

Parere n. 35 del 13/03/2013

PREC 270/12/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da [omissis] – Affidamento del servizio di manutenzione ordinaria degli impianti elevatori, montascale, montacarichi e piattaforme installate presso [omissis] – Importo a base di gara €[omissis] – S.A. [omissis] –

Art. 38, comma 1, lett. c, D.Lgs. 163/2006: procuratore speciale - obbligo di dichiarare tutte le condanne penali riportate – ipotesi eccezionale

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 17 ottobre 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale [omissis] ha chiesto un parere in merito alla procedura in oggetto.

In particolare, la stazione appaltante ha rappresentato di aver proceduto ex art. 125, commi 10 e 11, D.Lgs. 163/2006 ad adottare gli atti propedeutici all'affidamento del servizio di manutenzione sopra indicato e di aver riscontrato, in sede di verifica dei requisiti dell'aggiudicataria provvisoria, una difformità tra quanto dichiarato dal procuratore della società e quanto risulta dal certificato del casellario giudiziale di quest'ultimo. Tale documento, infatti, menziona una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti per lesioni personali colpose e violazione del T.U. sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro a carico del predetto procuratore, mentre lo stesso ha dichiarato ai sensi del DPR 445/2000 che *“nel casellario giudiziale e nei carichi pendenti del Tribunale di [omissis] a proprio nome risulta nulla”*.

A seguito dell'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità l'aggiudicataria provvisoria ha ribadito la correttezza del proprio operato. In particolare ha fatto presente che il procuratore in questione non ha alcun ruolo diretto nell'appalto *de quo* e lo stesso ha concordato nel 1993 l'applicazione di una pena in relazione ad una violazione contravvenzionale, che, quindi, non è sintomatica di alcun legame con la criminalità organizzata o di alcuna propensione a delinquere. La società, inoltre, ha fatto presente che, alla luce delle disposizioni di legge vigenti sino all'anno 2005 e della giurisprudenza della Cassazione, le sentenze di accoglimento della richiesta concordata di applicazione della pena rese nel periodo che va dall'introduzione del codice di procedura penale nel 1990 sino all'anno 2005 non possono essere considerate delle sentenze di condanna.

Ritenuto in diritto

La questione che viene qui in rilievo concerne l'obbligo o meno del procuratore dell'aggiudicataria provvisoria di dichiarare l'esistenza a sua carico di una sentenza patteggiata ex art. 444 c.p.p. per il reato di cui trattasi.

Al riguardo occorre preliminarmente considerare che il legislatore ha disciplinato all'art. 38, comma 1, D.Lgs. 163/2006 diverse cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e di preclusione alla stipulazione dei conseguenti contratti, tra cui quella che qui rileva, derivante dalla pronuncia in relazione ad alcuni reati di sentenze di condanna passate in giudicato o di decreti penali di condanna irrevocabili o di sentenze di applicazione della pena su richiesta per determinati reati (art. 38, comma 1, lett.c, primo periodo, D.Lgs. 163/2006).

Quanto all'ambito soggettivo di applicazione di quest'ultima disposizione, il legislatore ha precisato che nel caso di società di capitali, l'esclusione ed il divieto in parola operano se siano stati emessi una sentenza o un decreto penale di condanna a carico direttore tecnico o degli

amministratori con poteri di rappresentanza o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci (art. 38, comma 1, lett.c, secondo periodo, D.Lgs. 163/2006). A ben vedere il legislatore ha menzionato nella norma in esame coloro che, in virtù della peculiare posizione assunta nell'ambito societario, sono in grado di trasmettere con la loro condotta la riprovevolezza del proprio comportamento alla società per la quale operano.

Conseguentemente, l'Autorità ha chiarito che *“il procuratore ad negotium è, in generale, escluso dall'onere di rilasciare la dichiarazione di non sussistenza delle ipotesi ostative 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. AVCP, determinazione n. 1 del 16.5.2012; in questo senso, Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 134; TAR Toscana, Sez. I, n.2074 del 20.12.2012).

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione della norma in esame, si osserva che in virtù dell'art. 38, comma 2, D.Lgs. 163/2006, il concorrente attesta il possesso dei requisiti 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. Ai fini del comma 1, let.c, il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa né le condanne revocate né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione”*.

L'Autorità si è espressa più volte sul significato da attribuire alla predetta disposizione, da ultimo con la determinazione n. 4 del 2012 dove ha ribadito 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*.

L'obbligo del concorrente di dichiarare tutti i precedenti penali subiti prescinde anche da una qualsiasi valutazione, che egli 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 deliberare 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) e non come vorrebbe l'aggiudicataria in ipotesi di c.d. patteggiamento ex art. 444 c.p.p. Al riguardo anche la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto che *“poiché anche le sentenze (...) patteggiate potrebbero incidere sulla moralità professionale e perciò potrebbero costituire un ostacolo all'ammissione ad un procedimento di evidenza pubblica, i concorrenti ad una gara di pubblico appalto devono attestare con apposita autodichiarazione, oltre alla mancanza delle sentenze di condanna definitiva che vengono indicate nel certificato del casellario giudiziale a richiesta dei privati (...) anche l'assenza di sentenze definitive di condanna con il beneficio della non menzione, nonché, come nel caso di specie, l'assenza di sentenze patteggiate (per le quali non è stata ottenuta l'amnistia, la riabilitazione o l'estinzione ex artt. 167 o 445 c.p.p. per decorso del tempo senza aver commesso un altro reato) e l'assenza di reati puniti con la sola pena pecuniaria, in quanto deve essere consentita all'Amministrazione appaltante la possibilità di effettuare una valutazione anche della rilevanza di tali condanne sull'affidabilità morale e professionale di ogni*

*partecipante ad un procedimento di evidenza pubblica. Per cui l'attestazione sui requisiti di moralità professionale, che non contenga il riferimento ad una sentenza di patteggiamento, va equiparata alla stregua di una falsa dichiarazione, che ai sensi dell'art. 17, c. 1, lett. m), D.P.R. n. 34/2000 va sanzionata con l'esclusione dalla gara" (cfr. Cons. Stato Sez. VI, n. 1909 del 06.04.2010; Cons. Stato, Sez. V, n.1723 del 12.4.2007; Cons. Stato, Sez. V, n.3466 del 28.5.2004). Venendo al caso in esame, dalla documentazione trasmessa dalla stazione appaltante non risulta che quest'ultima abbia verificato al di là della qualifica formale del procuratore in questione, le funzioni sostanziali svolte da quest'ultimo. Pertanto, alla luce di quanto sopra esposto al fine del corretto svolgimento dell'azione amministrativa, è necessario che [omissis] completi le verifiche in corso, acquisendo copia della procura rilasciata dall'aggiudicataria provvisoria al proprio procuratore e valuti se lo stesso sia titolare di poteri gestori generali e continuativi. Inoltre, trattandosi di società di capitali, la stazione appaltante dovrà verificare, nel caso in cui detta società abbia meno di quattro soci, se il procuratore ad negotia rivesta al contempo la qualifica di socio di maggioranza, dovendo evidentemente anche tali soggetti rendere la suddetta dichiarazione in forza dell'art. 38, comma 1, lett. c). In caso in cui l'accertamento abbia esito positivo, il procuratore in questione avrebbe dovuto rendere la dichiarazione di non sussistenza a suo carico delle ipotesi ostative previste dall'art. 38, comma 1, lett.c), elencando tutte le condanne riportate, ivi compresa quella applicata a seguito di patteggiamento. La stazione appaltante, in caso tal caso, tenuto conto che la dichiarazione in questione è stata resa in modo incompleto, dovrà procedere alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria in capo alla [omissis] s.p.a per violazione dell'art. 38, comma 2, D.Lgs. 163/2006, all'esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura *de qua* ed alla segnalazione del fatto all'Autorità ai sensi dell'art. 38, comma 1ter, D.Lgs. 163/2006. In caso in cui l'accertamento abbia esito negativo, poiché il procuratore in questione non avrebbe dovuto rendere la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett.c), l'incompletezza della stessa non pregiudica l'aggiudicazione definitiva a favore della [omissis] s.p.a.*

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la stazione appaltante debba verificare, nel caso in cui i soci della società di capitali [omissis] s.p.a. siano meno di quattro, se il procuratore ad negotia rivesta al contempo la qualifica di socio di maggioranza; acquisire la procura rilasciata dall'aggiudicataria provvisoria al suddetto procuratore al fine di valutare se lo stesso sia titolare di poteri gestori generali e continuativi e, all'esito, procedere all'assunzione dei provvedimenti come sopra indicato.

Il Consigliere Relatore: Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data in data 4 aprile 2013

Il Segretario Maria Esposito