



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.14 del 25/2/2015

PREC 263/2014/L

OGGETTO: Istanza di parere presentata da Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ACP) Stazione Unica Appaltante della provincia Autonoma di Bolzano c/Impresa di costruzioni ing. E. Mantovani spa – Procedura aperta per l'affidamento della concessione relativa al finanziamento, progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione della nuova casa circondariale di Bolzano – Importo a base di gara 63.579.147,50 euro – Istanza presentata singolarmente dalla stazione appaltante –
S.A.: ACP

La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza. Quest'ultima non può che essere resa "per quanto a conoscenza" dal dichiarante medesimo, non potendo lo stesso procedere ad autocertificazione di fatti, stati e qualità della cui veridicità non è detto che egli sia a conoscenza.

A fronte di una compiuta identificazione da parte del dichiarante dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara spetta alla stazione appaltante procedere alle opportune verifiche in ordine alla sussistenza o meno dei requisiti generali in capo a tali soggetti.

Rientra nella discrezionalità della stazione appaltante valutare se il concorrente abbia realizzato una completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata posta in essere dal soggetto cessato dalla carica nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara.

Requisiti generali – Art. 38, comma 1, lett.c) d.lgs. 163/2006 – Dichiarazione resa dal legale rappresentante del concorrente per conto di un soggetto cessato dalla carica – Ammissibilità – Dissociazione dalla condotta delittuosa

Considerato in fatto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Con istanza di parere prot. n.84433 del 25.07.2014 l'ACP ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla procedura indicata in oggetto. La stazione appaltante ha fatto presente di aver bandito in data 15.7.2013 una gara per l'affidamento della concessione relativa al finanziamento, progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione della nuova casa circondariale di Bolzano (termine ultimo per la presentazione delle offerte 20.12.2013). Alla gara ha preso parte il raggruppamento impresa di costruzioni ing. E. Mantovani spa e Guerrato spa.

Ai fini della partecipazione l'a.d. della Mantovani, ing. Zeloto, ha dichiarato in data 4.12.2013 che per quanto a sua conoscenza nei confronti del sig. Baita, quale presidente del consiglio di amministrazione, amministratore delegato e legale rappresentante cessato dalla carica il 6.3.2013, fino a tale data non sussistono cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. 163/2006. «Attesta quindi che nei suoi confronti non 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 e che non è stato condannato con sentenza passata in giudicato per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18. Dichiaro altresì l'insussistenza di provvedimenti penali definitivi, per i quali sia intervenuta estinzione o riabilitazione, provvedimento di revoca della condanna o depenalizzazione del reato commesso, o per le quali abbia beneficiato della non menzione ex art. 38, comma 2, del d.lgs. 163/2006».

Successivamente in data 16.12.2013 il medesimo a.d. ha presentato la domanda di partecipazione alla gara in oggetto ed ha dichiarato di non essere a conoscenza dell'esistenza di provvedimenti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c, d.lgs, 163/2006 nei confronti dei cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, menzionando soltanto una sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. emessa in data 21.11.2003 nei confronti dell'ing. Baita per reati dichiarati estinti in data 1.4.2009.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In fase di verifica dei requisiti è, tuttavia, emersa un'ulteriore sentenza di applicazione della pena su richiesta a carico dell'ing. Baita non comunicata alla stazione appaltante e relativa ai reati di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, reato continuato in concorso, di associazione per delinquere e di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, reato continuato ed in concorso.

Conseguentemente, in data 3.6.2014 la stazione appaltante ha ammesso il raggruppamento di cui sopra con riserva ed ha chiesto alla Mantovani di fornire entro 10 gg chiarimenti circa la mancata menzione nelle dichiarazioni rese della sentenza *de qua* e proprie osservazioni in merito alla stessa.

Con note procedurali del 10.6.2014 e 17.10.2014 la Mantovani ha riscontrato la suddetta richiesta e la stazione appaltante, nutrendo dei dubbi sulla vicenda, ha preferito adire l'Autorità, chiedendole:

- 1) se nel caso di dichiarazione resa dal legale rappresentante per conto di un soggetto cessato dalla carica per “quanto a propria conoscenza”, l'omessa dichiarazione di una condanna penale a carico del soggetto cessato dalla carica comporti l'esclusione del concorrente ovvero l'obbligo per la stazione appaltante di richiedere un'integrazione di quanto già dichiarato e di accertare in concreto il possesso da parte del concorrente dei requisiti di partecipazione;
- 2) se nel caso di specie le iniziative adottate dal concorrente siano idonee a dimostrare l'effettiva e completa dissociazione della società dalla condotta penalmente sanzionata;
- 3) se nel caso di specie sussista o meno una falsa dichiarazione ex art. 38, comma 1, ter, d.lgs. 163/2006 con obbligo di segnalare il fatto all'Autorità.

Con nota prot. 120222 del 20.10.2014 l'Autorità ha avviato il procedimento di precontenzioso, concedendo termine alle parti per presentare le proprie considerazioni.

Con nota prot. 124378 del 10.11.2014 la Mantovani, in via preliminare, ha eccepito ai sensi dell'art. 3 del Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lett. n) d.lgs. 163/2006 l'inammissibilità dell'istanza sotto distinti profili; nel merito ha replicato a tutte le osservazioni formulate dalla stazione appaltante, ritenendo



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

che le stesse non precludano la partecipazione alla gara del raggruppamento *de quo*, in considerazione del fatto che l'a.d. ha dichiarato fatti riguardanti terzi “per quanto a sua conoscenza” e, sebbene il dispositivo della sentenza di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. in questione sia stato letto in camera di consiglio il 5.12.2013, la stessa è stata depositata il 3.2.2014 ed è divenuta irrevocabile il 29.3.2014.

Conseguentemente, secondo la Mantovani, alla data delle due dichiarazioni sopra indicate (rispettivamente del 4.12.2013 e del 16.12.2013) la sentenza emessa nei confronti dell'ing. Baita, non solo non era conoscibile a terzi, ma la stessa neppure era definitiva; tale circostanza, inciderebbe sullo stesso onere dichiarativo di cui all'art. 38, comma 1 lett. c) ed escluderebbe, comunque, il dolo e/o la colpa dell'omessa menzione della sentenza di patteggiamento.

La società ritiene, inoltre, che le dichiarazioni rese dall' a.d. in relazione a fatti che riguardano un soggetto cessato dalla carica non potevano che essere rese “per quanto a propria conoscenza”; pertanto, qualora la stazione appaltante accerti nei confronti di quest'ultimo l'esistenza di sentenze penali divenute irrevocabili, non altrimenti verificabili da parte di un soggetto terzo rispetto al reo, la stessa dovrebbe ricorrere al c.d. soccorso istruttorio ed escludere il concorrente solo se non fornisca le informazioni richieste.

Considerato in diritto

Al fine di rispondere ai quesiti posti, occorre innanzitutto trattare le eccezioni pregiudiziali presentate dalla Mantovani, avendo le stesse valore assorbente rispetto a quelle di merito.

La Mantovani ritiene inammissibile l'istanza *de qua* per assenza nel caso concreto di “una controversia insorta tra le parti interessate” ex art. 3, comma 1, del regolamento interno dell'ANAC sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lettera n) d.lgs. 163/2006.

Sul punto non può farsi a meno di osservare che il raggruppamento della Mantovani è stato ammesso alla gara “con riserva”, il che già evidenzia un possibile conflitto tra le parti. Va poi considerato che il successivo comma 3 del predetto articolo riconosce all'Autorità, comunque, la facoltà di trattare l'istanza dichiarata inammissibile e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

relativa a questioni giuridiche ritenute rilevanti, ai fini di una pronuncia anche a carattere generale. Nel caso di specie, l'elevato valore dell'affidamento e la particolarità della vicenda rappresentata rendono senza dubbio rilevanti le questioni giuridiche poste all'attenzione dell'Autorità ed opportuna la trattazione delle stesse in sede precontenziosa anche per ragioni di economia procedurale.

La Mantovani, infine, ritiene l'istanza *de qua* inammissibile per violazione dall'art. 3, comma 1, del suddetto regolamento in quanto la stazione appaltante non avrebbe trasmesso all'Autorità tutti i documenti indicati dal predetto regolamento come obbligatori, in particolare la memoria procedimentale della società del 17.10.2014. Sull'eccezione si osserva che essendo l'istanza in esame datata 23.7.2014, la stazione appaltante non poteva allegare un documento ricevuto solo successivamente. Quest'ultimo, comunque, è stato acquisito al fascicolo di ufficio, essendo stato presentato dalla stessa Mantovani.

Passando al merito delle questioni sollevate, fermo restando che l'Autorità non può sostituirsi alle determinazioni della stazione appaltante ed agli accertamenti che la stessa deve compiere, occorre preliminarmente ricordare che l'art. 38, comma 1, lett. c) vieta la partecipazione alla gara e la successiva stipulazione del contratto con la stazione appaltante ai 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. La disposizione prevede, inoltre, che è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dall'art. 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18. Infine la disposizione precisa che l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

Secondo il dettato dell'art. 38, comma 2, d.lgs. 163/2006 il concorrente attesta il possesso del requisito in esame mediante dichiarazione sostitutiva resa in conformità al d.p.r. 445/2000, in cui indica tutte le condanne penali riportate, con la sola esclusione delle



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, delle condanne revocate e per le quali è intervenuta la riabilitazione.

Nel caso di soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando sia l'AVCP sia la giurisprudenza amministrativa hanno ritenuto possibile ai sensi dell'articolo 47, comma 2, d.p.r. n. 445/2000 che il concorrente produca una dichiarazione, attestante l'assenza delle condizioni sopra ricordate nei confronti dei questi ultimi "per quanto a sua conoscenza" (cfr. AVCP, determinazione 12.1.2010, n.1 e Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3862; Cons. Stato, sez. III, 2.7.2014, n.3325). E' bene precisare che l'apposizione di tale locuzione, da un lato, non priva di rilevanza la dichiarazione medesima, infatti, il dichiarante si assume, comunque, le conseguenze ad essa ricollegabili (Cons. Stato, sez. III, 2.7.2014, n.3325), e, dall'altro, la stessa ha una funzione pleonastica in quanto ribadisce ciò che è proprio di ogni dichiarazione resa da un soggetto terzo, ossia che può riferire solo ciò che è a propria conoscenza (Cons. Stato, sez. IV, 7.11.2014 n.5497).

Ne deriva allora che nel caso in esame l'a.d. della Mantovani poteva rendere la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. 163/2006 con riferimento ai cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando "per quanto a sua conoscenza". Avendo lo stesso fornito una compiuta identificazione di questi ultimi, spetta alla stazione appaltante procedere alle opportune verifiche in ordine alla sussistenza o meno dei requisiti generali in capo a tali soggetti.

Sotto tale profilo, con riferimento alla prima ed alla terza questione poste all'attenzione dell'Autorità, si osserva che per procedere all'esclusione automatica del raggruppamento Mantovani, la stazione appaltante dovrebbe fornire la prova della falsità delle dichiarazioni rese dall'a.d.; difatti, dal combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 38, d.lgs. 163/2006 si ricava che la falsità delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell'art. 38 da parte di tutti i soggetti ivi previsti costituiscono di per sé motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica anche in assenza di un'espressa previsione del bando di gara (AVCP, determinazione 10.10.2012 n.4). Tuttavia, nel caso in esame risulta *per tabulas* che l'a.d. ha dichiarato in data 4.12.2013 e 16.12.2013 di non essere a conoscenza dell'esistenza di provvedimenti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c, d.lgs, 163/2006 – ossia di provvedimenti definitivi (cfr. AVCP, determinazione n.1 del 12.1.2010, ove è sottolineato



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

che non è sufficiente la mera pendenza di un procedimento penale, ma deve trattarsi, in ogni caso, di sentenze definitive) - nei confronti dei cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione ed in effetti la sentenza di patteggiamento a carico dell'ing. Baita è diventata irrevocabile il 29.3.2014, quindi, successivamente alla data in cui sono state rese le due dichiarazioni in questione.

Residua l'esame della seconda questione posta all'Autorità concernente l'idoneità delle misure adottate dalla Mantovani a dimostrare l'effettiva e completa dissociazione della società dalla condotta penalmente sanzionata. Sul punto si osserva che in virtù della disposizione contenuta nell'art. 38, comma 1, lett.c) d.lgs. 163/2006 la stazione appaltante deve escludere il concorrente che non abbia dimostrato la completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata dei soggetti cessati dalla carica. Al riguardo, si ricorda che l'originaria previsione dell'art. 38, comma 1, lett. c) chiedeva l'adozione di "atti o misure" di completa dissociazione, adesso la norma esige semplicemente che l'impresa fornisca la prova della "completa ed effettiva dissociazione". La riforma può leggersi in un'ottica sostanzialistica: ciò che assume rilievo non è il singolo atto posto in essere, ma la circostanza che attraverso la dissociazione venga interrotto quel nesso di identificazione e di collegamento presunti tra i soggetti cessati e la società stessa (cfr. AVCP, determinazione 1/2012).

E' evidente, infatti, che, se non si richiedesse un'effettività della dissociazione, la norma - che vieta la partecipazione delle imprese alle gare d'appalto ai soggetti i cui amministratori siano incorsi in reati incidenti sulla moralità professionale - si presterebbe a facili elusioni e le attività di dissociazione rivestirebbero la qualità di mere "operazioni di facciata", consentendo, invece, il perpetrarsi di illeciti e il rischio che si assuma quale contraente con la P.A. un soggetto che dovrebbe essere qualificabile come inaffidabile, rischio che il legislatore intende scongiurare proprio con la previsione del citato art. 38 (Cons. Stato, sez.V, 30.4.2014 n.2271).

Venendo al caso di specie, si osserva che con le note procedurali del 10.6.2014 e 17.10.2014, di cui in narrativa, la Mantovani ha comunicato alla stazione appaltante le iniziative intraprese per dissociarsi dalla condotta delittuosa dell'ing. Baita, in particolare: accettazione delle dimissioni che l'ing. Baita ha presentato in data 6.3.2013 e tempestiva



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

nomina di un nuovo consiglio di amministrazione (verbale riunione assemblea 15.3.2013); sospensione di ogni pagamento e qualsiasi operazione nei confronti delle società inquisite; effettuazione di operazioni contabili poste in essere per eliminare qualsiasi riflesso degli illeciti penali compiuti dai cessati dalle cariche sui conti della società; sostituzione delle azioni intestate all'ing. Baita con un numero equivalente di azioni ordinarie, depositate presso la sede legale della società fino alla scadenza del termine per l'esercizio del diritto di riscatto e convocazione dell'assemblea con all'ordine del giorno l'esercizio del predetto diritto (verbale cda del 8.5.2013 e verbale assemblea del 30.5.2013); adesione a processo verbale di contestazione del 28.6.2013 della guardia di finanza di Padova; promozione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti dell'ing. Baita (verbale riunione cda del 5.6.2014 e verbale assemblea del 6.6.2014) iscrizione a ruolo il 9.10.2014 della predetta azione.

L'insieme di tali misure debbono essere valutate dalla stazione appaltante anche tenendo presente un recente orientamento giurisprudenziale, in virtù del quale costituisce in sostanza un indice di non dissociazione, per violazione del dovere di leale collaborazione, la mancata tempestiva comunicazione alla stazione appaltante degli eventi penalmente rilevanti che hanno riguardato i soggetti cessati dalla carica (Tar Friuli Venezia Giulia, 27.8.2014 n. 456; confermato da Cons. Stato, sez. IV, 22.12.2014 n.6284).

Considerato che il caso deciso dai giudici amministrativi vedeva come parte processuale la stessa Mantovani, è opportuno richiamare la vicenda esaminata dalle predette sentenze. Ebbene – come riportato nella stessa sentenza 456/2014 – nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica l'allora presidente del consiglio di amministrazione della Mantovani, ing. Baita, aveva dichiarato l'insussistenza nei propri confronti delle cause di esclusione di cui al citato art. 38. Successivamente alla presentazione di tale dichiarazione, lo stesso era raggiunto da un avviso di indagini preliminari e, quindi, aveva rassegnato le proprie dimissioni. I nuovi vertici della società avevano confermato il possesso dei requisiti previsti dall'art. 38 e la stazione appaltante aveva chiesto chiarimenti alla società circa i fatti di causa.

Sebbene questi ultimi fossero stati forniti, la stazione appaltante aveva ritenuto di escludere la Mantovani dalla gara per mancata tempestiva comunicazione degli avvisi di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

garanzia che aveva riguardato i cessati dalle cariche e la mancata dimostrazione del comportamento dissociativo dalla condotta penalmente rilevante.

Il Tar ha respinto il ricorso della Mantovani avverso la predetta esclusione, osservando che «anche se lo svolgimento dei fatti, e specificatamente la circostanza che i due soggetti sono stati tempestivamente allontanati dalle loro cariche, costituisce un indizio di dissociazione della società dal loro comportamento penale, tuttavia una valutazione della dissociazione stessa, di spettanza della stazione appaltante, richiedeva un'informazione completa anche sulle vicende penali successive, che è mancata. Invero, la leale collaborazione che deve contraddistinguere i rapporti tra stazione appaltante e ditte partecipanti alla gara avrebbe dovuto indurre la società a comunicare tempestivamente gli eventi penalmente rilevanti» (Tar Friuli Venezia Giulia, 27.8.2014 n. 456).

La decisione in esame è stata confermata anche dal Consiglio Stato, dinanzi al quale la Mantovani ha presentato ricorso opponendo, in particolare, che la ditta ha immediatamente sostituito i due dirigenti, dimostrando in tal modo la sua dissociazione e l'assenza di sentenze irrevocabili a carico dei soggetti al momento della loro cessazione dalla carica.

I giudici di palazzo Spada hanno respinto l'appello, ritenendo che: «anche queste ragioni non possono trovare accoglimento. Se infatti l'immediata rimozione può costituire indice dissociativo, non può essere superato il rilievo che non è stata data notizia nella dichiarazione della sentenza divenuta irrevocabile, seppur dopo la dichiarazione della nuova società del gennaio 2014, ma sempre prima dell'aggiudicazione e quindi in un arco temporale del procedimento in cui la stazione appaltante conserva in pieno il potere di verificare la sussistenza dei requisiti generali prescritti dall'art. 36 [recte 38]. Né può trovare spazio l'invocato potere di soccorso istruttorio previsto dall'art. 46, comma 1, del Codice «al fine di richiedere una interlocuzione per sanare l'omissione; tale prospettiva infatti si sostanzia «unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

previsti a pena di esclusione dal medesimo Codice, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali (Cons. Stato, A.P., n.9/2014)» (Cons. Stato, sez. IV, 22.12.2014 n.6284).

In definitiva, quindi, la stazione appaltante, non potendosi l'Autorità sostituire alle valutazioni discrezionali che spettano a quest'ultima, dovrà accertare se l'effettiva efficacia delle misure dissociative illustrate dalla Mantovani nelle note procedurali del 10.6.2014 e 17.10.2014 sia stata negativamente incisa o, comunque, compromessa dal comportamento omissivo della Mantovani, che nella procedura in esame non ha dichiarato la sentenza di condanna *de qua* divenuta irrevocabile, come sopra detto, solo in data 29.3.2014.

In base a quanto sopra considerato,

il Consiglio

ritiene, nei limiti della motivazione, che l'accertamento dell'esistenza di una sentenza di patteggiamento a carico del soggetto cessato dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, in mancanza della prova del mendacio, non costituisce di per sé causa automatica di esclusione dalla gara, se la dichiarazione circa l'inesistenza delle condizioni ostative di cui all'art. 38, comma 1, lett. c, d.lgs. 163/2006 è stata resa dal concorrente per quanto a conoscenza. In tal caso spetta alla stazione appaltante accertare che quest'ultimo abbia dimostrato la sua completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 27 febbraio 2015

Il Segretario Maria Esposito