

## **Parere n. 50 del 10.10.2007**

**PREC411/07**

**Oggetto:** istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Brambati & C. s.r.l. - S.A. Provincia di Milano.

- lavori di manutenzione straordinaria, riqualificazione e sistemazione strade provinciali r.e.p. 2° e 3° del Servizio Ovest (data pubblicazione bando 18.4.2007)
- realizzazione della tangenziale sud-est (variante alla S.P. n. 2 "Monza Trezzo" nei comuni di Vimercate e Burago Molgora) (data pubblicazione bando 16.5.2007)
- sistemazione dell'intersezione tra la S.P. n. 159 "Sordio Confine" con la S.P. n. 157 "Mediglia San Giuliano" e la strada comunale Via Turati di accesso al Comune di Mediglia (data pubblicazione bando 12.6.2007)
- lavori di manutenzione straordinaria per la riqualificazione delle strade provinciali n. 28 - 28d - 38 - 40- 14 - 15b - 17- 39 - 161 - 182 ricadenti nei reparti 1° e 7° del Servizio Est (data pubblicazione bando 08/06/2007)

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

### **Considerato in fatto**

In data 23 agosto 2007 sono pervenute le istanze di parere indicate in oggetto, che per identità soggettiva ed oggettiva vengono riunite, con le quali la Brambati & C. s.r.l. contesta l'esclusione dalle gare indicate in oggetto, in quanto "il legale rappresentante ha riportato una sentenza penale di condanna per reato che riguarda l'articolo 590, commi 1, 3 e 5 e l'articolo 583, comma 1 del codice penale, pur dichiarando di essere in regola con quanto previsto nell'articolo 38 del d. Lgs. n. 163/2006."

La S.A. ha ritenuto detto reato - per il quale non è intervenuta la pronuncia di estinzione da parte del giudice dell'esecuzione - incidente sulla moralità professionale dell'impresa, atteso che attiene a lesioni personali colpose gravi in violazione delle norme in materia di sicurezza e consistente nell'aver omesso di adottare tutti i provvedimenti tecnici organizzativi e procedurali necessari per contenere l'esposizione al rumore.

Sulla base di quanto sopra la S.A. ha ritenuto detto reato strettamente pertinente ai lavori oggetto dell'appalto da aggiudicarsi che prevede operazioni comportanti l'esposizione al rumore.

A parere dell'istante, si deve tener conto della lieve entità della condanna (€ 200,00 di pena pecuniaria) e del tempo trascorso dalla commissione del reato. Trattasi pertanto di un reato non grave e come tale non incidente sulla moralità professionale dell'impresa.

In sede di istruttoria procedimentale è intervenuta una delle imprese controinteressate nel procedimento (Vetrucci s.r.l.), aggiudicataria di uno dei quattro appalti in esame, che, nel ritenere legittimo l'operato della S.A., ha rappresentato come il reato ascritto al legale rappresentante dell'impresa istante incida sulla moralità professionale dell'imprenditore, in quanto delineante un comportamento in violazione della tutela della salute, garantita dall'articolo 32 della Costituzione.

In data 10 ottobre 2007 si è tenuta una audizione alla quale la Stazione appaltante ha ritenuto di non partecipare.

### **Ritenuto in diritto**

L'articolo 38, comma 1, lettera c) del d. Lgs. n. 163/2006 richiama il concetto di "immoralità professionale", restringendo il campo di applicazione della causa di esclusione a quei fatti illeciti che manifestano una radicale contraddizione con i principi deontologici della professione.

La mancanza di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa lascia un ampio spazio di valutazione discrezionale per la 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, quali ad esempio, l'elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive.

Inoltre, la citata norma fa riferimento alla "gravità" dei reati oggetto della valutazione, elemento che presuppone una ponderazione circostanziata e selettiva degli stessi.

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, e fornendo, in relazione alla decisione adottata, adeguata e congrua motivazione.

Tuttavia, i margini di insindacabilità attribuiti all'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione non consentono comunque 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.

Nel caso in esame, i provvedimenti di esclusione dalle gare di che trattasi non riportano alcuna valutazione sulla gravità del reato, mentre si incentrano principalmente sulla tipologia del reato stesso e sulla ritenuta sua pertinenza con i lavori oggetto dell'appalto da aggiudicare.

È pertanto necessario, ai fini del rispetto del principio del giusto procedimento, adottare provvedimenti di esclusione più specificamente motivati.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- l'esclusione di un concorrente ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera c), del d. Lgs. n. 163/2006, deve essere valutata dalla Stazione appaltante mediante una accurata indagine della rispondenza della fattispecie di reato a tutti gli elementi che delineano l'ipotesi di esclusione individuata dalla lettera c) dell'articolo 38;
- i provvedimenti di esclusione dell'impresa Brambati & C. s.r.l. non sono motivati relativamente al profilo della gravità del reato ascritto al legale rappresentante.

Il Consigliere Relatore: Piero Calandra

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 ottobre 2007