

Debora Provolo
dottore di ricerca in diritto penale
assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Padova

**PRECEDENTI PENALI E PRECLUSIONE ALLA
PARTECIPAZIONE AD APPALTI PUBBLICI ¹**

1. L'incidenza dei precedenti penali sull'esclusione dalla partecipazione a pubblici appalti è ora disciplinata dalla lett. c) del co. 1 dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163)², che prevede che siano esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, che non possano essere affidatari di subappalti e che non possano stipulare i relativi contratti, i soggetti “*nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale*”.

Il citato art. 38 contiene una tassativa elencazione delle condizioni che inibiscono la partecipazione alla gara d'appalto, l'affidamento in subappalto e la stipula dei relativi contratti: da tale elencazione si ricavano *a contrario* i requisiti di ordine generale, inerenti la moralità professionale e le capacità tecniche, organizzative e finanziarie, che devono necessariamente essere posseduti da qualsiasi operatore economico che intenda partecipare alle procedure di gara per l'aggiudicazione di un pubblico appalto³.

¹ Testo della relazione al Convegno “Diritto penale degli appalti pubblici”, Università degli Studi di Padova, 29 settembre 2008.

² Con il c.d. Codice degli appalti (o Codice De Lise), entrato in vigore il 1° luglio 2006 (e successivamente corretto ed integrato dal d.l.12.5.2006, n. 173, convertito dalla legge 12.7.2006, n. 228, dal d.lgs. 26.1.2007, n. 6, e, infine, dal d.lgs. 31.7.2007, n. 113), il legislatore, nell'intento di addivenire ad una semplificazione e ad una risistemazione complessiva della materia, ha unificato la normativa statale in tema di appalti pubblici, dando attuazione alle direttive comunitarie n. 2004/18/CE, relativa alla disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture nei settori c.d. ordinari, e n. 2004/17/CE, concernente gli appalti nei settori c.d. esclusi o, *rectius*, “speciali” (acqua, energia, servizi di trasporto e servizi postali). Fino all'entrata in vigore del Codice degli appalti, la disciplina in tema di cause di esclusione dalle procedure di affidamento di appalti pubblici era contenuta in una pluralità di testi normativi, diversi per ogni tipologia di appalto, ed era piuttosto disomogenea. Per un primo commento al Codice dei contratti pubblici si rinvia a AA.VV., *Il Nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, a cura di SAIITA F., Padova, 2008; AA.VV., *Codice dei contratti pubblici. Commento al D.lvo. 12 aprile 2006, n. 163*, (a c. di RUGGERI G.), Milano, 2007; AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, Torino, 2007; CROCCO D. - MANDRACCHIA L. E. (a c. di), *Codice contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, Roma, 2006; DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, 2007.

³ In generale, sul regime delle cause ostative alla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici nel nuovo Codice degli appalti v. CARDARELLI F., *sub Art. 38*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici. Commento al D.lvo. 12 aprile 2006, n. 163*, (a c. di RUGGERI G.), cit., 416 ss.; LOMBARDI L., *La disciplina dei requisiti di ordine generale nel Codice De Lise*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 23; PONZONE L., *Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, in *Il Nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, a cura di SAIITA F., cit., 232 ss.; TRAVAGLINO R., *I requisiti generali e speciali dei concorrenti alle gare pubbliche e loro verifica*, in *I contratti dello Stato e degli altri enti pubblici*, n. 2, 2007,

La disciplina delle cause ostative è volta, in generale, alla tutela dell'elemento fiduciario che connota il contratto di appalto e risponde all'esigenza di tutelare il buon andamento dell'attività amministrativa, al fine di evitare che l'amministrazione entri in contatto con soggetti non in grado di fornire il necessario affidamento circa la buona conduzione delle opere e al fine di preservare l'osservanza delle regole di correttezza e buona fede che deve presiedere l'organizzazione della p.a.⁴. E' chiaro peraltro che la necessità di garantire la sussistenza del vincolo fiduciario con la stazione appaltante deve essere bilanciata con il principio di libera partecipazione delle imprese alle gare di appalto. Secondo quanto ha precisato il Consiglio di Stato⁵, il regime legale di esclusione dalle gare è invero "*preordinato a comprimere posizioni di diritto soggettivo che trovano la loro tutela nella Costituzione (artt. 3 e 41) e che, salvo i 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 di evidenza pubblica*".

Proprio a tutela dell'interesse pubblico, il legislatore, nell'articolo in esame, ha stabilito che, se sussistono i requisiti di idoneità professionale previsti, la stazione appaltante deve escludere l'impresa dalla gara ma, con specifico riguardo all'incidenza dei precedenti penali del soggetto, non ha elencato nominativamente i reati la cui condanna conduce all'esclusione, rimettendo così la valutazione in concreto alla singola stazione appaltante.

Il co. 1, lett. c) dell'art. 38, se, per un verso, col richiamare il concetto di moralità professionale, si inserisce nel solco della tradizione giurisprudenziale in materia, per altro verso contiene elementi di novità (il riferimento alla gravità del reato, l'impiego della locuzione "in danno dello Stato o della Comunità"), connotati da un certo grado di vaghezza ed indeterminazione e destinati, come vedremo, a dare adito a contrasti interpretativi.

2. Un primo aspetto innovativo riguarda il novero dei provvedimenti giurisdizionali di condanna che possono assumere rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara: l'art. 38, co. 1, lett. c) prevede infatti che, oltre alla sentenza di condanna passata in giudicato e alla sentenza di applicazione della pena su richiesta (art. 444 ss. c.p.p.), anche il decreto penale di condanna divenuto irrevocabile costituisca causa ostativa alla partecipazione alla procedura di affidamento di pubblici appalti.

Il legislatore ha così recepito l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il decreto penale di condanna poteva essere causa di esclusione dalla gara sebbene non espressamente previsto dalla normativa previgente⁶. La giurisprudenza giungeva ad una simile interpretazione estensiva in base ad una duplice considerazione: da un lato, si osservava che il decreto penale di condanna irrevocabile è una statuizione motivata che, seppur non del tutto equiparabile ad

161 ss., nonché, volendo, PROVOLO D., *Note in tema di requisiti «penalistici» per la partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici (art. 38 d. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 657 ss., di cui questo scritto costituisce ulteriore rielaborazione ed aggiornamento.

⁴ V. Cons. di Stato, sez. V, 5 settembre 2005, n. 4477, in *Foro amm.*: CDS, 2005, 2602. Secondo PONZONE L., *Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, cit., 232, la disciplina delle cause ostative integra una forma di autotutela preventiva per la stazione appaltante che, in presenza di determinati presupposti oggettivi, può impedire ad un'impresa di partecipare alla gara.

⁵ Cons. di Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1737.

⁶ V. art. 75 d.P.R. 21.12.1999, n. 554 (recante "Regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici"), disposizione ora abrogata dall'art. 256, co. 1 del Codice degli appalti.

una sentenza di condanna, è comunque ad essa assimilabile; dall'altro, si rilevava che l'esclusione del decreto penale di condanna dal novero delle cause ostative avrebbe in sostanza diminuito grandemente l'incisività della normativa in materia, stante l'aumento dei reati punibili con la sola pena pecuniaria per i quali è ammissibile il ricorso al decreto penale⁷.

3. In ordine alla natura dei reati che, se accertati con condanna definitiva, ostano alla partecipazione alla gara, l'art. 38 precisa che deve trattarsi di *“reati ... che incidono sulla moralità professionale”*.

La formulazione differisce da quella impiegata dal previgente art. 75 del d.P.R. n. 554/1999 (recante *“Regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici”*), che faceva riferimento ai *“reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale”*. Scompare invero il richiamo all'*“affidabilità morale”*, che sembrava considerare come rilevanti anche fatti estranei all'attività professionale del soggetto e generava non pochi dubbi interpretativi, mentre si può ritenere che *“affidabilità professionale”* e *“moralità professionale”* siano nozioni coincidenti⁸.

Il concetto di *“moralità professionale”* presuppone una correlazione tra moralità del concorrente e professione svolta, e pertanto l'unica accezione di *“moralità”* che viene in considerazione ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara è quella connessa alla professionalità del soggetto⁹.

La giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato che il concetto di *“moralità professionale”*, nella sua ampiezza ed elasticità, non si esaurisce nella semplice violazione delle regole di diligenza tecnica, ma presuppone la realizzazione di un reato pienamente

⁷ V., per tutti, TAR Liguria, sez. II, 15 aprile 2002, n. 432, in *Ragiusan*, 2002, 223.

⁸ La locuzione *“moralità professionale”* era peraltro impiegata già nell'art. 18, co. 1, del d.lgs. n. 406/91, recante *“Attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici”*, articolo abrogato dall'art. 231 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e successivamente dall'art. 256 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. L'art. 11, co. 1 lett. b) del d.lgs. n. 358 del 1992 (appalti pubblici di forniture) e l'art. 12, co. 1, lett. b) del d.lgs. n. 157 del 1995 (appalti pubblici di servizi) escludevano dalla gara i concorrenti condannati per *“qualsiasi reato che incide sulla loro moralità professionale o per delitti finanziari”* (anche questi testi normativi sono stati abrogati dall'art. 256 del Codice De Lise). Sul requisito della moralità professionale v. AUDITORE M., *La valutazione dei requisiti di affidabilità morale e professionale nella normativa sui lavori pubblici*, in *Cons. Stato*, 2004, I, 695 ss.; BALDI M., *Il previgente regime delle cause di esclusione per reati incidenti sulla moralità professionale negli appalti di lavori e servizi*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 234 ss.; CERCHIA A., *La “moralità professionale” come requisito di qualificazione negli appalti pubblici di servizi*, in *Foro amm.: CdS*, 2003, 2588 ss.; DI GERONIMO R., *La moralità professionale dell'imprenditore quale requisito di ammissione alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, alla luce della normativa nazionale e comunitaria, vigente in tema di partecipazione ed esclusione dagli stessi*, in *Riv. amm.*, 1996, I, 191 ss.; SAIITA F., *“Moralità professionale” e partecipazione alle gare (Note a margine dell'art. 12, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 157 del 1995)*, in *Riv. trim. appalti*, 2004, 230 ss.; SCOCA F. G., *Sul trattamento giuridico della moralità professionale degli imprenditori di lavori pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 1999, 531 ss.

⁹ Sul punto v. SAIITA F., *“Moralità professionale” e partecipazione alle gare (Note a margine dell'art. 12, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 157 del 1995)*, cit., 231, il quale rileva che il concetto di *“affidabilità morale e professionale”* è concetto più ampio che ingloba quello di moralità professionale. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella deliberazione n. 67/2007, ha chiarito che l'art. 38, co. 1 lett. c) del Codice degli appalti richiama il concetto di *“immoralità professionale”* in luogo dell'*“inaffidabilità morale e professionale”*, in tal modo restringendo il campo di applicazione della causa di esclusione a quei fatti illeciti che manifestano una radicale contraddizione coi principi deontologici della professione.

idoneo a manifestare una più radicale e sicura contraddizione con i principi deontologici della professione¹⁰.

Si tratta di una nozione che impone di aver riguardo alla condotta e alla gestione di tutta l'attività professionale, e dalla quale esulano quei fatti, estranei allo svolgimento dell'attività professionale, concernenti esclusivamente la condotta personale del soggetto che partecipa alla gara¹¹.

Peraltro, l'elasticità della nozione consente all'amministrazione appaltante un'ampia valutazione discrezionale del caso concreto¹². In proposito il Consiglio di Stato ha di recente ribadito che la stazione appaltante deve svolgere *“un'accurata indagine sul singolo fatto, giudicato come costituente reato, su cui si fonderà il giudizio”* senza prescindere anche dalla considerazione della professionalità del concorrente, per come nel tempo si è manifestata¹³.

Non basta però che l'amministrazione si limiti a ravvisare acriticamente la sussistenza di un legame oggettivo tra fattispecie penale e materia oggetto dell'appalto, bensì è necessario valutare la compromissione della moralità professionale. E' invero principio consolidato che la stazione appaltante debba motivare compiutamente le ragioni della ritenuta incidenza della condanna sulla moralità professionale: l'assenza di motivazione o una motivazione carente o lacunosa determineranno l'illegittimità del provvedimento assunto, *sub specie* di eccesso di potere per difetto di motivazione¹⁴. Per altro verso la valutazione cui è chiamata la stazione appaltante non può comunque trasformarsi in una sorta di inammissibile revisione del giudizio penale, dovendo invece consistere in una ponderazione delle circostanze che hanno caratterizzato la condotta criminosa, così come sono emerse nel giudizio penale, al fine di accertarne l'incidenza sul requisito della moralità professionale del concorrente¹⁵.

¹⁰ V., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4845, in www.lexitalia.it; Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2003, n. 1145, in *Giust. amm.*, 2003, 414; Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 1378; TAR Calabria, 19 giugno 2006, n. 664, in *D&G*, 2006, 35, 81.

¹¹ V. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 18 luglio 2002, n. 3193, in *Trib. Amm. Reg.*, 2002, I, 3454, secondo cui l'esclusione può essere disposta solo qualora *“l'interessato sia stato condannato per un reato relativo alla condotta professionale... e cioè per reati commessi, quale imprenditore, nell'esercizio della sua attività professionale”*. Cfr. altresì TAR Lombardia, Milano, sez. III, 4 luglio 2002, n. 3125, in *Foro amm.: TAR*, 2002, 2348, che fa riferimento ai reati *“afferenti al ruolo svolto nell'impresa”*, e Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2003, n. 3241, in *Cons. stato*, 2003, I, 1293, che richiama i *“reati relativi all'esercizio dell'impresa”*. Per una critica alla tendenza della giurisprudenza amministrativa ad interpretare la nozione di *“moralità professionale”* in modo troppo estensivo, ricomprendendo in essa non solo le competenze professionali ma anche la condotta e la gestione di tutta l'attività professionale, v. SAITTA, *op. cit.*, 238 ss.

¹² Secondo Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2003, n. 2129, in *Cons. Stato*, 2003, I, 990, la valutazione *“non deve cristallizzarsi in criteri astratti e automatici, dovendosi essa invece adattare alle peculiarità del caso concreto, riferite alle caratteristiche dell'appalto quanto al tipo di condanna ed alle concrete modalità di commissione del reato”*. V. anche *infra* nel testo, *sub* 5, in tema di gravità del reato. Sulla necessità di individuare con precisione e tassatività quali reati siano idonei ad incidere negativamente sulla moralità professionale, riducendo con ciò l'arbitrio dell'amministrazione, v. COCA F.G., *Sul trattamento giuridico della moralità professionale degli imprenditori pubblici*, *cit.*, 536 s.

¹³ Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349, in *Foro amm.: CDS*, 2006, 1, 188.

¹⁴ V. TAR Marche, 4 febbraio 2005, n. 114, in *Foro amm.: TAR*, 2005, 2, 395; TAR Calabria, sez. II, 19 giugno 2006, n. 664, *cit.*; Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349, *cit.*, in cui si afferma che l'apprezzamento circa l'incidenza sulla moralità professionale deve essere adeguatamente motivato e non può ritenersi compiuto per implicito attraverso la semplice enunciazione delle fattispecie di reato alle quali si riferisce la condanna.

¹⁵ In questi termini si è espresso Cons. di Stato, sez. V, 17 aprile 2006, n. 2373, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2006, 411 ss. (con nota di VACCA A., *Fenomenologia dell'accertamento delle cause di esclusione dalla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica per condanne penali incidenti sulla moralità professionale*).

La casistica giurisprudenziale in materia è piuttosto ampia. A titolo esemplificativo, sono stati ritenuti idonei ad incidere sulla moralità professionale i reati di detenzione illegale di armi, munizioni, esplosivi e ricettazione¹⁶; il reato di omesso versamento di ritenute previdenziali ed assistenziali, falsità materiale in atti pubblici, truffa continuata e contraffazione di sigilli¹⁷; il reato di bancarotta fraudolenta¹⁸; il delitto di concussione consumato nello svolgimento di una gara di appalto da soggetto che esercitava l'attività di amministrazione di una USL¹⁹. Viceversa sono stati ad esempio considerati "non incidenti" i reati di raccolta e trasporto di rifiuti di materiali inerti da demolizione edile su terreno di proprietà di soggetto committente di lavori edilizi²⁰; l'omicidio colposo causato da un incidente stradale²¹; l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità consistente nella mancata ottemperanza dell'ordine sindacale di sospendere i lavori di montaggio del contatore del gas in attesa della presentazione di un piano di installazione²².

4. L'art. 38 del Codice degli appalti fa riferimento a reati commessi in danno dello Stato o della Comunità. La nuova formulazione è più restrittiva di quella impiegata nella previgente normativa, e anche della direttiva comunitaria, poiché limita la rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara delle sole condanne per reati in danno dello Stato e della Comunità europea. Pertanto, non assumono rilevanza, ai fini dell'esclusione dalla gara, i provvedimenti giurisdizionali che accertino in via definitiva la responsabilità per reati incidenti sulla moralità professionale ma non anche lesivi di interessi riferibili allo Stato o alla Comunità.

E' da ritenere che il "danno" considerato sia non soltanto quello prettamente penalistico consistente nell'offesa a un bene o interesse facente capo allo Stato-persona o alla Comunità (p.es., delitti contro la personalità dello Stato), o allo Stato-amministrazione (delitti contro la P.A., delitti contro l'amministrazione della giustizia) o allo Stato-collettività (delitti contro la fede pubblica, delitti contro l'incolumità pubblica), ma anche il danno civilistico (patrimoniale) allo Stato o alla Comunità.

Alla luce del nuovo art. 38 va quindi ridimensionata l'elencazione, comunque non precisa, già fornita dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici²³, con le determinazioni n. 56/2000 e n. 16/23/2001, in accordo con le indicazioni contenute nella circolare n. 182/400/93 del 1.3.2000 del Ministero dei Lavori Pubblici. Si era ritenuto che nel previgente regime incidessero sulla moralità professionale del concorrente: i reati contro la pubblica amministrazione; i reati contro l'ordine pubblico, i reati contro la fede pubblica; i reati contro il patrimonio, se relativi a fatti la cui natura e contenuto erano ritenuti idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per la inerenza alla natura

¹⁶ TAR Toscana, sez. II, 6 agosto 2005, n. 3875, in www.lexitalia.it.

¹⁷ TAR Campania, Napoli, sez. I, 18 aprile 2002, n. 2194, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 2580.

¹⁸ Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 2002, n. 6482, in *Foro amm. CDS*, 2002, 2923.

¹⁹ Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5321.

²⁰ TAR Basilicata, 1 dicembre 2004, n. 806, in www.lexitalia.it.

²¹ Cons. Stato, 26 luglio 2005, n. 3997.

²² TAR Lazio, sez. I, 10 gennaio 2007.

²³ Sulle funzioni di vigilanza e segnalazione che competono all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (ora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) e, in particolare sulle potestà sanzionatorie ad essa attribuite, v. RIONDATO S., ZANCANI S., *Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative*, in *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, a c. di CAVALERI P. - DALLE VEDOVE G., DURET P., Padova, 2003, 31 ss.

delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto²⁴. Il Consiglio di Stato aveva comunque chiarito come le ipotesi menzionate nelle citate determinazioni avessero valore soltanto enunciativo e come la stazione appaltante conservasse piena discrezionalità nel valutare la rilevanza dei reati²⁵.

L'Autorità aveva inoltre precisato che nel caso di ricorrenza delle ipotesi criminose di cui all'art. 32 *quater* c.p., per le quali alla condanna consegue l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (si tratta peraltro di casi che in larga parte si riconducono alle quattro tipologie di reati sopra indicate), l'esclusione dalla gara dovesse essere automatica, così come nel caso in cui vi fosse stata irrogazione di sanzione interdittiva nei confronti di persona giuridica ai sensi del d. lgs. n. 231/2001 per reati contro la pubblica amministrazione o il patrimonio (tale ultima ipotesi è ora espressamente prevista come causa di esclusione dalla gara dall'art. 38, co. 1 lett. m) del Codice degli appalti)²⁶.

In base all'attuale disciplina, i delitti contro il patrimonio potranno avere rilevanza qualora ledano interessi riferibili non già a privati ma, anzitutto, allo Stato (ad esempio truffa a danno dello Stato, riciclaggio), mentre ben potrà essere causa di esclusione dalla gara la condanna per reati contro la pubblica amministrazione, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'incolumità pubblica (si pensi ad es. al delitto di rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, art. 437 c.p.), o per delitti finanziari (quindi anche delitti tributari).

Conformemente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza, non si può ritenere che, una volta accertata, in ipotesi, la sussistenza di una condanna per un qualsiasi reato contro la pubblica amministrazione, consegua automaticamente l'esclusione dalla gara di appalto, giacché la stazione appaltante deve valutare caso per caso l'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario da instaurare a mezzo del contratto con la p.a.²⁷.

Vengono in considerazione anche i reati, incidenti sulla moralità professionale, commessi in danno della Comunità europea (tra i quali: art. 316 bis, 317 ter, 640 bis, c.p.; 2 l. 23.12.1986 n. 898). Si pensi ad es. al reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 *bis* c.p.) o comunque, più in generale, ai reati che possono offendere anche interessi facenti capo alla Comunità, quali ad esempio illeciti in materia ambientale, economica, finanziaria, che investano settori riguardati da normativa comunitaria e quindi coinvolgano l'interesse comunitario alla tutela da parte dello Stato di un certo bene giuridico. Accanto dunque alle fattispecie che prendono espressamente in considerazione interessi di origine comunitaria, ben potrebbe affermarsi la rilevanza di altre norme penali più generali o comunque diverse, in relazione a fatti che offendano beni/interessi riconducibili

²⁴ Cfr. anche la determinazione nr. 13/2003 dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

²⁵ Cons. di Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7195 (reperibile in www.appaltiecontratti.it). Per un commento v. ALESIO M., *Valutazione dei reati in sede di gara – Commento alla sentenza del Consiglio di Stato*, Sez. V, 6.12.2006, n. 7195, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 24.1.2007.

²⁶ In argomento v. ROBALDO E., CALIANDRO F., *Le cause di esclusione dalle gare pubbliche e l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dal d.lgs. n. 231/2001: legami e conseguenze*, in *I contratti dello Stato e degli altri enti pubblici*, n. 2, 2006, 177ss. L'art. 38, co. 1 lett. m) del Codice appalti è stato di recente integrato dall'art. 3 del d.lgs. 31.7.2007, n. 113, che ha incluso tra le cause impeditive della partecipazione alle gare i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36 bis, co. 1., del d.l. 4.7.2006, n. 223 (conv. con modif. dalla l. 4.8.2006, n. 248), in tema di misure urgenti per il contrasto del lavoro nero e per la promozione della sicurezza nei luoghi di lavoro.

²⁷ Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2007, n. 941, in *Foro amm.: CDS*, 2007, 2, 545, con cui si è ritenuta illegittima l'esclusione dalla gara di un'impresa il cui titolare aveva patteggiato una condanna per resistenza a pubblico ufficiale e guida in stato di ebbrezza.

alla Comunità europea o all'Unione europea (sempre che, per quanto qui interessa, siano incidenti sulla moralità professionale dell'aggiudicatario)²⁸.

Questa è dunque l'interpretazione che si può cercare di dare alla locuzione "in danno dello Stato o della Comunità". Che però si tratti di locuzione che può essere foriera di contrasti in sede di prassi applicativa è fuor di dubbio sol che si esamini una delle prime sentenze che fa diretto riferimento all'art. 38, co. 1, lett. c).

Si tratta della sentenza del TAR Lombardia, Milano, sez. I, 24 ottobre 2007, n. 6162²⁹, che ha ritenuto legittima l'esclusione dalla gara di appalto dell'impresa il cui amministratore delegato e direttore tecnico aveva riportato condanna penale per lesioni personali, conseguenti alla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro. Più specificamente, l'impresa - esclusa dalla gara poiché la condanna era stata ritenuta incidente sull'affidabilità morale e professionale - presentava ricorso sul presupposto della violazione dell'art. 38 d.lgs. 163 del 2006, che, al comma 1 lett. c), prevede l'esclusione in ipotesi di condanne per reati gravi "in danno dello Stato o della Comunità", danno che, nel caso di specie, non vi sarebbe stato.

Il TAR adito respingeva il ricorso in base all'argomento secondo cui il legislatore del codice degli appalti non avrebbe inteso circoscrivere la facoltà di esclusione in capo alle stazioni appaltanti a determinate tipologie di reato qualificate dal soggetto passivo, anche in considerazione del fatto che, a parere del giudice amministrativo, una specifica categoria di "reati in danno dello Stato" o "in danno della Comunità" non esisterebbe in diritto penale. In realtà secondo il tribunale il legislatore avrebbe inteso, con tale espressione, allargare l'area dei reati che possono essere presi in esame ai fini dell'esclusione dalle gare per pubblici appalti, consentendo alla stazione appaltante di valutare non solo quelli commessi nello Stato italiano ma altresì quelli compiuti sul territorio di tutta la Comunità europea e pertanto l'espressione "Stato" contenuta nell'inciso normativo di cui all'art. 38, co. 1, lett. c) del Codice dovrebbe essere interpretata come Stato - comunità, o meglio come Stato membro della Comunità europea, poiché le stazioni appaltanti per valutare la moralità professionale dell'operatore economico interessato all'aggiudicazione dell'appalto devono prendere in considerazione i reati compiuti all'interno di tutti gli Stati membri.

Pare di poter ritenere che ciò che ha spinto il giudice amministrativo a dare questa a mio parere non condivisibile interpretazione della locuzione "in danno dello Stato" possa ravvisarsi nell'esigenza di escludere dalla gara un soggetto che, avendo subito condanna per un incidente in cantiere avvenuto per violazione delle norme antinfortunistiche, era da ritenersi inidoneo a rivestire quel requisito di moralità professionale necessario per l'instaurazione del vincolo fiduciario con la p.a. Certo è che forse, anziché forzare la norma con interpretazioni discutibili, meglio avrebbe fatto la stazione appaltante ad escludere

²⁸ Invero, come è stato in proposito esattamente rilevato (RIONDATO S., *Quadro di applicazione delle norme concernenti i reati di frode comunitaria*, in www.riondato.com), "la circostanza che l'interesse comunitario non sia nominato dalla fattispecie, o comunque non ne emergano dati esplicitamente intonati in senso comunitario, non esclude da sé che essa sia priva di un nesso di collegamento col diritto comunitario", - si rammenta che il nesso di collegamento è imprescindibile ai fini della interferenza del diritto comunitario (anche) in ambito penalistico" ed è "sufficiente che la norma sia suscettibile di essere interpretata e/o applicata in collegamento col diritto comunitario". Più in generale, sul tema della competenza penale comunitaria v. per tutti RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996; ID., *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 1135; PATRONO, *diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, 141 ss.

²⁹ In *Foro amm. TAR*, 2007, 10, 3003 .

l'impresa dalla gara richiamandosi alla lettera e) del co.1, dell'art. 38 che prevede l'esclusione dalla procedura di affidamento di coloro "che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate in materia di sicurezza", laddove, secondo la determinazione nr. 13 del 2003 dell'Autorità di Vigilanza, la gravità può desumersi dal tipo di infrazione commessa e della corrispondente sanzione, dall'eventuale reiterazione, dal grado della colpevolezza e dalle conseguenze dannose che ne sono derivate (ad es. morte o lesioni del lavoratore).

In ogni caso la formulazione dell'art. 38 co. 1 lett. c), che, in sostanza, restringe il novero dei precedenti penali che possono portare all'esclusione dalla gara di appalto, qualche perplessità può destarla, giacché la stazione appaltante interessata si troverà a dover ritenere irrilevanti i provvedimenti giurisdizionali che, pur accertando la responsabilità per reati incidenti, secondo la tradizionale interpretazione, sulla moralità professionale, non arrechino altresì danno allo Stato o alla Comunità.

5. Ai sensi dell'art. 38 non è sufficiente, ai fini dell'esclusione dalla gara, la condanna per un reato *tout court*, bensì è necessario si tratti di un reato "grave".

Non si rinvengono nella vigente normativa parametri certi e predeterminati per la valutazione della "gravità" nel contesto considerato, che parrebbe riferire la gravità all'incidenza sulla moralità professionale piuttosto che alla gravità penalistica intrinseca del reato³⁰.

L'apprezzamento della gravità è rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione appaltante, con relativo ampliamento dei margini di insindacabilità dell'esercizio di tale potere discrezionale, anche se la stazione appaltante sarà comunque tenuta a dare contezza di aver effettuato una concreta valutazione della "gravità" del reato e a rendere conoscibili gli elementi posti alla base dell'eventuale esclusione del concorrente dalla gara³¹. La valutazione relativa alla gravità del reato dovrà tener conto anche e non solo dei parametri forniti dall'art. 133, 1° co., c.p. e, dunque, delle modalità della condotta, della gravità del danno o del pericolo cagionato, dell'intensità del dolo e del grado della colpa. In tal senso, andranno in parte confermati i parametri già indicati dall'Autorità di vigilanza ed applicati dalla giurisprudenza amministrativa che, in sostanza, impiegava la "gravità" come uno dei criteri alla stregua dei quali valutare l'incidenza del reato sulla fiducia contrattuale: modalità di commissione del reato, elemento psicologico, gravità del fatto, tipo di condanna, tempo trascorso dalla condanna, eventuali recidive³².

Ad ulteriore conforto di questa interpretazione può notarsi che un espresso richiamo alla "gravità" era contenuto, nella previgente normativa, nell'art. 18, co. 1, del d.lgs. n.

³⁰ Il riferimento alla gravità del reato è del tutto assente nella disciplina comunitaria, la quale peraltro non precisa neppure che il reato incidente sulla moralità professionale debba essere commesso in danno dello Stato e della Comunità.

³¹ Rileva in proposito BALDI M., *Il previgente regime delle cause di esclusione*, cit., 242 s., che, con la previsione del requisito della "gravità", viene consacrato il principio di ponderazione tra l'interesse della p.a. a non contrattare con soggetti non affidabili sotto il profilo morale e professionale, e la libertà di iniziativa economica, che costituisce uno dei diritti comunitari fondamentali, la quale può essere limitata solo in presenza di fattispecie di reato che assumano il connotato della gravità.

³² Nella deliberazione n. 123/2007 l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ha precisato che il riferimento alla "gravità" dei reati oggetto della valutazione da parte della stazione appaltante, contenuto nell'art. 38 co. 1, lett. c) del Codice degli appalti, presuppone una ponderazione circostanziata e selettiva degli stessi reati.

406/91³³ in materia di appalti di lavori pubblici, in cui si impiegava la locuzione “reato che incida gravemente” sulla moralità professionale del concorrente. Proprio in riferimento a tale disposizione il Consiglio di Stato ha affermato che una condanna inflitta con decreto penale per il reato di omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina - che costituisce una condotta prevista e punita dall'art. 677 c.p. quale fattispecie contravvenzionale omissiva e di pericolo, a struttura normalmente colposa e sanzionata con la sola ammenda - non fosse ostativa alla partecipazione alla gara, attesa l'oggettiva e concreta inidoneità ad evidenziare la carenza della necessaria moralità professionale del concorrente³⁴. Non è però detto che le contravvenzioni siano tutte da ritenere reati non gravi.

Qualche dubbio sorge in merito alla possibilità di impiegare il menzionato criterio del “tipo di condanna”, con il quale si ritiene debba farsi riferimento all'eventuale natura contravvenzionale e all'irrogazione di pene soltanto pecuniarie³⁵, data l'espressa previsione, tra le cause di esclusione, della condanna con decreto penale, che fisiologicamente si ricollega proprio a quei casi in cui si ritiene di dover applicare solo la pena pecuniaria.

Come già si è detto, il tenore dell'art. 38, co. 1, lett. c) non lascia dubbi circa la possibilità per la stazione appaltante di valutare l'incidenza sulla moralità professionale dei partecipanti alla gara anche di reati per i quali si ritiene di dover applicare soltanto la pena pecuniaria (eventualmente anche inflitta in sostituzione di una pena detentiva breve entro il limite di sei mesi, a norma dell'art. 53 l. n. 689 del 1981). Si tratta dunque di condanne per reati caratterizzati da trattamenti sanzionatori lievi e per i quali non trova applicazione la pena detentiva. Ne consegue che l'espressa inclusione del decreto penale di condanna tra le cause ostative deve conciliarsi con la necessaria qualificazione in termini di “gravità” del reato che preclude la partecipazione alla gara d'appalto, il che conferma ulteriormente che la “gravità” va valutata alla stregua di criteri non strettamente penalistici, ma proiettati verso la grave incidenza sulla moralità professionale.

In proposito, l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, nella determinazione n. 13/2003, aveva già richiamato l'attenzione sul dovere dell'amministrazione di fornire, nei casi di decreto penale di condanna, ancor più puntuale motivazione dell'esercizio del proprio potere discrezionale di valutazione dei reati commessi dagli interessati “*atteso che in tali ipotesi l'applicazione della pena avviene eccezionalmente per reati di particolare tenuità che comportano l'irrogazione di una pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di pena detentiva, per cui la condanna inflitta con il rito del decreto non fa emergere elementi particolarmente sintomatici di una scarsa moralità professionale (Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517)*”.

6. A norma dell'art. 38, co. 1, lett. c) “*è comunque causa di esclusione la condanna, con 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*”³⁶. Ciò significa che in queste ipotesi nominativamente

³³ V. *supra* nota 8.

³⁴ Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517, cit.

³⁵ V. Cons. Stato, sez. V., 1 marzo 2003, 1145, cit.

³⁶ L'art. 45, par. 1 della direttiva 2004/18 stabilisce in particolare l'esclusione dalla partecipazione all'appalto pubblico di coloro che hanno riportato condanne definitive aventi ad oggetto: “a) la partecipazione ad un'organizzazione criminale, quale definita dall'art. 2, paragrafo 1, dell'azione comune 98/773/GAI del Consiglio; b) corruzione, quale definita rispettivamente all'art. 3 dell'atto del Consiglio del 26 maggio 1997 ed

indicate l'esclusione dalla gara di appalto diviene automatica ed obbligatoria per la stazione appaltante e non v'è alcuno spazio per un apprezzamento discrezionale circa l'incidenza del reato sulla moralità professionale³⁷. In questi casi, in altri termini, non appena l'amministrazione aggiudicatrice viene a conoscenza dell'esistenza di una condanna definitiva relativa a tali reati, deve disporre l'esclusione dalla gara, mentre in tutte le altre ipotesi occorre, per l'esclusione, che in concreto sia ravvisabile un'incidenza sulla moralità professionale del concorrente, al fine di evitare l'affidamento di un lavoro, fornitura o servizio a colui che abbia commesso reati lesivi di quegli interessi collettivi che, in veste di aggiudicatario, sarebbe in qualche modo chiamato a realizzare e comunque a tutelare³⁸.

E' questo uno dei principali aspetti innovativi contenuti nell'art. 38, 1° co. lett. c) e risponde all'esigenza, fortemente avvertita dal legislatore comunitario – soprattutto se si tiene conto dei piani di azione di lotta contro il crimine organizzato e della politica attuata dall'Unione europea per contrastare la corruzione - di evitare l'ammissione alle procedure di affidamento di appalti pubblici di soggetti condannati per ipotesi di reato particolarmente gravi, indipendentemente dal fatto che tali reati abbiano attinenza con l'attività imprenditoriale svolta, e che dunque incidano sulla moralità professionale³⁹.

Si tratta peraltro di una novità anche a livello di normativa comunitaria, giacché le precedenti direttive comunitarie in materia non imponevano l'obbligatoria esclusione dalle gare in presenza di particolari circostanze, prevedendo, per gli Stati membri, la mera facoltà di disporre l'esclusione⁴⁰, anche se la norma comunitaria comunque consente che gli Stati membri possano prevedere una deroga all'obbligo di esclusione laddove sussistano non meglio specificate “*esigenze imperative di interesse generale*”.

Una precisazione in merito pare peraltro opportuna. Mentre il legislatore comunitario, nell'art. 45 della citata direttiva 2004/18, ha operato una distinzione tra cause obbligatorie di esclusione ed ipotesi - tra cui la condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla moralità professionale, menzionata nel paragrafo 2, lett. c) - in cui l'esclusione è facoltativa⁴¹, il Codice, con una

all'articolo 3, paragrafo 1, dell'azione comune 98/742/GAI del Consiglio; c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) riciclaggio dei proventi di attività illecite, quale definito dall'art. 1 della direttiva 91/38/CEE del Consiglio del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite”.

³⁷ Rileva CARDARELLI F., *op. cit.*, 430, che in tali ipotesi di esclusione automatica l'obbligo di motivazione che incombe sulla stazione appaltante trascolora nel puro accertamento della coincidenza tra le fattispecie denotate dal legislatore e connotate dalla documentazione acquisita nel corso del procedimento di gara.

³⁸ V. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 18 luglio 2002, n. 3193, cit.

³⁹ PONZONE L., *op. cit.*, 235.

⁴⁰ Sul punto v. GRECO R., *Le cause soggettive di esclusione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a c. di GAROFOLI R. e SANDULLI M. A., Milano, 2005, 575 ss.

⁴¹ In tali casi l'esclusione è rimessa alla scelta del legislatore nazionale in sede di recepimento. Si veda il 43mo considerando della direttiva 2004/18: “*occorre evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici a operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione o di frode a danno degli interessi finanziari delle Comunità europee o di riciclaggio dei proventi di attività illecite. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero richiedere, all'occorrenza, ai candidati/offerenti i documenti appropriati e, in caso di dubbi sulla loro situazione personale, potrebbero richiedere la cooperazione delle autorità competenti dello Stato membro interessato. L'esclusione di detti operatori economici dovrebbe intervenire non appena l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza di una sentenza relativa a tali reati, emessa conformemente al diritto nazionale e avente un carattere definitivo che le conferisce autorità di cosa giudicata. Se il diritto nazionale contiene disposizioni in tal senso, il mancato rispetto della normativa ambientale o di quella degli appalti pubblici in materia di accordi illeciti, che sia stato oggetto di una sentenza*

impostazione più rigorosa, non distingue tra cause di esclusione obbligatorie e facoltative, bensì connette a tutte le fattispecie elencate dall'art. 38 l'obbligatoria esclusione degli operatori economici dalla gara di appalto. Pertanto, quanto ai reati gravi incidenti sulla moralità professionale, la discrezionalità della p.a. risiede nella valutazione dell'incidenza del reato sulla moralità professionale, ma una volta ravvisata tale incidenza, la stazione appaltante non potrà fare altro che procedere all'esclusione dalla gara.

In ogni caso il legislatore non ha provveduto ad indicare espressamente quali fattispecie penali, secondo il diritto nazionale, siano rilevanti nell'ambito delle cause di esclusione automatiche - così come peraltro auspicato anche dal Consiglio di Stato nel suo parere sullo schema di Codice - , limitandosi a fare riferimento ai soli documenti comunitari.

Ciò, unitamente alla cennata discrezionalità della p.a. in ordine all'esatta configurazione dei reati incidenti sulla moralità professionale, fa sì che la costruzione delle fattispecie di esclusione aventi rilievo penalistico rimanga in buona parte oggettivamente indeterminata e suscettibile di diverse applicazioni in base alla ricostruzione giurisprudenziale⁴².

7. Ai sensi dell'art. 38, vi è un novero di soggetti considerati ai fini dell'esclusione dalle procedure di aggiudicazione dell'appalto.

Invero, affinché operino l'esclusione o il divieto previsti, la sentenza o il decreto devono essere stati emessi 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; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio.

Secondo la determinazione n. 13/2003 dell'Autorità di vigilanza, sarebbe irrilevante la circostanza che la condanna dell'amministratore o del direttore tecnico sia intervenuta per fatti antecedenti alla data di assunzione dell'incarico, ovvero per fatti non correlati ad eventuale interesse o vantaggio dell'impresa. Sempre secondo l'Autorità, non sarebbe ostativa a questa interpretazione la normativa sulla responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi ex d.lgs. n.231/2001, perché se è vero che la responsabilità dell'ente può essere riconosciuta solo con riferimento a reati commessi "nel suo interesse o a suo vantaggio" e altrettanto vero che la condanna penale dei titolari, amministratori o del direttore tecnico delle imprese costituisce circostanza idonea ad incidere sulla moralità professionale dell'impresa nel suo complesso, la cui "moralità" verrebbe ad attenuarsi in considerazione della rilevanza e del ruolo del condannato nell'organizzazione aziendale e per le decisioni da esso assunte⁴³.

L'ambito applicativo della disposizione si estende 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*".

In proposito si ritiene in giurisprudenza che non sia sufficiente che l'impresa revochi e sostituisca gli amministratori condannati per illeciti penali incidenti sulla moralità professionale, richiedendosi invece elementi chiari ed univoci di dissociazione dalla condotta

definitiva o di una decisione avente effetti equivalenti, può essere considerato reato che incide sulla moralità professionale dell'operatore economico o come una colpa grave".

⁴² V. CARDARELLI F., *op. cit.*, 426.

⁴³ Sul punto v. PONZONE L., *op. cit.*, 257 s.

penalmente sanzionata, quali ad es. l'esercizio dell'azione di responsabilità nei loro confronti⁴⁴. In una recente sentenza⁴⁵ il Consiglio di Stato ha tuttavia ritenuto professionalmente affidabile la società che, venuta a conoscenza della condanna irrogata al proprio amministratore sei anni prima dell'assunzione della carica (l'amministratore in questione era stato condannato con pena patteggiata per reati commessi nell'esercizio della sua professione di commercialista) lo dimette dalla carica stessa, dissociandosi dalla sua condotta. Con l'occasione il Consiglio di Stato ha anche precisato che l'onere di dissociarsi dai fatti per cui l'ex amministratore o l'ex direttore tecnico dell'impresa ha riportato condanna presuppone che quei fatti siano in qualche modo collegati alla carica di amministratore o direttore dell'impresa perché altrimenti la dissociazione si ridurrebbe ad una riprovazione, della quale la normativa sulle pubbliche gare non ha ragione di occuparsi.

In giurisprudenza si è inoltre affermato che la dissociazione non risponde a particolari requisiti formali, non trattandosi di istituto giuridico codificato, ma deve risultare esistente, univoca e completa⁴⁶.

8. Per espressa previsione dell'art. 38, resta infine salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 c.p. e dell'articolo 445, comma 2, del c.p.p.⁴⁷. Ne consegue che, una volta pronunciata dal giudice di sorveglianza la riabilitazione del condannato, derivandone l'estinzione delle pene accessorie e di ogni altro effetto penale della condanna, ovvero quando, a seguito di patteggiamento, si sia estinto il reato in presenza dei presupposti 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.

9. Da ultimo preme soltanto notare che esiste la possibilità che i precedenti penali del soggetto vengano in considerazione ai fini dell'esclusione dalla gara di appalto non direttamente per il tramite della lett. c) del primo comma dell'art. 38, bensì in quanto richiamati da altre lettere del medesimo comma. Si pensi, ad esempio, come detto prima⁴⁸, alle infrazioni alle norme in materia di sicurezza sul lavoro che costituiscono circostanze aggravanti dell'omicidio colposo (art. 589 c.p.) o delle lesioni personali colpose (art. 590), che possono costituire precedenti penali preclusivi alla partecipazione alla gara che assumono rilevanza per il tramite della lettera e).

10. A conclusione di questo intervento mi pare si possano ritenere ancora attuali le considerazioni già svolte dalla giurisprudenza amministrativa con riguardo alla previgente disciplina⁴⁹ e di recente ribadite anche dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con precipuo riferimento all'art. 38 co. 1 lett. c) del Codice De

⁴⁴ TAR Lazio, Roma, sez. III, 20 aprile 2004, n. 3386, in *Foro amm.*: TAR, 2004, 1126.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6740, in www.dirittoegiustizia.it

⁴⁶ Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2007, n. 4804, in www.dirittoegiustizia.it, in fattispecie concernente l'esclusione dalla condanna per il reato di turbata libertà degli incanti commesso da soggetto che aveva rivestito la carica di legale rappresentante e direttore tecnico della società.

⁴⁷ Una analoga previsione era contenuta anche nel previgente art. 75 del d.P.R. 554/1999.

⁴⁸ V. *supra* sub 4.

⁴⁹ Cons. Stato, 31 gennaio 2006, n. 349, cit.; TAR Toscana, sez. II, n. 3875/2005, in www.lexitalia.it.

Lise⁵⁰. La mancanza di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa, che contraddistinguono anche l'attuale disciplina, lasciano un ampio spazio di discrezionalità alla stazione appaltante nel valutare gli indici di affidabilità professionale e consentono 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.

Si tratta di un ambito di discrezionalità che si giustifica anche con la necessità, di cui già si è detto, di garantire la sussistenza del vincolo fiduciario con la stazione appaltante, per la migliore realizzazione dell'interesse pubblico.

Per altro verso, non va però dimenticato che la formulazione chiara e precisa delle disposizioni in materia di cause ostative alla partecipazione alla procedura di affidamento di pubblici appalti, in particolare quando queste presentano dei profili di tipo penalistico, non solo risponde ad una basilare esigenza di certezza del diritto ma consente altresì di arginare eventuali tentativi di elusione da parte delle imprese partecipanti, che possono trovare un supporto proprio nell'eccessiva genericità ed indeterminatezza del dettato normativo.

Ora, quanto all'attuale formulazione della lett. c) del co.1 dell'art. 38 del Codice, se non v'è dubbio che il richiamo all'incidenza del reato sulla moralità professionale riflette la precisa scelta di lasciare un certo margine di discrezionalità alla p.a., il non ben precisato e del tutto nuovo riferimento alla necessità che la commissione del reato avvenga "in danno dello Stato o della Comunità" meriterebbe forse un intervento chiarificatore del legislatore.

⁵⁰ V. la deliberazione n. 123/2007 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nonché, con riferimento alla previgente disciplina, la determinazione nr. 13/2003 dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici.