

Il concorrente è legittimato a dichiarare, nei limiti di quanto «a propria conoscenza», i precedenti penali dei soggetti cessati nell'anno antecedente la data del bando

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 21-11-2016

1. La dichiarazione riguardante fatti e qualità di un terzo può essere resa solo e nella misura in cui fatti ed atti dichiarati rientrino nella conoscenza diretta del dichiarante.

2. Può ritenersi assolto il dovere di diligenza gravante sul dichiarante in difetto di ulteriori fonti di conoscenza disponibili (quali la presenza di dichiarazioni rese dai precedenti amministratori o la conoscenza diretta di circostanze ad essi relative), attraverso l'acquisizione e la produzione dell'unica documentazione amministrativa a disposizione del dichiarante medesimo.

2. Non può considerarsi falsa la dichiarazione del legale rappresentante di un'impresa concorrente nella quale sia stata omessa una pronuncia di condanna a carico di soggetto cessato dalla carica nell'anno precedente la pubblicazione del bando, laddove essa si fondi sulle risultanze del casellario giudiziale.

GUIDA ALLA LETTURA

L'articolo 38, comma 1, lettera c) del D.lgs. n. 163 del 2006 (sostituito dall'art. 80, comma 1, del nuovo Codice) prevede quale causa di esclusione dalla gare d'appalto la condanna, con sentenza definitiva (anche ai sensi dell'art. 444 c.p.p.) o decreto penale irrevocabile, per uno o più reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio nonché per tutti i per reati gravi commessi in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale. L'esclusione o il divieto operano anche se la sentenza o il decreto siano stati emessi nei confronti dei **soggetti cessati dalla carica** nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

Quanto alla portata dell'obbligo dichiarativo in parola, sempre l'articolo 38, al comma 2, dispone che il concorrente, nell'attestare il possesso dei requisiti, debba indicare **tutte le**

condanne penali riportate, comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione ai sensi dell'art. 175 c.p.

In proposito è stato chiarito che **spetta all'amministrazione il giudizio sulla gravità delle eventuali condanne riportate, per cui è obbligo del concorrente dichiarare tutti i pregiudizi penali subiti, non competendo ad egli la valutazione circa la gravità del reato ascritti**, perché ciò si risolverebbe nella privazione in capo alla stazione appaltante di conoscenze indispensabili per deliberare in ordine all'incidenza del precedente penale sulla moralità professionale e sulla gravità del medesimo (1).

Ne consegue che, nell'ipotesi di omessa dichiarazione di condanne penali riportate, è legittimo il provvedimento di esclusione, non potendosi configurare in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente penale di cui è stata omessa la dichiarazione e conseguendo il provvedimento espulsivo all'omissione della prescritta dichiarazione (2).

In questi casi **non è consentito il ricorso al soccorso istruttorio**, il quale non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali) radicalmente mancanti – pena la violazione della *par condicio* fra concorrenti – ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (3).

Il detto onere dichiarativo può essere assolto, in sostituzione dei soggetti che vi sono direttamente tenuti, anche dal legale rappresentante dell'impresa concorrente.

Sul contenuto della dichiarazione da questi eventualmente resa la giurisprudenza amministrativa ha assunto due diverse posizioni.

Da una parte si è rilevato come la puntualizzazione, da parte del dichiarante, che l'attestazione sulla altrui fedina penale sia effettuata nei limiti di "*quanto a sua conoscenza*" finisca per rendere l'attestazione stessa "*del tutto priva di valore e tamquam non esset ... ponendosi in contrasto con le norme in materia di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà di cui al d.P.R. 28.12.2000 n. 445, venendo a mancare una vera e propria assunzione di responsabilità insita invece in tale tipo di dichiarazione ed alla base dell'affidamento che è chiamata a riporvi la Amministrazione*" (4).

In questa prospettiva non ha alcun rilievo la buona fede dell'impresa concorrente, eventualmente maturata con riferimento alla circostanza di non aver potuto conoscere per tempo delle vicende penali dei soggetti da essa nominati con funzioni di responsabilità e

rappresentatività, ciò in quanto **la sanzione dell'esclusione dalla gara non presuppone un comportamento doloso o colposo dell'impresa, essendo piuttosto finalizzata alla tutela dell'amministrazione nella delicata attività degli appalti** (5).

In senso contrario è stato, invece, affermato che **“proprio perché il soggetto può rendere la dichiarazione afferente al terzo solo relativamente a stati, qualità e fatti “di cui abbia diretta conoscenza”, ne consegue che, in presenza di una norma (art. 38) che comunque richiede la predetta dichiarazione, quest'ultima non può che essere resa se non nel senso che essa attesta solo quanto è a conoscenza del dichiarante, ben potendo l'amministrazione – a fronte di una compiuta identificazione dei soggetti interessati – procedere alle opportune verifiche, anche attraverso il casellario giudiziale ed altri archivi pubblici (ai quali essa, a differenza del dichiarante, ha accesso), in ordine alla sussistenza (o meno) dei requisiti in capo a tali soggetti”** (6).

Aderendo a quest'ultimo filone giurisprudenziale la III sezione del Tar Lecce ha accolto il ricorso presentato da un raggruppamento di imprese contro l'esclusione del medesimo raggruppamento da una gara d'appalto, provvedimento che era stato adottato sul presupposto dell'asserita falsità della dichiarazione resa con riferimento ai precedenti penali dell'ex amministratore unico di una delle società associate (cessato dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando). In particolare, nella dichiarazione era stata sottaciuta una condanna riportata circa vent'anni prima dal predetto amministratore e non risultante dal Casellario Giudiziario.

Ritiene la Sezione che in tale ipotesi **“l'oggettiva falsità della dichiarazione resa dal legale rappresentante della società in ordine alla mancanza di precedenti penali in capo all'amministratore cessato, non possa condurre all'automatica esclusione delle ricorrenti dalla gara, in presenza di un certificato del casellario giudiziale che non riporta alcuna condanna in capo all'amministratore cessato, che è soggetto terzo rispetto a colui che rende la dichiarazione”**.

Infatti, l'art. 33 del DPR n. 313/02, di cui la parte ricorrente assume la violazione, prevede che solo **“la persona o l'ente interessato può conoscere senza motivare la richiesta, ma senza efficacia certificativa, tutte le iscrizioni ad esso riferite, comprese quelle di cui non è fatta menzione nei certificati di cui agli articoli 24, 25 e 26 27 e 31”**, mentre **il privato che intenda acquisire cognizione dei precedenti penali di un terzo, può chiedere ed ottenere solo il certificato amministrativo del casellario giudiziale di cui all'art. 24 del T.U. che, com'è noto, non reca traccia delle condanne per le quali sia stato concesso il beneficio della “non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale” (art. 175 c.p.)**.

Nel caso di specie la dichiarazione resa dal legale rappresentante della concorrente, riguardando una qualità relativa ad un soggetto terzo, legittimamente si è fondata sulle risultanze del casellario giudiziale; tale dichiarazione può essere resa solo e nella misura in cui fatti ed atti dichiarati rientrano nella conoscenza diretta del dichiarante, così come può ritenersi assolto il dovere di diligenza gravante sul predetto, ogni qual volta la dichiarazione riguardi fatti

e qualità di un terzo e in difetto di ulteriori fonti di conoscenza disponibili (quali la presenza di dichiarazioni rese dai precedenti amministratori o la conoscenza diretta di circostanze ad essi relative), attraverso l'acquisizione e la produzione dell'unica documentazione amministrativa a disposizione del dichiarante medesimo.

Semmai, rileva il collegio, la stazione appaltante, una volta acquisita la notizia del precedente penale gravante sull'amministratore cessato per il tramite della visura penale, e verificata la perfetta corrispondenza della dichiarazione resa dal legale rappresentante alle risultanze del casellario giudiziale diligentemente presentato all'atto della partecipazione alla gara, avrebbe dovuto procedere ad una valutazione discrezionale in ordine alla rilevanza di tale condanna sulla moralità professionale della mandante, e non escludere automaticamente dalla gara parte ricorrente per dichiarazione mendace.

(1) Cfr. Consiglio di Stato sez. V, sentenza 5451 del 02.12.2015.

(2) Cfr., tra le tante, Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 8 del 4.01.2012; Consiglio di Stato sez. IV, sentenza n. 6153 del 22.11.2011. E' *ius receptum* che spetta all'amministrazione, e non all'impresa partecipante alla gara, il giudizio sulla gravità delle condanne riportate, sicché è obbligo del concorrente dichiarare tutti i pregiudizi penali subiti (Cfr., tra le tante, Consiglio di Stato sez. IV, sentenza n. 6153 del 22.11.2011). Corollario di tali principi è la legittimità del provvedimento espulsivo, ove ricorra la omessa dichiarazione delle condanne riportate, conseguendo la statuizione espulsiva alla omessa dichiarazione (Cfr. tra le tante, Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 4543 del 2014; n. 5674 del 2011; 2257 del 2011; 2334 del 2011; 1909 del 2010).

(3) Cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 9 del 25.02.2014; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 927 del 25.02.2015.

(4) Cfr. Consiglio di Stato sez. V, sentenza 375 del 26.01.2009.

(5) Cfr. Consiglio di Stato sez. V, sentenza 5451 del 02.12.2015.

(6) Cfr. Consiglio di Stato sez. IV, sentenza 3862 del 27.06.2011. In questa decisione il Consiglio di Stato ha. Altresì, precisato che *"Il partecipante alla gara non è tenuto (né l'eventuale omissione può costituire causa di esclusione dalla gara) ad indicare le ragioni per le quali non ha potuto produrre le dichiarazioni dei precedenti amministratori (o autocertificare*

egli le circostanze ad essi relative), posto che il soggetto (persona fisica o giuridica) partecipante alla gara non ha assunto obbligazioni del fatto del terzo nei confronti della stazione appaltante (art.1381 c.c.), né vi è norma che imponga in via generale alla persona giuridica di includere, nella fonte del rapporto intercorrente con i propri amministratori e altri soggetti contemplati dall'art. 38, l'obbligo di questi ultimi a rendere, fino a tre anni successivi alla cessazione dalla carica, le dichiarazioni necessarie alla persona giuridica per la partecipazione alle gare; né, infine, l'eventuale inadempimento di un obbligo posto a carico dei soggetti cessati dalle cariche (ove previsto) potrebbe risolversi in danno della (incolpevole) società.”

-omissis-

Coop Sud Societa' Cooperativa, Armando Muccio Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Alberto Maria Durante C.F. DRNLR75E04F101X, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Garibaldi,43;

contro

Comune di Supersano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Liviello C.F. LVLMRA60M13L074O, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via 95 Reggimento Fanteria 1;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 1539 del 4.3.2016, con il quale il R.U.P. del Comune di Supersano ha escluso le ricorrenti dalla gara;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale ivi inclusi, ove occorra, i verbali di gara ed il provvedimento di rigetto del preavviso di ricorso inoltrato dalla mandante prot. n. 1923 del 21.3.2016;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Supersano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2016 la dott.ssa Antonella Lariccia e uditi per le parti gli avv.ti A.M. Durante e M. Liviello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 29.03.2016 la società Coop Sud Società Cooperativa in qualità di mandante del costituendo raggruppamento di imprese con la Armando Muccio Srl invocava l'annullamento previa sospensione degli atti in epigrafe indicati lamentando:

- violazione e/o falsa applicazione dell'art. 33 del d.p.r. n. 313/02; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/06; travisamento del fatto; violazione del bando di gara; violazione dei principi di lealtà e buona amministrazione; violazione del principio dell'affidamento.

Esponeva in particolare la società ricorrente di avere presentato, in qualità di mandante del costituendo raggruppamento di imprese con la Armando Muccio Srl, domanda di partecipazione alla gara indetta dal Comune di Supersano per l'affidamento mediante appalto integrato della progettazione esecutiva e della esecuzione dei lavori di "*messa in sicurezza permanente del sito inquinato denominato masseria Macri/Amendola*", e di essere stata esclusa dalla gara predetta, con provvedimento prot. n. 1539 del 04/03/2016 del R.U.P. del Comune di Supersano, a causa di una presunta dichiarazione non veritiera resa dal rappresentante legale della mandante in relazione alle condanne penali degli amministratori cessati; pertanto, in data 13/03/2016, la mandataria trasmetteva alla stazione appaltante preavviso di ricorso chiedendo l'annullamento del provvedimento di esclusione, tuttavia con il provvedimento prot. n. 1923 del 21/03/2016, la Stazione appaltante respingeva il preavviso di ricorso avanzato dalla mandataria.

Si costituiva il Comune di Supersano eccependo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza nel merito dello spiegato ricorso e, all'udienza pubblica dell'11.10.2016, avendo la difesa della ricorrente espressamente precisato a verbale di avere interesse all'accoglimento del ricorso unicamente al fine di ottenere lo svincolo della cauzione ed ai fini delle comunicazioni all'ANAC, la causa veniva trattenuta per la decisione.

Tanto premesso ed in tal modo precisato e delimitato l'interesse ad agire di parte ricorrente, osserva il Collegio che il ricorso è fondato e va accolto per quanto di ragione.

Ed invero, parte ricorrente impugna il provvedimento di esclusione dalla gara d'appalto assumendo che, l'errata attestazione nella dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà richiesta dall'art. 38, comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 163/2006 relativamente a fatti, stati e qualità non personali, ma riguardanti tale sig. Scorrano Giuseppe, già amministratore unico della società mandante cessato dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando, con riferimento ad una condanna penale riportata circa vent'anni prima dal predetto e non risultante dal Casellario Giudiziario, non avrebbe potuto determinare la sua automatica esclusione.

Orbene, il Collegio ritiene fondato tale assunto.

In particolare, è incontestato che il provvedimento di esclusione impugnato si fonda unicamente sul fatto che, dalla verifica effettuata dalla stazione appaltante attraverso il sistema AVCPass dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.), è risultato che la dichiarazione ex art. 38 comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 163/2006 resa da parte ricorrente non fosse veritiera per la presenza, a carico del predetto Scorrano Giuseppe, cessato dalla carica di cui all'art. 38, di un precedente penale e, segnatamente, di una sentenza della Pretura di Lecce - Sezione distaccata di Ugento del 03/02/1998, irrevocabile il 10/03/1998, per il reato di rissa (Art. 588 C.P.) con beneficio della non menzione (art. 175 C.P.) e sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 163 C.P.

Orbene, ritiene il Collegio che in tale ipotesi l'oggettiva falsità della dichiarazione resa dal legale rappresentante della società in ordine alla mancanza di precedenti penali in capo all'amministratore cessato, non possa condurre all'automatica esclusione delle ricorrenti dalla gara, in presenza di un certificato del casellario giudiziale che non riporta alcuna condanna in capo all'amministratore cessato, che è soggetto terzo rispetto a colui che rende la dichiarazione.

Ed invero, è noto come l'art. 33 del DPR n. 313/02 preveda che solo *"la persona o l'ente interessato può conoscere senza motivare la richiesta, ma senza efficacia certificativa, tutte le iscrizioni ad esso riferite, comprese quelle di cui non è fatta menzione nei certificati di cui agli articoli 24, 25 e 26 27 e 31"*, mentre il privato che intenda conoscere i precedenti penali di un terzo, può chiedere ed ottenere solo il certificato amministrativo del casellario giudiziale di cui all'art. 24 del T.U. che, com'è noto, non reca traccia delle condanne per le quali sia stato concesso il beneficio della *"non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale"* (art. 175 c.p.), che saranno visibili unicamente alle forze dell'ordine, all'autorità giudiziaria, alla P.a. con la visura, oltre che naturalmente al diretto interessato.

Ed invero, codesto Tar non ignora che, secondo la condivisibile giurisprudenza, in sede di gara d'appalto i concorrenti non possano *"operare alcun filtro in sede di dichiarazioni relativamente alla indicazione delle condanne penali subite ed alla loro rilevanza sulla moralità professionale che è riservata in via esclusiva alla stazione appaltante, trattandosi di obbligo che scaturisce direttamente dalla legge e, per la precisione, dall'art. 38, co. 2, cit."* (cfr. da ultimo Cons. St,

sez. V, n. 400 del 27 gennaio 2014; n. 1378 del 2013; Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, determinazione n. 1 del 2010, nonché Consiglio di Stato, sez. V, 12.10.2016 n. 4219), e che nemmeno può farsi ricorso, in tali ipotesi, al soccorso istruttorio, il quale non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali) radicalmente mancanti – pena la violazione della *par condicio* fra concorrenti – ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (Cons. Stato, A. P. 25/2/2014 n. 9; Sez. V, 25/2/2015 n. 927).

Tuttavia, nel caso che ci occupa, la dichiarazione resa dal legale rappresentante della mandante, riguardando una qualità relativa ad un soggetto terzo, legittimamente si è fondata sulle risultanze del casellario giudiziale; e difatti, tale dichiarazione può essere resa solo e nella misura in cui fatti ed atti dichiarati rientrano nella conoscenza diretta del dichiarante, così come può ritenersi assolto il dovere di diligenza gravante sul predetto, ogni qual volta la dichiarazione riguardi fatti e qualità di un terzo e in difetto di ulteriori fonti di conoscenza disponibili (quali la presenza di dichiarazioni rese dai precedenti amministratori o la conoscenza diretta di circostanze ad essi relative), attraverso l'acquisizione e la produzione dell'unica documentazione amministrativa a disposizione del dichiarante medesimo; ed invero, come osservato da condivisibile giurisprudenza, *“proprio perché il soggetto può rendere la dichiarazione afferente al terzo solo relativamente a stati, qualità e fatti “di cui abbia diretta conoscenza”, ne consegue che, in presenza di una norma (art. 38) che comunque richiede la predetta dichiarazione, quest'ultima non può che essere resa se non nel senso che essa attesta solo quanto è a conoscenza del dichiarante, ben potendo l'amministrazione – a fronte di una compiuta identificazione dei soggetti interessati – procedere alle opportune verifiche, anche attraverso il casellario giudiziale ed altri archivi pubblici (ai quali essa, a differenza del dichiarante, ha accesso), in ordine alla sussistenza (o meno) dei requisiti in capo a tali soggetti”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 27/6/2011 n. 3862).

Conseguentemente, ritiene il Collegio che il Comune di Supersano, una volta acquisita la notizia del precedente penale gravante sull'amministratore cessato per il tramite della visura penale, e verificata la perfetta corrispondenza della dichiarazione resa dal legale rappresentante alle risultanze del casellario giudiziale diligentemente presentato all'atto della partecipazione alla gara, avrebbe dovuto procedere ad una valutazione discrezionale in ordine alla rilevanza di tale condanna sulla moralità professionale della mandante, e non escludere automaticamente dalla gara parte ricorrente per dichiarazione mendace.

In conclusione, avendo parte ricorrente, in difetto di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva della gara nelle more intervenuta, espressamente dichiarato di avere interesse al ricorso al solo fine di conseguire lo svincolo della cauzione versata e di evitare la segnalazione della falsa dichiarazione all'ANAC, esclusivamente entro tali limiti ed a tali fini il ricorso deve trovare accoglimento.

Sussistono gravi ed eccezionali motivi, in considerazione della complessità e di taluni aspetti di novità dell'oggetto del giudizio, per dichiarare integralmente compensate tra le parti le spese di lite.

