

## Parere n. 13 del 26 gennaio 2011

### PREC 151/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla De Cicco S.a.s. - Adeguamento dello stabile denominato "Palazzone" sito nel Comune di Ginosa - Importo a base d'asta € 923.527,16 - S.A.: ASL Taranto.

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 14 giugno 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa De Cicco S.a.s. ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità della propria esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto disposta dall'ASL Taranto. Al riguardo l'istante ha prodotto, tra l'altro, la nota prot. n. 091 del 25 maggio 2010, diretta alla stazione appaltante, da cui si desumono le doglianze mosse avverso la propria esclusione dalla gara, che si possono sintetizzare come segue: - l'impresa non è stata ammessa alla gara con la motivazione che "manca la dichiarazione prevista dal disciplinare di gara al punto 4.b) ultimo capoverso (pag. 6 di 17) per il Direttore Tecnico cessato Sig. De Cicco Nicola"; - l'impresa, invece, ha regolarmente prodotto tutte le dichiarazioni prescritte dal bando e dal disciplinare di gara, di cui agli allegati I) e II); - in particolare, per quanto riguarda i soggetti cessati dalla carica di legale rappresentante e di direttore tecnico nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, sono state rese le dichiarazioni di cui al punto 4) del disciplinare di gara, secondo lo schema tipo di cui all'allegato I); - il divieto previsto dalla lettera m-ter, del comma 1, dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, fa riferimento ai soggetti di cui alla precedente lettera b) della medesima norma, sicché la condizione di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici prevista dalla lettera b) riguarda i soggetti ivi indicati e cioè, nel caso di specie, trattandosi di società in accomandita semplice, i soci accomandatari o il direttore tecnico e non anche i soggetti cessati da cariche societarie; - in sostanza, la condizione di esclusione prevista per i soggetti cessati da cariche societarie nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara è quella prevista dalla lettera c), del primo comma dell'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006, la cui insussistenza è stata dichiarata dalla De Cicco S.a.s..

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota pervenuta il 5 luglio 2010, l'ASL Taranto - Area Gestione Tecnica ha rilevato che la De Cicco S.a.s. non è stata ammessa alla procedura selettiva in quanto tra la documentazione allegata all'offerta ha omissso di includere la dichiarazione prevista dal disciplinare di gara al punto 4.b) ultimo capoverso (pag. 6 di 17) per il direttore tecnico cessato Sig. De Cicco Nicola. Infatti, il disciplinare di gara prevedeva espressamente all'ultimo capoverso di pagina 6, che la busta A) avrebbe dovuto contenere anche tale dichiarazione e, a tal fine, l'Amministrazione aveva predisposto l'apposito allegato II), espressamente richiamato nell'ultimo capoverso di pagina 6 del disciplinare di gara, da compilare a cura dell'impresa partecipante.

Al contraddittorio documentale ha partecipato anche l'impresa concorrente Sportella S.r.l., aggiudicataria della gara, la quale, con nota prot. n. 151 del 15 luglio 2010, ha sostenuto e condiviso quanto già rappresentato dalla stazione appaltante.

#### *Ritenuto in diritto*

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame si deve, preliminarmente, osservare che il disciplinare di gara, nella sezione dedicata al contenuto della busta A - Documentazione amministrativa, tra l'altro, prevede, al punto 4), l'obbligo di produrre una "DICHIARAZIONE, del legale rappresentante o del titolare o del procuratore del concorrente (allegato I), da rendere ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28. 12.2000 n. 445, ..... con la quale, a pena di esclusione dalla gara: a) dichiara, indicandole specificatamente, di non trovarsi nelle condizioni previste dall'articolo 38, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), m), m-bis), m-ter) e m-quater) del D.Lgs. 12.04.2006, n. 163 e né di qualsiasi altra disposizione legislativa e regolamentare ostativa alla partecipazione di appalti pubblici; ..... b) dichiara che nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara non vi sono soggetti cessati dalle cariche societarie indicate nell'articolo 38, comma 1, lettera c), del D.Lgs. 12.04.2006, n. 163, ovvero indica l'elenco degli eventuali soggetti (nominativi, data di nascita, cittadinanza, carica ricoperta) cessati dalle cariche societarie indicate all'articolo 38, comma 1, lettera c), del D.Lgs. 12.04.2006, n. 163 nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara e che per i predetti soggetti: - non sono state pronunciate sentenze di condanna passate in giudicato o di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sulla affidabilità morale e professionale e comunque non vi sono condanne con sentenza passata in giudicato per uno o più reati di partecipazione ad una organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45 paragrafo 1 della direttiva Ce 2004/18

*ovvero - nel caso di sentenze a carico, sono stati adottati atti e misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata dimostrabili con la documentazione allegata alla dichiarazione."*

Ciò posto, nel medesimo punto 4) del disciplinare di gara si precisa e si prevede che " *La dichiarazione di cui al precedente punto a) (limitatamente ai punti b, c ed m-ter) dell'articolo 38, comma 1, del D.Lgs. 12.04.2006, n. 163, deve essere resa anche dai soggetti previsti dall'articolo 38, comma 1, lettere b) e c), del D.Lgs. 12.04.2006, n. 163. (Allegato II)"* (cfr. punti 4.a) e 4.b) del disciplinare di gara).

Pertanto, risultano infondate le doglianze della De Cicco S.a.s., odierna istante, in quanto il disciplinare di gara prevedeva espressamente che ciascun concorrente avrebbe dovuto includere nella busta A), a pena di esclusione, anche la dichiarazione di cui al punto 4, lettera a) del medesimo disciplinare, limitatamente ai punti b), c) ed m-ter) dell'articolo 38, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, resa dai soggetti previsti dall'articolo 38, comma 1, lettere b) e c), dello stesso decreto legislativo (cfr. l'ultimo capoverso di pagina 6 del citato disciplinare di gara), ivi compresi, quindi, anche i soggetti cessati dalla carica.

In sostanza, la società istante per rispettare le prescrizioni contenute nella *lex specialis* avrebbe dovuto produrre la citata dichiarazione anche in relazione ai soggetti cessati dalla carica e proprio a tale scopo la stazione appaltante aveva predisposto l'apposito allegato II - denominato " *DICHIARAZIONE DEI SOGGETTI PREVISTI DALL'ARTICOLO 38, COMMA 1, LETTERE B) E C), DEL D.LGS. N. 163/2006*" - richiamato nell'ultimo capoverso della citata pagina 6 del disciplinare di gara, da compilare a cura dell'operatore economico partecipante alla selezione.

Pertanto, correttamente la De Cicco S.a.s. non è stata ammessa alla procedura selettiva in quanto tra la documentazione allegata all'offerta ha ommesso di includere la dichiarazione prevista dal disciplinare di gara al punto 4.b) ultimo capoverso (pag. 6 di 17) per il Direttore Tecnico cessato Sig. De Cicco Nicola.

In base a quanto sopra considerato

### **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'impresa De Cicco S.a.s. disposta dalla ASL Taranto sia conforme a quanto stabilito dal disciplinare di gara.

Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 febbraio 2011*

Il Segretario: Maria Esposito