

## La possibilità di incamerare la cauzione discende direttamente dall'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

La possibilità di incamerare la cauzione discende direttamente dall'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, a tenore del quale la cauzione copre "...la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario ...", posto che è da considerare tale qualunque ostacolo alla stipulazione riconducibile all'impresa, e quindi non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali (v. Cons. Stato, Sez. VI, n. 4907/2009 cit.; v., inoltre, TAR Umbria 26 giugno 2009 n. 361).

Legittimo comportamento di una Stazione appaltante che acquisiti anche gli atti richiesti al Casellario giudiziale sull'aggiudicataria provvisoria, ne rilevava una discrepanza con quanto dichiarato dalla ditta in sede di domanda di partecipazione alla gara - per avere il rappresentante legale della stessa ommesso di fare riferimento ad una sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 17 della legge n. 10 del 1977 -, e faceva scaturire da tale carenza, indice di una dichiarazione non veritiera, la decadenza dall'aggiudicazione provvisoria con relativa esclusione della ditta dalla procedura selettiva, oltre alla comunicazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e l'escussione della garanzia provvisoria

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 di condanna penale che successivamente l'Amministrazione ha accertato essere stata a suo tempo emessa.

Eppure la normativa di gara era chiara nell'imporre una simile dichiarazione, a pena di esclusione; il che inficia la condotta della concorrente, e ne comporta in via automatica l'estromissione dalla gara. In simili ipotesi la giurisprudenza ha ripetutamente rilevato che, per avere corredato 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).

Né ostava all'esclusione dalla gara l'asserita circostanza che il pregresso illecito penale fosse intrinsecamente inidoneo ad incidere sulla moralità professionale della concorrente. Ribadito che l'esistenza di false dichiarazioni circa i precedenti penali si configura come causa autonoma di esclusione, va altresì 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 all'impresa, la quale è pertanto obbligata 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 di tutti i 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. Il che è tanto più vero, così escludendo anche eventuali incertezze in chi è chiamato a compilare il modello, quando - come nella fattispecie - le norme di gara specificano, con apposita clausola, che vanno dichiarate tutte le condanne penali e che è riservato alla stazione appaltante ogni apprezzamento in merito alla rilevanza degli illeciti accertati dal giudice penale, onde il silenzio del concorrente diviene causa di estromissione dalla gara perché frutto dell'inosservanza di una prescrizione della lex specialis posta a pena di esclusione (v. Cons. Stato, Sez. VI, 24 giugno 2010 n. 4019).

Né si tratta, del resto, di prescrizione illegittima, anche se impone ai concorrenti di informare l'Amministrazione di qualsiasi precedente penale, indipendentemente dalla natura del reato e della pena irrogata. Come la giurisprudenza ha avuto occasione di precisare, simili disposizioni si presentano ragionevoli, proporzionate e non discriminatorie, perché mirano ad accelerare la procedura di gara e a dare alla stazione appaltante la certezza che non vengano commesse omissioni che rischiano se non altro

di ritardare il corso del procedimento e di aumentare il contenzioso, neppure potendosi ipotizzare un contrasto con il diritto comunitario - secondo il quale è causa di esclusione solo la condanna per gravi reati incidenti sulla moralità professionale -, per non ostare il diritto comunitario a che ulteriori cause di esclusione siano previste dal legislatore nazionale o dal bando di gara, purché proporzionate e ragionevoli, e a che la lex specialis imponga adempimenti formali a pena di esclusione in funzione di accelerazione della procedura di gara (v. Cons. Stato, Sez. VI, n. 4019/2010 4019/2010 cit.).

Non ha poi ragione la ricorrente di invocare la facoltà di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, e quindi l'indebita omessa sua ammissione a fornire chiarimenti o a completare la dichiarazione presentata in sede di gara. Ed invero - come è stato ancora di recente osservato (v. Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2010 n. 5084) - la mancata allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara, sicché la fattispecie normativa di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 non può servire a sopperire alla carenza di un documento o di una dichiarazione sostitutiva, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti.

Quanto, ancora, alla lamentata assenza della comunicazione di avvio del procedimento, è sufficiente far rinvio a quel consolidato indirizzo secondo cui la «decadenza dall'aggiudicazione provvisoria» non richiede l'avviso ex art. 7 della legge n. 241 del 1990, in quanto ascrivibile all'ordinario svolgersi della medesima procedura avviata con la pubblicazione del bando e continuata con un'attività istruttoria in esito alla quale l'Amministrazione appaltante accerta la sussistenza dei presupposti per la decadenza dal titolo temporaneamente acquisito dalla ditta (v., tra le altre, TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 1° marzo 2010 n. 245). Ad un simile onere formale, pertanto, si sottraevano nella circostanza anche l'esclusione dalla gara, la comunicazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e il ricorso all'escussione della garanzia provvisoria, tutti adempimenti afferenti alla medesima fase procedurale.

Le restanti censure investono la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e l'escussione della garanzia provvisoria, misure che la ricorrente ritiene prive di copertura normativa o comunque non assistite da idonea motivazione. Senonché, quanto alla prima, è stato già rilevato che la comunicazione

all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale (v. Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009 n. 4907), senza necessità quindi di una particolare motivazione per un onere di natura vincolata, espressione dell'obbligo di segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di tutte le false dichiarazioni rese in sede di gara, ivi comprese quelle relative ai requisiti di carattere generale (v. TAR Valle d'Aosta 10 marzo 2010 n. 21); quanto alla seconda, invece, va ricordato che la possibilità di incamerare la cauzione discende direttamente dall'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, a tenore del quale la cauzione copre "...la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario ...", posto che è da considerare tale qualunque ostacolo alla stipulazione riconducibile all'impresa, e quindi non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali (v. Cons. Stato, Sez. VI, n. 4907/2009 cit.; v., inoltre, TAR Umbria 26 giugno 2009 n. 361).

In conclusione, il ricorso va respinto.

Si legga anche la decisione numero 7349 dell' 8 ottobre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

Infedeltà, reticenza o inaffidabilità della partecipante che ha dichiarato un fatto non vero (l'assenza di condanne) correlando così, la propria offerta, con un'attestazione falsa

Non ha rilievo l'indagine sui motivi che avevano indotto a sottacere tali condanne o l'insussistenza del dolo o della colpa

tutte le sentenze di condanna, fatte salve quelle pronunce per le quali fosse intervenuto formale provvedimento di riabilitazione o fosse stata dichiarata l'estinzione, dovevano essere espressamente indicate, comprese quelle per le quali era stato concesso il beneficio della non menzione.

La “Controinteressata snc” migliore offerente nella gara indetta dal comune di Verona per l'affidamento in concessione biennale del servizio di rimozione forzata dei veicoli e relativa custodia, è stata esclusa dalla gara per non aver dichiarato, nella domanda di partecipazione, l'esistenza di condanne penali a carico di due rappresentanti legali della società, come accertato dall'amministrazione a seguito di verifiche effettuate presso il casellario giudiziario.

Su ricorso proposto dalla stessa “Controinteressata snc”, il Tar ha accolto il gravame sul presupposto della irrilevanza penale dei reati per i quali i rappresentanti legali della società erano stati condannati, trattandosi di fatti risalenti nel tempo e oggetto di depenalizzazione da parte del legislatore (L n. 689/81) per cui, il giudizio di disvalore per tali reati sarebbe stato superato dalla valutazione effettuata dal legislatore ed avrebbe dovuto indurre l'amministrazione, anche ai sensi dell'art. 2, co. 2 del c.p., a non escludere la ricorrente.

Avverso tale decisione ha proposto appello la “\*\*\*\*\* srl”, subentrata nell'aggiudicazione della gara, che ha sostenuto l'erroneità della sentenza di primo grado.

La “Controinteressata snc”, costituitasi in giudizio, ha affermato l'illegittimità della “lex specialis” del bando se interpretata nel senso che dovessero essere dichiarate anche le condanne per fatti depenalizzati, sostenendo anche la violazione dei principi generali di proporzionalità e di ragionevolezza.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

L'appello deve ritenersi fondato.

Sul modello di dichiarazione sostitutiva predisposto dalla stazione appaltante viene espressamente puntualizzato che “ il concorrente ha l'onere, sotto pena di falso, di dichiarare tutte le condanne subite, a

prescindere dal tempo trascorso, compresi provvedimenti per i quali si sia beneficiato della non menzione. Il giudizio sulla rilevanza delle condanne in relazione all'incidenza sulla affidabilità morale e professionale è rimesso alla stazione appaltante. Non devono essere indicate le sole condanne per le quali vi sia stata formale riabilitazione o sia stata dichiarata l'estinzione”.

Tali criteri applicativi, in quanto contenuti nel bando, costituiscono “lex specialis” della gara e non possono ritenersi illegittimi atteso che gli stessi non dispongono l'estromissione immediata della società partecipante alla gara, ma prevedono la avocazione alla stazione appaltante di ogni valutazione in merito alla rilevanza di tali condanne.

Pertanto, è in questa sede, semmai, che avrebbe potuto farsi valere l'irrilevanza di tali condanne con riferimento al giudizio di affidabilità morale o professionale dei partecipanti alla gara.

Ciò che rileva nella fattispecie, invece, è il fatto che tutte le sentenze di condanna, fatte salve quelle pronunce per le quali fosse intervenuto formale provvedimento di riabilitazione o fosse stata dichiarata l'estinzione, dovevano essere espressamente indicate, comprese quelle per le quali era stato concesso il beneficio della non menzione.

La mancata dichiarazione da parte della ricorrente in primo grado incide, quindi, non già sugli effetti di tali condanne, ma sulla situazione di infedeltà, reticenza o inaffidabilità della società che, per motivi che non hanno rilievo di questa sede, ha dichiarato un fatto non vero (l'assenza di condanne) correlando così, la propria offerta, con un'attestazione falsa.

L'esclusione della “Controinteressata” ha, quindi, correttamente inciso sulla violazione degli obblighi dichiarativi perché l'attestazione allegata all'offerta risultava, di per sé, falsa e, comunque, non conforme al modello imposto dal bando, con la conseguenza di dover ritenere legittima l'esclusione dalla gara della società ricorrente, non potendo aver rilievo, nella fattispecie, l'indagine sui motivi che avevano indotto a

sottacere tali condanne o l'insussistenza del dolo o della colpa (C.S. n.4906/09, n.353/02, n. 3183/02).

Tali considerazioni devono ritenersi sufficienti per l'accoglimento dell'appello.

Sussistono, peraltro, in relazione alla fattispecie, giusti motivi per compensare, tra le parti, le spese del giudizio.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 523 del 7 dicembre 2010 pronunciata dal Tar Emilia Romagna. Parma

**N. 00523/2010 REG.SEN.**

**N. 00249/2008 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. 249 del 2008 proposto da\*\*\*

**contro\*\*\***

**nei confronti di\*\*\***

**per l'annullamento**

della determinazione n. 825 del 9 settembre 2008, con cui il Comune di Fiorenzuola d'Arda ha deciso di:  
a) "non procedere all'aggiudicazione definitiva" alla Ricorrente Costruzioni S.r.l. dell'appalto di opera pubblica già aggiudicato in via provvisoria "in quanto, in presenza di dichiarazione non veritiera, ..... decaduta dai benefici conseguiti, ai sensi degli artt. 71 e 75 del d.p.r. n. 445/2000, con conseguente esclusione dalla procedura ed assegnazione dell'appalto, in via provvisoria, al concorrente 2° in graduatoria"; b) "comunicare il fatto all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici"; c) "procedere all'escussione della garanzia provvisoria ed all'applicazione delle norme vigenti in materia di dichiarazioni non veritiere, ai sensi di quanto prescritto dal disciplinare di gara";

della nota fax n. 24924 del 9 settembre 2008, rettificata con la successiva n. 25435 del 13 settembre 2008,



con le quali è stata data comunicazione alla ricorrente dell'adozione della menzionata determinazione;

della lettera-provvedimento dell'11 settembre 2008, con la quale è stata data comunicazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici dell'esclusione dell'Ricorrente Costruzioni S.r.l. dall'appalto anzidetto "per l'eventuale inserimento nel casellario informatico";

della lettera-provvedimento n. 27035 del 29 settembre 2008, con la quale, in esito ad un'istanza di annullamento in autotutela della suindicata determinazione, l'Amministrazione comunale l'ha confermata "ritenendola assunta in conformità a quanto prescritto dalla lex specialis di gara" e ha dichiarato "restare valida e confermata la relativa comunicazione di esclusione prot. n. 24924 in data 9.9.2008";

della determinazione n. 879 del 27 settembre 2008, con la quale è stato aggiudicato in via definitiva l'appalto alla Controinteressata Costruzioni S.r.l.;

della lettera-provvedimento fax n. 27052 del 1° ottobre 2008, con cui l'Amministrazione comunale ha disposto la "formale escussione della garanzia fideiussoria prestata per la cauzione provvisoria n. 186 00251374 emessa dall'Agenzia generale di Fidenza della Compagnia garante s.p.a. per la somma garantita di € 5.882,00";

di tutti gli atti presupposti e conseguenti, ed in particolare: a) del bando di gara nella parte in cui specifica che "devono essere dichiarate tutte le condanne, e i relativi reati, iscritti nel Casellario Giudiziale, comprese quelle beneficianti della non menzione, in quanto spetta alla stazione appaltante valutare i reati ascritti e la loro incidenza sulla moralità professionale del concorrente, come prescritto, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara"; b) del disciplinare di gara nella parte in cui indica che "devono essere dichiarate, a pena di esclusione, tutte le condanne e i relativi reati iscritti nel certificato del Casellario Giudiziale, in quanto spetta alla stazione appaltante valutare i reati ascritti e la loro incidenza sulla moralità professionale del concorrente, ad eccezione dei soli casi per i quali sia intervenuta la

riabilitazione ai sensi dell'art. 178 del codice penale per effetto di provvedimento concessorio da parte del giudice o sia intervenuta l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 445, comma 2, del codice di procedura penale con provvedimento dichiarativo del giudice dell'esecuzione, in conformità al modello Allegato B al presente disciplinare"; c) del modello di dichiarazione sostitutiva "Allegato B" al disciplinare di gara, nella parte in cui prevede una dichiarazione pedissequa a quella prescritta dallo stesso disciplinare;

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

dell'Amministrazione comunale al risarcimento del danno causato alla ricorrente dall'annullamento dell'aggiudicazione e dalla perdita dell'appalto e del profitto economico che ne avrebbe tratto, nonché del pregiudizio curricolare agli effetti della qualificazione professionale;

.....per la dichiarazione.....

di nullità e/o di sopravvenuta inefficacia e/o di caducazione automatica del contratto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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. \*\*\*\*\*;

Uditi, per le parti, alla pubblica udienza del 23 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, a procedura aperta, per l'affidamento dei lavori di "ampliamento cimitero capoluogo VI stralcio". All'esito della gara, risultata la propria offerta la migliore, la società ricorrente veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria dell'appalto e invitata a produrre la documentazione prevista dal bando. Indi, acquisiti anche gli atti richiesti al Casellario giudiziale, l'Amministrazione ne rilevava una discrepanza con quanto dichiarato dalla ditta in sede di domanda di partecipazione alla gara - per avere il rappresentante legale della stessa ommesso di fare riferimento ad una sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 17 della legge n. 10 del 1977 -, e faceva scaturire da tale carenza, indice di una dichiarazione non veritiera, la decadenza dall'aggiudicazione provvisoria con relativa esclusione della ditta dalla procedura selettiva, oltre alla comunicazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e l'escussione della garanzia provvisoria (v. determ. n. 825 del 9 settembre 2008). Successivamente, l'Amministrazione comunale aggiudicava in via definitiva l'appalto alla ditta Controinteressata Costruzioni S.r.l. (v. determ. n. 879 del 27 settembre 2008) e rigettava la richiesta di annullamento in autotutela dell'atto di esclusione della società ricorrente dalla gara (v. nota prot. n. 27035 del 29 settembre 2008).

Avverso gli atti del procedimento, ivi compresa in parte qua la lex specialis del concorso, ha proposto impugnativa l'interessata. Lamenta l'illegittimità delle norme di gara che imponevano di dichiarare anche

i precedenti penali relativi a fattispecie in alcun modo idonee ad incidere sulla moralità professionale delle imprese concorrenti; deduce l'estraneità della condanna taciuta alle tipologie di reati che precludono l'ammissione alle gare d'appalto, ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006; si duole della mancata applicazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, e quindi dell'omessa sua ammissione a fornire chiarimenti o a completare la dichiarazione presentata in sede di gara; denuncia l'erronea adozione della misura della decadenza dall'aggiudicazione provvisoria per un fatto che non integra una dichiarazione mendace; censura la carenza della comunicazione di avvio del procedimento preordinato alla decadenza dall'aggiudicazione provvisoria, all'esclusione dalla gara, alla segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e l'escussione della garanzia provvisoria; adduce l'illegittima e immotivata escussione della garanzia provvisoria, in realtà limitata dall'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006 alla diversa ipotesi della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario; assume ingiustificata e priva di fondamento normativo la segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici. Di qui la richiesta di annullamento degli atti impugnati e di condanna dell'Amministrazione comunale al risarcimento del danno, previa dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto stipulato con l'altra ditta.

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 2 dicembre 2008 (ord. n. 211/08).

All'udienza del 23 novembre 2010, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione.

Il ricorso è infondato.

Stabiliva il bando di gara che, relativamente alle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, avrebbe dovuto essere resa una dichiarazione sostitutiva in conformità del

modello allegato al disciplinare di gara, con un'avvertenza finale del seguente tenore: "Devono essere dichiarate tutte le condanne, e i relativi reati, iscritti nel Casellario Giudiziale, comprese quelle beneficianti della non menzione, in quanto spetta alla stazione appaltante valutare i reati ascritti e la loro incidenza sulla moralità professionale del concorrente, come prescritto, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara". Il disciplinare di gara, da parte sua, recava una prescrizione del seguente analogo tenore: "Devono essere dichiarate, a pena di esclusione, tutte le condanne e i relativi reati iscritti nel certificato del Casellario Giudiziale, in quanto spetta alla stazione appaltante valutare i reati ascritti e la loro incidenza sulla moralità professionale del concorrente, ad eccezione dei soli casi per i quali sia intervenuta la riabilitazione ai sensi dell'art. 178 del codice penale per effetto di provvedimento concessorio da parte del giudice o sia intervenuta l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 445, comma 2, del codice di procedura penale con provvedimento dichiarativo del giudice dell'esecuzione, in conformità al modello Allegato B al presente disciplinare".

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 di condanna penale che successivamente l'Amministrazione ha accertato essere stata a suo tempo emessa. Eppure la normativa di gara era chiara nell'imporre una simile dichiarazione, a pena di esclusione; il che inficia la condotta della concorrente, e ne comporta in via automatica l'estromissione dalla gara. In simili ipotesi la giurisprudenza ha ripetutamente rilevato che, per avere corredato 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 taciute quanto piuttosto sulla situazione di infedeltà, reticenza o inaffidabilità della ditta stessa (v., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 8 ottobre 2010 n. 7349).

Né ostava all'esclusione dalla gara l'asserita circostanza che il pregresso illecito penale fosse intrinsecamente inidoneo ad incidere sulla moralità professionale della concorrente. Ribadito che l'esistenza di false dichiarazioni circa i precedenti penali si configura come causa autonoma di esclusione, va altresì 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 all'impresa, la quale è pertanto obbligata 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 di tutti i 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. Il che è tanto più vero, così escludendo anche eventuali incertezze in chi è chiamato a compilare il modello, quando – come nella fattispecie – le norme di gara specificano, con apposita clausola, che vanno dichiarate tutte le condanne penali e che è riservato alla stazione appaltante ogni apprezzamento in merito alla rilevanza degli illeciti accertati dal giudice penale, onde il silenzio del concorrente diviene causa di estromissione dalla gara perché frutto dell'inosservanza di una prescrizione della lex specialis posta a pena di esclusione (v. Cons. Stato, Sez. VI, 24 giugno 2010 n. 4019).

Né si tratta, del resto, di prescrizione illegittima, anche se impone ai concorrenti di informare l'Amministrazione di qualsiasi precedente penale, indipendentemente dalla natura del reato e della pena irrogata. Come la giurisprudenza ha avuto occasione di precisare, simili disposizioni si presentano ragionevoli, proporzionate e non discriminatorie, perché mirano ad accelerare la procedura di gara e a dare alla stazione appaltante la certezza che non vengano commesse omissioni che rischiano se non altro di ritardare il corso del procedimento e di aumentare il contenzioso, neppure potendosi ipotizzare un contrasto con il diritto comunitario – secondo il quale è causa di esclusione solo la condanna per gravi reati incidenti sulla moralità professionale –, per non ostare al diritto comunitario a che ulteriori cause di esclusione siano previste dal legislatore nazionale o dal bando di gara, purché proporzionate e ragionevoli, e a che la lex specialis imponga adempimenti formali a pena di esclusione in funzione di accelerazione della procedura di gara (v. Cons. Stato, Sez. VI, n. 4019/2010  
begin\_of\_the\_skype\_highlighting

4019/2010

end\_of\_the\_skype\_highlighting cit.).

Non ha poi ragione la ricorrente di invocare la facoltà di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, e quindi l'indebita omessa sua ammissione a fornire chiarimenti o a completare la dichiarazione presentata in sede di gara. Ed invero - come è stato ancora di recente osservato (v. Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2010 n. 5084) - la mancata allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara, sicché la fattispecie normativa di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 non può servire a sopperire alla carenza di un documento o di una dichiarazione sostitutiva, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti.

Quanto, ancora, alla lamentata assenza della comunicazione di avvio del procedimento, è sufficiente far rinvio a quel consolidato indirizzo secondo cui la «decadenza dall'aggiudicazione provvisoria» non richiede l'avviso ex art. 7 della legge n. 241 del 1990, in quanto ascrivibile all'ordinario svolgersi della medesima procedura avviata con la pubblicazione del bando e continuata con un'attività istruttoria in esito alla quale l'Amministrazione appaltante accerta la sussistenza dei presupposti per la decadenza dal titolo temporaneamente acquisito dalla ditta (v., tra le altre, TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 1° marzo 2010 n. 245). Ad un simile onere formale, pertanto, si sottraevano nella circostanza anche l'esclusione dalla gara, la comunicazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e il ricorso all'escussione della garanzia provvisoria, tutti adempimenti afferenti alla medesima fase procedurale.

Le restanti censure investono la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e l'escussione della garanzia provvisoria, misure che la ricorrente ritiene prive di copertura normativa o comunque non

assistite da idonea motivazione. Sennonché, quanto alla prima, è stato già rilevato che la comunicazione all’Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale (v. Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009 n. 4907), senza necessità quindi di una particolare motivazione per un onere di natura vincolata, espressione dell’obbligo di segnalazione all’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di tutte le false dichiarazioni rese in sede di gara, ivi comprese quelle relative ai requisiti di carattere generale (v. TAR Valle d’Aosta 10 marzo 2010 n. 21); quanto alla seconda, invece, va ricordato che la possibilità di incamerare la cauzione discende direttamente dall’art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, a tenore del quale la cauzione copre “...la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell’affidatario ...”, posto che è da considerare tale qualunque ostacolo alla stipulazione riconducibile all’impresa, e quindi non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali (v. Cons. Stato, Sez. VI, n. 4907/2009 cit.; v., inoltre, TAR Umbria 26 giugno 2009 n. 361).

In conclusione, il ricorso va respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza della società ricorrente, e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite, nella misura complessiva di € 3.000,00 (tremila/00), oltre agli accessori di legge.



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

Così deciso in Parma, nella Camera di Consiglio del 23 novembre 2010, con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Presidente

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Estensore