

## **Parere n.183 del 6/11/2013**

### **PREC 155/13/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 Provincia di Avellino – “Appalto del servizio di verifica del rendimento di combustione e dello stato di esercizio e manutenzione degli impianti termici”.

Importo a base di gara €92.000,00 – S.A. Provincia di Avellino.

**Dichiarazione ex art. 38, comma 1, lettera c) del d.lgs. n. 163/2006.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

#### **Considerato in fatto**

In data 21 maggio 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la Provincia di Avellino, con riferimento all'appalto in oggetto, provvisoriamente aggiudicato alla ditta Site s.r.l., ha chiesto un parere in merito alla fondatezza delle censure sollevate dalla società seconda in graduatoria contro il disposto provvedimento di aggiudicazione.

Più specificamente, la ditta Prisma S.r.l., a seguito della determina n. 276 del 25/1/2013 con cui è stato approvato il verbale di aggiudicazione provvisoria del 8/1/2013 e aggiudicato in via provvisoria l'appalto dei servizi di che trattasi alla società Site s.r.l., ha inoltrato alla Provincia di Avellino l'informativa ex art. 243 bis del D.Lgs. n. 163/2006 in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale contro l'aggiudicazione provvisoria, sollevando le seguenti censure:

1) incompleta dichiarazione ex art. 38 d.lgs, 163/2006 resa dall'amministratore unico della soc. SITE S.r.l.;

2) con riferimento alla capacità tecnico-professionale, la soc. SITE avrebbe indicato un unico servizio ancora in corso di esecuzione, quindi non utilizzabile in quanto non ancora terminato e collaudato;

3) nell'offerta tecnica la SITE S.r.l. avrebbe indicato il tempo di effettuazione del servizio che, invece, fa parte dell'offerta economica;

4) nella domanda di partecipazione non sarebbero state specificate le attrezzature, i materiali e gli equipaggiamenti per eseguire l'appalto, come invece richiesto dal disciplinare di gara;

5) la dichiarazione resa dalla soc. SITE circa il possesso dei requisiti di idoneità professionali non risponderebbe alla formula riportata nel modello di domanda allegato al bando;

6) la dichiarazione resa dalla soc. SITE circa i soggetti cessati dalla carica non sarebbe rispondente alla formula riportata nel modello di domanda allegato al bando;

7) la società Efedue Ingegneria s.r.l. indicata nella composizione societaria della SITE non sarebbe attiva e, pertanto, la dichiarazione risulterebbe non veritiera;

8) nell'offerta tecnica sarebbero state indicate sedi differenti da quella indicata dalla Ditta nella domanda di partecipazione;

9) nella domanda di partecipazione manca l'indicazione dei titoli di studio e professionali del direttore tecnico della soc. SITE;

10) le certificazioni ISO prodotte dalla aggiudicataria provvisoria sarebbero inefficaci in quanto non sottoposte a verifica annuale.

A fronte di tali censure, la Provincia di Avellino ha disposto la convocazione della società Site S.r.l. nel tentativo di acquisire i necessari chiarimenti per un eventuale intervento in autotutela, concludendo, poi, per la legittimità dell'aggiudicazione disposta nei confronti della ditta in contestazione.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 27 giugno 2013, la Site s.r.l. ha ribadito la legittimità del provvedimento di aggiudicazione disposto in suo favore.

## **Ritenuto in diritto**

La questione qui in rilievo concerne la fondatezza delle censure sollevate dalla ditta Prisma s.r.l. nell'informativa ex art. 243 bis d.lgs, 163/2006 contro l'aggiudicazione provvisoria a favore di Site s.r.l.

La prima delle censure in esame ha ad oggetto la incompleta dichiarazione ex art. 38 D.Lgs n. 163/2006 resa dall'amministratore unico della soc. SITE.

Al riguardo si specifica che il disciplinare di gara, al punto 1.1.7 disponeva che i concorrenti dovessero dichiarare, a pena di esclusione, che “ nei propri confronti non 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'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello stato o della comunità che incidono sulla moralità professionale...”. La clausola qui in evidenza proseguiva riportando il testo integrale della lettera c) del comma 1, dell'art. 38 specificando quindi che “... è comunque causa di esclusione dalla gara 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'art. 45 paragrafo 1 direttiva Ce 2004/18...”

L'Amministratore Unico (Sergio Fiorentino), utilizzando l'apposito modulo predisposto dalla Provincia di Avellino, ha attestato sì “di possedere i requisiti di ordine generale prescritti nel bando di gara, secondo i criteri dettati dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006”, ma, con riferimento alla lettera c) dell'art. 38, ha ommesso di dichiarare l'inesistenza di condanne..., per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale,- corruzione, frode, riciclaggio.... Più specificamente, l'amministratore unico della Site, a differenza del procuratore e direttore tecnico, che ha riportato per intero la dichiarazione di cui alla lettera c) dell'art. 38, ha dichiarato l'inesistenza delle sole condanne per reati gravi che incidono sulla moralità professionale tralasciando di dichiarare anche l'inesistenza di condanne per reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio espressamente richiamati nella norma di riferimento e nello stesso disciplinare di gara.

Secondo la ditta in contestazione, tale omissione non costituirebbe un valido motivo di esclusione, in quanto la dichiarazione resa circa la circostanza di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste nell'art. 38 c. 1 lett. c) ricomprenderebbe necessariamente anche tutti gli elementi indicati nella norma.

La censura risulta fondata.

Una indicazione esemplificativa sulla individuazione dei “reati che incidono sulla moralità professionale” è stata offerta da questa Autorità – con determinazione n. 56 del 13 dicembre 2000 – in sede di chiarimenti in merito ai criteri cui devono attenersi le SOA nella loro attività di attestazione della qualificazione (ai sensi degli artt. 17 e 18 del D.P.R. n. 34/2000). A tale riguardo, è stato disposto che “i reati che incidono sulla moralità professionale (articolo 17, comma 1, lettera c), del D.P.R. 34/2000) devono intendersi, concordemente con quanto indicato dal Ministero LL.PP. nella circolare 1 marzo 2000 n. 182/400/93, quelli contro la pubblica amministrazione (libro secondo, titolo II, del codice penale), l'ordine pubblico (libro secondo, titolo V, del codice penale), la fede pubblica (libro secondo, titolo VI, del codice penale), il patrimonio (libro secondo, titolo XIII, del codice penale) e, comunque, quelli relativi a fatti la cui natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto”.

La precedente disamina consente, dunque, di individuare la *ratio* della causa di esclusione sancita dal legislatore nella prima parte dell'art. 38, comma 1, lettera c), nonché i caratteri differenziali rispetto alla successiva previsione del medesimo testo normativo, che elenca specificamente i reati di partecipazione ad organizzazione criminale, corruzione, frode e riciclaggio. Tali ultime fattispecie di reato, infatti, sono state recepite dalle norme nazionali interne, per espresso rinvio agli atti comunitari, e sono state collocate in un elenco tassativo di cause di esclusione che non lascia

alcuno spazio di apprezzamento discrezionale alla singola amministrazione appaltante (cfr. determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010). Le altre situazioni richiamate per la possibile incidenza sulla moralità professionale, vengono, invece, in considerazione quali fattispecie non tassative, la cui rilevanza, ai fini dell'esclusione dalla gara, deve essere valutata dalla singola stazione appaltante sulla base di un'ampia serie di elementi che, nel concreto, abbiano caratterizzato la singola fattispecie e che siano suscettibili di incidere sulla fiducia contrattuale.

E' da escludersi, pertanto, almeno in linea teorica, l'equivalenza ed eventuale sovrapposibilità delle due previsioni del citato art. 38, comma 1, lett. c); diversamente opinando, si renderebbe sostanzialmente inutile la seconda parte dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006 che, come sopra chiarito, è invece frutto di recepimento, da parte del diritto nazionale, di specifiche fattispecie di reato per espresso rinvio agli atti comunitari (cfr Parere AVCP n. 124/2010).

Tale assunto porta, dunque, alla necessità di riconoscere la incompletezza della dichiarazione resa, nel caso di specie, dalla società risultata aggiudicataria provvisoria, nei cui confronti, tra l'altro, non era nemmeno possibile disporre l'integrazione documentale, non trattandosi di una irregolarità formale sanabile mediante il c.d potere di soccorso.

Va al riguardo precisato, infatti, che l'efficacia immediatamente precettiva dell'art. 38 del Codice, che non lascia margini di manovra alla stazione appaltante in caso di sua violazione nonché la formulazione chiara e per nulla equivoca, nel caso di specie, della *lex specialis* di gara non possono che deporre per l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ditta Site S.r.l..

Questa Autorità condivide, infatti, il recente orientamento del Consiglio di Stato (Sez. V, 21 giugno 2013 n. 3397) secondo cui nelle gare d'appalto la completezza delle dichiarazioni rese è già di per sé un valore da perseguire perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla selezione. Ad avviso del Consiglio di Stato, pertanto, una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa o incompleta, deve ritenersi già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare.

Con riferimento agli altri motivi di doglianza specificati in fatto, si ritiene che questi vengano assorbiti dal primo, il quale, come sopra specificato, avrebbe dovuto determinare l'esclusione dalla gara della Site S.r.l.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

che l'incompletezza della dichiarazione resa dall'amministratore unico assume nel caso di specie portata escludente e che deve considerarsi pertanto illegittima la ammissione in gara della ditta Site s.r.l. e illegittimo il provvedimento di aggiudicazione provvisoria disposto dalla Provincia di Avellino nella procedura indetta per l'affidamento del "servizio di verifica del rendimento di combustione e dello stato di esercizio e manutenzione degli impianti termici".

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 novembre 2013

Il Segretario Maria Esposito