

Parere n.107 del 19/06/2013

PREC 78/13/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società AVR S.p.A. - "Procedura aperta per l'appalto del servizio di igiene ambientale e servizi connessi con l'ecologia" - Data di pubblicazione del bando: 31.8.2012 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: euro 1.136.364,00 - S.A.: Comune di Collevicchio (RI)

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

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21 marzo 2013 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la società AVR spa ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito all'ammissione della Gest.A srl, che, pur avendo un direttore tecnico risultante dall'attestazione di qualificazione, non ha dichiarato la presenza del medesimo e, conseguentemente, quest'ultimo non ha reso le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. n. 163/2006.

Dagli atti trasmessi risulta che alla procedura *de qua* hanno partecipato due concorrenti la Gest.A srl e la AVR spa. Terminate le operazioni di gara, la prima ha presentato istanza di ricalcolo dei punteggi attribuiti alle offerte economiche e di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria, pronunciata a favore della AVR spa.

L'istante ha, quindi, chiesto accesso agli atti dell'odierna controinteressata e dall'esame degli stessi ha rilevato la mancata presentazione delle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006 da parte del direttore tecnico della Gest.A srl e, pertanto, ha chiesto l'esclusione di quest'ultima, sottolineando che tale provvedimento, ove adottato, priverebbe di utilità la rideterminazione dei punteggi richiesta da Gest.A srl.

La stazione appaltante ha ritenuto di non accogliere l'istanza della AVR spa " *in quanto il soggetto [direttore tecnico] di cui è stata omessa la dichiarazione non risulterebbe dalla documentazione richiesta dalla lex specialis ai fini della partecipazione alla gara, e in particolare non risulterebbe dalla visura C.C.I.A.A.* ". La stessa, invece, ha accolto l'istanza della Gest.A srl e, quindi, ha verificato i punteggi attribuiti alle offerte. All'esito di tale operazione ha rivisto la graduatoria precedentemente formata, disponendo l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto a favore della odierna controinteressata.

A seguito dell'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha confermato il proprio operato, precisando solo quanto segue: " *nell'espletamento della procedura di gara, la Commissione incaricata ha adempiuto al proprio compito seguendo pedissequamente quanto disposto dal disciplinare di gara e dal Bando* ". La controinteressata ha ritenuto di non partecipare al contraddittorio.

Ritenuto in diritto

La questione controversa concerne la legittimità dell'ammissione in gara della Gest.A srl per omessa presentazione delle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) da parte del suo direttore tecnico.

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 di qualificazione (art. 79, comma 5, DPR 207/2010), e, pertanto, il conseguimento della stessa è necessariamente legato al direttore tecnico che l'ha consentito (art. 87, comma 4, DPR 207/2010). Per tale ragione il legislatore richiede che ogni variazione della direzione tecnica sia 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, infatti, 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) c), richiedendo allo stesso il possesso degli identici requisiti soggettivi di moralità professionale prescritti per gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza. La norma in esame, infatti, assume come destinatari degli obblighi dichiarativi ivi indicati 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 precisato 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 volere dello stesso e dalla specifica procedura di scelta del contraente adottata (cfr. AVCP, determinazioni n.4/2012; n.1/2012; n.1/2010).

La giurisprudenza amministrativa ha poi chiarito che nella gare per l'affidamento di appalti di servizi la figura del responsabile tecnico d'impresa non presenta differenze significative rispetto a quella di direttore tecnico, con la conseguenza che gli obblighi dichiarativi, correlati dall'art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici, sono implicitamente riferibili anche alla posizione del responsabile tecnico, in ragione dell'investita di compiti di pari rilevanza ai fini dell'esecuzione dell'appalto (cfr. AVCP parere di precontenzioso n. 59 del 23.4.2013).

Ciò posto, venendo al caso in esame, in assenza di controdeduzioni della stazione appaltante e della ditta controinteressata, e sulla scorta degli elementi documentali prodotti dall'istante, si osserva che l'operato della stazione appaltante non risulta conforme né all'ordinamento di settore né alla *lex specialis*.

La Gest.A srl, infatti, ha dichiarato in data 26.10.2012 che: " *i titolari, soci, direttori tecnici, amministratori muniti di potere di rappresentanza, soci accomandatari in carica sono: Comin Cristian, amministratore unico (..) Comin Cristian, responsabile tecnico (..)*". Invero, dall'attestazione di qualificazione della società risulta che la stessa ha due direttori tecnici, Cristian Comin e Sergio Comin, ma quest'ultimo né è stato menzionato nella predetta dichiarazione rilasciata dalla società né ha provveduto a rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1 lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006. Non risulta, inoltre, che la società abbia fornito una qualche giustificazione in merito alle predette omissioni.

Di contro, nel caso di specie la necessità di rendere le dichiarazioni qui mancanti non solo è imposta ai direttori tecnici direttamente dal legislatore, ma è altresì ribadita in più parti della stessa documentazione di gara (cf. punto 7.4 del bando di gara e punto 9 del disciplinare tecnico che richiamano espressamente l'art. 38; Modello C predisposto dalla stazione appaltante, recante schema di dichiarazione sostitutiva). Non si vede, dunque, perché mai - di fronte ad un'univoca statuizione di legge, rinforzata da esposte prescrizioni della *lex specialis* - la società Gest.A. srl abbia omesso di presentare le prescritte dichiarazioni da parte del sig. Sergio Comin in qualità di direttore tecnico. La stazione appaltante, accertata la presenza nell'organizzazione della concorrente del suddetto direttore e verificata l'omissione in parola, avrebbe dovuto escludere la Gest.A. srl dalla procedura *de qua*, ma ciò non è avvenuto.

Non varrebbe addurre in contrario che la *lex specialis* non richiedeva il possesso dell'attestazione di qualificazione ai fini della partecipazione, in quanto la questione controversa non attiene al possesso o meno di tale certificazione, bensì alla mancata presentazione delle dichiarazioni del direttore tecnico, la cui presenza nell'organizzazione societaria ben avrebbe potuto essere segnalata *aliunde*, anche a prescindere dalla suddetta attestazione.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme né alle prescrizioni dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006 né alle disposizioni della *lex specialis*

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 luglio 2013

Il Segretario Maria Esposito