



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 218 del 1 marzo 2017

PREC 271/15/L

Oggetto: riesame di parere di precontenzioso 271/15/L - istanza prot. n. 155547 del 21.10.2016 e 155709 del 21.10.2016 presentata da Anconambiente per il riesame della deliberazione n. 1008-16 del 21.09.2016 relativa a procedura aperta per l'appalto di lavori relativi al progetto per la realizzazione del capping definitivo della discarica sita in località Galoppo, nel comune di Chiaravalle (AN) –

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con note prott. n. 155547 e 155709 del 21.10.2016 è pervenuta l'istanza in oggetto, con allegata memoria e documenti, presentata per il riesame della deliberazione n. 1008-16 del 21.09.2016 (PREC 271/15/L). L'istanza è, pertanto, istruita ai fini di cui all'art. 11 del Regolamento del 05 ottobre 2016 di precontenzioso, per la valutazione di ammissibilità ed eventualmente di merito.

La contestata delibera aveva ad oggetto la procedura aperta per l'appalto di lavori relativi al progetto per la realizzazione del *capping* definitivo della discarica sita in località Galoppo, nel comune di Chiaravalle (AN).

La questione sottoposta riguardava l'avvenuta esclusione della Teorema per non aver aderito all'invito in soccorso istruttorio con onere pecuniario, con il quale la stazione appaltante invitava la ditta a completare la mancanza di dichiarazioni dell'art. 38, comma 1 e 2, da parte di tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza (Presidente, Vice presidente, Consigliere delegato, nonché Procuratore speciale firmatario dell'offerta). A tal riguardo, l'operatore economico aveva obiettato di aver già pienamente reso le dichiarazioni di cui all'art. 38, avendo ottemperato – secondo quanto lasciava intendere la presenza di diversi modelli da compilare – alle medesime dichiarazioni con le seguenti modalità: a) le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, da *a* ad *m-quater*, erano state rese a firma del legale rappresentante della ditta; b) le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c) *m-ter*) erano state rese da tutti i soggetti del CdA, muniti di rappresentanza. Per queste motivazioni, la ditta Teorema rispondeva alla richiesta in soccorso istruttorio, rifiutando il pagamento della sanzione e domandando di essere riammessa senza ulteriori oneri. In ragione di tale rifiuto la Stazione appaltante escludeva la ditta Teorema.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Nei riguardi del provvedimento di esclusione così come descritto, la ditta Teorema promuoveva istanza di precontenzioso. La stazione appaltante, con proprie repliche, insisteva per la legittimità della richiesta di integrazione in soccorso istruttorio con onere pecuniario ritenendo mancanti ed essenziali le dichiarazioni ex art. 38 da parte di tutti i soggetti dotati di legale rappresentanza.

Con la deliberazione oggetto di odierno riesame, l'Autorità ha affermato che *“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”.

Considerato in diritto

Nel riesaminando parere, l'Autorità ha ritenuto di soffermarsi sulla legittimità della dichiarazione del legale rappresentante con separato modello, riguardo alle cause che interessano direttamente l'operatore economico *ex se*. E' apparsa, inizialmente, fondata la doglianza della Teorema, ritenendosi che il legale rappresentante abbia adempiuto l'onere di fornire le dichiarazioni con la specifica indicazione degli altri soggetti in carica, con poteri di rappresentanza, immuni dai cd pregiudizi penali. In tal senso, è stato considerato sufficiente che le dichiarazioni che riguardavano la società fossero rese dal legale rappresentante, a nome di tutti; mentre, quelle dell'art. 38, comma 1, lett. b), c) m-ter), riferite a condizioni personali dei soggetti interessati fossero rese dai soggetti espressamente richiamati, *i.e.* da tutti i soggetti del CdA, muniti di rappresentanza.

Per vero, da un approfondimento degli atti depositati, come sollecitato dall'odierno richiedente, non emerge l'evidenza che il Procuratore speciale del legale rappresentante dell'impresa abbia indicato nella sua dichiarazione gli altri soggetti in carica, ma viene indicato esclusivamente che questi avrebbe prodotto il modello “B” a propria firma. Di contro, i rappresentanti legali dichiarano di aver provveduto a depositare il modello prestampato individuato dalla lettera “C”, il quale si riferisce esclusivamente alle dichiarazioni dell'art. 38, comma 1, lettere b), c) e m-ter). Tanto viene dichiarato dalla Teorema, unitamente alla considerazione che *“la stazione appaltante, appellandosi ad una immotivata quanto illogica lex specialis (...) ha preteso a pena di inammissibilità, ricorrendo al soccorso istruttorio con applicazione di sanzione la produzione del modello B) per i tre membri del CdA”* e che la *“Teorema SpA non ha aderito al soccorso istruttorio per manifesta illogicità della richiesta della Stazione appaltante”*, evidenziando di aver prodotto tutte le dichiarazioni previste dall'art. 38, in conformità con quanto affermato dal Bando Tipo dell'Anac n. 2 del 2 settembre 2014.

Preso atto di tali circostanze, come ulteriormente precisate per effetto della istanza di riesame, occorre evidenziare che il Procuratore speciale del legale rappresentante dell'impresa non ha reso la dichiarazione in nome e per conto degli altri legali rappresentanti, omettendo in tal modo di considerare che – tra le violazioni



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dell'art. 38 del Codice – rientrano anche talune circostanze personali, quali - a titolo esemplificativo - la dichiarazione di “*violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento di delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti*” (art. 38, comma 1, lett. g), che potrebbero non essere identiche a quelle già rese da altri.

Peraltro, preme osservare che appare improprio il rinvio, operato dalla Teorema, al Bando Tipo Anac n. 2 del 2 settembre 2014 ove si afferma che “*a pena di esclusione, le attestazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c) ed m-ter, devono essere rese personalmente da ciascuno dei soggetti indicati nell'art. 38, comma 1, lettera b), del Codice (per le imprese individuali: titolare e direttore tecnico; per le società in nome collettivo: socio e direttore tecnico; per le società in accomandita semplice: soci accomandatari e direttore tecnico; per le altre società: amministratori muniti di poteri di rappresentanza, direttore tecnico, socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci)*”. Infatti, tanto equivale a dire certamente che tali dichiarazioni devono essere rese personalmente e non possono essere oggetto di delega; non certo – come surrettiziamente asseriva l'istante - che le restanti lettere dell'art. 38 possono essere rese dal Procuratore speciale senza menzionare di agire in nome e per conto dei rappresentati.

A tal riguardo, occorre anzi precisare che il Bando Tipo Anac n. 2 del 2 settembre 2014 afferma che nella busta “A – Documentazione amministrativa” deve essere contenuta la “*domanda di partecipazione sottoscritta, a pena di esclusione, dal legale rappresentante del concorrente, con allegata la copia fotostatica di un documento di identità del sottoscrittore; la domanda può essere sottoscritta anche da un procuratore del legale rappresentante e, in tal caso, va allegata, a pena di esclusione, copia conforme all'originale della relativa procura*” (punto 16- 16.1).

Della delega al Procuratore speciale da parte dei legali rappresentanti dell'impresa non vi è traccia nella documentazione fornita. Pertanto, esaminata la documentazione in atti, si ritiene che l'istanza di revisione sia ammissibile ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. a) e b) del Regolamento in quanto, rispetto alla questione controversa e valutata con il parere reso, risultano dedotte e documentate sopravvenute ragioni di fatto rilevanti ai fini del riesame del parere e in quanto non risulta che sia stato proposto ricorso giurisdizionale né avverso il parere di precontenzioso né avverso il provvedimento che lo recepisce.

Nel merito occorre ribadire l'orientamento secondo cui “*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 penali*” (T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. I, 21-07-2016, n. 1575), richiamando l'attenzione della stazione appaltante alla verifica delle condizioni ivi evidenziate, di tal che non si possa ritenere trascurabile che il Procuratore speciale del legale rappresentante dell'impresa provveda alla specifica indicazione degli altri soggetti in carica.

Con riguardo alla essenzialità di tale inadempimento, con i conseguenti effetti in termini di onerosità del soccorso istruttorio, vale richiamare quanto espresso dall'Autorità con la Determinazione 8 gennaio 2015, n. 1, recante “*Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*”, applicabile al caso di specie. L'Autorità ha affermato che “*con la nozione di irregolarità essenziale il legislatore*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

abbia voluto riferirsi ad ogni irregolarità nella redazione della dichiarazione, oltre all'omissione e all'incompletezza, che non consenta alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa, ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti di ordine generale che devono essere posseduti dal concorrente e, in alcuni casi, per esso dai soggetti specificamente indicati dallo stesso art. 38, comma 1, del Codice. Tale interpretazione si desume, oltre che dalla ratio sottesa alla norma – che, peraltro, nel prevedere una specifica sanzione pecuniaria, intende realizzare l'obiettivo di evitare che a fronte della generale sanabilità delle carenze e delle omissioni, gli operatori siano indotti a produrre dichiarazioni da cui non si evinca il reale possesso dei singoli requisiti generali e l'esatta individuazione dei soggetti che devono possederli – anche da un dato testuale della medesima, che assume maggior pregnanza da una lettura sistematica dei primi due periodi del citato comma 2-bis”.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione e a parziale modifica della Deliberazione n. 1008-16 del 21.09.2016 (PREC 271/15/L)

E' legittima l'esclusione dell'operatore economico che ha presentato la dichiarazione ex art. 38, D.lgs 163/2006 sui requisiti di ordine generale omettendo la dichiarazione dei legali rappresentanti ovvero da parte di un procuratore speciale il quale abbia mancato di indicare specificamente i nomi degli altri soggetti in carica, muniti di rappresentanza, immuni dai c.d. pregiudizi penali”

E' legittima l'attivazione di soccorso istruttorio con applicazione di sanzione nei confronti dell'odierno istante, al fine di sanare l'incompletezza della dichiarazione, che non consenta alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa, ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti di ordine generale che devono essere posseduti dal concorrente e, in alcuni casi, per esso dai soggetti specificamente indicati dallo stesso art. 38, comma 1, del Codice.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 marzo 2017

Il Segretario Maria Esposito