

Novità giurisprudenziale

DICHIARAZIONI EX ART. 38 D. LGS. 163/2006 (CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI) RESE DAI CONCORRENTI E/O DAI PROGETTISTI: UNA SVISTA O DIMENTICANZA PUÒ COMPORTARE CONSEGUENZE ESTREMAMENTE GRAVI IN TERMINI ECONOMICI E NON SOLO

Come noto, nell'ambito di una qualsiasi gara volta all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture in favore dell'Ente pubblico, il concorrente deve rendere tutta una serie di dichiarazioni sostitutive di atto notorio.

La più insidiosa è certamente quella con la quale tutti i concorrenti, al pari degli eventuali progettisti, devono dichiarare le condanne eventualmente riportate in sede penale.

L'art. 38, comma 1, lett. c) del d. lgs. 163/2006 (meglio noto come codice dei contratti pubblici) prevede che *"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 (...) 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 comma 2 della medesima norma, modificato nel 2012 nell'ottica di dirimere e superare il contenzioso sviluppatosi attorno al concetto di "gravità" –o meno- del reato prevede ora che *"il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva (...), in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati*

ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione".

Detta norma, tuttavia, se da un lato ha certamente il pregio di aver eliminato un "genere" dai contorni spesso incerti ("reati gravi"), dall'altro, imponendo ad ogni concorrente l'obbligo di dichiarare tutte le eventuali condanne riportate (con la sola esclusione dei *"reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa"*, ovvero delle condanne revocate o per quelle in relazione alle quali è intervenuta la riabilitazione") ha gravato ogni partecipante di un onere particolarmente insidioso.

Le fattispecie maggiormente problematiche sono rappresentate dalle condanne cd. di patteggiamento e dai decreti penali di condanna in relazione alle quali vige il beneficio della non menzione nel senso che le stesse non compaiono nel certificato generale del casellario giudiziale a richiesta del diretto interessato (mentre, viceversa, compaiono in quello a richiesta dell'amministrazione).

Per dette condanne, oltretutto, la normativa di riferimento prevede che *"il reato è estinto (...) se nel termine di cinque anni, quando il decreto con-*

cerne un delitto, ovvero di due anni quando il decreto concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole" (rispettivamente art. 445 comma 2 ed art. 460, comma 5 c.p.p.).

Successivamente a detta modifica, la giurisprudenza si è attestata su una posizione di assoluto rigore che è addirittura andata oltre il dettato normativo dei suddetti articoli, evidenziando che l'estinzione del reato, per avere effetto, deve essere formalmente dichiarata dal giudice dell'esecuzione penale e che tale dichiarazione non ha mai valore retroattivo ed è irrilevante che nulla risulti sul certificato del Casellario rilasciato a istanza di parte.

In buona sostanza, secondo questo orientamento, ogni concorrente deve necessariamente dichiarare tutte le condanne penali, ivi comprese quelle riportate con sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento), ovvero con decreto penale, con la sola esclusione di quelle per le quali sia già intervenuto un formale provvedimento di estinzione o riabilitazione su specifica istanza dell'interessato.

Detta presa di posizione ha avuto effetti deflagranti soprattutto in capo a quei soggetti che in passato (anche remoto) avevano riportato una qualche condanna con sentenza di "patteggiamento" o con decreto penale e che ritenevano legittimamente che i relativi reati dovessero considerarsi estinti per il mero decorso del tempo (cinque anni per i delitti e due anni per le contravvenzioni).

In conseguenza di tale presa di posizione, negli ultimi anni abbiamo assistito ad innumerevoli esclusioni di partecipanti, anche sotto forma di raggruppamento temporaneo di imprese, se non addirittura alla revoca dell'aggiudicazione a seguito delle successive verifiche da parte della stazione appaltante.

In tali casi, oltretutto, ci sono delle conseguenze gravissime in capo ai soggetti esclusi: l'Ente appaltante, infatti, incamera la cauzione provvisoria e segnala la falsa dichiarazione all'autorità di vigilanza (per l'annotazione nel

casellario informatico) ed alla Procura della Repubblica (per gli adempimenti di competenza).

Recentemente, rifacendosi ad un'importante pronuncia delle Sezioni Unite chiamate a dirimere un contrasto giurisprudenziale (Cassazione penale, sez. un., 30/10/2014), la Cassazione Penale ha avuto modo di evidenziare che: *"il dato testuale - di per sé pressoché auto-sufficiente - assume, in materia, un'importanza decisiva. Poiché il tema centrale è l'estinzione del reato per decorso inattivo del tempo, l'individuazione del dies a quo è argomento nel quale la formulazione normativa, in un tema che riveste carattere sostanziale, non può che assurgere al paradigma della tipicità. Non è consentito, dunque, all'interprete percorrere vie esegetiche (per quanto anch'esse non prive di argomenti sistematici) che esulino dal dato testuale chiaro che subordina l'estinzione al verificarsi di una condizione: "se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole", come recita testualmente l'art. 445 c.p.p., comma 2. Le Sezioni Unite di questa corte hanno recentemente affrontato analoghe questioni, in tema di indulto, affermando il principio secondo cui "nel caso in cui l'esecuzione della pena sia subordinata alla revoca dell'indulto, il termine di prescrizione della pena decorre dalla data d'irrevocabilità della sentenza di condanna, quale presupposto della revoca del beneficio" (Cass. S. U. 30 ottobre 2014 n. 2). La questione che rileva in questa sede è che le Sezioni Unite hanno ritenuto maggiormente coerente con i criteri ermeneutici il principio secondo cui, quando un determinato effetto giuridico (nel caso di specie, l'estinzione del reato, mentre nel caso esaminato dalle Sezioni Unite, l'estinzione della pena, in entrambi i casi per decorso inattivo del tempo), l'ipotesi della decorrenza degli effetti dal momento in cui si sono verificati i presupposti (nel caso esaminato dalle Sezioni Unite, per la revoca del beneficio precedentemente concesso) deve ritenersi preferibile, rispetto all'opzione ermeneuti-*

ca riferita al momento in cui è divenuta definitiva la sentenza di condanna determinante la causa della revoca dell'indulto stesso. In sostanza, nel caso esaminato dalle Sezioni Unite, ai fini dell'individuazione del dies a quo per il decorso della prescrizione della pena, in caso di revoca di benefici, si deve fare riferimento al momento in cui siano, per legge, maturate le condizioni che abbiano portato alla revoca stessa e non a quello in cui viene adottato il provvedimento di revoca del beneficio. Sulla base di tali considerazioni le Sezioni Unite hanno affermato che la revoca dell'indulto si determina ope legis ("il beneficio dell'indulto è revocato di diritto") al verificarsi della condizione risolutiva (aver commesso un delitto entro il termine indicato); il dies a quo dal quale decorre la prescrizione della pena è quello in cui la citata condizione risolutiva si è verificata (art. 172 c.p., comma 5). L'applicazione dei condivisibili principi sopra espressi al caso di specie comporta che il provvedimento dichiarativo dell'estinzione, successivo e ricognitivo di un effetto già verificatosi, resta estraneo al decorrere del tempo ai fini dell'estinzione del reato ex art. 445 c.p.p. (Cassazione penale, sez. V, 22.12.2014, dep. 14.05.2015, n. 20068).

Ebbene, la chiara ed inequivoca presa di posizione da parte della Suprema Corte di Cassazione Penale in merito alla natura e soprattutto agli effetti del provvedimento da parte del Giudice dell'esecuzione penale in materia di estinzione del reato, è stata ora, per la prima volta, affrontata dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 5192 di data 13.11.2015, nella quale è stato evidenziato che "anche in vigenza dell'articolo 676 del codice penale Vassalli si è evidenziato dalla giurisprudenza più attenta, che l'effetto estintivo operi ex lege per effetto del decorso inattivo del tempo e non abbisogni di alcun provvedimento, non rilevando in contrario l'attribuzione al giudice dell'esecuzione della competenza a decidere in merito all'estinzione del reato dopo la condanna (Cass. Pen. Sez. V, 14 maggio 2015, n. 20068; Cass. Sez. unite 30 ottobre 2014, n. 2). In particolare con la sentenza n. 2 del 2014 le Sezioni Unite della Cassazione, seppure con riferimento al tema

dell'indulto, hanno ritenuto maggiormente coerente con i criteri ermeneutici che sottendono il codice processuale il principio secondo cui, quando un determinato effetto giuridico si verifichi per decorso inattivo del tempo, esso si verifica ope legis al momento in cui siano per legge maturate le condizioni cui è condizionato l'effetto. Corollario di tale approccio ermeneutico è che il provvedimento dichiarativo dell'estinzione, successivo e ricognitivo di un effetto già verificatosi, resta estraneo ai fini dell'estinzione del reato e si pone in funzione meramente formale e ricognitiva di un effetto già verificato, nel mentre l'automatismo degli effetti dell'estinzione del reato si pone in coerenza con i principi comunitari di ragionevole durata dei processi, sollecita definizione e di minor sacrificio esigibile, evincibili dagli articoli 5 e 6 CEDU. L'applicazione di tale criterio ermeneutico al caso di specie, comporta che l'estinzione del reato si era verificata già prima del formale provvedimento reso dal giudice dell'esecuzione il 9 aprile 2013, sicché la dichiarazione resa da Ca. Le. non era falsa o non veritiera laddove non dichiarava la condanna di cui trattasi (Consiglio di Stato, sez. V, 13/11/2015, (ud. 21/07/2015, dep.13/11/2015), n. 5192).

È ora auspicabile che detta ultima presa di posizione da parte del Supremo Consesso, unitamente alle citate pronunce della Cassazione Penale, comporti un radicale mutamento della giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni in modo tale che venga data chiara ed univoca prevalenza al dato sostanziale, piuttosto che a quello meramente formale.

Ad ogni modo, per ogni operatore intenzionato a partecipare ad una qualsiasi gara volta all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture in favore dell'Ente pubblico è imprescindibile prestare la massima attenzione nel rendere le dichiarazioni sopra esaminate (oltretutto, nella maggior parte dei casi, mediante una banale compilazione dei moduli già predisposti dall'ente medesimo) poiché una semplice dimenticanza – ancorché relativa ad una condanna ininfluenza sulla moralità dell'imprenditore e/o ad un reato per il quale sussistono tutti i

presupposti per ottenere il relativo provvedimento formale di estinzione- potrebbe comportare conseguenze gravissime sia sul piano patrimoniale, che su quello professionale.

Prima di partecipare ad una gara è quindi essenziale compiere una mirata verifica presso i competenti uffici, ribadendo a tale proposito che, a tal fine, è assolutamente inutile richiedere il "certificato generale" del casellario giudiziale ex art. 24 del D.P.R. 313/2002 (ovvero quello che viene normalmente rilasciato in assenza di specifica e diversa richiesta), dovendo viceversa richiedersi la "visura" ex art. 33 del citato T.U. dalla quale risultino tutte le condanne, ivi comprese quelle cd. non menzionate.

Una volta ottenuta detta "visura", la stessa, in presenza di eventuali condanne, deve essere esaminata con l'ausilio di un professionista per verificare i contenuti delle dichiarazioni da rendere (sempreché sia possibile renderle), nonché la possibilità di ottenere la riabilitazione, ovvero la dichiarazione di estinzione del reato che, alla luce del citato orientamento giurisprudenziale, è comunque opportuno ottenere prima di rendere le dichiarazioni richieste dal bando.

ULTERIORI INFORMAZIONI SU QUESTO ARGOMENTO O SU FATTISPECIE CORRELATE POSSONO ESSERE RICHIESTE A:

avv. Ettore Bertò
+39 0461 231000 – 260200 - 261977
eb@slm.tn.it

DISCLAIMER

Le Newsletter di SLM rappresentano uno strumento di informazione gratuito a disposizione di tutti coloro che siano interessati a riceverle (newletter@slm.tn.it). Le Newsletter di SLM non possono in alcun caso essere considerate pareri legali, né possono essere ritenute idonee a risolvere casi specifici in assenza di una preventiva valutazione della fattispecie concreta da parte di un legale.

INFORMATIVA EX ART. 13 D. LGS. 196/2003

Le Newsletter di SLM sono inviate esclusivamente a soggetti che hanno liberamente fornito i propri dati personali in ragione di rapporti professionali intercorsi con SLM o in occasione di convegni, seminari, master, o eventi di altro genere. I dati forniti sono trattati secondo le modalità indicate dal decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali). A tal fine i dati possono essere trattati con o senza l'ausilio di mezzi elettronici e/o telematici ed essere comunicati per le medesime finalità ai dipendenti e collaboratori di SLM.

Il titolare dei dati personali ha i diritti previsti dall'art. 7 del "Codice in materia di protezione dei dati personali", tra cui il diritto di ottenere: i) la conferma dell'esistenza dei dati che lo riguardano e la loro comunicazione; ii) l'aggiornamento, la rettifica, l'integrazione e la cancellazione dei medesimi. Il titolare dei dati personali può inoltre opporsi all'ulteriore trattamento dei suoi dati.

Il titolare del trattamento è lo Studio Legale Marchionni & Associati (SLM), con sede in Trento, Viale San Francesco d'Assisi n. 8. Il responsabile del trattamento è l'avv. Rosanna Visintainer, alla quale il titolare dei dati personali può rivolgersi, tramite l'indirizzo e-mail rv@slm.tn.it, per esercitare i diritti sopra indicati e per ottenere ulteriori informazioni. Chi avesse ricevuto o ricevesse le Newsletter di SLM per errore oppure desiderasse non ricevere più comunicazioni di questo tipo in futuro può comunicarlo inviando una email a rv@slm.tn.it.