

Massime per Atto Ricercato: Parere di Precontenzioso n. 156 del 14/09/2011 - rif. PREC 117/11/L

Parere di Precontenzioso n. 156 del 14/09/2011 - rif. PREC 117/11/L d.lgs 163/06 Articoli 38 - Codici 38.1.1

La questione controversa oggetto di esame concerne l'ammissibilità alla gara di un'ATI la cui capogruppo, pur avendo avanzato richiesta di risarcimento per danni all'immagine a carico del direttore tecnico cessato dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando perchè condannato per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale, ha mantenuto quest'ultimo nella propria compagine societaria in qualità di socio. Ai sensi del comma 1, lettera c) dell'art. 38 del Codice, si prevede l'esclusione dalla gara dei soggetti che siano stati condannati per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale. L'esclusione, poi, secondo quanto disposto dalla presente disposizione, opera "anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata". La ratio dell'art. 38, comma 1, lett.c), è quella di precludere la partecipazione ai pubblici incanti di soggetti che non diano affidamento sotto il profilo della moralità e della serietà professionale, al fine di evitare che, anche se cessati dalla carica, il loro operato possa continuare a riverberarsi sull'organizzazione dell'impresa, tanto che, per evitarlo, l'impresa deve dimostrare la sua completa dissociazione dal loro operato; è per questo, infatti, che secondo consolidata e condivisa giurisprudenza, le dichiarazioni da rendere ai sensi dell'art. 38, del D. Lgs. n. 163 del 2006 e, in precedenza, dell'art. 75, comma 1, lett. c), del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (per i lavori), dell'art. 12 del D.Lgs. n. 157 del 1995 (per i servizi) e dell'art. 11 del D.Lgs. n. 358 del 1992 (per le forniture), sono obbligatorie (Consiglio Stato, sez. V, 15/10/2010, n. 7524). Ai sensi di detta lettera c), primo capoverso, della norma sopra richiamata, la causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure di cui trattasi dei soggetti nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna o emanato decreto penale opera solo se questi siano stati irrogati in relazione a reati gravi in danno della Comunità o dello Stato, incidenti sulla moralità professionale (Consiglio Stato, sez. V, 14/9/2010, n. 6694) ... deve trattarsi di reati idonei a creare allarme sociale rispetto agli interessi di natura pubblicistica. Nel caso di specie, la ostatività alla partecipazione alla gara dell'ATI segnalata consiste nel fatto che il direttore tecnico, cessato dalla carica nell'ultimo triennio, ha subito diverse sentenze di condanna per omicidio colposo e violazione al T.U. sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro; in particolare, queste ultime, integrano appieno i presupposti di cui all'art.38 del D.lgs. n.163/2006, atteso che tale normativa, nel riprendere la disciplina previgente, prevede l'esclusione per assenza dei requisiti di moralità professionale a fronte di due elementi, in caso di soggetti cessati dalla carica: uno generale, cioè una sentenza di condanna passata in giudicato per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; uno particolare, cioè la dimostrazione da parte dell'impresa di aver adottato atti o misure di completa dissociazione. In funzione di quanto sopra, poiché il concorrente a una gara d'appalto di opere pubbliche deve dimostrare di avere adottato misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata, atteso che la dissociazione, non trattandosi di istituto giuridico codificato, può aver luogo in svariate forme, purché risulti esistente, univoca e completa, nel caso di specie non è ravvisabile una effettiva interruzione del nesso di identificazione tra operatore economico e condannato non avendo l'impresa adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.