

Parere n. 27 del 10/02/2010

Protocollo PREC 86/09/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'impresa [omissis] – Lavori di urgenza per la sostituzione di barriera metallica e ricostruzione muretti danneggiati a seguito di incidenti stradali nei Comuni di Linguaglossa, Castiglione e Randazzo - Ex trazzera regionale denominata Quota Mille – Importo a base d'asta €72.771,49 – S.A.: Provincia regionale di Catania

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 24 giugno 2009 perveniva all'Autorità l'istanza di parere in oggetto, con la quale l'impresa [omissis]. esponeva di essere stata illegittimamente esclusa dalla gara in questione per l'esistenza, in capo al legale rappresentante, di una sentenza penale non definitiva; ciò in applicazione della disposizione, di cui al punto 23 del bando di gara, che prevedeva l'obbligo per i concorrenti di dichiarare, tra l'altro, che "nei propri confronti non sono state emesse sentenze ancorché non definitive relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto", ritenuta dall'impresa istante non conforme a quanto disposto dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante ribadiva la correttezza del proprio operato, attesa l'espressa previsione contenuta nella *lex specialis* di gara.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto dalla stazione appaltante in applicazione della previsione della *lex specialis* che imponeva una dichiarazione concernente, tra le altre, l'assenza di sentenze di condanna penale, anche non definitive, relative a reati che precludono la partecipazione alla gara, a fronte della dichiarata emissione, a carico del legale rappresentante dell'impresa istante, di una sentenza non definitiva per detti reati.

In via preliminare, si rileva che la clausola in contestazione ha carattere all'evidenza immediatamente escludente, inibendo in radice la partecipazione al soggetto nei cui confronti fossero pendenti sentenze anche non definitive, con la conseguente necessità dell'impugnazione immediata della previsione della *lex specialis*. Costituisce, infatti, *jus receptum* il principio per cui l'impugnazione immediata del bando di gara di un appalto pubblico è necessaria quando tale atto sia immediatamente e direttamente lesivo, perché contiene clausole in grado d'inibire inevitabilmente la partecipazione alla gara stessa, e non anche quando la lesione dell'interesse dell'imprenditore non aggiudicatario discenda non già da una tassativa prescrizione del bando medesimo - che la p.a. appaltante non può legittimamente disattendere o disapplicare, a pena di violare la garanzia della *par condicio* di tutti i concorrenti - bensì dall'interpretazione che alla

clausola viene data e la cui lesività si attualizza soltanto con l'atto d'esclusione (cfr. ad es. Consiglio Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6281).

Nel merito si evidenzia che la problematica in esame è già stata affrontata da questa Autorità in precedenti pronunce, nelle quali è stato messo in rilievo che, ai sensi della norma primaria che disciplina le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, servizi e forniture, contenuta nell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006 invocato da parte istante, il concorrente è escluso dalla gara in presenza di sentenza di condanna passata in giudicato, o di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure di sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale. Il legislatore, quindi, ha espressamente previsto la necessità, ai fini dell'esclusione dalla gara, di una pronuncia definitiva, sia essa resa con sentenza o con decreto penale, ricadente nell'ambito oggettivo di applicazione individuato dalla citata norma (cfr.: deliberazione n. 107 del 4 aprile 2007).

Nel caso di specie, invece, la dichiarazione richiesta dal punto 23 del bando di gara, prevede l'obbligo per i concorrenti di dichiarare, tra l'altro, che "nei propri confronti non sono state emesse sentenze ancorché non definitive relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto", per cui la stessa non appare conforme alla disciplina legislativa sopra richiamata, oltre che ai principi di ordine costituzionale (art. 27 Cost.) e comunitario cui la stessa disciplina si ispira (cfr. in termini, ad es.: T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. III, 15 aprile 2009, n. 688 e T.A.R. Sicilia Catania, Sez. II, 07 aprile 2009, n. 688).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'impresa [omissis], disposta dalla stazione appaltante in applicazione della clausola del bando secondo la quale i concorrenti devono dichiarare tra l'altro, che "nei propri confronti non sono state emesse sentenze ancorché non definitive relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto" non è conforme alla normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 febbraio 2010