

PARERE N. 205 DEL 5/12/2012

PREC 245/12/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] – “Fornitura di uno scuolabus di tipo ecologico”- Importo a base d’asta € 59.500,00 – S.A. [omissis].

Omessa dichiarazione condanne penali. Onere imposto dalla lex specialis di gara. Revoca aggiudicazione. Art. 38 co. 2 D.Lgs. 163/2006. Legittimità.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 2 ottobre 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale [omissis], in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità della revoca dell’aggiudicazione disposta in favore di un’impresa che non aveva dichiarato di aver subito due condanne penali passate in giudicato.

In particolare, la stazione appaltante, in sede di verifica del possesso dei requisiti di ordine generale in capo alla aggiudicataria definitiva, [omissis] (aggiudicazione definitiva del 27.10.2012), ha accertato, consultando il casellario giudiziale integrale richiesto alla Procura della Repubblica di [omissis], l’esistenza, a carico del socio e rappresentante legale, di due condanne penali per furto passate in giudicato, di cui una con beneficio della non menzione ed entrambe soggette a sospensione condizionale della pena, risalenti, rispettivamente, al 1983 e al 1988.

La stazione appaltante, pertanto, in ragione della incompletezza della dichiarazione resa ai sensi dell’art. 38, comma 2 del Codice, ha provveduto a revocare l’aggiudicazione disposta in favore della ditta [omissis], a richiedere l’incameramento della cauzione e ad effettuare la segnalazione all’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 15 novembre 2012, la ditta [omissis] ha ribadito la illegittimità della propria esclusione in quanto non aveva conoscenza né conoscibilità delle condanne penali a carico del socio e legale rappresentante [omissis].

Ritenuto in diritto

La questione che viene qui in rilievo concerne la legittimità della revoca dell’aggiudicazione provvisoria e definitiva disposta nei confronti della ditta [omissis] in quanto, in seguito alla verifica del possesso dei requisiti soggettivi ex art. 38, è stata accertata l’esistenza di due sentenze di condanna per furto passate in giudicato, una risalente al 1983 ed una al 1988, non dichiarate.

L’esclusione è legittima.

L’allegato 1 al disciplinare di gara (modello di istanza di partecipazione) stabilisce espressamente che “*Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva...in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione (art. 38 comma. 2...)*”.

Il comma 2 dell’art. 38, stabilisce che “2. 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, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione”.

Come specificato nella determinazione dell’Autorità n. 4 del 10 ottobre 2012, la dichiarazione di cui all’art. 38, comma 2, deve essere completa e, con particolare riferimento alla lettera c) del comma 1 dell’art. 38, tale dichiarazione 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, la cui valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante. 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. (cfr parere AVCP 16 maggio 2012, n. 74 e Cons. St., sez III, 3 marzo 2011, n. 1371).

Secondo un costante orientamento giurisprudenziale, infatti, indipendentemente dalla presenza di un espresso riscontro nella normativa di gara, l’operatività dell’art.38, globalmente inteso, deve ammettersi in virtù della dovuta etero integrazione delle disposizioni del bando di gara, concernenti il contenuto delle offerte, con le prescrizioni legislative di natura obbligatoria e tassativa contenute nel Codice dei Contratti pubblici (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez.III, 29 novembre 2010, n.2734). Ciò in forza del generale principio della necessaria etero integrazione della *lex specialis* con le norme di legge di natura imperativa aventi un chiaro contenuto di ordine pubblico, cui la stazione appaltante non può derogare (cfr. In tal senso, Cds, sez. V, 24 gennaio 2007, n.256).

Nel caso di specie, invece, è la stessa disciplina di gara a richiedere che nella dichiarazione da rendere ai sensi dell’art. 38, comma 2 del Codice, vengano indicate tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali il concorrente abbia beneficiato della non menzione. Ne consegue la legittimità del provvedimento di revoca adottato dalla stazione appaltante, per avere il concorrente omesso una dichiarazione prescritta dal bando (T.A.R. Trento Trentino Alto Adige, sez. I, 07 giugno 2010, n. 151; C.d.S. Ad. Plen n. 21 del 07.06.2012).

Peraltro, nelle procedure di evidenza pubblica, la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente (in ossequio al principio di buon andamento dell’amministrazione e di proporzionalità) la celere decisione in ordine all’ammissione dell’operatore economico alla gara, con la conseguenza ulteriore che una dichiarazione inaffidabile (perché falsa e incompleta) è già di per se stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma (T.A.R. Cagliari Sardegna, sez. I, 23 maggio 2012, n. 508).

Inoltre, trattandosi di un’autocertificazione che avrebbe dovuto rendere personalmente il socio rappresentante legale, non è possibile configurare la buona fede in ordine alla omessa dichiarazione di alcune condanne penali.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che [omissis] abbia legittimamente disposto la revoca dell’aggiudicazione provvisoria e definitiva nei confronti di [omissis] per omessa dichiarazione dei precedenti penali ex art. 38 comma 2 D.Lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 dicembre 2012
Il Segretario Maria Esposito