

**L'art. 38 del codice 163: dubbi di
costituzionalità e di conformità comunitaria**

FALSI CERTIFICATI E FALSE DICHIARAZIONI:

FATTISPECIE E SANZIONI

a cura di Salvatore Cacace - Consigliere di Stato

SINTESI DELLA RELAZIONE

L'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) si inserisce in un sistema normativo, in cui alla contrattazione con la P.A. può accedere solo un imprenditore dotato di **determinati requisiti**, a tutela dell'interesse dell'Amministrazione pubblica a che le singole imprese, per la qualificazione imprenditoriale e morale che hanno, siano nelle condizioni di poter correttamente adempiere le obbligazioni, che sono state riservate a ciascuna di esse.

Se, poi, i requisiti per la partecipazione alle gare, siano esse di lavori o servizi o forniture, sono invero preordinati ad assicurare la necessaria corrispondenza tra l'idoneità della ditta partecipante (alla quale il requisito è richiesto) ed il servizio, opera o fornitura oggetto della gara medesima, la qualificazione, che deriva all'operatore economico dal loro possesso, rappresenta qualcosa di più di un mero requisito per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, configurandosi piuttosto come "un requisito soggettivo dell'impresa e cioè un presupposto di legittimazione, che consente all'impresa di essere parte di un appalto di opera pubblica durante tutta la durata di esso".

La qualificazione medesima costituisce così un presupposto di ammissione alla gara ed è quindi un precedente della contrattazione, della quale costituisce presupposto, non potendo in effetti scegliersi, da parte della P.A., un contraente privo di tale requisito, che è prova presuntiva della sua capacità; in quanto presupposto per l'ammissione alla stipula dell'appalto di lavori pubblici, in sua mancanza non può stipularsi l'appalto.

Non vi è dunque diritto all'ammissione a tali appalti per le imprese non qualificate, le quali non hanno pertanto il diritto di concludere quei contratti.

In assenza dell'astratta idoneità a contrattare, è escluso proprio, per le imprese non qualificate secondo il sistema disegnato dalla normativa comunitaria e nazionale (unitario nella prima e differenziato quanto a disciplina dei lavori pubblici e di forniture e servizi nella seconda), l'astratto diritto di concludere gli appalti disciplinati dal "Codice dei contratti pubblici"; e allora, se la personalità giuridica dell'impresa non qualificata è misura della sua capacità, l'esclusione per legge

del suo diritto a contrarre gli appalti di cui sopra fa venir meno per essa proprio quella capacità a contrarre e la sua soggettività in rapporto agli appalti dei quali essa non può essere parte.

Il paragrafo 1 dell'art. 45 della direttiva n. 18/2004 reca la elencazione delle ragioni relative alla **“situazione personale del candidato o dell'offerente”**, per le quali egli deve essere escluso dalla partecipazione ad un appalto pubblico.

Il paragrafo 2 della stessa disposizione prevede, invece, la facoltà di esclusione dalla partecipazione all'appalto in determinati casi, demandando al legislatore nazionale la individuazione delle condizioni di applicazione, nel relativo ordinamento, delle cause di esclusione ivi caldate.

Il potere discrezionale del legislatore nazionale di prescrivere cause di esclusione dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici corrispondenti a quelle di cui al paragrafo 2 citato è stato esercitato attraverso l'individuazione contenuta nel comma 1 dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006.

I principii comunitarii della più ampia partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici trovano così déroga nelle ipotesi normativamente ivi descritte, che, proprio per tale loro carattere eccezionale, sono da considerarsi di stretta applicazione ed interpretazione.

L'insussistenza di condanne penali per determinati reati è sancita dal paragrafo 2, lettera c), dell'art. 45 della Direttiva n. 18/2004, che prevede che “può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico ... c) nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla sua moralità professionale”.

Alla previsione contenuta nell'articolo richiamato corrisponde la lettera c) del comma 1 dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, secondo cui “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere

affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ... c) 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 ...”.

La *ratio* sottesa alle vedute disposizioni è quella di assicurare che le Amministrazioni abbiano rapporti solo con soggetti affidabili dal punto di vista della moralità, impedendo che invece possano affidare appalti a quanti non presentino la necessaria irrepreensibilità morale e professionale; quella, cioè, di garantire l'affidabilità morale, economica e professionale dei soggetti, che aspirano a divenire contraenti della Pubblica Amministrazione.

Vanno, in proposito, evidenziati:

- il regime meno rigoroso e stringente previsto dal Codice dei contratti rispetto a quello stabilito dal legislatore comunitario, che prende infatti a tal fine in considerazione tutti i reati incidenti sulla moralità professionale e non, invece, com'è nell'ordinamento nazionale, solo, all'interno di tale categoria, quelli connotati da gravità;
- la devoluzione, da esso operata in favore delle singole stazioni appaltanti, dell'individuazione, volta per volta in sede di singolo appalto, dei reati in tal senso rilevanti.
- l'assoluta indeterminatezza della categoria dei reati incidenti sulla moralità professionale, la cui configurazione è rimessa dal legislatore comunitario a quello nazionale, che si è limitato invece alla pedissequa riproduzione di tale definizione ampia e generica, del tutto inadeguata di per sé a concretare un serio giudizio di scarsa affidabilità del soggetto partecipante.

Quanto alla prova della situazione di cui si tratta (l'assenza di precedenti penali), il par. 3 dell'art. 45 cit. prevede la presentazione di un estratto del casellario giudiziale.

Giovi, in proposito, richiamare le disposizioni contenute nel D.P.R. n. 313/02 (testo unico sulle disposizioni in materia di casellario giudiziale), a tenore del quale, di regola, i certificati penali vengono rilasciati, all'interessato o anche ai terzi, privi di una serie di iscrizioni.

In via eccezionale, tuttavia, può essere consentito l'accesso al casellario giudiziale nella completezza dei dati di cui esso si compone; e ciò, *in primis*, all'autorità giudiziaria penale, per ragioni di giustizia (art. 21), e, a condizioni particolarissime (tanto è vero che non di certificato si tratta, ma di semplice misura), al solo interessato (art. 33).

Ciò vale sicuramente a mettere quest'ultimo in condizioni di avere a sua disposizione tutti gli elementi necessari per rendere, in sede di gara, una corretta dichiarazione circa la sussistenza della sua specchiatezza morale e professionale, così come consente all'Amministrazione di operare,

Per completezza va precisato infine che non pare risultare in contrasto né con la normativa comunitaria, né con quella costituzionale in materia di responsabilità penale, la previsione di esclusione, recata dal Codice dei contratti, anche dei soggetti, nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale.

Quanto alle **false dichiarazioni**, ai sensi della lettera g) del par. 2 dell'art. 45 della Direttiva n. 18/2004 le dichiarazioni oggettivamente inesatte od incomplete rese dal rappresentante legale dell'operatore economico in ordine alle informazioni ch'è tenuto a dare alla stazione appaltante sul possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento ne comportano l'esclusione dalla "partecipazione all'appalto".

Valga notare che, secondo il legislatore comunitario, non basta la "falsità" o l'incompletezza della dichiarazione del rappresentante per condurre all'esclusione, dovendo tale elemento oggettivo essere accompagnato dall'elemento soggettivo della colpa grave.

Secondo la norma del Codice dei contratti (art. 38, comma 1, lettera h), invece, rileva, ai fini dall'esclusione dalle gare, la falsa dichiarazione in sé, a prescindere dalla considerazione di qualunque elemento soggettivo.

Ciò fa sì che, in definitiva, la problematica, relativa alla veridicità della dichiarazione resa dai partecipanti alle pubbliche gare circa il possesso dei requisiti, pone l'Amministrazione di fronte all'alternativa di configurare *sic et simpliciter* l'esistenza di una falsa dichiarazione come causa di esclusione dalla gara (in stretta applicazione del disposto dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006), oppure di disapplicare la normativa stessa per contrasto con il diritto comunitario.

Cause di esclusione dalla iscrizione sugli elenchi ufficiali di imprenditori, di fornitori o di servizi instaurati dagli Stati membri o comunque preclusive del rilascio di certificazioni da parte di organismi pubblici e privati, sono, secondo l'ordinamento comunitario (v. l'art. 52 della Direttiva n. 18/2004), quelle stesse previste dall'articolo 45, paragrafo 1 e paragrafo 2, lettere da a) a d) e g), in relazione alla partecipazione ai singoli appalti pubblici.

Coerentemente con tale impianto normativo comunitario, le dichiarazioni non veritiere, così come risultanti dal registro tenuto dall'Osservatorio sugli appalti pubblici (e non solo quelle servite per ottenere la qualificazione SOA, bastando all'uopo qualunque informazione in tal senso risultante dalle comunicazioni delle stazioni appaltanti previste dal regolamento generale), sono preclusive della qualificazione, traducendosi nella mancanza di uno dei requisiti di ordine generale previsti dall'art. 17 del D.P.R. n. 34/2000 (comma 1, lettera m).

Quanto alla veridicità e sostanza delle certificazioni e delle documentazioni presentate dai soggetti cui rilasciare l'attestato (la cui verifica spetta alle SOA ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. f) dello stesso D.P.R. n. 34/2000), esse attengono alla esistenza di fatti, che gli operatori economici sono tenuti a comunicare ai fini della qualificazione, sì che l'accertamento eventuale di una loro mancanza si sostanzia nel non avere l'operatore fornito all'Autorità le informazioni richieste ai fini

della selezione qualitativa (art. 45, par. 2, lettera g), della Direttiva n. 18/2004), o nella mancata prova della capacità economica e finanziaria ovvero di quelle tecniche e professionali.

Coerentemente, dunque, con siffatte coordinate predisposte dal diritto comunitario quanto al profilo documentale della qualificazione, la salvaguardia del sistema deve ritenersi indubbiamente affidata alla fase dei controlli amministrativi attribuiti all'Autorità.

All'Autorità di Vigilanza, in sede di controllo, è infatti consentito, da un lato, dare indicazioni alle SOA in merito al contenuto dell'atto da adottare e, dall'altro, procedere essa stessa all'annullamento ovvero alla modifica dell'attestazione (in tal senso depono l'espresso disposto dell'art. 6, comma 7, lett. m), del "Codice dei contratti").

L'ipotesi di mancanza di rispondenza a dati reali, ha aggiunto la giurisprudenza, rileva poi nel momento di rilascio dell'attestazione stessa, indipendentemente dalla circostanza che a posteriori l'impresa acquisisca il certificato di esecuzione lavori per importo che consenta il riconoscimento della qualificazione nella classifica e categorie richieste.

Quanto, infine, alle conseguenze sulla qualificazione SOA delle dichiarazioni o dei documenti non veritieri eventualmente presentati dagli operatori economici sia ai fini del conseguimento dell'attestazione SOA che ai fini della partecipazione ai singoli appalti, oggi, in vista delle stesse finalità di controllo dell'intero sistema, l'art. 40, comma 4, lettera g bis), del Codice prevede la possibilità di applicazione delle sanzioni pecuniarie, di cui all'art. 6, comma 11, nonché di "sanzioni interdittive, fino alla decadenza dell'attestazione di qualificazione ... nei confronti degli operatori economici che non rispondono a richieste di informazioni e atti formulate dall'Autorità nell'esercizio del potere di vigilanza sul sistema di qualificazione, ovvero forniscono informazioni o atti non veritieri".

Orbene, la sanzione estrema della decadenza così prevista, sia che consegua a comportamenti tenuti nei confronti dell'Autorità di vigilanza sia che derivi da dichiarazioni o documenti forniti dagli operatori alle SOA od alle stazioni appaltanti, non può non essere governata da principii di

proporzionalità e progressività (anche quanto alla durata nel tempo degli effetti preclusivi derivanti dalla decadenza medesima), che tuttavia risultano al momento del tutto assenti sia nelle disposizioni del Codice, che in quelle pregresse del D.P.R. n. 34/2000.