

Parere n. 85 del 29/04/2010

Protocollo PREC 200/09/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 [omissis], in qualità di mandante dell'A.T.I. con l'impresa capogruppo [omissis]- Lavori per il risanamento della sede viaria e opere di corredo sulla strada provinciale [omissis] - Importo a base d'asta € 2.370.000,00 - S.A.: [omissis].

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 25 novembre 2009 perveniva all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa [omissis], in qualità di mandante dell'A.T.I. con l'impresa capogruppo [omissis], esponeva di aver partecipato alla procedura bandita per l'aggiudicazione dei lavori in oggetto e di essere stata esclusa dalla gara, come da verbale del 5 novembre 2009, con la seguente motivazione: *" in quanto dall'esame della documentazione la Commissione ha verificato che il legale rappresentante dell'impresa mandante ha dichiarato che a suo carico è stata emessa in data 29 maggio 2009 sentenza non definitiva relativa al reato di cui agli articoli 110 e 353 c.p. (n.d.r. turbativa d'asta in concorso) e ciò in contrasto con le disposizioni dettate dal punto 4 lett c) del disciplinare di gara che impedisce a tali soggetti la partecipazione alla gara."*

In particolare si contestava l'errata interpretazione della *lex specialis*, la violazione della tassatività delle cause di esclusione ex artt. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e 75 del D.P.R. n. 554/1999 nonché dei principi di presunzione di non colpevolezza, di cui all'art. 27 Cost., del *favor participationis* e della concorrenza.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, la Provincia regionale di [omissis] e l'impresa controinteressata confermavano la piena legittimità dell'esclusione e della disciplina della *lex specialis* sulla base della quale lo stesso provvedimento escludente era stato adottato.

Nello specifico, la stazione appaltante osservava come l'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 non esclude aprioristicamente la possibilità per la pubblica amministrazione di introdurre nuovi elementi che possano garantire all'Amministrazione la piena legittimità e buona riuscita della procedura di gara e rilevava inoltre che, nella specie, il reato di cui si trattava riguarda l'art. 353 del c.p., rubricato *"Turbata libertà degli incanti"*, il quale inerisce direttamente alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Parimenti, la controinteressata [omissis] evidenziava che la previsione della *lex specialis* di gara di cui si trattava si inquadra nel filone introdotto nell'ordinamento regionale dall'art. 2 della legge regionale siciliana 20 novembre 2008, n. 15, come modificato ed integrato dall'art. 28, comma 1, lett. a) e b), della legge regionale n. 6/2009, il quale prevede *"2. I bandi di gara prevedono, pena la nullità degli stessi, la risoluzione del contratto nell'ipotesi in cui il legale rappresentante o uno dei dirigenti dell'impresa aggiudicataria siano rinviati a giudizio per favoreggiamento nell'ambito di procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata."*

Diversamente, l'impresa [omissis], capogruppo dell'A.T.I., si associava alle ragioni sostenute nell'istanza dalla mandataria [omissis].

Ritenuto in diritto

Oggetto dell'istanza di parere in esame è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto in ragione della sussistenza in capo al legale rappresentante dell'impresa istante di una condanna non definitiva per il reato di turbativa d'asta, in applicazione della previsione del punto 4, lett c), del disciplinare di gara.

La richiamata clausola della *lex specialis* di gara prevede la necessità della dichiarazione sostitutiva, ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, con la quale il concorrente o suo procuratore, assumendosene la piena responsabilità *"c) dichiara che nei propri confronti non sono state emesse sentenze ancorché non definitive relative a reati che precludono la partecipazione alle gare d'appalto"*. Nel caso di specie, la dichiarazione è stata regolarmente resa e il reato dichiarato, non ancora accertato in via definitiva, è un reato contro la pubblica amministrazione di rilevanza specifica in relazione alle gare ad evidenza pubblica.

Preliminarmente si rileva che, nella fattispecie in esame, la controversa previsione della *lex specialis* di gara è stata oggetto di applicazione da parte della stazione appaltante e non risulta essere stata

tempestivamente impugnata da parte dell'impresa interessata, secondo il consolidato principio a tenore del quale sussiste l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando, ove queste siano preclusive della partecipazione.

Tuttavia, nel merito si evidenzia che la previsione in questione appare in contrasto con i principi, sia generali che propri delle procedure concorsuali, di presunzione di innocenza e di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di gara, invocati da parte istante e già ribaditi da questa Autorità in precedenti pronunce (cfr. pareri nn. 67 e 107/2007), a tenore delle quali la previsione del bando di gara, secondo la quale i concorrenti devono dichiarare "*sentenze, ancorché non definitive, relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto*", non è conforme al disposto dell'art. 38, comma 1, lettera c) del D.Lgs. n. 163/2006.

In proposito, nei casi richiamati l'Autorità ha affrontato, per fattispecie analoghe, la problematica in esame, evidenziando che, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera c) del D.Lgs. n. 163/2006, il concorrente è escluso dalla gara in presenza di sentenza di condanna passata in giudicato, o di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile oppure di sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi, in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale e rilevando, altresì, che ai fini dell'esclusione pregiudiziale ad ogni valutazione che la stazione appaltante deve effettuare in ordine all'incidenza del tipo di reato commesso sulla moralità professionale del concorrente è la definitività del provvedimento di condanna, a prescindere dalle modalità di irrogazione della pena, effettuata con sentenza definitiva o con sentenza di patteggiamento ovvero con decreto penale. È pertanto necessaria, ai fini dell'esclusione, una pronuncia definitiva ricadente nell'ambito oggettivo di applicazione individuato dalla citata norma.

Per tali ragioni, la dichiarazione richiesta al punto 4, lett. c) del disciplinare di gara in esame non appare conforme alla vigente disciplina sulle cause di esclusione dalle gare di pubblici appalti.

In contrario avviso non assume rilievo la disciplina legislativa regionale invocata dalla controinteressata [omissis], sia a fronte della valenza di principio, anche di rilevanza costituzionale, di quanto sancito nella citata normativa nazionale di settore, sia in relazione alla diversa fattispecie disciplinata dalla richiamata norma regionale (rinvio a giudizio per favoreggiamento nell'ambito di procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata, peraltro in fase di esecuzione del contratto).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la previsione della *lex specialis* da cui discende

l'esclusione disposta dalla stazione appaltante nei confronti dell'A.T.I. [omissis] (mandataria) [omissis] (mandante) non è conforme al disposto di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 Maggio 2010