



Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERAZIONE N. 1008-16 del 21 settembre 2016

PREC 271/15/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da Teorema Spa – Anconambiente - Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di realizzazione del capping definitivo della discarica sita in località Galloppo del comune di Chiaravalle (AN) – Importo a base di gara: € 3.191.761,87 - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso

Requisiti di ordine generale – Eccedenza rispetto all'art. 38, Codice – Procedimento di gara - Principio di non aggravamento - Dichiarazione di moralità - Procuratore speciale – Sottoscrizione - Soccorso istruttorio – Elementi eccedenti e non dovuti

La richiesta di una dichiarazione di moralità più onerosa di quanto richiesto dall'art. 38, Codice, contrasta con il principio di buon andamento e non aggravamento del procedimento ex art. 1 comma 2, L. 7 agosto 1990, n. 241, in quanto verrebbe ingiustificatamente introdotto un ulteriore presupposto di partecipazione, a pena di esclusione, non sorretto da reali esigenze istruttorie

E' illegittima l'esclusione dell'operatore economico che ha presentato la dichiarazione ex art. 38, D.lgs 163/2006 sui requisiti di ordine generale mediante compilazione di apposito modello sottoscritto da procuratore speciale dotato dei poteri di rappresentanza relativi alle dichiarazioni di gara

E' illegittima l'attivazione di soccorso istruttorio con applicazione di sanzione nei confronti dell'odierno istante, al fine di richiedere l'integrazione di elementi eccedenti e non dovuti

Art. 38, D. lgs 163/2006

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere trasmessa con note prot. 121380 del 23/09/15 e 121637 del 24/09/2015 presentata da Teorema Spa nell'ambito della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di realizzazione del capping definitivo della discarica sita in località Galloppo del comune di Chiaravalle (AN);

VISTO l'avvio dell'istruttoria prot. 168749 del 14/12/2015;

VISTA la memoria prot. 174954 del 23/12/2015 con la quale la stazione appaltante Anconambiente ha trasmesso deduzioni in merito alla istanza medesima;

VISTI gli atti di gara avviso di gara, bando, disciplinare, atti di gara, verbali di gara della commissione aggiudicatrice, corrispondenza intercorsa tra le parti, depositati unitamente all'istanza di precontenzioso;



Autorità Nazionale Anticorruzione

CONSIDERATO che l'istante contesta l'esclusione avvenuta per avere mancato di produrre le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. da a) a m-quater), da parte di Presidente, Vice Presidente e Consiglieri delegati;

CONSIDERATO che la stazione appaltante osserva che *“in conformità alle dichiarazioni nell'all. A dell'avviso di procedura aperta datato 08.05.2015 il Presidente, Vice Presidente ed il Consigliere delegato (soggetti ulteriori rispetto al procuratore speciale firmatario, ndr) avrebbero dovuto produrre le dichiarazioni di cui all'art. 38, commi 1 e 2, del D.lgs 163/2006”* (memoria Anconambiente del 23/12/2015);

CONSIDERATO che l'operatore economico istante ha prodotto la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. da a) a m-quater), mediante compilazione del modello predisposto dalla S.A. (modulo B), a firma di un procuratore speciale;

CONSIDERATO che l'operatore economico odierno istante ha prodotto le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c), m-ter) da parte di tutti i soggetti interessati, con separato modello prestampato (modulo C), ivi compresi i soggetti richiamati dalla Stazione appaltante (n. 8 dichiarazioni);

CONSIDERATO che la stazione appaltante ha attivato l'apposita procedura di soccorso istruttorio per invitare l'operatore economico a sanare, mediante versamento della sanzione e deposito delle dichiarazioni, la ritenuta irregolarità e che l'operatore economico invitato ha contestato il procedimento medesimo e la richiesta di pagamento, ritenendo di aver correttamente prodotto le dichiarazioni richieste dalla norma;

CONSIDERATO che appare di pacifica interpretazione che le dichiarazioni di cui all'art. 38 sui requisiti di ordine generale degli operatori economici partecipanti alle gare debbano essere sottoscritte da un legale rappresentante dell'operatore economico stesso, salvo i casi in cui il Codice espressamente richiede la dichiarazione a carico di ulteriori soggetti interni all'impresa, come avviene nei casi di cui alle lett. b), c) ed m-ter);

RITENUTO che l'obbligo di presentazione di dichiarazioni di moralità più onerose di quanto richiesto dall'art. 38, Codice, contrasta con il principio di buon andamento e non aggravamento del procedimento ex art. 1 comma 2, L. 7 agosto 1990, n. 241, in quanto verrebbe ingiustificatamente introdotto un ulteriore presupposto di partecipazione, a pena di esclusione, non sorretto da reali esigenze istruttorie;

CONSIDERATO, altresì, che *“in materia di gare pubbliche di appalto, l'art. 38, lett. b) e c), del D.Lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti 2006), deve essere interpretato nel senso che per le società e gli enti l'obbligo di dichiarare l'assenza del c.d. pregiudizio penale concerne tutti i soggetti, in atto, muniti dei poteri di rappresentanza, anche institoria o vicaria, ovvero il direttore tecnico, nonché tutti i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, indipendentemente dalla circostanza che non abbiano materialmente speso i loro poteri nella specifica gara. L'obbligo della dichiarazione può ritenersi assolto dal legale rappresentante dell'impresa, con la specifica indicazione degli altri soggetti in carica, muniti di rappresentanza, immuni dai c.d. pregiudizi penal?”* (T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. I, 21-07-2016, n. 1575);

CONSIDERATO, *ad abundantiam*, che la giurisprudenza ha specificato che *“in materia di gare pubbliche d'appalto l'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice degli appalti), nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la*



Autorità Nazionale Anticorruzione

dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di ordine generale, fa riferimento soltanto agli amministratori muniti di potere di rappresentanza, ossia ai soggetti titolari di ampi e generali poteri di amministrazione; ben diversa è, invece, la posizione di un procuratore speciale, che può rappresentare la società non in via generale, ma soltanto per taluni specifici negozi espressamente indicati nell'atto di conferimento della procura, con la conseguenza che l'obbligo di rendere la predetta dichiarazione può ricadere anche su un procuratore ad negotia, ma soltanto nel caso in cui egli abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali. (T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 11-01-2013, n. 23);

CONSIDERATO inoltre che, dalla nota allegata da Teorema spa relativa agli atti depositati in gara, si evince che l'indicato procuratore speciale, sig. Michele Milano, appare dotato da statuto dei poteri di *“sottoscrivere tutta la documentazione di gara ivi comprese tutte le necessarie dichiarazioni, anche sostitutive, e documenti necessari per l'ammissione alle stesse”*;

RITENUTO che, nel caso di specie, appaia infondato il ricorso al soccorso istruttorio attivato dalla stazione appaltante con applicazione di sanzione nei confronti dell'odierno istante, al fine di richiedere l'integrazione di elementi eccedenti e non dovuti;

Visto l'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

il Consiglio

ritiene che l'obbligo di presentazione di dichiarazioni di moralità più onerose di quanto richiesto dall'art. 38, Codice, contrasti con il principio di buon andamento e non aggravamento del procedimento ex art. 1 comma 2, L. 7 agosto 1990, n. 241, in quanto verrebbe ingiustificatamente introdotto un ulteriore presupposto di partecipazione, a pena di esclusione, non sorretto da reali esigenze istruttorie;

ritiene illegittima l'attivazione di soccorso istruttorio con applicazione di sanzione nei confronti dell'odierno istante, al fine di richiedere l'integrazione di elementi eccedenti e non dovuti;

ritiene illegittima l'esclusione della ditta Teorema Spa che ha presentato la dichiarazione di cui all'art. 38, D.lgs 163/2006 sui requisiti di ordine generale mediante compilazione di apposito modello sottoscritto da procuratore speciale che abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 settembre 2016

Il Segretario, Maria Esposito