

Parere n.156 del 14/09/2011

PREC 117/11/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'Università degli Studi di [omissis] - " *Procedura aperta per l'appalto dei lavori di riconversione dell'immobile ex Istituto di Anatomia Umana, sito in via [omissis] e destinato a polo didattico interfacoltà* " - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: euro 2.206.263,56 - S.A.: Università degli Studi di [omissis].

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12 maggio 2011 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale l'Università degli Studi di [omissis] ha chiesto un parere circa l'ammissibilità alla gara indetta per l'affidamento dei lavori in oggetto, di una impresa la cui direttore tecnico, cessato dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara e condannato per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale, è tuttora presente nella compagine societaria.

Più specificamente, la stazione appaltante fa presente che la ditta [omissis], in qualità di capogruppo della Associazione Temporanea [omissis] - [omissis], ha partecipato alla procedura indetta per l'affidamento dei lavori in oggetto e che in sede di esame della documentazione prodotta dalla suddetta ATI è emerso che il Sig. [omissis], direttore tecnico della mandataria [omissis], cessato dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, ha subito diverse sentenze di condanna per omicidio colposo, violazione del T.U. sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e furto in concorso; la stazione appaltante, quindi, in considerazione della circostanza che l'impresa si è dissociata dalla condotta penalmente sanzionata del Sig. [omissis] avanzando semplicemente richiesta di risarcimento per danni all'immagine, e tenuto conto della circostanza che il suddetto Sig. [omissis] riveste ancora la carica di socio dell'impresa, con verbale di gara n. 2 del 29 aprile 2011, ha deciso di escludere l'ATI in questione dal prosieguo della gara.

Alla base di tale decisione vi è la considerazione che a nulla vale l'esibizione di un atto di citazione per risarcimento danni, quando invece non si è interrotto il nesso di identificazione tra l'impresa e il soggetto condannato per gravi reati incidenti sulla moralità professionale,

A seguito però di tale decisione, il Direttore amministrativo, legale rappresentante della stazione appaltante, ha segnalato l'opportunità di approfondire, per motivi di cautela, la presente questione e conseguentemente la Commissione di gara, con verbale n. 3 del 5 maggio 2011, ha ritenuto di soprassedere sull'esclusione dell'ATI [omissis]/ [omissis] in attesa del parere di questa Autorità.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 10 giugno 2011, l'Università degli Studi di [omissis], con memoria prodotta in data 22 giugno 2011, si è rimessa a quanto fatto presente con l'istanza di parere in epigrafe.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto di esame concerne l'ammissibilità alla gara indetta dall'Università di [omissis] dell'ATI [omissis] - [omissis] 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 perché condannato per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale, ha mantenuto quest'ultimo nella propria compagine societaria in qualità di socio.

La norma che al riguardo viene in rilievo è l'art. 38 del Codice che ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati (Consiglio Stato, sez. V, 9/11/2010, n. 7967).

In particolare, il comma 1, lettera c) della disposizione in parola 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* " .

Va, in merito, osservato che la dissociazione di una società da una condotta penalmente sanzionata di un *intraneus* deve risultare da una tempestiva ed inequivoca volontà, mentre non può considerarsi in tal senso idoneo l'atto di citazione di cui s'è detto nella premessa in fatto, quando in atti emerga la sua natura meramente strumentale, volta ad evitare effetti negativi nei confronti della società (Cons.

St. Sez. V, 26.10.2006, n. 6402).

Al riguardo vale richiamare quanto specificato nella determinazione n. 1/2010 dove l'Autorità chiarisce, a titolo esemplificativo, che la dissociazione potrebbe consistere nell'estromissione del soggetto dalla compagine sociale e/o da tutte le cariche sociali con la prova concreta che non vi sono collaborazioni in corso..."

Nel caso di specie invece, elementi indicativi della natura meramente strumentale dell'azione risarcitoria sopra richiamata emergono dalla circostanza che il direttore tecnico sia stato mantenuto nella compagine societaria.

D'altra parte 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). L'espressione "in danno dello Stato o della Comunità" va letta, come chiarisce ancora la determinazione n. 1/2010, nel più ampio contesto della fattispecie indicata alla lettera c) e non si riferisce a tipologie di reato qualificate: una simile restrizione, infatti, non si evince né dalle direttive comunitarie né dall'ordinamento penale italiano, che non contempla una categoria di reati in danno dello Stato o della Comunità.

Pertanto, indipendentemente dallo specifico oggetto giuridico della singola norma incriminatrice, deve trattarsi di reati idonei a creare allarme sociale rispetto agli interessi di natura pubblicistica.

Nel merito dei reati va osservato, infatti, che la gravità e incidenza sulla moralità professionale dell'imprenditore, in assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, deve essere accertata dalla stazione appaltante con la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato (Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 173).

Aggiungasi che la mera sussistenza di una condanna definitiva per reati astrattamente incidenti sulla moralità professionale non vale a integrare, di per sé, la causa di esclusione di cui all'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, occorrendo una concreta valutazione della gravità di tali precedenti.

Nel caso di specie, la ostatività alla partecipazione alla gara dell'ATI segnalata consiste nel fatto che il sunnominato direttore tecnico, cessato dalla carica nell'ultimo triennio, ha subito diverse sentenze di condanna per omicidio colposo (sentenza divenuta irrevocabile in data 23/06/2010) 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.

Infatti, 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 (Consiglio Stato, sez. V, 11 settembre 2007, n. 4804).

E 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.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore il provvedimento di esclusione disposto con verbale di gara n. 2 del 29 aprile 2011.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 settembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito