

Decreto penale di condanna opposto con procedimento penale pendente tra le cause non automaticamente escludenti

Obblighi dichiarativi dell'operatore economico, valutazione discrezionale della stazione appaltante e dintorni

di Beatrice Armeli

“ Con il presente scritto si intendono sinteticamente indagare i contorni dell'obbligo dichiarativo afferente all'emissione di un decreto penale di condanna nei confronti dell'operatore economico, anche in relazione all'evolversi della vicenda penale, che può implicare l'opposizione del decreto e la conseguente instaurazione di un procedimento penale, nonché i limiti del giudizio di competenza amministrativa, sia nel caso in cui la dichiarazione sia effettuata dall'operatore interessato, sia nel caso in cui la stessa venga omessa.

1. Inquadramento

Può accadere che nei confronti dell'operatore economico, o meglio di alcuno dei soggetti individuati dal comma 3 dell'art. 80, d.lgs. 50/2016, venga emesso un decreto penale di condanna, non già con l'imputazione di uno (o più) dei reati tipizzati dal comma 1 del medesimo articolo, bensì per altre fattispecie penalmente rilevanti, che possono, o meno, afferire all'attività professionale svolta, ma il cui apprezzamento non è compiuto *ex-ante* dal legislatore. La rilevanza della condanna penale inflitta sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico sarà pertanto oggetto di valutazione *ex-post* da parte della stazione appaltante, nell'ambito della sua discrezionalità, potendo, ad esempio, il decreto in questione rivelare – astrattamente e non esclusivamente – la commissione di un “grave illecito professionale” ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/2016, quale causa non automaticamente escludente.

2. Le conseguenze dell'emissione di un decreto penale di condanna

Occorre anzitutto premettere che, tra i ‘vantaggi’ che reca la disciplina penalistica, in relazione all'emissione di un decreto di condanna, rientra anche quello della mancata menzione nel casellario giudiziale, ove richiesto dall'interessato, ai sensi del d.P.R. 313/2002 (T.U. Casellario giudiziario). Tuttavia, con specifico riferimento alle richieste di rilascio del certificato del Casellario giudiziale, il Comunicato del Presidente ANAC 10 gennaio 2018 si è espresso nel senso che: “*ai fini dei procedimenti selettivi disciplinati dal Codice [...] non è opportuno [...] utilizzare il riferimento all'art. 28 d.P.R. 313/2002, che disciplina la facoltà, per le amministrazioni e i gestori di pubblici servizi, di ottenere le certificazioni rilasciate a richiesta del soggetto privato*”. In sostanza, il riferimento per le stazioni appaltanti deve essere l'art. 39 d.P.R.

313/2002 (consultazione diretta del sistema), perché, come spiega il suddetto Comunicato, la certificazione *ex art. 28* ha un contenuto incompleto “*in quanto, fra l'altro, non riporta [...] i decreti penali di condanna*”. L'operatore economico interessato sarà dunque gravato di uno specifico onere informativo, ancorché la legge nulla prescriva espressamente e puntualmente a riguardo, non potendo peraltro lo stesso fare affidamento sul beneficio della mancata iscrizione del decreto nel certificato del casellario giudiziale rilasciato a propria richiesta. Al contempo, però, l'operatore medesimo dovrebbe avere certezza che, con il corretto assolvimento del predetto onere, la sola emissione di un decreto penale di condanna (al di fuori dei casi tipici previsti dall'art. 80, comma 1, del codice), a maggior ragione se non ancora divenuto irrevocabile e se opposto, non vale a condurre *sic et simpliciter* all'esclusione. La giurisprudenza ne dà conferma.

Premesso infatti che “è onere di chiunque si accinga a rendere una dichiarazione autocertificativa ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000, avente a oggetto l'esistenza o meno di precedenti penali a proprio carico, di procedere a 'visura' di tutte le iscrizioni esistenti a proprio carico nel casellario giudiziale, attraverso lo strumento disciplinato dall'art. 33 d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313”, il Consiglio di Stato¹, nel ribadire il potere di apprezzamento discrezionale della stazione appaltante nella valutazione delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un “grave illecito professionale” e, quindi, l'esclusione dalla gara, ricorda come l'amministrazione sia chiamata ad analizzare in concreto l'incidenza dei singoli fatti indicati dall'operatore economico in sede di dichiarazione e astrattamente idonei ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice². Da qui, dunque, l'onere di informazione – che si atteggia in realtà a vero e proprio obbligo dichiarativo – in capo al soggetto condannato (ovvero all'operatore economico a cui il soggetto afferisce ai sensi dell'art. 80, comma 3, d.lgs. 50/2016); onere dovrà essere assolto nel modo più preciso e completo possibile, anche alla luce delle Linee guida ANAC n. 6. Tuttavia, si è anche affermato che l'omessa dichiarazione in merito ad un decreto di condanna penale, di-

venuto irrevocabile prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non configura necessariamente una falsa dichiarazione in senso oggettivo, laddove risulti che tale informazione non fosse nella disponibilità del dichiarante, come nel caso in cui l'interessato avesse estratto una visura delle iscrizioni a proprio carico presso il casellario giudiziale, *ex art. 33 d.P.R. n. 313/2002*, dalla quale non risultava ancora alcuna iscrizione, e, altresì, detto decreto penale non fosse stato regolarmente notificato nei suoi confronti, tanto da ottenere dal G.I.P. la rimessione in termini ai sensi dell'art. 175 c.p.p. ai fini della proposizione di opposizione avverso il decreto³.

3. Le conseguenze dell'opposizione al decreto

Importante è poi considerare proprio l'eventuale opposizione sopraggiunta al decreto penale. Infatti, per la giurisprudenza amministrativa, la **proposizione dell'opposizione**, ai sensi dell'art. 464, comma 3, c.p.p., **impedisce al decreto penale di condanna di assumere carattere vincolante nell'accertamento del fatto tipico di reato, con la conseguenza che esso deve essere considerato dalla stazione appaltante *tamquam non esset* e, a differenza di una sentenza di condanna non definitiva, non può essere utilizzato per il giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico, per l'impossibilità di ricollegare effetti vincolanti ad un accertamento sommario e privo di contraddittorio, quale è quello posto alla base del decreto penale di condanna⁴**. Quindi il decreto, ove opposto, non potrà essere utilizzato – ad esempio – per effettuare la valutazione di cui alla lett. c), dell'art. 80, comma 5, del codice. In sostanza, il decreto penale di condanna oggetto di opposizione non è equiparabile ad una sentenza di condanna anche di carattere non definitivo⁵. La proposizione di tale opposizione determina, infatti, la revoca del decreto e la conseguente definizione del rapporto processuale con una successiva e distinta sentenza. Pertanto, **il decreto penale potrà al più assumere**

(1) Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio 2016, n. 1717.

(2) Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1443; Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n. 6443.

(3) Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2017, n. 3104.

(4) TAR Piemonte, Torino, sez. II, 14 maggio 2019, n. 583.

(5) TAR Calabria, Reggio-Calabria, sez. I, 26 novembre 2018, n. 697.

un valore vincolante in sede amministrativa – quanto all'accertamento dei fatti materiali costituenti reato e alla loro imputabilità al condannato – solo nel caso in cui il decreto stesso, non opposto nei termini, diventi esecutivo, rimanendo, diversamente, solo la *“la spia della pendenza di un procedimento penale e non di un accertamento giurisdizionale definito, la cui mancata indicazione possa minare la credibilità professionale del concorrente”*⁶.

In particolare, in caso di opposizione, l'amministrazione è tenuta a considerare il reato anche in relazione alle circostanze dedotte nell'atto di opposizione del decreto in sede penale, ai fini della verifica dell'incidenza o meno del medesimo sulla moralità professionale, nonché l'eventuale sentenza di assoluzione pronunciata all'esito di detta opposizione⁷.

4. La dichiarazione dell'operatore economico e le eventuali richieste della stazione appaltante

Nella pratica, dunque, alla luce di quanto sopra, qualora un soggetto rientrante tra quelli indicati dall'art. 80, comma 3, d.lgs. 50/2016 sia risultato destinatario di un decreto penale di condanna, quand'anche non divenuto irrevocabile perché tempestivamente opposto (nel termine di 15 giorni dalla data di notifica del provvedimento al condannato), occorrerà, per l'operatore economico interessato, fornire alla stazione appaltante una dichiarazione integrativa allegata al DGUE o inserita nello stesso, ove, pur escludendosi la commissione di gravi illeciti professionali, si dia adeguatamente conto della situazione in essere, indicando gli estremi del decreto penale di condanna, il titolo di imputazione, nonché la data dell'atto di opposizione e, ove già intervenuta la revoca (in virtù della proposta opposizione), gli estremi del relativo provvedimento giudiziale e del contestuale rinvio a giudizio. La stazione appaltante, nell'ambito della sua discrezionalità, ai fini della valutazione ad essa riservata, potrà eventualmente domandare ulteriori chiarimenti, attivando se del caso un procedimento di soccorso istruttorio,

anche con richiesta di una relazione riepilogativa dei fatti di causa.

A tal proposito, se è indubbia la legittimità di una siffatta richiesta, potrebbe non essere così scontata, nel contesto *de quo*, l'esigenza dell'ente pubblico di dar prova di adeguate misure di *self-cleaning*. Come noto, infatti, l'art. 80, comma 7, del codice prevede – *inter alia* – che l'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 5 della medesima disposizione (compresa quella relativa alla commissione di un grave illecito professionale), risultando pertanto passibile di esclusione, *“è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”*. Il successivo comma 8 prosegue poi chiarendo che, qualora la stazione appaltante ritenga le predette misure sufficienti, *“l'operatore economico non è escluso dalla procedura d'appalto; viceversa dell'esclusione viene data motivata comunicazione”*. La genesi della disposizione va rinvenuta nell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, sugli appalti pubblici, la quale prevede che un operatore economico, che si trovi in una delle situazioni che ne giustificerebbero l'esclusione, *“può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità”*.

Secondo l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza, la *ratio* della disposizione sarebbe quella di recuperare gli operatori economici che (quando non si siano resi colpevoli di meri errori formali o di negligenze lievi) abbiano concretamente manifestato un ravvedimento, mediante l'effettiva adozione di misure c.d. di *self-cleaning*⁸, spettando all'amministrazione aggiudicatrice il compito di valutare se le misure adottate dal concorrente siano state realmente sufficienti, tenuto conto della gravità e delle particolari circostanze del reato o dell'illecito commesso. Pertanto, secondo le più recenti pronunce, le misure in esame risponderrebbero alla finalità di mantenere l'operatore economico sul mercato, laddove abbia dimostrato di essere nuovamente affidabile come controparte contrattuale, tanto che esse possono assumere rilevanza solo *pro futuro*, ovvero solo relativamente alle gare indette successi-

(6) TAR Calabria, Reggio-Calabria, sez. I, 29 aprile 2019, n. 300.

(7) TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 22 settembre 2017, n. 589.

(8) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 598.

vamente alla loro adozione o, comunque, non oltre il termine fissato per la presentazione delle offerte, pena la violazione della *par condicio* dei concorrenti, essendo infatti *“inimmaginabile un loro effetto retroattivo”*⁹. Non è questa la sede per approfondire i parametri, delineati dalla giurisprudenza, di rilevanza concreta delle misure adottate da un operatore, tali da integrare un ravvedimento espressivo di permanente o riacquisita affidabilità, affinché l'eventuale temporanea sterilizzazione della sua capacità negoziale nel settore dei contratti pubblici, in ragione del grave illecito professionale commesso, non si risolva, di fatto, in una definitiva espulsione dal settore¹⁰. Basti piuttosto rimarcare come la valutazione debba essere compiuta in concreto e caso per caso e che, nella valutazione della sussistenza di un adeguato *self-cleaning*, la stazione appaltante è chiamata ad esercitare un potere discrezionale, che deve essere coerente con il principio di proporzionalità. Il che implica proprio che si debba valutare se, in concreto, le misure adottate siano sufficienti sulla base della fattispecie complessiva in cui si situano¹¹. Pertanto, esemplificativamente, laddove sussistano le condizioni per l'accertamento e la quantificazione del

danno, l'operatore è tenuto a risarcirlo, mentre laddove tali condizioni non sussistano, perché il danno non è stato ancora quantificato o, addirittura, ne è incerta l'esistenza, non si potrà pretendere dall'operatore di provvedere ad un concreto risarcimento, essendo sufficiente l'assunzione dell'impegno a risarcire¹². Non per ultimo, si ricorda che anche l'ANAC ha riconosciuto, nelle proprie Linee Guida n. 6, la specifica rilevanza che il principio di proporzionalità assume rispetto all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante di valutare la permanente affidabilità dell'operatore. Ebbene, parrebbe a chi scrive che **un decreto penale di condanna opposto e come tale revocato**, sulla scorta di quanto argomentato dalla giurisprudenza sopra citata, **non potendo a monte essere utilizzato ai fini del giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico – perché *tamquam non esset* – non potrebbe neppure determinare l'adozione di misure di *self-cleaning* da parte dell'operatore economico**, perché, sempre a monte, neppure dovrebbe ritenersi integrata la fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del codice, perlomeno nel senso che il solo decreto penale di condanna, in quanto opposto e revocato, non costituisce un *“mezzo adeguato”*, mediante il quale la stazione appaltante possa dar prova della commissione di un grave illecito professionale. Lo stesso, peraltro, sarebbe a dirsi anche con riguardo alla fattispecie di cui alla lett. a) della medesima disposizione, poiché, qualunque sia l'infrazione commessa, la stessa, con il solo decreto penale di condanna non divenuto irrevocabile per effetto dell'opposizione, non risulterebbe *“debitamente accertata”*. Vero è che il legislatore ha attribuito alla stazione appaltante un ampio margine di apprezzamento nel valutare in concreto, con riguardo alla singola fattispecie, quali comportamenti costituiscano *“gravi illeciti professionali”*, tali da rendere – anche solo – *“dubbia”* l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico, potendo a riguardo rilevare *“ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa”*¹³. Tuttavia, non può negarsi che, dal punto di vista dell'operatore economico, aderente all'approccio garantista sposato dalla giurisprudenza,

(9) In tal senso: Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260; TAR Lazio, Roma, sez. II, 7 dicembre 2020, n. 13120.

(10) Ad esempio, la giurisprudenza assegna rilevanza centrale all'allontanamento dei soggetti dotati di poteri gestori che hanno posto in essere l'illecito professionale, perché è fondamentale che *“i soggetti già titolari di posizioni apicali (di rappresentanza, di gestione, di controllo) e coinvolti dalla vicenda penale vengano idoneamente estromessi da ogni carica sociale”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 598 cit.). Parimenti, sull'assunto secondo cui, in base al dato normativo interno ed eurounitario, è rilevante la condotta dell'operatore economico che, in presenza di un fatto di reato o di una condotta di illecito, dimostri di essersi, per un verso, adoperato per l'eliminazione, retrospettiva, del danno cagionato e, per altro verso, di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico ed organizzativo idonei a prevenire, pro futuro, la commissione di ulteriori reati o illeciti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158), la valenza dissociativa della misura è stata, ad esempio, ravvisata nei casi di revoca dell'incarico (di socio, amministratore, direttore tecnico) ovvero di dimissioni, così come nell'ipotesi di cessione delle quote di partecipazione da parte del soggetto interessato, il quale, quindi, risulterebbe estraniato dalla compagine dell'operatore economico. Rilievo è stato inoltre attribuito anche all'adozione di un modello di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. 231/2001.

(11) Cfr. TAR Piemonte, Torino, sez. I, 15 aprile 2021, n. 400.

(12) Così si esprime: TAR Lombardia, Milano, sez. I, 17 agosto 2021, n. 1936.

(13) Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 72.

non dovrebbero sussistere ragioni per implementare misure di *self-cleaning*.

Il problema però si pone nel momento in cui la stazione appaltante, considerati i fatti del reato contestato, verosimilmente in relazione all'oggetto dell'appalto in affidamento, si determini comunque nel senso dell'inaffidabilità dell'operatore in questione e quest'ultimo, forte della revoca del decreto e magari anche del principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza ex art. 27, comma 2, Cost. ("*l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*"), non si sia anticipatamente adoperato con adeguate misure. Non potendo infatti rimediare *ex post*, ad esempio a seguito dell'avvio del procedimento di valutazione ex art. 80 da parte della stazione appaltante (avendo le misure di *self-cleaning* valenza solo *pro futuro*), l'operatore economico medesimo si ritroverebbe inevitabilmente "pregiudicato", sempre, ovviamente, che la motivazione di esclusione fornita dall'amministrazione risulti ineccepibile.

Si ponga, ad esempio, il caso in cui il direttore tecnico di una società sia stato raggiunto da un decreto penale di condanna per violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nell'ambito di un precedente incarico di coordinamento della sicurezza in fase esecutiva. Il decreto, tempestivamente opposto, viene revocato e si instaura il procedimento ordinario, volto, nella prospettiva dell'imputato, ad escludere la relativa responsabilità. La società è tenuta ad attuare misure di *self-cleaning*? E se sì, quali? Se da un lato pare corretto che, dalla notifica del decreto all'imputato sino alla data della revoca dello stesso, l'operatore economico non indichi, nelle gare bandite in detto arco temporale, il soggetto coinvolto quale incaricato del ruolo di CSE, dall'altro lato potrebbe sorgere l'interrogativo se detta misura – più che altro precauzionale – debba permanere anche a seguito della revoca del decreto, con giudizio penale pendente. La questione non è certo di secondaria rilevanza per l'operatore concorrente in gare d'appalto con oggetto proprio l'affidamento – *inter alia* – del servizio di coordinamento della sicurezza in fase esecutiva. Anche infatti ammettendo che all'interno della società sussistano altri soggetti titolati a rivestire il ruolo di CSE, non è scontato che i medesimi posseggano le stesse referenze personali del direttore tecnico imputato, rilevando – ovviamente – la relativa mancanza laddove incidente sul livello qualitativo dell'offerta. Dato pe-

raltro i tempi di definizione del procedimento penale, la prolungata inibizione, pur inizialmente giustificata (perlomeno sino alla revoca del decreto), potrebbe in seconda battuta apparire in effetti eccessiva, non potendo neppure essere 'modulata' all'occorrenza in base al 'sentire' di volta in volta espresso dalla stazione appaltante, posto che – come detto – la misura dovrebbe essere pre-determinata rispetto alla partecipazione alla gara. I casi, naturalmente, possono essere i più vari e quello citato è semplicemente sintomatico del fatto che, soprattutto per l'operatore economico, sussistono ancora molte incertezze non chiarite dal dato normativo e, sotto certi aspetti, forse anche alimentate dal diritto vivente che, da una parte, sminuisce la rilevanza di un decreto penale di condanna opposto e revocato ai fini della valutazione di (in)affidabilità dell'operatore in questione, ma, d'altra parte, ribadisce con enfasi la discrezionalità della stazione appaltante nel prendere in considerazione "qualunque" mezzo suscettibile di far emergere anche solo il "dubbio" sull'integrità del concorrente.

Il fatto inoltre che il problema venga in un qual modo risolto a valle, addossando all'amministrazione oneri procedurali rafforzati in termini sia probatori che motivazionali, non risolve comunque a monte la questione che l'operatore economico si trova a dover affrontare:

- a) censurando radicalmente l'accaduto con applicazione di drastiche misure di *self-cleaning* (con buona pace del principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza);
- b) oppure, all'opposto, escludendo queste ultime per non ritenere sussistenti i relativi presupposti di applicazione.

Addirittura, l'operatore in questione potrebbe finanche persuadersi che la mera pendenza di un procedimento penale instaurato a seguito di opposizione a un decreto penale di condanna – con un capo di imputazione che pure attiene all'attività professionale svolta per committente pubblico, ma al di fuori delle ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 80 – non sia necessariamente da dichiarare, ove (anche) dal Casellario ANAC nulla risulti. A riguardo, si pensi pure all'ipotesi in cui l'operatore economico intenda procedere all'iscrizione in quello che ancora la prassi denomina "albo fornitori", a cui peraltro possono attingere anche diverse stazioni appaltanti, ovvero al relativo aggiornamento. Si consideri per

esempio, per rimanere nel contesto sopra tratteggiato, al caso in cui, ricadendosi nei settori speciali, l'ente aggiudicatore, che abbia provveduto all'istituzione dell'elenco di operatori economici, richieda ai fini della relativa iscrizione l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del codice. Fermo restando che in sede di gara – anche su invito – andrà comunque allegato il DGUE con tutte le dichiarazioni integrative pertinenti, la pendenza di *quel* procedimento penale (attivato a seguito dell'opposizione al decreto) andrà dichiarata *anche* ai fini dell'iscrizione all'albo fornitori o del relativo aggiornamento? Senza peraltro sottacere che se di quello stesso albo, come anticipato, si servissero in effetti diverse stazioni appaltanti, il discrezionale giudizio del principale ente aggiudicatore in ordine all'affidabilità o meno dell'operatore condizionerebbe pure gli altri enti. In tal caso, l'ente aggiudicatore parrebbe investito di una ancor più gravosa responsabilità decisionale, precludendosi di fatto agli ulteriori enti, facenti riferimento al medesimo albo, un'autonoma valutazione discrezionale della vicenda, in base all'evolversi di essa e in relazione alla singola gara, fermo restando che, come sopra spiegato per voce della giurisprudenza, il decreto penale di condanna, in quanto opposto e revocato, non potrebbe di per sé neppure attivare il giudizio in ordine all'affidabilità/integrità dell'operatore economico.

Anche qui, per quanto la giurisprudenza intenda escludere il filtro di una valutazione 'personale' dell'operatore economico in ordine alla rilevanza della condotta potenzialmente integrante un grave illecito professionale, è inevitabile un accorto scrutinio in presenza di un così elevato grado di aleatorietà, tenuto peraltro conto che il DGUE, completo di tutte le dichiarazioni, fornisce correttamente un'istantanea della situazione in cui versa l'operatore economico alla data di presentazione dell'offerta, mentre quanto dichiarato ai fini dell'iscrizione all'albo, che dovrebbe avere una valenza temporale più estesa, non è in grado di filmare la mutevole situazione in base all'evolversi della vicenda penale, gravando l'operatore di continui aggiornamenti con appesantimento anche della procedure amministrative. L'incertezza giuridica – quantomeno per l'indefinitezza normativa – associata alla 'meccanosità' del sistema forgiato in prassi, per cui a fronte della dichiarazione del procedimento penale in corso potrebbe seguire la richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante, con lungaggine dei tempi per l'iscrizione all'albo

o per la conferma del relativo mantenimento, talora anche pregiudicante eventuali inviti da parte di altri enti che attingono dal medesimo albo, indubbiamente disincentiva l'operatore economico nell'anticipare la dichiarazione integrativa che dovrà comunque già fornire in sede di gara.

5. La mancata dichiarazione e la valutazione della stazione appaltante

La determinazione dell'operatore economico circa il corretto assolvimento dell'onere dichiarativo, nell'assenza di un disposto normativo chiaro, passa anche attraverso la conoscenza dei margini di discrezionalità della stazione appaltante, partendo dal presupposto che, quand'anche la fattispecie da dichiarare assumesse i contorni di un "grave illecito professionale", non sussiste l'automatismo espulsivo proprio del comma 1 dell'art. 80 del codice.

Come già anticipato, infatti, l'art. 80, comma 5, d.lgs. 50/2016 impone alla stazione appaltante, nella sussunzione del caso concreto nel concetto giuridico indeterminato del "grave illecito professionale", un particolare rigore probatorio e motivazionale, segnatamente qualora intenda escludere un concorrente in presenza di una fattispecie di rilevanza penale in ordine alla quale difetti l'accertamento definitivo. Dunque, l'eventuale atto di esclusione non potrebbe essere motivato unicamente mediante il riferimento al procedimento penale ovvero al mero titolo di reato contestato, dovendo la decisione amministrativa essere corredata da un'analisi puntuale circa la significatività in concreto dei fatti contestati¹⁴. In particolare, la giurisprudenza precisa che i predetti oneri procedurali rafforzati, in termini sia probatori che motivazionali, giustificati dal fatto che la norma introduce "una eccezionale deroga

(14) TAR Lazio, Roma, sez. I, 2 novembre 2021, n. 11219, con riguardo ad un caso in cui la disposta esclusione era stata motivata *sic et simpliciter* dalla mera pendenza del giudizio penale di primo grado a carico del direttore tecnico della società e dal quale l'amministrazione aveva appunto ritratto l'esistenza del rischio di inaffidabilità dell'operatore. Nel senso che l'amministrazione deve supportare il provvedimento espulsivo di un'adeguata istruttoria e di una congrua motivazione, cfr.: TAR Lombardia, Milano, sez. I, 24 luglio 2019, n. 1737; Id., 18 aprile 2019, n. 897; TAR Lazio, Roma, sez. I, 4 marzo 2019, n. 2771.

*al principio di tassatività delle clausole di esclusione*¹⁵, sono da intendere in modo ancora più rigoroso ove l'accertamento dell'illecito sia ancora *sub judice*¹⁶.

Coerentemente, dunque, qualora a monte venisse a mancare la dichiarazione relativa al procedimento penale pendente, non potrebbe neppure invocarsi la lett. *f-bis* del comma 5 del medesimo art. 80, essendo in giurisprudenza incontestato che detta mancanza non rientri tra le ipotesi di esclusione automatica. E infatti, detta norma presuppone la falsità – sì, anche in via omissiva, ma – della dichiarazione di circostanze specifiche “*facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione secondo la normativa vigente*”, non rilevando invece nel caso in cui la valutazione della gravità e dell'importanza del fatto sia rimessa alla stazione appaltante, come quello che qui occupa¹⁷. Piuttosto, l'omissione dichiarativa – equiparata alla resa, anche per negligenza, di informazioni false o fuorvianti – è espressamente contemplata, oggi, tra le fattispecie di cui alla lett. *c-bis* del citato comma 5, con riguardo alle quali – come precisato dalla Plenaria (v. *infra*) – è escluso l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo *ex lett. f-bis*. Conseguentemente, l'amministrazione dovrà stabilire se l'operatore economico abbia omissso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità.

In tale prospettiva, si ricorda peraltro che “*la dichiarazione mancante non potrebbe essere apprezzata in quanto tale, dovendo essere, volta a volta, valutate le circostanze taciute, nella prospettiva della loro idoneità a dimostrare l'inaffidabilità del concorrente*”¹⁸.

Più specificatamente, la giurisprudenza anche molto recente, in applicazione dei principi dettati dall'Adunanza Plenaria in tema di perimetrazione degli obblighi dichiarativi (v. Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto

2020, n. 16), sottolinea come, con riguardo alle ipotesi contemplate (oggi) *sub lett. c-bis* del citato comma 5 dell'art. 80, nelle quali rientrano tutte le omissioni di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, non sussiste l'automatismo espulsivo proprio dell'ipotesi residuale del falso dichiarativo di cui alla lett. *f-bis*, essendo sempre rimessa alla stazione appaltante la valutazione sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico alla luce della circostanza omissa. L'ampia discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante in termini di individuazione delle condotte integranti gravi illeciti professionali trova poi un limite nella motivazione del provvedimento in cui dovrà essere dato adeguato conto dell'iter logico-giuridico seguito e presuppone comunque il vaglio di rilevanza dell'omissione in considerazione della fisiologica indeterminatezza delle fattispecie cui è ancorata¹⁹. Sulla necessità del concreto vaglio delle informazioni eventualmente omesse in caso di condanne penali non tipizzate quali cause escludenti, recentemente, ancora si è espressa la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 14 giugno 2021, n. 4574, ove pianamente si precisa che “*venuta a conoscenza della mancata informativa, la stazione appaltante potrà escludere dalla gara il concorrente reticente solo dopo aver accertato, mediante il discrezionale apprezzamento di tutte le circostanze del caso, che l'omissione dichiarativa costituisca prova del fatto che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi*

(15) Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 72 cit., richiamata anche da: TAR Lazio, Roma, sez. II, 9 dicembre 2020, n. 13237.

(16) Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 20 aprile 2018, n. 252.

(17) Cons. Stato, sez. III, 23 agosto 2018, n. 5040, richiamata da: TAR Lazio, Roma, sez. II, 9 dicembre 2020, n. 13237, cit.

(18) Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2332.

(19) TAR Piemonte, Torino, sez. I, 2 dicembre 2021, n. 1108, con riguardo ad un caso in cui il provvedimento di esclusione è apparso viziato per difetto di motivazione atteso che, ferma restando la potenziale rilevanza della condanna non menzionata, non è stata adeguatamente motivata l'incidenza dell'omissione dichiarativa sia sul processo valutativo della stazione appaltante, sia sulla permanenza dei requisiti di integrità ed affidabilità in capo al costituendo RTI, né sono stati valutati l'esiguità della condanna, il tempo trascorso e/o le misure di *self-cleaning* pure dedotte. I chiarimenti forniti, nonché gli strumenti in concreto adottati da parte dell'operatore economico, non hanno dunque trovato riscontro alcuno nella motivazione del provvedimento di esclusione. Ferma quindi restando l'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione in materia, il TAR ha ritenuto che la stessa avesse circoscritto l'impianto motivazionale alla sola omissione dichiarativa della condanna, applicando di fatto un indebito automatismo espulsivo. Il ricorso, pertanto, è stato accolto alla luce del dedotto vizio di motivazione del provvedimento di esclusione.

illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”.

In altri termini, la valutazione sulla sussistenza di “*gravi illeciti professionali*” desumibili da “*mezzi adeguati*” compete all’amministrazione, la quale è chiamata all’uopo – in caso di illecito comunicativo – ad apprezzare senz’altro quella condotta dichiarativa (in termini di omissione, reticenza o mendacio²⁰) del concorrente. Tuttavia, “*nel far ciò, non potrà esimersi dal soppesare nel merito i singoli, pregressi episodi, dei quali l’operatore si è reso protagonista, e da essi dedurre, in via definitiva, la possibilità di riporre fiducia nell’operatore economico ove si renda aggiudicatario del contratto d’appalto*”²¹.

In conclusione, il canone alla cui stregua la stazione appaltante deve esprimere il proprio motivato giudizio sull’ammissione del concorrente resta quello della “*integrità o affidabilità*” dell’operatore: per questo, **non solo i profili della condotta dichiarativa endoprocedurale in sé, ma anche quelli inerenti il fatto non adeguatamente dichiarato rientrano nell’oggetto dell’apprezzamento di competenza dell’amministrazione**²².

6. Conclusioni

Dal quadro che precede emergono alcuni punti fermi, attinenti più che altro ai parametri di valutazione della stazione appaltante, ove chiamata a determinarsi in ordine:

- ad una dichiarazione ‘integrativa’, allegata al DGUE, concernente la pendenza di un procedimento pe-

(20) Secondo la declinazione giurisprudenziale, “*v’è omessa dichiarazione quando l’operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come ‘grave illecito professionale’; v’è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell’ottica dell’affidabilità del concorrente. Infine, la falsa dichiarazione consiste in una immutatio veri; ricorre, cioè, se l’operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero*” (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307; Id., 12 aprile 2019, n. 2407; Id. 22 luglio 2019, n. 5171; Id., 28 ottobre 2019, n. 7387; Id., 13 dicembre 2019, n. 8480; Id., 17 marzo 2020, n. 1906; Id., 12 maggio 2020, n. 2976).

(21) Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407.

(22) Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1542.

nale, conseguente al rinvio a giudizio per opposizione a decreto penale di condanna a carico di uno dei soggetti di cui al comma 3 dell’art. 80, con imputazione di reato diverso da quelli menzionati al comma 1 del medesimo articolo;

- ovvero alla relativa omissione dichiarativa.

Nel primo caso, l’amministrazione sarà tenuta a verificare l’eventuale sussistenza di un grave illecito professionale *tale* da minare l’affidabilità dell’operatore economico ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), non potendo però considerare quale *mezzo adeguato* di prova il decreto penale di condanna che, in quanto opposto e revocato con il rinvio a giudizio, è “*come se non esistesse*”. La medesima valutazione si ha comunque anche nel secondo caso, non potendo l’omissione dichiarativa, colta dalla stazione appaltante ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c-bis), essere apprezzata in quanto tale, stante l’esigenza di valutare anche le circostanze taciute nella prospettiva della loro idoneità a dimostrare l’inaffidabilità dell’operatore. In entrambi i casi è comunque pacificamente escluso l’operare di alcun automatismo espulsivo, ricadendo per contro sulla stazione appaltante oneri procedurali, in termini sia probatori che motivazionali, *doppiamente* ‘rafforzati’, per essere il contestato illecito ancora *sub iudice* e non oggetto di condanna, e neppure di condanna non definitiva (perché il decreto è stato revocato).

A riassunto delle conclusioni cui si è giunti, si segnalano altresì i **pareri di precontenzioso dell’ANAC**, di cui alle **delibere n. 1050 e n. 1051 del 2 dicembre 2020**, secondo cui: “*l’omessa dichiarazione di un rinvio a giudizio non comporta l’esclusione automatica dell’operatore economico, perché non rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. n. 50/2016 ma è riconducibile all’art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50/2016. Anche in assenza di un obbligo informativo previsto dalla lex specialis, tale omissione rileva quale ‘omissione di una informazione dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione’ di cui all’art. 80, comma 5, lett. c-bis) quando riguarda il rinvio a giudizio per reati che, per gravità, fondatezza e pertinenza, sono evidentemente idonei ad incidere sul giudizio di moralità e affidabilità dell’operatore economico. La valutazione dell’idoneità dell’omessa dichiarazione di un rinvio a giudizio a rendere dubbia l’integrità o l’affidabilità*

dell'operatore economico deve essere svolta in concreto dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità".

Come già colto, dunque, il diritto positivo e vivente offre presidi di tutela 'a valle', lasciando però aperta 'a monte' la questione dell'atteggiarsi dell'obbligo ovvero dell'onere dichiarativo in capo all'operatore, il quale, pure di fronte all'indeterminatezza legislativa, si vede in un qual modo privato della capacità di filtro valutativo in ordine alla "gravità, fondatezza e pertinenza" dei reati – non tipizzati come causa automati-

ca di esclusione – che gli sono contestati. E ciò ai fini dichiarativi, nella fase squisitamente pubblicistica della procedura di affidamento, con relativizzazione del principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza. Non si può quindi che prender atto che, nel bilanciamento di interessi, l'imposizione (indotta ancorché non positivamente prescritta) di dichiarare *qualunque* procedimento penale pendente è a tutto beneficio dell'amministrazione, la cui (privatistica) autonomia negoziale trova anticipata garanzia nella fase (pubblicistica) di gara.