

## **Parere n. 125 del 05/11/2009**

**Protocollo** PREC 56/09/L

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Costruzioni Cicuttin S.r.l. - Lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria della rete stradale della città di Settimo Torinese anni 2009-2010 - Importo a base d'asta € 1.500.000,00 - S.A.: Azienda Sviluppo Multiservizi S.p.A.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 22 dicembre 2008 è pervenuta a questa Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Costruzioni Cicuttin S.r.l. ha contestato l'esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta dall'Azienda di Sviluppo Multiservizi S.p.A. a causa dell'emissione di un decreto penale di condanna da parte del G.I.P. del Tribunale di Udine nei confronti del direttore tecnico e procuratore speciale dell'impresa medesima per lesioni personali colpose gravi, ritenendo il suddetto provvedimento di esclusione non conforme al dettato dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, che è riferito soltanto ai decreti penali di condanna divenuti irrevocabili per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale la stazione appaltante ha rappresentato di aver ritenuto che la dichiarazione della sussistenza di un decreto penale di condanna in capo al direttore tecnico e procuratore speciale dell'impresa concorrente Costruzioni Cicuttin S.r.l. fosse di per sé ragione sufficiente per incidere negativamente sull'affidabilità morale e professionale del soggetto medesimo, atteso che la condotta accertata è dipesa dall'aver "omesso di organizzare le operazioni di carico e movimentazione di pali cagionando così al dipendente (...) lesioni personali della durata di 65 giorni" e che non è intervenuta l'emanazione del provvedimento di estinzione del reato.

Al contraddittorio documentale ha partecipato anche l'impresa aggiudicataria dell'appalto di lavori in oggetto di Pietrantonio & C. S.r.l., la quale ha comunicato di non essere a conoscenza della richiesta di parere e che, per l'appalto in questione, è stato già firmato un regolare contratto e sono stati già svolti lavori per circa € 300.000,00.

### **Ritenuto in diritto**

Come più volte evidenziato da questa Autorità in precedenti pareri, tra cui in particolare e da ultimo quello del 20 novembre 2008 n. 250, ciò che rileva ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006 è il concetto di immoralità professionale, per cui occorre che il reato ascritto sia idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione con i principi deontologici della professione (Cons. Stato, sez. V, n. 349/2006; Cons. Stato, sez. V, n. 1145/2003).

Non essendo indicati dalla norma i reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale delle imprese partecipanti alle gare di appalto, secondo una costante giurisprudenza spetta all'amministrazione stabilire, motivatamente, se il reato per il quale il soggetto è stato condannato provoca, secondo il comune e ragionevole convincimento, una obiettiva incisione sull'affidabilità del condannato, sia sul piano morale sia sul piano professionale, tale da determinare l'esclusione dalla gara (per tutte Consiglio di Stato, Sez. V, 22 febbraio 2007, n. 945).

Tale orientamento era stato, peraltro, già assunto da questa Autorità con determinazione n. 13/2003, nella quale veniva evidenziato come le amministrazioni dovessero, nel valutare l'affidabilità morale e professionale del contraente, considerare tutti gli elementi che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali ad esempio l'elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive.

La mancanza di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa lasciano un ampio spazio di valutazione discrezionale alla stazione appaltante, che consente alla stessa margini di flessibilità operativa al fine di un apprezzamento delle singole concrete fattispecie, con considerazione di tutti gli elementi delle stesse che possono incidere sulla fiducia contrattuale.

Conseguentemente, è la stazione appaltante a dover valutare discrezionalmente l'incidenza di una condanna sulla moralità professionale dell'appaltatore, con riferimento al tipo di reato commesso, fornendo altresì, in relazione alla decisione adottata, adeguata e congrua motivazione.

Pertanto, i margini di insindacabilità attribuiti all'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione non consentono alla stazione appaltante di prescindere dal dare contezza di aver effettuato una concreta valutazione dell'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario, mediante una accurata indagine della rispondenza della fattispecie di reato a tutti gli elementi che delineano l'ipotesi di esclusione individuata dall'articolo 38, comma 1, lettera c), del D.Lgs. n. 163/2006.

Con specifico riguardo all'esclusione, ai sensi del citato art. 38, comma 1, lettera c), del D.Lgs. n. 163/2006 dell'impresa istante Costruzioni Cicuttin S.r.l., si ritiene che l'unicità del provvedimento penale di cui trattasi, la sua tipologia per il tipo di condotta accertata a carico del Direttore Tecnico, la mancata reiterazione delle stesse fattispecie nel corso degli anni, nonché il dato concreto del trascorrere di un consistente lasso di tempo (fatti accertati nell'anno 2002) sono tutti elementi che, per quanto sopra rilevato, la stazione appaltante avrebbe dovuto quanto meno prendere in considerazione nel valutare l'affidabilità morale del concorrente e motivare il provvedimento di esclusione. La circostanza che ciò non sia accaduto, consente di sostenere che non sia stata effettuata una completa e ponderata valutazione di tutti gli indici presuntivi individuati dalla giurisprudenza amministrativa e da questa Autorità, tali da ritenere sussistente "l'immoralità professionale" del concorrente.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dell'impresa Cicuttin Costruzioni S.r.l. non sia conforme allo spirito ed al contenuto dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163, mancando un'attenta e congrua motivazione.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2009