

Parere n. 134 del 07/07/2010

PREC 98/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa INTEGRA AES S.r.l. - Affidamento dei servizi di progettazione definitiva, esecutiva, direzione dei lavori e contabilità, coordinamento per la sicurezza in fase progettuale ed esecutiva di un intervento di Edilizia Residenziale Pubblica per la costruzione di n. 20 alloggi in zona P.E.E.P. "Vigne Vecchie" - Importo a base d'asta € 300.000,00 - S.A.: Comune di Ceccano.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 8 aprile 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale l'impresa INTEGRA AES S.r.l. ha chiesto l'avviso di questa Autorità circa l'annullabilità del provvedimento, con cui la stazione appaltante ha escluso il RTI IRD Engineering S.r.l. (mandante) e INTEGRA AES S.r.l. (mandataria) per la mancata sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva riguardante i requisiti di ordine generale da parte del direttore tecnico della mandante.

In particolare, secondo l'istante, l'esclusione è illegittima in quanto la dichiarazione in questione sarebbe stata regolarmente allegata e sottoscritta dal legale rappresentante della società mandante per conto del proprio direttore tecnico. Al riguardo la INTEGRA AES S.r.l. richiama la previsione dell'art. 47, comma 2, D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, in virtù del quale " *la dichiarazione resa nell'interesse proprio dal dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza* ". Conseguentemente, secondo l'istante, la dichiarazione mancante sarebbe sopperita dalla dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante della IRD Engineering S.r.l. per conto del direttore tecnico. Peraltro in base alla ricostruzione della INTEGRA AES S.r.l. sarebbe lo stesso art. 38, comma 1, lett. b) e c) ad indicare che la dichiarazione in questione deve essere fornita dagli amministratori muniti di rappresentanza o dal direttore tecnico e non da entrambi.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione controversa sottoposta a questa Autorità, occorre preliminarmente, considerare che, per espressa disposizione legislativa le cause di esclusione di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006 operano sia con riferimento al titolare dell'impresa individuale o al socio della società in nome collettivo o al socio accomandatario della società in accomandita semplice o agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza se si tratta di altro tipo di società, sia con riferimento ai direttori tecnici dei predetti soggetti. Ne deriva che " *a norma dell'art. 38 del DLgs n. 163/06, per le società di capitali il prescritto possesso dei requisiti di moralità deve essere dimostrato sia dagli amministratori muniti di poteri di rappresentanza, sia dai direttori tecnici, siano essi in carica o cessati nel triennio antecedente alla gara*" (Tar Lazio, Sez. III-ter, sentenza n. 2805 del 23 febbraio 2010) .

L'inesistenza delle cause di esclusione di cui al citato art. 38 può essere attestata mediante dichiarazione sostitutiva resa in conformità alle disposizioni del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 (cfr. art. 38, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006).

Con determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010 questa Autorità - consapevole delle oscillazioni di opinioni che si sono registrate sull'applicazione del citato art. 38 - ha confermato che sebbene l'obbligo di attestare l'insussistenza delle cause interdittive di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 riguarda gli operatori economici, tuttavia, la dichiarazione sostitutiva deve essere rilasciata anche dai soggetti indicati dalla disposizione richiamata (direttori tecnici, amministratori muniti di poteri di rappresentanza, soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio) (cfr. pareri dell'Autorità n. 11 del 20 settembre 2007 e n. 237 del 5 novembre 2008).

La determinazione, inoltre, - in relazione all'ipotesi di cui alla lettera c) dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, ma deve ritenersi che il principio valga anche per la fattispecie di cui alla lettera b) - ha precisato con riguardo ai soggetti cessati dalla carica che, ai sensi dell'art. 47, comma 2, del D.P.R. n. 445/2000, al legale rappresentante è consentito produrre 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. Pertanto, ad eccezione di tali ipotesi, deve ritenersi che gli altri soggetti (direttori tecnici, amministratori muniti di poteri di rappresentanza, e soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio, per i quali non ricorrano circostanze che rendono impossibile o eccessivamente gravosa la produzione della dichiarazione) siano tenuti a rendere personalmente la dichiarazione in questione, considerato che si tratta di soggetti che fanno parte della compagine dell'operatore economico concorrente e che

non sussistono ostacoli in ordine all'acquisizione della loro autodichiarazione. In tali ipotesi, pertanto, non si rinvengono ragioni per ritenere che le autodichiarazioni personali debbano o possano essere sostituite da una dichiarazione che, in quanto sottoscritta dal legale rappresentante della concorrente, non può che avere ad oggetto circostanze relative a terzi e, quindi, è resa "per quanto a conoscenza" del dichiarante, con conseguente rischio per la stazione appaltante di acquisire informazioni inesatte o incomplete, seppure rese in buona fede (cfr. parere dell'Autorità n. 99 del 13 maggio 2010).

Ne consegue che nel caso in esame l'assunto dell'istante, secondo il quale la dichiarazione mancante del direttore tecnico sarebbe in realtà supplita da quella resa dal legale rappresentante della società mandante per conto del proprio direttore tecnico, è privo di fondamento e contrasta con la puntuale normativa di settore su richiamata.

La suddetta tesi dell'istante, peraltro, appare priva di pregio anche in considerazione del tenore della *lex specialis*, in quanto l'art. 3 del disciplinare di gara " *Condizioni generali di partecipazione* " dispone che " *i concorrenti devono presentare, a pena di esclusione dalla gara, l'istanza di partecipazione e tutte le dichiarazioni sostitutive indicate ai punti successivi del presente disciplinare (...). Nel caso di operatore economico costituito da soggetti riuniti o associati, l'istanza di partecipazione dovrà essere presentata dal legale rappresentante del R.T., Consorzio ordinario o GEIE costituita, mentre le dichiarazioni sostitutive concernenti l'insussistenza delle cause di esclusione dagli appalti dovranno essere presentate dal rappresentante legale di ciascun soggetto che costituisce il R.T., Consorzio ordinario o GEIE, nonché dalle figure del Direttore Tecnico e dei soggetti muniti di potere di rappresentanza* ". Il successivo art. 4 elenca tra la documentazione, che deve essere presentata a pena di esclusione - tra gli altri - " *dichiarazione/i sostitutiva/e di atto di notorietà in cui gli operatori economici, i direttori tecnici e le figure munite di poteri di rappresentanza, consapevoli delle sanzioni penali previste, dichiarino: - l'assenza di procedimento in corso per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della Legge 1423 del 27/12/56 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 della Legge 31/5/1965, n. 575 (art. 38, comma 1, lett. b del Codice); - l'inesistenza di condanne con sentenza passata in giudicato, ivi comprese le sentenze per le quali il giudice abbia disposto il beneficio della "non menzione" oppure di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del Codice di Procedura Penale, anche relativamente a quelle che godono del beneficio ex art. 689 del predetto codice per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale (art. 38, comma 1, lett. c del Codice)"* .

In altri termini, il disciplinare di gara richiede chiaramente, a pena di esclusione, che la dichiarazione di attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale sia rilasciata non soltanto dal concorrente, ma anche dal proprio direttore tecnico. Conseguentemente la stazione appaltante - una volta verificato che le regole di gara non sono state impugnate e che il direttore tecnico della mandante non ha prodotto la suddetta dichiarazione - correttamente ha escluso il RTI Engineering S.r.l. e INTEGRA AES S.r.l. (cfr. in tal senso Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 3158 del 19 maggio 2010).

Peraltro diversamente operando, il Comune avrebbe violato i principi di imparzialità, buon andamento, certezza del diritto e parità di trattamento dei concorrenti.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione dalla gara del RTI IRD Engineering S.r.l. (mandante) e INTEGRA AES S.r.l. (mandataria) sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f. : Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 luglio 2010