

## **Parere n.145 del 20/06/2014**

### **PREC 239/13/L**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Sarno (SA) - "Lavori di completamento dello stadio comunale "F. Squitieri" copertura, sistemazione dei locali a sala rimuscolatura e gradinata settore tribuna". Importo a base di gara € 430.430,79 - S.A. Comune di Sarno (SA).

**Dichiarazione cessati dalla carica. Art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 29 luglio 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale il Comune di Sarno ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione, disposta con il verbale di gara n. 2 del 24.06.2013, della ditta Pappacena Salvatore (ditta individuale) perché dalla documentazione amministrativa rimessa non si evinceva se vi fossero o meno direttori tecnici cessati dalla carica e quindi l'eventuale obbligo, in relazione all'eventuale cessato, della dichiarazione di cui all'art. 38 lett. c) del Codice.

Infatti, nel modello utilizzato per la dichiarazione di ammissione alla gara, il concorrente ha cancellato il punto m) relativo alla dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata nei confronti dei cessati dalla carica, non specificando, tuttavia, se vi fossero direttori tecnici cessati dalla carica nell'anno antecedente.

Risulta, tuttavia, dagli atti del fascicolo, che la ditta concorrente ha comunque adempiuto all'onere certificativo con dichiarazione resa su modello predisposto dalla stazione appaltante, con cui dichiara "l'inesistenza di cause di esclusione ...di cui alla lett. c) comma 1 dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, relativa ai soggetti di cui al punto XI.2.2.B, lett. a, b), c) e d) del bando, cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando ...".

L'impresa Pappacena ha avanzato, in data 28/06/2013, con istanza protocollata al n. 11572, domanda diretta ad ottenere l'annullamento in autotutela dell'esclusione dalla gara sostenendo che tale dichiarazione, anche se radicalmente omessa, non comporta comunque l'esclusione dalla gara quando non sussistono in concreto situazioni ostative alla partecipazione e/o nel caso in cui non ci sono cessati dalla carica.

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 18 settembre 2013, non sono pervenute memorie.

### **Ritenuto in diritto**

La questione in rilievo concerne la legittimità dell'esclusione dalla gara in oggetto della ditta Pappacena Salvatore (ditta individuale) perché dalla documentazione amministrativa rimessa non si evinceva se vi fossero o meno direttori tecnici cessati dalla carica e, quindi, l'eventuale obbligo, in relazione a tali soggetti, della produzione della dichiarazione di cui all'art. 38 lett. c) del Codice. Al riguardo, si ritiene che non sussista alcun obbligo di legge di indicare i cessati dalla carica nel caso in cui tali cessati non vi siano. In altre parole se esiste un onere, normativamente imposto ex art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, di indicare i cessati dalla carica nell'anno precedente al fine della relativa dichiarazione dell'assenza di elementi ostativi pregiudicanti l'affidabilità morale della ditta concorrente, per contro, in caso di assenza di cessati dalla carica, non sussiste alcun onere di dichiarazione negativa. Inoltre, nel caso in esame, la dichiarazione in ordine all'assenza di elementi ostativi con riguardo ai cessati dalla carica risulta essere stata comunque resa dalla ditta concorrente.

Conseguentemente, la ditta Pappacena Salvatore è stata illegittimamente esclusa.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la ditta Pappacena Salvatore è stata illegittimamente esclusa.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito