

Parere n. 154 del 09/09/2010

PREC 69/10/L

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 C.EL.COM di Stefano Piras - Lavori di realizzazione di un Centro Giovanile presso l'ex edificio Scuola Media n. 1 sito in via Gramsci - Importo a base d'asta € 297.206,48 - S.A.: Comune di Nuoro.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12 marzo 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa C.EL.COM di Stefano Piras ha riferito di essere stata esclusa, dopo l'esame della documentazione amministrativa da parte della stazione appaltante, a causa della mancanza della dichiarazione sostitutiva di uno dei suoi direttori tecnici, menzionato nell'attestazione di qualificazione SOA prodotta in sede di gara.

Sulla legittimità della predetta esclusione, l'istante ha chiesto di conoscere l'avviso di questa Autorità, specificando che il direttore tecnico che ha omesso di rendere la predetta dichiarazione è qualificato tale esclusivamente e limitatamente alla categoria OG2 - *"Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali"* e che tale categoria non è oggetto della gara di cui trattasi, concernente lavori inquadri dalla stessa *lex specialis* nell'ambito delle diverse categorie OG1 e OG 11.

A riscontro della richiesta di informazioni del 31 marzo 2010 effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Nuoro in data 12 aprile 2010 ha rappresentato che, come risulta dal verbale relativo al procedimento selettivo in parola, la stazione appaltante ha ritenuto di escludere l'impresa istante per essere incorsa nella violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, peraltro sanzionata in maniera non equivoca anche dal disciplinare di gara, in riferimento alla persona di uno dei direttori tecnici riportati nell'attestazione di qualificazione rilasciata dalla relativa SOA.

In particolare, l'Amministrazione comunale ha riferito che il seggio di gara ha ritenuto non assolto in capo al concorrente l'obbligo di dichiarazione della c.d. *pregiudiziale penale* in riferimento al suddetto direttore tecnico in base ad una piana interpretazione del citato art. 38 del Codice dei contratti pubblici, secondo cui non v'è distinzione, quanto all'obbligo della predetta dichiarazione, nel caso di minore o maggiore estensione della operatività del direttore tecnico nella esecuzione dell'appalto in ragione della sua specializzazione. In altri termini, la circostanza che il citato professionista avesse un ruolo limitato alla categoria di lavorazione OG2 non escludeva l'obbligo di rendere la ripetuta dichiarazione sulla sussistenza della pregiudiziale penale. Il Comune ha giustificato la scelta di esclusione evidenziando altresì che non può ritenersi coerente con il disposto dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, che impone di rendere la dichiarazione in questione in ordine a soggetti cessati dalla carica, considerare esente dall'obbligo dichiarativo un direttore tecnico ancora in carica seppure limitatamente ad alcune lavorazioni particolari.

Ritenuto in diritto

La problematica sottoposta a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati attiene alla legittimità della mancata presentazione a corredo dell'offerta della dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006 da parte di uno dei direttori tecnici dell'impresa individuale istante, caratterizzato dall'essere indicato come tale nell'attestazione di qualificazione SOA limitatamente alla categoria di lavorazione OG2 non oggetto della gara in discorso (che prevedeva solo le categorie OG1 e OG11).

La questione presuppone, pertanto, l'individuazione dei soggetti chiamati a dimostrare il possesso dei requisiti morali richiesti dall'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006 alla stregua del quale sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti *"nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o delle Comunità che incidono sulla moralità professionale [...]"* La citata disposizione, peraltro, precisa che l'esclusione e il divieto operano se le suddette sentenze o il decreto penale di condanna sono stati emessi *"nei confronti del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio."* E' inoltre previsto che l'esclusione e il divieto operino, altresì, *"nei confronti dei soggetti cessati dalla*

carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata."

La norma in questione mira a scongiurare il rischio che l'Amministrazione stipuli contratti con operatori economici inaffidabili, ovvero soggetti i cui titolari, amministratori o direttori tecnici in carica o cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, siano persone che non garantiscano la moralità professionale.

Ai fini dell'individuazione del criterio interpretativo da seguire per individuare specificamente la persona fisica rispetto alla quale, nell'ambito del rapporto societario, assume rilievo la causa di esclusione e, dunque, il soggetto tenuto alla dichiarazione sostitutiva richiesta, la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 5913 del 28 novembre 2008, sentenza n. 36 del 15 gennaio 2008 e sentenza n. 4856 del 20 settembre 2005) e la prassi dell'Autorità (si vedano i pareri n. 164 del 21 maggio 2008, n. 193 del 10 luglio 2008, n. 5 del 15 gennaio 2009 e n. 35 del 11 marzo 2009) hanno individuato tale criterio nella necessità di ricercare nello statuto della persona giuridica quali siano i soggetti dotati del potere di rappresentanza. Ciò in quanto, indipendentemente dalla titolarità dei poteri di gestione societaria, i soggetti titolari del potere di rappresentanza della persona giuridica sono comunque in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta al soggetto rappresentato (si vedano i pareri n. 77 del 9 luglio 2009 e n. 35 dell'11 marzo 2009).

Con riferimento al direttore tecnico però – sempre previsto, anche per le imprese individuali, come soggetto "rilevante" ai fini che interessano – non sussiste alcun dubbio interpretativo né dibattito giurisprudenziale che introduca elementi di differenziazione in ordine all'obbligo di dichiarazione in questione a seconda della categoria di lavorazione per cui il direttore tecnico è qualificato, con conseguente limitazione soggettiva dell'obbligo dichiarativo in parola ove il direttore tecnico, come nel caso di specie, non sia qualificato per l'attività oggetto di gara.

Deve pertanto ritenersi che tale dato prettamente e solo tecnico, appunto, esuli del tutto dalla *ratio* dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, che tende invece a valorizzare l'integrità morale e professionale di soggetti ben individuati che o per la titolarità di poteri rappresentativi o per il particolare ruolo ricoperto (quello di direttore tecnico, senza specificazioni né limitazioni) siano idonei a connotare l'impresa come affidabile o meno. In siffatto contesto, per escludere l'obbligo della dichiarazione sugli eventuali precedenti penali in capo ad un direttore tecnico non qualificato per le lavorazioni oggetto di gara sarebbe stata necessaria una espressa previsione di legge, non potendosi dare corso ad interpretazioni più creatrici che integrative del dato positivo.

Inoltre, anche in base a posizioni già espresse dall'Autorità (cfr., da ultimo, parere n. 79 del 15 aprile 2010) non sarebbe stato possibile dare corso ad un'integrazione documentale in favore dell'impresa istante, non essendo consentito – per evidenti ragioni di ordine pubblico – considerare la rilevata omissione alla stregua di una mera incompletezza sanabile con una dichiarazione postuma, stante oltretutto l'espressa previsione dell'esclusione dalla gara come conseguenza dell'omissione stessa ed a garanzia del principio della *par condicio* fra i partecipanti (si vedano, al riguardo, *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4047/2008; n. 4397/2008; n. 4894/2008; Sez. IV, n. 2435/2009).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la stazione appaltante abbia legittimamente escluso l'impresa istante per la mancata presentazione della dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006 da parte di uno dei direttori tecnici menzionati nell'attestazione di qualificazione SOA prodotta in sede di gara, quantunque limitatamente alla categoria di lavorazione OG2.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 settembre 2010