

## **Parere n.140 del 30/07/2013**

### **PREC 156/12/S**

OGGETTO: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società Alpe Strade s.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria per sistemazione movimenti franosi di sistemazione dei marciapiedi di via S. Maria La Carità – Importo a base di gara €1.246.000,00 – S.A.:

Amministrazione Provinciale di Asti.

**Art. 38 comma 1 lett. c) e comma 2 D.Lgs. 163/2006: omessa dichiarazione circa la situazione dei soggetti cessati dalle cariche nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando**  
**Esclusione – Legittimità – Art. 46, comma 1, D.Lgs. 163/2006: soccorso istruttorio –**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

#### **Considerato in fatto**

In data 12 giugno 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la società Alpe Strade s.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione, dovuta all'omessa dichiarazione concernente la situazione dei soggetti cessati da cariche sociali, richiesta dalla lex specialis.

Secondo l'istante l'esclusione sarebbe illegittima, in quanto ai sensi dell'art. 38, comma 2, D.Lgs. 163/2006 non sarebbe necessario dichiarare tutte le condanne penali riportate, ma soltanto quelle inerenti a reati ostativi. Inoltre, in caso di assenza di condanne penali, nessuna disposizione di legge imporrebbe una dichiarazione negativa, pertanto la mancata indicazione della sussistenza di condanne penali equivarrebbe alla dichiarazione di insussistenza delle medesime. Il combinato disposto dei commi 1 e 2 della predetta norma imporrebbe, inoltre, con riferimento ai soggetti cessati dalle cariche sociali nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara, di dichiarare esclusivamente la sussistenza a loro carico di eventuali precedenti penali, con la conseguenza che se simili condanne non vi sono state, i partecipanti alla gara non avrebbero l'onere di presentare un'autocertificazione dal contenuto negativo, concernente la mancanza di soggetti cessati dalle cariche sociali nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara.

L'assenza di un obbligo legislativo di tal genere comporterebbe l'illegittimità dell'esclusione in parola, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, codificato all'art. 46, comma 1, D.Lgs. 163/2006.

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha presentato una memoria difensiva, con la quale ha confermato la legittimità del provvedimento assunto in considerazione di quanto disposto dall'art. 38, comma 1, e comma 2, D.Lgs. 163/2006. La stessa ha inoltre precisato di non aver potuto esercitare il c.d. soccorso istruttorio ex art. 46, comma 1, D.Lgs. 163/2006, in quanto a fronte di una chiara previsione della lex specialis che richiedeva la dichiarazione omessa a pena di esclusione, consentire l'integrazione successiva della stessa, avrebbe comportato un'ingiustificata compromissione della par condicio dei concorrenti e del buon andamento della Pubblica Amministrazione.

#### **Ritenuto in diritto**

La questione controversa concerne la legittimità del provvedimento di esclusione adottato a carico dell'istante.

Sul punto occorre innanzi tutto considerare che l'art. 38, comma 1, lett. c) D.Lgs. 163/2006 inibisce la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi ai soggetti 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. La norma, inoltre; prevede che 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. La stessa disposizione precisa poi che l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara. Il secondo comma della predetta disposizione prescrive che il concorrente attesta il possesso dei requisiti di ordine generale mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del D.P.R. 445/2000.

In considerazione delle disposizioni normative sopra richiamate, risulta conforme alla disciplina dettata dall'art. 46, comma 1 bis, D.Lgs. 163/2006 la previsione del disciplinare di gara, in virtù della quale nella busta A, a pena di esclusione, doveva essere contenuta una dichiarazione attestante che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando nei confronti dei soggetti indicati dall'art. 38 comma 1 lett. c) D.Lgs. 163/2006 non sono intervenute sostituzioni né cessazioni dalla carica ovvero è intervenuta sostituzione o cessazione, ma non sono state pronunciate nei loro confronti sentenze penali di condanna ovvero è intervenuta sostituzione o cessazione e sono state pronunciate nei loro confronti sentenze penali di condanna, indicando in tal caso quali. Tale clausola, infatti, non fa altro che esplicitare il contenuto dell'art. 38, comma 1, lett. c, D.Lgs. 163/2006 con riferimento ai soggetti cessati da cariche sociali nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara. Al fine di agevolare il prescritto onere dichiarativo la stazione appaltante ha anche predisposto un modello di dichiarazione sostitutiva di certificazione, c.d. Modello dichiarazione n.2, che però l'istante non ha presentato, conseguentemente la stazione appaltate ha legittimamente proceduto alla sua esclusione.

Non può, infatti, condividersi al riguardo l'assunto del concorrente circa l'assenza di un obbligo di legge di autocertificare l'assenza di "circostanze negative (... non essere stato condannato ....)" e la necessità di dichiarare le sole condanne per i reati ostativi, in quanto lo stesso contrasta, da un lato, con la ratio dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006, ossia garantire alla stazione appaltante di contrarre con un operatore economico affidabile, e, dall'altro con l'interpretazione della disciplina normativa in esame fornita dall'Autorità. Quest'ultima, infatti, ha già chiarito al riguardo che la dichiarazione in parola "è rilasciata dai soggetti indicati dalla disposizione anche se di tenore negativo, nel caso in cui il soggetto cessato non abbia subito condanne (cfr. pareri dell'Autorità n. 11 del 20 settembre 2007 e n. 237 del 5 novembre 2008). Può ritenersi, tuttavia, ammissibile, con riguardo ai soggetti cessati dalla carica, che il legale rappresentante, ai sensi dell'articolo 47, comma 2 del d.P.R. n. 445/2000, produca una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà "per quanto a propria conoscenza", specificando le circostanze che rendono impossibile (ad esempio, in caso di decesso) o eccessivamente gravosa (ad esempio, in caso di irreperibilità o immotivato rifiuto) la produzione della dichiarazione da parte dei soggetti interessati" (cfr. AVCP determinazione n.1/2010, a cui si rinvia per un approfondimento della problematica in esame). La stessa, inoltre, ha precisato che la predetta dichiarazione deve essere completa, ossia deve riportare tutte le sentenze di condanna subite, salvo quanto precisato dallo stesso art. 38, comma 2, D.Lgs. 163/2006, conseguentemente, deve ritenersi che oltre all'ipotesi di falsità l'omissione o l'incompletezza delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell'art. 38 da parte di tutti i soggetti ivi previsti costituiscono di per sé motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica, anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara (cfr. AVCP determinazione n.4/2012, a cui si rinvia per un approfondimento della problematica in esame).

Né la stazione appaltante avrebbe potuto ricorrere al c.d. potere di soccorso istruttorio, in quanto ai sensi dell'art. 46, comma 1, D.Lgs. 165/2006 quest'ultimo può essere legittimamente esercitato soltanto per chiedere chiarimenti o completare il contenuto di dichiarazioni già presentate in gara e non per "sanare" eventuali omissioni di documenti, richiesti a pena di esclusione. In caso contrario, infatti, verrebbero violati sia il principio di par condicio dei concorrenti sia il principio di

perentorietà dei termini di presentazione della domanda di partecipazione.  
In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione di Alpe Strade s.r.l. sia conforme alla normativa di settore ed alla lex specialis.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Vice Presidente: Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2013

Il Segretario Rosetta Greco