

## **Parere n.77 del 16/05/2012**

### **PREC 71/12/S**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Direzione Regionale Per i Beni Culturali e Paesaggistici [omissis] – Procedura ristretta semplificata per la “*Concessione di servizi aventi ad oggetto la gestione di un sistema territoriale di servizi al pubblico, ai sensi dell’art. 117 d.lgs. 42/2004, dei siti museali e archeologici di [omissis] e [omissis]*” – Importo a base d’asta : € [omissis] – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Direzione Regionale Per i Beni Culturali e Paesaggistici [omissis].

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 21 febbraio 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale la Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici [omissis] ha chiesto un parere in merito al comportamento tenuto nei confronti dell’ATI [omissis], che, dopo essere risultata aggiudicataria provvisoria della gara in oggetto, è stata esclusa in quanto sarebbero emerse, relativamente al sig. [omissis], legale rappresentante della mandante, l’[omissis], difformità rispetto alla dichiarazione resa in sede di gara “*tali da impedire di addivenire all’aggiudicazione definitiva*” in favore dell’ATI[omissis].

Più specificamente, in sede di verifica dei requisiti di cui all’art. 38 del d.lgs n. 163/2006 e dall’acquisizione del Certificato del Casellario Giudiziale è emerso che nel 1989 è stata emessa nei confronti del sig. [omissis] una condanna alla pena di circa 100 mila lire per il reato di cui agli artt 282, D.P.R. 43/1973, e 1, 67, 69, 70 D.P.R. 633/1972 (*Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio ai sensi dell’art. 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205*).

La condanna in parola, relativa ad un reato non dichiarato in sede di gara e, a detta della stazione appaltante, non depenalizzato, era stata emessa circa venti anni prima la pubblicazione della gara in oggetto per avere l’attuale rappresentante legale della società [omissis], introdotto nel territorio dello Stato italiano, in violazione del prescrizioni doganali, un lettore di compact disk.

Con nota del 20 dicembre 2011, la società in contestazione ha comunicato alla stazione appaltante che, con accluso provvedimento del Giudice dell’esecuzione datato 5 dicembre 2011, la suddetta sentenza di condanna era stata revocata, tant’è che con successiva nota del 16 gennaio 2012, la stessa ha presentato *Istanza di riesame ai fini dell’esercizio del potere di annullamento in autotutela*”.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 28 marzo 2012, la ditta [omissis], ha dedotto l’insussistenza dell’obbligo di dichiarare la condanna in questione, ex art. 38 d.lgs. n. 163/06, in quanto tale condanna sarebbe stata pronunciata con riferimento ad una

fattispecie già da tempo depenalizzata, di lievissima entità e non incidente sulla moralità professionale dell'impresa.

Con nota del 6 aprile 2012, la Società [omissis], mandataria dell'A.T.I. in parola, ha confermato quanto rappresentato dalla mandante e ribadito che il reato in parola sarebbe stato depenalizzato per effetto del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507.

### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la correttezza del comportamento tenuto dalla stazione appaltante nei confronti dell'ATI con Capogruppo [omissis], per le ragioni evidenziate in fatto.

La norma che qui viene in rilievo è l'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006 che espressamente dispone l'esclusione dalla gara per l'affidamento di appalti pubblici del soggetto nei cui confronti sia 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'articolo 444 del c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale. Alla luce della formulazione della norma si afferma in giurisprudenza che *“Condizioni perché l'esclusione consegua alla condanna sono la gravità del reato, e il riflesso dello stesso sulla moralità professionale. La gravità del reato deve, quindi, essere valutata in relazione a quest'ultimo elemento, ed il contenuto del contratto oggetto della gara assume allora importanza fondamentale al fine di apprezzare il grado di "moralità professionale" del singolo concorrente”* (cfr. Cons. Stato Sez. VI Sent., 04-06-2010, n. 3560).

Il quesito di fondo posto dalla Stazione Appaltante istante è se costituisca condotta significativa ai fini dell'esclusione del concorrente la semplice circostanza della omessa dichiarazione di una condanna penale o se invece sia possibile accedere ad una valutazione sostanzialistica che consenta di dirimere la questione a seconda della possibile rilevanza della condanna non dichiarata sulla moralità professionale del concorrente.

Ebbene, occorre al riguardo dar conto di un orientamento che in giurisprudenza si è andato affermando negli ultimi tempi, secondo cui *“è illegittimo il provvedimento di esclusione da una gara adottato da una stazione appaltante nei confronti di un concorrente che abbia omesso di rendere la dichiarazione relativa ad una condanna riguardante una fattispecie non più contemplata dalla legge come reato.* (cfr. Cons. Stato Sez. V, 24-03-2011, n. 1795; v. anche Cons. Stato Sez. V, 09-11-2010, n. 7973).

Va inoltre specificato, quale indice sintomatico di un preciso *trend* normativo del tutto coerente con la linea interpretativa seguita dal Consiglio di Stato, che il d.l. 13.5.2011 n. 70 (convertito, con modificazioni, dalla l. 12.7.2011, n. 106) ha modificato il testo dell'art. 38, comma 2, del codice dei contratti pubblici, precisando che *“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”*. Tale norma, ancorché non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, è segno inequivocabile dell'orientamento assunto dal legislatore nel senso che il reato depenalizzato non può costituire reato grave in grado di incidere sulla moralità professionale. Anche questa Autorità, con la Determinazione n. 1 del 12 Gennaio 2010 (*“Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli*

*affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi”)* ha avuto modo di evidenziare che la gravità del reato costituisce “*un ulteriore elemento che deve essere oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante rientrando, quindi, nell'ambito di quell'attività di ponderazione circostanziata e selettiva che la stessa è chiamata a svolgere a fronte della singola, concreta, fattispecie di reato, prendendo in esame tutti gli elementi che possono incidere negativamente sul vincolo fiduciario quali, ad esempio, l'elemento psicologico, l'epoca e la circostanza del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive, il bene lesa dal comportamento delittuoso, in relazione anche all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto*”.

Tornando al caso di specie, deve rilevarsi come non sia revocabile in dubbio che la fattispecie di reato per la quale è intervenuta condanna nei confronti del legale rappresentante de [omissis], sia stata interessata da un fenomeno di *abolitio criminis*.

Va posto in debita evidenza che nei confronti del soggetto in questione è stata emessa, nel 1989, sentenza di condanna alla pena di circa £ 100 mila per il reato previsto e punito all'art. 282 D.P.R. n. 43/73 e al D.p.r. n. 633/73, per aver introdotto nel territorio dello Stato italiano, in violazione delle prescrizioni doganali, un lettore di *compact disk*.

Ebbene, tale condotta penalmente rilevante deve ritenersi depenalizzata per effetto dell'intervento del d.lgs. n. 507/99, tant'è che detta sentenza di condanna è stata revocata dal giudice dell'esecuzione e, per l'effetto dichiarata “*cessata l'esecuzione della pena e degli effetti penali perché il fatto non è previsto dalla legge come reato*”. A nulla rileva che tale revoca sia intervenuta soltanto in data 5 dicembre 2011, ovvero successivamente alla disposta esclusione dalla gara, in quanto essa costituisce applicazione di una legge risalente al 1999 e quindi di gran lunga antecedente al momento della partecipazione della ditta alla gara in questione.

Ad ogni modo, assume rilievo dirimente la circostanza che non si rinviene nell'orbita di *lex specialis* (“*Sollecitazione alla domanda di partecipazione*”) alcuna disposizione che preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, contenendo esclusivo riferimento alla gravità dei reati e alla loro incidenza sulla moralità professionale.

Tanto premesso, allo specifico quesito posto dall'istante, e cioè se la semplice omissione della citata pronuncia di condanna, in sede di dichiarazione circa il possesso dei requisiti di ordine generale, costituisca valido motivo di esclusione, deve risponderci negativamente dovendosi escludere ogni forma di automatismo, di guisa che la Stazione Appaltante è chiamata ad effettuare una ponderata valutazione della gravità del reato a suo tempo contestato e della sua incidenza sulla moralità professionale.

In base a tutto quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'ATI [omissis], non sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 maggio 2012*

Il Segretario: Maria Esposito