

## **Legittima esclusione di una partecipante per non aver dichiarato l'esistenza, relativamente ai soci amministratori e direttori tecnici, di un decreto penale di condanna per il reato di cui all'art. 110 CP e 22/12° comma del decreto legislativo**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

**“...anche a voler prescindere dalla fedeltà delle dichiarazioni rese, i fatti oggetto di condanna incidono sulla affidabilità morale e professionale del soggetto per il fatto che si riferiscono a manodopera non regolare utilizzata nello svolgimento della attività professionale dello stesso ai sensi dell'art. 75 del dpr 554/99, richiamato dall'articolo e tenuto temporaneamente in vita dal comma 3 dell'articolo 253 del D. Lgs. 163/2006 fino alla emanazione del nuovo Regolamento**

Legittima esclusione della ricorrente non aver quest'ultima dichiarato l'esistenza di un decreto penale di condanna per un fatto incidente sulla affidabilità morale e professionale;

che con rituale ricorso giurisdizionale la società Ricorrente s.n.c. ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale della Toscana l'annullamento del provvedimento dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 9 Grosseto, n. 0020321 del 17 ottobre 2008, recante la sua esclusione dalla procedura aperta per la costruzione di una superficie destinata a rete di elisoccorso nel territorio del Comune di Orbetello, per la omessa dichiarazione dell'esistenza del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, di cui al provvedimento del G.I.P. del Tribunale di Grosseto in data 14 aprile 2008, sostenendone l'illegittimità in quanto detta misura interdittiva era stata revocata dallo stesso G.I.P. del Tribunale di Grosseto in data 18 luglio 2008;

- che con motivi aggiunti la predetta società Ricorrente s.n.c. ha chiesto l'annullamento anche del successivo provvedimento n. 0023240 del 26 novembre 2008, con cui l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 9 Grosseto, per un verso, ha

revocato il precedente provvedimento di esclusione (avendo accertato l'intervenuta revoca dell'originario provvedimento interdittivo), e, per altro verso, ha nuovamente disposto l'esclusione dalla gara della società ricorrente, per non aver quest'ultima dichiarato l'esistenza di un decreto penale di condanna per un fatto incidente sulla affidabilità morale e professionale;

- che l'adito Tribunale, con la sentenza segnata in epigrafe, nella resistenza dell'intimata Azienda Unità Sanitaria Locale n. 9 Grosseto, ha dichiarato improcedibile il ricorso originario ed ha respinto i motivi aggiunti, imperniati su "violazione e falsa applicazione dell'art. 38 co. 1 lett. c) del D. Lgs. n. 163/06; violazione dei principi in tema di requisiti di partecipazione alle gare; violazione della lex specialis; eccesso di potere per difetto di motivazione; istruttoria carente e insufficiente" e su "In subordine: violazione e falsa applicazione dell'articolo 75 del d.p.r. 554/1999", ritenendoli infondati;

- che la più volte citata società Ricorrente s.n.c. ha gravato tale sentenza, chiedendone la riforma alla stregua di tre motivi di gravame ("Sulla improcedibilità del ricorso proposto avverso il primo provvedimento di esclusione"; "Violazione della lex specialis; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/06; violazione dei principi in tema di partecipazione alle gare"; "sugli altri motivi di illegittimità del provvedimento impugnato con i motivi aggiunti e non esaminati, perché ritenuti assorbiti, dal Tribunale amministrativo regionale per la Toscana"), sostenendo che: a) diversamente da quanto sostenuto dai primi giudici, sussisteva l'interesse alla decisione sul ricorso introduttivo del giudizio in quanto l'originario provvedimento di esclusione dalla gara era stato comunicato all'Autorità di \*\*\*\*\* che aveva avviato una procedura di verifica nei suoi confronti; b) il successivo provvedimento di esclusione non conteneva alcuna motivazione in ordine al necessario apprezzamento dei fatti oggetto del decreto penale di condanna ai fini della effettiva incidenza sulla sua inaffidabilità morale e professionale; c) la omessa dichiarazione era da ascriversi in ogni caso alla lacunosa ed equivoca formulazione del bando di gara che imponeva l'obbligo di utilizzare esclusivamente la incompleta e non modificabile modulistica allegata, che non conteneva alcun riferimento ai decreti penali di condanna;

Qual è il parere del Consiglio di stato?

è infondato il primo motivo di appello: come risulta dalla documentazione versata in atti, l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 9 Grosseto con nota 0024828 del 22 dicembre 2008 ha trasmesso all'Autorità di

Vigilanza sui contratti pubblici il nuovo provvedimento di esclusione, sottolineando come esso modificava "...la situazione a suo tempo segnalata, benché non ne cambi sostanzialmente il carattere di mancata conferma della autodichiarazione a suo tempo presentata"; pertanto correttamente i primi giudici hanno dichiarato improcedibile il ricorso originario, non sussistendo alcun interesse alla decisione su di un provvedimento che l'amministrazione aveva ritirato e che, per quanto sopra ricordato, non poteva produrre più alcun effetto;

- che, quanto agli altri motivi, che, stante la loro stretta connessione possono essere esaminati congiuntamente, essi sono del tutti privi di fondamento, atteso che: 1) il bando di gara al punto 18 (Soggetti ammessi alla gara e requisiti di partecipazione), stabiliva puntualmente - tra i requisiti di ordine generale e professionale (articoli 38 e 39 del D. Lgs. 163/2006) - che non potevano essere ammessi alla gara i soggetti nei cui confronti esistessero "...sentenza di condanna passata in giudicato o 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 in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale"; 2) la società appellante ha effettivamente omesso di dichiarare l'esistenza di un decreto penale di condanna in data 25 settembre 2006, divenuto esecutivo il 3 febbraio 2007, nei confronti di Ricorrente \*\*\*\*\* e Ricorrente Orlando, per il reato di cui all'art. 110 CP e 22/12° comma del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, per avere, in concorso tra di loro, nella loro qualità di soci amministratori e direttori tecnici della società Ricorrente

s.n.c., occupato alle proprie dipendenze un cittadino rumeno, privo del permesso di soggiorno valido per svolgere attività lavorativa; 3) la circostanza che il bando di gara prevedesse uno schema di autodichiarazione non esimeva la società appellante dal rendere una dichiarazione completa e veritiera, proprio in relazione alla sussistenza dei requisiti generali di partecipazione alla gara; 4) l'amministrazione, cui solo spetta di valutare la sussistenza del requisito della moralità professionale dei concorrenti ad una gara (C.d.S., sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6221) ha anche adeguatamente motivato su tale aspetto (vedi punto 7 del provvedimento protocollo n. 0023240 del 26 novembre 2008), osservando che "...anche a voler prescindere dalla fedeltà delle dichiarazioni rese, i fatti oggetto di condanna incidono sulla affidabilità morale e professionale del soggetto per il fatto che si riferiscono a manodopera non regolare utilizzata nello svolgimento della attività professionale dello stesso ai sensi dell'art. 75 del dpr 554/99, richiamato dall'articolo e tenuto temporaneamente in vita dal comma 3 dell'articolo 253 del D. Lgs. 163/2006 fino alla emanazione del nuovo Regolamento";

si legga anche

Quando un bando di gara richieda l'indicazione dei decreti penali di condanna eventualmente riportati, ciò sta a significare la totalità di tali precedenti, senza che si potesse distinguere tra decreti penali iscritti nel

casellario giudiziale e decreti penali ivi non menzionati?

Chiedere di conoscere tutte le fattispecie penalmente rilevanti nelle quali sono eventualmente incorsi i soggetti dotati del potere di determinare la condotta dell'impresa non urta affatto col principio di proporzionalità perché la richiesta non è stravagante ma presenta precisa attinenza all'oggetto della valutazione da compiersi a cura della stazione appaltante.

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 6221 del 6 dicembre 2007 inviata per la pubblicazione in data 10 dicembre 2007, emessa dal Consiglio di Stato

Non depone in senso contrario la circostanza che, relativamente al diverso caso delle sentenze di condanna, fosse espressamente chiesto di indicare anche quelle oggetto del beneficio della non menzione. La specificazione compiuta dalle regole di gara a proposito delle sentenze di condanna da indicare nel modulo di partecipazione (tutte, comprese quelle non menzionate nel casellario) non poteva certo valere a creare una opposta (ed inesistente) prescrizione relativamente ai decreti penali di condanna, nel senso che questi avrebbero dovuto formare oggetto di dichiarazione solo se presenti nel casellario.

La disciplina dei decreti di condanna, in altre parole, non poteva essere modificata introducendovi una regola desunta a contrario dalla disciplina delle sentenze di condanna.

**D'altronde, in una visione sistematica, la ricostruzione offerta dall'appellante avrebbe reso irrazionale l'intera disciplina: volendo saggiare a tutto campo le qualità morali dei potenziali affidatari (come appunto si evince dalla richiesta di disporre di tutti gli eventuali precedenti penali), la stazione appaltante non avrebbe dato corso ad un disegno complessivamente coerente se avesse escluso dalla dichiarazione i decreti penali di condanna non soggetti a menzione.**

Né un tale disegno appare contrastare col principio di proporzionalità o di speditezza dell'azione amministrativa. Chiedere di conoscere tutte le fattispecie penalmente rilevanti nelle quali sono eventualmente incorsi i soggetti dotati del potere di determinare la condotta dell'impresa non urta affatto col principio di proporzionalità perché la richiesta non è stravagante ma presenta precisa attinenza all'oggetto della valutazione da compiersi a cura della stazione appaltante.

**Quanto alle regole di concentrazione e speditezza, è evidente che la richiesta di disporre fin da subito di tutto il materiale sul quale condurre la valutazione è funzionale proprio alla complessiva celerità delle operazioni di gara.**

Le prescrizioni di gara erano dunque chiare e a loro carico non è desumibile alcuno dei profili di illegittimità dedotti dall'appellante.

A cura di \*\*\*\*\*

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3855 del 16 giugno 2009, emessa dal Consiglio di Stato

N.3855/09

\*\*\*\*\*

N. 1378/09 REG. RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il  
Consiglio  
di  
Stato  
in  
sede  
giurisdizionale

Quinta

Sezione

ha pronunciato la seguente

**D E C I S I O N E IN FORMA SEMPLIFICATA**

**ex art. 9 legge 21 luglio 2000, n. 205**

sul ricorso in appello iscritto al NRG. 1378 dell'anno 2009 proposto da **SOCIETA' RICORRENTE \*\*\*\*\***, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* , con i quale è elettivamente domiciliata in Roma, via G.B. \*\*\*\*, n. 32 (presso lo studio dell'\*\*\*\*\*);

**contro**

**AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE N. 9**

**GROSSETO**, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. \*\*\*\*\* , con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Flaminia, n. 79 (presso l'avv. \*\*\*\*\*);

**per la riforma**

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. I, n. 57 del 20 gennaio 2009;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 9 Grosseto;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 24 febbraio 2009, il Consigliere \*\*\*\*\*;

Visto l'art. 26, comma 4, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come modificato ed integrato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Uditi per le parti gli avvocati \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* ed informati dell'intenzione della Sezione di decidere la causa con sentenza in forma semplificata, stante l'integrità del contraddittorio e la completezza dell'istruttoria;

Visto il dispositivo di sentenza n. 221 del 20 marzo 2009;



CONSIDERATO in fatto:

- che con rituale ricorso giurisdizionale la società Ricorrente s.n.c. ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale della Toscana l'annullamento del provvedimento dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 9 Grosseto, n. 0020321 del 17 ottobre 2008, recante la sua esclusione dalla procedura aperta per la costruzione di una superficie destinata a rete di elisoccorso nel territorio del Comune di Orbetello, per la omessa dichiarazione dell'esistenza del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, di cui al provvedimento del G.I.P. del Tribunale di Grosseto in data 14 aprile 2008, sostenendone l'illegittimità in quanto detta misura interdittiva era stata revocata dallo stesso G.I.P. del Tribunale di Grosseto in data 18 luglio 2008;
- che con motivi aggiunti la predetta società Ricorrente s.n.c. ha chiesto l'annullamento anche del successivo provvedimento n. 0023240 del 26 novembre 2008, con cui l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 9 Grosseto, per un verso, ha revocato il precedente provvedimento di esclusione (avendo accertato l'intervenuta revoca dell'originario provvedimento interdittivo), e, per altro verso, ha nuovamente disposto l'esclusione dalla **gara** della società ricorrente, per non aver quest'ultima dichiarato l'esistenza di un decreto penale di condanna per un fatto incidente sulla affidabilità morale e professionale;
- che l'adito Tribunale, con la sentenza segnata in epigrafe, nella resistenza dell'intimata Azienda Unità Sanitaria Locale n. 9 Grosseto, ha dichiarato improcedibile il ricorso originario ed ha respinto i motivi aggiunti, imperniati su "violazione e falsa applicazione dell'art. 38 co. 1 lett. c) del D. Lgs. n. 163/06; violazione dei principi in tema di requisiti di partecipazione alle gare; violazione della lex specialis; eccesso di potere per difetto di motivazione; istruttoria carente e insufficiente" e su "In subordine: violazione e falsa applicazione dell'articolo 75 del d.p.r. 554/1999", ritenendoli infondati;
- che la più volte citata società Ricorrente s.n.c. ha gravato tale sentenza, chiedendone la riforma alla stregua di tre motivi di gravame ("Sulla improcedibilità del ricorso proposto avverso il primo provvedimento di esclusione"; "Violazione della lex specialis; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/06; violazione dei principi in tema di partecipazione alle gare"; "sugli altri motivi di illegittimità del provvedimento impugnato con i motivi aggiunti e non esaminati, perché ritenuti assorbiti, dal Tribunale amministrativo regionale per la Toscana"), sostenendo che: a) diversamente da quanto sostenuto dai primi giudici, sussisteva l'interesse alla decisione sul ricorso introduttivo del giudizio in quanto l'originario provvedimento di esclusione dalla **gara** era stato comunicato all'Autorità di \*\*\*\*\* che aveva avviato una procedura di verifica nei suoi confronti; b) il successivo provvedimento di esclusione non conteneva alcuna motivazione in ordine al necessario apprezzamento dei fatti oggetto del decreto penale di condanna ai fini della effettiva incidenza sulla sua inaffidabilità morale e professionale; c) la omessa dichiarazione era da ascriversi in ogni caso alla lacunosa ed equivoca formulazione del bando di **gara** che imponeva l'obbligo di utilizzare esclusivamente la incompleta e non modificabile modulistica allegata, che non conteneva alcun

riferimento ai decreti penali di condanna;

- che l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 9 Grosseto si è costituita in giudizio, chiedendo il rigetto dell'avverso gravame in quanto del tutto infondato;

RITENUTO in diritto che:

- è infondato il primo motivo di appello: come risulta dalla documentazione versata in atti, l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 9 Grosseto con nota 0024828 del 22 dicembre 2008 ha trasmesso all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici il nuovo provvedimento di esclusione, sottolineando come esso modificava "...la situazione a suo tempo segnalata, benché non ne cambi sostanzialmente il carattere di mancata conferma della autodichiarazione a suo tempo presentata"; pertanto correttamente i primi giudici hanno dichiarato improcedibile il ricorso originario, non sussistendo alcun interesse alla decisione su di un provvedimento che l'amministrazione aveva ritirato e che, per quanto sopra ricordato, non poteva produrre più alcun effetto;

- che, quanto agli altri motivi, che, stante la loro stretta connessione possono essere esaminati congiuntamente, essi sono del tutto privi di fondamento, atteso che: 1) il bando di **gara** al punto 18 (Soggetti ammessi alla **gara** e requisiti di partecipazione), stabiliva puntualmente - tra i requisiti di ordine generale e professionale (articoli 38 e 39 del D. Lgs. 163/2006) - che non potevano essere ammessi alla **gara** i soggetti nei cui confronti esistessero "...sentenza di condanna passata in giudicato o 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 in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale"; 2) la società appellante ha effettivamente omesso di dichiarare l'esistenza di un decreto penale di condanna in data 25 settembre 2006, divenuto esecutivo il 3 febbraio 2007, nei confronti di Ricorrente \*\*\*\*\* e Ricorrente Orlando, per il reato di cui all'art. 110 CP e 22/12° comma del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, per avere, in concorso tra di loro, nella loro qualità di soci amministratori e direttori tecnici della società Ricorrente

s.n.c., occupato alle proprie dipendenze un cittadino rumeno, privo del permesso di soggiorno valido per svolgere attività lavorativa; 3) la circostanza che il bando di **gara** prevedesse uno schema di autodichiarazione non esimeva la società appellante dal rendere una dichiarazione completa e veritiera, proprio in relazione alla sussistenza dei requisiti generali di partecipazione alla **gara**; 4) l'amministrazione, cui solo spetta di valutare la sussistenza del requisito della moralità professionale dei concorrenti ad una **gara** (C.d.S., sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6221) ha anche adeguatamente motivato su tale aspetto (vedi punto 7 del provvedimento protocollo n. 0023240 del 26 novembre 2008), osservando

che "...anche a voler prescindere dalla fedeltà delle dichiarazioni rese, i fatti oggetto di condanna incidono sulla affidabilità morale e professionale del soggetto per il fatto che si riferiscono a manodopera non regolare utilizzata nello svolgimento della attività professionale dello stesso ai sensi dell'art. 75 del dpr 554/99, richiamato dall'articolo e tenuto temporaneamente in vita dal comma 3 dell'articolo 253 del D. Lgs. 163/2006 fino alla emanazione del nuovo Regolamento";

- che in conclusione, l'appello deve essere respinto: le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo;

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello indicato in epigrafe, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore della costituita Azienda Unità Sanitaria Locale n. 9 Grosseto delle spese del presente grado di giudizio che si liquidano in complessivi €. 3.000,00 (tremila/00).

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 17 marzo 2009, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riunito in camera di consiglio con l'intervento dei signori:

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

-  
Presidente

FILORETO

D'\*\*\*\*\*

- Consigliere

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*  
- Consigliere

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

-  
Consigliere

\*\*\*\*\*

SALTELLI

- Consigliere Est.

ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to \*\*\*\*\*

\*\*\* \*\*\*\*\*

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**il**

**16/06/2009**

**(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)**

**P. IL DIRIGENTE**

\*\*\*\*\*

1378/2009 MGR

<https://www.diritto.it/legittima-esclusione-di-una-partecipante-per-non-aver-dichiarato-dichiarare-l-esistenza-relativamente-ai-soci-amministratori-e-direttori-tecnici-di-un-decreto-penale-di-condanna-per-il-reato-di-cui/>