

Parere n. 197 del 03/11/2010

PREC 154/10/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 [omissis] - Servizi di progettazione definitiva, esecutiva ed eventuale direzione lavori relativi all'opera denominata "Realizzazione nuova scuola media" - Importo stimato dei lavori da progettare e dirigere: € 7.386.000,00 - S.A.: Comune di [omissis].

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 30 giugno 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa [omissis] ha chiesto all'Autorità di esprimere il proprio avviso in merito alla procedura aperta avente ad oggetto l'appalto di servizi di progettazione definitiva, esecutiva ed eventuale direzione lavori relativi all'opera denominata "Realizzazione nuova scuola media", bandita dal Comune di [omissis]. Al riguardo, l'istante ha rappresentato che durante le operazioni di gara relative alla fase di valutazione della documentazione amministrativa sono stati esclusi dalla Commissione di gara 20 partecipanti su un totale di 31 e che in data 24 maggio 2010, con nota prot. 6198, è stato comunicato che la gara è stata aggiudicata provvisoriamente all'A.T.I. con capogruppo mandatario [omissis], mentre l'istante [omissis] si è classificata al secondo posto. Tuttavia, dalla valutazione dei documenti di gara, acquisiti dalla [omissis], ai sensi della l. 241/1990, è stata riscontrata la mancanza di dichiarazioni da parte di alcune delle imprese mandanti dell'A.T.I. aggiudicataria provvisoria. In particolare, è stato rilevato che: 1) nel modello A1, a firma del legale rappresentante della mandante [omissis], contravvenendo ad una specifica prescrizione del bando, presidiata dalla sanzione dell'esclusione (cfr. lettera o), pag. 18) non sono indicati i soci della società; 2) risulta essere stato violato quanto stabilito alla lettera q) del bando di gara, in base al quale i concorrenti avevano l'obbligo di dichiarare eventuali situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c., perché la mandante [omissis] ha ommesso di dichiarare che versava in situazione di collegamento con la [omissis] (titolare di una quota pari al 40% del capitale sociale della prima) e che quest'ultima è posseduta al 100% dalla [omissis], che opera nel campo della realizzazione degli impianti e, quindi, può risultare aggiudicataria del successivo appalto di lavori o parte di esso; 3) l'ing. [omissis] ha dichiarato di essere direttore tecnico della mandante [omissis], mentre, dal certificato della CCIAA non risulta ricoprire la carica di direttore tecnico, ma quella di responsabile tecnico ai sensi della l. n. 46/1990, sicché la società risultava priva di un vero e proprio direttore tecnico ai sensi dell'art. 53 del D.P.R. n. 554/1999; 4) dal modello A1 prodotto dalla mandante [omissis] risulta la presenza di soggetti cessati da cariche rappresentative nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, tra i quali [omissis], nei confronti del quale risulta essere stata emessa una sentenza ex art. 444 c.p.p. senza alcuna specificazione in ordine al reato commesso, alle misure dissociative adottate dalla società nei confronti del soggetto cessato dalla carica, e alla data di vendita delle quote di maggioranza in suo possesso.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota pervenuta il 21 luglio 2010, l'A.T.I. aggiudicataria provvisoria [omissis] (capogruppo mandatario) - [omissis] - [omissis] - [omissis] (mandanti), in relazione ai quattro motivi di doglianza evidenziati dall'istante [omissis], ha puntualmente replicato con proprie controdeduzioni, rappresentando che: 1) il Codice degli appalti non prevede l'obbligo di indicare i soci di una società di capitali in una gara d'appalto, in quanto ciò che interessa conoscere alle stazioni appaltanti è unicamente il nominativo di coloro che operano all'interno delle società e, cioè, i soggetti dotati di rappresentanza legale o che ricoprono rilevanti ruoli tecnici; in tal senso va letta la clausola del bando che obbliga i concorrenti a produrre la dichiarazione A1, lettera o); 2) in sede di gara avrebbero dovuto essere dichiarati solo i collegamenti societari con altre imprese partecipanti alla medesima procedura e non anche tutti i collegamenti esistenti con qualsiasi impresa, in linea con quanto stabilito dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, per cui la dichiarazione resa dalla mandante [omissis] risulta corretta e la medesima società non era tenuta a dichiarare né il collegamento con la [omissis], né quello con la [omissis]; 3) non è vero che la mandante [omissis] è priva della figura del direttore tecnico, perché il direttore tecnico di tale Società è l'ing. [omissis], al quale tale carica è stata conferita dal Consiglio di Amministrazione, come risulta dal verbale del 31 maggio 2002, fornito alla stazione appaltante; 4) la dichiarazione di cui al modello A1 a firma del legale rappresentante della mandante [omissis], dove vengono elencati i cessati dalle cariche nel triennio, risulta completa in quanto l'ex amministratore e direttore tecnico ing. [omissis] è stato indicato, si è dato atto dell'applicazione di una pena ex art. 444 c.p.p. nei suoi confronti, delle conseguenti misure di dissociazione societaria e del fatto che il citato soggetto oltre ad avere perso la qualità di amministratore ha perso anche la qualità di socio.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, va, preliminarmente, considerato che il bando di gara, al punto 6) BUSTA A: DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA, prevede l'obbligo per i concorrenti di produrre, a pena di esclusione, una dichiarazione (di cui all'allegato modello A1 al medesimo bando) stabilendo, in merito ai requisiti generali, che si deve dichiarare, tra l'altro:

" ... a.1) che ci sono soggetti di cui all'art. 38 del D.Lgs 12.04.2006, n. 163 c. 1 lettera c), sotto elencati, cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta ex Art. 444 per reati indicati al citato art. 38 D.Lgs. 163/2006 c.1 lettera c), e che nei loro confronti sono state adottati atti o misure di completa dissociazione dalla seguente condotta penalmente sanzionata: (descrizione)"; ... o) (nel caso di concorrente costituito da società di professionisti, società di ingegneria o consorzio stabile): - di essere iscritto nel registro delle imprese della Camera di Commercio di per la seguente attività e che i dati relativi alla iscrizione alla CCIAA sono i seguenti: • titolari, soci, direttori tecnici, amministratori muniti di rappresentanza, soci accomandatari; - che il/i direttore/i tecnico/i di cui all'articolo 53 del DPR 21.12.1999 n. 554 è/sono: il sig:; q) che alla gara non partecipa altro concorrente controllato o collegato ai sensi dell' art. 2359 del codice civile, elenca, inoltre, eventuali situazioni di controllo e/o collegamento sussistenti ai sensi del suddetto articolo; ... ".

Ciò posto risulta dirimente, ai fini delle definizioni della controversia sottoposta a questa Autorità, l'esame del primo motivo di doglianza rappresentato dall'istante [omissis], attinente alla mancata indicazione dei soci da parte della [omissis], mandante dell'A.T.I. aggiudicataria provvisoria. Al riguardo, infatti, non può condividersi la tesi sostenuta nelle controdeduzioni prodotte dal capogruppo mandatario [omissis], il quale ha proceduto ad una interpretazione in chiave teleologica della clausola della *lex specialis*, di cui al punto A1, lett. o) sopra citato, osservando che la normativa di riferimento, ossia l'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, non contempla un siffatto adempimento per concludere nel senso della superfluità della indicazione delle generalità dei soci nella dichiarazione dei requisiti generali (A1), richiesta, invece, dal bando di cui trattasi, alla lett. o), espressamente a pena di esclusione. Peraltro, il bando medesimo ulteriormente precisa, al successivo punto 10, che *"Fatte salve le espresse ipotesi di esclusione dalla procedura di gara previste dal presente bando, si avverte che la mancanza, l'irregolarità, l'incompletezza delle dichiarazioni e della documentazione richieste, oppure l'inosservanza delle modalità prescritte per la presentazione delle stesse e dell'offerta, comportano l'esclusione dalla gara, qualora venga pregiudicato il corretto svolgimento della gara, in violazione dei principi di par condicio dei concorrenti e di segretezza delle offerte"*. E' noto, infatti, che la previsione da parte della *lex specialis* di esplicite ed inequivoche cause di esclusione rende di per sé superflua ogni indagine circa il carattere sostanziale o meno della prescrizione inosservata, in base al principio di recessività del criterio teleologico rispetto a quello letterale (cfr. *ex multis*: Consiglio di Stato, Sez. V, 1 settembre 2009, n. 5144). Peraltro su una fattispecie del tutto analoga a quella in esame si è recentemente pronunciato il Consiglio di Stato, ribadendo l'erroneità della tesi volta ad escludere dall'ambito soggettivo delle dichiarazioni in questione i soci di società di capitali in presenza di una clausola della *lex specialis* che, come nel caso di specie, prevedeva che l'impresa concorrente dovesse attestare, a pena di esclusione, tra l'altro, le generalità complete dei suoi rappresentanti legali, dei soci, dei direttori tecnici, degli amministratori muniti di potere di rappresentanza. Sul punto il supremo consesso amministrativo ha affermato che una siffatta clausola non può interpretarsi nel senso della riferibilità esclusivamente nei confronti dei soci che rivestano cariche direttive - con poteri di rappresentanza come sostenuto nelle controdeduzioni prodotte dal mandatario [omissis] - osservando il supremo giudice amministrativo che *"In senso contrario depone il contenuto del bando integrale di gara che menziona separatamente i soci dagli amministratori e dal direttore tecnico, senza alcuna limitazione per il tipo di società. D'altra parte un tale adempimento non può ritenersi eccessivamente gravoso o non rispondente ad un interesse concreto della Stazione appaltante (con conseguente legittimità della clausola) atteso che esso è facilmente assolvibile ed inoltre le cause di esclusione dalla gara di un'impresa non sono solo quelle previste dall'art. 75 D.P.R. n. 554/1999 (n.d.r. recepito dall'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006) ma anche altre ipotesi, tra cui ad es. le situazioni di controllo o collegamento ex art. 2359 c.c. pur esse indicate nel disciplinare di gara...in ordine alle quali potrebbe essere utile conoscere anche i nominativi dei semplici soci"* (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 agosto 2009, n. 5098).

Del resto, la chiarezza - nella fattispecie in esame - dell'adempimento richiesto, a pena di esclusione, dalla bando di gara è confermata dalla stessa altra mandante dell'A.T.I. aggiudicataria [omissis], che nella dichiarazione di cui al modello A1, a firma del legale rappresentante [omissis] elenca tutti i soci, destituendo per ciò stesso di fondamento l'ipotesi interpretativa sostenuta dal mandatario [omissis]. Per tutto quanto sopra rilevato, pertanto, la dichiarazione resa dalla mandante [omissis] risulta non conforme alle chiare previsioni della clausola della *lex specialis*, di cui al punto A1, lett. o) sopra richiamato, corredata dalla sanzione dell'esclusione dalla gara.

Considerato che le ulteriori doglianze dell'istante [omissis] possono essere assorbite, in quanto l'accoglimento della prima esaminata costituisce sufficiente motivo di esclusione dell'A.T.I. aggiudicataria provvisoria, per come la *lex specialis* chiaramente prevede, ci si limita solo a rilevare che parimenti infondata, e per la stessa ragione della presenza di esplicite ed inequivoche prescrizioni della *lex specialis* accompagnate dalla comminatoria dell'esclusione dalla gara, è la tesi dello Studio Teco+ secondo la quale in sede di gara avrebbero dovuto essere dichiarati solo i

collegamenti societari con altre imprese partecipanti alla medesima procedura e non anche tutti i collegamenti esistenti con qualsiasi impresa, in linea con quanto stabilito dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

In proposito, si richiama una precedente pronuncia di questa Autorità in merito ad una analoga clausola che, come quella di cui al punto A1, lett. q) sopra citato, prescriveva, a pena di esclusione, l'elencazione da parte del concorrente delle imprese rispetto alle quali, ai sensi dell'art. 2359 c.c., si trova in situazioni di controllo. Al riguardo è stato osservato che: *"Secondo consolidato orientamento di questa Autorità, suffragato da conforme posizione da parte della giurisprudenza amministrativa, nel caso in cui le prescrizioni del bando/disciplinare prevedono espressamente, con formulazione chiara e non equivoca, l'esclusione dalla procedura a sanzione della loro inosservanza, anche soltanto formale, l'Amministrazione è tenuta al rispetto della normativa alla quale si è autovincolata e che essa stessa ha emanato, evidentemente sulla base di un giudizio ex ante dell'idoneità della singola prescrizione a conseguire le finalità sopra indicate, senza che residui alcun margine di discrezionalità interpretativa al riguardo. Nel caso in esame, la dichiarazione resa dal concorrente non corrisponde a quanto richiesto dal punto 4, lettera g), del disciplinare di gara, tenuto conto, peraltro, che l'impresa non poteva conoscere, al momento della predisposizione della dichiarazione, le altre imprese partecipanti alla gara. Per ritenere valida la predetta dichiarazione, la Commissione di gara avrebbe dovuto, pertanto, effettuare una interpretazione estensiva della stessa, ritenendola resa in senso generale, con ciò ponendo in essere una attività esegetica che le è negata"* (parere n. 148 del 14 maggio 2008 e, in tal senso, cfr. anche Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 17 agosto 2009, n. 653).

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione e per i profili esaminati, che il mancato rispetto delle previsioni del bando di gara costituisca motivo di esclusione, per come la *lex specialis* espressamente prevede, dell'A.T.I. aggiudicataria provvisoria [omissis] (capogruppo mandatario) - [omissis] - [omissis] - [omissis] (mandanti).

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 novembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito