

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 69

del 6.03.2008

PREC 52/08/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Comune di Cardinale - Lavori di consolidamento della zona retrostante il centro abitato a rischio di movimento franoso del Comune di Cardinale (CZ).

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 10 gennaio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere di cui all'oggetto, con la quale il Comune di Cardinale ha rappresentato di aver escluso dalla procedura di gara, relativa ai "Lavori di consolidamento della zona retrostante il centro abitato a rischio di movimento franoso", la ditta Sgromo Geom. Sebastiano, dal momento che tra agli atti di gara era stato prodotto il certificato della Procura della Repubblica di Lamezia Terme riportante il procedimento penale a carico del legale rappresentante della ditta per il reato prescritto e punito dall'articolo 21 della legge 13 settembre 1982 n. 646.

In particolare, la stazione appaltante ha ritenuto che tale procedimento potesse comportare l'applicazione di una misura di prevenzione ai sensi della Legge n. 1423/1956, facendo venir meno il requisito di carattere generale di cui all'articolo 38, comma 1, lettera b) del Codice dei Contratti.

In sede di istruttoria procedimentale, la ditta Sgromo Geom. Sebastiano, che aveva già richiesto al Comune di agire in autotutela, annullando il provvedimento di esclusione emesso, sostiene l'insussistenza di alcuna clausola di esclusione nei suoi confronti, dal momento che la violazione della normativa di cui all'articolo 21 della legge n. 646/1982 non comporterebbe l'automatica applicazione delle misure di prevenzione.

Dal suo canto la ditta ARC Costruzioni, in qualità di controinteressata, ha rappresentato la correttezza del provvedimento emesso dalla stazione appaltante vista l'acclarata pendenza di un

procedimento penale a carico del legale rappresentante per la violazione dell'articolo 21 della legge 646/1982 e la piena utilizzabilità, nel procedimento di applicazione della misura di prevenzione, di qualsiasi elemento indiziario, non essendo necessaria l'emanazione di un provvedimento definitivo di condanna.

Ritenuto in diritto

All'articolo 38 del Codice dei contratti sono annoverati i requisiti di ordine generale che i concorrenti devono possedere al fine di poter partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e di stipulare i relativi contratti.

In particolare alla lettera b) è previsto che sono esclusi i soggetti “nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società.”

La norma intende escludere dalle procedure sia i soggetti per i quali è pendente un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione ai sensi della legge n. 1423/1956, sia coloro nei cui confronti è stato emesso un provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione dal quale deriva, ex articolo 10 della legge n. 575/1965, la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, abilitazioni ed erogazioni, nonché il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti.

Le misure di prevenzione sono misure sanzionatorie volte ad evitare la commissione di reati da parte di soggetti considerati socialmente pericolosi. La loro applicazione, a differenza delle misure di sicurezza, prescinde dalla commissione di un reato essendo sufficiente anche la semplice esistenza di un indizio a carico del soggetto.

La legge n. 1423/1956, all'articolo 1, individua i soggetti ai quali tali misure possono applicarsi in coloro che a) debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

Al successivo articolo 3 si prevede che ai soggetti menzionati all'articolo 1, che non abbiano cambiato condotta nonostante l'avviso orale di cui all'articolo 4 e qualora siano pericolosi per la sicurezza pubblica, possono essere applicate le misure di prevenzione della sorveglianza speciale della pubblica sicurezza, il divieto di soggiorno in uno o più comuni diversi da quelli di residenza o

di dimora abituale o in una o più province ovvero l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale.

Al successivo articolo 4 viene descritto il procedimento di applicazione della misura di prevenzione, che non può prescindere dall'avviso orale del questore, con il quale al soggetto interessato viene comunicato che esistono sospetti a suo carico, con i relativi motivi che li giustificano, e viene fatto l'invito a tenere una condotta conforme alla legge.

Solo qualora, trascorsi sessanta giorni e non più di tre anni dall'avviso, il soggetto non abbia cambiato condotta e sia ritenuto pericoloso per la sicurezza pubblica, il questore può avanzare proposta motivata per l'applicazione delle misure di prevenzione al presidente del tribunale avente sede nel capoluogo di provincia.

Ne consegue che l'applicazione della misura di prevenzione non solo non avviene automaticamente, necessitando di un apposito procedimento di irrogazione, ma è anche condizionata alla sussistenza di specifici presupposti prescritti dalla legge.

Il riferimento dell'articolo 38, comma 1, lettera b) del Codice dei contratti alla pendenza del procedimento di applicazione delle misure di prevenzione ex legge n. 1423/1956 non può che riferirsi al menzionato procedimento di cui all'articolo 4 della legge medesima.

Nel caso di specie, la sussistenza della pendenza di un procedimento penale per il reato di cui all'articolo 21 della legge n. 646/1982 non rientra nella fattispecie di cui all'articolo 38, comma 1, lettera b) che si riferisce esplicitamente alla pendenza di un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione e non anche alla pendenza di un procedimento penale.

Conseguentemente, la scelta della stazione appaltante di escludere la ditta in quanto il procedimento penale a suo carico può comportare l'applicazione di una misura di prevenzione appare non corretta.

Infatti, il provvedimento di esclusione emesso appare non conforme alla disposizione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera b), nella misura in cui non sussista effettivamente la pendenza di un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione ex articolo 4 della legge n. 1423/1956.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della ditta Sgromo Geom. Sebastiano non è conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Piero Calandra

Luigi Giampaolino

Guido Moutier

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 marzo 2008