

Licitazione privata

LA SENTENZA EMESSA A SEGUITO DI PATTEGGIAMENTO E' RILEVANTE AI FINI DELL'ESCLUSIONE DALLE GARE

T.A.R. Piemonte, sez. II, 4 febbraio 1999 n. 59
- Pres. Montini - Est. Caso - Impresa Edile
Catalano Carmine c. Politecnico di Torino

La norma di cui all'art. 18, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 406/91 ha carattere generale, ovvero concerne anche gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, dovendosi considerare che la «ratio» della disciplina comunitaria è essenzialmente quella di limitare alle gare di elevato valore le complesse prescrizioni procedurali, soprattutto in tema di pubblicità, ivi stabilite, mentre le norme che rispondono all'esigenza di ammettere alla contrattazione le sole imprese che presentino adeguati requisiti di affidabilità morale, finanziaria e professionale non possono che riguardare tutti gli appalti di lavori pubblici.

Deve escludersi che la disposizione del D. Lgs. 406/91 sia stata abrogata dall'art. 8, comma 7, della legge n. 109 del 1994 (nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 4-ter del decreto-legge n. 101/95, conv. dalla legge n. 216/95), che fino al 31 dicembre 1999 avrebbe trasferito il potere di esclusione al Comitato centrale dell'Albo nazionale dei costruttori sottraendolo alle stazioni appaltanti, recando il primo norme di recepimento di direttiva comunitaria, in quanto tale insuscettibile di essere applicata per effetto di norme nazionali, anteriori o sopravvenute, che introducano una disciplina con essa incompatibile; di qui la conclusione per cui le due norme si integrano l'una con l'altra, prevedendo cioè un potere di sospensione di carattere generale da esercitare in sede di Albo nazionale dei costruttori (art. 8, comma 7, della legge n. 109 del 1994) e un potere di esclusione di carattere speciale da esercitare di volta in volta dall'ente appaltante all'atto della partecipazione alla gara (art. 18 del D.Lgs. n. 406 del 1991).

La condanna ex art. 444 c.p.p., quale causa di esclusione dalle gare pubbliche, rientra a pieno titolo nell'ambito di applicazione dell'art. 18, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 406 del 1991, poiché l'invocata prescrizione di efficacia nei giudizi civili ed amministrativi non comporta di per se stessa che la condotta criminosa, punita con la condanna patteggiata, non possa in via autonoma essere oggetto di valutazioni in altre sedi, dove vengono gestiti interessi pubblici, al fine di verificarne la conformità o meno a regole di condotta diverse da quelle indicate dal precetto della norma penale, ma corrispondenti ad altri interessi ritenuti egualmente meritevoli di tutela.

DIRITTO

Impugna la ditta ricorrente il provvedimento con cui il Politecnico di Torino, assumendo che il titolare dell'impresa avesse riportato una condanna penale per reati idonei a pregiudicare la moralità professionale, ne ha disposto l'esclusione dalla gara d'appalto indetta per l'affidamento dei lavori di «rifacimento del tetto della manica laterale lato sud (destra) del Castello del Valentino», ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406.

Deduca l'illegittimità di una misura assunta in applicazione di norma che riguarda i soli appalti di rilevanza comunitaria, e che comunque è stata del tutto superata dall'art. 8, comma 7, della legge n. 109 del 1994, il quale prevede attualmente una competenza esclusiva in materia da parte del Comitato centrale dell'Albo nazionale dei costruttori; in ogni caso, poi, non sarebbe sufficientemente motivata la valutazione di merito operata dall'Amministrazione, che non avrebbe neanche tenuto conto della circostanza che si era trattato di applicazione di pena ex art. 444 c.p.p., con conseguente obbligo di apprezzare autonomamente i fatti che ne erano alla base, e con esclusione quindi di qualsiasi automatico effetto sulla gara d'appalto. L'atto impugnato, infine, sarebbe viziato da incompetenza, per non essere il Direttore amministrativo il titolare della «potestas decidendi» in materia.

Una prima questione concerne l'applicabilità al caso di specie dell'art. 18, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 406/91, a norma del quale «... può essere escluso dalla procedura di appalto o di concessione il concorrente: ... c) che abbia riportato condanna, con sentenza passata in giudicato, per un reato che incida gravemente sulla sua moralità professionale ...». Si è rilevato in giurisprudenza che la disposizione ha carattere generale, ovvero concerne anche gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria (v. TAR Calabria, Reggio Calabria, 7 maggio 1998 n. 513; TAR Lombardia, Milano, 23 gennaio 1996 n. 87), dovendosi considerare che la «ratio» della disciplina comunitaria è essenzialmente quella di limitare alle gare di elevato valore le complesse prescrizioni procedurali, soprattutto di pubblicità, ivi stabilite (v. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 6 ottobre 1994 n. 461), mentre le norme che rispondono all'esigenza di ammettere alla contrattazione le sole imprese che presentino adeguati requisiti di affidabilità morale, finanziaria e professionale non possono che riguardare tutti gli appalti di lavori pubblici.

Quanto, poi, alla pretesa abrogazione di detta disciplina ad opera dell'art. 8, comma 7, della legge n. 109 del 1994 (nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 4-ter del decreto-legge n. 101/95, conv. dalla legge n. 216/95), che fino al 31 dicembre 1999 avrebbe trasferito il potere di esclusione al Comitato centrale dell'Albo nazionale dei costruttori sottraendolo alle stazioni appaltanti, osserva il Collegio come alcun effetto

G

GIURISPRUDENZA

Amministrativa

1017

URBANISTICA
E APPALTI
n. 9/1999

immediato sul D.Lgs. n. 406 del 1991 sia implicitamente imputabile alla legge n. 109, recando il primo una normativa di recepimento di direttiva comunitaria, in quanto tale insuscetibile di essere disapplicata per effetto di norme nazionali, anteriori o sopravvenute, che introducano una disciplina con essa incompatibile; di qui la conclusione per cui le due norme si integrano l'una con l'altra, prevedendo cioè un potere di sospensione di carattere generale da esercitare in sede di Albo nazionale dei costruttori (art. 8, comma 7, della legge n. 109 del 1994) e un potere di esclusione di carattere speciale da esercitare di volta in volta dall'ente appaltante all'atto della partecipazione alla gara (art. 18 del D.Lgs. n. 406 del 1991), come è confermato sia dalla circostanza che già prima della legge Merloni convivevano le due distinte competenze (ai sensi dell'art. 18 cit. l'esclusione poteva essere disposta «indipendentemente da quanto previsto dagli articoli 20 e 21 della legge 10 febbraio 1962, n. 57») sia dalla circostanza che la nuova disciplina si limita a dichiarare abrogate solo le «norme incompatibili relative alla sospensione e alla cancellazione dall'Albo di cui alla legge 10 febbraio 1962, n. 57» (art. 8, comma 7, della legge n. 109/94), a ribadire cioè che la sopraggiunta normativa riguarda il momento dell'abilitazione di carattere generale all'ammissione alle gare e non incide invece sulla pregressa regolamentazione delle cause di esclusione da far valere ad opera di ciascuna stazione appaltante (mentre dal 1° gennaio 2000, in coincidenza con la soppressione dell'Albo nazionale dei costruttori, il potere di estromissione dalle gare sarà affidato alle sole Amministrazioni che indicano le procedure concorsuali).

Né va poi ignorato che alla base del nuovo assetto della materia è anche l'obiettivo di uniformare i criteri di selezione delle imprese nazionali e di quelle estere (in precedenza le cause di cancellazione e di sospensione dall'Albo erano parzialmente diverse dalle ipotesi di cui all'art. 18, comma 1, del D.Lgs. n. 406 del 1991), sicché limitare la verifica alla fase dell'iscrizione all'Albo sarebbe incoerente con tale finalità, in quanto ne sarebbero sottratte le imprese non italiane, e cioè proprio quelle che già in passato godevano di un regime ingiustificatamente agevolato. Va insomma ritenuto che, disponendo l'esclusione della ditta ricorrente, l'Amministrazione intimata abbia fatto legittimamente uso di un potere tuttora riconosciutole dall'ordinamento.

Un ulteriore motivo di doglianza attiene alla natura della pronuncia penale assunta a riferimento per l'adozione dell'atto impugnato: trattandosi di sentenza di «patteggiamento», si sarebbe dovuto considerare che essa non fa stato al di fuori del procedimento penale, e che i fatti che vi avevano dato origine avrebbero dovuto essere specificamente valutati dall'Amministrazione ai fini di un'eventuale esclusione dell'impresa dalla procedura di gara.

Senonché, osserva il Collegio, la giurisprudenza ha già avuto occasione di affermare che un pronuncia ex art. 444 c.p.p. rientra a pieno titolo nell'ambito di applicazione dell'art. 18, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 406 del 1991 (v. TAR Lombardia, Milano, 29 novembre 1996 n. 1718), nella considerazione che «l'invocata esclusione di efficacia in giudizi civili ed amministrativi non comporta di per se stessa che la condotta criminosa, punita con la condanna patteggiata, non possa in via autonoma essere oggetto di valutazioni in altre sedi, dove vengono gestiti interessi pubblici, al fine di verificarne la conformità o meno a regole di condotta diverse da quelle indicate dal precetto della norma penale, ma corrispondenti ad altri

interessi ritenuti egualmente meritevoli di tutela»; e a tale scopo non si può ignorare che la sentenza patteggiata è espressamente equiparata ad una pronuncia di condanna, ovvero produce gli effetti che ne sono propri (ad esclusione di quelli indicati dal medesimo art. 445 c.p.p.), il che realizza il presupposto di legge per l'esclusione dalla gara dell'impresa interessata ai fatti penalmente rilevanti ivi contestati (l'equiparazione *ex lege* dell'una pronuncia all'altra implica che gli effetti che l'ordinamento vi riconnette sono i medesimi, e ciò determina in via ordinaria identiche conseguenze giuridiche «salvo diverse disposizioni di legge»). Né assume rilievo nel presente giudizio la circostanza che fosse decorso il termine quinquennale di cui all'art. 445, comma 2, c.p.p. — con conseguente effetto estintivo del reato —, in quanto la ricorrente ne ha fatto motivo di censura solo in sede di memoria finale, ma non aveva altresì dedotto il fatto — quale autonomo profilo di illegittimità — al momento della instaurazione formale della controversia, così incorrendo nella decadenza dalla legittimazione ad invocarne la cognizione da parte del giudice amministrativo.

Quanto, poi, al preteso difetto di motivazione, che la ditta ricorrente deduce lamentando l'omessa esplicazione delle ragioni della misura adottata, va riconosciuto che l'Amministrazione appaltante gode in simili ipotesi di un ampio margine di valutazione e di apprezzamento caso per caso circa l'effettiva riconducibilità delle situazioni in concreto rilevate alla fattispecie legale, sì da dover dare contezza di tale giudizio (v. T.A.R. Calabria, Catanzaro, 22 aprile 1997 n. 280).

Tuttavia, allorché tra i reati registrati emergano fattispecie criminose direttamente legate ad attività di affidamento di appalti pubblici (nella circostanza, abuso d'ufficio e turbata libertà degli incanti, legati dal vincolo della continuazione), è obiettivamente manifesto l'*iter* logico seguito dall'ente nell'assegnare alla pregressa vicenda penale carattere pregiudizievole della moralità professionale della ditta concorrente, per l'evidente connessione tra la condotta criminosa e l'attività imprenditoriale esercitata — tanto più se posta in relazione con il tipo di rapporto contrattuale da instaurare —, sicché di tale giudizio andava eventualmente denunciata l'arbitrarietà o l'erroneità in punto di fatto, per consentire al giudice amministrativo di sindacare il corretto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione appaltante.

È priva di fondamento, infine, la censura di incompetenza. L'art. 5.1 dello statuto del Politecnico di Torino, approvato con decreto rettorale del 9 giugno 1994, affida ai dirigenti la «gestione finanziaria, tecnica e amministrativa» dell'istituto, essendo necessario un previo atto di delega solo per l'esercizio delle funzioni che «impegnano l'amministrazione verso l'esterno»; l'art. 5.2, poi, precisa che il direttore amministrativo «opera, sulla base di specifiche deleghe, conferitegli dal consiglio di amministrazione, per l'assunzione di impegni, l'indizione e l'aggiudicazione di gare» (comma 3, lett. f). Pertanto, allorché si tratti di provvedere all'adozione di «atti interni» ad una gara d'appalto, quali l'ammissione o l'esclusione di ditte concorrenti, il direttore amministrativo esercita funzioni proprie, inerendo le stesse alla generale attività di gestione che è tipica del dirigente, e avrà bisogno invece di un'apposita delega allorché — aggiudicando l'appalto — dovrà vincolare l'ente alla conclusione del contratto (fermo restando che in tale sede verrà anche vagliata la regolarità di tutti gli atti di gara).

Il ricorso, in definitiva, va respinto. Sussistono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite.

G

GIURISPRUDENZA

Amministrativa

1018

URBANISTICA
E APPALTI
n. 9/1999

II
di

ca:
E.
pre
dal
D.)
pre
per
un
gra
qui
(
pro
all'
ricc
I
mo:
406
app
qui
per
dis
mer
109
staz
in c:
II
men
dell'
«ser.
segr
parti
rebb
l'acc
gette
C
l'inc
disp

SEN
ESC
GEN

Le
affro
relati
comr
nend
abbia
alla l
garan
profil
per l'
La
la no
impoi
dalla
atto a
di la
impoi
La

IL COMMENTO

di Leonardo Masi

Nel corso di una licitazione privata per l'aggiudicazione di lavori di importo inferiore a 5.000.000 di E.C.U. (1), l'impresa risultata aggiudicataria in via provvisoria si è vista successivamente escludere dalla gara ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. c) del D.Lgs. 406/91 (2), risultando a carico di uno dei rappresentanti legali una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ex artt. 444 ss. c.p.p., per un reato ritenuto dalla stazione appaltante incidente gravemente sulla moralità del rappresentante e quindi dell'impresa stessa.

Quest'ultima impugnava di fronte al T.A.R. il provvedimento di esclusione, formulando, assieme all'istanza cautelare di sospensione, tre motivi di ricorso.

Rilevava innanzitutto la ricorrente, con il primo motivo, che l'art. 18, comma 1, lett. c) del D.Lgs. 406/91 è da ritenersi applicabile unicamente ad appalti di lavori superiori alla soglia comunitaria e quindi non potesse costituire legittimo presupposto per l'esclusione dalla procedura e che comunque la disposizione di cui all'art. 18 sarebbe stata implicitamente abrogata dall'art. 8, comma 7, della legge 109/94 (3), il quale avrebbe sospeso il potere delle stazioni appaltanti di disporre l'esclusione dalle gare in caso di condanna riportata dai partecipanti.

Il secondo motivo di ricorso censura il provvedimento di esclusione laddove in esso si ritiene, ai fini dell'esclusione prevista dall'art. 18, di considerare «sentenza di condanna» anche quella pronunciata a seguito di applicazione della pena su richiesta delle parti ex artt. 444 ss. c.p.c., in quanto in essa difetterebbe, per la peculiarità del rito del *patteggiamento*, l'accertamento sulla responsabilità penale del soggetto imputato o sottoposto ad indagini.

Con il terzo motivo di ricorso si deduceva, invece, l'incompetenza del Direttore Amministrativo a disporre l'esclusione dalla gara.

SENTENZA DI CONDANNA COME IPOTESI DI ESCLUSIONE DALLE GARE: UNA NORMA GENERALMENTE APPLICABILE

La sentenza, nelle tre massime che la sintetizzano, affronta il problema, di rilevante interesse pratico, relativo all'ambito di applicazione dell'art. 18, comma 1, lett. c) del D. Lgs. 406/91, il quale, disponendo l'esclusione dalle gare dei soggetti che abbiano riportato una condanna per reati attinenti alla loro moralità professionale, si pone nell'ottica di garantire la integrità morale e quindi, anche sotto tale profilo, l'affidabilità dei partecipanti alle procedure per l'aggiudicazione di lavori pubblici (4).

La decisione riportata ha innanzitutto ritenuto che la norma si applichi anche ad appalti di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, ricavando dalla disposizione un principio di carattere generale atto a presidiare ogni procedura per l'aggiudicazione di lavori pubblici, indipendentemente dal loro importo (5).

La prima impressione è che la conclusione cui è

pervenuto il Tribunale piemontese rappresenti una forzatura del tenore letterale dell'art. 1, comma 1, del D.Lgs. 406/91 il quale, infatti, espressamente dispone che il decreto, e quindi anche l'art. 18 in esso contenuto, disciplini unicamente «l'affidamento, sotto qualsiasi forma, di lavori pubblici per un importo pari o superiore a 5.000.000 di E.C.U., I.V.A. esclusa». Inoltre, potrebbe sostenersi l'insuscettibilità della norma a prestarsi ad interpretazione estensiva in quanto, prevedendo essa una causa di esclusione, difficilmente può essere ritenuta invocabile al di fuori dell'ambito applicativo espressamente individuato. Una più attenta riflessione suggerisce peraltro una valutazione positiva del *decisum*. Se infatti il carattere eccezionale della normativa comunitaria è stato costantemente affermato dalla giurisprudenza in tema di interpretazione delle cause di esclusione previste dai bandi, nel rispetto del principio della massima partecipazione alle gare (6), si può ritenere, conformemente alla decisione riportata, che a tale principio si sottragga la norma che ci occupa. Detta disposizione,

Note:

(1) Soglia oltre la quale trova applicazione il D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 di recepimento della direttiva 89/440/CEE.

(2) «Art. 18 - Esclusioni. Indipendentemente da quanto previsto dagli artt. 20 e 21 della legge 10 febbraio 1962, n. 57, e successive modificazioni, può essere escluso dalla procedura di appalto o di concessione il concorrente: ... c) che abbia riportato condanna, con sentenza passata in giudicato, per un reato che incida gravemente sulla sua moralità professionale».

(3) Il quale, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 4-ter del D.L. 101/95, convertito nella legge 216/95, così dispone: «Fino al 31 dicembre 1999, il Comitato centrale dell'Albo Nazionale dei costruttori dispone la sospensione da tre a sei mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici nei casi previsti dall'art. 24, primo comma, della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 Giugno 1993. Resta fermo quanto previsto dalla vigente disciplina antimafia e in materia di misure di prevenzione. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al primo periodo, sono abrogate le norme incompatibili relative alla sospensione e cancellazione dall'Albo di cui alla legge 10 febbraio 1962, n. 57, e sono inefficaci i provvedimenti iniziati in base alla normativa previgente. A decorrere dal 1° gennaio 2000, all'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici provvedono direttamente le stazioni appaltanti, sulla base dei medesimi criteri».

(4) Principio fondamentale riaffermato dall'art. 8, comma 1, legge 109/94 per il quale «I soggetti operanti in materia di lavori pubblici devono essere qualificati ed improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza».

(5) Si erano già espresse per l'applicazione generalizzata dell'art. 18, c. 1, lett. c) T.A.R. Piemonte, Sez. II, 6 ottobre 1994, n. 461, in T.A.R. 1994, I, 4377; T.A.R. Lombardia-Milano, 23 gennaio 1996, in T.A.R. 1996, I, 877; T.A.R. Calabria-Reggio Calabria 7 maggio 1998, n. 517, in T.A.R. 1998, I, 2832.

(6) *Ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. V, 7 marzo 1997, n. 212, in Cons. Stato 1997, I, 358; T.A.R. Toscana, Sez. I, 29 gennaio 1996, n. 37, in T.A.R. 1996, I, 944.

G

GIURISPRUDENZA

Amministrativa

1019

URBANISTICA
E APPALTI
n. 9/1999

la cui *ratio* va indubitabilmente rinvenuta nella necessità di assicurare garanzie sostanziali circa la qualificazione morale dei partecipanti e quindi di preservare le stazioni appaltanti da rischi connessi all'inaffidabilità degli stessi, può essere ritenuta espressione del preminente interesse pubblico al buon andamento dell'azione amministrativa (7). In una tale prospettiva può risultare più agevole comprendere l'opera di individuazione, nell'ipotesi di esclusione che ci occupa, di un principio di portata generale applicabile a prescindere dell'importo dei lavori appaltati. Si osservi, peraltro, come una diversa conclusione conduca ad una stridente contrapposizione tra lavori di importo inferiore e lavori di importo superiore rispetto alla soglia comunitaria, con i primi che vedrebbero inevitabilmente ridotti gli *standards* di moralità professionale richiesta, con il rischio di diventare terra di conquista per soggetti scarsamente affidabili (8).

Va in ogni caso osservato che la bozza di regolamento di esecuzione della legge Merloni, già approvata dal Consiglio dei Ministri, prevede agli artt. 52 e 75 il carattere generale della causa di esclusione rappresentata dall'intervento di sentenze di condanna o di patteggiamento, a prescindere dall'importo dei lavori.

DUE DISPOSIZIONI PERFETTAMENTE COMPATIBILI

Si è poi affermato, nella sentenza del Tribunale piemontese, che l'art. 18, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 406/91, e quindi il potere ivi attribuito ai singoli enti aggiudicatari di estromettere dalla gara in caso di condanna, persista, e non debba quindi la disposizione ritenersi implicitamente abrogata, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 4-ter del D.L. 3 aprile 1995, n. 101 (convertito nella legge 2 giugno 1995, n. 216) il quale ha sostituito il comma 7 dell'art. 8 della legge n. 104/94 (9). Ne consegue che, di fronte alla fattispecie costituita dall'aver riportato una condanna penale per reati incidenti sulla moralità professionale del concorrente, al potere sanzionatorio generale (di sospensione dall'Albo) attribuito al Comitato Centrale dell'Albo nazionale dei costruttori, si affiancherebbe quello particolare (di esclusione dalle singole gare) conferito alle stazioni appaltanti. Anche in questo caso, la decisione dei giudici pare scontrarsi con il dato normativo letterale. Infatti poiché il nuovo art. 8, c.7, della L. 109/94, dopo aver previsto il potere di sospensione affidato al Comitato Centrale, prevede che: «A decorrere dal 1° gennaio 2000, all'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici provvedono direttamente le stazioni appaltanti», pare che il legislatore abbia inteso disporre un regime transitorio per effetto del quale, fino al 31 dicembre 1999 sia precluso agli enti appaltanti escludere direttamente dalle gare, anche nei casi previsti dall'art. 18 del D. Lgs. 406/91, la cui vigenza sarebbe quindi da ritenersi temporaneamente sospesa.

I giudici torinesi hanno pensato di non aderire a tale prospettazione, in primo luogo reputando di

rango superiore, e quindi non abrogabile né disapplicabile da fonte statale, il D.Lgs. 406/91, in quanto recettiva una direttiva comunitaria, in secondo luogo per la palese difformità di trattamento che si verrebbe a creare tra le imprese italiane e quelle straniere, le quali, non avendo l'onere di iscriversi all'A.N.C., non potrebbero, fino al 1 gennaio 2000, essere mai escluse dalle gare indette nel territorio italiano pur in presenza di sentenze di condanna, in ipotesi anche per reati particolarmente gravi. Tale ultimo argomento risulta condivisibile e difficilmente superabile, soprattutto in funzione di una corretta interpretazione sia logica che sistematica delle due norme, anche nell'ottica della realizzazione di quell'efficace sistema di garanzia dell'affidabilità dei partecipanti a cui in precedenza si è fatto riferimento (10). Oltre alla effettiva difformità di trattamento che si verrebbe a creare tra imprese nazionali ed imprese comunitarie, l'ipotesi interpretativa dei ricorrenti, che condurrebbe ad un monopolio, seppur transitorio, del Comitato Centrale dell'A.N.C. in materia di impedimento alla partecipazione ad appalti pubblici da soggetti la cui moralità professionale sia incrinata dall'esistenza di sentenze di condanna, produrrebbe altri e diversi inconvenienti. Infatti, poiché la sospensione da parte del Comitato avviene a seguito di una specifica attività istruttoria, potrebbe darsi il caso di soggetti che abbiano subito condanne, magari anche risultanti dal casellario giudiziale, i quali non potrebbero essere esclusi dalle singole gare fino a quando il Comitato non abbia disposto la sospensione, con la conseguenza che lo spirito della prevista ipotesi di esclusione sarebbe palesemente frustrato. In conclusione, anche in prospettiva della prossima soppressione dell'Albo, prevista proprio per il 31 dicembre 1999, parrebbe allora più corretto ritenere che l'inciso «A decorrere dal 1° gennaio 2000 all'esclusione dalla partecipazione alle procedure per l'affidamento di lavori pubblici provvedono direttamente le stazioni appaltanti» vada interpretato nel senso che a partire dall'1 gennaio 2000 provvederanno, stante la soppressione dell'Albo, *unicamente* le singole stazioni. Fino a tale data, come sostenuto dal T.A.R. Piemonte, sono perfettamente compatibili i due sistemi

Note:

(7) In questo senso T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, *cit.*

(8) Si è arrivato a sostenere che l'applicazione dell'art. 18, c. 1, lett. c) unicamente agli appalti di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, prospetterebbe l'illegittimità costituzionale della norma, per disparità di trattamento (così T.A.R. Piemonte, Sez. II, 6 ottobre 1994, n. 461, *cit.*).

(9) V. nota 3.

(10) L'art. 5, quinto comma, della legge 18 novembre 1998, n. 415 (cd. «Merloni-ter») ha aggiunto il comma 11-bis all'art. 8 della legge 109/94, che così dispone: «Le imprese dei paesi appartenenti all'Unione Europea partecipano alle procedure per l'affidamento di appalti di lavori pubblici in base alla documentazione, prodotta secondo le normative vigenti nei rispettivi paesi, del possesso di tutti i requisiti prescritti per la partecipazione delle imprese italiane alle gare». Anche le imprese straniere devono quindi provare di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 18 D.Lgs. 406/91 a pena di esclusione.

G

GIURISPRUDENZA

Amministrativa

1020

URBANISTICA
E APPALTI
n. 9/1999

san
am
nal

UN
DI

che
let
rat
seg
pa
ret
me
del
let
ria
da
pa
zic
nu
riti
riz
tat
fas
de
ric
di
ess
sol

pe
ori
err
tal

si
pr
un
co
gu
de
all
da

c.1
zi
si

c.1
ric
da
re

pe
zi
nu
gr
ne

ra
ec
di
ss
ev
pe
re

sanzionatori, producendosi una sorta di doppio filtro a maggior garanzia della serietà e moralità professionale dei partecipanti.

UN QUESTO DI PROBLEMATICA SOLUZIONE

La sentenza in commento ha altresì affermato che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 18, comma 1, lett. c) del D.Lgs. 406/91, debbano essere considerate sentenze di condanna anche quelle emesse a seguito di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 ss. c.p.c. (11). La verifica della correttezza di tale conclusione appare imprescindibilmente collegata sia all'individuazione della *ratio* della ipotesi di esclusione prevista dall'art. 18, c., lett. c), sia all'analisi, seppur in questa sede necessariamente sommaria, della natura giuridica, di condanna o meno, delle sentenze emesse a seguito di *patteggiamento* (12). Il procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti, previsto dal nuovo codice di procedura penale nell'ambito dei caratteri deflattivi della fase dibattimentale, si caratterizza, irrisolvibile, per la facoltà riconosciuta all'imputato (o all'indagato, essendo applicabile fin dalla fase delle indagini preliminari ex art. 447 c.p.p.) di definire anticipatamente il giudizio attraverso la richiesta, d'accordo con il p.m., dell'applicazione di una pena ridotta e di ulteriori benefici quali, ad esempio, la non applicazione né di sanzioni accessorie né di misure di sicurezza.

Persiste in dottrina ed in giurisprudenza, sia penale che amministrativa, un evidente contrasto di orientamento circa la natura giuridica delle sentenze emesse a seguito di *patteggiamento*, contrasto imputabile per lo più alla loro sicura atipicità.

La tesi che nega la natura di sentenze di condanna si fonda essenzialmente sull'argomento per cui le pronunce a seguito di *patteggiamento* difettano di un accertamento da parte del giudice in ordine alla commissione del fatto costituente reato e conseguentemente prescindono dalla responsabilità dell'imputato (13). In sostanza il giudice di fronte alla prospettazione dei fatti e della pena richiesta dalle parti, si limita, per il disposto dell'art. 444 c.p.p., ad accertare la correttezza di tale prospettazione e a verificare preliminarmente che non vi siano cause di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p. (14). Nemmeno potrebbe attribuirsi alla richiesta di applicazione della pena proveniente dall'imputato un implicito riconoscimento di responsabilità da parte di questi, poiché l'opzione per il rito alternativo può trovare una valida motivazione nell'esigenza di evitare il rischio di una pronuncia sfavorevole comportante una pena più grave (15). Si rileva inoltre che l'art. 445, comma 1, nello stabilire che la sentenza patteggiata è «equiparata a una pronuncia di condanna» ha inteso appunto equiparare, ma non assimilare a tutti gli effetti, le due ipotesi.

Per contro, chi rinviene nella sentenza ex art. 444 ss. c.p.p. una sentenza di condanna vera e propria evidenzia come la richiesta di *patteggiamento* non possa non costituire un'implicita ammissione di responsabilità in quanto il soggetto che sa essere

incolpevole, potendo contare sul sistema di garanzie procedurali e sostanziali discendenti dal principio di presunzione di innocenza, non avrebbe motivo di sottostare ad una pronuncia che, in fin dei conti, comporta pur sempre una (anche se ridotta) pena, oltre ad altri effetti pregiudizievoli per il soggetto (es. menzione nel casellario) (16). Si rileva inoltre che il giudice, lungi dall'esplicitare una mera attività «notarile», è chiamato a compiere un accertamento sulla congruità della qualificazione giuridica effettuata dalle parti oltre che sull'inesistenza di cause di proscioglimento, e quindi, seppur sommariamente, ad esplicitare un'attività cognitiva sul merito (17). Si aggiunga infine che se la sentenza emessa a seguito di *patteggiamento* dovesse davvero prescindere dalla responsabilità penale dell'imputato avremmo l'applicazione di una pena in assenza di responsabilità, prospettandosi così la violazione del fondamentale principio *nemo poena sine culpa* sancito dall'art. 27 Cost. e dall'art. 2 c.p.

Premesse tali contrastanti opzioni interpretative, si tratta di verificare se l'espressione «sentenza di condanna» di cui all'art. 18, comma 1, lett. c) del D.Lgs. 406/91 possa includere le sentenze ex art. 444 ss., c.p.p.

Qualche perplessità sorge laddove si consideri che la norma, come già rilevato, è volta a punire la scarsa moralità professionale dei partecipanti manifestata dalla commissione di reati di particolare indole: detta *ratio* rende difficilmente comprensibile un'esclusione disposta a seguito di una sentenza che in effetti

Note:

(11) Si era già espresso nei medesimi termini T.A.R. Lombardia - Milano, 29 novembre 1996, n. 1718, in questa *Rivista* 1997, 203 con commento di A. Bassi, *Esclusa dalla gara l'impresa i cui amministratori abbiano patteggiato la pena*.

(12) La bibliografia è vasta. Per tutti E. Fortuna, *Voce Sentenza penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVIII; G. Conso, V. Grevi, *Profillo del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1993, 421 ss.; Dalia-Ferraioli, *La definizione anticipata del procedimento penale*, in AA.VV. *Corso di diritto processuale penale*, 1992, 436 ss.

(13) In questo senso Cass. Pen., Sez. Un. 26 febbraio 1997, n. 3600, in *Giust. Pen.* 1998, II, 13, la quale ha affermato che difettando nelle sentenze ex art. 444 ss. c.p.p. un accertamento sulla commissione del fatto esse sono inidonee a determinare la revoca, ex art. 168, c., n. 1, c.p., della sospensione condizionale della pena precedentemente concessa. Negli stessi termini Cass. Pen., Sez. Un. 8 maggio 1996, n. 11, in *Cass. Pen.* 1996, 3579; Cass. Pen., Sez. IV, 30 settembre 1996, n. 2272, in *Ced. Cassazione* 1997 (s.m.)

(14) Nella relazione al progetto preliminare al nuovo codice di procedura penale (in G.U. suppl. ord. n. 2 del 24 ottobre 1988, pp. 107-8) si legge che «non occorre un positivo accertamento della responsabilità penale».

(15) Così Corte Cost. 19 marzo 1992, n. 116, in *Giur. Cost.* 1992, 1011.

(16) Cfr. Cons. Stato, IV sez. 26 gennaio 1999, n. 76 in *Guida al Diritto*, n. 11/99 106.

(17) In questo senso Corte Cost. 20 maggio 1996 in *Giust. Pen.* 1996, I, 249; Corte Cost. 12 ottobre 1990, n. 443, in *Cass. Pen.* 1992, 525; Cons. Stato, Sez. I, 27 maggio 1992, n. 1647, in *Foro Amm.* 1994, n. 849.

G

GIURISPRUDENZA

Amministrativa

1021

URBANISTICA
E APPALTI
n. 9/1999

prescinde dall'accertamento pieno dell'avvenuta commissione del fatto addebitato (18). D'altra parte i giudici torinesi, evidentemente basandosi sul presupposto che l'art. 18, in caso di sentenze di condanna, non prevede l'esclusione automatica ma attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di disporre l'esclusione, ritengono di risolvere il problema ponendosi l'interrogativo relativo all'idoneità della sentenza emessa a seguito di patteggiamento a costituire un valido «presupposto di legge per l'esclusione», ossia a legittimare l'ente ad esercitare la facoltà prevista dall'art. 18. A tale interrogativo viene data risposta positiva sia perché viene ritenuta sufficiente l'equiparazione alle sentenze di condanna operata dall'art. 445 c.p.p., sia perché pur disponendo la medesima disposizione che «la sentenza non ha efficacia nei giudizi civili o amministrativi», non si esclude, per usare le parole del T.A.R., che «la condotta criminosa possa in via autonoma essere oggetto di valutazioni in altre sedi» (19). Così impostato il problema, pare che la conclusione cui è pervenuta la sentenza in commento sia da ritenere condivisibile, nel senso quindi di non precludere alle stazioni appaltanti di poter escludere dalle gare i soggetti riportanti condanne anche se a seguito di patteggiamento (20). Tuttavia, l'indiscutibile condotta cognizione dei fatti che le sentenze «negoziate» presuppongono suggerisce di subordinare la legittimità della loro inclusione tra le sentenze di condanna di cui all'art. 18 alla valorizzazione dell'onere motivazionale che deve supportare i provvedimenti di esclusione. In altre parole, ferma la facoltà di escludere anche in presenza di sentenze ex artt. 444 ss. c.p.p., il relativo provvedimento è da ritenersi legittimo solo qualora l'ente accerti autonomamente i fatti addebitati in sede penale e dia conto, attraverso congrua motivazione, sui motivi per i quali la moralità del soggetto partecipante è da ritenersi pregiudicata.

Si ricorda infine che il citato schema di regolamento, sui lavori pubblici, agli artt. 52 e 75, suffragando normativamente la equiparazione della sentenza di patteggiamento alla sentenza di condanna ai fini della esclusione dalle gare pubbliche.

Note:

(18) La sentenza in commento non affronta il problema preliminare, di rilevante interesse pratico, dell'individuazione di quali reati possano essere considerati «incidenti sulla moralità professionale» dei partecipanti. La giurisprudenza ha avuto modo di affermare che sul punto le stazioni appaltanti godono «se non proprio di discrezionalità, di un ampio margine di apprezzamento di un ampio margine di valutazione e di apprezzamento caso per caso» (T.A.R. Calabria - Catanzaro, 22 aprile 1997, n. 280, in *T.A.R.* 1997, I, 2793) che comunque «si estrinsechi in un'apposita motivazione che, seppur succintamente, ne dia contezza» (T.A.R. Abruzzo - Pescara 25 giugno 1998, n. 470, in *T.A.R.* 1998, I, 3307). Tuttavia, correttamente i giudici ritengono la motivazione *in re ipsa* nel caso di condanna per reati afferenti direttamente al sistema degli appalti pubblici (es., come nel caso, abuso d'ufficio e turbata libertà degli Incanti).

(19) A tale proposito occorre segnalare il vivace ed irrisolto contrasto giurisprudenziale circa l'idoneità o meno delle sentenze ex artt. 444 ss c.p.p. ad avere effetti nel procedimento disciplinare contro il pubblico impiegato e quindi a comportare la sua destituzione. Nega tale idoneità Cons. Stato, Sez. VI, 16 maggio 1996, n. 681, in *Cons. Stato*, I,

968; Cons. Stato, Sez. IV, 12 dicembre 1997, n. 1416, *cit.*; in senso assolutamente contrario Cons. Stato, sez. IV, 3 febbraio 1998, n. 76, *cit.*, nonché la recentissima T.A.R. Campania - Napoli, Sez. II, 12 marzo 1999, n. 719 apparsa sul sito Internet <http://www.giust.it> per la quale, poiché l'art. 445, secondo comma c.p.p. prevede che «il reato è estinto se nel termine...» e presupponendo l'estinzione necessariamente l'esistenza, in realtà un reato completo nei suoi elementi (materiale e psicologico) si ha. La questione è stata comunque rimessa all'Adunanza Plenaria con ordinanza della VI sez. n. 295 del 18 febbraio 1997.

(20) Si consideri inoltre che il D.Lgs. 406/91 è entrato in vigore successivamente al nuovo codice di procedura penale e quindi all'introduzione del rito del patteggiamento, la cui presenza potrebbe essere stata quindi implicitamente contemplata.

G

GIURISPRUDENZA

Amministrativa

1022

URBANISTICA
E APPALTI
n. 9/1999

I
C
a
-
A
-
L
-
T.
Lc
al
su
ce
di
ter
de
all
sce
son
suc
in
sul
per
me.
ina

I
la li
esci
dell
è da
scel
N
nell
cont
rio c
giud
dell'
ed e.
dell'
della
temb
m.).
perta
meri
cont
del ri
catar
niture
viene
contr
che il
luogo
risolu
1999,
aprile
in que
zione
T.A.R.