

## Parere n. 32 del 24 febbraio 2011

### PREC 132/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Soedil S.r.l. – Lavori di intervento per fenomeni di dissesto idrogeologico e bonifica canali esistenti in Località Strette – Importo a base d'asta €242.387,28 – S.A.: Comune di Lagonegro.

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 14 maggio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Soedil S.r.l., capogruppo dell'ATI costituenda con l'impresa Schillizzi Costruzioni S.r.l., ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto disposta nei propri confronti dal Comune di Lagonegro per non aver riportato la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett c) del D.Lgs. n. 163/2006 integralmente, mancando la seconda parte della disposizione in questione, recante la dicitura “è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18”.

Al riguardo, l'impresa istante ha contestato l'operato della stazione appaltante, sostenendo che la propria dichiarazione è stata espressa in modo integrale ed esaustivo rispetto all'interpretazione vigente della normativa applicata, come peraltro già chiarito dal parere dell'Autorità n. 6 del 16 gennaio 2008.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità il Comune di Lagonegro e l'impresa Costruzioni Generali S.r.l., aggiudicataria provvisoria, hanno ribadito la piena legittimità del provvedimento di esclusione a fronte dell'incompletezza della dichiarazione resa dall'impresa istante su un punto previsto dalla *lex specialis* a pena di esclusione.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto attiene alla legittimità del provvedimento di esclusione, disposto dal Comune di Lagonegro per non aver l'impresa istante Soedil S.r.l. riportato integralmente la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett c) del D.Lgs. n. 163/2006, mancando la seconda parte della disposizione in questione, recante la dicitura “è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18”.

L'analisi della fattispecie può prendere le mosse dal dato normativo di cui all'invocato art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 a tenore del quale sono esclusi dalle gare coloro “nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure 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; è comunque causa di esclusione la

*condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18".*

In via applicativa la *lex specialis* richiedeva a pena di esclusione una serie di documenti, tra cui la dichiarazione sostitutiva attraverso la quale la parte interessata “*dichiara, specificandole integralmente e singolarmente, di non trovarsi in alcuna delle condizioni di cui all'art. 38 comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis) m-ter) ed m-quater) del D.Lgs. 163/2006*” (punto 3, lett. a) del disciplinare di gara).

L'impresa istante Soedil S.r.l. ha presentato le necessarie dichiarazioni e sul punto in contestazione ha dichiarato: “*che ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett c) del D.Lgs. n. 163/2006, nei propri confronti non è stata pronunciata alcuna sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso alcun decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure alcuna sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, ancorché sia stato concesso il beneficio della non menzione*”.

Invero, dall'analisi degli elementi rilevanti nella fattispecie, emerge come parte istante abbia reso una dichiarazione non tanto generica quanto piuttosto generale e riferita a tutte le ipotesi di cui alla lettera c), che esclude la sussistenza a proprio carico di qualsiasi condanna, quindi anche di quelle specificamente previste dalla seconda parte della lettera c), invocata come mancante.

Peraltro, sul punto la *lex specialis* non pare potersi interpretare nei termini formalistici invocati dalla stazione appaltante, non risultando evidente la necessità di dichiarazione che riporti in toto il testo della norma a pena esclusione; infatti la richiamata prescrizione del disciplinare di gara si limita a richiedere la specificazione dell'assenza nella specie di ogni singola causa di esclusione (dalla a) alla m quater). In proposito, è noto il principio fondamentale a tenore del quale, mentre a fronte della violazione di un chiaro disposto della *lex specialis* previsto a pena di esclusione la stazione appaltante è vincolata a disporre il provvedimento esclusivo dell'offerta, diversamente, laddove tale specifica violazione non ci sia, ovvero nelle ipotesi in cui le prescrizioni del bando di gara siano possibili fonti di equivoci interpretativi, si impone, in un corretto rapporto tra Amministrazione e privato, una lettura applicativa del bando idonea a tutelare il principio di massima partecipazione e l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta.

Con riferimento, poi, all'invocato parere dell'Autorità n. 6 del 16 gennaio 2008, se per un verso è vero che la *lex specialis* che disciplinava la fattispecie ivi esaminata era meno dettagliata rispetto a quella in questione, per un altro verso è altrettanto vero che nel richiamato precedente la dichiarazione resa dall'impresa erroneamente esclusa era più generica rispetto a quella della Soedil S.r.l., la quale riporta specificamente le singole ipotesi escludendo sub lettera c) in generale qualsiasi precedente penale, compresi quindi anche quelli specifici di cui alla seconda parte della lettera c), lettera peraltro richiamata specificamente nella stessa dichiarazione. Conseguentemente, in via di principio va ribadito che in tema di dichiarazioni ex art. 38, per quanto concerne la corretta interpretazione da attribuirsi alla dichiarazione sull'insussistenza delle condizioni ostative alla partecipazione a gare pubbliche di appalto, di cui all'art. 38, lett. da “a” ad “m-quater” del D.Lgs. 163/2006 – ovvero se la stessa debba contenere la riproduzione integrale del contenuto delle lettere da “a” ad “m-quater”, oppure debba considerarsi sufficiente, ai fini della sua regolarità, il richiamo complessivo alla norma ed alle relative ipotesi, secondo quanto previsto nel disciplinare di gara – debba privilegiarsi un'interpretazione non formalistica, soprattutto a fronte di una *lex specialis* che non preveda la necessità di una dichiarazione che riporti integralmente il testo della norma in questione a pena di esclusione. Deve quindi considerarsi sufficiente, ai fini della regolarità, il richiamo alla singola causa di esclusione dettata dalla norma di cui all'art. 38 citato, e la commissione di gara non può determinare l'esclusione dei partecipanti che abbiano presentato una dichiarazione nella quale vi sia un riferimento specifico alla norma di cui al citato art. 38 ed alla singola specifica condizione prevista dalla *lex specialis*, come nella specie, anche in coerenza con il principio in tema di contratti ad evidenza pubblica secondo cui le disposizioni del bando devono essere interpretate in modo da consentire la più ampia partecipazione dei concorrenti.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla procedura di gara in oggetto dell'ATI costituenda Soedil S.r.l., capogruppo, Schillizzi Costruzioni S.r.l., mandante, disposta dal Comune di Lagonegro in applicazione del punto 3, lett. a) del disciplinare di gara, non sia conforme ai principi vigenti in tema di procedure ad evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11 marzo 2011*

Il Segretario: Maria Esposito