

Parere n. 75 del 10 aprile 2014

PREC 254/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla (... omissis ...) - "Servizio di (... omissis ...)". Importo a base di gara € (... omissis ...) - S.A. Comune di (... omissis ...).

Falsa dichiarazione. Art. 38 D.lgs 163/2006 .

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 la (... omissis ...) ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'operato della stazione appaltante che non ha disposto l'esclusione della ditta (... omissis ...), nonostante la dichiarazione resa dal socio, Sig (... omissis ...), ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, sia risultata non veritiera.

Più specificamente, in sede di gara la concorrente (... omissis ...) ha allegato dichiarazione sostitutiva resa dal sig. (... omissis ...) ai sensi dell'art. 38 comma 1, lett. c) e comma 2 del D. Lgs. n.163/2006. Il Sig. (... omissis ...) ha dichiarato di non aver riportato nessuna condanna per la quale ha beneficiato della non menzione ex art. 38 co. 2 D.Lgs. 163/2006 e che NULLA risulta a suo carico nel Casellario Giudiziale presso il Tribunale di (... omissis ...).

Tuttavia, dal Certificato del Casellario Giudiziale del Tribunale di (... omissis ...) risulta inconfutabilmente che la dichiarazione sopra riportata non è veritiera per la presenza dei seguenti due provvedimenti: sentenza della Corte di Appello di (... omissis ...), irrevocabile il (... omissis ...), di conferma della sentenza emessa dal Tribunale di (... omissis ...) per contrabbando ex art.94 L.25/09/1940 n.1424 con applicazione dell'indulto, e decreto penale del GIP Tribunale di (... omissis ...) del (... omissis ...), esecutivo il (... omissis ...) per violazione delle norme per la repressione della evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto continuato art.81 C.P., con beneficio della non menzione e sospensione condizionale della pena.

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data (... omissis ...), pervenivano memorie della stazione appaltante, della ditta istante e della controinteressata (... omissis ...).

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della mancata esclusione dalla gara in oggetto della (... omissis ...), che ha prodotto una dichiarazione resa dal socio (... omissis ...) ai sensi dell'art. 38, comma 2, relativamente al possesso dei requisiti di cui al medesimo art. 38 comma 1, lettera c), risultata non veritiera.

La stazione appaltante afferma di non aver proceduto all'esclusione della suddetta Cooperativa in quanto il sig (... omissis ...) non era tenuto a dichiarare i provvedimenti che effettivamente risultano a suo carico dal casellario giudiziale in quanto rispetto al primo di detti provvedimenti è intervenuto l'indulto, che estingue la pena, mentre con riferimento al secondo è stata concessa sia la non la menzione che la sospensione condizionale della pena.

Ritiene il Collegio quanto segue.

Innanzitutto, il comma 2 dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006 stabilisce espressamente che "Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, nè le condanne revocate, nè quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione".

La norma non lascia margini di dubbio sulle condanne che possono essere omesse in sede dichiarativa, indicando espressamente: le condanne per reati depenalizzati; i reati dichiarati estinti dopo la condanna; le condanne revocate e quelle per le quali è intervenuta riabilitazione.

Non sono contemplati né l'indulto né la sospensione condizionale della pena. Infatti, l'indulto (art. 174 c.p.) è una causa di estinzione della pena e senza la riabilitazione non produce alcun effetto estintivo del reato; la sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.) può condurre all'estinzione del reato (art. 167 c.p.), ma è necessaria una sentenza di riabilitazione in tal senso (art. 179 c.p.).

Pertanto, nessuna delle condanne riportate a carico del socio (... omissis ...) risultano rientrare tra le ipotesi esonerative dall'obbligo dichiarativo. Infatti, il Cons. Stato Sez. V Sent., 19-06-2009, n. 4031 ha stabilito che "Nella valutazione del requisito della moralità professionale di un'impresa partecipante ad una gara pubblica, non rileva la sospensione condizionale di una pena comminata dal giudice ai soggetti responsabili di detta impresa - nella specie il rappresentante legale e il direttore tecnico della società aggiudicataria - per delitti contro la p.a., poiché tale istituto concerne solo l'esecuzione della condanna, ma non incide sulla rilevanza della medesima".

In merito si è ripetutamente espressa questa Autorità (cfr. parere AVCP n.67 del 23/04/2013) ed anche il Consiglio di Stato affermando che "l'incompletezza della dichiarazione di cui all'art.38 del D. Lgs. N163/2006 (così come la sua integrale omissione) rappresenta una autonoma violazione di

legge, sanzionabile, come tale, con l'esclusione dalla gara. Una dichiarazione inaffidabile è da considerare già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara (Cons. Stato Sez. V 8/11/2012 n.5693). ...Peraltro la mancata dichiarazione di condanne penali impedisce il doveroso controllo dell'amministrazione sulla rilevanza e sulla gravità del reato e, pertanto, nel caso in cui il concorrente abbia sottaciuto l'esistenza di addebiti penali, è legittima l'esclusione dello stesso (cons. Stato Sez. V 28/09/2011 n.5406)" (C.d.S. Sez.V n.02462/2013 del 07/05/2013). L'orientamento ormai costante del Consiglio di Stato è nel senso che l'esistenza di dichiarazioni non veritiere sul possesso dei requisiti, quali la mancata dichiarazione di sentenze penali di condanna ai fini della comprova del requisito di moralità professionale, integri autonoma causa di esclusione del concorrente dalle procedure di gara, e ciò in quanto la valutazione circa la sussistenza del requisito di moralità professionale spetta esclusivamente alla stazione appaltante e non al partecipante, di tal che quest'ultimo non potrebbe mai omettere, nella dichiarazione sostitutiva da produrre in sede di gara, dati penalmente rilevanti che possano incidere sulla sua stessa partecipazione alla gara. Tuttavia, sostiene la controinteressata (... omissis ...) che il Sig. (... omissis ...) non era comunque tenuto a rendere la dichiarazione ex art. 38 in quanto mero socio senza poteri di rappresentanza. A tal proposito, stabilisce l'art. 38, comma 1 lettera c) che "l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: ... degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio".

Dalla documentazione in atti, e dalle risultanze istruttorie effettuate, non risulta se il sig. (... omissis ...) rientri in una delle suddette categorie soggettive, con la conseguenza che sarà onere della stazione appaltante verificare la sussistenza in capo a quest'ultimo dell'obbligo di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lettera c) del Codice, e ciò in ragione della effettiva posizione dallo stesso rivestita all'interno della compagine sociale.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la Stazione appaltante debba verificare la posizione del Sig. (... omissis ...) all'interno della compagine sociale della (... omissis ...) al fine di stabilire se lo stesso rientra nell'ambito della categorie soggettive indicate all'art. 38 comma 1 lettera c) per le quali sussiste l'obbligo di dichiarare tutte le condanne riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2014

Il Segretario: Maria Esposito