

Parere n. 63 del 28/02/2008

PREC342/07

Oggetto: Istanza di parere ai sensi dell'art.6, comma 7, lett. n) del d.l.vo n.163/2006 e s.m.i. presentata da Italiana Ascensori S.r.l. - Lavori di manutenzione degli impianti ascensori a servizio di alloggi di proprietà e/o gestione dello IACP di Palermo.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 4 luglio 2007 è pervenuta l'istanza di parere con la quale l'impresa Italiana Ascensori S.r.l. lamenta l'esclusione dalla gara espletata il 12 giugno 2007 dallo IACP di Palermo per l'affidamento dei lavori indicati in oggetto.

In particolare, viene evidenziata l'errata interpretazione, da parte della stazione appaltante, della disposizione riguardante i requisiti di carattere generale di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 554/1999, previsti a pena di esclusione, con riferimento alle dichiarazioni rese dai direttori tecnici, ritenute non idonee a soddisfare le clausole di cui alle lettere b) e c) del punto 4 del disciplinare di gara, concernenti, rispettivamente, l'inesistenza dell'estensione degli effetti delle misure di prevenzione della sorveglianza di cui all'articolo 3 della legge n. 1423/1956 irrogate nei confronti di un proprio convivente e l'inesistenza di sentenze di condanna ancorché non definitive.

L'impresa richiama al riguardo le deliberazioni n. 67 del 27.2.2007 e n. 89 del 29.3.2007 dell'Autorità, ove sono state considerate non conformi alla disciplina relativa alle cause di esclusione dalle procedure di pubblico appalto, le previsioni del disciplinare di gara che non tengano conto della definitività del provvedimento di condanna, elemento pregiudiziale ad ogni valutazione della p.a. in ordine all'incidenza del tipo di reato commesso sulla moralità professionale del concorrente.

Nel corso dell'istruttoria procedimentale, la controinteressata (aggiudicataria) ATI. OMIR S.r.l. e MONITOR S.p.A. ha rappresentato che le argomentazioni contenute nell'istanza sono errate ed infondate. In particolare, viene rilevato che le disposizioni dell'art.75 del d.P.R. n. 554/1999, richiamate nel bando di gara, non hanno riguardo al principio della definitività della condanna, che risulta invece affermato, quale condizione necessaria per l'esclusione dell'impresa, nella nuova disciplina dei requisiti di ordine generale contenuta all'art. 38 del Codice. Ciò è in linea, prosegue l'impresa controinteressata, con le stesse deliberazioni dell'Autorità invocate dall'istante (nn. 67 e 89 del 2007), laddove è sottolineata la difformità della previgente disciplina sulle cause di esclusione dalle gare d'appalto, rispetto a quella del Codice, che stabilisce la rilevanza e valutazione della condanna solo in presenza di un provvedimento definitivo.

L'ATI sostiene inoltre che la dichiarazione richiesta dalla stazione appaltante riguardante l'assenza, negli ultimi cinque anni, dell'estensione degli effetti della misura di prevenzione di cui all'art. 3 della legge n. 1423/1956, irrogate nei confronti di un proprio convivente, fa riferimento ad una situazione diversa da quella oggetto della dichiarazione resa dall'istante, circa l'insussistenza di una misura di prevenzione.

Ritenuto in diritto

Si osserva, in via preliminare, che il bando in esame è stato pubblicato ai sensi della legge 109/1994 nel testo coordinato con le norme della legge regionale 2 agosto 2002 n. 7 e s.m.i.

Il punto 16. a), del bando, prescrive che non sono ammessi a partecipare alle gare i soggetti privi dei requisiti generali di cui all'articolo 75 del d.P.R. 554/1999.

Il disciplinare di gara, oltre a prevedere, a pena di esclusione, il rilascio di una dichiarazione sostitutiva nella quale il concorrente dichiara di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall'articolo 75, comma 1, lettere a), b), c), d) e), f) g) ed h), del d.P.R. 554/1999, richiede, altresì, ugualmente a pena di esclusione, una dichiarazione A) con la quale il concorrente attesta che nei propri confronti non sono state emesse sentenze ancorché non definitive relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto; B) con la quale il concorrente attesta che nei propri confronti non sono stati estesi gli effetti delle misure di prevenzione della sorveglianza di cui all'art. 3 della legge n.1423/1956, irrogate nei confronti di un proprio convivente.

È, pertanto, in relazione al sopra citato ambito oggettivo che occorre verificare la legittimità della eccepita clausola della *lex specialis*.

Come rilevato dall'Autorità nella determinazione n. 13/2003, ai sensi dell'articolo 10, comma 5 *ter*, della legge n. 575/1965, l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione si determina anche per effetto di sentenze non definitive, confermate in grado di appello per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3 *bis*, c.p.p.

Ne discende la conformità della clausola in esame e l'obbligo per il partecipante alle gare di dare conto di tutte le condanne subite.

Giusto tale contesto normativo, l'Autorità, nei bandi tipo, aveva espresso l'avviso della necessità di richiedere, in relazione a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto, una dichiarazione che includesse tutti i tipi di condanna, ancorché non definitiva.

La vincolatività della prescrizione in esame, comporta, pertanto, attesa la sua formulazione chiara e non equivoca, l'esclusione dalla procedura, tenuto conto che la stessa esclusione è prevista a sanzione della sua inosservanza, e la stazione appaltante non può esimersi dal rispetto, anche soltanto formale, della *lex specialis*.

Per quanto concerne la dichiarazione dell'assenza nei propri confronti e negli ultimi cinque anni, dell'estensione degli effetti delle misure di prevenzione ai sensi dell'art. 3 della legge n.1423/1956, irrogate nei confronti di un proprio convivente, si osserva che con la citata determinazione n. 13/2003, l'Autorità ha espresso l'avviso secondo il quale l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione, che deriva dall'applicazione di una misura di sicurezza, non colpisce il solo destinatario, ai sensi dell'art. 10, comma 2, della legge 31 maggio 1965, n. 575, ma può estendersi, ai sensi del comma 4, del citato art. 10 della legge n. 575/1965, ai conviventi ed agli enti di cui il soggetto è rappresentate o gestore, con durata quinquennale, a condizione, tuttavia, che disponga in tal senso un'apposita pronuncia del tribunale.

Attesa la conformità della clausola in esame, si rileva che le dichiarazioni rese dall'istante fanno riferimento solo all'inesistenza delle misure di prevenzione (in corso o adottate in passato) emesse nei confronti degli amministratori dotati del potere di rappresentanza o dei direttori tecnici dell'impresa: non appare pertanto soddisfatta la richiesta contenuta nel disciplinare di gara (punto 4. b), a pena di esclusione.

Né appare risolutiva, ai fini di tale dichiarazione, la produzione del certificato dei carichi pendenti, in quanto tale documento attiene ai dati relativi a provvedimenti giudiziari riferiti a soggetti che hanno la qualifica di imputato (d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, artt. 2 e 6).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, la conformità dell'esclusione dell'impresa Italiana Ascensori S.r.l. dalla gara di che trattasi, disciplinata dalla legge 109/1994 nel testo coordinato con le norme della legge regionale 2 agosto 2002 n. 7 e s.m.i. e dall'articolo 75 del d.P.R. 554/1999.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 06/03/2008