

Parere n.67 del 23/04/2013

PREC 271/12/S

OGGETTO: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da [... omissis ...] - Affidamento ex art. 125, comma 11, D.Lgs. 163/2006 del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di rilevazione incendi e porte REI installati presso [... omissis ...] - Importo a base di gara € [... omissis ...] - S.A. [... omissis ...].

Artt. 38, comma 2, D.Lgs. 163/2006 obbligo di dichiarare tutte le condanne per le quali si è beneficiato della non menzione

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data [... omissis ...] è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale [... omissis ...] ha chiesto un parere in merito alla procedura sopra indicata. In particolare la stazione appaltante ha rappresentato che a seguito delle verifiche sui requisiti dichiarati in sede di gara dal legale rappresentante dell'aggiudicataria provvisoria, è risultato che quest'ultimo ha subito due condanne, con beneficio della non menzione, l'una per il reato di emissione di assegni a vuoto, successivamente depenalizzato, l'altra per omicidio colposo. Sebbene tali reati, risultino dal certificato del casellario giudiziale richiesto dall'Amministrazione, il legale rappresentante dell'aggiudicataria provvisoria ha dichiarato "di non aver riportato condanne penali e di non essere destinatario di provvedimenti che riguardano l'applicazione di misure di prevenzione, di decisioni civili e di provvedimenti amministrativi iscritti nel casellario giudiziale ai sensi della normativa vigente". Lo stesso, inoltre, ha sottoposto all'attenzione della stazione appaltante copia del certificato del casellario giudiziale a lui rilasciato, dal quale risulta che non ci sono condanne a suo carico.

In seguito all'istruttoria procedimentale avviata dall'Autorità, il legale del soggetto interessato ha fatto presente che in virtù di quanto espressamente previsto dalla lex specialis dovevano essere indicate esclusivamente le sentenze di condanna passate in giudicato e risultanti dal casellario giudiziale. Il dichiarante in questione, pur essendo stato condannato, ha beneficiato della non menzione della condanna nel certificato del casellario, conseguentemente lo stesso correttamente ha asserito di non aver riportato condanne e di non essere destinatario di provvedimenti amministrativi iscritti nel casellario giudiziale.

Ritenuto in diritto

La questione che viene qui in rilievo concerne l'obbligo o meno di dichiarare i precedenti penali per i quali il soggetto abbia beneficiato della non menzione nel casellario giudiziale.

Al riguardo occorre considerare che in virtù dell'art. 38, comma 2, D.Lgs. 163/2006, il concorrente attesta il possesso dei requisiti di carattere generale mediante dichiarazione sostitutiva di cui al DPR 445/2000, "in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, let.c, il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione".

L'Autorità ha sottolineato come la disposizione sopra richiamata imponga di dichiarare tutte le condanne penali riportate, anche quelle per le quali il reo abbia beneficiato della non menzione. L'obbligo in questione prescinde da una qualsiasi valutazione, che il dichiarante possa compiere, in ordine alla gravità del reato ascrittogli o del pregiudizio penale riportato, in quanto tale giudizio si risolverebbe nella privazione, in capo alla stazione appaltante, di conoscenze indispensabili per decidere in ordine alla incidenza del precedente riportato sulla moralità professionale e sulla gravità del medesimo. Tale obbligo viene meno soltanto nelle ipotesi indicate dal legislatore, ossia quando il reato commesso sia stato depenalizzato o dichiarato estinto dopo la condanna e nei casi in cui sia intervenuta la riabilitazione o la revoca della condanna (cfr. AVCP, determinazione n. 1 del 16.5.2012 e n.1 del 12.1.2010).

E' opportuno, inoltre, richiamare la determinazione n. 4 del 2012, con cui l'Autorità ha ribadito che la dichiarazione da rendere ai fini dell'attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale deve essere completa e, con particolare riferimento alla lettera c) del comma 1 dell'art. 38, deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla entità del reato e/o dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale. Pertanto, oltre all'ipotesi di falsità, l'omissione o l'incompletezza delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell'art. 38, costituiscono di per sé motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica, anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara, *non configurandosi in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente penale di cui è stata omessa la dichiarazione.*

Venendo al caso in esame, si osserva preliminarmente che il legale rappresentante della concorrente ha subito due condanne penali: l'una per il reato di emissione di assegni a vuoto, successivamente depenalizzato, l'altra per omicidio colposo, ed ha beneficiato in entrambe i casi della non menzione.

Conseguentemente tali condanne non compaiono nel certificato del casellario giudiziale rilasciato al soggetto interessato, ma compaiono in quello richiesto dall'Amministrazione.

Chiarito ciò, si rileva che il legale rappresentante della concorrente era tenuto sotto il profilo

soggettivo a dichiarare l'inesistenza nei proprio confronti delle clausole di esclusione di cui all'art. 38 D.Lgs. 163/2006. Sotto il profilo oggettivo, tale dichiarazione doveva essere conforme al dettato dell'art. 38, comma 2, D.Lgs. 163/2006, pertanto il soggetto in questione avrebbe dovuto indicare le condanne subite, anche quelle per le quali ha beneficiato della non menzione nel casellario giudiziario, come espressamente richiesto dal legislatore.

Né assume alcun valore esimente l'osservazione del legale del dichiarante, il quale rileva che il reato colposo risalente al 1994 non menzionato nel casellario poteva da anni essere definitivamente eliminato previa riabilitazione ex artt. 178 c.p. e 683 c.p.p. Ai sensi dell'art. 38, comma 2, secondo periodo, infatti, il concorrente poteva non indicare soltanto le condanne per i reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna ovvero quelle revocate e per le quali è intervenuta la riabilitazione e non, come nel caso in esame, quelle per le quali la riabilitazione, pur essendo possibile, non si è ancora perfezionata.

Ne consegue che la dichiarazione rilasciata dal legale rappresentante dell'aggiudicataria provvisoria non è conforme al dettato dell'art. 38, comma 2, D.Lgs. 163/2006 e, pertanto, quest'ultima va esclusa dalla gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la dichiarazione rilasciata dal legale rappresentante dell'aggiudicataria provvisoria non sia conforme al dettato dell'art. 38, comma 2, D.Lgs. 163/2006 e che, conseguentemente, quest'ultima vada esclusa dalla gara.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia; Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 maggio 2013

Il Segretario: Maria Esposito