

La Corte di giustizia fornisce ulteriori precisazioni sui requisiti di moralità professionale in relazione all'art. 38 del "vecchio" codice appalti

[Corte giust. comm. ue, sez. IV, sentenza 20 dicembre 2017, n. C-178/16, Mantovani](#)

Contratti pubblici – Procedure di gara – Requisito della moralità professionale – Amministratore cessato dalla carica nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara – Omessa dichiarazione di condanna penale non ancora definitiva – Esclusione – Legittimità

La direttiva 2004/18 e in particolare l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettere c), d) e g), di tale direttiva, nonché i principi di parità di trattamento e di proporzionalità, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che consente all'amministrazione aggiudicatrice:

– di tener conto, secondo le condizioni da essa stabilite, di una condanna penale a carico dell'amministratore di un'impresa offerente, anche se detta condanna non è ancora definitiva, per un reato che incide sulla moralità professionale di tale impresa, qualora il suddetto amministratore abbia cessato di esercitare le sue funzioni nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara d'appalto pubblico, e

– di escludere tale impresa dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto in questione con la motivazione che, omettendo di dichiarare detta condanna non ancora definitiva, l'impresa non si è effettivamente e completamente dissociata dalla condotta del suddetto amministratore.

(1) I. – Il caso.

La sentenza della Corte di giustizia UE è stata occasionata da una controversia avente ad oggetto un provvedimento di esclusione da una gara di appalto di un'ATI, adottato dalla stazione appaltante, su conforme parere dell'ANAC reso ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. n. 163 del 2006, dopo avere accertato, nella fase di ammissione, che a carico del legale rappresentante della capogruppo era stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato per reato incidente sulla moralità professionale; il provvedimento di esclusione veniva adottato nonostante la capogruppo mandataria avesse chiarito che la sentenza era passata in giudicato in data successiva a quella in cui era stata resa la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di partecipazione e che anche la sentenza di primo grado era stata pubblicata in data successiva, adottando peraltro immediatamente incisive misure di dissociazione, compresa la rimozione da tutte le cariche sociali e l'allontanamento dagli organi di gestione.

L'ANAC, in particolare, rilevava che, sebbene, in mancanza di una sentenza irrevocabile, le dichiarazioni non potessero essere qualificate come «falsa dichiarazione», tuttavia la mancata tempestiva comunicazione dello sviluppo delle vicende penalmente rilevanti riguardanti uno dei soggetti menzionati all'articolo 38, comma 1, lettera c), del decreto legislativo n. 163/2006 poteva costituire una violazione del dovere di leale collaborazione con la stazione appaltante, impedendo così l'effettiva e completa dissociazione rispetto al soggetto interessato.

L'esclusione veniva pertanto successivamente motivata dalla stazione appaltante in considerazione del fatto che i requisiti generali di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163/2006 non potevano ritenersi soddisfatti «in ragione dell'insufficiente e tardiva dimostrazione della dissociazione dalla condotta penalmente rilevante posta in essere dal soggetto cessato dalla carica», evidenziandosi al contempo che la condanna – e segnatamente la lettura del dispositivo in camera di consiglio – era intervenuta in un momento antecedente alla dichiarazione resa in gara e come tale avrebbe potuto essere dichiarata in sede di partecipazione» (sulla rilevanza, quale indice di non dissociazione, di tale condotta omissiva cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6284).

II.- L'ordinanza di rimessione.

Con [ordinanza n. 1160 del 21 marzo 2016 la VI sezione del Consiglio di Stato](#) (oggetto della [News del 26 marzo 2016](#)), adita in sede di appello per la riforma della sentenza reiettiva del gravame, ha sollevato questione di compatibilità con il diritto euro-unitario della previsione dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, come modificato dall'art. 4, comma 2, lett. b), d.l. 13 maggio 2011, convertito nella legge 12 luglio 2011, n. 106, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie *sub iudice*, nella parte in cui estende ai soggetti cessati dalle cariche sociali ivi specificate nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara la causa di esclusione costituita dalla pronuncia di sentenza di condanna passata in giudicato, di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure di sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 Cod. proc. pen., per i reati contemplati nella citata disposizione legislativa, «qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata».

La sezione remittente ha prospettato, in particolare, un possibile contrasto col diritto comunitario della disposizione in parola nella parte in cui, di fatto, attribuisce all'ampia discrezionalità della stazione appaltante la valutazione della sussistenza in concreto di fatti idonei ad integrare la condotta dissociativa in assenza di indici normativamente predeterminati.

In particolare ha rimesso alla Corte di giustizia la seguente questione interpretativa: «Se osti alla corretta applicazione dell'art. 45, paragrafi 2, lettere c) e g), e 3, lett. a) della Direttiva [2004/18] e dei principi di diritto europeo di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto,

di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza, di divieto di aggravio del procedimento e di massima apertura alla concorrenza del mercato degli appalti pubblici, nonché di tassatività e determinatezza delle fattispecie sanzionatorie, una normativa nazionale, quale quella dell'art. 38, comma 1, lett. c), [del decreto legislativo n. 163/2006], nella parte in cui estende il contenuto dell'ivi previsto obbligo dichiarativo sull'assenza di sentenze definitive di condanna (comprese le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti), per i reati ivi indicati, ai soggetti titolari di cariche nell'ambito delle imprese concorrenti, cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, e configura una correlativa causa di esclusione dalla gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata di tali soggetti, rimettendo alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione sull'integrazione della condotta dissociativa che consente alla stazione appaltante di introdurre, su un piano effettuale, a pena di esclusione dalla gara:

i) oneri informativi e dichiarativi relativi a vicende penali non ancora definite con sentenza irrevocabile (e, quindi, per definizione di esito incerto), non previsti dalla legge neppure in ordine ai soggetti in carica;

ii) oneri di dissociazione spontanea, indeterminati quanto alla tipologia delle condotte scriminanti, al relativo riferimento temporale (anche anticipato rispetto al momento di irrevocabilità della sentenza penale) e alla fase della procedura in cui devono essere assolti;

iii) oneri di leale collaborazione dal contorno indefinito, se non con richiamo alla clausola generale della buona fede".

III.- La decisione della Corte di giustizia UE.

La Corte di giustizia non ha condiviso al riguardo i dubbi espressi dal giudice rimettente concludendo nel senso della conformità del diritto nazionale al diritto comunitario per le seguenti ragioni:

a) in materia di cause facoltative di esclusione, conformemente all'articolo 45, paragrafo 2, ultimo comma, della direttiva 2004/18, spetta agli Stati membri, nel rispetto del diritto dell'Unione, precisarne le «condizioni di applicazione»; gli Stati membri pertanto hanno il potere di attenuare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti da tale disposizione (sentenza del 14 dicembre 2016, C-171/15, *Connexion Taxi Services*) godendo al riguardo di un ampio potere discrezionale;

b) il diritto dell'Unione muove dalla premessa che le persone giuridiche agiscono tramite i propri rappresentanti. Il comportamento contrario alla moralità professionale di questi ultimi può quindi costituire un elemento rilevante ai fini della valutazione della moralità professionale di un'impresa. È quindi senz'altro possibile per gli Stati membri, nell'esercizio della loro competenza a stabilire le condizioni di applicazione delle cause facoltative di esclusione, prendere in considerazione, tra gli elementi rilevanti ai fini della valutazione dell'integrità dell'impresa offerente, l'eventuale esistenza di condotte degli

amministratori di tale impresa contrarie alla moralità professionale. Ciò non configura quindi un'«estensione» dell'ambito di applicazione di tale causa di esclusione, bensì costituisce un'attuazione del medesimo che preserva l'effetto utile di detta causa di esclusione;

c) quanto rilevato al punto che precede vale anche per gli amministratori cessati dalla carica, con la precisazione che la data a decorrere dalla quale un siffatto comportamento può giustificare l'esclusione dell'offerente va stabilita nel rispetto del principio di proporzionalità;

d) poiché lo Stato membro ha il diritto di modulare le condizioni di applicazione delle cause facoltative di esclusione, può anche rinunciare ad applicare una causa di esclusione in caso di dissociazione dell'impresa offerente dalla condotta che costituisce reato. In tal caso, esso ha altresì il diritto di determinare le condizioni di tale dissociazione e di richiedere, come avviene nel diritto italiano, che l'impresa offerente informi l'amministrazione aggiudicatrice della condanna subita dal suo amministratore, anche se tale condanna non è ancora definitiva;

e) spetta all'amministrazione aggiudicatrice valutare le prove della dissociazione offerte dalla impresa concorrente;

f) una condanna penale che incida sulla moralità professionale, anche se non definitiva, può integrare la causa di esclusione prevista all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, che consente di escludere un offerente che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice. In questo caso la condanna, pur non ancora definitiva, può, a seconda dell'oggetto di tale decisione, fornire all'amministrazione aggiudicatrice un mezzo di prova idoneo a dimostrare la sussistenza di un grave errore professionale, ove tale decisione può comunque essere sottoposta a controllo giurisdizionale;

g) il fatto di non informare l'amministrazione aggiudicatrice della condotta penalmente rilevante dell'ex amministratore può anch'esso costituire un elemento che consente di escludere un offerente dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera g), della direttiva 2004/18, a mente del quale un offerente può essere escluso se si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni, ma anche qualora non fornisca le informazioni che possono essere richieste a norma della sezione 2 del capo VII del titolo II di tale direttiva, vale a dire quelle riguardanti i «criteri di selezione qualitativa».

La Corte di giustizia, infine, ha ritenuto che il giudice rimettente abbia omissis di precisare, in relazione ai principi di diritto dell'Unione evocati, sotto quale profilo, riguardo ai fatti del caso di specie, essi possano risultare pertinenti e ostare alla normativa nazionale di cui al procedimento principale.

IV – Sul tema degli obblighi dichiarativi riferiti all'abrogato art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 si segnala per completezza:

h) Cons. Stato, ad. plen. 4 maggio 2012, n. 10, in *Foro it.*, 2012, 534 nonché in *Urb. e app.*, 2012, 889, con nota di FILIPPETTI; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2012, fasc. 3, 66, con nota di CALIANDRO; *Nuovo notiziario giur.*, 2012, 410, con nota di BARBIERI, secondo cui “*In caso di cessione d’azienda o di un suo ramo realizzatasi prima della partecipazione alla gara, la dichiarazione circa l’insussistenza di sentenze pronunciate per reati incidenti sulla moralità professionale deve essere resa, a pena di esclusione, anche da parte degli amministratori e dei direttori tecnici che hanno operato nel triennio (ora nell’anno, a seguito delle modifiche introdotte con l. 106/2011) presso l’impresa cedente*”;

i) Cons. Stato, ad. plen. 7 giugno 2012, n. 21, in *Foro it.*, 2012, 1149 nonché in *Nuovo notiziario giur.*, 2012, 411, con nota di BARBIERI, secondo cui “*Nel caso di incorporazione o di fusione societaria, sussiste in capo alla società incorporante, o risultante dalla fusione, l’onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all’art. 38, 1° comma, lett. c), d.leg. n. 163 del 2006 anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata o le società fuse, nell’ultimo triennio ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo (dopo il d.l. n. 70 del 2011: nell’ultimo anno), ferma restando la possibilità di dimostrare la c.d. dissociazione*”;

j) Cons. Stato, ad. plen. 16 ottobre 2013, n. 23, in *Foro it.*, 2015, III, 11 con nota di E. TRAVI, secondo cui “*La dichiarazione sostitutiva concernente il possesso dei requisiti di ordine morale, richiesti dall’art. 38, 1° comma, lett. b) e c), d.leg. 12 aprile 2006 n. 163, deve essere resa rispetto agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o al direttore tecnico, e non anche rispetto ai procuratori ad negotia; in presenza di procuratori con poteri decisionali di particolare ampiezza, se il bando non contiene specifiche comminatorie, l’esclusione dell’impresa può essere disposta non già per la mera omissione della dichiarazione, ma per l’effettiva assenza del requisito in capo a tali procuratori*”;

k) Cons. Stato, ad. plen. 30 luglio 2014, n. 16, in *Foro it.*, 2015, III, 11 con nota di E. TRAVI, secondo cui “*La dichiarazione sostitutiva relativa all’assenza delle condizioni preclusive previste dall’art. 38 d.leg. 163/06 può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore. La dichiarazione sostitutiva relativa all’insussistenza delle condizioni ostative previste dall’art. 38 d.leg. 163/06 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti dei poteri rappresentativi dell’impresa, quando questi possano essere agevolmente identificati mediante l’accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici*”;

l) Cons. Stato, ad. plen. 25 febbraio 2014, n. 10 in *Foro it.*, 2014, III, 213, nonché in *Giur. it.*, 2014, 1179 (m), con nota di GNES; *Urb. e app.*, 2014, 830, con nota di FOÀ; *Dir. e pratica amm.*, 2014, fasc. 6, 65 (m), con nota di D’INCECCO BAYARD DE VOLO, secondo cui “*Il termine di dieci giorni, previsto dall’art. 48, 2° comma, d. leg 12 aprile 2006 n. 163 per la*

presentazione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa da parte dell'aggiudicatario di un appalto pubblico e del concorrente che segue in graduatoria, ha carattere perentorio";

m) sulla differenza fra obblighi sostanziali e obblighi dichiarativi, sulla differenza fra bando silente e bando che impone la dichiarazione personale agli amministratori e assimilati e sulla applicazione dei principi elaborati dalle plenarie nn. 9 e 16 del 2014, v. Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5458;

n) sui profili penali delle false dichiarazioni sostitutive di certificazioni e atto notorio v. Cass. pen., sez. V, 26 novembre 2009, n. 2978 in *Foro it.*, 2011, II, 51, con nota di I. GIACONA ivi ogni ulteriore riferimento di dottrina e giurisprudenza;

o) sui soggetti per i quali rilevano le condanne penali nel nuovo codice dei contratti pubblici (art. 80) v. in dottrina R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 797 ss.;

p) le modalità probatorie dei requisiti generali e speciali sono disciplinate nel nuovo codice negli artt. 81, 82, 85, 86, 87, 88, 90, 133 (per i settori speciali); in dottrina sulla prova dei requisiti nel nuovo codice v. R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 1024 ss..