

Parere n. 77 del 09/07/2009

PREC 44/09/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 Palermo – Servizio di vigilanza armata presso i locali della Galleria d'Arte Moderna e altri siti dell'Area Culturale – Importo a base d'asta €361.356,77 – S.A.: Comune di Palermo.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 30 gennaio 2009 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale il Comune di Palermo ha rappresentato di aver bandito la procedura di gara in oggetto, prescrivendo in capo agli operatori economici partecipanti alla gara l'obbligo, a pena di esclusione, di dichiarare l'insussistenza delle condizioni di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c) del D.Lgs. n. 163/2006, indicando come soggetti tenuti alla dichiarazione, in caso di società diverse dalla società in nome collettivo e dalla società in accomandita semplice, gli amministratori muniti del potere di rappresentanza, i direttori tecnici in carica, nonché cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara (punto 11.b.5 del bando).

Nel corso delle operazioni di gara, la Commissione ha proceduto ad escludere l'Istituto di Vigilanza Security Service S.r.l. (a seguito di una segnalazione effettuata da un'altra società concorrente, la Mondialpol Security S.p.A.), per aver omesso di allegare la dichiarazione di cui al punto 11.b.5) della *lex specialis*, richiesta a pena di esclusione, nei confronti del Sig. Sebastiano Barone, nella qualità prima di Amministratore unico della società concorrente e poi di Presidente del Consiglio di Amministrazione, cessato dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando.

A fronte del provvedimento di esclusione disposto dalla Commissione di gara, il Presidente dell'Istituto di Vigilanza in carica, contestando la legittimità del provvedimento adottato e sostenendo che il Sig. Barone, cessato dalla carica nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando, non deteneva più i poteri di amministrazione già dal 22 ottobre 2004 e, pertanto, non era tenuto alla prescritta dichiarazione, ha chiesto la riammissione alla procedura dell'Istituto medesimo.

La richiesta è stata accolta positivamente dalla Commissione di gara a seguito dell'analisi della documentazione prodotta (atto costitutivo, verbale del Consiglio di Amministrazione del 22 ottobre 2004 e certificato storico della C.C.I.A.A.) dalla quale risultava che, a far data dal 22 ottobre 2004 tutti i poteri di amministrazione ordinaria e straordinaria non spettavano più al Sig. Barone bensì al Sig. Vincenzo Mattaliano, cui erano stati conferiti, e che il Sig. Barone, da quel momento, cessava dalla carica di Amministratore unico mantenendo esclusivamente la carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione. In particolare, la Commissione di gara ha così motivato il provvedimento di riammissione alla procedura: "dall'esame congiunto dei predetti atti si evince che al momento in cui il sig. Sebastiano Barone cessava dalla carica di Presidente del Consiglio di

Amministrazione, 2 ottobre 2006, lo stesso non aveva i poteri per l'amministrazione ordinaria e straordinaria della società, dal momento che in data 22 ottobre 2004 il Consiglio di Amministrazione, giusta previsione statutaria, punto 25.2, aveva attribuito le relative deleghe al Sig. Vincenzo Mattaliano. Di conseguenza, poiché il potere rappresentativo degli amministratori si accompagna a quello gestionale, il sig. Sebastiano Barone seppur cessato dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del presente bando di gara, non era tenuto a fare le dichiarazioni di cui al punto 11.b.5) del bando di gara, non essendo amministratore munito di poteri di rappresentanza.”

Una delle società concorrenti, la Sicurcenter S.r.l., ha contestato il provvedimento di riammissione disposto nei confronti dell'Istituto di Vigilanza Security Service S.r.l., sostenendo che “la Commissione di gara è incorsa in un equivoco tra poteri di gestione e poteri di rappresentanza, ... lasciandosi fuorviare da una delega di poteri gestionali conferita all'amministratore dr. Mattaliano che non avrebbe in alcun caso potuto (né peraltro pare che abbia voluto) modificare il regime statutario della rappresentanza (nel senso e con i forti contenuti di cui al richiamato articolo 2384, comma 1 c.c) i cui poteri – sin dalla costituzione della società e fino a data recente (e quindi ben oltre il triennio) – sono appartenuti ininterrottamente al Sig. Barone, prima come amministratore unico e successivamente nella qualità di Presidente e senza tenere in debito conto che la prescrizione di cui al punto 11.b.5 del bando di gara e all'articolo 38, comma 1, lettera c) del D.Lgs. n. 163/2006, si riferisce agli “amministratori muniti del potere di rappresentanza” e non anche a quelli il cui Consiglio abbia delegato alcuni dei propri poteri di gestione.”

A fronte di tale contestazione, il Comune di Palermo, sostenendo l'infondatezza dell'interpretazione fornita dalla Società Sicurcenter S.r.l. e ribadendo che dalla documentazione acquisita rilevava che il Sig. Barone, pur mantenendo per la sua carica i poteri di rappresentanza, veniva con la deliberazione assembleare del 22 ottobre 2004 spogliato dei poteri di amministrazione, ha ritenuto che il medesimo, in qualità di Presidente dell'Istituto di Vigilanza, ormai cessato dalla carica, non fosse tenuto alla dichiarazione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c), avendo soltanto mantenuto il potere di rappresentanza legale della società e non anche i relativi poteri di amministrazione.

Ciò in quanto, secondo il Comune di Palermo, la prescrizione inserita nel bando va interpretata nel senso di limitare la dichiarazione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c) ai soggetti che abbiano rivestito cariche e ruoli operativi nella società dal momento che la sua funzione consiste nel garantire la piena correttezza dell'agire professionale dei soggetti e della società, escludendo dalla partecipazione alla gara di appalto le società in cui i soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario abbiano commesso reati gravi.

In relazione ai fatti rappresentati, il Comune di Palermo intende pertanto conoscere il parere dell'Autorità, al fine di accertare la conformità all'ordinamento in materia di contratti pubblici del proprio operato. Conseguentemente, è stata avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale ciascuna delle parti coinvolte ha confermato la posizione assunta nel corso delle operazioni di gara.

Ritenuto in diritto

La problematica sottoposta a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati, attiene alla legittimità della mancata presentazione, a corredo dell'offerta, della dichiarazione ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera c) da parte del Presidente di una società a responsabilità limitata, che abbia delegato tutti i propri poteri di amministrazione ad altro soggetto e che sia cessato dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

La questione presuppone, pertanto, l'individuazione dei soggetti chiamati a dimostrare il possesso dei requisiti morali richiesti dall'articolo 38, comma 1, lettera c), alla stregua del quale sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti "nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o delle Comunità che incidono sulla moralità professionale [...]."

La citata disposizione, peraltro, precisa che l'esclusione e il divieto operano se le suddette sentenze o il decreto penale di condanna sono stati emessi "nei confronti del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio."

E' inoltre previsto che l'esclusione e il divieto operino, altresì, "nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata."

La disposizione in questione mira a scongiurare il rischio che l'Amministrazione stipuli contratti con operatori economici inaffidabili, ovvero soggetti i cui titolari, amministratori o direttori tecnici in carica o cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, siano persone che non garantiscano la moralità professionale.

E' per tali ragioni che, come peraltro più volte chiarito dall'Autorità (pareri n. 164 del 21 maggio 2008, n. 193 del 10 luglio 2008, n. 5 del 15 gennaio 2009 e n. 35 del 11 marzo 2009), tale norma presuppone che le dichiarazioni siano rese dagli stessi soggetti interessati e che pertanto non possa sussistere un relativo onere di conoscenza in capo al legale rappresentante dell'impresa, dal momento che il genere di dichiarazioni richieste costituisce frutto di informazioni su qualità personali e sulle relative vicende professionali e/o individuali dei soggetti muniti del potere di rappresentanza o dei direttori tecnici di cui, non necessariamente, il rappresentante legale può essere a conoscenza, trattandosi di eventi, specie quelli connessi ai procedimenti penali, che esulano da fattori rientranti nell'organizzazione aziendale. Fermo restando che è, invece, riconosciuta al legale rappresentante la possibilità di effettuare una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà nel caso in cui si tratti di soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando e divenuti irreperibili per l'impresa ovvero deceduti (cfr. parere n. 75 del 6 marzo 2008).

Appare evidente, dunque, come l'intenzione del Legislatore sia quella di definire in modo preciso i soggetti chiamati a dimostrare la sussistenza dei requisiti morali richiesti, stabilendo che, per il caso di società a responsabilità limitata, fattispecie rilevante ai fini del presente parere, siano gli amministratori muniti del potere di rappresentanza in carica e cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara a dover presentare la menzionata dichiarazione.

Ai fini dell'individuazione del criterio interpretativo da seguire per individuare specificamente la persona fisica rispetto alla quale, nell'ambito del rapporto societario, assume rilievo la causa di esclusione e, dunque, il soggetto tenuto alla dichiarazione sostitutiva richiesta, la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 5913 del 28 novembre 2008, sentenza n. 36 del 15 gennaio 2008 e sentenza n. 4856 del 20 settembre 2005) e la prassi dell'Autorità (si vedano i

già citati pareri n. 164 del 21 maggio 2008, n. 193 del 10 luglio 2008, n. 5 del 15 gennaio 2009 e n. 35 del 11 marzo 2009) hanno individuato tale criterio nella necessità di ricercare nello statuto della persona giuridica quali siano i soggetti dotati del potere di rappresentanza.

Ciò in quanto, indipendentemente dalla titolarità dei poteri di gestione societaria, i soggetti titolari del potere di rappresentanza della persona giuridica sono comunque in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta al soggetto rappresentato.

Al fine di applicare tale criterio interpretativo al caso di specie, occorre analizzare la documentazione societaria dell'Istituto di Vigilanza, dalla quale si evince che l'articolo 18 dello Statuto, come modificato a seguito di delibera dell'assemblea straordinaria del 21 novembre 2005, dispone "Rappresentanza della società – La rappresentanza della società, anche in giudizio, compete all'amministratore unico od al presidente del consiglio di amministrazione, senza limitazioni, od al vice presidente (se nominato) in caso di assenza o impedimento del presidente, ed ai membri del Consiglio di amministrazione forniti di poteri delegati, nei limiti della delega."

La disposizione statutaria intende dunque sancire in capo al Presidente del Consiglio di Amministrazione la titolarità della rappresentanza della società, come peraltro evidenziato anche nel menzionato verbale dell'assemblea straordinaria del 21 novembre 2005, in cui, nell'enunciare i soggetti presenti all'assemblea, si legge, con riferimento al Sig. Barone, "nella qualità di Presidente del Consiglio di Amministrazione e, pertanto, legale rappresentante della società."

A nulla rileverebbe pertanto, in ossequio al menzionato criterio, il fatto che il Presidente del Consiglio di Amministrazione si sia spogliato dei poteri di amministrazione, avendo invece mantenuto il potere di rappresentanza della società.

Ne consegue che il sig. Barone, Presidente del Consiglio di Amministrazione fino al 24 ottobre 2006, sebbene privo dei poteri per l'amministrazione ordinaria e straordinaria della società, conferiti al sig. Mattaliano, come da verbale del Consiglio di Amministrazione del 22 ottobre 2004, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (11 settembre 2008) deteneva il potere di rappresentanza ed era, pertanto, tenuto ad effettuare la dichiarazione di cui al punto 11.b.5 del bando di gara, al fine di accertare l'insussistenza delle condizioni di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di riammissione alla procedura di gara adottato dal Comune di Palermo nei confronti dell'Istituto di Vigilanza Security Service S.r.l. non è conforme alla normativa in materia di contratti pubblici.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 luglio 2009