

## **Parere n. 52 del 20/03/2008**

**PREC482/07**

**Oggetto:** istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla ASL 8 - Servizio di noleggio, lavaggio e stiratura di biancheria piana e capi confezionati. S.A.: ASL 8.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 21 settembre 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto con la quale l'azienda sanitaria rappresenta che, nell'ambito della procedura per l'affidamento del servizio in oggetto, in sede di verifica della documentazione amministrativa ha riscontrato la presenza, nel casellario giudiziale del legale rappresentante e amministratore unico e del direttore tecnico della ditta partecipante Hospital Service S.r.l., di alcuni procedimenti penali. Più precisamente la ASL 8 espone che, contrariamente a quanto dichiarato in gara, sono risultati iscritti nei rispettivi casellari giudiziali, i seguenti provvedimenti:

- a carico dell'amministratore unico decreti penali di condanna emessi nel 1998 e non estinti, per inosservanza di provvedimenti dell'Autorità ex art. 650 c.p. (mancata rimozione entro dieci giorni di materiale edilizio accumulato);
- a carico dell'ex direttore tecnico due reati che incidono sulla moralità professionale commessi nel 1993, ma dichiarati estinti.

La stazione appaltante richiede l'avviso dell'Autorità in ordine alla sussistenza di causa di esclusione ai sensi dell'art. 38, lett. c) e f) del D.Lgs. 163/2006.

In sede di istruttoria procedimentale, la Hospital Service S.r.l. ha esposto che l'art. 33 del Capitolato Speciale di Appalto prevede la presentazione da parte del legale rappresentante delle ditte concorrenti di una dichiarazione, ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000, predisposta dalla stessa amministrazione con apposito modulo (Allegato E), già interamente riempito, che il legale rappresentante della concorrente deve limitarsi a completare con i dati personali ed a sottoscriverlo. Secondo quanto descritto dalla società detto modulo, al punto 14, recita testualmente: "che il soggetto dotato di potere di rappresentanza della ditta non ha riportato condanna, con sentenza passata in giudicato ovvero sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del c.p.p., per qualsiasi reato che incida sulla moralità professionale o per delitti finanziari". Secondo la Hospital Service S.r.l. la dichiarazione resa dal proprio legale rappresentante è conforme alle prescrizioni di gara in quanto a suo carico non sono state emesse, né sentenze passate in giudicato, né sentenze di applicazione della pena su richiesta, per reati incidenti sulla moralità professionale o per delitti finanziari. In particolare, dal casellario giudiziale risultano a carico del legale rappresentante un decreto penale per un reato commesso nel 1996, per trasporti abusivi ai sensi dell'art. 46 della L. n. 298/1974, reato che è stato successivamente depenalizzato; un decreto penale per inosservanza dei provvedimenti dell'autorità ex art. 650 c.p., per il quale era stata prevista una ammenda di lire 100.000. Secondo quanto sostenuto dalla Hospital Service S.r.l., tali decreti non devono essere menzionati per tre ordini di ragioni: il decreto relativo al reato depenalizzato non produce effetti ai sensi dell'art. 2 del codice penale; i decreti penali non devono essere inclusi nel casellario giudiziale ai sensi dell'art. 25 del D.P.R. 313/2002; per entrambi i decreti penali è già intervenuta la causa estintiva di cui all'art. 460 c.p.p., ultimo comma. La società sostiene che la dichiarazione ai sensi del D.P.R. 445/2000, essendo sostitutiva di certificazione, non deve contenere riferimenti a decreti penali di condanna in quanto gli stessi, ai sensi dell'art. 25 del D.P.R. 313/2002, non sono riportati sul casellario giudiziale. Per quanto riguarda i procedimenti penali in capo all'ex direttore tecnico, la società sottolinea che i reati ascritti sono tutti estinti per cui, in conformità alla previsione dettata dall'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, essi non rilevano ai fini della causa di esclusione.

### **Ritenuto in diritto**

La fattispecie prospettata coinvolge più profili che devono essere esaminati. Un primo aspetto riguarda la mancata dichiarazione, ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000, da parte del legale rappresentante della sussistenza di decreti penali di condanna che lo riguardano in sede di dimostrazione dei requisiti di partecipazione, così come previsti dall'art. 38 del D.Lgs. 163/2006. Come già esposto in narrativa, il testo della dichiarazione era stato formulato dall'amministrazione in

un apposito modulo, denominato "Allegato E", che i concorrenti dovevano completare nelle parti bianche, timbrare e firmare. Detto modulo, al punto 14) relativo alla disposizione di cui al comma 1, lett. c), dell'art. 38, non riporta la seguente previsione " *o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile*". Detta omissione, deve rilevarsi, può aver ragionevolmente determinato nei concorrenti convincimenti non esatti, come nel caso di specie, dove il legale rappresentante ha ritenuto di non dover dichiarare la sussistenza di decreti penali di condanna. Sul punto questa Autorità si è espressa nel senso che, nel caso in cui il comportamento dell'Amministrazione abbia indotto in errore taluni partecipanti alla gara, non può risolversi in un danno per gli stessi, ed è onere dell'Amministrazione medesima ovviare all'errore scusabile ingenerato nei concorrenti, nel rispetto del principio della tutela dell'affidamento (si vedano le deliberazioni n. 68 del 13 settembre 2006, del 30 novembre 2006 n. 98 e parere n. 1/2007). Nel caso di specie, pertanto, non sembra possibile ricondurre in capo al legale rappresentante l'accusa di mendacità delle dichiarazioni, in quanto il modulo prestampato dall'amministrazione ometteva di riportare proprio il riferimento alla eventuale sussistenza di decreti penali di condanna.

Venendo al profilo attinente all'esistenza o meno dell'obbligo per la Hospital Service S.r.l. di dichiarare i decreti penali di condanna, si rileva che la sopra citata previsione del comma 1, lett. c), dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, omessa nel modulo Allegato E, prevede l'obbligo di dichiarare la presenza di decreti penali. Inoltre, circa l'argomentazione della società per cui i decreti penali di condanna non andrebbero menzionati nella dichiarazione sostitutiva di certificato, in quanto non menzionati nel casellario giudiziale, si cita a riguardo quanto previsto dall'art. 38, comma 2, del D.Lgs. 163/2006 per cui "Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione".

Quanto, poi, all'estinzione dei reati va segnalato l'avviso della Cassazione secondo cui la situazione di fatto da cui origina la causa di estinzione del reato per divenire condizione di diritto abbisogna, per espressa statuizione di legge, dell'intervento ricognitivo del giudice dell'esecuzione il quale è tenuto, nell'assolvimento di un suo preciso dovere funzionale, ad emettere il relativo provvedimento di estinzione ai sensi dell'art. 676 c.p.p. (Cass., sez. IV pen., 27 febbraio 2002, n. 11560). Pertanto, non può essere condivisa la tesi per cui entrambi i decreti penali sono da considerarsi estinti dal momento che, secondo quanto rappresentato, in ordine alla condanna emessa ai sensi dell'art. 650 c.p. non è intervenuto il provvedimento di estinzione.

E' giurisprudenza costante quella per cui, non essendo indicati dalla norma i reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale delle imprese partecipanti alle gare di appalto, spetta all'Amministrazione appaltante stabilire, motivatamente, se il reato per il quale il soggetto è stato condannato provoca, secondo il comune e ragionevole convincimento, una obiettiva incisione sulla affidabilità del condannato, sia sul piano morale, sia sul piano professionale tale da determinare l'esclusione dalla gara (per tutte Consiglio di Stato, Sez. V, 22 febbraio 2007 n. 945). Tale orientamento era stato, peraltro, assunto da questa Autorità con determinazione n. 13/2003 nella quale veniva evidenziato come le amministrazioni dovessero, nel valutare l'affidabilità morale e professionale del contraente, considerare tutti gli elementi che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali ad. es. l'elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive.

Conseguentemente, non è sufficiente l'accertamento in capo al soggetto interessato di una condanna penale, giacché il dettato normativo richiede una concreta valutazione da parte dell'amministrazione rivolta alla verifica, attraverso un apprezzamento discrezionale adeguatamente motivato, dell'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario da instaurare attraverso il contratto con l'Amministrazione stessa, senza che tale apprezzamento possa ritenersi compiuto, per implicito, attraverso la semplice enunciazione delle fattispecie di reato alla quale si riferisce la condanna. Inoltre, dal momento che la citata norma fa riferimento alla "gravità" dei reati oggetto della valutazione, elemento che presuppone una ponderazione circostanziata e selettiva degli stessi, la stazione appaltante deve valutare discrezionalmente l'incidenza di una condanna sulla moralità professionale dell'appaltatore, con riferimento al tipo di reato commesso, e fornendo, in relazione alla decisione adottata, adeguata e congrua motivazione (si veda parere dell'Autorità n. 50/2007).

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

Ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- che non è ravvisabile mendacità di dichiarazione in capo al legale rappresentante della Hospital Service S.r.l.;
- che vige l'obbligo in capo alla società di dichiarare la sussistenza di decreti penali di condanna;
- che il decreto penale di condanna emesso ai sensi dell'art. 650 c.p. non può considerarsi estinto;

- che la valutazione circa l'affidabilità morale e professionale delle imprese partecipanti alle gare di appalto, spetta all'Amministrazione appaltante sulla base delle indicazioni enunciate da questa Autorità.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 05/03/2008