

Repubblica Italiana



REGIONE SICILIANA

Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana

Prot. n. 6089 16.11.2020 del 27 marzo 2020 / Pos. 4

Oggetto: Procedura di affidamento in concessione di lotti pascolivi su terreni facenti parte del demanio forestale regionale. Motivi di esclusione.

Assessorato regionale dell'agricoltura,
dello sviluppo rurale e della pesca
mediterranea

Dipartimento regionale dello sviluppo
rurale e territoriale

(rif. nota 4 febbraio 2020, n. 8380)

1. Nella nota in riferimento codesta Amministrazione rappresenta di aver disposto “*la sospensione delle procedure di evidenza pubblica per l'assegnazione dei lotti pascolivi per l'anno 2020*” al fine di prevedere nel relativo avviso pubblico “*misure ancora più restrittive per l'accesso*” tenuto conto degli “*ultimi fatti di cronaca*” relativi ad illeciti commessi da organizzazioni criminali.

A seguito dell'acquisizione di un parere dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catania, codesto Dipartimento ha predisposto una bozza di articolato per l'individuazione delle fattispecie di reato la cui sussistenza costituisce motivo ostativo ai fini della partecipazione alla predetta procedura di evidenza pubblica e, nell'inserire “*tra i motivi di esclusione i reati correlati alla natura dell'affidamento nonché i reati che incidono sulla moralità professionale*”, ha fatto riferimento non solo a “*coloro i quali abbiano commesso i reati*” puntualmente individuati ma anche a coloro “*nei confronti dei quali vi siano procedimenti penali pendenti*” per i medesimi reati.

Ciò premesso, in relazione al testo della bozza di articolato predisposta da codesto Richiedente ed *“alla luce del citato parere”*, si formulano i seguenti quesiti:

1) *“se l'introduzione dei suddetti motivi di esclusione, prevedendo anche i carichi pendenti possa rientrare nelle prerogative dell'Amministrazione all'atto della formulazione della <lex specialis>”*;

2) *“se il possesso di tali requisiti oltre a tutti i soci e associati, possa essere richiesto anche ai familiari conviventi e ai familiari non conviventi entro il 4° grado di parentela”*;

“se rientri nella prerogativa della <lex specialis> anche l'eliminazione del diritto di prelazione ex art. 4 bis Legge 3 maggio 1982 n. 203, al fine di estendere la platea di richiedenti e favorire la rotazione degli affidamenti e riconoscere solo il diritto di preferenza ex art. 51 comma 2 della Legge 3 maggio 1982 n. 203 ...”.

2. Preliminarmente occorre delineare l'ambito dell'intervento consultivo riservato a quest'Ufficio che - giusta il disposto dell'art. 7 del D.Lgs.P.Reg. 28 febbraio 1979, n. 70, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento del Governo e dell'Amministrazione regionale - deve ritenersi limitato a quesiti giuridico-interpretativi relativi a norme statutarie, legislative o regolamentari di fonte regionale, rimanendo, pertanto, esclusa l'interpretazione della legislazione statale.

Esula, altresì, dalle competenze dello Scrivente ogni considerazione sull'attività da svolgersi da parte dei Dipartimenti in sede di predisposizione di bandi e avvisi pubblici, trattandosi di compiti di natura gestionale istituzionalmente ascritti nell'ambito delle competenze dell'Amministrazione attiva.

Pertanto, nell'ottica della fattiva collaborazione, ci si limiterà a fornire talune considerazioni tecnico-giuridiche di carattere generale, che potranno orientare e supportare l'operato di codesto Richiedente nella fattispecie concreta.

L'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catania, nel parere n. 10824-19/02/2019-P – cui si è già fatto riferimento in epigrafe e trasmesso a quest'Ufficio in allegato alla nota segnata in indirizzo - ha affrontato taluni quesiti sottoposti da codesto Dipartimento in merito alla procedura di affidamento in concessione di lotti pascolivi

del demanio forestale regionale ai sensi del D.Lgs. n. 228/2001¹, con particolare riferimento alla “verifica dei requisiti soggettivi di partecipazione e sui controlli prodromici all’affidamento” stesso.

Il predetto Organo consultivo, premesso che le concessioni di beni demaniali non rientrano nell’ambito delle concessioni di servizi pubblici e, pertanto, non soggiacciono all’applicazione del codice dei contratti pubblici, sottolinea al riguardo che già da tempo la giurisprudenza si è orientata nel sostenere “*costantemente l’applicazione dei principi comunitari in materia di contratti pubblici anche a contratti attivi quali le concessioni di beni demaniali*”²; in coerenza con tali premesse la predetta Avvocatura ha affermato che “*l’individuazione dei requisiti di partecipazione e delle cause di esclusione è demandata all’Amministrazione all’atto della formulazione della lex specialis disciplinante la procedura di affidamento ... Ove invece manchi, come nel caso di specie, una compiuta disciplina in seno al bando di gara si rinviene, nella prassi applicativa seguita dalla giurisprudenza e dell’ANAC, la tendenza a ritenere applicabile in via analogica la disciplina dei requisiti di carattere generale per contrarre con la pubblica amministrazione e delle correlate cause di esclusione prevista dal Legislatore per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, oggi contenuta nell’art. 80 d.lgs. 50/2016*”.

Il medesimo articolo 80 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (“Codice dei contratti pubblici”), per quanto rileva in questa sede, al comma 1 dispone: “*Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d’appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale, ..., per uno dei seguenti reati:* ...”.

¹ L’utilizzazione agricola dei terreni demaniali e patrimoniali indisponibili è disciplinata dall’articolo 6, comma 1, del D.Lgs. 18 maggio 2001, n. 228 (“Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell’articolo 7 della L. 5 marzo 2001, n. 57”), ai sensi del quale: “Le disposizioni recate dalla legge 12 giugno 1962, n. 567, e successive modificazioni, dalla legge 11 febbraio 1971, n. 11, e successive modificazioni, dalla legge 3 maggio 1982, n. 203, e successive modificazioni, si applicano anche ai terreni demaniali o soggetti al regime dei beni demaniali di qualsiasi natura o del patrimonio indisponibile appartenenti ad enti pubblici, territoriali o non territoriali, ivi compresi i terreni golenali, che siano oggetto di affitto o di concessione amministrativa”.

² In particolare l’Avvocatura distrettuale dello Stato di Catania richiama la sentenza del Tar Basilicata, Sez. 1[^] – 8 maggio 2018, n. 321, laddove si legge: “In effetti, l’indizione di una procedura comparativa, al fine dell’individuazione del concessionario, costituisce un adempimento prescritto dalla normativa comunitaria e dall’art. 3 della legge di contabilità dello Stato (Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6509). L’obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente riguarda, dunque, anche la materia delle concessioni di beni pubblici, siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni”.

La riportata previsione individua quale causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica soltanto l'ipotesi in cui la commissione di una condotta illecita sia stata accertata con un provvedimento dell'autorità giurisdizionale penale, mentre non contempla la fattispecie della pendenza di un procedimento penale.

Alla luce del richiamo formulato nel citato parere n. 10824/2019 della Avvocatura distrettuale dello Stato di Catania all'articolo 80 del D.Lgs. n. 50/2016, nonché tenuto conto di quanto previsto dalla medesima disposizione, sembrerebbe dunque, *prima facie*, che la pendenza di un procedimento penale per i reati individuati non possa essere considerata quale causa ostativa ai fini della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione di lotti pascolivi; ciò nella considerazione che, qualora si accogliesse una diversa soluzione, si finirebbe per rendere ostative situazioni che tali non sono state espressamente considerate dal legislatore statale.

Tuttavia l'analisi fin qui compiuta non può essere ritenuta completa qualora non si consideri, altresì, l'orientamento giurisprudenziale formatosi in materia che sembra giungere a diversa conclusione.

A tal proposito giova richiamare la recente sentenza del Tar Toscana, sez. I, 7 febbraio 2020, n.180, laddove - seppur con riferimento alla procedura aperta di cui all'articolo 60 del D.Lgs. n. 50/2016 - si precisa: *“come questa Sezione ha già avuto modo di affermare, anche il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale al pari della adozione di un'ordinanza di custodia cautelare a carico dell'amministratore della società interessata, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme che regolano la aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa con conseguente legittimità di un provvedimento di esclusione che previa adeguata motivazione ne abbia vagliato l'incidenza negativa sulla moralità professionale (T.A.R. Napoli, sez. VII, 26/06/2018, n.4271, ma in senso analogo anche Consiglio di Stato sez. VI, 01/02/2013, n.620); sicchè, dovendo riconoscersi, in capo alla stazione appaltante, un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti, questi ultimi sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere*

influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione (Consiglio di Stato sez. V, 07/01/2020 n. 70)”.

Pertanto, alla luce del riferito attuale orientamento giurisprudenziale – e, fermo restando che ogni valutazione e determinazione finale resta comunque rimessa a codesta Amministrazione - appare ragionevole ritenere che oltre ai motivi di esclusione dalla partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica, nella *lex specialis* possano essere previste anche situazioni ritenute comunque rilevanti ai fini della sussistenza della moralità professionale dei soggetti partecipanti (quale, appunto, la pendenza di un procedimento penale per i reati indicati) che devono essere discrezionalmente valutate per motivare l'esclusione del concorrente.

Tale soluzione troverebbe indiretta conferma, ad avviso dello Scrivente, anche nel citato parere dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catania n. 10825/2019, laddove l'Organo consultivo - oltre ad evidenziare come l'esclusione dell'aspirante affidatario “*debba*” essere sempre disposta ove venga rilevata la commissione dei reati esplicitamente indicati - sottolinea altresì come la medesima esclusione “*possa*” essere disposta dall'Amministrazione ove, “*all'esito di una valutazione discrezionale congruamente motivata, ... la stazione appaltante ravvisi un comportamento moralmente censurabile correlato all'attività dell'oggetto dell'affidamento, ...*”.

Ed invero, tale ulteriore precisazione sembra consentire che l'Amministrazione preveda nella *lex specialis* - oltre alla causa di esclusione per la condanna con provvedimento giurisdizionale penale definitivo - anche situazioni rilevanti in ordine alla sussistenza dei requisiti di integrità o affidabilità dei concorrenti (come l'ipotesi della pendenza di un procedimento penale per i reati espressamente individuati) che, all'esito di una valutazione discrezionale adeguatamente motivata, possano determinare l'esclusione degli stessi. Pur tuttavia, trattandosi di una scelta comportante il sorgere di potenziali contenziosi, sul punto specifico (che non ha formato espressamente oggetto della precedente richiesta di parere) potrebbe essere interessata l'Avvocatura distrettuale dello Stato, cui spetta la difesa in giudizio dell'Amministrazione regionale.

Circa il secondo quesito, concernente la possibilità di estendere i motivi di esclusione, previsti per *“tutti i soci e associati”*, anche *“ai familiari conviventi e ai familiari non conviventi entro il 4° grado di parentela”* si osserva che utili spunti possono trarsi dal predetto parere n. 10824/2019.

L'Avvocatura dello Stato, invero, pur sottolineando che i controlli esercitabili sui conviventi debbono considerarsi *“circoscritti”* all'ambito delineato dalla normativa antimafia (art. 67, comma 4, e art. 68 del D.Lgs. n. 150/2011), aggiunge, altresì, che *“nessuna rilevanza, in sé e per sé, assumono, invece, i precedenti penali dei conviventi ..., atteso che ai sensi dell'art.80 d.lgs. 50/2016, i fatti di reato ivi indicati rilevano soltanto se commessi dall'aspirante affidatario o da altri soggetti specificati dalla norma tra i quali non figurano i conviventi.*

La condotta penale dei conviventi potrebbe, oggi, al più rilevare come elemento di un quadro complessivo, correlato all'eventuale commistione dell'aspirante affidatario con l'attività del convivente, attraverso il quale l'Amministrazione riesca a comprovare la carenza di moralità professionale dell'aspirante affidatario ...”.

La medesima Avvocatura osserva in conclusione come l'Amministrazione *“goda di ampia discrezionalità nella determinazione dei requisiti di partecipazione”* in sede di *lex specialis* relativa alla procedura di affidamento, con l'unico limite *“del rispetto dei principi generali di cui all'art. 4 del vigente codice dei contratti pubblici finalizzati a garantire l'effettiva concorrenzialità nella scelta del contraente”*.

In particolare, il richiamato articolo 4 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*“Codice dei contratti pubblici”*), così dispone: *“1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”*.

Alla luce delle indicazioni sopra formulate dalla competente Avvocatura distrettuale nonché considerato il disposto della norma statale testè riportata, sembra che codesta Amministrazione possa discrezionalmente valutare di richiedere, in sede di *lex*

specialis, il possesso dei requisiti indicati per soci e associati anche ai familiari conviventi ed ai familiari non conviventi entro il 4° grado di parentela.

Circa il terzo quesito, ai fini dell'esame dello stesso giova anzitutto delineare brevemente il quadro normativo rilevante.

L'articolo 6, comma 1, del D.Lgs. 18 maggio 2001 n. 228³ rubricato "*Utilizzazione agricola dei terreni demaniali e patrimoniali indisponibili*", prevede che "*Le disposizioni recate dalla legge 12 giugno 1962, n. 567, e successive modificazioni, dalla legge 11 febbraio 1971, n. 11, e successive modificazioni, dalla legge 3 maggio 1982, n. 203, e successive modificazioni, si applicano anche ai terreni demaniali o soggetti al regime dei beni demaniali di qualsiasi natura o del patrimonio indisponibile appartenenti ad enti pubblici, territoriali o non territoriali, ivi compresi i terreni golenali, che siano oggetto di affitto o di concessione amministrativa*".

La riportata disposizione, per quanto rileva in questa sede, estende l'applicabilità della legge 3 maggio 1982, n. 203, recante "*Norme sui contratti agrari*", alle concessioni amministrative di terreni demaniali.

La richiamata legge n. 203/1982 disciplina due istituti, il diritto di prelazione e il diritto di preferenza, rispettivamente previsti dall'articolo 4 *bis*, comma 3, e dall'articolo 51, i quali, per effetto del disposto sopra riportato dell'articolo 6, comma 1, del D.Lgs. n. 228/2001, trovano applicazione anche per l'affidamento in concessione di lotti pascolivi su terreni demaniali.

In particolare, l'articolo 4 *bis*, comma 3, della legge n. 203/1982 prevede che "*Il conduttore ha diritto di prelazione se, entro quarantacinque giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 1 e nelle forme ivi previste, offre condizioni uguali a quelle comunicategli dal locatore*".

Il successivo articolo 51 della medesima legge n. 203/1982 dispone che "*L'ultimo comma dell'art. 22 della legge 11 febbraio 1971, n. 11, è sostituito dal seguente: «Qualora vi sia una pluralità di richieste si procede alla concessione mediante sorteggio, dovendosi però riconoscere preliminarmente la preferenza ai coltivatori, singoli o associati, insediati su fondi contigui al bene oggetto della concessione. Nei*

³ D.Lgs. 18 maggio 2001 n. 228 reca: "*Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell'articolo 7 della L. 5 marzo 2001, n. 57*".

contratti agrari relativi a fondi rustici costituenti aziende agrarie annesse alle università, istituti universitari, istituti tecnici agrari ed istituti professionali per l'agricoltura sono valide le clausole particolari previste per consentire lo svolgimento delle attività di ricerca, didattiche e scientifiche degli enti ed istituti suddetti sui terreni a ciò destinati»”.

Ciò premesso, al fine di accertare se la *lex specialis* possa disporre la “*eliminazione del diritto di prelazione*” di cui al predetto articolo 4 *bis*, comma 3, della legge n. 203/1982, riconoscendo soltanto il “*diritto di preferenza*” previsto dal citato articolo 51 della medesima legge n. 203/1982, si osserva che, anche in relazione a tale problematica, viene in rilievo quanto affermato dalla richiamata Avvocatura distrettuale nel più volte citato parere n. 10824/2019.

Ed infatti, nell’ottica del rispetto dei principi generali di cui all’articolo 4 del Codice dei contratti pubblici, finalizzati a garantire l’effettiva concorrenzialità nella scelta del contraente, l’Organo consultivo afferma che “*potrebbe ritenersi opportuno bilanciare – in sede di definizione dei criteri di affidamento – i diritti di preferenza e di prelazione (quest’ultimo addirittura eliminabile nelle successive procedure concessorie), oggi previsti dal Modello 1/A allegato alla Manifestazione di interesse in conformità a specifiche disposizioni legislative, con ulteriori criteri utili ad estendere la platea dei potenziali destinatari dell’affidamento – in tal senso potrebbero prevedersi i criteri della rotazione e dell’equa ripartizione degli affidamenti in concessione - oppure essere circoscritti ad un determinato arco temporale predefinito o ad un predeterminato numeri di affidamenti per il medesimo lotto*”.

In altri termini, da quanto sopra riportato emerge che l’Avvocatura distrettuale, al fine di garantire ed assicurare il rispetto del principio della concorrenza di derivazione comunitaria, sembra considerare ormai “superati” e, dunque, “derogabili”, i diritti di preferenza e di prelazione previsti dal legislatore statale del 1982 con riferimento ai contratti agrari.

Lo stesso Organo consultivo suggerisce a codesta Amministrazione le strade da percorrere che sono, rispettivamente, o quella di “*bilanciare*” i diritti di preferenza e

di prelazione (evidenziando come quest'ultimo sia addirittura “*eliminabile*”) con ulteriori criteri, pure suggeriti, come quello della rotazione e dell'equa ripartizione; ovvero la strada di circoscrivere i predetti diritti di preferenza e di prelazione nel tempo o in relazione al numero di affidamenti per il medesimo lotto.

Inoltre, si fa presente che è la medesima Avvocatura ad indicare la sede in cui seguire uno dei due percorsi suggeriti, individuandola proprio nella *lex specialis* in cui sono definiti i criteri di affidamento.

Pertanto, alla stregua di quanto sopra, la scelta tra i due percorsi suggeriti resta rimessa alle competenti valutazioni discrezionali di codesto Richiedente che avrà cura, altresì, di motivare e di argomentare compiutamente nella stessa *lex specialis* l'iter logico seguito per addivenire alle determinazioni finali in relazione alle indicazioni fornite dell'Avvocatura distrettuale nel citato parere n. 10824/2019.

Nei superiori termini è l'avviso dello scrivente Ufficio.

A' termini dell'art. 15 del regolamento approvato con D.P.Reg. 16 giugno 1998, n. 12, lo Scrivente acconsente alla diffusione del presente parere in relazione ad eventuali domande di accesso, presso codesto Dipartimento, inerenti il medesimo. Si ricorda che in conformità alla Circolare presidenziale 8 settembre 1998, n.16586/66.98.12, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati dello scrivente Ufficio.

F.to Avv. Maddalena Barreca*

IL DIRIGENTE

F.to Avv. Daniela M. Cellauro*

L'AVVOCATO GENERALE
F.to Avv. Gianluigi M. Amico*

*firma autografa sostituita a mezzo stampa, ai sensi dell'art.3 comm2 d.lgs.39/1993