

Parere n. 5 del 15/01/2009

PREC 306/08/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'amministratore unico dell'impresa Ma-Fra S.r.l., quale capogruppo della costituenda ATI Ma-Fra S.r.l. - Research Consorzio Stabile a r.l. - *Project financing* : lavori di restauro e risanamento Scuola Grande della Misericordia a Cannaregio Venezia - Importo a base d'asta euro 11.000.000,00 - S.A. Comune di Venezia.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 27 maggio 2008 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto, con la quale l'amministratore unico dell'impresa Ma-Fra S.r.l., quale capogruppo della costituenda ATI Ma-Fra S.r.l. - Research Consorzio Stabile a r.l., chiede l'avviso dell'Autorità in ordine alla legittimità dell'esclusione dell'istante dalla procedura di cui all'art.155 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 e s.m. per la selezione di due concorrenti da contrapporre al promotore per la realizzazione del restauro e del risanamento della Scuola Grande della Misericordia a Cannaregio.

Con provvedimento prot. n.2008.0144100 del 2 aprile 2008, la S.A. ha comunicato che, nella seduta pubblica svoltasi il 27 marzo 2008, la Commissione esaminatrice ha riscontrato che dal certificato della Camera di commercio di Napoli del 25 gennaio 2008, allegato all'istanza di partecipazione, relativo al Research Consorzio Stabile a r.l., associando alla Ma-Fra S.r.l., risulta che il sig. Forte Antonello è titolare della carica di Vice Presidente e che, tuttavia, la Busta "A-documentazione" non contiene la dichiarazione sostitutiva relativa al sig. Forte, in violazione della prescrizione di cui al punto 3, pag. 6 del disciplinare di gara («Nella busta "A - Documentazione" devono essere contenuti, a pena di esclusione dalla gara, i seguenti documenti: [...] 3) dichiarazione sostitutiva [...] con la quale il concorrente attesta, indicandole specificatamente, di non trovarsi nelle condizioni previste nell'articolo 38 del D.lgs. 12 aprile 2006 n.163 [...]. ATTENZIONE: la dichiarazione sostitutiva [...] deve essere resa personalmente da ciascuno dei soggetti indicati nell'art.38 comma 1 lett.b), [...] lett. c) del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163»).

La Commissione di gara, inoltre, ha chiesto chiarimenti in ordine alla carenza di requisiti di progettazione da parte della costituenda ATI.

In risposta a detta richiesta di chiarimenti, l'istante ha osservato che il Vice Presidente Antonello Forte non ricopre cariche amministrative all'interno del consorzio e, comunque, ha inviato la dichiarazione sostitutiva del suddetto sig. Forte; ha inoltre confermato che i requisiti richiesti risultano ampiamente soddisfatti.

Con nota prot. n.0193462/2008 del 6 maggio 2008, la S.A. ha confermato che la mancata allegazione della dichiarazione sostitutiva relativa al sig. Forte Antonello, titolare della carica di Vice Presidente del Consorzio stabile Research, alla quale sono associati ampi poteri di rappresentanza legale (non limitata da particolari disposizioni statutarie) costituisce causa di esclusione, ai sensi del disciplinare di gara e dell'art.38, comma 1, lettere b) e c), del d.lgs.163/2006 e s.m.

Come risulta in atti, la S.A. non ha presentato controdeduzioni.

Ritenuto in diritto

L'esclusione dalla gara della costituenda ATI Ma-Fra S.r.l. e Research Consorzio Stabile a r.l. è stata motivata dalla S.A. principalmente con riferimento alla mancata produzione, nella domanda di partecipazione alla gara del Consorzio Stabile Research a r.l., associando al raggruppamento istante, della dichiarazione sostitutiva relativa al Vice Presidente sig. Forte Antonello, così come richiesto a pena di esclusione dal punto 3, pag. 6 del disciplinare di gara e dall'art.38, comma 1, lettere b) e c) del d. lgs. 163/2006 e s.m.

In riferimento alla questione in oggetto, si osserva che l'art.38 del D. Lgs. n. 163/2006 e s.m. indica in modo preciso i soggetti chiamati obbligatoriamente a dimostrare la sussistenza di requisiti morali richiesti, annoverando fra questi «[...] gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza».

Come riconosciuto già con la sentenza del Consiglio di Stato n.4856 del 2005, il criterio

interpretativo da seguire al fine di individuare la persona fisica tenuta alla dichiarazione sostitutiva richiesta, e rispetto alla quale assume quindi rilievo la causa di esclusione, consiste nel ricercare nello statuto della persona giuridica quali siano i soggetti dotati di poteri di rappresentanza. Né può assumere rilievo contrario la circostanza che i poteri di rappresentanza possano essere esercitati soltanto in funzione vicaria: conta, infatti, la titolarità del potere, considerato che lo statuto abilita il soggetto a sostituire, in qualsiasi momento e per qualsiasi atto, il titolare principale della rappresentanza, senza intermediazione di autorizzazione o di investitura ulteriore.

Qualora, invece, si ritenesse che l'obbligo di presentare le dichiarazioni sostitutive relative alla mancanza delle condizioni ostative di cui all'art.38 del Codice dei contratti non valga con riguardo agli amministratori che svolgono le funzioni in via vicaria, si consentirebbe a soggetti, che possono svolgere in concreto poteri di rappresentanza, seppur solo in caso di assenza o di impedimento del titolare, di non certificare i diversi status richiesti dalla legge in ragione della titolarità e del potenziale esercizio dei detti poteri (Consiglio di Stato, sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36; Consiglio di Stato, sez. VI, 14 aprile 2008, n. 1585, quest'ultima con specifico riferimento a un Consorzio che aveva ommesso di produrre detto certificato con riferimento al Vice Presidente). In particolare, si legge nella sentenza n.36/2008 che «non si può sfuggire all'obbligo imposto dalla norma di rendere, con riguardo al Vice Presidente, la dichiarazione, in forza della vicarietà della funzione, in quanto ciò implicherebbe il superamento della volontà normativa [...] e negoziale [...], espresse nella formula letterale che punta alla titolarità e non anche al suo esercizio. L'esattezza dell'interpretazione trova conferma nella riflessione che, stante l'immediatezza della titolarità del potere conferito al Vice Presidente con la funzione, il suo esercizio (condizionato alla mera assenza o impedimento) può aversi in qualsiasi momento della vita sociale, solo che si verifichi il presupposto [...] e può esservi stato, pertanto, in momenti che l'ordinamento considera particolarmente significativi (il triennio anteriore alla pubblicazione del bando) ai fini del possesso dei requisiti generali di partecipazione della rappresentata. Cosicché è contrario ad una corretta e ragionevole esegesi il ritenere che la dichiarazione non dovesse essere resa per il soggetto in questione».

Di recente, inoltre, è stato ribadito, che nel caso di rilascio delle dichiarazioni di cui all'art.38 del Codice dei contratti soltanto da parte di alcuni dei soggetti muniti del potere di rappresentanza (in specifico mancava quella dei Vice Presidenti di un consorzio), «tali omissioni comportano la violazione del bando di gara [...], nonché la violazione dell'art. 38 [...] del d.lgs. 163-06», con la conseguente doverosa esclusione dalla gara del consorzio (Tar Piemonte, sentenza n.2936 del 21 novembre 2008).

Occorre infine considerare che il Consorzio Stabile Research ha provveduto, successivamente alla richiesta di chiarimenti da parte della S.A, ad inviare la dichiarazione sostitutiva relativa al Vice Presidente sig. Forte, ma in siffatta ipotesi l'integrazione documentale non è ammissibile e non vale, pertanto, ad impedire l'esclusione del Consorzio concorrente.

Infatti, per consolidata giurisprudenza, la regolarizzazione della documentazione prodotta in sede di gara non può riferirsi alla carenza di dichiarazioni o documenti richiesti a pena di esclusione (in materia, ex plurimis: T.A.R. Lazio, 9 luglio 2008 n. 6518; T.A.R. Campania, 6 agosto 2008 n. 9861; TAR Lombardia, 17 ottobre 2006 n. 2011; Cons. Stato, 19 giugno 2006 n. 3660) e la dichiarazione richiesta relativa al Vice Presidente costituisce parte integrante della domanda di partecipazione alla gara, che in concreto è risultata priva di un elemento essenziale con conseguente inammissibilità della regolarizzazione postuma.

Stante il carattere assorbente del motivo sopra esaminato, si rende superfluo l'esame della fondatezza delle altre censure contenute nell'istanza in esame.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della costituenda ATI Ma-Fra S.r.l. - Research Consorzio Stabile a r.l., dalla gara in oggetto è conforme alla normativa vigente di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 26/01/2009