

In un disciplinare, busta A-documenti, tra i requisiti di partecipazione si richiede che la ditta candidata non sia stata oggetto di sentenza relativa a reati che precludano la partecipazione a gare di appalto di lavori pubblici, sentenza “ancorché non definitiva”; è legittima tale pretesa?

I requisiti per partecipare alla gara di appalto di opere pubbliche sono indicati nel bando di gara e consistono nel possesso della normale capacità a contrattare, nell' idoneità morale, nella capacità tecnica, economica e finanziaria, nonché nel possesso dei requisiti disposti dalle leggi antimafia. L'elencazione delle cause di esclusione dalle gare di appalto di opere pubbliche è contenuta nell'art. 75, d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, *Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 3 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni.*

Tale disposizione prevede:

“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

- a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;
- 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; il divieto opera 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 o in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società;
- c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale; il divieto opera se la sentenza è stata emessa 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 o 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 il divieto opera 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. *(Seguivano alcune parole non ammesse al visto della Corte dei*

conti). Resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale;

d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55;

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 dei lavori pubblici;

f) che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara;

g) che abbiano commesso irregolarità, definitivamente accertate, rispetto gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;

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, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici”.

Tale disposizione, la cui versione originaria non è stata ammessa al visto della Corte dei conti in quanto priva della ipotesi di esclusione corrispondente a quella contemplata dalla lett. f) dell'art. 24 della direttiva 93/37/CEE (a mente del quale “Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni imprenditore: (...) f) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo le disposizioni legali del paese dove egli è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice”), è stata introdotta dal d.p.r. 30 agosto 2000, n. 412 e prevede requisiti in parte analoghi a quelli richiesti dall'art. 17 del d.p.r. 25 gennaio 2000 n. 34, *Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n.109, e successive modificazioni*, per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione.

I requisiti di carattere generale, inerenti all'affidabilità del contraente, devono sussistere alla data di sottoscrizione del contratto per il rilascio dell'attestazione di qualificazione, ma devono permanere anche al momento della partecipazione alle specifiche procedure di affidamento e di stipulazione dei contratti, dal momento che la stazione appaltante può escludere dalla gara le imprese, le quali, pur in possesso dell'attestato, risultino al momento dello svolgimento della gara prive dei requisiti generali prescritti dall'art. 75, comma 1, d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 (per i richiami giurisprudenziali, cfr. CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 283).

Ai sensi dell'art. 75, comma 2, del d.p.r. 554/1999, all'atto della partecipazione alla gara “i concorrenti dichiarano ai sensi delle vigenti leggi l'inesistenza delle situazioni di cui al comma 1, lettere a), d), e), f), g) e h) e dimostrano mediante la produzione di certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti che non ricorrono le condizioni prescritte al medesimo comma 1, lettere b) e c)”. Tale disposizione deve tuttavia ritenersi implicitamente abrogata a seguito per

effetto della legge 16 gennaio 2003, n. 3: cfr. determinazione Autorità di vigilanza sui lavori pubblici n. 13/2003.

Così richiamata la disciplina delle cause di esclusione, si deve ricordare che secondo la giurisprudenza essa deve essere tassativa e non può lasciare margini di discrezionalità alla stazione appaltante: cfr. da ultimo Consiglio di Stato, Sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750, secondo cui “(...) si deve in primo luogo considerare che la disciplina della esclusione dei concorrenti dalle gare pubbliche costituisce un regime legale tipico di norme “a fattispecie esclusiva” perché è preordinato a comprimere posizioni di diritto soggettivo che trovano la loro tutela nella Costituzione (articoli 3 e 41) e che, salvo casi determinati che trovano giustificazione in interessi pubblici ben definiti, devono potersi liberamente esplicare, in condizioni di parità di trattamento e nel rispetto della libera iniziativa economica dei singoli, con la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. In effetti in tali procedure viene distribuita gran parte dei flussi finanziari pubblici reperiti attraverso il prelievo fiscale e gli altri strumenti di finanza pubblica e che costituiscono per gli operatori privati una parte significativa delle risorse disponibili sul mercato. Muovendo da tale premessa sia l’ordinamento comunitario che quello nazionale circondano di particolari garanzie la posizione delle imprese partecipanti alle gare escludendo poteri discrezionali delle Amministrazioni appaltanti ed indicando in modo puntuale ed analitico per ogni tipo di procedura contrattuale (lavori pubblici, servizi, forniture pubbliche e cd. “settori esclusi”) le cause di esclusione. Tali cause sono essenzialmente riconducibili alle tre tipologie di requisiti di partecipazione richiesti per l’accesso alle gare ed il cui difetto comporta l’esclusione: a) di idoneità morale; b) di capacità economico finanziaria; c) di capacità tecnica e professionale”. Per ognuna di queste tre categorie sono specificati analiticamente i presupposti per la sussistenza di ogni specifico requisito in capo alle imprese e le circostanze al cui verificarsi il requisito viene meno e deve disporsi l’esclusione dalla gara pubblica.

Sulla base dei modelli di bando predisposti dall’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, la quale con alcune determinazioni ha contribuito ad individuare alcuni profili interpretativi della normativa relativa alle cause di esclusione dalle gare, è dato riscontrare la possibilità che il bando richieda tra i requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare l’attestazione “che nei propri confronti non siano state emesse sentenze, ancorché non definitive, relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto”. In particolare l’Autorità ha affermato che “(...) per una più efficace dissuasione dalla commissione di illeciti e senza che ne derivi alcun serio aggravio per gli interessati, le stazioni appaltanti possono disporre nei bandi di gara che la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti autocertificabili contenga anche una attestazione circa l’assenza di sentenze di condanne con il beneficio della non menzione ovvero di

irrogazione di pene patteggiate ovvero di applicazione della misura della sorveglianza speciale ovvero annotazioni di sentenze, ancorché non definitive, relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto” (Determinazione 5 dicembre 2001 n. 16/23).

Si consultino al riguardo:

- Determinazione 5 dicembre 2001 n. 16/23
- Determinazione 29 maggio 2002 n. 10
- Determinazione 15 luglio 2003 n. 13

(in www.autoritalavoripubblici.it)

È utile riportare, nella parte di interesse, il contenuto della determinazione n. 16/23 del 2001:

“ (...) Particolarmente complessa è anche l’ipotesi ulteriore del concorrente *“nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell’art. 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sull’affidabilità morale e professionale”*; *“il divieto opera se la sentenza è stata emessa nei confronti del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di impresa in nome collettivo o 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 il divieto opera 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 avere adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata”*. *“Resta salva in ogni caso l’applicazione dell’art. 178 del codice penale (concernente la concessione della riabilitazione) e dell’art. 445, comma 2, del codice di procedura penale”* (riguardante l’estinzione del reato per decorso del termine) (art. 75, comma 1, lett. c) del d.P.R. 554/1999 e successive modificazioni). Disposizione, quindi, quella indicata, molto più articolata e complessa di quella utilizzata ai fini della qualificazione delle imprese e che fa riferimento soltanto ad *“inesistenza di sentenze definitive di condanna passate in giudicato ovvero di sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’art. 444 del codice di procedura penale a carico del titolare, del legale rappresentante, dell’amministratore o del direttore tecnico per reati che incidono sulla moralità professionale”* (art. 17, comma 1, lett. c), del d.P.R. 34/2000).

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 e delle modalità attraverso le quali può essere dimostrata la mancata ricorrenza della condizione in esame.

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. 182/40093, 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. Siffatta discrezionalità è, tuttavia, limitata dalla previsione della norma secondo cui è fatta salva, in ogni caso, l'applicazione degli artt. 178 del codice penale e 445 del codice di procedura penale, riguardanti, rispettivamente, la riabilitazione e l'estinzione del reato per decorso del tempo nel caso di applicazione della pena patteggiata.

Il che consente di ritenere, in particolare, che l'equiparazione della sentenza di patteggiamento alle sentenze di condanna, così come la ricaduta sulla società della condanna dell'amministratore o del direttore tecnico cessato dalla carica nel precedente triennio, non può comunque portare a disapplicare la disciplina codicistica riguardante le indicate ipotesi di estinzione delle pene accessorie per effetto della riabilitazione e di ogni effetto della sentenza patteggiata in caso di decorso del tempo. Con la conseguenza che, una volta pronunciata dal giudice di sorveglianza la riabilitazione del condannato, derivandone l'estinzione del reato e delle pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna, ovvero riconosciuto dal tribunale estinto il reato per il decorso del termine di cinque o due anni - a seconda che si tratti di delitto o contravvenzione - di cui al 2° comma dell'art. 445 del codice di procedura penale, alla stazione appaltante resta preclusa la possibilità di valutare negativamente, ai fini dell'ammissione alla specifica gara, i fatti di cui alla inflitta sentenza di condanna.

Analogamente ed all'opposto, 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.

Quanto, poi, alla seconda delle questioni indicate, va osservato che il certificato del Casellario giudiziario - con la cui produzione, ai sensi dell'art. 75, comma 2, d.P.R. 554/1999 e successive

modificazioni deve essere dimostrata l'inesistenza della esaminata causa di incompatibilità - non riporta, se richiesto da privati, le condanne per le quali è stato riconosciuto il beneficio della non menzione, nonché le sentenze di applicazione della pena su richiesta (patteggiamento), mentre tali sentenze sono riportate nei certificati integrali del Casellario giudiziario medesimo rilasciati su richiesta di una Pubblica amministrazione ovvero di un ente incaricato di pubblico servizio (art. 688 cod. proc. pen.). E così analogamente, ai sensi dell'art. 34, comma 4, della legge n. 55/1990, i certificati del Casellario giudiziario spediti a richiesta di privati non riportano i provvedimenti definitivi di irrogazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale inflitta ai sensi dell'art. 3 della legge 1423/1956.

Con la conseguenza che il presumibile maggior rigore del legislatore, che, in deroga alla normativa generale sull'autocertificazione ha voluto imporre - per una ritenuta maggiore esigenza di affidabilità della relativa attestazione - la dimostrazione del requisito soltanto "*mediante la produzione del certificato del Casellario giudiziario*", potrebbe portare, di fatto, ad una nullificazione dello stesso accertamento sul requisito medesimo in considerazione del limitato contenuto attestatorio del certificato stesso. Stante, tuttavia, l'esplicito dato normativo, che impone al concorrente il solo onere di produrre il certificato del Casellario giudiziario non sembra consentito alla stazione appaltante di gravarlo di un adempimento ulteriore, quale potrebbe essere quello della presentazione di un atto di notorietà circa l'inesistenza di sentenze di condanne con beneficio della non menzione ovvero di irrogazione di pena su richiesta ovvero di sanzioni irrogative della sorveglianza speciale.

In questo senso, quindi, la carenza della piena idoneità probatoria della certificazione che concerne il soggetto beneficiario sembra implicare un'inversione dell'onere della prova in capo alla stazione appaltante, alla quale, peraltro, per la verifica del requisito, è consentito accedere al "*Casellario informatico delle imprese qualificate*" istituito presso l'Autorità di vigilanza ed in cui vanno inserite tutte le "*sentenze di condanna passate in giudicato o di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale*" (art. 27, comma 2, lett. a), del d.P.R. n. 34/2000.

Va considerato, inoltre, che, ai sensi dell'art. 688 del codice di procedura penale, "*nei casi in cui il certificato è necessario per provvedere ad un atto delle loro funzioni*", le amministrazioni pubbliche ed i soggetti esercenti un pubblico servizio possono richiedere il certificato integrale del Casellario giudiziario medesimo così come le stesse pubbliche amministrazioni possano accedere ai registri relativi ai carichi pendenti. Ed ove ciò non sia possibile per la natura privatistica dell'ente aggiudicatore, lo stesso potrà farne richiesta all'Autorità di vigilanza che, per suo conto, provvederà alla acquisizione delle necessarie informazioni di cui agli indicati registri e del certificato generale del Casellario medesimo.

Ciononostante, per una più efficace dissuasione dalla commissione di illeciti e senza che ne derivi alcun serio aggravio per gli interessati, le stazioni appaltanti possono disporre nei bandi di

gara che la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti autocertificabili contenga anche una attestazione circa l'assenza di sentenze di condanne con il beneficio della non menzione ovvero di irrogazione di pene pateggiate ovvero di applicazione della misura della sorveglianza speciale ovvero annotazioni di sentenze, ancorché non definitive, relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto”.

Al riguardo è necessario ricordare che i bandi-tipo predisposti dall’Autorità, alla luce della determinazione appena richiamata, non hanno valore vincolante ma sono suscettibili di diversa interpretazione da parte delle stazioni appaltanti, dal momento che “l’Autorità ha inteso offrire un semplice contributo di studio relativamente alle nuove norme, elaborando modelli di bandi di gara che possano servire da linee-guida per le stazioni appaltanti nella gestione della delicata fase dell’affidamento” (in tali termini, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, 5 aprile 2003, n. 1785, in www.giustizia-amministrativa.it).

Quindi in sintesi: dovendo rispettare la tassatività delle cause di esclusione di cui all’art. 75 d.P.R. n. 554/1999, la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere nel bando l’indicazione di annotazioni di sentenze, ancorché non definitive, relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto può essere ammessa, come ricordato dall’Autorità di vigilanza, solo in luogo dell’autocertificazione riguardo alle situazioni che comporterebbero l’esclusione, diverse da quelle menzionate dalla lett. c) dello stesso art. 75 cit.