

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

Con la recente Decisione n. 3884 del 7.8.2015 la Sezione V del Consiglio di Stato ha indicato alcune regole di condotta per quanto attiene all'onere dichiarativo prescritto dall'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, per le società che partecipano a gare, di elencare tutte le sentenze di condanna riportate dai soggetti tenuti.

Nella fattispecie, il concorrente-aggiudicatario, nell'ambito di una procedura selettiva, aveva omesso di dichiarare una vecchia pronuncia di condanna per gioco d'azzardo a carico del proprio Direttore Tecnico.

Confermando la sentenza n. 721/2013 del T.A.R. Puglia, sez. I – sede di Lecce, il Consiglio di Stato ha stabilito che :

"a) la valutazione della gravità delle condanne riportate dai concorrenti e la loro incidenza sulla moralità professionale spetta esclusivamente alla stazione appaltante e non già ai concorrenti, i quali sono tenuti ad indicare tutte le condanne riportate, non potendo essi operare alcun filtro, ciò implicando un giudizio meramente soggettivo inconciliabile con la ratio della norma (ex pluribus, Cons. St., sez. V, 17 giugno 2014, n. 3092; 24 marzo 2014, n. 1428; 27 gennaio 2014, n. 400; 6 marzo 2013, n. 1378; sez. IV, 22 marzo 2012, n. 1646; 19 febbraio 2009, n. 740);

b) la completezza e la veridicità (sotto il profilo della puntuale indicazione di tutte le condanne riportate) della dichiarazione sostitutiva di notorietà rappresentano lo strumento indispensabile, adeguato e ragionevole, per contemperare i contrapposti interessi in conflitto, quello dei concorrenti alla semplificazione e all'economicità del procedimento di gara (a non essere, in particolare, assoggettati ad una serie di adempimenti gravosi, anche sotto il profilo strettamente economico, come la prova documentale di stati e di qualità personali, che potrebbero risultare inutili o ininfluenti) e quello pubblico, delle amministrazioni appaltanti, di poter verificare con immediatezza e tempestività se ricorrono ipotesi di condanne per reati gravi che incidono sulla moralità professionale, potendo così evitarsi ritardi e rallentamenti nello svolgimento della procedura ad evidenza pubblica di scelta del contraente, così realizzando quanto più celermente possibile l'interesse pubblico perseguito con la gara di appalto (Cons. St., sez. V, 1378 del 6 marzo 2013; sez. VI, 10 dicembre 2012, n. 6291; sez. III, 17 agosto 2011, n. 4792), così che la sola mancata dichiarazione dei precedenti penali o di anche solo taluno di essi, indipendentemente da ogni giudizio sulla loro gravità, rende legittima l'esclusione dalla gara (Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2012, n. 1646; sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2597);

c) anche in assenza di un'espressa comminatoria nella lex specialis, stante la eterointegrazione con la norma di legge, l'inosservanza dell'obbligo di rendere al momento della presentazione della domanda di partecipazione le dovute dichiarazioni previste dall'art. 38 del D. lgs. n. 163 del 2006 comporta l'esclusione del concorrente, senza che sia consentito alla stazione appaltante disporre la regolarizzazione o l'integrazione, non trattandosi di irregolarità, vizio o

dimenticanza di carattere puramente formale (Cons. St., sez. III, 2 luglio 2013, n. 3550; 14 dicembre 2011, n. 6569);

d) in caso di mancata dichiarazione di precedenti penali non può operare il principio del c.d. falso innocuo, laddove si tratti di assenza di dichiarazioni previste dalla legge e dal bando di gara a pena di esclusione (Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6271), con la precisazione che solo se la dichiarazione sia resa sulla base di modelli predisposti dalla stazione appaltante ed il concorrente incorra in errore indotto dalla formulazione ambigua o equivoca del bando non può determinarsi l'esclusione dalla gara per l'incompletezza della dichiarazione resa (Cons. St., sez. III, 4 febbraio 2014, n. 507);

e) quanto all'estinzione del reato (che consente di non dichiarare l'emanazione del relativo provvedimento di condanna), essa sotto il profilo giuridico non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, che è l'unico soggetto al quale l'ordinamento attribuisce il compito di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, fino a quando non intervenga tale provvedimento giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di «reato estinto» (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3092; 13 dicembre 2012, n. 6393; 24 marzo 2011, n. 1800);

f) infine, l'esclusione di un'impresa dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per la mancata allegazione della dichiarazione attestante l'assenza di procedimenti o condanne penali a carico del direttore tecnico, prevista dall'art. 38 d.lgs. n. 163/2006, cosiddetto codice dei contratti pubblici, è legittima e compatibile con la direttiva appalti n. 2004/18/CE (rilevante *ratione temporis* in questo giudizio), e l'esclusione non può nemmeno essere evitata con la produzione della documentazione in un momento successivo (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. X, 6 novembre 2014, n. 42-2013)“.

In particolare l'articolo 38, comma, 1 lett. c), d.lgs. 163/2006 nel prevedere che

“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

omissis

c) nei cui confronti è 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 codice di procedura penale](#), per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'[articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18](#); l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; 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. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di

pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima;

ha posto a carico dei concorrenti l'onere di dichiarare tutte le condanne penali riportate, attestando così il possesso del requisito.

Inizialmente la norma aveva una formulazione più generica, tanto che qualcuno riteneva legittimo attribuire ai concorrenti la facoltà di auto valutare l'incidenza dei procedimenti penali sulla propria moralità professionale .

La formulazione attuale della disposizione, invece, rimette alla esclusiva competenza della stazione appaltante il giudizio sull'incidenza dei procedimenti penali non dichiarati sulla moralità professionale del concorrente.

Ciò significa che la falsità della dichiarazione considerata impedisce l'esercizio del potere discrezionale della P.A. di valutare l'effettiva gravità della condanna riportata e l'incidenza della stessa sulla serietà ed affidabilità del concorrente. Ne deriverebbe quindi l'impossibilità di sanare la mancata dichiarazione della condanna.

Vale comunque la pena di tenere presente che la mancata dichiarazione da parte dei concorrenti di eventuali condanne a carico dei soggetti interessati è a tutti gli effetti una falsa dichiarazione e comporta l'obbligo per le stazioni appaltanti di segnalazione all'ANAC il quale, a sua volta, dispone l'annotazione sul sito dell'Osservatorio qualora dal contraddittorio con l'impresa interessata emerge che la stessa ha agito con dolo o colpa grave.