

## **Parere n. 4 del 15/01/2009**

**PREC 275/08/L**

**Oggetto:** istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla società CO.DE.M. s.a.s. - Appalto di manutenzione, ripristino e ristrutturazione immobili e strutture comunali anno 2008 - S.A. Comune di Rizziconi (RC).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 15 maggio 2008, è pervenuta l'istanza di parere di cui all'oggetto con la quale la società CO.DE.M. s.a.s. ha contestato la legittimità dell'esclusione disposta nei suoi confronti dal Comune di Rizziconi, nella procedura di gara per l'affidamento del contratto di manutenzione, ripristino e ristrutturazione immobili e strutture comunali per l'anno 2008.

In particolare, nella comunicazione di avvenuta esclusione, il Comune motivava il provvedimento nei seguenti termini: la dichiarazione richiesta nel disciplinare di gara al punto 3 comma a) - alla stregua del quale le dichiarazioni di cui alle lettere b) e c) dell'articolo 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 vanno rese individualmente dai soci e dal direttore tecnico in caso di società in accomandita semplice, nonché dai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara - non contiene esplicita dichiarazione, in forma separata, del direttore tecnico, relativamente alla cessazione dalla carica nel triennio precedente, essendo stata resa solo dal socio accomandatario, né contiene la domanda e le dichiarazioni di cui ai punti b), d) ed e) [del modello di domanda predisposto dalla stazione appaltante] che devono essere rese anche dal direttore tecnico.

La società istante, nel contestare l'esclusione, sostiene che la dichiarazione di cui alle lettere b) e c) dell'articolo 38 vada resa, in caso di società in accomandita semplice, o dai soci accomandatari o dal direttore tecnico e precisa che, nel caso di specie, il legale rappresentante della società, nonché socio accomandatario, ha reso, sia per conto proprio che per conto del direttore tecnico, la dichiarazione ai sensi dell'articolo 47, commi 1 e 2 del D.P.R. 445/2000.

Il Comune di Rizziconi non ha fatto pervenire alcuna memoria al riguardo.

### **Ritenuto in diritto**

L'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici disciplina i requisiti di carattere generale, escludendo dalla partecipazione alle procedure di affidamento alcune categorie di soggetti e prevedendo che il concorrente attesti il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva ai sensi del D.P.R. n. 445/2000.

In particolare, relativamente ai requisiti di cui al comma 1, lettere b) e c), dell'articolo 38, la citata disposizione precisa che l'esclusione e il divieto di stipulare i contratti, in caso di società in accomandita semplice, operano se la pendenza del procedimento di cui alla lett. b), (ossia di un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge n. 1423/1956 o di una delle cause ostative di cui all'articolo 10 della legge n. 575/1965) e le sentenze o il decreto penale di condanna di cui alla lett. c) riguardano i soci o il direttore tecnico.

In ossequio a tale disposizione, il disciplinare di gara, nel richiamare la dimostrazione dei requisiti di cui all'articolo 38, prescrive l'obbligo, a pena di esclusione, di allegare la dichiarazione sostitutiva con la quale il rappresentante legale del concorrente, per la parte che riguarda l'impresa, attesti l'insussistenza delle condizioni di cui all'articolo 38, comma 1 e dispone altresì che le dichiarazioni di cui alle lettere b) e c) dell'articolo stesso vadano rese individualmente anche dai soci e dal direttore tecnico in caso di società in accomandita semplice.

Anche il modello di domanda di ammissione alla gara e dichiarazione a corredo della domanda e dell'offerta, predisposto dalla stazione appaltante, nella parte relativa alle dichiarazioni che l'impresa concorrente deve fornire, riporta il contenuto dell'articolo 38, precisando, per quanto riguarda i requisiti di cui alle lettere b) e c) della medesima disposizione, che "la domanda e la dichiarazione di cui ai punti b), c), d) ed e) [del modello stesso] devono essere rese anche dai soggetti previsti dall'articolo 75, commi 1, lettere b) e c) del D.P.R. n. 554/1999".

Dalla documentazione prodotta si evince che la società CO.DEM. s.a.s. ha allegato alla propria domanda di partecipazione una dichiarazione sostitutiva, datata 1° aprile 2008, in cui il legale rappresentante dell'impresa dichiarava sia che, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, né il legale rappresentante stesso né il direttore tecnico erano stati sostituiti o erano cessati dalla carica, sia che, né nei propri confronti né nei confronti del direttore tecnico, era stata pronunciata sentenza passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 c.p.p. per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale.

La dichiarazione in questione è tuttavia incompleta, perché priva di qualsiasi riferimento al requisito di cui alla lettera b) dell'articolo 38, ovvero alla pendenza di un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge n. 1423/1956 o di una delle cause ostative di cui all'articolo 10 della legge n. 575/1965.

Inoltre, la dichiarazione medesima non appare conforme alle prescrizioni della *lex specialis*, la quale in merito prescrive, in modo chiaro e non equivoco, che con la dichiarazione sostitutiva ex D.P.R. n. 445/2000 il rappresentante legale dell'impresa concorrente attesti, per la parte che riguarda l'impresa che rappresenta, l'insussistenza delle cause di esclusione ex articolo 38 del Codice e dispone specificatamente che le dichiarazioni di cui alle lettere b) e c) dell'articolo 38 vengano rese individualmente dal socio accomandatario o dal direttore tecnico.

Stante le menzionate prescrizioni della disciplina di gara, non appare conferente il richiamo operato dall'istante all'articolo 47, commi 1 e 2 del D.P.R. n. 445/2000, alla stregua dei quali "L'atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con la osservanza delle modalità di cui all'articolo 38. La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza".

L'istante, in sede di contraddittorio documentale, ha prodotto, oltre alla copia della domanda di ammissione, altresì una dichiarazione sostitutiva con la quale il direttore tecnico attestava per se stesso l'insussistenza delle clausole di esclusione di cui alle lettere b) e c) dell'articolo 38.

Tuttavia, poiché la dichiarazione medesima non è né firmata dal dichiarante né datata, la stessa non è utilmente valutabile nel presente procedimento ex articolo 6, comma 7, lettera n) del Codice.

Né la stazione appaltante, di fronte ad una tale carenza documentale, avrebbe potuto richiedere un'integrazione delle dichiarazioni previste dall'articolo 38, comma 1, lettere b) e c) del Codice, prescritte dalla *lex specialis*, senza incorrere in una violazione della normativa di settore, nonché del principio di par condicio dei concorrenti.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara della società istante è conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto; Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26/01/2009