

Parere n. 53 del 20/03/2008

PREC486/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla costituenda A.T.I. tra l'ing. Gaetano Trotta e l'ing. Luigi Palizzolo e Ivan Torretta - affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria relativi alla progettazione definitiva ed esecutiva, direzione lavori, misure e contabilità, assistenza al collaudo, redazione del piano di sicurezza in fase di progettazione, piano di manutenzione, responsabile della sicurezza in fase di esecuzione relativamente ai lavori di ristrutturazione e restauro per la rifunzionalizzazione di complesso monumentale dell'ex ospedale dei Bianchi finalizzato a contenitore Museale per la riqualificazione del patrimonio storico - culturale del Comune di Corleone. S.A.: Comune di Corleone.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 agosto 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale l'istante contesta il provvedimento di esclusione adottato nei suoi confronti nell'ambito dell'affidamento del servizio indicato in oggetto.

L'esclusione, secondo quanto rappresentato dall'istante, è stata determinata poiché il raggruppamento non ha prodotto la dichiarazione sostitutiva di cui all'art. 38, comma 1, del D.Lgs. 163/2006 di un socio (ing. Torretta) di una studio tecnico parte del raggruppamento, circostanza questa che è stata dalla stazione appaltante considerata non una mera irregolarità o incompletezza, bensì motivo di esclusione.

Secondo l'istante detta esclusione è illegittima in quanto nella fattispecie in esame avrebbe dovuto applicarsi quanto previsto dal bando di gara che, all'art. 14, dispone che i raggruppamenti dovranno, pena l'esclusione, presentare dichiarazioni a firma autenticata dai legali rappresentanti dei soggetti raggruppandi, individuando, pertanto, pena l'esclusione, nei legali rappresentanti dei soggetti raggruppandi la titolarità a sottoscrivere le dichiarazioni. L'istante, inoltre, ritiene che, ove si considerasse necessaria la firma di tutti i soci, l'eventuale mancata firma di uno o più soci, non può costituire irregolarità o incompletezza della documentazione a carattere essenziale.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, la stazione appaltante ha replicato che nella fattispecie in esame occorre distinguere due ipotesi: la prima relativa all'offerta che deve essere sottoscritta da tutti i partecipanti che costituiranno i raggruppamenti temporanei; la seconda ipotesi è relativa alle necessarie dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, del D.Lgs. 163/2006, che devono essere rese da tutti i candidati o concorrenti anche con dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà ai sensi dell'art. 47, comma 1 del D.P.R. 445/2000. Con riferimento a quest'ultima dichiarazione, l'amministrazione comunale osserva come, sebbene tra i soggetti dichiaranti sia indicato anche l'ing. Torretta, questi, tuttavia, non risulta poi aver sottoscritto la dichiarazione sostitutiva. In detta dichiarazione sostitutiva, inoltre, le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, del D.Lgs. 163/2006 non sono state rese dall'ing. Palizzolo in nome e per conto dell'ing. Torretta, essendo stato dichiarato genericamente che il raggruppamento costituendo "non si trova in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006".

All'audizione, tenutasi in data 15 novembre 2007, non ha partecipato nessuna delle due parti.

Ritenuto in diritto

Secondo quanto disposto dagli artt. 46 e 47 D.P.R. n. 445/2000, gli stati, le qualità personali e i fatti possono essere comprovati dall'interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di certificazione o di atto di notorietà, con la osservanza delle modalità di cui all'articolo 38. Elemento costitutivo della dichiarazione, ai sensi dell'art. 38 predetto, è la sua sottoscrizione, che ne consente l'imputabilità inequivoca alla responsabilità (anche penale) del soggetto che l'ha resa. L'assenza, dunque, della sottoscrizione, rende l'atto inesistente, per non essersi perfezionata la fattispecie legale.

Del resto, la giurisprudenza amministrativa ha costantemente affermato che se il modello di autocertificazione non è sottoscritto, non ha nessun significato, non solo giuridico, ma neanche logico, perché viene meno la stessa riconoscibilità esteriore come forma di autocertificazione, per cui

si configura l'ipotesi di omessa presentazione di un atto prescritto (si vedano Cons. Stato, V Sez. 12 giugno 1997 n. 621; 4 febbraio 2004, n. 364) in ordine alla quale, oltre tutto, la possibilità di sanatoria si porrebbe anche in violazione della *par condicio*, che preclude la produzione, in un momento successivo, di documentazione, la cui allegazione all'offerta sia prescritta a pena di esclusione. Il principio della *par condicio*, elemento fondante delle procedure concorsuali, è volto anche alla tutela di chi, ritenendo, correttamente, di dover osservare tutte le prescrizioni, si sia, eventualmente, astenuto dal presentare la propria offerta, per non essere riuscito a completare, in tempo utile, tutta la documentazione richiesta a pena di esclusione.

Nel caso di specie, le dichiarazioni dovevano essere prodotte da ambedue i professionisti in quanto, essendo lo studio tecnico un'associazione professionale, il rapporto che intercorre tra i liberi professionisti non è di tipo societario; non si ha un esercizio in comune di un'attività professionale, ma semplice collegamento funzionale di attività che restano a tutti gli effetti individuali.

Vieppiù, a rafforzare le sopra citate considerazioni vi è la previsione nella *lex specialis* di gara, al punto 2 del disciplinare di gara, secondo cui "in caso di partecipazione mediante società di professionisti e società di ingegneria, anche in raggruppamento, o consorzio stabile di società di professionisti e/o società di ingegneria, lo schema di dichiarazione dovrà essere adattato dal concorrente, tenuto conto che le dichiarazioni dovranno essere espresse relativamente a tutti i soggetti che saranno coinvolti nel gruppo di lavoro, il quale espletterà le attività in affidamento, ed in considerazione, inoltre, del disposto dell'art. 47, comma 2, del D.P.R. n. 445/2000, in base al quale la dichiarazione fornita nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità e fati di altri soggetti di cui abbia diretta conoscenza. In alternativa, i professionisti che saranno coinvolti nell'attività di progettazione dovranno sottoscrivere singolarmente le relative dichiarazioni".

La dichiarazione dell'ing. Palizzolo, oltre a non essere stata sottoscritta anche dall'ing. Torretta, non contiene alcun riferimento, per sanare tale vizio, in virtù del sopra citato art. 47, comma 2, del D.P.R. n. 445/2000, al fatto che la dichiarazione fornita fosse resa anche in nome e per conto dell'ing. Torretta.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene che la decisione di esclusione del raggruppamento sia conforme alla normativa vigente di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 06/03/2008