

Alla Corte di giustizia la questione concernente la disciplina dettata dall'art. 38 del codice appalti in relazione alla c.d. moralità professionale degli ex amministratori di imprese concorrenti

[Cons. St., sez. VI, ordinanza 21 marzo 2016, n. 1160 – Pres. Severini, Est. Lageder](#)

1. Va rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale se osti alla corretta applicazione dell'art. 45, paragrafi 2, lettere c) e g), e 3, lett. a) della Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 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), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nella parte in cui estende il contenuto dell'ivi previsto obbligo dichiarativo 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.

2. La decisione di adire la Corte in via pregiudiziale spetta unicamente al giudice nazionale, a prescindere dal fatto che le parti del procedimento principale ne abbiano o meno formulato l'intenzione, con la conseguente ammissibilità della formulazione di questioni anche d'ufficio, senza attenersi ai quesiti proposti dalle parti (1).

(1) Cfr. in termini [Corte giust. UE, sez. IV, 18 luglio 2013](#), in *Foro it.*, 2014, IV, 154, che si è pronunciata su impulso di [Cons. Stato, sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244](#), *Id.*, 2012, III, 350, ivi ogni ulteriore riferimento circa la portata procedurale e sostanziale della disciplina dettata dall'art. 267 FUE.

Con l'ordinanza in epigrafe la sesta sezione rimette alla Corte di giustizia una articolata questione in merito alla controversa disciplina di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

In particolare, si tratta del comma 1, lett. c), in tema di c.d. moralità professionale. Viene sollevato il dubbio in merito alla compatibilità di tale disposizione nella parte in cui estende il contenuto dell'ivi previsto obbligo dichiarativo sull'assenza di sentenze definitive di condanna (comprese le sentenze di patteggiamento) 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, rimettendo alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione sull'integrazione della condotta dissociativa, che consente alla stazione appaltante – anche alla luce di un parere dell'Autorità di Vigilanza e della prevalente giurisprudenza nazionale – di introdurre, su un piano effettuale, a pena di esclusione dalla gara, una serie oneri, così riassunti dalla stessa ordinanza:

(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.

Infine, in relazione ad aspetti propriamente processuali, la decisione in epigrafe conferma l'autonomia del giudice nazionale nell'individuare, anche ex officio, le questioni da rimettere alla Corte europea, con la conseguente disapplicazione di eventuali norme nazionali che abbiano l'effetto di ledere tale competenza.