

**MEMORIA E CONTESTUALE INTEGRAZIONE
ISTRUTTORIA A SOSTEGNO DELLA SUSSISTENZA DEI
REQUISITI DI LEGGE *EX* ART.75 LETT. C) D.P.R.
N.554/99 (VS. RIF. PROT. N.219 DEL 04.01.2006 – SETTORE
“C” LL.PP. E TUTELA TERRITORIO – COMUNE XXX)**

RACCOMANDATA
a mani

Spett.le Comune di
XXX (LU)
Settore "C" Lavori pubblici e
tutela del territorio

c.a.
Responsabile del procedimento
Dott. Ing. Riccardo Palmerini

e.p.c.
Responsabile Ufficio Contratti
Dott. Massimiliano Lombardi

Oggetto: Procedura di valutazione per la sussistenza dei requisiti ex art.75 lett. c) D.P.R. n.554/99 e ss.mm. riguardo all'aggiudicazione dei lavori di riqualificazione funzionale area archeologica di Massaciuccoli già assegnati alla ditta XXX Restauro di XXX Fabrizio & C. s.a.s. – MEMORIA E CONTESTUALE INTEGRAZIONE ISTRUTTORIA A SOSTEGNO DELLA SUSSISTENZA DEI REQUISITI DI LEGGE

In relazione alla missiva A/R del 04.01.xxx prot. n.219 del Comune di XXX Settore "C" Lavori Pubblici e Tutela del Territorio con la quale veniva comunicato l'avvio di procedimento per la valutazione della sussistenza dei requisiti **ex** art.75 D.P.R. n.554/99 e, nello specifico, la rilevanza di due decreti penali di condanna ai fini della valutazione dei requisiti di affidabilità morale e professionale dell'appaltatore;

visti gli artt.7-10 comma 1 lett. b) legge n.241/90 e ss.mm.,

si presenta la seguente memoria integrativa a sostegno della sussistenza e dell'attualità dei requisiti richiesti di affidabilità morale e professionale, al fine di fornire alla P.A. precedente ogni elemento utile di valutazione e motivazione per l'adozione di un provvedimento favorevole alla scrivente ditta, aggiudicataria dei lavori.

In fatto

Viene contestato quale elemento potenzialmente (“...*tale tipologia di reato può incidere...*” - vedi missiva in oggetto) inficiante i predetti requisiti di affidabilità morale e professionale la condanna per il reato di omessi contributi previdenziali **ex** art.2 comma 1 D.L. n.463/83 comminata con decreto penale di condanna dal Gip della Spezia nel 2001 e dal Gip di Massa nel 2004 (all.1-2), in relazione all’**art.75 comma 1 lett. c)** del D.P.R. n.554/99.

Quest’ultima, nel comma e nella lettera c) menzionate, è la norma di riferimento per la quale la P.A. ha ritenuto di avviare il procedimento di valutazione, da concludersi entro 30 gg. salvo proroga.

E’ diritto dello scrivente contraddire con la P.A. secondo le norme vigenti e secondo il principio del giusto procedimento.

In diritto

- a. Il dettato normativo di cui all’art.75 comma 1 **lett. c)** non include il decreto penale di condanna tra i provvedimenti rilevanti ai fini della causa di esclusione in esame, considerato che la norma parla testualmente soltanto di “sentenza” definitiva di condanna, senza lasciare spazio perciò ad altre tipologie di provvedimenti. Già di per sé questa constatazione appare tranciante su di ogni altra questione. Del resto già in sede di discussione nei lavori preparatori¹ era stata evidenziata l’opportunità di non menzionare tra le cause di esclusione dagli appalti pubblici quei reati “bagatellari” (delitti o contravvenzioni) punibili con la sola pecuniaria anche se convertita, come avviene di regola proprio con il decreto penale di condanna e nel caso di specie.
- b. Per mero scrupolo, quand’anche si ipotizzasse un’interpretazione assai estensiva della norma - peraltro *contra legem* e contraddetta da giurisprudenza amministrativa consolidata di cui *infra* - si evidenzia come i reati oggetto di condanna nei confronti del XXX non rientrino in alcun modo neppure tra quelli identificati come ostativi sia dalla Circolare del Ministero LL.PP. del 01.03.2000 n.182/400/93, sia dalla determinazione dell’Autorità di Vigilanza n.56/2000. Entrambi i provvedimenti, infatti, richiamano soltanto alcuni reati sanzionati dal codice penale (reati contro la P.A., contro l’ordine pubblico, contro la fede pubblica, contro il patrimonio)

e, pertanto, del tutto esulanti dalla fattispecie in esame sanzionata da *lex specialis*.

- c. L'intervenuta modifica della disciplina del Casellario con D.P.R. n.313/2002 T.U. Casellario giudiziario ha, poi, ulteriormente mutato il quadro delle produzioni e autocertificazioni del privato, nonché delle richieste anche provenienti dalla P.A., imponendo al privato stesso il solo obbligo di dichiarare e autocertificare solo ciò che a lui risulta dal certificato **EX** art.689 c.p.p. (che, nel testo novellato, in ipotesi di non menzione di diritto - come nel caso di decreto penale - prevede sì l'iscrizione effettiva della condanna ma, altresì, che essa risulti esclusivamente qualora la certificazione sia richiesta dal P.M. ovvero dall'A.G. penale). Sul punto, è intervenuta la giurisprudenza del Consiglio di Stato che in relazione all'art.75 D.P.R. n.554/99 ha stabilito che “*per provare il requisito dell'assenza di reati incidenti sulla idoneità morale e professionale (art.75 comma 1 lett. c), l'unico onere posto a carico dei concorrenti è la produzione del casellario giudiziale e dei carichi pendenti; l'unico certificato generale del casellario giudiziale che i privati possono ottenere, e dunque produrre in una gara di appalto, è quello di cui all'art.689 c.p.p., in cui non sono iscritte le condanne estinte e quelle conseguenti a sentenza di patteggiamento [o altro provvedimento soggetto a non menzione] ... ove dal certificato integrale rilasciato all'amministrazione ai sensi dell'art.688 c.p.p. emergano ulteriori reati che l'amministrazione ritenga incidenti sulla moralità e professionalità dell'impresa [essi verranno autonomamente valutati, e decisi con congrua ed adeguata motivazione che tenga conto di tutti gli altri possibili fattori ed elementi] ” (cfr. Cons. di Stato, sez. IV, 14.10.2003 n.6279).*
- d. Orbene detta giurisprudenza si inserisce in un *trend* volto a sottolineare per la P.A., soprattutto in casi di **condanne minori** a maggior ragione a sola pena pecuniaria soggette a non menzione nel Casellario a richiesta di privati,

¹ Fonte parlamentare

l'obbligo di motivare compiutamente, in modo logico, secondo il canone di ragionevolezza efficienza e buon andamento della P.A. eventuali decisioni di esclusione nell'esercizio dell'ampio potere discrezionale attribuitole. Di fronte a provvedimenti abnormi di esclusione recentissima giurisprudenza, infatti, non ha mancato di chiarire senza equivoci come “*diversamente opinando, soggetti come l'attuale ricorrente, ad esempio, vedrebbero automaticamente e definitivamente precluso, a causa di una pregressa infrazione formale non particolarmente grave, l'esercizio di attività contrattuale con la Pubblica amministrazione, con conseguente compromissione della libera esplicazione della propria iniziativa economica*” (cfr. T.A.R. Basilicata, 01.12.2004 n.806). Ed ancora “... proprio perché l'art.75 del D.P.R. n.554/99 non elenca quali siano i reati che incidono negativamente sull'affidabilità morale e professionale, questo accertamento non può che essere effettuato in concreto e, quindi, considerando di volta in volta, in relazione alla natura e all'entità dei lavori da aggiudicare, la gravità dei reati in base ad una pluralità di elementi, quali, ad esempio, le modalità ed il tempo in cui sono stati commessi, nonché la natura e l'entità della pena inflitta. Si tratta, quindi, di un accertamento che presuppone valutazioni chiaramente di natura discrezionale così che la conseguente decisione finale non può prescindere, soprattutto quando negativa per il soggetto interessato, da una specifica ed adeguata motivazione e dal preventivo contraddittorio” (T.A.R. Marche, 04.02.xxxx n.114).

- e. Si osservi, altresì, la necessità che sussista in concreto un effettivo e concreto legame tra la fattispecie penale e la materia oggetto dell'appalto. L'estraneità delle condanne addebitate al XXX rispetto all'oggetto del contratto che prevede opere di ristrutturazione e riqualificazione di sito archeologico, fa sì che esse appaiano ben lontane anche dalla sola ipotesi di sussistenza di un

legame siffatto rilevante sotto il profilo giuridico che qui interessa. Diversamente sarebbe stato, ad esempio, se la condanna avesse riguardato delitti di ricettazione di beni archeologici o contravvenzioni punite ai sensi degli artt.705-706-712 o 733-734 c.p., questi reati legati e connessi all'oggetto dell'appalto. Ebbene, anche sotto questo profilo, si ritiene che non sussista, dunque, alcun legame e/o nesso causale tra le condotte definite con decreto penale e l'oggetto dell'appalto.

- f. La giurisprudenza, tra l'altro, anche in ipotesi di un nesso più diretto - rispetto a quello qui in esame - tra condotte lievi penalmente rilevanti, quale la violazione della normativa sui rifiuti (ben più giustificatamente connessa con l'esecuzione di un appalto di lavori), ha ritenuto illegittima l'esclusione della ditta aggiudicataria: *"...Nella sua ampiezza ed elasticità il concetto di moralità professionale presuppone infatti la realizzazione di un reato pienamente idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione con i principi deontologici della professione, tenendo presente che la valutazione de qua non deve cristallizzarsi in criteri astratti e automatici ma si deve invece adattare alla peculiarità del caso concreto, riferite tanto alle caratteristiche dell'appalto, quanto al tipo di condanna ed alle concrete modalità di commissione del reato"* (cfr. Cons. di Stato, V sez., 01.03.2003 n.1145). La citata sentenza, oltretutto, riguardava un reato (art.51 co.1 lett. a) D.lvo n.22/97) che aveva proprio una sua pertinenza con l'oggetto della gara d'appalto e, ciò nonostante, - proseguiva la decisione - *" in questo caso, in definitiva, pur dovendosi riconoscere la sussistenza di un legame oggettivo tra fattispecie penale e materia oggetto dell'appalto, non poteva accedersi ad una valutazione di compromissione della moralità professionale della società ricorrente postulata del tutto acriticamente (e immotivatamente) dalla stazione appaltante, senza che cioè si desse conto, nel dettaglio, della fattispecie punita, della*

sanzione irrogata e dell'atteggiamento soggettivo colposo...»².

- g. Per ulteriore scrupolo ed eccesso di zelo, si evidenzia come, anche sotto altri profili, le condotte che hanno dato origine all'avvio del presente procedimento non siano idonee ad incidere sul requisito di moralità e professionalità e/o comunque non siano assolutamente tali da giustificare validamente e motivatamente una ipotetica esclusione. La Stazione appaltante, infatti, non potrebbe in modo legittimo arrivare ad una ipotetica esclusione, per tutte le ragioni sin qui esposte, quando:
- la natura e il tipo del reato è di lieve entità (anche in relazione al periodo minimo di omesse contribuzioni: un solo mese per il D.P. emesso dal Gip della Spezia) e punito con la sola pena pecuniaria, oltre all'esistenza del beneficio della non menzione;
 - non sussiste del tutto nel caso di specie una attinenza con l'oggetto dell'appalto; ciò che si richiede è la capacità professionale di eseguire un lavoro di riqualificazione particolarmente delicato come quello di un sito archeologico ed una generale correttezza e serietà formale ma ancora più sostanziale ed esecutiva della ditta aggiudicataria;
 - l'entità della condanna inflitta si traduce nella sola pena pecuniaria calcolata sulla base sostanzialmente del minimo edittale, ridotto ulteriormente per il rito (come nel caso di specie);
 - l'atteggiamento colposo del reo si è dimostrato "lieve" e, comunque vi è stata riparazione e risanamento delle condotte con pagamento anche in via amministrativa del dovuto (*cf.* documentazione relativa all'attualità della regolarità contributiva);
 - le circostanze del reato relativamente al D.P. Gip di Massa sono tali, in considerazione di un peculiare e del tutto temporaneo momento di tensione finanziaria dovuto all'omesso e ritardato pagamento di clienti, da non poter far pensare ad una pervicace e preordinata volontà di violazione delle regole; quelle relative al D.P. Gip della Spezia riguardano un solo mese e fanno legittimamente supporre ad una mera svista, poi, risanata.

² Ragionando *a cotrariis* è corretta l'esclusione da una gara d'appalto per l'aggiudicazione del servizio di trasporto scolastico del concorrente condannato con decreto penale di condanna per guida in stato di ebbrezza (T.A.R. Toscana, sent. 17.04.xxx n.1240).

- h. Si tenga, altresì, conto del contegno trasparente e corretto tenuto, anche in precedenza, dal XXX che ebbe a presentare istanza di riabilitazione nell'estate del 2004 al Tribunale di Sorveglianza di Genova, venendo a conoscenza dell'esistenza del D.P. Gip di Massa (notificato con la procedura della compiuta giacenza ad un indirizzo nel frattempo mutato e, quindi, senza materialmente la consegna dell'atto) tramite il proprio difensore soltanto durante l'udienza presso il Tribunale di Sorveglianza.
- i. Quanto, poi, al requisito della serietà e professionalità della ditta dal XXX rappresentata, anche in ordine alla tipologia di lavori effettuati per enti pubblici ed alla loro esecuzione, si evidenzia che i contratti di appalto per i quali è risultata aggiudicataria sono sempre stati tutti onorati nel pieno rispetto delle regole e senza mai contestazioni o contenziosi di sorta, come del resto può essere evinto dalla stessa documentazione in possesso della P.A. procedente (vedi attestato SOA). Si allega, a tal proposito, copia di alcuni importanti contratti correttamente eseguiti e/o in corso di esecuzione per enti pubblici. Si noti, altresì, in via esemplificativa, che nella documentazione presentata per la conclusione del contratto con il Genio Militare della Marina era stato prodotto certificato con le condanne *de quibus* e che, dette condanne, sono state oggetto di valutazione da parte della P.A. procedente senza che fossero in alcun modo ritenute ostative all'aggiudicazione dell'appalto stesso.
- j. In ultimo, per dimostrare l'attualità della sussistenza dei requisiti richiesti e della regolarizzazione e dell'assoluta regolarità delle posizioni contributive della ditta, a riprova che si è trattato di "incidenti di percorso" del tutto momentanei e transeunti, si allegano certificazioni di regolarità contributiva INPS e Cassa Edile, certificazione delle quali la P.A. procedente peraltro è già in possesso e per le quali si invita ad un'attenta valutazione. In proposito appare, poi, tranciante a favore delle tesi difensive sin qui esposte, qualora ciò fosse ancora necessario, quanto stabilito nella delibera dell'Autorità per la Vigilanza sui LL.PP. del 15.07.2003 pubblicata in G.U. n.196 del 25.08.2003. In essa si evidenzia come **la completa regolarizzazione delle posizioni contributive** (attesta e certificata dalla documentazione prodotta e comunque agli atti) **sani ogni effetto potenzialmente negativo nella valutazione dei requisiti di legge.**

Per tutto quanto ampiamente sopra esposto, si ritiene che non sussista alcun elemento ostativo che possa indurre ad una valutazione in negativo circa la sussistenza dei requisiti di legge ai fini dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Si chiede, qualora la P.A. procedente lo ritenesse utile, la fissazione di audizione entro i termini per la definizione del procedimento amministrativo.

Tanto si comunica da parte dell'interessato al procedimento ai sensi e per gli effetti della legge n.241/90 e succ. mod., con riserva di produrre eventualmente ulteriore documentazione a sostegno della presente nei termini di legge.

Si confida nel benevolo accoglimento.

Allegati:

1. copia D. P. Gip della Spezia
2. copia D.P. Gip di Massa (e relative notifiche con la compiuta giacenza)
3. copia istanza di riabilitazione presentata al Trib. Sorveglianza di Genova
4. certificazioni regolarità contributiva INPS
5. certificazione regolarità contributiva Cassa Edile
6. certificazione INAIL
7. certificazione Cancelleria fallimentare Tribunale della Spezia
8. certificazione Camera di Commercio della Spezia
9. copia contratti di appalto pubblico correttamente eseguiti o in corso di esecuzione: 8.1. Direzione Autonoma del Genio Militare xxx; 8.2. Comune di xxx; 8.3. Comune di xxx; 8.4. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (estratto).

Con osservanza.

xxx, li

XXX Fabrizio
In proprio e nella qualità

Bibliografia *brevis*

- AA.VV., *La nuova disciplina degli appalti pubblici tra diritto comunitario e diritto italiano*, Roma, 2002
- Biscontini, Di Amato, Franchini, *Codice degli appalti pubblici e privati annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, 2002
- Didonna, *L'esclusione dalla gara d'appalto. Par condicio e massima partecipazione, in urbanistica e appalti*, 2002, 10, 1127
- Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2001
- Bellagamba, Cariti, *Gli appalti pubblici: rassegna della giurisprudenza della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato, dei Tribunali amministrativi regionali*, Milano, 2002
- Pagano, a cura di, *Codice degli appalti e dei lavori pubblici. Con circolari, decreti e appendice giurisprudenziale*, Esselibri, 1999

- Sciaudone, *Codice degli appalti pubblici*, Giappichelli, xxx
- Centofanti, Mondini, *Nuovo codice degli appalti*, Tribuna, xxx
- www.ambientediritto.it - www.altalex.it - www.forsalernitano.it - www.lexitalia.it -

