

Parere n.84 del 22/05/2013

PREC 34/13/L

OGGETTO: Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società AEMME s.r.l. e dalla Soprintendenza BB.CC.AA. di Trapani - "Restauro del complesso monumentale di San Francesco di Assisi in Trapani" - Importo a base di gara € 1.061.672,18 - S.A.: Soprintendenza BB.CC.AA. di Trapani.

Collegio sindacale. Certificazione antimafia. L.R. Sicilia n. 12/2011 art. 17.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 16 gennaio 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la Società AEMME s.r.l., partecipante alla gara in oggetto, ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione delle ditte Bosco Aldo s.p.a. e Consorzio Stabile Valori.

In data 14 marzo 2013 è pervenuta l'ulteriore istanza indicata in epigrafe con la quale la Soprintendenza BB.CC.AA. di Trapani, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto a questa Autorità di volersi pronunciare sulla medesima questione.

Risulta, agli atti, che con verbale del 20.12.2012, la commissione di gara disponeva l'esclusione delle ditte citate "... *poiché dalla verifica documentale si acclara che i seguenti soggetti...., indicati nella dichiarazione resa dal Concorrente relativamente al certificato camerale...quali componenti del Collegio sindacale, non rendono le dichiarazioni di cui al punto 4, lett. a), sub b) (e sub c) per quanto riguarda solo il Consorzio) ed m-ter e lett. B, previste a pena di esclusione dal disciplinare di gara*". L'art. 4 sub A. lett. b) del disciplinare di gara stabilisce, a pena di esclusione, che l'obbligo di rendere la dichiarazione circa l'assenza di pendenze per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui al D.Lgs. 6-9-2011 n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136) è esteso "... *oltre che dai soggetti suindicati, anche da ciascun componente l'organo di amministrazione e da ciascun componente il collegio sindacale (art. 17 della L..R. n. 12/2011 e art. 28 del D.P.Reg. n. 13/2012*".

Analogamente, il disciplinare (cfr. art. 4 disciplinare di gara sub. A lett. c) e m-ter) dispone la medesima estensione soggettiva dell'obbligo di rendere la dichiarazione con riguardo all'assenza di precedenti penali previsti in generale dall'art. 38 co. 1 lett. c), nonché per la fattispecie di cui all'art. 38 co. 1 lett. m-ter) D.Lgs. 163/2006. Infine, l'art. 4 sub. B del disciplinare di gara estende ai soggetti di cui sopra l'onere, sempre a pena di esclusione, di rendere la dichiarazione circa la non estensione di misure di prevenzione antimafia, irrogate nei confronti di un proprio convivente.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata nelle date 6 e 22 marzo 2013, è pervenuta una memoria della AEMME s.r.l. e della Cassano s.r.l, aggiudicataria provvisoria.

Ritenuto in diritto

La questione controversa, oggetto del presente esame, concerne la legittimità delle previsioni del disciplinare di gara che estendono ai componenti del collegio sindacale, a pena di esclusione, gli obblighi dichiarativi di cui all'art. 4 punto 4, lett. A., sub b), sub c), sub. m-ter) e lett. B. Sostiene AEMME s.r.l. che tale onere sia in contrasto con l'art. 38 D.Lgs. 163/2006 che non contempla tra i soggetti tenuti agli obblighi dichiarativi in esso previsti i componenti dei collegi sindacali. Conseguentemente, le clausole del bando che introducono, a pena di esclusione, detti oneri aggiuntivi, si porrebbero in contrasto con l'art. 46 co. 1 bis D.Lgs. 163/2006 che prevede il principio di tassatività delle cause di esclusione ed il divieto per le stazioni appaltanti di introdurre clausole escludenti non previste dalla legge.

L'art. 17 L.R. Sicilia n. 12/2011, sotto la rubrica "Certificazione antimafia" stabilisce che " *1. Le disposizioni che prevedono l'obbligo della certificazione antimafia sono estese, nel caso di società che partecipano ad appalti pubblici, ai componenti dell'organo di amministrazione e del collegio sindacale*". La disposizione è chiara nell'estendere, soggettivamente, ai componenti dell'organo di amministrazione e del collegio sindacale, le disposizioni che prevedono l'obbligo di certificazione antimafia. Nel novero di queste disposizioni possono sicuramente farsi rientrare:

- a. la lett. A. sub. b) del disciplinare di gara che prevede l'obbligo di rendere la dichiarazione circa l'assenza di pendenze per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui al D.Lgs. 6-9-2011 n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136) (cfr. determinazione AVCP n. 1 del 16.05.2012 pag. 4);
- b. la lett. A sub. m-ter) del disciplinare di gara che attiene a fattispecie comunque connesse per collusione con fattispecie criminose di stampo mafioso;
- c. la lett. B. del disciplinare di gara che prevede l'obbligo di rendere la dichiarazione circa la non estensione di misure di prevenzione antimafia, irrogate nei confronti di un proprio convivente.

Dette clausole sono legittime in quanto rientrano a pieno titolo nell'ambito dell'art. 17 L.R. Sicilia n.

12/2011 e, quindi, trovano espressa copertura normativa ai sensi dell'art. 46 co. 1 bis D.Lgs. 163/2006.

Peraltro, l'art. 11 co. 6 del D.P.R.S. n. 13/2012 prescrive che " *ai sensi dell'art. 46 co. 1 bis D.Lgs. 163/2006, la violazione delle prescrizioni scaturenti dalla L.R. n. 12/2011 e dalle correlate norme del presente regolamento costituisce causa di esclusione* ". Inoltre, l'art. 28 co. 2 del D.P.R.S. n. 13/2012 prescrive che " *le stazioni appaltanti sono tenute ad estendere l'obbligo della certificazione antimafia nel caso di società che partecipano ad appalti pubblici anche ai componenti degli organi di amministrazione e del collegio sindacale* ".

Inoltre, l'art. 85 co. 2 bis D.Lgs. 159/2011, comma inserito dall' *art. 2, comma 1, lett. b), n. 2), D.Lgs. 15 novembre 2012, n. 218* ed entrato in vigore il 13 febbraio 2013 - pur non in vigore al tempo del bando - stabilisce che " *2-bis. Oltre a quanto previsto dal precedente comma 2, per le associazioni e società di qualunque tipo, anche prive di personalità giuridica, la documentazione antimafia è riferita anche ai soggetti membri del collegio sindacale...* ".

Diversamente, per quanto riguarda l'estensione ai membri del collegio sindacale, a pena di esclusione, dell'onere dichiarativo, ai sensi dell'art. 4 disciplinare di gara sub. A lett. c). Queste clausole, infatti, estendono soggettivamente ai membri del collegio sindacale gli oneri certificativi con riguardo all'assenza di precedenti penali previsti in generale dall'art. 38 co. 1 lett. c) D.Lgs.

163/2006, che non hanno alcuna attinenza con la certificazione antimafia, né possono pertanto trovare copertura normativa nell'art. 17 L.R. Sicilia n. 12/2011.

L'art. 38 D.Lgs. 163/2006 indica chiaramente i soggetti nella compagine societaria tenuti a rendere dette dichiarazioni (" *... l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società* ") e, tra questi, non compaiono i membri del collegio sindacale. Ne consegue che, anche a mente del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46 co. 1 bis D.Lgs. 163/2006, non è possibile introdurre nei bandi di gara ulteriori fattispecie escludenti che non trovino fondamento normativo. Conseguentemente, detta clausola deve essere considerata nulla. Si deve, tuttavia, da ultimo osservare che l'esclusione di Bosco Aldo s.p.a. e del Consorzio Stabile Valori è stata legittimamente disposta, secondo quanto sopra esposto in relazione alla legittimità dell'art. 4 lett. A. sub b) e sub m-ter) e lett. B del disciplinare di gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- che l'estensione, da parte del disciplinare di gara (art. 4 lett. A. sub b) e sub m-ter) e lett. B) ai membri del collegio sindacale degli oneri dichiarativi in esso previsti sia conforme all'art. 17 L.R. Sicilia n. 12/2011 e all'art. 46 co. 1 bis D.Lgs. 163/2006;

- che l'estensione, da parte del disciplinare di gara (art. 4 lett. A. sub c)) ai membri del collegio sindacale degli oneri dichiarativi in esso previsti sia in contrasto con l'art. 38 e con l'art. 46 co. 1 bis D.Lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 maggio 2013

Il Segretario Maria Esposito