

Massime per Atto Ricercato: Parere di Precontenzioso n. 128 del 17/07/2013 - rif. PREC 119/13/F

Parere di Precontenzioso n. 128 del 17/07/2013 - rif. PREC 119/13/F d.lgs 163/06 Articoli 20, 38, 46 - Codici 20.1, 38.1, 46.1

Appalto escluso ex All. II-B; art. 38 del Codice; dichiarazione sull'insussistenza di cause d'esclusione; contratto di avvalimento ed obblighi dell'ausiliaria; sufficienza del riferimento all'attestazione SOA- Nelle gare pubbliche, le dichiarazioni relative all'assenza di condanne penali sono, di regola, fornite non unicamente nell'interesse del soggetto che sottoscrive l'offerta, bensì dell'impresa concorrente; pertanto, è possibile che l'amministratore che sottoscrive gli atti di gara renda le dichiarazioni anche al posto degli altri amministratori coinvolti, purché nominativamente indicati, osservando le formalità di cui al d. P.R. n. 445 del 2000 (cfr. A.V.C.P., parere 21 novembre 2012 n. 192; in giurisprudenza: TAR Puglia, Bari, sez. I, 15 novembre 2011 n. 1712; Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010 n. 7524). La mancata sottoscrizione delle dichiarazioni di cui all'art. 38, del D. Lgs. n. 163/2006, da parte di tutti gli amministratori dell'impresa non integra alcun vizio, ove la dichiarazione sia stata resa da uno dei legali rappresentanti con poteri di amministrazione a firma disgiunta, considerato che l'obbligo per l'impresa partecipante ad una gara pubblica di rendere le prescritte dichiarazioni può essere legittimamente assolto dal suo rappresentante legale anche in relazione alla posizioni di terzi, inclusi gli altri amministratori eventualmente muniti di poteri di rappresentanza, in coerenza con la regola generale del favor participationis, codificata dal comma 1-bis dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici.

Parere di Precontenzioso n. 128 del 17/07/2013 - rif. PREC 119/13/F d.lgs 163/06 Articoli 38, 46 - Codici 38.1, 46.1.1

In presenza di interpretazioni oscillanti sull'ampiezza dell'onere dichiarativo derivante dall'art. 38, secondo comma, del D. Lgs. n. 163/2006, ed in assenza di una puntuale prescrizione del bando gara, non può essere escluso il concorrente che abbia omesso la dichiarazione riferita agli amministratori della società che abbia ceduto il ramo d'azienda ovvero abbia preso parte al procedimento di fusione o incorporazione societaria, potendosi invece procedere all'esclusione solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione abbiano precedenti penali (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012 n. 10; Id., ad. plen., 7 giugno 2012 n. 21).

Parere di Precontenzioso n. 128 del 17/07/2013 - rif. PREC 119/13/F d.lgs 163/06 Articoli 20, 49 - Codici 20.1, 49.1, 49.1.1

In assenza di un espresso richiamo nel bando di gara, non potrebbe farsi automatica e diretta applicazione dell'obbligo formale sancito dall'art. 49, secondo comma, del D. Lgs. n. 163/2006, qualora si tratti di procedura avente ad oggetto l'affidamento di un appalto di servizi rientrante nell'Allegato II-B al D. Lgs. n. 163/2006. Resta comunque fermo il dovere della stazione appaltante di procedere, prima della stipula del contratto, alla verifica d'ufficio circa l'assenza di precedenti penali e di altre circostanze impeditive a carico di tutti gli altri amministratori e direttori tecnici della società ausiliaria.

Parere di Precontenzioso n. 128 del 17/07/2013 - rif. PREC 119/13/F d.lgs 163/06 Articoli 38, 49 - Codici 38.1, 49.1, 49.1.1

Nell'ipotesi di avvalimento, è necessario che l'impresa ausiliaria documenti il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, del D. Lgs. n. 163/2006, anche al di là di quanto stabilito dalla lex specialis di gara: l'art. 49, secondo comma - lett. b) e c), richiede che entrambe le imprese, concorrente ed ausiliaria, presentino una dichiarazione con cui si attesti il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, ed è pacifica la loro necessaria riferibilità tanto all'impresa avvalsa quanto a quella ausiliaria, trattandosi di requisiti di ordine pubblico inerenti a qualità personali del concorrente (cfr. A.V.C.P. parere 6 ottobre 2011 n. 173).