

Parere n.111 del 17/07/2013

PREC 87/13/F

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Azienda Ospedaliera "Luigi Sacco" Polo Universitario di Milano - Procedura aperta per l'affidamento della fornitura ed installazione di n. 8 tavoli operatori per sale operatorie dell'A.O. Luigi Sacco - Importo a base d'asta: euro 800.000,00 - S.A.: Azienda Ospedaliera "Luigi Sacco" Polo Universitario-Milano.

Artt. 38, comma 1, lett. c) e comma 2, D.Lgs. 163/2006: obbligo di dichiarare tutti i precedenti penali a proprio carico - Applicabilità ai procuratori speciali - Esclusione

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 4 aprile 2013 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'azienda ospedaliera Luigi Sacco Polo Universitario di Milano ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla controversia di seguito descritta.

L'Azienda ha bandito una procedura aperta per l'affidamento della fornitura ed installazione di otto tavoli operatori. Tra la documentazione richiesta, a pena di esclusione, figura anche la dichiarazione sostitutiva ex DPR 445/2000 debitamente compilata e firmata digitalmente dai titolari, direttori tecnici, soci, amministratori con poteri di rappresentanza, procuratori, attestante l'assenza di condanne o procedimenti penali in corso (punto 2, pag.6, del disciplinare di gara). A tal fine, la stazione appaltante ha predisposto un modulo (Allegato 2), in cui il dichiarante doveva barrare una delle voci di seguito riportate:

- a) *"nei propri 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'art. 444 c.p.p. per reati diversi da quelli indicati dall'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lvo n. 163/2006, indicando il reato commesso, la pena applicata e l'autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento";*
- b) *"nei propri 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'art. 444 c.p.p. per reati diversi da quelli indicati dall'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lvo n. 163/2006 per le quali ha beneficiato della non menzione";*
- c) *"nei propri 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'art. 444 c.p.p. per reati diversi da quelli indicati dall'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lvo n. 163/2006, per le quali ha beneficiato della non menzione, indicando il reato commesso, la pena applicata e l'autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento".*

Tre società hanno presentato offerta: OFFICINA DI PROTESI TRENTO S.p.A.; TRUMPF MED ITALIA S.p.A.; MAQUET ITALIA S.p.A.. Nel corso della verifica della documentazione amministrativa presentata, la Commissione ha constatato che il Sig. M.B., nella sua qualità di procuratore generale/speciale della MAQUET ITALIA S.p.A aveva erroneamente compilato il suddetto Allegato 2, omettendo di dichiarare eventuali precedenti penali a suo carico.

Conseguentemente, la stazione appaltante ha chiesto a questa Autorità se l'omissione in parola, debba intendersi riferita ai requisiti previsti dall'art. 38 D.Lgs. 163/2006 e, quindi, comportare l'esclusione dalla gara *de qua*, oppure se debba intendersi riferita a requisiti ulteriori rispetto a quelli di cui all'art. 38 e comportare, quindi, l'integrazione della documentazione presentata.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità le parti interessate hanno trasmesso le proprie osservazioni in merito alla questione controversa.

In particolare la TRUMPF MED ITALIA S.p.A. ha osservato che il modello facsimile relativo alla dichiarazione sostitutiva attestante l'assenza di condanne o procedure penali in corso, predisposto dalla stazione appaltante richiedeva al dichiarante anche l'indicazione di eventuali condanne passate in giudicato o comunque definitive per reati diversi da quelli indicati dall'art. 38, comma 1, lett. c)

D.Lgs. n. 163/2006, in conformità a quanto disposto dall'art. 38, comma 2, D.Lgs 163/2006. Il disciplinare di gara, inoltre, prevedeva espressamente che tutta la documentazione amministrativa fosse debitamente compilata a pena di esclusione (punto 2 della pag. 12), conseguentemente la concorrente che non ha reso la dichiarazione richiesta deve essere esclusa dalla gara.

La società MAQUET ITALIA S.p.A. ha eccepito l'illegittimità dell'eventuale esclusione disposta ai suoi danni in considerazione dell'ambiguità del modello predisposto dalla stazione appaltante. La società, inoltre, ha contestato la mancata previsione nella *lex specialis* dell'esclusione in caso di incompletezza o omissione delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni, essendo detta sanzione espressamente prevista solo nel caso di "mancata presentazione dei documenti amministrativi di cui ai punti n.1, n.2, n.3, n.5, n.6, n.7, n.8, e n.10 (in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento) e n. 11 (in caso di RTI/Geie/Consorzi ordinari di concorrenti)" (pag. 12 del disciplinare), con la precisazione che "in caso di altre situazioni non comprese tra quelle sopra elencate, non si procederà all'esclusione dalla gara, ma sarà inviata una richiesta di regolarizzazione della

documentazione ..." (pag. 12). Conseguentemente la stazione appaltante dovrebbe disporre l'integrazione della documentazione presentata e non già l'esclusione della concorrente e ciò anche in considerazione dell'orientamento giurisprudenziale, secondo cui l'onere dichiarativo di cui all'art. 38 grava soltanto sui soggetti indicati dalla norma stessa e, pertanto, l'esclusione per la violazione di tale onere può colpire esclusivamente la condotta omissiva di questi ultimi e non anche quella dei procuratori speciali, che non sono tenuti a rendere la dichiarazione di cui trattasi (Consiglio di Stato Sez. III, 6 maggio 2013, n. 2449).

Ritenuto in diritto

La questione che viene qui in rilievo concerne la legittimità della possibile esclusione della concorrente, il cui procuratore non ha dichiarato gli eventuali precedenti penali a proprio carico. Giova premettere in punto di diritto che il legislatore impone ai soggetti, che intendono partecipare agli affidamenti pubblici, il possesso dei requisiti c.d. generali, di cui all'art. 38, comma 1, D.Lgs. 163/2006. Il concorrente è tenuto ad attestare il possesso di questi ultimi 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* (l'art. 38, comma 2, D.Lgs. 163/2006). Con le determinazioni n. 1/2010, n.1/2012, l'Autorità ha fornito indicazioni interpretative in merito alle disposizioni su richiamate, precisando, sotto il profilo oggettivo che la disposizione dell'art. 38, comma 2, D.Lgs. 163/2006 impone 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). Venendo al caso in esame, è pacifico che il sig. M.B. nella sua qualità di procuratore generale/speciale della MAQUET ITALIA S.p.A. ha ommesso di dichiarare l'esistenza o meno a proprio carico di eventuale sentenza di condanna passata in giudicato o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta per reati diversi da quelli indicati dall'art. 38, comma 1, lett. c) D.Lgs. 163/2006. In altri termini il predetto procuratore ha ommesso di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 2, D.Lgs. 163/2006. La società concorrente giustifica tale omissione in considerazione dell'ambiguità dell'espressione " *reati diversi da quelli indicati all'art. 38, comma 1, lett.c)* " e la contraddittorietà del modello di dichiarazione predisposto dalla stazione appaltante (il c.d. Allegato 2), nella parte in cui richiedeva di dichiarare di non aver riportato condanne e nel contempo di attestare di non aver beneficiato della non menzione.

L'assunto non è condivisibile, in quanto oltre ad essere all'evidenza infondato risulta smentito dallo stesso operato della concorrente.

L'espressione sopra menzionata, infatti, è chiara nella sua formulazione letterale e facilmente interpretabile anche alla luce delle determinazioni di questa Autorità n. 1/2010 e n.1/2012, pubblicate sul proprio sito internet e ad accesso libero. Inoltre, il modello di dichiarazione in esame per la parte censurata corrisponde esattamente a *l modello di presentazione della domanda (c.d. Allegato 1), predisposto dalla stazione appaltante, che non risulta né censurato né essere stato erroneamente compilato da parte della medesima MAQUET ITALIA S.p.A..*

Peraltro, trattandosi nel caso di specie di omessa dichiarazione e non di dichiarazione incompleta, come sostiene la concorrente, la stazione appaltante non potrebbe legittimamente esercitare il c.d. potere istruttorio, in quanto come più volte già precisato da questa Autorità tale potere non può essere invocato per supplire a carenze documentali prescritte a pena di esclusione, come espressamente fa il disciplinare di gara (pag. 5 e 6). Sul punto è opportuno tener presente che questa Autorità ha già chiarito 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 (cfr. AVCP, determinazione n.4/2012).

Correttamente, invece, la MAQUET ITALIA S.p.A osserva che la sanzione espulsiva non si applica in caso di omessa dichiarazione da parte dei procuratori speciali. Al riguardo occorre richiamare l'orientamento di questa Autorità, secondo cui : " il procuratore ad negotium è, in generale, escluso dall'onere di rilasciare la dichiarazione di non sussistenza delle ipotesi ostantive previste dall'art. 38, comma 1, lett. c); di conseguenza, i procuratori speciali della società muniti di potere di rappresentanza non rientrano nel novero dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive a meno che non siano titolari di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura; al tal fine non può essere considerato sufficiente il conferimento del mero potere di rappresentare la società, ivi compresa la facoltà di partecipare alle gare e stipulare contratti con la Pubblica Amministrazione (cfr. in questo senso, Consiglio di Stato, sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 134)" (cfr. AVCP,

determinazione n. 1 del 16.5.2012) .

Dalla documentazione in atti, però, non è chiaro quale sia il ruolo del sig. M.B. all'interno della società. Quest'ultimo, infatti ha reso le dichiarazioni di cui all'Allegato n.2, punti 1 e 2, in qualità di procuratore generale/speciale. Delle due l'una: o il soggetto in questione è titolare di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura ed allora ha l'onere dichiarativo di cui all'art. 38, comma 1, e comma 2, D.Lgs. 163/2006 o lo stesso è un mero procuratore speciale ed in quanto tale non soggetto alle prescrizioni di cui sopra.

Ne consegue allora che la stazione appaltante, qualora non ne sia già in possesso, deve chiedere alla concorrente tutte le eventuali procure rilasciate al Sig. M.B. e valutare se quest'ultimo sia procuratore generale o speciale. E' evidente, in virtù delle considerazioni di diritto sopra svolte, che solo nel primo caso la stazione appaltante dovrà disporre l'esclusione dalla gara della MAQUET ITALIA S.p.A., per non aver dichiarato il suo procuratore generale tutti gli eventuali precedenti penali a suo carico, come richiesto dall'art. 38, comma 2, D.Lgs. 163/2006 .

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la stazione appaltante debba accertare la qualifica del Sig. M.B. e disporre l'esclusione dalla procedura *de qua* della società MAQUET ITALIA S.p.A. solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia poteri gestori generali e continuativi.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Vice Presidente: Sergio Gallo

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 luglio 2013
Il Segretario Maria Esposito*