

Articolo 38, comma 1, lettera c) del d.lgs. 163/2006: reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale

di **Beatrice Corradi**

L'articolo 38 del d.lgs. 163/2008 al comma 1, lettera c), prevede l'esclusione dalla gara e l'impossibilità di stipulare i relativi contratti per i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale, una sentenza di condanna passata in giudicato, sia stato emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sia stata emessa sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale.

L'indefettibilità, ai fini della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, della dichiarazione sulla insussistenza di pregiudizi di ordine morale, con conseguente necessità dell'esclusione del concorrente che non abbia adempiuto o abbia adempiuto in maniera incompleta in tal senso, è insita nella stessa *ratio* dell'art. 38. Si tratta infatti di una

norma di natura imperativa, le cui dichiarazioni sono richieste, in realtà, per una finalità che non si traduce solo nella garanzia sull'assenza di ostacoli di natura etica all'aggiudicazione, ma anche nella predisposizione dello strumento atto a consentire.

Per disposizione legislativa, le cause di esclusione di cui alla lettera c) dell'art. 38, comma 1 del d.lgs. 163/2006

operano sia con riferimento al titolare dell'impresa individuale o al socio della società in nome collettivo o al socio accomandatario della società in accomandita semplice o agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza se si tratta di altro tipo di società, sia con riferimento ai direttori tecnici dei predetti soggetti. Si tratta di una disposizione che ha la chiara finalità di attuare un controllo effettivo sulla idoneità morale degli operatori economici, con riferimento a tutti i soggetti

in grado di impegnare all'esterno l'impresa, tanto da richiedere le dichiarazioni non solo in capo agli amministratori muniti di legale (e formale) potere di rappresentanza, ma anche ai direttori tecnici e, in determinate ipotesi, anche al socio di maggioranza (parere n.74 del 16.5.2012 dell'Avcp).

“ Il concetto di moralità professionale riconduce la causa di esclusione a quei fatti illeciti che manifestano una radicale e sicura contraddizione con i principi deontologici della professione lasciando un ampio spazio di valutazione discrezionale per la stazione appaltante ”

1. I concetti di moralità professionale e di reati gravi in danno dello Stato e della Comunità

Il concetto di moralità professionale riconduce la causa di esclusione a quei fatti illeciti che manifestano una radicale e sicura contraddizione con i principi deontologici della professione lasciando un ampio spazio di valutazione discrezionale per la stazione appaltante al fine di un apprezzamento delle singole concrete fattispecie, tenendo conto di tutti gli

elementi che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali ad esempio l'elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive (cfr. parere AVCP del 14.1.2010, n. 7).

Al fine di permettere la valutazione da parte dell'amministrazione della gravità del reato e delle conseguenze sulla moralità professionale del candidato, la relativa dichiarazione deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dall'entità del reato e/o dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete alla stazione appaltante.

La stazione appaltante valuta discrezionalmente l'incidenza di una condanna sulla moralità professionale dell'appaltatore con riferimento al tipo di reato com-

nesso, fornendo un'adeguata motivazione in merito alla decisione adottata. "A sensi della legge 7.8.1990, n. 241, le relative valutazioni non andranno espresse in conformità a categorie astratte di reati, ma tenendo conto delle circostanze in cui un reato è stato commesso, per dedurne un giudizio di affidabilità o inaffidabilità. La norma perciò non richiede apprezzamenti assoluti del tipo "la commissione di tale reato è (o non è) indice di inaffidabilità morale o professionale", ma un'accurata indagine sul singolo fatto, giudicato come costituente reato, su cui si fonderà il giudizio richiesto all'amministrazione" (TAR Veneto, sez. I, sentenza 1909/2006. In senso conforme,

cfr. Cons. Stato, sez. V, sentenza 23 marzo 2009, n. 173). Il TAR Lazio, sez. II, con sentenza dell'8 aprile 2009, n. 3984 ha ulteriormente affermato che: "La piana lettura della norma in questione (vale a dire l'art. 38, comma 1, lett. c), del codice dei contratti pubblici), fa esplicito riferimento, alla commissione di reati "gravi" in danno dello Stato e della Comunità che incidono sulla moralità professionale. Il richiamo operato dal legislatore alla connotazione di "gravità" non può essere sottaciuto anche in considerazione del fatto che il riferimento all'espressione "gravità", implicante di per sé un concetto generico, obbliga la stazione appaltante a motivare le

ragioni che fanno ritenere tale il comportamento sotteso alla condanna ascritta al responsabile della ditta concorrente con riferimento al "tipo" di commessa che deve essere affidata".

I reati che incidono sulla moralità professionale (articolo 17, comma 1, lettera c), del d.P.R. 34/2000) devono intendersi, concordemente con quanto indicato dal Ministero ll.pp. nella circolare 1° marzo 2000, n. 182/400/1993, quelli 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 concernenti fatti

“ I reati che incidono sulla moralità professionale devono intendersi, quelli contro la pubblica amministrazione, la fede pubblica, il patrimonio quelli concernenti 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 ”

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** (cfr. parere dell'AVCP n. 124 del 7.7.2010).

La giurisprudenza (cfr. TAR Piemonte, sez. I, n. 1857/2002) ha evidenziato come sia necessaria una valutazione complessiva nel giudizio comprendente la condotta e la gestione di tutta l'attività professionale del dichiarante. L'espressione si riferisce, non tanto alle competenze professionali dell'imprenditore aspirante contraente con la pubblica amministrazione, quanto piuttosto ad una nozione ampia, comprendente la condotta

e la gestione di tutta l'attività professionale. Esulano quei fatti, estranei allo svolgimento dell'attività professionale, che riguardino esclusivamente la condotta personale del soggetto che partecipi alla gara. La gravità del reato deve essere valutata in relazione a quest'ultimo elemento, ed il contenuto del contratto oggetto della gara assume allora importanza fondamentale al fine di apprezzare il grado di "moralità professionale" del singolo concorrent" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4.6.2010, n. 3560).

L'espressione "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità" subordina l'efficacia ostensiva delle sentenze di condanna passate in giudicato, dei decreti penali di

condanna divenuti definitivi e dei "patteggiamenti" alla circostanza che abbiano ad oggetto reati, che oltre ad incidere sulla moralità professionale, siano lesivi di interessi riferibili allo Stato o alla Comunità (ovviamente si tratta della Comunità europea, oggi denominata anche Unione europea). Possono essere causa di esclusione alla partecipazione alle gare i provvedimenti definitivi di condanna per reati che offendono interessi facenti capo alla Comunità - ad esempio in materia ambientale, finanziaria, in materia di immigrazione -. A tale proposito si fa riferimento all'art. 46, comma 1-bis del d.lgs. 163/2006 che stabilisce: "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti".

2. Gli orientamenti della giurisprudenza al fine della qualificazione del reato come grave

- a) Reato grave contro lo Stato che incide sulla moralità professionale connesso all'oggetto dell'appalto: "La condanna riportata dal legale rappresentante appare certamente riconducibile ad un reato grave contro lo Stato che incide sulla moralità professionale dell'eventuale aggiudicatario, trattandosi di applicazione della pena senza sospensione condizionale per un reato (incendio colposo) che, a tutti gli effetti, **deve essere anche considerato strettamente correlato all'oggetto della gara in questione** (manutenzione straordinaria per la prevenzione incendi e sicurezza)" TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2012, n. 1179.
- b) La valutazione in merito alla definizione della gravità compete solo all'ente e non al dichiarante: "Nelle gare di appalto, la valutazione in ordine alla gravità delle condanne riportate dai concorrenti e alla loro incidenza sulla moralità professionale spetta alla stazione appaltante e non al singolo concorrente, il quale è pertanto tenuto ad indicare tutte le condanne riportate, non potendo operare all'origine alcun filtro, omettendo la dichiarazione di alcune di esse in conformità a una selezione compiuta secondo criteri personali, e ciò indipendentemente dall'inserimento dell'obbligo in una specifica clausola del bando e/o del disciplinare di gara" Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 782.
- c) La valutazione da parte dell'ente è necessaria: "La

stazione appaltante non risulta avere in alcun modo preso in considerazione, né in un senso né nell'altro, il precedente penale dichiarato dalla società: ciò che appare a fortiori illegittimo, se si tiene conto che almeno in astratto, avuto riguardo al bene giuridico offeso dal reato in questione (la sicurezza dei luoghi di lavoro), si trattava di condanna suscettibile di incidere sulla moralità professionale del concorrente (è noto, infatti, che ai fini di tale valutazione assumono un rilievo marginale altri elementi, quali l'entità della pena irrogata o il tempo trascorso: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2007, n. 5470; Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2003, n. 3380). Cons. Stato, n. 1471/2012: "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 (codice dei contratti pubblici), per l'esistenza, a carico dell'amministratore, di un decreto penale di condanna per falso ideologico (avendo attestato in una gara l'insussistenza di cause di esclusione, mentre era stato omesso un versamento Inps ritenuto effettuato) nel caso in cui la stazione appaltante abbia omesso di esplicitare per quale ragione il precedente penale rivesta i caratteri di gravità ed effettiva incidenza sulla moralità professionale, con la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato; in tal caso, infatti, l'amministrazione non può escludere la ditta solo menzionando il suddetto tipo di condanna subita dall'interessato, non rientrando questa fra i reati automaticamente qualificati come incidenti sulla moralità professionale".

3. L'esclusione è automatica, secondo le disposizioni di legge, in casi tassativi

L'articolo 38 del d.lgs. 163/2006 al comma 1 lettera c) prevede l'esclusione dalla gara e l'impossibilità di stipulare i relativi contratti per i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata una 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.

Nei presenti casi l'esclusione è da intendersi come au-

tomatica ed obbligatoria e, più in generale, nel caso in cui ricorrano gli estremi di applicazione dell'articolo 32-*quater* del codice penale (casi nei quali alla condanna consegue l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione), cioè la commissione di uno dei presenti delitti: malversazione a danno dello Stato; concussione; corruzione per un atto d'ufficio; corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio; ecc.

Il fondamento della disposizione consiste infatti nell'as-

sicurare preventivamente la piena affidabilità morale dell'impresa che ambisce a contrarre con la pubblica amministrazione. In questo caso la norma individua le situazioni che comportano l'esclusione automatica, senza attribuire all'ente il compito di procedere ad una valutazione discrezionale. L'esclusione rientra quindi nei casi regolati dall'art. 46 del codice degli appalti a seguito di cui è possibile procedere alla non ammissibilità della candidatura.