

Parere n. 158 del 23/09/2010

PREC 121/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Euroteck Group s.r.l. – Lavori di messa a norma di impianti e strutture delle scuole elementari di San Simplicio, Isticcadeddu e Rudalza –Importo a base d'asta: € 400.000,00– S.A.: Comune di Olbia.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 31 luglio 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Euroteck Group s.r.l. ha chiesto a questa Autorità di pronunciarsi in merito alla legittimità della propria esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta dal Comune di Olbia in quanto l'impresa medesima *“non ha presentato l'allegato C) relativo al Procuratore Speciale”*, nonostante il documento in questione, concernente la dichiarazione da rendere ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/2006, fosse stato regolarmente allegato dall'Amministratore unico e Legale rappresentante della società istante nonché dal suo Direttore tecnico.

In proposito, la Euroteck Group s.r.l. ha riferito di aver seguito scrupolosamente le indicazioni del bando e del disciplinare di gara il quale, facendo riferimento alle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/2006, chiedeva che le stesse dovessero essere rese, nel caso di una s.r.l., dai *“direttori tecnici e (...) Amministratori muniti di legale rappresentanza”* ed ha evidenziato, altresì, che il soggetto del quale sarebbe stata omessa la dichiarazione non era, invero, un Amministratore, ma un Procuratore speciale, come si può rilevare dal certificato della Camera di Commercio di Cagliari, allegato a tal fine.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata da questa Autorità nell'istruttoria procedimentale il Comune di Olbia ha, preliminarmente, evidenziato di essersi comportato *“in omogeneità con la giurisprudenza amministrativa (TAR Sardegna, Sez. I, sentenza n. 971/2008 e Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5928/2008) e del parere n. 5 del 15 gennaio 2009 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici”*.

Nel merito, ha poi osservato che *“si è provveduto alla esclusione dalla gara della ditta Euroteck Group s.r.l. in quanto nella documentazione amministrativa non erano presenti le dichiarazioni di cui all'allegato C del Disciplinare di gara dei procuratori speciali della ditta.”*

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta all'esame di questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto attiene alla legittimità dell'esclusione dalla gara per omessa dichiarazione, ex art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/2006, da parte del procuratore speciale dell'impresa concorrente nonostante tale adempimento non fosse espressamente richiesto dal bando di gara. La problematica giuridica da affrontare è, pertanto, quella della corretta definizione dell'ambito dei soggetti tenuti all'adempimento di cui alla citata disposizione del Codice dei contratti pubblici.

Preme al riguardo evidenziare che tale obbligo dichiarativo risponde alla fondamentale esigenza di consentire alla stazione appaltante di valutare la sussistenza del requisito della moralità professionale – in caso di società diverse dalla società in nome collettivo e dalla società in accomandita, come nella specie – sia in capo al direttore tecnico sia in capo agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e che, al di là del mero dato letterale, la *ratio legis* è propriamente quella di escludere dalla partecipazione alle procedure di gara le società i cui soggetti che abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale, compresi gli institori e i vicari, incorrano in qualcuna delle suddette cause di esclusione.

Pertanto – come più volte evidenziato da questa Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa – per una corretta applicazione della normativa in questione occorre necessariamente fare riferimento alle funzioni sostanziali di tali soggetti più che alle qualifiche formali, compiendo a tal fine un'operazione interpretativa, altrimenti la evidenziata *ratio* potrebbe essere agevolmente elusa e dunque vanificata (pareri dell'Autorità: n. 5 del 15 gennaio 2009; n. 47 dell'11 marzo 2010 e n. 79 del 15 aprile 2010; Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 523 del 8 febbraio 2007; Sez. V, n. 36 del 15 gennaio 2008; sulla necessità che anche l'institore renda la dichiarazione concernente i requisiti di moralità: TAR Sardegna, Sez. I, n. 971 del 19 maggio 2008).

Atteso quanto sopra, ancorché nel caso di specie il disciplinare di gara prevedesse espressamente quale causa di esclusione la mancanza delle dichiarazioni, di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/2006, rese dai “*direttori tecnici e (...) Amministratori muniti di legale rappresentanza*” e non contenesse specifiche prescrizioni in ordine ai procuratori speciali, ai fini di una corretta applicazione della citata disposizione del Codice dei contratti pubblici, che garantisca il rispetto della richiamata *ratio* della disposizione in parola, si rende necessario fare riferimento alle funzioni sostanziali di tali soggetti e, pertanto, procedere all'esame del certificato della Camera di Commercio prodotto dall'istante Euroteck Group s.r.l., per verificare se il procuratore speciale dell'impresa medesima rivesta effettivamente un significativo ruolo decisionale e gestionale, tale da rendere obbligatoria la dichiarazione in questione.

Ebbene, dal certificato di iscrizione alla Camera di Commercio di Cagliari emerge chiaramente che il procuratore speciale dell'impresa istante Euroteck Group s.r.l., in considerazione di tale carica, è dotato di rilevanti poteri di rappresentanza proprio nella specifica materia degli appalti, essendo specificato in detto certificato che, in relazione alle gare d'appalto alle quali la società intenderà partecipare, egli abbia a: “*esprimere, sottoscrivere, e presentare l'offerta relativa; sottoscrivere, convenendone patti, clausole e condizioni, il relativo contratto d'appalto, ed ogni atto preliminare e consequenziale; convenire l'affidamento, la gestione e l'esecuzione dei lavori relativi all'appalto; dichiarare noti e accettati i prezzi e le condizioni di affidamento; presentare cauzioni; sottoscrivere la contabilità dei lavori; sottoscrivere il certificato di collaudo; rappresentare processualmente la società mandante, instaurando, se del caso, eventuali giudizi; sottoscrivere lettere, ordinazioni e restituzioni di merci; effettuare versamenti sui conti correnti della società*”.

Considerato, dunque, che dal complesso delle informazioni desumibili dai documenti prodotti risulta che i poteri conferiti al procuratore speciale dell'impresa istante in materia di appalti sono indubbiamente rilevanti, comportando ampie facoltà di negoziare in nome e per conto dell'impresa medesima, è da ritenersi che lo stesso fosse tenuto a rendere l'apposita dichiarazione di non trovarsi in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/2006. Sicché l'omissione della dichiarazione medesima, da rendersi al momento della presentazione dell'offerta senza possibilità alcuna di sanatoria con integrazione documentale, legittima l'esclusione della Euroteck Group s.r.l. dalla procedura di gara in oggetto.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia legittima l'esclusione dalla gara dell'impresa Euroteck Group s.r.l. per omessa dichiarazione, ex art. 38, comma 1, lett. b) e c), da parte del procuratore speciale, nonostante tale adempimento non sia espressamente richiesto dalla *lex specialis* di gara, risultando dal complesso delle informazioni desumibili dai documenti prodotti che tale soggetto è dotato di rilevanti poteri di gestione e di rappresentanza della società.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 04 ottobre 2010