

Parere n. 75 del 09/07/2009

PREC 33/09/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Altavilla Vicentina - Lavori di collegamento ciclopedonale tra via S. Marco e via Dante 3° tratto - Importo a base d'asta euro 154.226,06 - S.A.: Comune di Altavilla Vicentina.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 19 febbraio 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Altavilla Vicentina ha rappresentato di aver consultato il Casellario Informatico delle imprese presso il sito di questa Autorità prima dell'inizio delle operazioni di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, al fine di verificare la presenza di eventuali annotazioni a carico delle ditte partecipanti, e di aver riscontrato a carico dell'impresa concorrente R.S. Costruzioni Generali s.r.l. la presenza di un'annotazione fatta inserire dal Comune di Castelgomberto.

Procedendo quindi all'apertura dei plichi, il Comune istante ha riscontrato che la suddetta impresa aveva dichiarato, nel punto a10. dell'apposito modulo di istanza di ammissione alla gara (Allegato 2), che "nei confronti delle persone fisiche sopra indicate (...) non ricorrono le condizioni di cui al comma 1, lett. c) dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.", per cui il Comune medesimo ha ritenuto necessario effettuare ulteriori approfondimenti presso il casellario Giudiziale di Vicenza, ai sensi dell'art. 71 del D.P.R. n. 445/2000, nei confronti del Rappresentante legale e dei Direttori tecnici dell'impresa R.S. Costruzioni Generali s.r.l.

A seguito delle verifiche effettuate è stata accertata la mancata indicazione da parte della R.S. Costruzioni Generali s.r.l. di due precedenti condanne penali, risultanti dal Casellario Giudiziale, a carico, rispettivamente, del Rappresentante legale e di un Direttore tecnico cessato dalla carica nel triennio antecedente la data del bando, in difformità a quanto previsto dall'art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006.

Al riguardo la Commissione di gara ha evidenziato nel provvedimento di esclusione la stretta connessione tra i primi due commi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto solo il rigoroso rispetto, da parte del concorrente, del disposto di cui al secondo comma, con conseguente indicazione di tutte le condanne irrogate, ivi comprese quelle beneficianti della non menzione, può consentire di conoscere tutti i precedenti a carico del concorrente al fine di eventualmente applicare le cause di esclusione previste dall'art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006.

Conseguentemente, la Commissione medesima ha provveduto: - ad escludere dalla procedura in oggetto l'impresa R.S. Costruzioni Generali s.r.l.; ad effettuare una comunicazione a questa Autorità ai fini dell'inserimento dell'impresa medesima nel Casellario Informatico per dichiarazione mendace; a denunciare il Rappresentante legale dell'impresa stessa per dichiarazione mendace alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Vicenza e ad incamerare la fidejussione provvisoria presentata.

Il Comune di Altavilla Vicentina ha rappresentato, altresì, di aver aggiudicato la gara in via provvisoria all'impresa Polo s.r.l. e che, a seguito delle verifiche successivamente effettuate sulla ditta aggiudicataria, dalle risultanze del Casellario Giudiziale è emersa a carico del Rappresentante legale/Direttore tecnico l'annotazione di un reato, sanzionato con decreto penale di condanna, la cui esistenza non è stata dichiarata in sede di gara.

Conclusivamente, pertanto, la stazione appaltante ha chiesto a questa Autorità di avere indicazioni in merito alla corretta procedura da seguire.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale l'impresa R.S. Costruzioni Generali s.r.l. ha evidenziato, con apposita memoria prodotta nel presente procedimento, di aver prontamente contestato il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante ed ha ribadito che nella fattispecie in esame non vi è stata alcuna violazione dell'art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto l'indicazione delle sentenze di condanna a carico del Rappresentante legale e del Direttore tecnico cessato dalla carica è stata omessa non perché dette sentenze beneficiassero entrambe della non menzione, bensì per la diversa circostanza che esse riguardavano reati ormai estinti (con provvedimento del GIP presso il Tribunale di Padova) e

depenalizzati (a seguito della legge di c.d. depenalizzazione n. 689/1981).

Infatti, ha sottolineato la predetta impresa esclusa, i reati estinti, e a fortiori quelli depenalizzati, non sono più rilevanti ai fini della verifica del possesso del requisito di cui alla lett. c) dell'art. 38, come espressamente stabilito dalla parte finale di detta lett. c), che appunto prevede che "resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'art. 445, comma 2, del codice di procedura penale".

In riscontro all'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità ha presentato memoria anche l'impresa provvisoria aggiudicataria Polo s.r.l., la quale ha precisato che il reato di cui al decreto penale 159/2002, segnalato dalla stazione appaltante, è stato commesso nel 2000 e quindi oltre otto anni fa e che ad oggi, non esistendo alcun carico pendente ed alcuna contravvenzione della stessa indole, si è estinto ogni effetto penale ed il reato stesso. Per tali motivi l'impresa aggiudicataria provvisoria ha ritenuto che fosse corretto dichiarare che non sussistevano precedenti penali e, pertanto, ha chiesto che l'appalto in oggetto le venga definitivamente aggiudicato.

Ritenuto in diritto

La fattispecie prospettata dal Comune di Altavilla Vicentina nel presente procedimento coinvolge diversi profili, che devono essere distintamente individuati ed analiticamente esaminati.

La prima questione giuridica sottoposta all'attenzione di questa Autorità con la descrizione dei fatti rappresentati in narrativa consiste nello stabilire se, nel caso di specie, l'impresa R.S. Costruzioni Generali s.r.l. era tenuta a dichiarare, a carico del Rappresentante legale e del Direttore tecnico cessato dalla carica nel triennio antecedente la data del bando, i soli reati non estinti e non depenalizzati o se, invece, sul punto la peculiare disciplina di gara consentiva alla stazione appaltante un campo di valutazione più ampio, nel senso che era autorizzata anche la valutazione dei reati estinti e depenalizzati.

Al riguardo occorre muovere dalla constatazione che nel punto a10. dell'apposito modulo di istanza di ammissione alla gara (Allegato 2) era prescritto, in conformità a quanto previsto dal Disciplinare di gara (Allegato 1), che il concorrente dovesse dichiarare che "nei confronti delle persone fisiche sopraindicate (...) non ricorrono le condizioni di cui al comma 1, lett. c) dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.", inoltre "che il soggetto (persone fisiche sopraindicate) ha subito le seguenti condanne"; ed altresì "che il soggetto (persone fisiche sopraindicate) ha subito le seguenti condanne per le quali ha beneficiato della non menzione".

Dal tenore letterale della suddetta formula dichiarativa si evince chiaramente che la stazione appaltante non si era limitata a chiedere ai partecipanti alla gara una mera dichiarazione di insussistenza delle specifiche condizioni previste dalla fattispecie legale espressamente richiamata, ossia dal comma 1, lett. c) dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

Se così fosse, infatti, sarebbe legittimo, da parte dell'impresa esclusa, invocare il disposto di cui alla parte finale di detta lett. c), che recita "resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'art. 445, comma 2, del codice di procedura penale", ed evidenziare al riguardo che, una volta pronunciata dal giudice di sorveglianza la riabilitazione del condannato, di cui all'art. 178 c.p. (derivandone l'estinzione del reato e delle pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna) ovvero riconosciuto dal tribunale estinto il reato per il decorso del termine di cinque anni o due anni (a seconda che si tratti di delitto o contravvenzione), ai sensi dell'art. 445, comma 2, c.p.p., resta preclusa alla stazione appaltante la possibilità di valutare negativamente, ai fini dell'ammissione alla specifica gara, i fatti di cui alla inflitta sentenza di condanna, facendo discendere da ciò l'insussistenza dell'obbligo di dichiarare le condanne coperte da provvedimenti di estinzione ai fini della dimostrazione del requisito della moralità professionale previsto dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 (Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5461).

Peraltro, tale argomentazione non consentirebbe comunque di ritenere la depenalizzazione istituto sostanzialmente analogo, a tal fine, a quello dell'estinzione del reato (in tal senso, da ultimo TAR Lazio, Roma, Sez. IIIquater, 25 marzo 2009, n. 3215), atteso che le disposizioni, come quella contenuta nella parte finale della lett. c) dell'art. 38, sopra citata, che derogano al principio generale di dichiarare le condanne penali subite, sono, invece, di stretta interpretazione, per cui non è concepibile una norma derogatoria che venga ricavata in via di interpretazione estensiva o analogica (Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2004, n. 596).

La stazione appaltante, invece, come ben poteva in ragione della preminente tutela dell'interesse pubblico alla selezione di un concorrente moralmente e professionalmente affidabile, aveva scelto di chiedere ai partecipanti una dichiarazione sostitutiva, resa dagli stessi sotto la loro responsabilità, molto più ampia, che onerava i medesimi ad una dettagliata elencazione di tutte le condanne subite, senza eccezione alcuna, con l'ulteriore specificazione delle condanne contenenti il beneficio della non menzione.

Ne discende che, in tale ambito disciplinare, i partecipanti alla gara erano obbligati a rendere una

dichiarazione veritiera, attestando tutti i reati commessi dai soggetti tenuti alla dichiarazione medesima, compresi gli eventuali reati già estinti o depenalizzati (in tal senso vedi Cons. Stato, Sez. IV, 1 ottobre 2007, n. 5053).

Conseguentemente, avendo la R.S. Costruzioni Generali s.r.l. omesso di dichiarare due condanne penali, risultanti dal Casellario Giudiziale, a carico del Rappresentante legale e del Direttore tecnico cessato dalla carica nel triennio antecedente la data del bando, ancorché per reati estinti e depenalizzati, correttamente il Comune di Altavilla Vicentina ha ritenuto sussistente una falsa dichiarazione sulle condizioni rilevanti per l'ammissione all'appalto ed ha provveduto ad escludere l'impresa medesima dalla procedura in oggetto, prescindendo dalla valutazione in ordine all'idoneità della condanna riportata ad incidere sulla moralità professionale dell'impresa stessa, e procedendo, altresì, ad effettuare la relativa comunicazione a questa Autorità, ai fini dell'inserimento dell'impresa medesima nel Casellario Informatico per dichiarazione mendace, ex art. 27 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34.

Per quanto riguarda, invece, il diverso profilo dell'incameramento, da parte della stazione appaltante, della fidejussione provvisoria presentata dalla R.S. Costruzioni Generali s.r.l., si evidenzia che, come già chiarito da questa Autorità, in caso di false dichiarazioni concernenti i requisiti di ordine generale, trattandosi di requisiti di natura diversa da quelli di carattere speciale, non sono da ritenersi applicabili le specifiche sanzioni di cui all'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, tra cui l'escussione della cauzione provvisoria. Osta a tal fine la natura sanzionatoria della norma contenuta nell'articolo 48 del D.Lgs. n. 163/2006, per cui, in ossequio al principio di legalità e al divieto di estensione analogica delle disposizioni di tale tipologia, la stessa deve ritenersi norma di stretta interpretazione e, quindi, non estendibile ad altre ipotesi (v. parere dell'Autorità n. 29 del 26 febbraio 2009).

Infine, in ordine all'impresa Polo s.r.l., in favore della quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria, alla luce delle argomentazioni giuridiche sopra sostenute si rileva che, avendo l'impresa di cui trattasi omesso di dichiarare un decreto penale di condanna a carico del Rappresentante legale e Direttore tecnico della stessa, divenuto esecutivo nel 2004, sussistono le condizioni per qualificare come non veritiera anche la dichiarazione resa da tale impresa concorrente nel punto a10. dell'apposito modulo di istanza di ammissione alla gara (Allegato 2). Per ciò stesso, quindi, l'impresa Polo s.r.l. deve subire, previo annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, le stesse sanzioni comminate a carico della R.S. Costruzioni Generali s.r.l., alle quali, peraltro, deve essere aggiunta anche l'escussione della cauzione provvisoria, che, in tal caso, trova il suo fondamento giuridico nella specifica disposizione di cui all'art. 75, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006, atteso che la predetta garanzia copre "la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario".

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il Comune di Altavilla Vicentina:

1. a fronte della falsa dichiarazione resa dalla R.S. Costruzioni Generali s.r.l. relativamente al possesso di requisiti di ordine generale, abbia correttamente proceduto all'esclusione dell'impresa concorrente dalla gara e alla relativa comunicazione a questa Autorità, ai fini dell'inserimento dell'impresa stessa nel Casellario Informatico per dichiarazione mendace, ex art. 27 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, ma che non possa, invece, applicare all'impresa medesima la sanzione dell'escussione della cauzione provvisoria, prevista dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006 per la mancata comprova dei requisiti di carattere speciale;
2. a fronte della falsa dichiarazione resa dall'impresa provvisoria aggiudicataria Polo s.r.l. relativamente al possesso di requisiti di ordine generale, debba applicare le stesse sanzioni comminate alla R.S. Costruzioni Generali s.r.l., alle quali deve essere aggiunta anche l'escussione della cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 75, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 luglio 2009