

Parere n.88 del 22/05/2013

PREC 71/13/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Montevarchi (AR) - Appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione lavori di mitigazione del rischio idrogeologico nel ristretto franoso della frazione di Ricasoli a Montevarchi - Importo a base d'asta € 845.684,40- S.A.:Comune di Montevarchi (AR).

Obbligo del direttore tecnico di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e lett. c) D.Lgs. 163/2006 Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26.2.2013 è pervenuta all'Autorità l'istanza indicata in oggetto, con la quale il Comune di Montevarchi ha chiesto un parere in merito all'esclusione della società cooperativa Terra Uomini Ambiente per omessa indicazione di uno dei direttori tecnici.

Al riguardo la stazione appaltante ha rappresentato che la predetta società è risultata aggiudicataria provvisoria, ma in sede di verifica dei requisiti dichiarati è emerso che in data 14.12.2012 il Consiglio di Amministrazione ha nominato un direttore tecnico, non menzionato nelle dichiarazioni rilasciate per partecipare alla gara e presentate in data 3.1.2013. Conseguentemente, la stazione appaltante ha comunicato alla predetta società l'avvio del procedimento volto alla sua esclusione dalla gara in oggetto per omessa indicazione del direttore tecnico in questione.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata dall'Autorità, la società cooperativa si è opposta all'esclusione a suo danno, osservando che la nomina a direttore tecnico dell'arch. M. F. non andava comunicata alla stazione appaltante al momento della presentazione dell'offerta e, comunque, tale omissione rappresenta una circostanza irrilevante ai fini della partecipazione alla gara e, come tale, non può giustificare l'ipotizzata esclusione. A conferma della propria tesi la società ha richiamato una sentenza del Tar Sicilia, sede di Palermo (n.370/2010).

Secondo la concorrente, sebbene in data 14.12.2012 il Consiglio di Amministrazione avesse deliberato di conferire all'architetto M. F. l'incarico di responsabile tecnico per ciò che riguarda gli obblighi per la qualificazione SOA per la categoria OG2 cat 2, tale deliberazione sarebbe, in realtà, inefficace e priva di qualsivoglia rilevanza esterna, fino a quando l'organismo, che ha rilasciato l'attestazione di qualificazione alla società medesima, non abbia accertato che il soggetto nominato abbia effettivamente i requisiti per svolgere l'incarico, che gli è stato conferito. In altri termini, secondo la società cooperativa, l'efficacia della nomina del direttore tecnico sarebbe subordinata al rilascio di una nuova attestazione di qualificazione, all'esito del procedimento di verifica da parte della SOA del possesso dei requisiti in capo al direttore tecnico.

Conseguentemente, poiché alla data di presentazione dell'offerta la SOA non aveva "ratificato" la nomina *de qua*, la società ha indicato nelle dichiarazioni rese ai fini della partecipazione alla gara il nominativo dei direttori tecnici risultanti dall'attestazione di qualificazione presentata.

Successivamente, in data 8.1.2013, nel rispetto del termine di cui all'art. 87, comma 6, DPR 207/2010, la società cooperativa ha dato comunicazione dell'avvenuta nomina del direttore tecnico in questione all'organismo di attestazione e all'Autorità. In data 25.01.2013 la SOA ha concluso la propria istruttoria con esito positivo ed ha rilasciato la nuova attestazione n.1492/35/00, in cui compare per la prima volta il nominativo dell'arch. M.F. in qualità di direttore tecnico. Secondo la società soltanto da tale data la nomina *de qua* avrebbe acquistato piena efficacia esterna.

Ritenuto in diritto

La questione controversa concerne la legittimità dell'eventuale esclusione dalla gara della società cooperativa Terra Uomini ed Ambiente concorrente per omessa indicazione del nominativo dell'architetto M.F. quale direttore tecnico della società.

Al riguardo occorre preliminarmente considerare che il direttore tecnico è l'organo a cui competono gli adempimenti di carattere tecnico-organizzativo, necessari per la realizzazione dei lavori e tale incarico può essere assunto da un singolo soggetto o da più soggetti (art. 87, comma 1, DPR 207/2010) in possesso dei requisiti indicati dalla norma stessa (art. 87, comma 2, DPR 207/2010).

La presenza di idonea direzione tecnica è uno dei requisiti attraverso cui l'impresa dimostra la propria idoneità tecnica, ai fini dell'attestazione (art. 79, comma 5, DPR 207/2010), e, pertanto, la qualificazione conseguita è legata al direttore tecnico che l'ha consentita (art. 87, comma 4, DPR 207/2010). Conseguentemente, ogni variazione della direzione tecnica, deve essere comunicata alla SOA che l'ha qualificata ed all'Osservatorio dell'Autorità entro trenta giorni dalla data della avvenuta variazione (art. 87, comma 6, DPR 207/2010).

La disciplina in esame presuppone l'esistenza di un preciso nesso di immedesimazione organica del direttore tecnico con l'impresa, stante il suo rapporto diretto con la rispettiva struttura operativa, tale da consentirle di operare in nome e per conto dell'impresa stessa, impegnandola con il proprio operato e con le proprie determinazioni (Cons. Stato, Sez. III, 23.5.2012, n.3038).

In considerazione del peculiare ruolo assunto dal direttore tecnico nell'ambito dell'organizzazione d'impresa, l'art. 38 D.Lgs. 163/2006 annovera quest'ultimo, tra i soggetti chiamati a rendere le dichiarazioni di cui al comma 1, lett. b) e lett. c), richiedendo per quest'ultimo il possesso degli identici requisiti soggettivi di ordine generale concernenti la moralità professionale prescritti per gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza. La norma in esame, infatti, nella parte in cui elenca le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti generali necessari, ai fini della partecipazione alle procedure di gara, assume come destinatari tutti coloro che, titolari di peculiari poteri, sono in grado di trasmettere al soggetto rappresentato la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta. La *ratio* della norma è quella di tutelare il buon andamento dell'azione amministrativa, per evitare che l'amministrazione entri in contatto con soggetti privati di affidabilità morale.

Proprio con riferimento ai requisiti soggettivi di cui al citato art. 38, l'Autorità ha chiarito che l'assenza di uno di essi costituisce causa di esclusione a prescindere dalle indicazioni riportate nel bando di gara, qualunque sia la tipologia e l'oggetto del contratto ed indipendentemente dal valore dello stesso e dalla specifica procedura di scelta del contraente adottata (cfr. AVCP, determinazioni n.4/2012; n.1/2012; n.1/2010).

L'esame della normativa sopra richiamata evidenzia che dalla nomina del direttore tecnico discendono distinti obblighi tra cui, per quanto qui rileva: a) l'obbligo di comunicarla, entro trenta giorni, all'organismo di attestazione ed all'Osservatorio dell'Autorità; b) l'obbligo per il direttore nominato di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006. Ciò posto, venendo al caso in esame, si rileva che la società cooperativa ha osservato quanto disposto dall'art. 87 DPR 207/2010, ma non ha rispettato la prescrizione dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006.

Dalla documentazione in atti risulta, infatti, che il Consiglio di Amministrazione della società cooperativa ha nominato in data 14.12.2012 l'arch. M.F., quale direttore tecnico e successivamente in data 8.1.2013 la società ha dato comunicazione, ai sensi dell'art. 87, comma 6, DPR 207/2010 e nel rispetto dei termini ivi previsti, dell'avvenuta nomina di tale direttore tecnico all'organismo di attestazione ed all'Autorità.

Quest'ultimo, tuttavia, sebbene nominato anteriormente alla data di presentazione dell'offerta, non ha rilasciato le dovute dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006.

La concorrente giustifica tale omissione in base alla considerazione che la nomina in esame sarebbe efficace solo dopo "l'autorizzazione" da parte della SOA, e, quindi, fino a quel momento dalla stessa non scaturirebbe alcun obbligo. Tale assunto non può essere condiviso, in quanto infondato: da un lato, infatti, lo stesso non ha alcun un riscontro positivo nelle norme del Codice dei Contratti Pubblici e del suo Regolamento di attuazione, e, dall'altro, a ben vedere, è smentito dalle stesse risultanze documentali. Dagli atti acquisiti, infatti, risulta che in data 17.12.2012 l'arch. M.F. ha accettato il predetto incarico, sottoscrivendo un'apposita scrittura privata con la società, in virtù della quale le parti hanno convenuto, tra l'altro, che: a) che il predetto incarico ha durata continuativa a decorrere dal 17.12.2012; b) il nominato direttore tecnico si è impegnato con la sottoscrizione della stessa a non presentare domanda di iscrizione alle società organismo di attestazione per conto di altre imprese in qualità di loro direttore tecnico. Ne deriva che, alla data di presentazione dell'offerta da parte della società cooperativa (3.1.2013), non solo l'arch. M.F. era già stato nominato direttore tecnico, con delibera del Consiglio di Amministrazione - che non risulta impugnata - ma lo stesso aveva anche già accettato tale nomina, riconoscendo espressamente che l'incarico in questione aveva decorrenza a partire dal 17.12.2012.

Conseguentemente quest'ultimo avrebbe dovuto rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006, ma ciò non è avvenuto. Tale omissione, alla luce dell'art. 38 D.lgs. 163/2006, come interpretato da questa Autorità, costituisce causa di esclusione dalla procedura *de qua*.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il direttore tecnico M.F. avrebbe dovuto rilasciare le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) 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