

Numero 01575/2021 e data 30/09/2021 Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 15 settembre 2021

NUMERO AFFARE 00019/2020

OGGETTO:

Presidenza del consiglio dei ministri- Dipartimento della Funzione Pubblica.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dal signor -OMISSIS- contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri- Dipartimento della Funzione Pubblica e il Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione, per l'annullamento dei seguenti atti: 1) provvedimento prot. n. 53609 del 25-9-2017, recante la cancellazione dall'Elenco nazionale degli Organismi indipendenti di valutazione (OIV) del dott. -OMISSIS-; 2) provvedimento inviato il 15-9-2017 dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, recante la verifica sull'effettivo possesso dei requisiti e sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive contenute nelle domande di iscrizione nell'Elenco nazionale degli Organismi indipendenti di valutazione

(art. 3, comma 4, D.M. 2-12-2016), con riferimento “*alla circostanza di non aver riportato condanne penali e non essere destinatario di provvedimenti giudiziari iscritti nel casellario giudiziale*”; 3) ove occorrer possa, provvedimento inviato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la Funzione pubblica al dott. -OMISSIS- il 28-9-2017, recante la verifica sull’effettivo possesso dei requisiti e sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive contenute nelle domande di iscrizione, con riferimento “*alla circostanza di non aver riportato condanne nei giudizi di responsabilità contabile e amministrativa per danno erariale*”; 4) in via subordinata, decreto del 2 dicembre 2016 con cui la Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione Pubblica, ha istituito l’Elenco nazionale dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione della performance, ove il relativo articolo 2 fosse interpretato nel senso di escludere la partecipazione di soggetti che abbiano riportato condanne penali per reati ormai estinti.

LA SEZIONE

Vista la relazione, trasmessa con nota DFP 0078704 P-4.17.1.26 del 17/12/2019, con la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento della Funzione Pubblica ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il parere interlocutorio della Sezione n. 749/2021 del 19-4-2021, reso nell’adunanza del 24-3-2021;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Francesco Mele;

Premesso:

Con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, notificato il 13-12-2017, il dottor -OMISSIS- ha impugnato i seguenti atti: 1)

provvedimento prot. n. 53609 del 25-9-2017, recante la cancellazione dall'Elenco nazionale degli Organismi indipendenti di valutazione (OIV) del dott. -OMISSIS-; 2) provvedimento inviato il 15-9-2017 dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, recante la verifica sull'effettivo possesso dei requisiti e sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive contenute nelle domande di iscrizione nell'Elenco nazionale degli Organismi indipendenti di valutazione (art. 3, comma 4, D.M. 2-12-2016), con riferimento "*alla circostanza di non aver riportato condanne penali e non essere destinatario di provvedimenti giudiziari iscritti nel casellario giudiziale*"; 3) ove occorrer possa, provvedimento inviato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la Funzione pubblica al dott. -OMISSIS- il 28-9-2017, recante la verifica sull'effettivo possesso dei requisiti e sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive contenute nelle domande di iscrizione, con riferimento "*alla circostanza di non aver riportato condanne nei giudizi di responsabilità contabile e amministrativa per danno erariale*"; 4) in via subordinata, decreto del 2 dicembre 2016 con cui la Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione Pubblica, ha istituito l'Elenco nazionale dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione della performance, ove il relativo articolo 2 fosse interpretato nel senso di escludere la partecipazione di soggetti che abbiano riportato condanne penali per reati ormai estinti.

Egli ne ha dedotto l'illegittimità e ne ha chiesto, pertanto, l'annullamento.

Il ricorrente ha esposto di avere presentato, in data 22-2-2017, domanda per l'iscrizione nell'Elenco nazionale dei componenti degli Organismi Indipendenti di Valutazione, dichiarando di essere in

possesso di tutti i requisiti richiesti dal decreto istitutivo del 2-12-2016.

Ha evidenziato che l'Amministrazione, in data 15-9-2017, gli notificava provvedimento recante la verifica sull'effettivo possesso dei requisiti e sulla veridicità delle dichiarazioni rese, rilevando che, contrariamente a quanto dichiarato, egli aveva riportato *“la condanna di cui alla sentenza emessa dal GIP della Pretura di Latina in data 17-12-1993 e divenuta irrevocabile il 27-1-1994”*, chiedendo la presentazione di proprie comunicazioni in merito.

Ha lamentato che, nonostante nella propria memoria del 18-9-2017 egli avesse esaurientemente spiegato le ragioni del disguido, la Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione Pubblica, in data 25-9-2017, gli notificava il provvedimento di cancellazione dall'Elenco nazionale nel quale nelle more egli era stato iscritto.

Ha, inoltre, evidenziato che, successivamente all'adozione del provvedimento di cancellazione, l'Amministrazione, in data 28-9-2017, gli notificava altro provvedimento di verifica del possesso dei requisiti dichiarati (impugnato a meri fini cautelativi e per quanto occorrer possa, con riserva di presentazione di motivi aggiunti avverso ulteriori provvedimenti che fossero nelle more adottati), contestandogli la mancata veridicità della dichiarazione relativa alla circostanza di *“non aver riportato condanne nei giudizi di responsabilità contabile e amministrativa per danno erariale”*, dovuta alla presunta sentenza di condanna di cui alla sentenza n. 26/2004 della prima sezione centrale di appello della Corte dei Conti. In relazione ad esso egli, in data 2-10-2017, presentava le proprie deduzioni, rilevando che con la prefata decisione il giudice di appello non aveva emesso

alcuna sentenza di condanna, in quanto il giudizio veniva estinto per cessazione della materia del contendere.

A sostegno del gravame il ricorrente propone i seguenti motivi di ricorso.

Con il primo motivo lamenta: Violazione di legge: violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 10 della legge n. 241/1990- violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del decreto 2-12-2016- violazione e falsa applicazione dei principi derivanti dall'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. – violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere in alcune delle sue tipizzate figure sintomatiche: travisamento di atti e di fatti, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, sviamento, manifesta ingiustizia e difetto di proporzionalità.

Egli deduce in primo luogo la carenza di qualsiasi motivazione che giustifichi la determinazione di cancellazione assunta dall'amministrazione, evidenziando la violazione dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 e dei principi di trasparenza e buona amministrazione.

Sottolinea in proposito che il Dipartimento non aveva tenuto in minimo conto le osservazioni dallo stesso articolate a seguito dell'invito rivoltagli, con il quale si contestava la non veridicità delle dichiarazioni rese; in tal modo violando l'obbligo di confutazione delle argomentazioni addotte, in quanto la p.a. non può omettere il loro richiamo nella motivazione, dovendo specificare le ragioni per le quali esse non sono risultate sufficienti ad evitare l'emanazione del provvedimento lesivo.

Il provvedimento di cancellazione risulterebbe, pertanto, affetto da vizio motivazionale, in quanto da esso non è possibile rinvenire

alcun elemento relativo al confronto costruttivo impostato da esso ricorrente.

Il dott. -OMISSIS- rileva, altresì, l'illegittimità del provvedimento nel merito, in relazione alla ritenuta causa di cancellazione, consistente nella mancata veridicità della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito del *“non aver riportato condanne penali e non essere destinatario di provvedimenti giudiziari iscritti nel casellario giudiziale”*, in quanto dai controlli eseguiti dall'amministrazione era risultata l'iscrizione della condanna di cui alla sentenza del GIP della Pretura di Latina in data 17-12-1993, divenuta irrevocabile il 27-1-1994.

Evidenzia che le ragioni della omessa dichiarazione della condanna rendono palese l'illegittimità del provvedimento di cancellazione.

La condanna risale a ben 24 anni prima ed è stata emessa per reati contravvenzionali, utilizzando l'istituto del patteggiamento di cui all'articolo 444 c.p.p., evidenziando che, ai sensi del successivo articolo 445 c.p.p., esso comporta l'applicazione del beneficio della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale quando la pena inflitta non sia superiore a due anni.

I certificati dallo stesso richiesti, pertanto, non riportavano l'annotazione di alcuna condanna, inducendo esso ricorrente a ritenere che il reato si fosse ormai estinto.

Infatti, lo stesso articolo 445 c.p.p. prevede, per i reati contravvenzionali con pena non superiore ai due anni, l'estinzione degli stessi, ove l'imputato nel termine di due anni non commetta un delitto o una contravvenzione della stessa indole, determinandosi altresì l'estinzione di ogni effetto penale.

Il ricorrente sottolinea che nei diversi casi in cui la legge prevede simili oneri dichiarativi è sempre prevista l'esclusione del suddetto

obbligo per reati per i quali sia intervenuta la riabilitazione ovvero l'estinzione, come previsto in materia di appalti dall'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016.

Non sarebbe ragionevole richiedere di dichiarare situazioni che, per espressa previsione legislativa, non rilevano più ai fini dell'affidabilità e dell'integrità morale del partecipante.

Ciò anche quando non sia ancora intervenuta la declaratoria di estinzione del reato emessa dal giudice penale, dovendosi in un'ottica sostanzialistica apprezzare l'esistenza dei requisiti di partecipazione ed essendo comunque la pronuncia del giudice penale meramente dichiarativa di un effetto estintivo già verificatosi.

I suddetti elementi- a dire del ricorrente – portano a considerare la sussistenza dei requisiti richiesti dal d.m. e, dunque, l'illegittimità del provvedimento di esclusione ovvero dell'articolo 2 del bando, ove interpretato nel senso di ritenere obbligatoria la dichiarazione anche dei precedenti penali per i quali sia intervenuta la riabilitazione o l'estinzione.

Vi sarebbero, pertanto, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, carenza dei presupposti, difetto di proporzionalità e sviamento.

Con il secondo motivo il dott. -OMISSIS- lamenta: Violazione di legge: violazione e falsa applicazione dell'articolo 3 della legge n. 241/1990- violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del decreto 2-12-2016- violazione e falsa applicazione dei principi derivanti dall'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. – violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere in alcune delle sue tipizzate figure sintomatiche: travisamento di atti e di fatti, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, difetto di

motivazione, sviamento, manifesta ingiustizia e difetto di proporzionalità.

Egli censura con tale motivo, ove occorrer possa e solo a fini cautelativi, l'illegittimità della ulteriore contestazione relativa alla mancata veridicità della dichiarazione resa nella domanda di partecipazione in ordine alla circostanza di *“non aver riportato condanne nei giudizi di responsabilità contabile e amministrativa per danno erariale”*, con riferimento alla condanna riscontrata nella sentenza n. 26/2004 emessa dalla prima sezione centrale d'appello della Corte dei Conti.

Evidenzia, come segnalato già in sede procedimentale, che il suddetto rilievo è frutto di un evidente travisamento dei fatti e dei presupposti, in quanto dalla lettura della prefata sentenza emerge che egli non è stato destinatario di alcuna pronuncia di condanna, essendosi il relativo giudizio conclusosi con una declaratoria di cessazione della materia del contendere. La sentenza di condanna di primo grado non risulta, pertanto, essere stata confermata dal giudice di appello, che ha dichiarato la cessazione della materia del contendere.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica, con nota DFP 0078704 P-4.17.1.26 del 17-12-2019, ha trasmesso la prescritta relazione, chiedendo a questo Consiglio di Stato l'espressione del parere.

L'autorità referente ha espresso l'avviso che il ricorso debba essere respinto in quanto infondato.

Con parere interlocutorio n. 749/2021 del 19-4-2021, reso nell'adunanza del 24-3-2021, la Sezione ha disposto incumbenti istruttori a garanzia del contraddittorio, disponendo la trasmissione

della relazione dell'Amministrazione al ricorrente per la eventuale presentazione di repliche o osservazioni.

Il dott. -OMISSIS- ha presentato memoria datata 19-6-2021, con la quale, rendendo articolate argomentazioni, ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

Considerato:

Il Collegio ritiene di dover esaminare preliminarmente il secondo mezzo di gravame e, dunque, l'impugnazione dell'atto inviato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ufficio per la valutazione della performance al dott. -OMISSIS- il 28-9-2017, nel quale è stato comunicato che *“Dai controlli in merito alla circostanza di non aver riportato condanne nei giudizi di responsabilità contabile e amministrativa per danno erariale, è emerso, difformemente da quanto indicato nella domanda di iscrizione, che la S.V. ha riportato la condanna di cui alla sentenza n. 26/2004 emessa dalla prima sezione centrale d'Appello della Corte dei Conti. L'accertata non veridicità della dichiarazione, con riguardo ai citati requisiti richiesti comporta i dovuti adempimenti a carico della scrivente amministrazione in ordine a quanto disposto dall'articolo 76 del decreto del presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Eventuali comunicazioni in merito dovranno essere inviate, entro cinque, giorni dal ricevimento della presente, al seguente indirizzo di posta elettronica certificata...”*.

Il ricorso è per tale parte inammissibile.

Rileva in proposito la Sezione che la nota di cui innanzi si atteggia a mero atto procedimentale, costituente avviso di avvio del procedimento di cancellazione, come è reso evidente dalla prevista possibilità di presentare osservazioni alla contestazione resa.

Esso, dunque, non costituisce provvedimento conclusivo del procedimento né atto di cancellazione, ma unicamente l'esposizione

di una ragione che, a giudizio dell'amministrazione, comporta la cancellazione dall'albo, in attesa di una determinazione finale che verrà adottata all'esito dell'eventuale apporto partecipativo del privato.

Orbene, costituisce costante affermazione giurisprudenziale che il mero atto endoprocedimentale non è autonomamente impugnabile, ma lo è solo quando il procedimento si sia concluso e sia intervenuto il provvedimento finale, il quale, con valenza esterna e con incidenza definitiva sulla posizione giuridico-soggettiva del privato, abbia fatto proprie e confermate le ragioni della determinazione amministrativa già esposte nell'avviso di avvio del procedimento.

Nella specie, è da escludersi, al di là di ogni valutazione in ordine ai contenuti ed alla portata della sentenza della Corte dei Conti, che l'omessa dichiarazione della stessa, da parte del ricorrente nella domanda di iscrizione, abbia determinato il provvedimento di cancellazione dall'albo.

Vi è, invero, da considerare che il provvedimento di cancellazione risulta essere stato adottato dall'Amministrazione con atto prot. n. 53609 del 25-9-2017, mentre l'atto di contestazione dell'avvenuta condanna da parte della Corte dei Conti con possibilità di produrre osservazioni è stato inviato al ricorrente solo successivamente, il 28-9-2017, quando il procedimento si era già concluso con l'adozione del provvedimento di cancellazione.

Deve, dunque, ritenersi che quest'ultimo risulti fondato in via esclusiva sulla non veridicità della dichiarazione in relazione alla condanna di cui alla sentenza emessa dal GIP di Latina in data 17-12-1993 e non anche con riferimento alla sentenza della Corte dei Conti, in relazione alla quale la contestazione di non veridicità della

dichiarazione è avvenuta solo successivamente all'adozione del provvedimento finale.

Le suddette considerazioni trovano conferma nella relazione redatta sulla vicenda dall'Ufficio per la valutazione della performance, laddove si legge, dopo aver dato atto che alla contestazione relativa alla condanna penale il dott. -OMISSIS- aveva controdedotto con memoria del 18-9-2017, che *“Sulla base di quest’unico riscontro fornito il Dipartimento non poteva che comunicare in data 25-9-2017 al ricorrente il provvedimento di cancellazione dall’Elenco nazionale degli OIV, non potendo entrare nel merito della vicenda processuale di eliminazione dell’iscrizione dal casellario della condanna tra l’altro non ancora avviata”*; precisandosi, altresì, che *“lo scrivente Ufficio, a seguito di quanto rappresentato dalla Corte dei Conti, non ha tuttavia concluso il procedimento dando comunicazione al ricorrente degli esiti, avendo, peraltro, già disposto la cancellazione dall’Elenco in base al provvedimento di condanna iscritta nel casellario giudiziale”*.

Trattandosi, pertanto, di atto endoprocedimentale allo stato non lesivo in quanto non posto a supporto della determinazione conclusiva del procedimento, il ricorso avverso lo stesso proposto deve ritenersi inammissibile.

Può a questo punto passarsi all'esame del ricorso straordinario nella parte in cui impugna, in uno all'articolo 2 del DM del 2-12-2016, il provvedimento di cancellazione dall'albo, prot. n. 53609 del 25-9-2017, assunto come sopra evidenziato, sulla base della omessa dichiarazione della condanna penale del GIP di Latina del 17-12-1993, per i reati di cui all'articolo 20 della legge n. 47/1985 e di violazione delle disposizioni urgenti per la tutela di zone di particolare interesse ambientale di cui alla legge n. 431 del 1985.

Il ricorso per tale parte non è meritevole di accoglimento.

L'articolo 2 del decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione (rubricato "Requisiti di competenza, esperienza e integrità") dispone al comma 1, che "L'iscrizione nell'Elenco Nazionale può essere chiesta esclusivamente dai soggetti in possesso dei seguenti requisiti: a) generali: 1. essere cittadino italiano o di uno degli Stati membri dell'Unione Europea; 2. godere dei diritti civili e politici; 3. non aver riportato condanne penali e non essere destinatario di provvedimenti giudiziari iscritti nel casellario giudiziale. Le cause di esclusione di cui al presente numero operano anche nel caso in cui la sentenza definitiva disponga l'applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale; [...]".

Il successivo articolo 3 prevede, al comma 4, che "Il Dipartimento effettua i controlli, anche a campione, sull'effettivo possesso dei requisiti di cui all'articolo 2 nonché sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive contenute nella domanda di iscrizione o di rinnovo. La verifica di non veridicità della dichiarazione con riguardo ai requisiti richiesti comporta la mancata iscrizione o l'immediata cancellazione dall'Elenco, ferme restando le sanzioni penali previste dall'articolo 76 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445".

Dal chiaro disposto delle norme sopra riportate emerge che nell'Elenco nazionale non possono essere iscritti (o, se già iscritti, debbono esserne cancellati) i soggetti che hanno riportato sentenze penali definitive di condanna, anche in base all'istituto del patteggiamento, ossia della applicazione della pena su richiesta della parte.

Il generale riferimento al "non aver riportato condanne penali" evidenzia l'irrilevanza della natura del reato commesso (delitto o contravvenzione) nonché dell'epoca, anche risalente, della condanna.

Di poi, il dettato normativo non attribuisce rilevanza ai reati estinti, non essendovi alcun riferimento, ai fini della sussistenza comunque del requisito di iscrizione, a tali reati.

La Sezione ritiene, in relazione alla peculiarità e alla delicatezza dei compiti attribuiti agli Organismi indipendenti di valutazione, che le suddette disposizioni siano legittime.

Va in proposito considerato l'articolo 14 del decreto legislativo 27-10-2009, n. 150 (rubricato “*Organismo indipendente di valutazione della performance*”).

Il comma 2 stabilisce che esso sostituisce i servizi di controllo interno, mentre il comma 4 gli attribuisce i seguenti compiti: “*a) monitora il funzionamento complessivo del sistema della valutazione, della trasparenza e integrità dei controlli interni ed elabora una relazione annuale sullo stato dello stesso, anche formulando proposte e raccomandazioni ai vertici amministrativi; b) comunica tempestivamente le criticità riscontrate ai competenti organi interni di governo ed amministrazione, nonché alla Corte dei Conti e al Dipartimento della funzione pubblica; c) valida la relazione sulla performance di cui all'articolo 10...; d) garantisce la correttezza dei processi di misurazione e valutazione, con riferimento alla significativa differenziazione dei giudizi di cui all'articolo 9, comma 1, lettera d), nonché dell'utilizzo dei premi di cui al Titolo III, secondo quanto previsto dal presente decreto, dai contratti collettivi nazionali, dai contratti integrativi, dai regolamenti interni all'amministrazione, nel rispetto del principio di valorizzazione del merito e della professionalità; e) propone, sulla base del sistema di cui all'articolo 7, all'organo di indirizzo politico-amministrativo, la valutazione annuale dei dirigenti di vertice e l'attribuzione ad essi dei premi di cui al Titolo III; f) è responsabile della corretta applicazione delle linee guida, delle metodologie e degli strumenti predisposti dal Dipartimento della funzione pubblica [...]*”.

Come correttamente evidenziato dall'Amministrazione referente, poi, il decreto legislativo n. 33/2013 e la legge n. 190/2012 hanno assegnato agli OIV ulteriori funzioni in materia di trasparenza e di contrasto ai fenomeni corruttivi all'interno delle pubbliche amministrazioni.

In particolare, l'articolo 1, comma 7, della legge n. 190/1992 prevede che *“Il Responsabile della prevenzione della corruzione segnala all'organismo indipendente di valutazione le disfunzioni inerenti all'attuazione delle misure in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza”*, prevedendosi che *“L'Organismo medesimo riferisce all'Autorità nazionale anticorruzione sullo stato di attuazione delle misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza”* (comma 8 bis).

Osserva, dunque, il Collegio, in considerazione dell'attribuzione agli OIV di molteplici e delicate funzioni di controllo che attengono al funzionamento delle pubbliche amministrazioni, al corretto utilizzo delle risorse pubbliche ed alla prevenzione ed al contrasto dei fenomeni di corruzione, che le previsioni del decreto ministeriale impugnato risultino legittime e proporzionate, anche con riferimento agli obblighi dichiarativi imposti, i quali devono essere adempiuti da soggetti aspiranti “controllori” in maniera puntuale, completa e veridica, derivandone altrimenti l'esclusione o la cancellazione dall'Elenco.

Non può, invero, predicarsi l'applicabilità al procedimento di iscrizione nell'Elenco Nazionale dei componenti degli Organismi di valutazione delle disposizioni dettate dal Codice dei contratti pubblici, laddove prevede che non può costituire motivo di esclusione la condanna penale *“quando il reato è stato dichiarato estinto”* dopo la condanna.

Ed, invero, non trattasi nella specie di valutare la moralità e l'affidabilità di un soggetto mero esecutore di opera pubblica, ma bensì di un "controllore" nell'ambito di funzioni che attengono al funzionamento ed all'attività complessiva delle pubbliche amministrazioni, per il cui esercizio è ragionevole imporre requisiti più stringenti rispetto a quanto avviene in materia di partecipazione a procedure di appalto o concessioni.

Rileva, peraltro, la Sezione che, anche a voler accedere alla tesi sostanzialistica propugnata dal ricorrente e ritenere sussistente il requisito di partecipazione in presenza di condanna per reato estinto, il predetto requisito può ritenersi presente solo quando l'estinzione sia stata dichiarata dal giudice penale.

Va in proposito in primo luogo evidenziato che la disposizione del Codice dei contratti pubblici invocata dal ricorrente espressamente richiede, ai fini dell'insussistenza del motivo di esclusione dalla procedura a cagione della condanna penale, l'avvenuta dichiarazione di estinzione del reato.

Il comma 3 dell'articolo 80 del decreto legislativo 18 aprile 2016, invero, dispone che *"l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima"*.

Di poi, deve essere richiamata la prevalente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, condivisa dal Collegio (cfr. Cons. Stato, III, 5-3-2020, n. 1269; III, 13-2-2020, n. 1174; V, 12-12-2018, n. 7025; V, 28-8-2017, n. 4077; V, 15-3-2017, n. 1172; III, 5-10-2016, n. 4148; V, 30-11-2015, n. 5403), secondo cui, ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, l'estinzione del reato (che consente di non dichiarare

l'emanazione del relativo provvedimento di condanna), sotto il profilo giuridico, non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, che è l'unico soggetto al quale l'ordinamento attribuisce il compito di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria; con la conseguenza che, fino a quando non intervenga tale provvedimento giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di reato estinto e il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione dell'intervenuta condanna.

Va, invero, evidenziato che l'estinzione- come chiaramente si evince dal disposto dell'articolo 445 c.p.p.- non consegue al mero decorso del tempo, ma anche alla mancata commissione di ulteriori reati, per cui l'attività di accertamento del giudice penale non è in alcun modo surrogabile.

Diversamente opinando e ritenendo inoperante l'obbligo della dichiarazione della condanna nella domanda di iscrizione a prescindere dal provvedimento del giudice penale, si riconoscerebbero in capo all'amministrazione compiti di verifica che non le appartengono, assegnando in tal modo ad essa funzioni di competenza dell'autorità giurisdizionale.

Sulla base delle considerazioni sopra svolte, dunque, deve ritenersi che il requisito di partecipazione del *“non aver riportato condanne penali e non essere destinatario di provvedimenti giudiziari iscritti nel casellario giudiziale”* non sussistesse alla data di presentazione, da parte del ricorrente, della domanda di iscrizione nell'Elenco nazionale, avvenuta il 22-7-2015.

Ed, invero, la dichiarazione di estinzione del reato, previa verifica dei presupposti previsti dall'articolo 445 c.p.p., è intervenuta solo in data

4-10-2017, successivamente sia alla presentazione della domanda di iscrizione sia all'adozione del provvedimento in questa sede gravato (25-9-2017).

La previsione del comma 6 dell'articolo 3 del DM del 2-12-2016, secondo cui *“Il soggetto cancellato dall'Elenco nazionale può, a seguito del venir meno dei motivi che hanno determinato l'esclusione, presentare una nuova richiesta motivata di iscrizione”*, non giustifica affatto l'obbligo per l'Amministrazione di mantenere l'iscrizione quando la dichiarazione di estinzione del reato da parte del giudice penale sia intervenuta successivamente, non potendo, per le ragioni sopra dette, essa sostituirsi al giudice nella verifica dell'intervenuta estinzione del reato, non configurandosi comunque il requisito di partecipazione all'atto di presentazione della domanda e sussistendo parimenti l'obbligo per il candidato di rendere la dichiarazione in ordine alla condanna penale emessa nei suoi confronti.

Allo stesso modo, risultano non meritevoli di favorevole considerazione, ai fini di escludere l'obbligo di dichiarazione nella specie non osservato e la non veridicità della stessa così come resa, le ulteriori circostanze rappresentate dal ricorrente.

Il fatto che la condanna sia stata pronunciata per un reato contravvenzionale (violazione delle norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia art. 20 l. 28-2-1985 n. 47; violazione delle disposizioni urgenti per la tutela di zone di particolare interesse ambientale l. 8/8/1985 n. 431; violazione delle prescrizioni sulle costruzioni in zone sismiche art. 17 l. 2/2/1974 n. 64) non rende sussistente il requisito richiesto per l'iscrizione nell'Elenco, atteso che il decreto ministeriale citato indica come elemento ostativo qualsiasi

condanna, a prescindere dalla natura (contravvenzionale o delittuosa) del reato commesso.

Allo stesso modo la circostanza che il reato risalisse oltre a 20 anni prima non escludeva l'obbligo di dichiarazione in capo al ricorrente, considerandosi che della stessa egli era certamente a conoscenza, avendo tra l'altro formulato richiesta di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 c.p.p.

Né può rilevare, in ordine alla non veridicità oggettiva della dichiarazione resa, il fatto che in sede di condanna penale fosse stato accordato il beneficio della non menzione.

Questo, infatti, esclude che la condanna venga riportata nel certificato del casellario richiesto dai privati, ma lascia comunque sussistere l'esistenza della condanna e la sua iscrizione nel casellario, la quale compare quando la certificazione -come nella specie- venga richiesta da una pubblica amministrazione.

Il provvedimento di cancellazione risulta, pertanto, legittimo, in quanto assunto sulla base dell'avvenuta emanazione di una sentenza di condanna nei confronti del ricorrente per un reato non ancora dichiarato estinto alla data di presentazione della domanda ed in relazione alla non veridica dichiarazione in proposito da parte del privato, il quale – per come emerge dalla copia della domanda in atti – ha dichiarato *“di non aver riportato condanne penali e non essere destinatario di provvedimenti giudiziari iscritti nel casellario giudiziale”*.

Invero, sulla base del chiaro dettato del richiamato decreto ministeriale, l'amministrazione non ha alcun margine di discrezionalità in proposito e, dunque, accertata la presenza sul certificato del casellario di una sentenza di condanna per un reato per il quale non è intervenuta declaratoria di estinzione e la non veridica

dichiarazione resa al riguardo, deve disporre la cancellazione, trattandosi di provvedimento vincolato.

Non può, poi, non ribadirsi che, proprio in virtù della delicatezza e peculiarità delle funzioni dei componenti di un OIV, l'obbligo di trasparenza e di particolare attenzione nella formulazione delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di iscrizione è richiesto con maggiore pregnanza ed intensità, richiedendo il principio del "clare loqui" e della piena collaborazione con l'amministrazione una maggiore diligenza, la cui osservanza avrebbe dovuto condurre il ricorrente a rendere palese in domanda l'avvenuta condanna.

Resta a questo punto da esaminare le ulteriori doglianze proposte con il primo motivo di ricorso, relative al difetto di motivazione del provvedimento impugnato ed alla violazione delle garanzie procedurali, non avendo l'amministrazione dato conto in esso delle ragioni per le quali non riteneva esaustive le giustificazioni rese a seguito dell'invito alla presentazione di osservazioni.

Il Collegio reputa in primo luogo che l'atto di cancellazione non sia affetto da vizio motivazionale invalidante.

Ed, invero, ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990, la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

In buona sostanza, il provvedimento, così come motivato, deve consentire al privato di comprendere le ragioni che hanno giustificato la determinazione assunta, potendosi le stesse desumere dai contenuti dell'atto integrati dagli atti procedurali dei quali il privato medesimo abbia comunque avuto conoscenza.

Orbene, il contenuto del provvedimento di cancellazione del 25-9-2017, letto in relazione alla comunicazione del 15-9-2017 inviata al ricorrente e relativa alla *“verifica sull’effettivo possesso dei requisiti e sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive contenute nelle domande di iscrizione”*, palesa in maniera pienamente comprensibile le ragioni della determinazione di cancellazione, fondata sulla non veridicità della dichiarazione di non aver riportato condanne penali.

Invero, il provvedimento conclusivo dispone la cancellazione sulla *“accertata non veridicità della dichiarazione prodotta dalla S.V. relativamente ai requisiti di cui all’articolo 2 del suddetto decreto...”*.

I contenuti della dichiarazione non veritiera risultano, poi, chiaramente precisati nella suddetta comunicazione del 15-9-2017, laddove si evidenzia che *“Dai controlli in merito alla circostanza di non aver riportato condanne penali e non essere destinatario di provvedimenti giudiziari iscritti nel casellario giudiziale è emerso, difformemente da quanto dichiarato nella domanda di iscrizione, che la S.V. ha riportato la condanna di cui alla sentenza emessa dal G.I.P. della Pretura di Latina in data 17-12-1993, divenuta irrevocabile il 27-1-1994. L’accertata non veridicità della dichiarazione con riguardo ai citati requisiti richiesti comporta l’immediata cancellazione della S.V. dall’Elenco nazionale degli Organismi indipendenti di valutazione (iscrizione n. 746 avvenuta il 24-2-2017)...”*.

Da quanto sopra, pertanto, emerge l’insussistenza del lamentato vizio motivazionale, in quanto il provvedimento impugnato esplicita in maniera comprensibile le ragioni della cancellazione, consentendone la piena comprensione e l’esercizio del diritto di difesa.

Quanto, poi, alla censura relativa alla violazione delle garanzie procedurali, non avendo l’amministrazione esplicitato le ragioni per le quali riteneva le osservazioni non accoglibili, la Sezione rileva

che la mancata osservanza delle previsioni contenute nell'articolo 10 della legge n. 241/1990 (laddove dispone che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare le memorie scritte e i documenti presentati in sede procedimentale) e nell'articolo 10 bis del medesimo testo normativo (secondo il quale *“Dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni è data ragione nel provvedimento finale”*) non può condurre all'annullamento del provvedimento di cancellazione, applicandosi in proposito la disposizione dell'articolo 21 octies, comma 2, primo periodo della legge n. 241 del 1990.

Essa prevede che *“Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

Orbene, non è revocabile in dubbio, per le argomentazioni tutte in precedenza esposte, che il provvedimento di cancellazione dall'Elenco nazionale abbia natura vincolata in presenza di una dichiarazione non veritiera in ordine al possesso dei requisiti di iscrizione e che il ricorrente, in presenza di una sentenza di condanna per un reato non ancora dichiarato estinto dal giudice penale, fosse obbligato a rendere la relativa dichiarazione; adempimento non osservato, avendo lo stesso reso la dichiarazione di non aver riportato condanne penali.

Risulta, pertanto, evidente che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso rispetto a quello di cancellazione in concreto adottato, anche se l'amministrazione avesse controdedotto alle osservazioni del ricorrente, risultando le stesse, per come ritenuto nella disamina del ricorso, non meritevoli di positiva valutazione.

Orbene, la Sezione ritiene, proprio perché trattasi di provvedimento vincolato, non applicabile alla vicenda in esame la previsione di cui al terzo periodo del richiamato comma 2 dell'articolo 21 octies, secondo cui *“La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis”*.

Invero, il secondo periodo dell'articolo 21 octies, comma 2, prevede che *“Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

Tale disposizione, a differenza di quella contenuta nel primo periodo riferita agli atti vincolati, disciplina la non annullabilità dei provvedimenti discrezionali.

Operando il terzo periodo rinvio, in caso di violazione dell'articolo 10 bis, alla disposizione di cui al secondo periodo, è evidente che esso, nell'affermare la rilevanza comunque della violazione di tale norma, trova applicazione esclusiva nelle fattispecie di provvedimenti discrezionali.

La Sezione (cfr. parere n. 114/2021 del 29-1-2021, reso nell'adunanza del 27-1-2021) ha avuto modo di affermare che, come dimostrato dall'utilizzo dell'avverbio *“comunque”*, dal riferimento normativo al *“contenuto”* del provvedimento (in luogo dell'inciso *“contenuto dispositivo”* utilizzato nel primo periodo) e dal precipuo obbligo imposto all'amministrazione di offrire la dimostrazione dell'irrilevanza del vizio, il secondo e il terzo periodo del comma 2 si riferiscono a provvedimenti adottati nell'esercizio di attività discrezionale, non configurabili nella vicenda in esame.

In presenza di attività vincolata, invece, trova piena ed esclusiva applicazione la norma del primo periodo del comma 1, la quale, in relazione al generale riferimento alla violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, comprende in essa anche la fattispecie della omessa rappresentazione nella motivazione del provvedimento delle ragioni del mancato accoglimento delle osservazioni del privato.

L'applicabilità della disposizione del terzo periodo citato ai soli provvedimenti discrezionali è stata ulteriormente ribadita nel parere della Sezione n. 478 del 26-3-2021, il quale ne ha evidenziato l'operatività in *“presenza di un modello procedimentale correlato all'esercizio di un potere discrezionale, rispetto al quale è irrinunciabile l'apporto del privato in funzione difensiva e collaborativa per il suo potere di influire sul contenuto dispositivo dell'atto”*; specificando che *“per converso, la novella, anche in base alla sua espressione letterale (che richiama il solo secondo periodo del comma 2 dell'art. 21 octies), non ha inciso sulla portata del primo periodo del comma 2, che prevede la non annullabilità per vizi procedimentali o formali degli atti, qualora, per la loro natura vincolata, sia palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

Sulla base delle considerazioni tutte sopra esposte, pertanto, il primo motivo di ricorso è infondato.

In conclusione, pertanto, la Sezione esprime il parere che il ricorso straordinario deve essere in parte dichiarato inammissibile e in parte respinto, nei sensi precisati in motivazione.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (cfr., *ex multis*, Cass. civ.,

V, 16-5-2012, n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

P.Q.M.

La Sezione esprime il parere che il ricorso deve essere in parte dichiarato inammissibile e in parte rigettato, nei sensi di cui in motivazione.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la persona del ricorrente.

L'ESTENSORE
Francesco Mele

IL PRESIDENTE F/F
Paolo Carpentieri

IL SEGRETARIO
Maria Grazia Salamone

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.