

Parere n. 123 del 16/06/2010

Protocollo 110/10/F

Oggetto: : Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da [omissis] - Fornitura in opera di una struttura prefabbricata modulare in acciaio da adibire a parcheggio e della realizzazione delle opere accessorie necessarie per l'installazione della stessa - Importo a base d'asta € 850.000,00 - [omissis]

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 maggio 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la società [omissis], in qualità di società del Comune di [omissis] preposta allo svolgimento, tra l'altro, di tutte le funzioni connesse alla realizzazione, ampliamento, prolungamento ed ammodernamento delle linee [omissis], ha rappresentato di aver indetto la procedura di gara in oggetto e di aver svolto tutte le fasi della stessa sino all'aggiudicazione provvisoria, dichiarata all'[omissis] (mandataria) - [omissis] (mandante) con comunicazione del 5 marzo 2010, con la quale è stata richiesta a tale A.T.I. la documentazione a comprova dei requisiti dichiarati in sede di gara.

La stazione appaltante ha, quindi, provveduto ad effettuare i controlli in merito a tale documentazione e, in particolare, ai sensi dell'art. 38, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 ha richiesto agli uffici competenti i certificati del casellario giudiziale relativi ai Rappresentanti Legali e ai Direttori Tecnici delle imprese componenti l'A.T.I. predetta, al fine di verificare, tra l'altro, le dichiarazioni rilasciate dagli stessi in sede di gara ai sensi del D.P.R. n. 445/2000.

A seguito di tale richiesta, nel certificato del casellario giudiziale del Rappresentante Legale della mandante [omissis] sono emerse: una sentenza di condanna passata in giudicato nel 1984, emessa per il reato di violazione delle norme per la tutela delle acque dall'inquinamento (ex art. 21, comma 3, L. 10 maggio 1976, n. 319), con benefici della non menzione (art. 175 c.p.) e sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.), nonché una sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, divenuta irrevocabile nel 1997, emessa per violazione delle norme per la repressione della evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto (ex art. 2, comma 2, L. 7 agosto 1982, n. 516), con beneficio della sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.).

In relazione a tali circostanze, la predetta stazione appaltante ha chiesto a questa Autorità di chiarire se il concorrente fosse tenuto ad indicare la sussistenza delle menzionate condanne, rispettivamente ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) e lett. g) del D.Lgs. n. 163/2006, ovvero, in ogni caso, se il medesimo obbligo di dichiarazione dovesse ritenersi sussistente in considerazione del disposto di cui all'art. 38 comma 2 del medesimo D.Lgs. n. 163/2006.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata da questa Autorità nell'istruttoria procedimentale, la [omissis], mandante dell'A.T.I. provvisoria aggiudicataria, ha sostenuto l'insussistenza dell'obbligo di dichiarare le sopra menzionate sentenze di condanna.

Nello specifico, la predetta mandante ha rilevato, in ordine alla condanna per violazione delle norme per la tutela delle acque dall'inquinamento (ex art. 21, comma 3, L. 10 maggio 1976, n. 319), che l'indicazione della stessa è stata correttamente omessa nella dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto il reato in questione non può essere per sua natura rilevante ai fini della richiamata normativa, perché non grave e non incidente sulla moralità professionale, ed ha altresì richiamato la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4906 dell'8 agosto 2009 che avrebbe - a suo dire - stabilito che spetta alla singola impresa partecipante valutare la gravità o meno delle violazioni in cui sia eventualmente incorsa.

Quanto all'omessa indicazione della condanna per violazione delle norme per la repressione della evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto (ex art. 2, comma 2, L. 7 agosto 1982, n. 516), la [omissis] ha rilevato che il decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 ha abrogato il titolo I del decreto legge 10 luglio 1982, n. 429 (art. 25, comma 1, lett.d) sul quale si fondava la sentenza di patteggiamento, per cui, stante l'abrogazione del principio di ultrattività delle norme penali finanziarie, la condanna irrogata per effetto dell'abrogata legge n. 516/1982 è completamente priva di qualsiasi rilevanza perché cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali conseguenti, con l'ulteriore esito che un precedente basato su una siffatta condanna non può condurre all'esclusione da una gara (in tal senso viene richiamata la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2964 del 13 maggio 2009).

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto è necessario ribadire, in via di principio, che il giudizio sulla gravità del reato, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006 è rimesso solo e soltanto all'amministrazione committente.

Al riguardo, è stato più volte rilevato, sia da questa Autorità sia dalla giurisprudenza amministrativa, che la mancanza di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa in esame lascia un ampio spazio di valutazione discrezionale per la stazione appaltante, che consente alla stessa margini di flessibilità operativa al fine di un apprezzamento delle singole concrete fattispecie (cfr., da ultimo, parere n. 1 del 14 gennaio 2010 e Consiglio di Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3773).

Parimenti, occorre riaffermare, sempre in termini di principio, che la dichiarazione di assenza di carichi penali, poi invece risultanti dai controlli effettuati dall'Amministrazione integra un'autonoma causa di esclusione dalla gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723). Infatti, solo con riferimento a specifiche ipotesi di estrema genericità delle clausole della *lex specialis* che richiedono la dichiarazione di non trovarsi in una delle situazioni che sono causa di esclusione dalla gara, una parte della giurisprudenza, richiamata anche dalla mandante [omissis], ha ritenuto giustificata una valutazione di gravità /non gravità compiuta dal concorrente, sostenendo che, in tal caso, la dichiarazione omissiva dello stesso non possa essere ritenuta "falsa".

Premesso quanto sopra, appare opportuno rilevare che le affermazioni di principio richiamate in premessa sono state ancora una volta ribadite dal Consiglio di Stato con la recentissima sentenza del 2 febbraio 2010 n. 428 (Sezione Quinta). In tale pronuncia è stato, tra l'altro, evidenziato come non possa ritenersi sussistente una oggettiva oscurità delle clausole del bando - che giustificerebbe la possibilità di non ritenere "falsa" la dichiarazione omissiva - laddove, come nella fattispecie in esame, *"il bando o la lettera di invito richiamino espressamente una norma di legge imperativa (quali sono pressoché tutte quelle che regolano le procedure ad evidenza pubblica) perché in questo caso è onere del concorrente andare a verificare che cosa quella norma prevede e regolarsi di conseguenza"*.

In proposito, il giudice amministrativo ha ulteriormente messo in evidenza che, nella specie, *"la norma di riferimento è costituita dal combinato disposto fra gli artt. 38, comma 1, lett. c) e 38, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006"*. Come è noto al comma 1, lett. c) del richiamato art. 38 il Legislatore ha previsto, quale causa di esclusione, l'essere stato il concorrente condannato per reati gravi che incidono sulla moralità professionali, indicando di seguito alcuni reati per i quali tale incidenza sia presente *iuris et de iure*, fatti salvi gli effetti della riabilitazione. Al comma 2 del predetto art. 38, invece, si stabilisce che il concorrente, nella dichiarazione sostitutiva resa in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, deve indicare *"anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione"*. Tale disposizione, quindi, stabilisce espressamente l'obbligo di dichiarare tutte le condanne subite (salvo che non sia intervenuta la riabilitazione), essendo la valutazione della loro incidenza rimessa alla stazione appaltante. Sotto quest'ultimo profilo, pertanto, nessuna oscurità esiste nella legge e, quindi, neanche nel bando o nella lettera di invito (la *lex specialis*) che la legge richiamino.

Ne consegue, con riguardo al caso di specie, che non può ritenersi clausola oggettivamente oscura l'art. 7.1. del disciplinare di gara, atteso che espressamente richiama l'art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, norma imperativa che va letta, secondo l'insegnamento del citato orientamento giurisprudenziale, nella sua interezza, stante la valenza eterointegrativa del bando propria delle norme imperative, e, quindi, in combinato disposto con il successivo comma 2, che richiede, altresì, che il concorrente debba indicare *"anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione"*.

Pertanto, la dichiarazione resa dal Rappresentante Legale della mandante [omissis], secondo la quale *"il sottoscritto e la società [omissis] non si trovano in alcuna delle condizioni di esclusione degli appalti pubblici di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006"*, in quanto omissiva di condanne per le quali lo stesso Rappresentante Legale ha beneficiato della non menzione (la cui indicazione è richiesta dal comma 2 del medesimo art. 38) è da ritenersi "falsa" e quindi idonea ad integrare un'autonoma causa di esclusione dalla gara.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la stazione appaltante debba disporre l'esclusione dalla gara dell'[omissis]. (mandataria) - [omissis] (mandante).

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 giugno 2010