

*Autorità per la vigilanza*

*sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

**Parere n. 162**

**del 21.05.2008**

**PREC 175/08/L**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Ditta Azzurra s.r.l..

S.A.: Comune di Altavilla Vicentina. “Lavori di riqualificazione dei viali alberati di via Brescia e via Torino. I° stralcio.”

## **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio per il precontenzioso

*Considerato in fatto*

Con bando pubblicato il 7 gennaio 2008, il Comune di Altavilla Vicentina indiceva la gara per l’appalto dei lavori in oggetto, per un importo complessivo a base d’asta di € 132.300,00 (di cui € 2.500,00 oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso). La Commissione di gara si riuniva il 6 febbraio 2008 e procedeva, sulla base della sola verifica formale dei plichi, ad ammettere 38 concorrenti; quindi, sulla base dell’esame della regolarità della documentazione amministrativa, procedeva all’esclusione di 4 concorrenti.

In particolare, escludeva la Ditta Azzurra srl di Megliadino S. Vitale “per aver accertato che ricorrevano gli estremi previsti dall’art. 38 c. 1 del d.lgs. 163/2006” (verbale del 6.2.2008 pg. 5).

Emerge dagli atti che a carico del direttore tecnico risultano - nella banca dati del Casellario giudiziale - n° 17 provvedimenti penali, tra decreti penali e sentenze di condanna, per vari reati (trasporti abusivi, emissione di assegni a vuoto, evasione di imposte dirette e indirette, omesso versamento di ritenute assistenziali e previdenziali, evasione di contributi sociali, furto continuato) astrattamente idonei a configurare, previa adeguata valutazione da parte della s.a., la fattispecie di cui all’art. 38 comma 1 lett. c), ma non emergono a carico del legale rappresentante evasioni di imposte, tasse o contributi previdenziali che concretizzano la fattispecie prevista dall’art. 38 comma 1 lett. g) ed i).

La s.a. con nota dell’11.2.2008, comunicava alla Ditta l’esclusione dalla gara per aver “accertato che ricorrevano gli estremi previsti dall’art. 38 c.1 del d.lgs. 163/2006. Tale articolo, per i soggetti che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse e alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali ...prevede l’esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento ...Per quanto sopra, pur essendo stata presentata al competente Tribunale di Palermo apposita istanza di riabilitazione in data 24.1.2008, la stessa ad oggi non è ancora stata ottenuta”.

Nel successivo verbale in data 4 marzo 2008, la Commissione provvedeva a specificare più dettagliatamente i motivi dell’esclusione della Ditta Azzurra, richiamando integralmente il disposto dell’art. 38, comma 1 lett. c) – reati gravi che incidono sulla moralità professionale - e ne dava comunicazione alla Ditta con nota del 6 marzo.

In data 7 marzo 2008 è pervenuta all’Autorità l’istanza di parere in oggetto con la quale la Ditta Azzurra s.r.l. lamenta l’illegittima esclusione dalla gara di appalto in oggetto indicata, e correlativa comunicazione all’Autorità ai fini dell’inserimento nel Casellario Informatico.

Rappresenta in particolare la Ditta, con la memoria difensiva allegata all’istanza, che detti provvedimenti sono stati assunti dalla s.a. ai sensi dell’art. 38 comma 1 d.lgs. 163/2006, per mancanza dei requisiti di ordine generale di cui alle lettere g) ed i) – violazioni degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, violazioni in materia di contributi previdenziali e assistenziali – ma in realtà la Ditta risulta in regola con tutti i pagamenti tributari e previdenziali.

Ciò che, ad avviso del legale della Ditta, può aver determinato l'esclusione, è l'esistenza di taluni provvedimenti penali a carico del direttore tecnico per omesso versamento di ritenute previdenziali e di imposte dirette e indirette, ma in tal caso la s.a. avrebbe dovuto far riferimento all'art. 38 lett. c), motivando peraltro le ragioni che avrebbero minato la moralità professionale del concorrente.

In sede di istruttoria procedimentale, il Comune di Altavilla Vicentina ribadiva che l'esclusione era stata operata ai sensi dell'art. 38 lett. c), come peraltro comunicato alla Ditta con la nota del 6 marzo 2008, poiché era stata verificata la sussistenza di sentenze di condanna a carico del direttore tecnico, e non risultava ancora accolta l'istanza di riabilitazione.

A sua volta, il legale della Ditta, con memoria integrativa, rileva la carente motivazione del provvedimento di esclusione in quanto la norma richiamata fa riferimento ai soli reati gravi che incidono sulla moralità professionale, mentre i precedenti penali del direttore tecnico non sono di tale gravità da minare la moralità professionale dell'impresa, trattandosi di fattispecie definite per lo più con una procedura semplificata (patteggiamento e decreto penale) sanzionate con pena pecuniaria. Vengono inoltre richiamate numerose pronunce del Consiglio di Stato secondo cui il dettato normativo richiede una valutazione in concreto e volta per volta da parte dell'amministrazione, finalizzata alla verifica dell'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario da instaurare, senza che possa ritenersi sufficiente ai fini della legittimità dell'esclusione la semplice enunciazione della fattispecie di reato per il quale si è stati condannati; viene inoltre richiamato il parere dell'Autorità n. 50 del 26.10.2007 in base alla quale la s.a. deve dar contezza di aver effettuato una concreta valutazione dell'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario, che conduca alla sussistenza di quella "immoralità professionale" legittimante l'esclusione.

*Ritenuto in diritto*

Nonostante la prima lettera dell'amministrazione alla Ditta richiami, pur senza citarne espressamente gli estremi, il disposto dell'art. 38 comma 1, lett. g) ed i), che nello specifico risulterebbe inconfidente in quanto le relative violazioni risultano commesse dal direttore tecnico e non dal legale rappresentante, il verbale del 4 marzo 2008, debitamente notificato alla Ditta, chiarisce che l'esclusione è stata operata ai sensi della lettera c) (reati gravi che incidono sulla moralità professionale).

Occorre pertanto esaminare come il caso di specie si collochi nell'ambito dell'articolo 38, comma 1, lettera c), del d. Lgs. n. 163/2006.

Preliminarmente, quanto all'estinzione dei reati, va segnalato l'avviso della Cassazione secondo cui la situazione di fatto da cui origina la causa di estinzione del reato per divenire condizione di diritto abbisogna, per espressa statuizione di legge, dell'intervento ricognitivo del giudice dell'esecuzione il quale è tenuto, nell'assolvimento di un suo preciso dovere funzionale, ad emettere il relativo provvedimento di estinzione ai sensi dell'art. 676 c.p.p. (Cass., sez. IV pen., 27 febbraio 2002, n. 11560).

In precedenti espressioni di parere, l'Autorità, nell'affrontare la fattispecie ha ritenuto che, ai sensi del citato articolo 38, ciò che rileva, ai fini dell'esclusione, è il concetto di immoralità professionale, e pertanto occorre che il reato ascritto sia idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione con i principi deontologici della professione (Cons. Stato, sez. V, n. 349/2006; Cons. Stato, sez. V, n. 1145/2003).

E' giurisprudenza costante quella per cui, non essendo indicati dalla norma i reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale delle imprese partecipanti alle gare di appalto, spetta all'Amministrazione appaltante stabilire, motivatamente, se il reato per il quale il soggetto è stato condannato provoca, secondo il comune e ragionevole convincimento, una obiettiva incisione sulla affidabilità del condannato, sia sul piano morale, sia sul piano professionale tale da determinare l'esclusione dalla gara (per tutte Consiglio di Stato, Sez. V, 22 febbraio 2007 n. 945). Tale orientamento era stato, peraltro, assunto da questa Autorità già con determinazione n. 13/2003 nella quale veniva evidenziato come le amministrazioni dovessero, nel valutare l'affidabilità morale e professionale del contraente, considerare tutti gli elementi che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali ad. es. l'elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive.

La mancanza di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa lasciano 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.

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.

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

Nella questione in esame, la copiosità dei provvedimenti penali e la tipologia dei reati ascritti a carico del direttore tecnico, la reiterazione delle stesse fattispecie nel corso degli anni, nonché la mancanza del provvedimento di estinzione dei reati, consentono di ritenere che la commissione di gara abbia effettuato una valutazione tale da ritenere sussistente "l'immoralità professionale" del concorrente.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che è conforme all'articolo 38, comma 1, lettera c) del d. Lgs. n. 163/2006, l'esclusione dell'impresa Ditta Azzurra s.r.l..

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Alessandro Botto

Luigi Giampaolino

Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26.05.2008