

## **Le obbligatorie risposte a quanto sancito dall'articolo 38 del codice dei contratti hanno la finalità che non è solo di garanzia sull'assenza di ostacoli pure di natura etica all'aggiudicazione del contratto, ma anche per una ordinaria veri-fica sull'affi**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

La concreta carenza di condizioni ostative costituisce un elemento successivo rispetto alla conoscenza di una situazione di astratta sussistenza dei re-quisiti morali e giuridici che lambiscono in modo determinante la professionalità degli amministratori

Tanto meno si comprenderebbe il meccanismo di verifica a campione, se quest'ultimo non fosse connesso alla obbligatorietà di una dichiarazione, che costituisce il sistema di riferimento per valutare la lealtà dei richiedenti.

Le questioni prospettate con l'appello possono essere così sin-tetizzate:

se, nell'ambito delle dichiarazioni da rendere ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ov-vero ex art. 75, c. 1 lettera c) del decreto del Presidente della Re-pubblica 21 dicembre 1999, n. 554, vada compresa la posizione dell'amministratore o rappresentante deceduto nel triennio e quale sia l'effetto dell'eventuale omissione (secondo motivo).

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

L'appellante contesta la doverosità della dichiarazione in ordine al possesso di requisiti determinati come prevista dall'articolo 38 d.lgs. n. 163/2006 e prima ancora dall'articolo 75 d.P.R. n. 554/1999.

Così non è sia alla stregua di quanto previsto dall'articolo 75 d.P.R. n. 554/1999 (C.d.S., V, 22 febbraio 2007, n. 941), sia con riguardo alla successiva previsione dell'articolo 38 del codice dei contratti pubblici n. 163 del 2006.

22. Rispetto alla norma regolamentare è sufficiente il richiamo ai commi 2 e 3 di quella disposizione, laddove si prescrive che:

“ 2. I concorrenti dichiarano ai sensi delle vigenti leggi l'inesistenza delle situazioni di cui al comma 1, lettere a), d), e), f), g) e h) e dimostrano mediante la produzione di certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti che non ricorrono le condizioni prescritte al medesimo comma 1, lettere b) e c).

3. Se nessun documento o certificato tra quelli previsti dal comma 2 è rilasciato da altro Stato dell'Unione europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata rilasciata dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa, a un notaio o a qualsiasi altro pubblico ufficiale autorizzato a riceverla in base alla legislazione dello Stato stesso o, negli Stati dell'Unione europea in cui non è prevista la dichiarazione giurata, una dichiarazione solenne.”

23. Il combinato disposto delle norme appena trascritte è assolutamente chiaro nel condizionare l'offerta alla specifica dichiarazione, tanto da individuarne un succedaneo nella dichiarazione solenne.

24. Conclusioni del tutto conformi possono essere raggiunte per l'articolo 38 del codice dei contratti pubblici come peraltro confermato da questa Sezione che ha sempre presupposto, nelle sue decisioni, la piena obbligatorietà della dichiarazione (C.d.S., V, 7 maggio 2008, n. 2090; 15 gennaio 2008, n. 36).

25. Le dichiarazioni sono, in realtà, richieste per una finalità che non è solo di garanzia sull'assenza di ostacoli pure di natura etica all'aggiudicazione del contratto, ma anche per una ordinaria verifica sull'affidabilità dei soggetti partecipanti: la concreta carenza di condizioni ostative costituisce un elemento successivo rispetto alla conoscenza di una situazione di astratta sussistenza dei requisiti morali e giuridici che lambiscono in modo determinante la professionalità degli amministratori.

Tanto meno si comprenderebbe il meccanismo di verifica a campione, se quest'ultimo non fosse connesso alla obbligatorietà di una dichiarazione, che costituisce il sistema di riferimento per valutare la lealtà dei richiedenti.

**A cura di \*\*\*\*\***

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3742 del 12 giugno 2009 pronunciata dal Consiglio di Stato

**REPUBBLICA ITALIANA N.3742/09 REG.DEC.**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 6734 REG.RIC.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, quinta Sezione ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

## **DECISIONE**

Sul ricorso in appello n. 6734/2008 del 09/08/2008, proposto dalla RICORRENTE MARCELLO TIT. OMONIMA IMPR. \*\*\*\*\* e ATI - PREFABBRICATI FORESI SRL, rappresentate e difese dall'Avv. \*\*\*\*\* con domicilio eletto in Roma, VIA C. POMA, 2 presso il Sig. \*\*\*\*\*;

### **contro**

il COMUNE DI LAMEZIA TERME, rappresentato e difeso dall'Avv. \*\*\*\*\* con domicilio eletto in Roma, VIA FABIO MASSIMO, 107 presso la Sig.ra \*\*\*\*\*;

il CONTROINTERESSATA SCARL CGR ATI, rappresentato e difeso dagli \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* con domicilio eletto in Roma, VIA GIUSEPPE MERCALLI, 15 presso lo STUDIO \*\*\*\*\* E PISELLI;

la ATI - CONTROINTERESSATA DUE COSTRUZIONI SRL, non costituitosi;

per la riforma

della sentenza del TAR CALABRIA - CATANZARO: SEZ. II n.1100/2008, resa tra le parti, concernente APPALTO LAVORI REALIZZAZIONE MERCATO ORTOFRUTTICOLO E FLOROVIVAISTICO ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del COMUNE DI LAMEZIA TERME e del CONTROINTERESSATA SCARL CGR ATI;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 30 Gennaio 2009, relatore il Consigliere Filoreto D'Agostino ed uditi, altresì, gli avvocati \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* per delega di \*\*\*\*\* e De Po;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

## **FATTO**

1.

Viene in decisione l'appello avverso la sentenza con la quale il Tribunale amministrativo per la Calabria - Sede di Catanzaro Sezione II ha respinto il ricorso proposto dall'ingegner \*\*\*\*\* in qualità di titolare dell'omonima impresa di costruzioni, capogruppo dell'associazione temporanea tra la medesima e Prefabbricati Foresi s.r.l. per l'annullamento:

della determina n. 177 del 12 febbraio 2008 con la quale il dirigente dell'area tecnica del Comune di Lamezia Terme e il responsabile del procedimento hanno disposto la riapertura della gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di realizzazione del mercato ortofrutticolo e florivivaistico del lamentino;

del verbale di riapertura della gara e dell'affidamento dei lavori all'Ati Valori s.c.a.r.l.;

della determina n. 225 del 22 febbraio 2008 di revoca dell'aggiudicazione all'odierna appellante e di definitivo affidamento alla controinteressata A.t.i. Valori s.c.a.r.l.

2. Si sono costituiti e hanno controdedotto il Controinteressata s.c.a.r.l. e il Comune di Lamezia Terme che richiedono entrambi il rigetto del gravame.

3. All'udienza di discussione i patroni delle parti hanno ulteriormente insistito per l'accoglimento delle già rassegnate conclusioni.

DIRITTO

4. Le questioni prospettate con l'appello possono essere così sintetizzate:

1.

se possa considerarsi valida ed efficace una attestazione SOA che, al momento della pubblicazione del bando di gara, abbia superato il triennio dal rilascio senza che sia stata richiesta la verifica come prevista dagli articoli 15, c. 5 e 15 bis, c. 1 del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 (primo motivo);

b) se, nell'ambito delle dichiarazioni da rendere ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ovvero ex art. 75, c. 1 lettera c) del decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, vada compresa la posizione dell'amministratore o rappresentante deceduto nel triennio e quale sia l'effetto dell'eventuale omissione (secondo motivo).

Sub a)

5. L'impresa in possesso di una attestazione SOA triennale già scaduta al momento della pubblicazione di un bando, per la quale non operi alcuna disposizione transitoria di protrazione degli effetti e che non abbia richiesto la verifica per l'estensione quinquennale di validità, va necessariamente esclusa dalla gara.

6. A questa conclusione si perviene sia attraverso l'interpretazione letterale delle disposizioni su richiamate sia tenendo conto della disciplina complessivamente succedutasi nella peculiare materia.

7. Sotto il primo profilo non v'è dubbio che le formule usate dal comma 5 dell'articolo 15 del d.P.R. n. 34 del 2000 e dal c. 1 del successivo articolo 15 bis siano sostanzialmente univoche nell'individuare una durata triennale, la quale può estendersi al quinquennio a condizione che, entro la scadenza sia richiesta la verifica.

8. Così invero recitano i primi due periodi del comma 5 del citato articolo 15: "La durata dell'efficacia dell'attestazione è pari a cinque anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale di cui all'articolo 15-bis. La efficacia delle attestazioni già rilasciate alla data di entrata in vigore della legge 1° agosto 2002, n. 166, è prorogata a cinque anni."

9. Giova rammentare che nella previsione originaria l'articolo 15 d.P.R. n. 34 del 2000 indicava in tre anni

la durata dell'attestato SOA. Con il decreto del Presidente della Repubblica 10 marzo 2004, n. 93 è stata introdotta la modifica relativa sia alla durata delle attestazioni e alla verifica triennale sia il secondo periodo qui riprodotto come norma transitoria.

10. Va soggiunto che, secondo quanto stabilito con l'articolo 4 del decreto legge 24 dicembre 2003, n. 355 (convertito con modificazioni con legge 27 febbraio 2004, n. 47) e successivamente modificato con decreto legge 26 aprile 2004, n. 107 (convertito con modificazioni dalla legge 24 giugno 2006, n. 162) i termini su indicati hanno subito una ulteriore dilazione del seguente tenore: "È prorogata al 15 luglio 2004 la validità delle attestazioni di cui al comma 5 dell'articolo 15 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e successive modificazioni, rilasciate dalle \*\*\*\*\*à Organismi di attestazione (SOA) agli esecutori di lavori pubblici, per tutte le attestazioni per le quali la scadenza del termine per la verifica triennale ivi prevista interviene prima di tale data."

12. Emerge con tutta evidenza dalle norme qui riprodotte come l'intento del legislatore sia stato di prorarre al quinquennio tutte le attestazioni antecedenti una certa data, sul presupposto, reso esplicito nell'ultima disposizione appena trascritta, della normale scadenza del termine per la verifica triennale.

13. Ciò corrisponde perfettamente a quanto prescrivono le norme a regime e, in particolare, ai citati articoli 15 e 15 bis d.P.R. n. 34/2000.

14. Se così non fosse, riuscirebbe ben difficile comprendere la giuridicità dei precetti in esame: ove il mancato compimento della verifica triennale fosse privo di effetti, non avrebbe alcuna ragione prevedere un adempimento che non modifica in alcun modo la validità quinquennale dell'attestazione.

15. A questa stregua, l'unico termine utile sarebbe quello quinquennale e si porrebbe la coerenza al sistema delle disposizioni, sopra riportate, che si sono affannate a prevedere la proroga di eguale termine per situazioni transitorie.



16. Il Collegio non ignora l'orientamento assunto dal Consiglio di Stato, sez. IV, n. 4817/2005 e condiviso da Cons. giust. Amm., n. 1/2008, secondo cui la condizione risolutiva dell'esito negativo della verifica, prevista espressamente della legge, non potrebbe estendersi al caso della mancata verifica, ma non lo condivide, in quanto tale interpretazione restrittiva condurrebbe alla conseguenza assurda che l'impresa potrebbe sottrarsi alle conseguenze dell'esito negativo della verifica semplicemente non chiedendola, mentre invece è implicito che l'inosservanza dell'onere della verifica determina a fortiori la perdita di efficacia dell'attestazione SOA.

17. Ora è evidente che tra le due interpretazioni astrattamente ipotizzabili debba darsi la preferenza a quella che salvaguarda la congruenza del sistema: in questo senso la mancata esecuzione della verifica triennale si configura senz'altro come condizione risolutiva della fattispecie.

18. Ne consegue che correttamente il seggio di gara ha disposto l'esclusione dell'impresa che non aveva richiesto ed ottenuto la verifica dell'attestazione SOA.

Sub b)

19. L'appellante contesta la doverosità della dichiarazione in ordine al possesso di requisiti determinati come prevista dall'articolo 38 d.lgs. n. 163/2006 e prima ancora dall'articolo 75 d.P.R. n. 554/1999.

20. La tesi propugnata è che non già la dichiarazione bensì l'effettiva sussistenza o meno del requisito costituisca ragione dell'esclusione o meno dalla procedura ad evidenza pubblica così che la circostanza che l'amministratore nel triennio precedente non avesse subito alcun procedimento penale di condanna esimeva in concreto l'impresa di riferimento da qualsivoglia obbligo dichiarativo.

21, Così non è sia alla stregua di quanto previsto dall'articolo 75 d.P.R. n. 554/1999 (C.d.S., V, 22 febbraio

2007, n. 941), sia con riguardo alla successiva previsione dell'articolo 38 del codice dei contratti pubblici n. 163 del 2006.

22. Rispetto alla norma regolamentare è sufficiente il richiamo ai commi 2 e 3 di quella disposizione, laddove si prescrive che:

“ 2. I concorrenti dichiarano ai sensi delle vigenti leggi l'inesistenza delle situazioni di cui al comma 1, lettere a), d), e), f), g) e h) e dimostrano mediante la produzione di certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti che non ricorrono le condizioni prescritte al medesimo comma 1, lettere b) e c).

3. Se nessun documento o certificato tra quelli previsti dal comma 2 è rilasciato da altro Stato dell'Unione europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata rilasciata dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa, a un notaio o a qualsiasi altro pubblico ufficiale autorizzato a riceverla in base alla legislazione dello Stato stesso o, negli Stati dell'Unione europea in cui non è prevista la dichiarazione giurata, una dichiarazione solenne.”

23. Il combinato disposto delle norme appena trascritte è assolutamente chiaro nel condizionare l'offerta alla specifica dichiarazione, tanto da individuarne un succedaneo nella dichiarazione solenne.

24. Conclusioni del tutto conformi possono essere raggiunte per l'articolo 38 del codice dei contratti pubblici come peraltro confermato da questa Sezione che ha sempre presupposto, nelle sue decisioni, la piena obbligatorietà della dichiarazione (C.d.S., V, 7 maggio 2008, n. 2090; 15 gennaio 2008, n. 36).

25. Le dichiarazioni sono, in realtà, richieste per una finalità che non è solo di garanzia sull'assenza di ostacoli pure di natura etica all'aggiudicazione del contratto, ma anche per una ordinaria verifica sull'affidabilità dei soggetti partecipanti: la concreta carenza di condizioni ostative costituisce un

elemento successivo rispetto alla conoscenza di una situazione di astratta sussistenza dei requisiti morali e giuridici che lambiscono in modo determinante la professionalità degli amministratori.

26. Tanto meno si comprenderebbe il meccanismo di verifica a campione, se quest'ultimo non fosse connesso alla obbligatorietà di una dichiarazione, che costituisce il sistema di riferimento per valutare la lealtà dei richiedenti.

27. Le spese possono essere compensate tenendo conto della complessiva vicenda processuale e degli affidamenti insorti in capo all'appellante a seguito della prima provvisoria aggiudicazione.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione Quinta respinge l'appello.

Spese compensate

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 30 gennaio 2009 con l'intervento dei Signori:

\*\*\*\*\*

Filoreto D'\*\*\*\*\* estensore

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Filoreto D'\*\*\*\*\* f.to \*\*\*\*\*

IL SEGRETARIO

f.to \*\*\*\*\*

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**12/06/2009**

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

## IL DIRIGENTE

f.to \*\*\*\*\*

<https://www.diritto.it/le-obbligatorie-risposte-a-quanto-sancito-dall-articolo-38-del-codice-dei-contratti-hanno-la-finalita-che-non-e-solo-di-garanzia-sull-assenza-di-ostacoli-pure-di-natura-etica-all-aggiudicazione-del-co/>