aggiudicazione, sulla considerazione che la mera omissione di un reato nella dichiarazione sia motivo sufficiente per l'esclusione della gara.
L'aggiudicatario appellante ripropone, dinanzi al Consiglio di Stato, le argomentazioni non condivise dal giudice di prime cure, sostenendo, quanto all'interpretazione dell'art. 38, che la norma imporrebbe al singolo concorrente di dichiarare unicamente i "reati gravi" e non già tutti quelli ascritti, in via definitiva, ai

[10] Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2003, n. 3241; T.A.R. Milano, sez. II, 18 luglio 2002, n. 3193.
[11] T.A.R. Toscana, sez. II, 17 marzo 2005, n. 1240.
[12] La gara aveva ad oggetto l'affidamento della organizzazione e della gestione dei servizi socio-sanitari e di supporto a favore degli ospiti della Azienda speciale di un Comune.

soggetti contemplati dalla lett. c) della disposizione.

I Giudici di Palazzo Spada assumono una posizione molto netta, anche nei toni, dichiarando che "*molte delle argomentazioni difensive indirizzate dall'appellante contro la sentenza impugnata non sono condivisibili*" e che l'interpretazione fornita dell'art. 38 deve essere "*ripudiata*".

La legge, argomenta il Collegio di secondo grado, obbliga i partecipanti alle gare a rendere dichiarazioni complete e veritiere e, quindi, recanti l'esatta indicazione di tutti i precedenti penali, ivi inclusi quelli per i quali sia stato concesso il beneficio della non menzione[13].

Sono evidenti le ragioni che sorreggono tale esegesi, posto che, qualora difettasse la precisa ed esaustiva rappresentazione di tutte le condotte penalmente rilevanti ascritte ai soggetti di cui all'art. 38, la stazione appaltante non sarebbe in grado di stimarne la gravità e l'eventuale incidenza sul requisito della moralità professionale.

Il concorrente, quindi, non ha alcun margine per distinguere tra i reati oggetto di dichiarazione, quale sia la posizione dei loro amministratori, in carica o no, di fronte alla legge penale. Egli deve rispettare rigorosamente la norma, ed indicare nella dichiarazione tutti i reati, nessuno escluso[14].

Una interpretazione contraria si presterebbe a facili abusi e, osserva pessimisticamente (ma con sano realismo) il Consiglio di Stato, ad una sistematica elusione della rigorosa disciplina codicistica.

Come si vede, la ricostruzione del giudici di secondo grado non inficia, né svuota di significato il potere, riconosciuto alla stazione appaltante, di valutare, in concreto, la gravità del reato.

Piuttosto, secondo il Supremo Collegio, il concorrente non può compiere egli stesso tale valutazione, volontariamente omettendo di dichiarare l'esistenza di una condanna.

Tanto vero che, nella fattispecie *de qua*, nonostante le tesi dell'appellante siano quasi tutte demolite[15], il gravame viene accolto in virtù di quella che lo stesso

---

[13] La non menzione della pena nel casellario giudiziale, beneficio riconosciuto dall'art. 175 c.p., non estingue il reato né la pena per esso prevista, rispondendo piuttosto all'esigenza di favorire il reinserimento sociale del condannato. Non è un caso, a tale proposito, che la non menzione sia prevista solo per i certificati richiesti dai privati e non per quelli richiesti dalla P.A.; sulla base di tali considerazioni, la giurisprudenza osserva che ben può la stazione appaltante escludere dalla gara il concorrente, condannato per un reato incidente sulla sua moralità professionale, per il quale pure sia stato concesso il beneficio della non menzione (T.A.R. Piemonte, sez. I, ord. 26 novembre 2008, n. 963).

[14] Come si avrà modo di chiarire oltre, l'interpretazione fornita in questa pronuncia non è uniforme in giurisprudenza.

[15] Il Collegio ha correttamente osservato che la natura del reato *de quo*, indipendentemente dal tempo trascorso e dalla condanna di scarsa entità, difficilmente poteva non incidere sull'affidabilità professionale dell'impresa. Il tenore letterale della sentenza lascia intendere la volontà del Consiglio di Stato di pronunciarsi una volta per tutte sulla corretta interpretazione dell'art.38. Basti leggere quanto detto in ordine alle spese: "*La peculiarità della fattispecie e, nonostante l'accoglimento dell'impugnazione, l'infondatezza di molte argomentazioni sviluppate dall'appellante in relazione all'interpretazione applicativa dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici permettono al Collegio di disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali del doppio grado del giudizio*" .

Consiglio di Stato definisce una "*peculiarità della fattispecie concreta*".
In sintesi: l'appellante sbaglia nell'interpretare l'art.38, ma è comunque vittorioso.
Ciò in quanto, rileva il Collegio, nel certificato generale del casellario giudiziale il reato in contestazione non risulta, né emerge in atti che la dichiarante avesse in altro modo piena conoscenza della condanna della precedente legale rappresentante.
L'omissione, quindi, non sarebbe sorretta dell'elemento psicologico.
Sul punto, la sentenza null'altro aggiunge; soprattutto, non spiega quale sia il legame fra l'omissione e l'atteggiamento psicologico del dichiarante.
Suscita, poi, qualche perplessità la decisione di pronunciarsi in favore dell'appellante in un caso siffatto, nel quale, anche volendosi sanare il profilo dell'omessa dichiarazione, resta comunque sul tappeto la questione dell'effettiva sussistenza di un reato che lo stesso Consiglio di Stato, censurando l'operato della stazione appaltante, ha qualificato poche righe prima come grave[16] nel senso voluto dall'art.38.

4. Ma l'obbligo esiste davvero? La decisione del T.A.R. e la vittoria di Pirro (T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II, sentenza n.3984 del 20 aprile 2009).
Proprio mentre il Consiglio di Stato era impegnato nel pronunciare la sentenza appena analizzata, a pochi chilometri di distanza la Seconda Sezione del T.A.R. Lazio, in un caso del tutto simile, assumeva una decisione di segno diametralmente opposto.
Nella fattispecie esaminata, una impresa impugnava la decisione del Comune di dichiararla decaduta dall'aggiudicazione provvisoria[17] a causa della assenza, nella dichiarazione resa dal rappresentante legale ai sensi del più volte citato art. 38, dell'indicazione di una sentenza di "patteggiamento" per omicidio colposo (in occasione di un incidente stradale) pronunciata a suo carico nel 2005.
Il Collegio giudicante approfitta dell'occasione per un approfondimento sull'art.38, domandandosi se la mancata indicazione di un precedente penale nella dichiarazione integri *ex se* motivo di esclusione dalla gara ovvero imponga, alla stazione appaltante, di passare ad una seconda fase di valutazione, avente ad oggetto la reale incidenza del tipo di condanna sui requisiti di partecipazione alla gara.
In realtà, la formulazione della domanda non convince del tutto: nessuno dubita, infatti, che la P.A. debba operare una valutazione discrezionale all'esito della quale sia possibile stabilire se il reato commesso dal concorrente sia o meno tale da

16 Testualmente: "[..] *appare difficilmente contestabile che l'aver inserito tra il personale infermieristico di una casa di cura un soggetto non iscritto all'albo fosse una condotta in grado di suscitare serie perplessità sulla correttezza e, ancor prima, sulle capacità della Xxx di selezionare collaboratori effettivamente qualificati, cui affidare delicati compiti in ambito sanitario*".
17 Gara d'appalto per i lavori di manutenzione ordinaria delle strade e dei marciapiedi, bandita dal III Municipio del Comune.

incidere sulla sua moralità professionale.
Il cuore della questione è, piuttosto, se al concorrente sia concesso rendere una dichiarazione incompleta, e quindi non veritiera, senza che da ciò derivi l'esclusione dalla gara.
Se si ammette che il partecipante alla gara possa omettere di menzionare alcuni reati, in altre parole se gli si consente di valutare *ex ante* quali fattispecie possano essere gravi e quali no, è ovvio che la fase successiva non può prescindere dall'onere della stazione appaltante di verificare se la scelta del concorrente sia esatta o non lo sia.
Il T.A.R., invece, sembra considerare i due momenti intimamente legati, e, rovesciando integralmente la prospettiva, giunge ad una conclusione che può così riassumersi: poiché il giudizio sulla gravità del reato è doveroso e imprescindibile, è irrilevante in quale momento della procedura la stazione appaltante venga a conoscenza della condotta penalmente rilevante.
Di qui la conclusione che l'incompletezza della dichiarazione non costituisce un motivo automatico di esclusione.
Il Collegio, innanzitutto, prende atto dell'orientamento giurisprudenziale "classico", secondo cui la non veridicità della dichiarazione circa la sussistenza di pregiudizi penali integra una autonoma causa di esclusione dalla gara, a prescindere dalla valutazione in ordine all'idoneità della condanna riportata ad incidere sulla moralità professionale dell'impresa[18].
Tuttavia, secondo un diverso indirizzo interpretativo, "*più rispettoso dei principi – anche comunitari - che ormai informano la procedura di scelta del contraente pubblico, non è sufficiente ad integrare la fattispecie che porta alla non partecipazione alla gara della concorrente (e quindi sia a determinarne l'esclusione sia a provocarne la decadenza dall'aggiudicazione provvisoria) la sola mancata dichiarazione, ma occorre indagare se il reato per il quale si è verificata la mancata dichiarazione incida effettivamente sul requisito di affidabilità morale richiesto dal Codice per essere destinatari dell'affidamento di una commessa pubblica*".
Benché nella pronuncia non se ne faccia espressa menzione, il Giudicante sembra far proprie le considerazioni di una recente decisione del Consiglio di Stato[19], curiosamente resa dalla V sezione - la stessa cui si deve la sentenza n. 2364 del 20 aprile 2009 esaminata nel paragrafo che precede - che si pone in contrasto con l'orientamento maggioritario.
Afferma il Consiglio di Stato nel 2008 che la *ratio* di escludere i concorrenti che non offrano le necessarie garanzie di moralità professionale è quella di evitare che ad eseguire il servizio sia un soggetto che abbia commesso reati lesivi di quegli stessi interessi collettivi che, in veste di aggiudicatario, sarebbe chiamato a realizzare.

[18] Il T.A.R. cita tre decisioni del Consiglio di Stato, tutte rese dalla V sezione. Si tratta della sentenza 12 aprile 2007, n. 1723; della sentenza 28 maggio 2004, n. 3466; della sentenza 6 giugno 2002, n. 3183.
[19] Il riferimento è a Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4244.

Se ne deduce, sotto un primo profilo, che il difetto del requisito della moralità professionale non concerne tutti i reati ma solo quelli che sono in grado di incidere, in concreto, sull'interesse collettivo alla realizzazione dell'opera pubblica; sotto altro aspetto, che il partecipante alla gara è legittimato, all'atto di rendere la dichiarazione e senza con ciò incorrere nella falsità della dichiarazione resa, ad operare un giudizio di rilevanza delle singole condanne subite ove ritenga che i fatti non incidano sulla moralità professionale.

La pronuncia del T.A.R. prosegue con una lunga dissertazione sul concetto di "gravità" e di "moralità professionale"[20]: argomenti di sicuro interesse teorico, ma che non aiutano a risolvere la problematica, visto che attengono al momento valutativo e non alla fase antecedente. Come pure non è decisiva l'analisi successiva, nella quale il T.A.R. sottolinea che lo stesso Legislatore Comunitario, al di là delle ipotesi "obbligatorie" di esclusione, ha lasciato al Legislatore Nazionale ed alle Stazioni Appaltanti la capacità di valutare quali altre fattispecie possano (e non debbano) condurre all'esclusione.

Fin qui, la pronuncia ripercorre principi del tutto noti, dai quali tuttavia, al termine dell'*iter* argomentativo seguito, il giudice di primo grado fa discendere la conclusione che la mancata indicazione di un precedente penale, che non incida sulla moralità professionale, non può assumere autonoma rilevanza ai fini dell'esclusione del concorrente dalla gara.

Sembra utile riportare testualmente il passaggio: "…*Tale ultima conclusione si produce per effetto delle seguenti tre considerazioni:*

a) se, al di là delle ipotesi di esclusione automatica normativamente determinata, la stazione appaltante non può dichiarare incompatibile rispetto alla selezione in corso la concorrente il cui rappresentante legale non si sia macchiato di reati che incidono sulla "moralità professionale", la dichiarazione di quel "tipo" di reato appare oggettivamente ininfluente e quindi addirittura superflua;

b) in assenza di dichiarazione (resa ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445) circa la sussistenza di un precedente penale che rientri nella surriferita tipologia di reati ininfluenti sulla capacità partecipativa della concorrente alla gara, la possibilità di verifica da parte della stazione appaltante

[20] Il T.A.R. rileva correttamente che l'art. 75 del previgente Regolamento (di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici) faceva riferimento ai reati che "*incidono sull'affidabilità morale e professionale*", mentre il vigente art. 38 del Codice richiama specificamente la "*moralità professionale*".Vi è stata dunque, prosegue il giudice di primo grado, una evidente scelta del Legislatore nel senso di limitare le ipotesi di esclusione ai casi in cui il precedente penale ascritto al (nel nostro caso) rappresentante legale della ditta 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 costituisce strumento di recepimento nell'ordinamento nazionale, fa sempre riferimento alla "*moralità professionale*" dell'operatore [si veda, in tal senso, quanto espresso nei considerando nn. 34 e 43 (proprio in tema di esclusione dalle selezioni per precedenti penale)]. Ma quel che merita di essere evidenziato è, come già accennato, la particolare declinazione delle ipotesi di esclusione dalla selezione contenuta nell'art. 45.

non resta pregiudicata, essendo anzi sempre ammessa e consentita alla stazione appaltante, visto che il soggetto aggiudicatore deve svolgere autonomamente le indagini al fine di acquisire dall'Amministrazione della giustizia quei "documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento" selettivo, stante l'applicazione alle procedure di scelta del contraente dell'art. 18, comma 2, della legge 7 agosto 1990 n. 241 e ciò non solo per effetto del richiamo generalizzato alle disposizioni contenute nella legge n. 241 del 1990 operato nell'art. 2, comma 3, del Codice, ma anche per l'espresso rinvio di cui all'art. 74, comma 7, del medesimo Codice;

c) ad ogni modo opera, quale previsione normativa di chiusura, l'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, per effetto del quale l'Amministrazione procedente non può escludere dalla selezione la concorrente che abbia reso una dichiarazione incompleta, onerando la stazione appaltante del compito di invitare i concorrenti alla integrazione documentale ovvero a fornire chiarimenti su aspetti dubbi che potrebbero comportare l'esclusione dalla selezione e ciò quale diretta proiezione del principio comunitario della massima partecipazione alle gare pubbliche".

La posizione del giudice amministrativo è certamente suggestiva, ma sembra operare una indebita commistione fra due fasi autonome.

Ripercorrendo al contrario le argomentazioni del T.A.R., è, infatti, agevole osservare quanto segue.

c) L'art.46 del d. lgs. n. 163/2006 è interpretato in modo talmente ampio da fargli affermare qualcosa che la norma si guarda bene dal dire. L'articolo, che ha un solo comma, recita: "*nei limiti di cui dagli articoli 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati".* L'art.46, quindi, limita la propria applicazione proprio con riferimento all'art.38, la cui formulazione è stringente nel richiedere al concorrente di fare menzione di tutti i reati, senza alcuna possibilità di scelta.

b) Il fatto che la stazione appaltante abbia la possibilità di procedere in ogni caso ad autonome verifiche presso l'Amministrazione della giustizia non ha alcun valore decisivo. Ad opinare il contrario, infatti, si finisce per affermare che la dichiarazione non ha alcuna ragion d'essere, potendo il concorrente renderla in modo incompleto o, addirittura, non renderla affatto, senza con ciò, secondo il T.A.R., liberare l'Amministrazione aggiudicatrice dal fare le necessarie verifiche. A che pro, allora, la richiesta di autocertificazione?

a) L'assunto del T.A.R. sul punto è condivisibile, ma non soccorre. Non si discute, come più volte ripetuto, del fatto che l'Amministrazione non possa escludere automaticamente il concorrente quando riscontri la sussistenza di un reato, dovendone prima valutare l'incidenza in concreto sulla moralità professionale. Il nodo è che sul concorrente grava un obbligo preciso di dichiarare tutti i reati, senza escluderne nessuno. Lo suggerisce lo stesso comma 2 dell'art.38, che impone al partecipante di dichiarare anche le condanne per le quali abbia beneficiato della non

menzione.
Per uno strano scherzo del caso, tuttavia, mentre il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2364/2009, aveva demolito le tesi dell'appellante, accogliendo tuttavia il gravame, il T.A.R. fa proprie le tesi del ricorrente, ma quest'ultimo non ottiene alcuno dei beni della vita per i quali aveva agito in giudizio[21].
Non l'aggiudicazione del servizio: il Collegio infatti osserva che la ricorrente ha omesso di impugnare il provvedimento di aggiudicazione definitiva, che quindi si è cristallizzato, ponendosi al riparo dall'annullamento.
Non, infine, il risarcimento del danno: il T.A.R. non esamina neppure la domanda risarcitoria, genericamente formulata dalla parte ricorrente nell'atto introduttivo del giudizio, ritenendo inaccoglibile la domanda di risarcimento del danno in carenza di prova sull'esistenza e sull'entità del pregiudizio patrimoniale dedotto.

[21] Se non che l'Amministrazione non ha potuto escutere la cauzione e denunziare il fatto all'Autorità di Vigilanza. Dopo aver fatto affermare al T.A.R. un principio tanto rivoluzionario, il risultato è una ben misera vittoria.