

Ammissibile la norma della lex specialis che prescriva, a pena di esclusione, la dichiarazione delle condanne interessate da una causa estintiva del reato

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Ammissibile - perché risponde ad un significativo interesse della stazione appaltante - la norma della lex specialis che prescriva, a pena di esclusione, la dichiarazione delle condanne interessate da una causa estintiva del reato

lo scopo è quello di consentire all'Amministrazione la conoscenza di tutti i precedenti penali di coloro che hanno poteri decisionali in seno all'impresa propositasi per l'appalto, anche delle pronunce per le quali si sia registrata l'estinzione del reato

l'estinzione degli effetti penali di una data condotta non fa venir meno il fatto in sé, quale accadimento idoneo a rivelare il grado di affidamento morale e professionale dei soggetti con i quali l'Amministrazione è in procinto di stipulare accordi negoziali

Resta a questo punto da vagliare la censura imperniata sull'illegittimità della stessa normativa di gara, nella parte in cui obbligava i concorrenti ad indicare anche le pronunce penali relative a reati medio tempore dichiarati estinti dall'Autorità giudiziaria e a specificare i provvedimenti in tal senso adottati. Si insiste, in particolare, sull'ininfluenza di tali precedenti quanto all'apprezzamento della moralità professionale dell'impresa, onde del tutto ingiustificato risulterebbe l'onere procedimentale fatto gravare sugli offerenti.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Non ignora il Collegio quell'indirizzo interpretativo secondo cui dall'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 scaturirebbe l'esonero delle imprese concorrenti dall'obbligo di indicazione delle condanne per le quali sia intervenuta una causa estintiva del reato, per essere le stesse completamente irrilevanti ai fini del giudizio di moralità professionale degli aspiranti contraenti (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 24 giugno 2010 n. 4019). Sennonché, una simile soluzione non tiene conto della circostanza che l'estinzione degli effetti penali di una data condotta non fa venir meno il fatto in sé, quale accadimento idoneo a rivelare il grado di affidamento morale e professionale dei soggetti con i quali l'Amministrazione è in procinto di stipulare accordi negoziali; donde l'adesione all'assunto per cui la clausola di salvezza rappresentata dal richiamo all'art. 445, comma 2, cod.proc.pen. (v. art. 75, comma 1, lett. c), d.P.R. n. 554/1999 e ora art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006) non si risolve nell'assoluta preclusione della possibilità che l'ente appaltante valuti comunque i fatti materiali sottesi alla pronuncia penale, con il dovere però di un approfondito apprezzamento dei vari aspetti della vicenda, ivi compreso il decorso del termine di legge senza il reiterarsi di analoghe condotte penalmente sanzionate (v. TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 7 giugno 2004 n. 2360), il che rende ammissibile - perché risponde ad un significativo interesse della stazione appaltante - la norma della lex specialis che prescriva, a pena di esclusione, la dichiarazione delle condanne interessate da una causa estintiva del reato, allo scopo di consentire all'Amministrazione la conoscenza di tutti i precedenti penali di coloro che hanno poteri decisionali in seno all'impresa propositasi per l'appalto, anche delle pronunce per le quali si sia registrata l'estinzione del reato (v. Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2007 n. 1723).

In conclusione, il ricorso va respinto.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 509 del 24 novembre 2010 pronunciata dal Tar Emilia Romagna, Parma

N. 00509/2010 REG.SEN.

N. 00147/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 147 del 2008 proposto da Ricorrente Clima S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. ***** , difesa e rappresentata dall'avv. ***** e dall'avv. ***** , e presso quest'ultimo elettivamente domiciliata in Parma, vicolo dei ***** n. 6;

contro

il Comune di Fiorenzuola d'Arda, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'***** ed elettivamente domiciliato in Parma, borgo ***** n. 20, presso lo studio dell'avv. *****;

nei confronti di

Controinteressata Costruzioni S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- quanto all'atto introduttivo della lite - della determinazione n. 420 del 2 maggio 2008 (con cui il Comune di Fiorenzuola d'Arda dichiarava la società ricorrente decaduta dall'aggiudicazione provvisoria dell'appalto dei "lavori di recupero funzionale della palazzina sud comparto ex ***** pubblico - 2° stralcio"), dell'art. A, comma 3, del bando di gara e dell'art. 4 del disciplinare (ove interpretati nel senso dell'obbligatoria indicazione delle pronunce di estinzione dei reati), del provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto alla Controinteressata Costruzioni S.r.l., della segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici disposta in data 13 maggio 2008, dell'eventuale provvedimento di escussione della fideiussione;

- quanto all'atto di "motivi aggiunti" depositato il 18 settembre 2008 - della determinazione n. 703 del 24 luglio 2008 (con cui il Comune di Fiorenzuola d'Arda disponeva l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla Controinteressata Costruzioni S.r.l.), della determinazione n. 724 del 29 luglio 2008 (con cui il Comune di Fiorenzuola d'Arda disponeva l'escussione delle cauzioni provvisorie), nonché della nota in data 7 agosto 2008 dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici;

.....per la condanna.....

dell'Amministrazione comunale al risarcimento del danno.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di "motivi aggiunti" depositato il 18 settembre 2008;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Fiorenzuola d'Arda;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il dott.*****o;

Uditi, per le parti, alla pubblica udienza del 9 novembre 2010 i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Fiorenzuola d'Arda indiceva una gara d'appalto per l'affidamento dei "lavori di recupero funzionale della palazzina sud comparto ex ***** pubblico - 2° stralcio", con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso. La società ricorrente, presentata l'offerta, si classificava al primo posto della

graduatoria di merito e conseguiva l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, per poi venire assoggettata alla verifica dell'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione alla gara e venire quindi esclusa in ragione dell'omessa dichiarazione, in sede di documentazione allegata all'offerta, di una pronuncia penale ex art. 444 cod.proc.pen. (emessa in data 12 maggio 1994) per reati successivamente dichiarati estinti con ordinanza del 9 maggio 2003. Dal che, inoltre, la segnalazione del fatto all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici.

Avverso i suindicati atti, nonché avverso la normativa di gara nella parte in cui dovesse essere interpretata nel senso dell'obbligatoria indicazione anche delle pronunce di estinzione dei reati, ha proposto impugnativa la società ricorrente. Deduce l'illegittimità dell'esclusione perché riferita ad una pronuncia ex art. 444 cod.proc.pen. inerente reato estintosi in séguito ad apposita pronuncia del giudice penale e quindi inidoneo ad integrare una causa di esclusione dalle gare pubbliche (ai sensi del combinato disposto dell'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 445, comma 2, cod.proc.pen.); deduce l'insussistenza dell'obbligo di dichiarazione di fatti che non possono in sé condurre all'estromissione da una gara; assume inesistente una prescrizione in tal senso contenuta nella lex specialis del concorso, o comunque non ravvisa che la stessa fosse assistita dalla sanzione dell'esclusione, quanto meno per la equivocità delle relative disposizioni e quindi per la necessità di tutelare l'affidamento dei concorrenti; censura in ogni caso la normativa di gara, ove dovesse intendersi come fonte dell'obbligo di indicazione di simili precedenti, perché aggraverebbe ingiustificatamente gli adempimenti formali dei concorrenti e violerebbe il principio di proporzionalità, oltre ad introdurre una causa di esclusione non contemplata dall'ordinamento. Di qui la richiesta di annullamento degli atti impugnati e la pretesa al risarcimento del danno sofferto.

Si è costituito in giudizio il Comune di Fiorenzuola d'Arda, resistendo al gravame.

L'istanza cautelare della società ricorrente veniva respinta dalla Sezione alla Camera di Consiglio del 22 luglio 2008 (ord. n. 105/08).

Essendo sopraggiunti il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla Controinteressata

Costruzioni S.r.l. (v. determinazione n. 703 del 24 luglio 2008) e la decisione di incamerare le cauzioni provvisorie delle concorrenti escluse (v. determinazione n. 724 del 29 luglio 2008), la società ricorrente formulava poi “motivi aggiunti”, depositati il 18 settembre 2008, ed impugnava in tal modo i nuovi atti, oltre alla nota in data 7 agosto 2008 dell’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, tutti censurati per illegittimità derivata.

All’udienza del 9 novembre 2010, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione.

Il ricorso è infondato.

Stabiliva il disciplinare di gara, per quel che rileva nella presente controversia, che l’istanza di partecipazione avrebbe dovuto essere corredata delle dichiarazioni sostitutive indicate nel disciplinare medesimo al punto 4), da redigere in conformità del modello “allegato B” e con riferimento “...a pena di esclusione dalla gara ...” (v. pag. 2) a tutte le dichiarazioni ivi previste. Il punto 4), in particolare, richiedeva di specificare se si era incorsi in sentenze di condanna passate in giudicato o in decreti penali di condanna divenuti irrevocabili o in sentenze di applicazione della pena ex art. 444 cod.proc.pen., con indicazione altresì dell’eventuale conseguimento del beneficio della non menzione ed anche dell’eventuale applicazione dell’art. 178 cod.pen o dell’art. 445, comma 2, cod.proc.pen. derivante da formale pronuncia giudiziale; in termini corrispondenti, poi, era formulato l’“allegato B”, secondo uno schema da compilare da parte delle concorrenti.

Ciò posto, il rappresentante legale della società ricorrente risulta avere sottoscritto una dichiarazione contrassegnata nella parte del modello che esclude in toto la sussistenza di precedenti penali a suo carico, in tal modo però omettendo di richiamare la pronuncia ex art. 444 cod.proc.pen. che successivamente l’Amministrazione ha accertato essere stata a suo tempo emessa, peraltro in relazione a reati dichiarati estinti con ordinanza del 9 maggio 2003. Eppure la normativa di gara era chiara nell’imporre una simile dichiarazione, a pena di esclusione, anche nel caso in cui fossero intervenute medio tempore cause di estinzione del reato, a sua volta da indicare nell’apposito modello; il che inficia la condotta della concorrente, e ne comportava in via automatica l’estromissione dalla procedura selettiva.

In simili ipotesi la giurisprudenza ha ripetutamente rilevato che, per avere correato l'offerta di un'attestazione falsa o comunque non conforme al modello imposto dalle norme di gara, la ditta è per ciò solo soggetta all'esclusione, posto che la mancata dichiarazione incide non già sugli effetti delle condanne tacite quanto piuttosto sulla situazione di infedeltà, reticenza o inaffidabilità della ditta stessa (v., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 8 ottobre 2010 n. 7349). Inoltre, è irrilevante che gli illeciti penali non dichiarati siano eventualmente inidonei ad incidere sulla moralità professionale della concorrente, in quanto, ribadito che l'esistenza di false dichiarazioni circa i precedenti penali si configura come causa autonoma di esclusione, va ricordato che, per costante giurisprudenza (v., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2010 n. 2822), le valutazioni in ordine alla gravità delle condanne e alla loro incidenza sulla moralità professionale spettano esclusivamente alla stazione appaltante e non già al concorrente, il quale è pertanto obbligato ad indicare tutte le condanne riportate, senza poterne autonomamente operare una selezione sulla base di meri criteri personali; è necessario, in altri termini, che gli offerenti rendano dichiarazioni complete e veritiere, con l'esatta indicazione della totalità dei precedenti penali - salvo quelli espressamente esclusi dalla lex specialis di gara -, in modo da mettere la stazione appaltante in condizione di svolgere la prescritta valutazione sulla moralità professionale dell'impresa concorrente.

In assenza, allora, di significativi elementi di incertezza circa le dichiarazioni da formulare in sede di offerta - attesa l'univocità delle norme di gara -, prive di fondamento si rivelano le doglianze della ricorrente a proposito di un atto di esclusione che si presenta come una corretta applicazione della lex specialis del concorso.

Resta a questo punto da vagliare la censura imperniata sull'illegittimità della stessa normativa di gara, nella parte in cui obbligava i concorrenti ad indicare anche le pronunce penali relative a reati medio tempore dichiarati estinti dall'Autorità giudiziaria e a specificare i provvedimenti in tal senso adottati. Si insiste, in particolare, sull'ininfluenza di tali precedenti quanto all'apprezzamento della moralità professionale dell'impresa, onde del tutto ingiustificato risulterebbe l'onere procedimentale fatto gravare sugli offerenti.

Non ignora il Collegio quell'indirizzo interpretativo secondo cui dall'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 scaturirebbe l'esonero delle imprese concorrenti dall'obbligo di indicazione delle condanne

per le quali sia intervenuta una causa estintiva del reato, per essere le stesse completamente irrilevanti ai fini del giudizio di moralità professionale degli aspiranti contraenti (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 24 giugno 2010 n. 4019). Sennonché, una simile soluzione non tiene conto della circostanza che l'estinzione degli effetti penali di una data condotta non fa venir meno il fatto in sé, quale accadimento idoneo a rivelare il grado di affidamento morale e professionale dei soggetti con i quali l'Amministrazione è in procinto di stipulare accordi negoziali; donde l'adesione all'assunto per cui la clausola di salvezza rappresentata dal richiamo all'art. 445, comma 2, cod.proc.pen. (v. art. 75, comma 1, lett. c), d.P.R. n. 554/1999 e ora art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006) non si risolve nell'assoluta preclusione della possibilità che l'ente appaltante valuti comunque i fatti materiali sottesi alla pronuncia penale, con il dovere però di un approfondito apprezzamento dei vari aspetti della vicenda, ivi compreso il decorso del termine di legge senza il reiterarsi di analoghe condotte penalmente sanzionate (v. TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 7 giugno 2004 n. 2360), il che rende ammissibile - perché risponde ad un significativo interesse della stazione appaltante - la norma della lex specialis che prescriva, a pena di esclusione, la dichiarazione delle condanne interessate da una causa estintiva del reato, allo scopo di consentire all'Amministrazione la conoscenza di tutti i precedenti penali di coloro che hanno poteri decisionali in seno all'impresa propositasi per l'appalto, anche delle pronunce per le quali si sia registrata l'estinzione del reato (v. Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2007 n. 1723).

In conclusione, il ricorso va respinto.

La peculiarità delle questioni dedotte giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Sezione di Parma, pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Parma, nella Camera di Consiglio del 9 novembre 2010, con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

*****, Estensore

*****, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/ammissibile-la-norma-della-lex-specialis-che-prescriva-a-pena-di-esclusione-la-dichiarazione-delle-condanne-interessate-da-una-causa-estintiva-del-reato/>