

GIULIANO NERI

avvocato del Foro di Padova, dottore di ricerca in diritto amministrativo

Requisiti di ordine generale per la partecipazione agli appalti pubblici: spunti ricostruttivi *

SOMMARIO: **1.** *Premessa. La capacità giuridica speciale dell'appaltatore nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.* - **2.** *L'evoluzione normativa in materia di requisiti soggettivi dell'appaltatore fra discrezionalità dell'Amministrazione committente e tassatività e vincolatezza delle cause di esclusione.* - **3.** *La verifica del possesso dei requisiti generali dell'appaltatore di opere pubbliche nella normativa vigente.* - **4.** *I requisiti di ordine generale: un tentativo di classificazione.* - **4.1.** *I requisiti soggettivi dell'imprenditore.* - **4.2.** *I requisiti dell'impresa.* - **4.2.1.** *I requisiti "statici".* - **4.2.** *I requisiti "dinamici".* - **5.** *Profili di discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione dei requisiti ai fini dell'ammissione alla gara.*

1. Premessa. La capacità giuridica speciale dell'appaltatore nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

La natura degli interessi di ordine generale della cui tutela, nella materia degli appalti pubblici, il legislatore si è preoccupato nel momento in cui ha dettato disposizioni in tema di requisiti che colui che aspira a contrarre con l'Amministrazione pubblica deve possedere, è davvero immediatamente intuibile. Si tratta, in primo luogo, dell'interesse all'acquisizione del bene o del servizio oggetto dell'appalto, che in tanto il committente può ragionevolmente attendersi, in quanto l'imprenditore sia in grado di offrire garanzie in ordine alla propria capacità tecnica e all'esperienza maturata in quel settore di attività, nonché sotto il profilo dell'affidabilità economico-finanziaria, così da escludere che, nelle more dell'esecuzione, l'appaltatore venga a soffrire condizioni di difficoltà tali da pregiudicarne o anche solo rallentarne il compimento.

Ma, innanzi tutto, l'appaltatore (così come il subappaltatore ¹ e l'impresa ausiliaria in caso di avvalimento ², cui la normativa di cui andiamo a occuparci si estende) deve assicurare una piena affidabilità sotto il profilo professionale – per lungo tempo si è

* Relazione al Convegno "Diritto penale degli appalti pubblici" – Università degli Studi di Padova, 29 settembre 2008.

¹ V. art 38, primo comma e 118, comma 2, n. 3, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

parlato di affidabilità morale ³ -, e ciò anche al fine di evitare che un soggetto pubblico, o che opera con fondi o per finalità pubbliche, venga a contatto con operatori che possano aver dimostrato di non rispettare determinati obblighi imposti dalle leggi, o abbiano svolto con negligenza servizi in precedenza loro affidati. Ovvero, anche al fine di prevenire il fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel delicato settore delle commesse pubbliche.

In altri termini, il possesso, nella misura di volta in volta indicata dalla legge in relazione a ciascuna tipologia di appalto e al suo importo, dei requisiti “di idoneità professionale” (art. 39 del Codice) o, come sono altrimenti denominati, “di ordine speciale”, o di “idoneità specifica” ⁴, o “oggettivi” ⁵, presuppone pur sempre la dimostrazione dei requisiti “di ordine generale” (art. 38 del Codice), o di “idoneità generica”, o “soggettivi”, che valgono invece per tutti i contratti d'appalto pubblici ⁶, i quali, in fondo, rappresentano in primo luogo la traduzione, in termini pubblicistici, di quell'*intuitus personae* che è carattere proprio del contratto d'appalto privato, nel senso, chiarito dalla dottrina più recente, della “rilevanza personale” del negozio ⁷. Tuttavia, i requisiti di ordine generale sono altresì riconducibili ad esigenze ulteriori, non riscontrabili nell'appalto di diritto comune ⁸: basti considerare che è ben possibile che un imprenditore che non intrattiene corretti rapporti di lavoro con i propri dipendenti, o non versa i prescritti contributi previdenziali, o non assolve agli obblighi fiscali, offra prestazioni tecniche eccellenti a costi contenuti, nonostante o forse proprio per queste ragioni. Eppure, pur essendo egli in grado di soddisfare adeguatamente l'interesse pubblico specifico dell'Ente appaltante, non solo non sarà ugualmente ammesso a contrarre, ma la sua

² V. art. 49, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006.

³ V. art. 2 del Capitolato Generale delle Opere Pubbliche approvato con D.M. 20 maggio 1895.

⁴ S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTINELLO, Vol. VII, Terza edizione, Milano, 2008, pag. 439.

⁵ M. RAGAZZO, *I requisiti di partecipazione alle gare e l'avvalimento*, Milano, 2008, pag. 225.

⁶ Cfr. G. INGROSSO, *Istituzioni di diritto finanziario*, Vol. I, Napoli, 1935, pag. 104; S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit. pag. 439.

⁷ Sul rilievo dell'*intuitus personae* nell'appalto di diritto comune, cfr. D. RUBINO – G. IUDICA, *Appalto*, Bologna, 2007, Quarta edizione, pag. 98. Sulla distinzione fra contratti “personali” e “a rilevanza personale”, sempre nell'ambito civilistico, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000, Seconda edizione, pag. 59. Sull'applicabilità della predetta distinzione all'appalto pubblico, cfr. P. ALBERTI, *Le vicende soggettive dell'esecutore*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Vol. V, Milano, 2008, pag. 3449 e segg.; G. VIRGA, *Le modificazioni soggettive nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1990, pag. 149 e segg.

⁸ Cfr. già A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1950, Prima edizione, pag. 176.

offerta non verrà nemmeno esaminata, proprio per non pregiudicare altri interessi, di rilievo generale.

In ciò dunque viene in primo luogo a manifestarsi la specialità della disciplina degli appalti pubblici rispetto a quella degli appalti privati, dominata dal principio dell'autonomia negoziale: nei requisiti di capacità giuridica richiesti all'appaltatore⁹, la cui mancanza impedisce di partecipare ai procedimenti di evidenza pubblica, e, ove tale carenza sopravvenga nel corso dell'esecuzione del contratto già stipulato, dà luogo a cause speciali di suo scioglimento. Se infatti sol si pone l'attenzione, ad esempio, sul fallimento dell'appaltatore, che è fenomeno che non interessa la "moralità", né involge interessi generali ulteriori rispetto a quello del committente, laddove nella disciplina comune non si può escludere, stante quanto previsto anche dal nuovo art. 81 della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267, come successivamente modificato), che le parti concordino di proseguire ugualmente il rapporto, nell'appalto pubblico all'Amministrazione è preclusa una simile facoltà di autorizzare il subingresso del curatore¹⁰. Tant'è che tutte le disposizioni in tema di fallimento dell'impresa appaltatrice, sia nella qualità di unica contraente, sia nelle vesti di mandataria capogruppo di un raggruppamento temporaneo, si limitano a regolare le operazioni di individuazione di un nuovo contraente, dando per scontato che il fallimento non possa proseguire il rapporto. Parimenti, mentre la pronuncia di un provvedimento definitivo di condanna penale potrebbe anche non produrre conseguenze nell'appalto fra privati, invece l'art. 135 del Codice dei contratti, qualora la condanna riguardi i reati ivi indicati, prescrive in capo al responsabile del procedimento il dovere di proporre all'Amministrazione di procedere alla risoluzione del contratto, ed impone al committente di assumere comunque un provvedimento motivato¹¹. E ancora, in caso di revoca dell'attestazione di qualificazione S.O.A. per false dichiarazioni, la lettera del successivo comma dello stesso articolo

⁹ Che il possesso dei requisiti generali e speciali costituisca il presupposto per l'acquisto, da parte dell'operatore economico, di una "capacità giuridica imprenditoriale in senso pieno", è sostenuto in dottrina da A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Undicesima edizione, Milano, 2003, pag. 269. Secondo altri Autori, l'iscrizione all'Albo dei costruttori costituiva invece una forma di "legittimazione speciale" (cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1970, pag. 771).

¹⁰ Per un (isolato) precedente giurisprudenziale, cfr. Trib. Roma, 14 maggio 2002, in *Giur. merito*, 2002, pag. 1372.

¹¹ La dottrina considera infatti l'eventuale risoluzione del contratto non una conseguenza automatica della condanna, ma il prodotto di una decisione discrezionale dell'Amministrazione: cfr. G. MUSOLINO, *La risoluzione del contratto nell'appalto pubblico*, in *Riv. trim. appalti*, 2008, pag. 45.

135 impone all'Amministrazione di risolvere senz'altro il contratto ¹². Nel caso, poi, dovesse pervenire alla stazione appaltante, dopo la stipulazione del contratto, un'informativa prefettizia antimafia che dichiara la sussistenza di «*elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate*» (art. 10 del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252), la legge assegna al committente il potere (*rectius*, la «facoltà») di recedere dal contratto, che, secondo la più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, pur intervenendo formalmente nella fase esecutiva del rapporto, presenta un contenuto eminentemente autoritativo, sostanziandosi in un provvedimento che concerne la verifica del possesso dei requisiti soggettivi ¹³.

2. L'evoluzione normativa in materia di requisiti soggettivi dell'appaltatore fra discrezionalità dell'Amministrazione committente e tassatività e vincolatezza delle cause di esclusione

Venendo a considerare l'evoluzione della disciplina positiva che si è nel tempo succeduta in materia di requisiti generali, si può osservare, da un lato, che essa si è fatta progressivamente più analitica e vincolante per le stazioni appaltanti, dall'altro, che si sono nel corso del tempo alternati momenti nei quali la valutazione della sussistenza di quei requisiti era affidata alla sola stazione appaltante, ad altre fasi nelle quali il loro possesso veniva attestato una volta per tutte ed *ex ante* da un soggetto terzo.

Laddove le disposizioni in materia contenute nel Capitolato Generale delle Opere Pubbliche del 1895 e nel Regolamento per la contabilità generale dello Stato del 1924 si limitavano genericamente a prescrivere che «*l'aspirante*» dimostrasse, oltre all'«idoneità» tecnica, la propria «idoneità» morale, mediante l'esibizione del certificato penale, ed imponeva l'esclusione di quei soggetti che «*nell'eseguire altre imprese*» si fossero resi «*colpevoli di negligenza o malafede*» (art. 68, comma 1, del R.D. 23 maggio 1924, n. 827), il solo art. 38 del Codice dei contratti pubblici del 2006 prevede ben dodici cause di esclusione concernenti i requisiti di ordine generale, alle quali vanno ag-

¹² In questo senso, cfr. A.M. GIAMPAOLINO, *La risoluzione del contratto*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Vol. V, cit., pag. 3679.

¹³ La conclusione, secondo Corte Cass., Sez. Un., 29 agosto 2008, n. 21928, in www.lexitalia.it, deve trarsi alla luce della disposizione dell'art. 11, comma 2, del D.P.R. n. 252/1998, che sottopone il contratto stipulato alla «*condizione risolutiva*» dell'esito negativo della suddetta verifica. Con la conseguente attribuzione alla giurisdizione del Giudice amministrativo delle controversie concernenti il provvedimento di recesso.

giunte quelle contenute in altre disposizioni, nonché, ovviamente, i requisiti concernenti la capacità tecnica ed economica.

Inoltre, laddove l'art. 68 del R.D. n. 827/1924 riconosceva comunque all'Amministrazione, anche nel caso il concorrente avesse dimostrato, producendo i richiesti attestati, la propria idoneità a contrarre, il potere, «*pieno e insindacabile*», di disporre comunque la sua esclusione, senza nemmeno doverne indicare le ragioni, la normativa vigente, per opinione generale, detta cause di esclusione tassative e non derogabili dall'Amministrazione, cosicché si dovrebbe inferirne il carattere doveroso del corrispondente provvedimento, pur residuando – come si vedrà - in capo alla stazione appaltante una quota di discrezionalità (o comunque un potere di valutazione) in ordine a ben determinati aspetti delle fattispecie previste dalla legge.

In definitiva, nel sistema originario, assegnando una così ampia discrezionalità all'Amministrazione in sede di valutazione delle qualità del concorrente, di fatto la si veniva, per certi versi, ad assimilare a un committente privato – fatto salvo l'obbligo di procedere alla scelta mediante l'incanto -. L'evoluzione normativa ha dunque segnato una progressiva funzionalizzazione e procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, nella quale all'interesse all'individuazione del miglior contraente si sono via via affiancati altri interessi generali, talvolta pure estranei a quello affidato alle cure di quella stazione appaltante, e potenzialmente confliggenti, come quelli alla trasparenza dell'azione amministrativa e alla concorrenza fra gli operatori. E va detto, per una volta, che il maggior dettaglio delle norme non è dovuto soltanto alla nota ipertrofia del legislatore nazionale, ma in primo luogo alle fonti europee, volte ad assicurare la parità di trattamento e di accesso al mercato interno dei contratti pubblici anche alle imprese straniere.

Fra la disciplina più risalente appena richiamata e quella ora vigente si colloca l'esperienza dell'Albo Nazionale degli appaltatori (istituito con R.D.L. 25 giugno 1936, n. 1538), poi dei costruttori (secondo quanto previsto dalla legge 10 febbraio 1962, n. 57), l'iscrizione al quale era – di regola, salva la richiesta, per la singola gara, di specifici requisiti tecnici – condizione necessaria e sufficiente per partecipare all'incanto e per contrarre, con la conseguenza che originariamente la verifica della sussistenza dei requi-

siti di idoneità era del tutto sottratta all'Amministrazione committente ¹⁴. Va osservato peraltro che le disfunzioni che un tale regime aveva fatto riscontrare nella pratica avevano indotto la giurisprudenza a temperare il principio, riconoscendo alle stazioni appaltante un autonomo potere di verifica ed accertamento dei requisiti ¹⁵.

3. La verifica del possesso dei requisiti generali dell'appaltatore di opere pubbliche nella normativa vigente

La disciplina attualmente vigente nell'appalto di lavori poggia su due pilastri.

Da un lato l'impresa deve produrre, all'atto della partecipazione alla gara, un attestato di qualificazione all'esecuzione di opere pubbliche in corso di validità rilasciato da una S.O.A. (Società Organismo di Attestazione), che è un soggetto privato che, in forza di un provvedimento di autorizzazione dell'Autorità per la vigilanza, svolge una funzione di certificazione di rilievo pubblicistico. Il rilascio dell'attestato presuppone l'avvenuta verifica, con esito positivo, non solo dell'acquisizione da parte dell'operatore economico di un'adeguata capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, nonché del possesso del certificato di qualità, ma anche del possesso dei requisiti di ordine generale. Tuttavia, se l'attestato S.O.A., per quanto concerne la dimostrazione dei requisiti speciali, costituisce «*condizione necessaria e sufficiente*», come stabilisce l'art. 1 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, che continua a disciplinare la qualificazione delle imprese in attesa dell'adozione di un nuovo Regolamento, non altrettanto può dirsi con riguardo ai requisiti generali. In verità, mentre l'accertamento dei primi, una volta avvenuto in sede di rilascio dell'attestato, non è più in discussione per tutto il periodo di validità dello stesso, l'accertamento dei requisiti generali da parte della S.O.A. non esime la singola Amministrazione dal dovere di "attualizzarlo" in sede di gara, ossia di verificare che, fra il momento dell'acquisizione dell'attestato (o della successiva sua verifica) e l'incanto non siano intervenute modificazioni, idonee ad impedire la partecipazione.

Ai fini dell'acquisizione della qualificazione, i requisiti soggettivi richiesti sono tuttora elencati nell'art. 17 del citato D.P.R. n. 34/2000, mentre la normativa di ordine generale e di fonte primaria è oggi contenuta essenzialmente nell'art. 38 del Codice dei

¹⁴ La quale comunque manteneva il potere di escludere il concorrente, di cui al richiamato art. 68 del R.D. n. 827/1924.

¹⁵ Per una disamina delle ragioni e dell'evoluzione del regime dell'Albo Nazionale, cfr, per tutti, A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., pag. 267 e segg.

contratti. Questa disposizione, di recepimento dell'art. 45 della Direttiva 2004/17/CE, ha di fatto uniformato la disciplina concernente anche gli appalti di servizi e forniture nonché relativi ai "settori speciali", che in precedenza presentavano alcune difformità rispetto a quella sui lavori. Laddove la normativa comunitaria distingue fra cause di esclusione "obbligatorie" e cause di esclusione "facoltative", invece le cause di esclusione previste dall'art. 38, per opinione generale, sono tutte di carattere obbligatorio. Inoltre, la citata disposizione del Codice, la cui sfera di applicabilità è più ampia di quella della norma comunitaria, giacché si estende anche agli appalti c.d. sotto-soglia¹⁶, detta una disciplina di ordine pubblico, destinata ad applicarsi anche in quei procedimenti in cui non venga integralmente richiamata, e dunque ad operare la c.d. "etero-integrazione" del bando di gara¹⁷.

Poiché, individuando fundamentalmente i requisiti attraverso l'indicazione, in via negativa, di una serie di cause di esclusione dal mercato a carico degli operatori (consistenti per l'appunto nell'assenza di quelle qualità), la normativa dà indubbiamente luogo a un'incisione nella sfera di libertà dell'iniziativa economica protetta dall'art. 41 Cost., è opinione condivisa che le singole fattispecie si configurino come tassative e di stretta interpretazione da parte delle stazioni appaltanti¹⁸. Parimenti, le prescrizioni comunitarie non sarebbero derogabili da parte del legislatore italiano, che non potrebbe introdurre cause di esclusione ulteriori. Ciò, anche in passato, ha dato luogo a una certa difficoltà a ricondurre talune previsioni dell'art. 75 del Regolamento (approvato con D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554) a una piena compatibilità con la disciplina europea, senza che peraltro si siano dati interventi censori in proposito da parte della Corte europea. Allo stato, qualche perplessità può sollevarsi soprattutto in relazione alle cause di esclusione relative alle misure antimafia, perché non presuppongono un accertamento definitivo, che è sempre invece richiesto dal primo comma dell'art. 45 della Direttiva.

Dal punto di vista delle Amministrazioni committenti, il principio di tassatività dei requisiti di partecipazione va conciliato, secondo la pacifica giurisprudenza del Con-

¹⁶ Cfr. R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Vol. II, Milano, 2008, pag. 1271.

¹⁷ Cfr. R. GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI e M.A. SANDULLI, Milano, 2005, pag. 576 e seg.; L. PONZONE, *Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. SAITTA, Padova, 2008, pag. 239; F. COLAGIACOMI, *Requisiti per essere parte del contratto*, in *Repertorio degli appalti pubblici*, a cura di R. PERFETTI, Vol. II, Milano, 2005, pag. 1219.

¹⁸ V. *supra*, nota n. 16.

siglio di Stato, con il potere discrezionale, alle stesse riconosciuto, di introdurre nella legge speciale di gara requisiti più rigorosi e restrittivi di quelli previsti dall'ordinamento generale, purché nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, in rapporto a giustificate esigenze che potrebbero essere imposte dal peculiare oggetto dell'appalto¹⁹. Va tuttavia rilevato che il principio viene comunemente espresso con riferimento a fattispecie che afferiscono, più che ai requisiti generali, a quelli di ordine tecnico o economico. Pare più difficile che una simile facoltà possa trovare concreta applicazione in casi nei quali il bando introducesse requisiti soggettivi ulteriori rispetto all'art. 38, ad esempio disponendo l'esclusione anche nei casi di irrogazione di una misura di prevenzione al coniuge non convivente con l'imprenditore, o in caso di condanna penale non ancora passata in giudicato. In ipotesi siffatte, al di là dello stesso principio di tassatività, vale la considerazione che non pare agevole ipotizzare la sussistenza di un interesse in grado di giustificare, per quel determinato appalto, la necessità di contrarre esclusivamente con operatori in grado di dimostrare requisiti ancor più rigorosi di quelli di legge.

Come si è ricordato, attualmente la verifica dei requisiti generali negli appalti di lavori avviene mediante una doppia procedura: dapprima la S.O.A. ne accerta la sussistenza in sede di qualificazione, ma poi, in gara, interviene l'accertamento compiuto direttamente dall'Amministrazione. Questo secondo esame risponde all'esigenza di verificare che, dopo il rilascio dell'attestazione non siano sopravvenute cause di esclusione all'epoca assenti. Tuttavia, la prassi invalsa presso le stazioni appaltanti, di fatto avallata dagli orientamenti della giurisprudenza amministrativa con riguardo alle singole fattispecie preclusive²⁰, comporta che, in realtà, in sede di gara il possesso dei requisiti generali venga scrutinato non solo con riferimento agli eventi successivi al rilascio dell'attestato di qualificazione, il che è pienamente conforme al dato normativo e del tutto ragionevole, ma anche con riferimento a fatti antecedenti il rilascio, e che per que-

¹⁹ Cfr. fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9305, in *Ragiusan*, 2004, pag. 139. In dottrina, cfr. R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., pag. 1270, che richiama peraltro l'indirizzo contrario emerso recentemente nella giurisprudenza di primo grado.

²⁰ La giurisprudenza che considera legittime le clausole del bando di gara che impongono al concorrente di dichiarare anche le condanne subite per reati risalenti nel tempo e anche estinti, sulla base del principio per cui il lasso di tempo, più o meno breve, intercorso fra la commissione del reato e la partecipazione alla gara non vale di per sé ad escludere la permanenza della causa di esclusione, finisce infatti per confermare il dovere della stazione appaltante di considerare tutte le vicende penali del soggetto, ivi comprese quelle anteriori al rilascio dell'attestazione. Per ampi richiami giurisprudenziali sul punto, v. R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., pag. 1282.

sta ragione sono già stati oggetto di considerazione da parte della S.O.A. Per converso, nei bandi viene richiesto, a pena di esclusione, a ciascun concorrente di rendere una dichiarazione (di assenza delle cause di esclusione) che dev'essere quanto più ampia e completa possibile, e può essere qualificata come falsa, con le gravissime conseguenze previste dall'art. 38, ogni dichiarazione che non si riferisca anche ad eventi remoti e a suo tempo già valutati ²¹.

Ora, se è comprensibile la ragione che induce l'Amministrazione a rintracciare tutti i precedenti del concorrente, al fine di valutare ogni elemento in grado di incidere sulla sua affidabilità, meno condivisibile, nella prospettiva della semplificazione - tanto dell'istruttoria amministrativa, che soggiace al principio del non aggravamento, quanto degli adempimenti imposti al privato, che non devono tradursi in una sorta di corsa ad ostacoli ai fini dell'ammissione -, alla quale era ispirata la riforma del sistema di qualificazione, è che la funzione dell'attestato S.O.A. venga di fatto, almeno parzialmente, vanificata. E ciò nonostante che tale attestazione venga rilasciata da un soggetto che si afferma svolgere una pubblica funzione, soggetta alla vigilanza e al controllo dell'Autorità, che dovrebbe godere delle medesime facoltà di accesso alle informazioni e ai dati concernenti l'operatore economico che spettano all'Amministrazione, e che è chiamato ad applicare, nell'esercizio di quella potestà certificativa, i medesimi principi e una normativa pressoché sovrapponibile. In effetti, sotto questo profilo, l'accertamento dei requisiti generali dell'art. 17 del Regolamento di qualificazione n. 34/2000 da parte della S.O.A. non viene ad assumere altra funzione che quella di costituire la condizione preliminare, in caso di esito positivo, per la successiva verifica, da parte della stessa S.O.A., dei requisiti di capacità tecnica ed economica. Con ogni conseguenza in ordine al numero delle dichiarazioni richieste al concorrente in gara, all'entità dei successivi controlli della stazione appaltante, e al contenzioso ²².

²¹ La giurisprudenza qualifica come non veritiera la dichiarazione che non ricomprenda, ad esempio, anche una condanna *ex art. 444 c.p.p.*, e dunque non menzionata nel Certificato del Casellario penale rilasciato ad istanza del privato, in ordine alla quale sia bensì trascorso il termine di estinzione di cui all'art. 445 c.p.p., ma non sia stato pronunciato il provvedimento del giudice dell'esecuzione previsto dall'art. 676 c.p.p. (cfr., di recente, Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2007, n. 1331, in *Foro amm. - CDS*, 2007, pag. 916).

²² E' evidente che, alla luce della normativa vigente, un accertamento pieno di tutti gli elementi rilevanti per la partecipazione spetta comunque all'Amministrazione committente per quanto riguarda i requisiti richiesti dall'art. 38 del Codice, e non contenuti invece nell'elenco dell'art. 17 del D.P.R. n. 34/2000, come, ad esempio, la sussistenza di precedenti penali in carico ai soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio.

4. I requisiti di ordine generale: un tentativo di classificazione

4.1. I requisiti soggettivi dell'imprenditore

Volendo tentare a questo punto un approccio classificatorio alle cause di esclusione dalle gare, è ipotizzabile innanzi tutto una prima distinzione fra quelle che si riferiscono alla persona fisica dell'imprenditore e quelle che invece coinvolgono l'impresa.

Le fattispecie preclusive che concernono il titolare dell'impresa, e gli altri soggetti analiticamente elencati dall'art. 38, sono, in primo luogo, ovviamente, le condanne penali, sulle quali in questa sede non ci si soffermerà, pur costituendo la fattispecie di maggior rilievo. Poi, le misure di prevenzione antimafia, ed in particolare, la pendenza del procedimento per l'irrogazione di una delle misure di prevenzione personali dell'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, o di una delle cause ostative dell'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, le quali conseguono per l'appunto all'avvenuta irrogazione di una misura di prevenzione, che devono riguardare anch'esse una delle persone indicate dall'art. 38 (titolare, direttore tecnico, soci, amministratori, a seconda del tipo di impresa), o anche un loro convivente. A queste disposizioni, espressamente richiamate dall'art. 38, va aggiunto l'art. 4 del D.Lgs. 8 agosto 1994, n. 490, che disciplina le c.d. "informative prefettizie", che hanno ad oggetto eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa interessata, e la c.d. "informativa supplementare atipica", sempre di competenza del Prefetto, che concerne casi di pericolo di collegamento fra l'impresa e la criminalità organizzata sorretti da elementi di minor gravità rispetto a quelle sopra ricordate.

4.2. I requisiti dell'impresa

4.2.1. I requisiti "statici"

I requisiti soggettivi che si riferiscono all'impresa si articolano invece in requisiti che potremmo definire "statici" e in requisiti "dinamici".

Possono essere qualificati come "statici" i requisiti che concernono la capacità dell'impresa a operare nel mercato, ovvero la sua struttura, considerata dal punto di vista dei rapporti con altre imprese.

Si tratta, in primo luogo, dell'assenza di procedure concorsuali, ed in particolare fallimentari, che siano anche solo pendenti. Al fine della pendenza del relativo procedi-

mento, la giurisprudenza prevalente non considera sufficiente la mera proposizione di un'istanza da parte dei creditori, e richiede che ricorra perlomeno un provvedimento giurisdizionale, anche solo istruttorio, che abbia accertato lo stato di insolvenza²³. Il principio risponde a intuibili ragioni di prudenza, intendendosi evitare che la sola proposizione di istanze emulative, valga a comportare l'esclusione di un soggetto dal mercato delle commesse pubbliche.

Costituiscono requisito "statico" anche l'assenza di sanzioni interdittive che valgono ad impedire all'impresa di contrarre con la pubblica Amministrazione²⁴, non aver subito la revoca o la sospensione dell'attestato S.O.A. per aver prodotto documentazione falsa o aver reso false dichiarazioni in altra gara o per il conseguimento dell'attestato di qualificazione²⁵, nonché non aver violato il divieto di intestazione fiduciaria. Questo istituto, che pure mira a prevenire infiltrazioni occulte delle organizzazioni mafiose, ricorre quando la legittimazione ad esercitare i diritti o le prerogative concernenti l'azienda e in generale i beni dell'impresa risulta essere stata conferita a soggetti diversi dal titolare²⁶. Dalla duplice considerazione che si tratta di un requisito che l'Amministrazione può accertare con qualunque mezzo, e che invece non ricorre fra quelli richiesti per la qualificazione e, dunque, non è oggetto di verifica da parte della S.O.A., si deve desumere una certa ampiezza della potestà valutativa del committente.

Infine, – ma in questo caso si fuoriesce dall'art. 38 – possiamo far rientrare in questa categoria anche l'assenza di rapporti di controllo o di collegamento, anche sostanziale, con altri partecipanti alla medesima gara (art. 34 del Codice). Relativamente a questo complesso fenomeno, che non è possibile approfondire in questa sede, si può sommariamente osservare che si tratta della traduzione normativa di un consolidato o-

²³ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 8 giugno 1999, n. 516, in *Foro amm.*, 1999, pag. 1255; in dottrina, cfr. R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., pag. 1272; L. PONZONE, *Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, cit., pag. 244.

²⁴ Si tratta, in primo luogo, della sanzione prevista dall'art. 9, secondo comma, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231. La disposizione ha carattere di norma "di chiusura" del sistema, come rilevato in dottrina: cfr. R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., pag. 1311.

²⁵ La giurisprudenza considera falsa anche la dichiarazione che non concerne i requisiti di ordine speciale, oggetto del procedimento di controllo ed eventualmente di irrogazione di sanzioni oggi previsto dall'art. 48 del Codice (in precedenza, dall'art. 10, comma 1-*quater*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109): ad esempio, con riferimento all'esistenza di un rapporto di "collegamento sostanziale" fra concorrenti, cfr. T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 3 aprile 2006, n. 2264, in *Foro amm. – TAR*, 2006, pag. 1373.

²⁶ Cfr. la Determinazione dell'Autorità per la Vigilanza 5 dicembre 2001, n. 16/23, in www.autoritalavoripubblici.it. Gli adempimenti in ordine alle comunicazioni concernenti l'identità dei fiduciari sono individuati nel D.P.C.M. 11.5.1991, n. 187. In giurisprudenza, cfr. T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 20 ottobre 1997, n. 2483, in *Foro amm.*, 1998, pag. 1864.

rientamento del Consiglio di Stato, e mira ad evitare che, nella stessa gara, la presentazione di offerte formalmente distinte da parte di soggetti diversi, ma in realtà provenienti da un «*unico centro decisionale*», possa alterare la *par condicio* e pregiudicare la segretezza delle offerte. La sussistenza di rapporti di tale natura, che spetta di volta in volta alla stazione appaltante rintracciare e dichiarare, deve risultare da una serie di indici presuntivi, desumibili dalla struttura delle imprese interessate, dall'intreccio fra i rispettivi amministratori, dirigenti e tecnici, dai rapporti di parentela fra gli stessi, oltre che dalle modalità di composizione e di spedizione delle offerte e della documentazione amministrativa allegata²⁷.

4.2.2. I requisiti “dinamici”

Accanto a quelli “statici”, possiamo enumerare alcuni requisiti “dinamici”, che si riferiscono cioè all’attività compiuta in passato dall’impresa, fra i quali si possono distinguere, innanzi tutto, quelli che consistono nel non aver violato norme che impongono determinati obblighi, per lo più di ordine pubblicistico, concernenti la materia della sicurezza dei lavoratori, ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, gli obblighi fiscali, quelli previdenziali e assicurativi. In questa categoria si può far rientrare anche la causa di esclusione che consiste nell’aver reso false dichiarazioni ai fini della partecipazione ad altre gare.

Possono poi essere fatti rientrare in questa categoria, pur non essendo espressamente richiamati dall’art. 38, quegli atti, comportamenti o patti che presentano un contenuto discriminatorio, come previsto dall’art. 41 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198) e dall’art. 44 del T.U. delle disposizioni in materia di immigrazione (D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286). Ugualmente non indicata nell’art. 38 del Codice, va considerata come ulteriore causa di esclusione dell’operatore economico la circostanza che egli si sia avvalso dei piani individuali di emersione, fino alla conclusione del relativo periodo (art. 1-*bis*, comma 14, legge 18 ottobre 2001, n. 383).

Accanto alle violazioni di obblighi imposti dall’ordinamento generale, si collocano le cause di esclusione che dipendono dall’attività svolta dall’impresa nel corso

²⁷ Sul fenomeno del collegamento fra imprese partecipanti alla medesima gara, cfr., per tutti, R. CARANTA, *Forma giuridica dei partecipanti alla gara e R.T.I.*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., pag. 564 e segg.

dell'esecuzione di altri contratti o comunque dell'attività professionale, e che consistono nella grave negligenza o malafede e nell'errore grave.

La grave negligenza e la malafede, nella formulazione dell'art. 38, devono essersi verificate nel corso dell'esecuzione di un contratto affidato a quel concorrente dalla medesima Amministrazione appaltante²⁸. In ciò la disposizione si distingue dall'art. 45 della Direttiva, che si riferisce a fatti commessi in occasione dell'esecuzione di contratti affidati anche da altri soggetti. Ove si dovesse sostenere la prevalenza, quanto meno negli appalti sopra-soglia, della disposizione comunitaria, questa causa di esclusione diverrebbe particolarmente gravosa, visto che mancando una limitazione temporale alla sua efficacia²⁹, verrebbe a significare che la negligenza, accertabile evidentemente solo dall'Amministrazione coinvolta, finirebbe per precludere all'impresa senza limiti l'accesso al mercato degli appalti pubblici.

L'errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale, stando alla lettera della disposizione, non sembrerebbe invece sottostare a limitazioni di tal genere³⁰, e anzi potrebbe - a rigore - assumere rilievo anche ove compiuto nell'esecuzione di attività svolte a favore di privati.

In una categoria a parte va collocata la causa di esclusione consistente nel non aver prodotto in gara la certificazione di adempimento degli obblighi relativi al diritto al lavoro dei disabili. Infatti, ciò che viene sanzionato non è solo il mancato rispetto dei predetti obblighi da parte di chi vi è effettivamente tenuto, ma anche la mancata produzione in gara della dichiarazione che attesta che l'impresa non è tenuta al loro assolvimento.

²⁸ Secondo la giurisprudenza, la disposizione va applicata a tutte le fattispecie verificatesi nel corso dell'esecuzione di contratti affidati da una qualsiasi delle articolazioni territoriali di cui si compone l'Amministrazione committente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2006, n. 4999, in *Foro amm.* - CDS, 2006, pag. 2175).

²⁹ In questo senso, con riguardo alla disposizione contenuta nell'art. 68 del R.D. n. 827/1924, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2001, n. 3260, in *Foro amm.*, 2001, pag. 6. Va tuttavia segnalato che, sempre in relazione alla norma citata, la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ha introdotto il principio per cui l'esclusione da ogni successiva gara dell'operatore economico che si sia reso colpevole di negligenza o malafede nell'esecuzione di un contratto, oltre a richiedere una approfondita motivazione per ogni singola gara, deve rispondere anche al canone di proporzionalità in ordine al termine di durata (Cons. Stato, Sez. VI, 4 dicembre 2006, n. 7104, in *Urb. app.*, 2007, pag. 603, con commento di P. CORTESE, *La negligenza, la malafede e l'errore grave nei requisiti di ordine generale*).

³⁰ Così, in dottrina, R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., pag. 1301 e seg.

5. Profili di discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione dei requisiti ai fini dell'ammissione alla gara

Fra le cause di esclusione possono inoltre distinguersi quelle che obbligano l'Amministrazione a procedere all'adozione del provvedimento, e quelle che invece richiedono una previa valutazione da parte del committente, il quale pertanto, in relazione alla loro rilevanza per l'affidabilità del concorrente, o a qualche elemento della fattispecie, è chiamato a compiere un accertamento e a esercitare un più o meno ampio margine di discrezionalità e, conseguentemente, a dare adeguata motivazione alle proprie decisioni.

Non mi pare possano esservi dubbi sulla totale vincolatezza dei provvedimenti di esclusione allorché dovessero ricorrere, in capo al concorrente, fenomeni relativi al fallimento o altre procedure concorsuali, di cui, come si è detto, è sufficiente la pendenza, che deve soltanto essere accertata. Anche in relazione alla presenza di informative antimafia non paiono esservi spazi di valutazione, visto che una considerazione degli indici di penetrazione della criminalità nell'impresa spetta al Prefetto, e la stazione appaltante non può che prenderne atto. Pure la presenza di condanne per uno dei reati indicati dal primo comma dell'art. 45 della Direttiva n. 18/2004/CE non può che condurre all'esclusione, sussistendo, in questi casi, una presunzione *iuris et de iure* di gravità e di incidenza sulla moralità professionale di quelle condanne³¹. Non parrebbero residuare spazi di valutazione nemmeno nel caso dell'avvenuta annotazione nel Casellario informatico di una dichiarazione non veritiera che l'impresa abbia reso in un'altra gara: tale conclusione può trarsi anche alla luce dell'orientamento giurisprudenziale che, nel caso di iscrizione nel Casellario, ritiene inammissibile il ricorso proposto avverso l'atto assunto dall'Osservatorio, ogni qualvolta non sia stato tempestivamente gravato il provvedimento della stazione appaltante nel quale è contenuto l'accertamento della falsità della dichiarazione, giacché è in quella sede, e solo in quella, che si concreta la valutazione³². Se si accoglie questa impostazione, ne consegue che le Amministrazioni che si

³¹ Cfr. R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., pag. 1285 e seg.

³² Cfr., fra le tante, T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 11 maggio 2005, n. 3618, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale la mancata impugnazione dell'atto di esclusione dà luogo a un accertamento definitivo (del collegamento sostanziale, in quel caso) non sindacabile in sede di gravame avverso l'annotazione sul Casellario dell'Autorità per la vigilanza. T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 18 gennaio 2006, n. 321 (in *Foro amm. - TAR*, 2006, pag. 208) chiarisce infatti che "non sussiste un autonomo potere di rivalutazione in capo all'Autorità di Vigilanza relativamente agli elementi considerati dalla Stazione appaltante. Costituisce, invero, dovere dell'Autorità procedere alla puntuale e tempestiva annotazione

confrontano con un'annotazione di questo tenore non possono far altro che prenderne atto, non potendosi concepire l'ipotesi di un ulteriore sindacato sul medesimo fatto, che esse oltretutto possono conoscere solo *de relato*.

Profili di discrezionalità o, quanto meno, un potere di interpretazione delle previsioni normative³³ possono invece essere riconosciuti in capo all'Amministrazione, in primo luogo, in ordine alla valutazione dell'incidenza della condanna penale sull'affidabilità del concorrente, che va operata in concreto, visto che l'esclusione non rappresenta una conseguenza automatica del reato, quasi fosse una sorta di sanzione accessoria. In effetti, il committente, per giurisprudenza costante³⁴, deve tenere in considerazione tutti gli elementi della fattispecie, fra cui la gravità del fatto e le modalità della sua commissione, oltre al *tempus commissi delicti*, alla sua eventuale reiterazione, nonché alle particolarità dell'oggetto dell'appalto (ad esempio, una condanna per un reato relativo alla circolazione stradale, che in genere dovrebbe considerarsi irrilevante, potrebbe invece essere significativo nel caso di appalto del servizio di trasporto scolastico³⁵). Va in proposito osservato, peraltro, che la discrezionalità in relazione a questa causa di esclusione trova nella legge molteplici limitazioni, tanto con riferimento ai soggetti che hanno subito la condanna, che devono rientrare nell'elencazione dell'art. 38, tanto con riguardo alla eventuale riabilitazione (ai sensi dell'art. 178 c.p.) o all'estinzione del reato (*ex art. 445 c.p.p.*), mentre, ai fini della considerazione dei fattori capaci di incidere sull'affidabilità professionale, non può assumere rilievo, secondo la giurisprudenza, lo *ius superveniens*, neppure allorché intervenisse una successiva depenalizzazione del fatto commesso, pur antecedente l'indizione della gara³⁶.

nel Casellario Informativo di tutte le notizie ed i contenuti degli atti che alla stessa pervengano dalle S.O.A. o dalle Stazioni appaltanti, che sono gli unici soggetti ai quali la legge ha affidato il potere di esclusione dalle gare, senza tuttavia procedere ad alcuna autonoma valutazione che non sia quella estrinseca relativa o alla palese insussistenza del fatto o alla inconferenza rispetto ai compiti propri del Casellario" (nello stesso senso, cfr. anche T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 4 maggio 2005, n. 3321, in *Foro amm. - TAR, 2005*, pag. 1573; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 27 maggio 2004, n. 5035, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

³³ In questa seconda prospettiva si colloca F. SAITTA, in *"Moralità professionale" e partecipazione alle gare (Note a margine dell'art. 12, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 157/1995)*, in *Riv. trim. app.*, 2004, pag. 241.

³⁴ Cfr., fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723, in *Foro amm. - CDS*, 2007, pag. 1218; Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2006, n. 2373, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, pag. 1425.

³⁵ Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. II, 17 marzo 2005, n. 1240, richiamata da R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., pag. 1282, nota n. 48.

³⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 27 aprile 2004, n. 2538, in *Foro amm. -CDS*, 2004, pag. 1094; Cons. Stato, Sez. IV, 27 marzo 2000, n. 1770, in *Foro amm.*, 2000, pag. 915.

Un potere non completamente vincolato dovrebbe ricorrere anche in ordine alle violazioni in tema di sicurezza o di rapporti di lavoro, o degli obblighi contributivi e previdenziali, dal momento che la norma richiede che siano “gravi”, sembrando così riservare alla stazione appaltante la conseguente valutazione³⁷. Tuttavia, va rilevato che la giurisprudenza più recente, prendendo atto dell’introduzione, ad opera del D.P.R. 24 settembre 2002, n. 210, della disciplina in materia di D.U.R.C. (documento unico di regolarità contributiva), che viene rilasciato dagli Istituti previdenziali (Casse Edili, I.N.P.S. e I.N.A.I.L.), ha stabilito che la dimostrazione del possesso del corrispondente requisito può essere data soltanto mediante la produzione del predetto documento, con la conseguenza che ogni valutazione in ordine all’assolvimento o meno degli obblighi contributivi viene affidata ai soggetti che devono rilasciarlo; ma con l’ulteriore corollario che viene di fatto ricondotta nell’alveo della “gravità” ogni irregolarità contributiva a prescindere dal valore³⁸, laddove inadempimenti meramente occasionali, o semplici irregolarità non dovrebbero assumere rilevanza ai fini dell’esclusione³⁹. Un limite alla potestà di considerare queste fattispecie preclusive parrebbe dover derivare dalla prescritta circostanza di dover risultare «dai dati in possesso dell’Osservatorio» presso l’Autorità di vigilanza, che, stando alla lettera dell’art. 38, dovrebbe costituire presupposto di fatto dell’esclusione: occorre tuttavia osservare che la giurisprudenza è prevalentemente di segno opposto⁴⁰.

Un’ampia discrezionalità dell’Amministrazione, tuttavia, è rintracciabile nel momento in cui essa è chiamata a valutare fattispecie di negligenza o malafede del concorrente manifestatesi in occasione di precedenti affidamenti, visto che si tratta di vi-

³⁷ Così, in giurisprudenza, cfr. ad esempio T.A.R. Marche, 12 aprile 2005, n. 292, in *Foro amm. - TAR*, 2005, pag. 1038, in tema di irregolarità contributive. Quanto alle violazioni degli obblighi fiscali, la disposizione (art. 38, comma 1, lett. g) non fa cenno alla loro “gravità”: ciò nonostante, un indirizzo giurisprudenziale ritiene comunque necessario, alla luce principio di concorrenza, che l’Amministrazione valuti, non già la sussistenza di una mera singola violazione, ma la «globale regolarità sul piano tributario di ciascuna impresa partecipante alla gara» (T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Sez. Trento, 13 dicembre 2007, n. 193; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Sez. Trento, 23 settembre 2008, n. 231, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it).

³⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1° agosto 2007, n. 4273, in *Urb. app.*, 2008, pag. 202, con commento di L. DE PAULI, *Requisito di regolarità contributiva e sindacato da parte delle stazioni appaltanti*.

³⁹ Va inoltre registrato un orientamento giurisprudenziale che considera l’omesso versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali a favore della manodopera un “elemento indicativo di incapacità o, quanto meno, di difficoltà economico-finanziaria”, di tal che il requisito, di ordine generale, viene ad assumere rilievo anche quale requisito di idoneità oggettiva (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2005, n. 341, in *Foro amm. - CDS*, 2005, pag. 431).

cende che hanno visto coinvolta la medesima committente, e nelle quali dunque il margine di apprezzamento in ordine all'affidabilità che ci si deve attendere nell'esecuzione di un futuro contratto è particolarmente significativo. A favore di un sindacato ampio in questa fattispecie milita anche il fatto che questo non rappresenta uno dei requisiti di qualificazione dell'art. 17 del Regolamento n. 34/2000, e dunque non è oggetto di previa considerazione da parte della S.O.A. Vale altresì ricordare che la giurisprudenza non giudica necessario che la negligenza o la malafede siano state accertate in sede giurisdizionale ⁴¹, con ciò venendo ulteriormente a valorizzare l'accertamento compiuto in sede amministrativa.

Un limite al potere discrezionale dell'Amministrazione è rappresentato, per talune cause di esclusione, come si è accennato, dal termine di efficacia che il legislatore talvolta ricollega loro. Ciò avviene, oltre che per i precedenti penali, ai quali si applicano gli istituti della riabilitazione e dell'estinzione del reato, che peraltro richiedono una previa pronuncia giudiziale ⁴², per le false dichiarazioni, che hanno efficacia annuale, e per le misure di prevenzione, che hanno efficacia massima quinquennale. Con il corollario, tuttavia, che la compresenza nell'art. 38 di cause di esclusione diverse, afferenti al medesimo fatto, ma soggette a distinta disciplina, in assenza di chiare disposizioni di coordinamento può condurre a conseguenze singolari: ad esempio, l'estinzione, anche ai sensi dell'art. 445 c.p.p., di un reato commesso in violazione delle disposizioni in materia di sicurezza, pur determinando il venir meno della causa di esclusione della lettera c) dell'art. 38, non potrebbe di per sé evitare all'impresa l'esclusione, questa volta ai sensi della successiva lettera e), quando, come è oltremodo probabile, la pronuncia della condanna risulti dai dati in possesso dell'Osservatorio, dal momento che questa causa preclusiva, a rigore, non è soggetta a termini ⁴³.

⁴⁰ Secondo questo orientamento giurisprudenziale, infatti, ciò che conta è la definitività dell'accertamento, non la sua fonte: cfr., ad esempio, T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II-ter, 15 giugno 2005, n. 4938, in *Foro amm. - TAR*, 2005, pag. 2039.

⁴¹ Cfr, ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071, in *Contr. Stato*, 2004, pag. 413, con nota di F. ZOTTI, *L'esclusione dalle gare per grave negligenza o malafede ex art. 75, comma 1, lett. f), D.P.R. n. 554/1999*.

⁴² Per la necessità della formale pronuncia del provvedimento di estinzione, e l'insufficienza del mero decorso del termine al fine di determinare l'estinzione degli effetti della condanna patteggiata, in giurisprudenza, cfr. T.A.R. Lombardia – Brescia, 20 aprile 2006, n. 406, in *Foro amm. - TAR*, 2006, pag. 1241; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III-ter, 24 giugno 2004, n. 6174, in *Foro amm. - TAR*, 2004, pag. 1747, che richiamano Corte Cass. pen., Sez. IV, 27 febbraio 2002, n. 11560, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 549.

⁴³ Un siffatto esito viene naturalmente ad escludersi laddove le due fattispecie, rispettivamente previste dalle lettere c) ed e) dell'art. 38, vengano tenute distinte, di tal che le infrazioni gravi alle norme in mate-

ria di sicurezza siano rintracciabili soltanto nelle violazioni non aventi rilievo penale: in questo senso, cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. I, 9 settembre 2008, n. 1886, in *www.lexitalia.it*.