

L'esclusione dall'obbligo di dichiarare condanne per reati dichiarati estinti dopo la condanna stessa non sussiste solo se l'estinzione è dichiarata dal giudice

di Alfredo Mignozzi

Data di pubblicazione: 19-10-2016

1. *L'art. 38, primo comma lett. c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, esclude dalla partecipazione alle procedure di affidamenti di concessioni e di appalti di lavori, forniture e servizi chiunque abbia riportato condanne per reati gravi che incidono sulla moralità professionale (da cui l'obbligo di fornire le relative dichiarazioni) senza dare rilievo al decorso del periodo che comporta l'estinzione del medesimo. Il Consiglio di Stato chiarisce che l'art. 38 al secondo comma esclude l'obbligo di dichiarare le condanne per reati dichiarati estinti dopo la condanna stessa non sussiste solo qualora l'estinzione sia dichiarata dal giudice. (1)*

2. *In tema di soccorso istruttorio, la sentenza conferma che non è applicabile nel caso in cui si si discuta non di una irregolarità formale ma di un inadempimento sostanziale. (2)*

3. *L'escussione della cauzione costituisce conseguenza necessaria dell'esclusione (3)*

(1) *Conformi C. di S., sez. V, 17 giugno 2014, n. 3092; C. di S., sez. V, 5 settembre 2014, n. 4528; C. di S., III, 5 ottobre 2016, n.4118*

(2) *Conformi C. di S., sez. IV, 15 settembre 2015, n. 4315; C. di S., sez. IV, 24 agosto 2016, n. 3685;*

(3) *Conformi C. di S., III, 19 febbraio 2016, n. 694. C. di S., 26 maggio 2015, n. 2638; C. di S., sez. V, 10 settembre 2012, n. 4778.*

Guida alla lettura

La sentenza in commento si sofferma su una serie di questioni in materia di appalti pubblici, attinenti agli obblighi dichiarativi di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 163/2006, alla possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio e all'automatica escussione della polizza

fideiussoria.

Nella fattispecie sottoposta al vaglio della III Sezione, una ditta, dichiarata aggiudicataria in una prima fase dell'affidamento di una fornitura di farmaci vendibili dalle farmacie comunali, è stata successivamente esclusa perché il suo direttore non aveva dichiarato di aver subito una sentenza di applicazione della pena per il delitto di cui all'art. 452 del c.p. (delitti colposi contro la salute pubblica).

La ditta contesta l'esclusione, affermando che non sussiste tale obbligo dichiarativo perché era decorso il tempo per l'estinzione del reato, senza che a tal fine occorra una pronuncia dichiarativa del giudice dell'esecuzione ex art. 676 c.p.p.

Il Consiglio di Stato non ha condiviso la tesi dell'aggiudicataria, affermando che, ai sensi dell'art. 38, primo comma lett. c), **l'obbligo dichiarativo non sussiste solo per le condanne per le quali sia già intervenuto un provvedimento che dichiari maturata l'estinzione del reato**, insussistente nel caso di specie: non spetta infatti all'Amministrazione effettuare valutazioni, quali il verificarsi o meno dell'effetto estintivo, che possono solo aggravare lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica.

Conseguentemente, non può essere accolta la tesi delle non incidenza del reato sulla moralità professionale del concorrente, in quanto trattasi di una fase valutativa distinta e posteriore rispetto alla **verifica preliminare del corretto assolvimento degli obblighi dichiarativi** applicabili a ciascuno dei concorrenti, ai quali non è riservata dalla legge la libertà di sindacare la gravità o meno dei reati commessi dai singoli rappresentanti legali delle ditte concorrenti: essa resta riservata alla esclusiva valutazione della stazione appaltante, che deve avere tutte le necessarie informazioni per verificare la moralità o la professionalità degli aspiranti all'aggiudicazione del contratto.

La "falsa" dichiarazione, inoltre, non consente di esperire il **cd. soccorso istruttorio** di cui all'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163/2006, che è **circoscritto alle ipotesi di "mancanza, incompletezza o irregolarità essenziale" delle dichiarazioni sostitutive da rendersi dai partecipanti al procedimento di gara**, né la norma richiede di verificare che la condotta dichiarativa debba essere necessariamente dolosa.

Tanto chiarito in merito agli obblighi dichiarativi quale naturale conseguenza del mancato rispetto degli stessi, la sentenza, conformemente al consolidato orientamento giurisprudenziale, ha ritenuto **conseguenza necessaria del provvedimento di esclusione l'escussione della cauzione**, trattandosi di un'automatica conseguenza delle violazioni riscontrate, misura di carattere strettamente patrimoniale che è indifferente a valutazioni che evidenzino la non imputabilità a colpa della violazione che ha portato all'esclusione del concorrente.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso in appello numero di registro generale 6525 del 2016, proposto da:

-OMISSIS-. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Soprano C.F. SPRNRC55H12F839R, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

contro

Cofaser - Consorzio Farmacie Servizi - in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Liccardo C.F. LCCFRC62E14F839G, con domicilio eletto presso l'avvocato Lucrezia Riccio in Roma, piazza Martiri di Belfiore n. 4;

nei confronti di

Elba Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni s.p.a. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo della Campania, sede di Salerno, Sezione I, n. 01588/2016, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura farmaci vendibili dalle farmacie comunali gestite dal Cofaser

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cofaser - Consorzio Farmacie Servizi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2016 il consigliere Manfredi Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Enrico Soprano e Federico Liccardo;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Visto il ricorso al Tribunale Amministrativo della Campania, sede di Salerno, rubricato al n. 1169/2016, con il quale-OMISSIS- impugnava i provvedimenti adottati dal Consorzio Farmacie Servizi (CO.FA.SER.) con il verbale n.235 della seduta del consiglio di amministrazione del 18 maggio 2016, con il quale è stato disposto l'annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento della "fornitura di farmaci etici, stupefacenti e per uso veterinario, di fascia a e c, esclusi quelli di fascia c bis, vendibili dalle farmacie comunali gestite dal Co.Fa.Ser." già disposto in favore della suddetta-OMISSIS-

Vista la sentenza, resa in forma semplificata, n. 1588 in data 6 luglio 2016 con la quale il Tribunale Amministrativo della Campania, sede di Salerno, Sezione Prima, respingeva il ricorso di primo grado;

Visto il ricorso a questo Consiglio di Stato, rubricato al n. 6525/2016, con la quale-OMISSIS- propone appello avverso la suddetta sentenza contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e contestuale memoria del Consorzio Farmacie e Servizi, il quale chiede il rigetto dell'appello;

Ritenuta l'esistenza dei presupposti per definire il giudizio mediante sentenza in forma semplificata e avvisate le parti di tale possibilità senza che alcuno manifestasse opposizione;

Considerato che l'appellante, in una prima fase dichiarata aggiudicataria del contratto, è stata successivamente esclusa essendo stato accertato che il suo direttore tecnico non aveva dichiarato di avere subito una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti per il delitto di cui all'art. 452 del codice penale (delitti colposi contro la salute pubblica);

Rilevato che l'appellante contesta l'esistenza del suddetto obbligo dichiarativo essendo decorso il tempo per l'estinzione del reato, e affermando la natura meramente dichiarativa del provvedimento del giudice dell'esecuzione con il quale viene dichiarata l'estinzione;

Ritenuto di non poter condividere la tesi in quanto l'art. 38, primo comma lett. c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, esclude dalla partecipazione alle procedure di affidamenti di concessioni e di **appalti** di lavori, forniture e servizi chiunque abbia riportato condanne per reati gravi che incidono sulla moralità professionale (da cui l'obbligo di fornire le relative dichiarazioni) senza dare rilievo al decorso del periodo che comporta l'estinzione del medesimo;

Rilevato, inoltre, che il richiamato art. 38 al secondo comma esclude l'obbligo di dichiarare le condanne per reati dichiarati estinti dopo la condanna stessa, in tal modo chiarendo ulteriormente, e definitivamente, che l'obbligo di cui si discute non sussiste solo qualora l'estinzione sia dichiarata dal giudice;

Rilevato che il suddetto obbligo è ribadito dal disciplinare di gara alla voce "modalità di presentazione delle offerte";

Rilevato che l'operato dell'Amministrazione e la decisione del primo giudice sono rispettosi di orientamento pacifico di questo Consiglio di Stato, espresso nei precedenti citati nella sentenza appellata e nella memoria della parte appellata;

Ritenuto di dover condividere quanto affermato dall'appellata circa l'inapplicabilità, nel caso che ora occupa, del principio affermato da C. di S., V, 13 novembre 2015, n. 5192, che riguarda l'omessa dichiarazione di un reato per il quale l'effetto estintivo si era realizzato senza necessità dell'intervento del giudice, ai sensi dell'art. 578 del codice di procedura penale allora vigente;

Ritenuto, in conclusione, che l'appellante ha omesso una dichiarazione obbligatoria, e, di conseguenza, di dover respingere la censura;

Ritenuto di non poter condividere la seconda censura, con la quale l'appellante sostiene che il caso, riguardante una condanna risalente al 2001, evidenzia la buona fede del dichiarante il quale per mero abbaglio non ha esposto la sentenza così antica; al riguardo deve essere osservato come la natura dolosa o colposa dell'omissione dichiarativa è, nella logica del procedimento di cui si tratta, irrilevante, atteso che in ogni caso l'omissione rende impossibile l'accertamento dell'affidabilità professionale del partecipante alla gara;

Ritenuto infondato anche il terzo mezzo, con il quale l'appellante sostiene che nei suoi confronti doveva essere attivato il cosiddetto "soccorso istruttorio"; al riguardo deve essere osservato che nella specie si discute non di una irregolarità formale ma di un inadempimento sostanziale, ulteriormente colorato dal fatto che il reato di cui si tratta oltre a essere qualificato delitto evidenzia la violazione di norma di condotta di particolare rilievo per chi operi nel campo della confezione e distribuzione di preparati medicinali;

Ritenuto di non poter condividere nemmeno la censura con la quale l'appellante contesta l'escussione della cauzione prestata, atteso che questa costituisce conseguenza necessaria dell'esclusione (in termini C. di S., III, 19 febbraio 2016, n. 694):

Ritenuto, in conclusione, di dover respingere l'appello;

Ritenuto che le spese del grado debbano essere integralmente compensate

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul

ricorso in appello n. 6525/2016, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente spese e onorari del grado fra le parti costituite.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma primo D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la Società appellante e il suo direttore tecnico.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere