

## **Parere n.173 del 23/10/2013**

### **PREC 149/13/S**

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 (...) – “Procedura aperta per l’appalto della gestione dei servizi socio assistenziali in favore di anziani, disabili e minori” – Data di pubblicazione del bando: (...) – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro (...) – S.A.: Comune di (...).

**Art. 38, commi 1 e 2, Dlgs. n. 163/2006 e s.m.i. – Requisiti di ordine generale. Dichiarazioni sostitutive, condanne penali con beneficio della non menzione e moralità professionale.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

#### **Ritenuto in fatto**

In data (...) è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale viene richiesta una pronuncia di questa Autorità, in merito ai seguenti quesiti:

- 1) se la dichiarazione presentata tardivamente circa l’esistenza di sentenza di condanna, seppur con il beneficio della non menzione (art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006) possa far configurare l’autodichiarazione resa in sede di gara, nella fase di esame della documentazione amministrativa, come mendace e quindi causa di esclusione, ai sensi dell’art. 38, comma 1-ter dell’anzidetto decreto;
- 2) se i reati commessi dal L.R. dell’impresa incidano sulla moralità professionale della ditta e siano motivo di esclusione dalla gara, atteso che il servizio oggetto dell’appalto riguarda tra l’altro la cura a “persone anziane e persone in difficoltà le quali hanno bisogno di assistenza nello svolgimento delle attività quotidiane”.

Premette il Comune istante che, dopo la fase di esame e valutazione da parte della Commissione di gara dei progetti gestionali presentati dalle due ditte partecipanti e prima dell’apertura dell’offerta economica, è pervenuta, in data (...), una nota da parte della (...), con la quale, ad integrazione della dichiarazione presentata in sede di gara, ai sensi dell’art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., la stessa dichiara che nei confronti del proprio Amministratore unico è stata emessa una sentenza di applicazione della pena su richiesta (Artt. 444-445 CPP), divenuta irrevocabile l’(...), per frode nell’esercizio del commercio e la vendita di sostanze alimentari non genuine, reati meglio descritti nella dichiarazione integrativa allegata alla richiesta di parere in oggetto.

All’istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità con nota prot. n. (...) del (...), hanno fatto seguito, in data (...), le deduzioni della (...) che, in merito al quesito sub 1), ha sottolineato la buona fede che ha indotto l’ormai ex amministratore unico (in quanto detta carica sociale è stata revocata dall’assemblea dei soci in data (...), non appena venuto a conoscenza da parte del proprio legale della sentenza ex art. 444 c.p.p., ad integrare la dichiarazione resa in sede di gara, aggiungendo che comunque la prima dichiarazione non è tacciabile di mendacio essendosi limitata a riprodurre la formula del bando che non fa riferimento alla specifica causola di esclusione predetta. Talché, secondo il deducente, nessun addebito gli può essere contestato per essere stato indotto in errore dalla clausola del bando di gara, trattandosi semmai di una mera ipotesi di regolarizzazione ai sensi dell’art. 46.

In merito, poi, al quesito sub 2), il deducente esclude che possa ravvisarsi l’ipotesi di fatto di reato incidente sulla moralità professionale che, comunque, la S.A. è tenuta ad accertare prima di qualsiasi provvedimento incidente negativamente nella sfera giuridica dell’operatore economico.

## **Considerato in diritto**

I quesiti all'esame dell'Autorità riguardano, ai fini dell'esclusione dalla gara, limiti e vincoli della regola generale dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 Dlgs. n. 163/2006 e s.m.i. ed eventuale sentenza di condanna di applicazione della pena su richiesta delle parti, con beneficio della non menzione con la conseguente incidenza o meno del/dei relativo/i reato/i sulla moralità professionale dell'operatore economico.

Occorre, innanzitutto, evidenziare che con il disciplinare di gara è stato richiesto, a pena di esclusione, di produrre all'interno della busta "A", una dichiarazione ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, sottoscritta dal titolare o dal legale rappresentante, con la quale il concorrente dichiara, per quanto ne occupa, che: "nei propri confronti, nonché nei confronti della società che rappresenta, non ricorre alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. dalla lettera a) alla lettera m-quater)". Non rileva, pertanto, la questione circa una accorta lettura delle norme applicabili alla fattispecie di cui si tratta, in quanto è provato per tabulas che la stazione appaltante ha deciso, a monte, di acquisire la dichiarazione di cui si tratta in modo completo e totalizzante. A tale riguardo, si richiama il precedente parere di precontenzioso n. 99/2013, in cui si è osservato quanto segue: "... la clausola della *lex specialis* deve essere completata con quanto espressamente disposto dall'art. 38, comma 2, Dlgs. n. 163/2006, in virtù sia del richiamo ivi contenuto a tale disposizione legislativa sia del principio di eterointegrazione della *lex specialis* con le norme imperative, nel cui novero va ricompreso l'art. 38 attesa la sua finalità di ordine pubblico". La regola di gara, peraltro, si pone in coerenza con l'indirizzo giurisprudenziale formatosi sulla portata dell'art. 38, comma 1, lett. c), secondo cui è rimesso alla stazione appaltante il giudizio in ordine all'effettiva incidenza (o meno) sulla affidabilità e moralità professionale delle eventuali condanne riportate dai concorrenti, con la conseguenza che questi hanno comunque il dovere di indicare tutte le condanne riportate in modo da rendere possibile detta verifica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1378; sez. V, 28 settembre 2011, n. 5406; sez. IV, 1 aprile 2011, n. 1066; sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 782; id., 21 dicembre 2010, n. 9324; sez. V, 11 maggio 2010, n. 2822; id., 2 febbraio 2010, n. 428; sez. IV, 10 febbraio 2009, n. 740; sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723; sez. IV, 1 ottobre 2007, n. 5053). A tale riguardo, si richiama anche il precedente parere di precontenzioso n. 8/2013, in cui si è osservato, tra l'altro, quanto segue: "... l'Autorità ha sottolineato, quanto al contenuto della dichiarazione sostitutiva, che questa deve avere i caratteri della completezza, correttezza e veridicità, sufficienti a dimostrare il possesso dello specifico requisito di gara e consentire il controllo *ex post* da parte della stazione appaltante".

In particolare, va condiviso l'orientamento del Consiglio di Stato, secondo cui: "nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni già di per sé costituisce un valore da perseguire perché consente, anche in coerenza con il principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara: pertanto, una dichiarazione inaffidabile, perché falsa o incompleta, è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti o non di partecipare alla procedura competitiva"(C.d.S, III, 16.3.2012, n. 1471. In termini confermativi, C.d.S, n. 2946/12; n. 6223/12).

È evidente, allora, che la pacifica omissione dell'indicazione di cui si tratta ha comportato non solo la violazione delle specifiche regole di gara approntate dalla S.A. ma, più in radice, anche della puntuale prescrizione di cui all'art. 38.

Aggiungasi che la legittimità della esclusione dalla gara in oggetto si evidenzia, altresì, tenuto conto che la completezza delle dichiarazioni, costituisce *ex se* un valore da perseguire perché consente - anche in ossequio ai principi di buon andamento dell'amministrazione, di proporzionalità e di par condicio dei concorrenti - a seconda del momento in cui viene effettuata la verifica, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara, ovvero, la celere conclusione dell'iter concorsuale con la stipula del contratto in favore dell'aggiudicatario.

Conseguentemente, una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, e ciò a prescindere dal fatto se l'impresa meriti o

meno, nella sostanza, di partecipare alla gara o di stipulare il contratto (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5 giugno 2013, n. 5625).

Sebbene il disciplinare di gara non prevedesse espressamente che nell'ambito della dichiarazione sostitutiva, attestante l'inesistenza delle cause di esclusione ex art. 38, comma 1, D.Lg.vo n. 163/2006, dovessero essere indicate anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione e che sarebbe stata causa di esclusione dalla gara la mancata o incompleta o irregolare presentazione di uno dei documenti richiesti ovvero il mancato rispetto di una qualsiasi delle formalità stabilite, la non rilevanza dei reati sulla moralità professionale non può certo essere rimessa all'apprezzamento soggettivo degli stessi concorrenti. Cioè l'art. 38, comma 1, lett. c), D.Lg.vo n. 163/2006 va interpretato nel senso che impone alle imprese, partecipanti ad un procedimento di evidenza pubblica in concorrenza con altri operatori economici, l'obbligo di autodichiarare l'esistenza di tutte le sentenze di condanna riportate dai loro amministratori con potere di rappresentanza, al fine di consentire poi all'Amministrazione appaltante di effettuare tutte le valutazioni circa l'effettiva incidenza di tali condanne sulla moralità professionale delle stesse imprese concorrenti.

Sicché, nemmeno potrebbe essere invocata, nella specie, la primazia dell'interesse pubblico alla concorrenza, per impedire l'emanazione del provvedimento di esclusione dalla gara basato sull'incompletezza e/o equivocità delle clausole della *lex specialis*.

Dunque, deve ritenersi che la disposizione del disciplinare di gara, che obbligava i partecipanti alla procedura aperta in esame ad allegare all'offerta la dichiarazione sostitutiva predetta onerava l'Amministratore unico in rappresentanza della Cooperativa, a dichiarare anche la riportata sentenza di patteggiamento ex art. 444 C.P.P. con relativo beneficio della non menzione, provvedimenti giurisdizionali questi non indicati nel certificato del Casellario giudiziale a richiesta dei privati. Sul punto, risultano irrilevanti i riferimenti, dedotti dalla Cooperativa, relativi alla fattispecie di cui la Sentenza ex art. 444 C.P.P. in questione, poiché, dalla ratio della prefata norma del Codice dei contratti pubblici, si ricava agevolmente che costituiscono circostanza incidente sull'affidabilità morale dell'impresa nel suo complesso anche i reati commessi dai direttori e dagli amministratori con potere di rappresentanza tenuto conto della rilevanza e del ruolo di tali soggetti nell'organigramma aziendale e dei poteri ad essi spettanti. Perciò, deve ritenersi che tali circostanze provochino un'attenuazione della moralità complessiva dell'impresa concorrente e conseguentemente una limitazione della capacità della stessa di intrattenere rapporti di fiducia contrattuale con le Amministrazioni committenti.

Inoltre, non risulta nemmeno conferente alla fattispecie qualsiasi riferimento analogico alla possibilità di produrre integrazioni documentali finalizzate a chiarire il contenuto delle dichiarazioni sostitutive ex art. 38 D.Lg.vo n. 163/2006, tenuto pure conto che un tale potere di soccorso violerebbe il fondamentale principio della *par condicio* tra i concorrenti nei procedimenti di evidenza pubblica.

Pertanto, sulla base degli elementi acquisiti, non può ritenersi, a tutta prima, che l'ex amministratore unico della Cooperativa istante, abbia reso con dolo una falsa dichiarazione, ai sensi della distinta fattispecie riconducibile al comma 1-ter della norma in argomento (introdotto dall'art. 4, comma 2, lett. b, n. 3, D.L. n. 70/2011 conv. nella L. n. 106/2011 e poi modificato dall'art. 20, comma 1, lett. d, D.L. n. 5/2012 conv. nella L. n. 35/2012), con il quale è stato attribuito alla competenza esclusiva dell'AVCP il potere di esaminare e valutare le false dichiarazioni nelle procedure di gara, ai fini dell'irrogazione della sanzione di esclusione da tutte le gare, determinandone anche il periodo di esclusione comunque fino ad un massimo di 1 anno (e perciò anche per pochi giorni, non avendo il Legislatore stabilito una pena minima) dalla relativa iscrizione nel Casellario Informativo della predetta Autorità.

Per tali ragioni, del tutto legittima deve ritenersi l'esclusione dalla gara della (...), trattandosi di sanzione scaturente dall'art. 38 co. 1, lett. c) e co. 2 Dlgs. n. 163/06, rispettosa, come tale, del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare sancito dall'art. 46, co. 1-bis del Codice

degli appalti.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara in oggetto della (...) e conseguentemente doverosa la segnalazione di cui al comma 1-ter dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 novembre 2013

Il Segretario Maria Esposito