

## **Parere n. 79 del 15/04/2010**

**Protocollo** PREC 29/10/L

**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 Energetica Solare S.p.A. - Appalto integrato di progettazione esecutiva e realizzazione di centrale fotovoltaica - Importo a base d'asta € 12.156.000,00 - S.A.: Toscana Energia Green S.p.A.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 29 gennaio 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Energetica Solare S.p.A., mandataria della costituenda A.T.I. con IMET S.p.A., ha chiesto a questa Autorità di esprimersi in merito alla legittimità della disposta esclusione dell'A.T.I. medesima per non aver fornito la dimostrazione del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/2006, non avendo presentato la prescritta dichiarazione - da rendere ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, secondo il modello A3), come previsto dal Disciplinare di gara - né in fase di presentazione dell'offerta né successivamente - a seguito di specifica richiesta di integrazione documentale da parte della stazione appaltante - relativamente ai seguenti soggetti asseritamente dotati di potere di rappresentanza, come desunto dai certificati camerali prodotti in sede di offerta: Tracucci Luciano dell'Impresa IMET S.p.A., Messina Dario e Fratoni Antonello della Energetica Solare S.p.A. Nella seduta pubblica del giorno 30 dicembre 2009, infatti, la Commissione di gara riteneva di chiedere integrazioni e chiarimenti a tutti i concorrenti, nel rispetto della *par condicio*, per diverse carenze documentali riscontrate, stabilendo come termine ultimo per detta integrazione la data del 12 gennaio 2010.

La società istante ha censurato l'esclusione dalla gara disposta dalla stazione appaltante nei termini sopra riportati, facendo leva sul fatto che per i menzionati soggetti le rispettive imprese non erano tenute a presentare le dichiarazioni di cui al citato art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/2006, che devono riguardare (per quanto rileva nel caso di specie) solo gli amministratori muniti di potere di rappresentanza ed il direttore tecnico.

A quest'ultimo riguardo la società istante ha evocato la giurisprudenza amministrativa che si è occupata di interpretare le suddette disposizioni e ha concluso rilevando in primo luogo che, trattandosi di appalto di lavori pubblici, la preliminare disamina dei soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni in questione e ad essere verificati in ordine alla sussistenza delle cause di esclusione in esame è compiuta dalla SOA, che attesta l'idoneità dell'operatore economico, alla stregua di quanto previsto in tal senso dall'art. 17 del D.P.R. n. 34/2000; sicché la SOA, allorché certifica l'impresa, individua i soggetti tenuti a possedere i requisiti generali di cui trattasi, affermandone la sussistenza. Nel caso specifico, l'attestazione SOA delle due imprese componenti l'ATI non contempla i soggetti sopra nominati, poiché gli stessi non risultavano essere rappresentanti legali o direttori tecnici di dette imprese. D'altra parte, ha aggiunto la società istante, dalla stessa lettura dei certificati della CCIAA delle due imprese emerge che le cariche suddette, per le quali la legge richiede la dichiarazione e la verifica in ordine alla insussistenza delle cause di esclusione in esame, risultano essere ricoperte da soggetti diversi da quelli sopra nominati e si ricava altresì che i predetti soggetti

non sono sicuramente rappresentanti legali, in quanto la procura loro conferita non concerne poteri di tal fatta, ma unicamente un potere di firma per l'adempimento di mere operazioni materiali, e che per nessuno di detti soggetti sono contemplati poteri assimilabili a quelli del direttore tecnico, sicché per essi non andava resa la dichiarazione, la cui mancanza è alla base della disposta esclusione.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale con nota del 17 febbraio 2010, la Toscana Energia Green S.p.A. ha svolto le deduzioni di spettanza con memoria del 25 febbraio 2010, nelle quale ha difeso la legittimità del proprio operato in base alle seguenti considerazioni.

Innanzitutto, la stazione appaltante ha osservato che l'attestazione SOA non è di per sé sufficiente ai fini della disamina dei soggetti tenuti alle dichiarazioni in argomento - come invece postulato dall'A.T.I. istante esclusa dalla gara - in quanto potrebbero verificarsi eventi successivi alla stessa attestazione in grado di modificare i poteri del rappresentante, per cui è necessario in ogni caso analizzare il certificato camerale per verificare in concreto i poteri specifici attribuiti ai procuratori. Al riguardo, contrariamente a quanto sostenuto dalla società istante, la Toscana Energia Green S.p.A. ha rappresentato che risulta dalla visura camerale di entrambe le società predette riunite in A.T.I. che i procuratori per i quali è stata richiesta l'integrazione documentale erano dotati di rilevanti poteri di rappresentanza, in particolare in materia di appalti, come da certificati camerali prodotti in atti. Inoltre, la stazione appaltante medesima ha aggiunto che, di fronte al rifiuto dell'A.T.I. istante di produrre la documentazione richiesta - a differenza di tutti gli altri concorrenti che hanno presentato la documentazione a ciascuno di essi richiesta - la Commissione di gara non ha potuto far altro che escludere l'A.T.I. medesima e solo successivamente, quando la procedura di gara aveva avuto seguito, quest'ultima forniva la documentazione dapprima rifiutata per chiedere la riammissione che, a quel punto, era stata negata come atto vincolato in osservanza delle disposizioni di gara, del principio della par condicio tra tutti i concorrenti ed al fine di rispettare la tempistica di esecuzione dell'appalto. La Toscana Energia Green S.p.A. ha fatto presente, infine, che nella seduta pubblica del 12 febbraio 2010 è stata data lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche e sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche, proseguendo con la formulazione della graduatoria e con la verifica della congruità delle offerte ed ha annunciato, inoltre, che al termine del subprocedimento di valutazione delle giustificazioni prodotte, avrebbe proceduto all'aggiudicazione, in modo da rispettare il cronoprogramma predisposto al fine di poter realizzare l'opera e darla finita entro il 31 dicembre 2010, così come preventivato.

### **Ritenuto in diritto**

La questione sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto attiene all'individuazione dei soggetti obbligati a rendere, a pena di esclusione, le dichiarazioni relative all'assenza del c.d. "pregiudizio penale" ovvero 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 che, per la parte che rileva in questa sede, così recita: "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento (quali quella in esame)... i soggetti... b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; c) 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 della Comunità che incidono sulla moralità professionale...". I concorrenti sono tenuti ad attestare l'insussistenza delle predette cause di esclusione per mezzo di una dichiarazione sostitutiva ex D.P.R. n. 445/2000 e, in particolare,

detta dichiarazione deve riguardare - in caso di società per azioni, come nella specie - gli amministratori muniti di potere di rappresentanza ed il direttore tecnico.

La *ratio legis*, risiede nell'esigenza di verificare l'affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico scelto per la stipula del contratto e dunque il possesso dei suddetti requisiti di moralità in capo ai soggetti dell'operatore economico medesimo che, in quanto titolari di poteri di rappresentanza, siano in grado di trasmettere con il proprio personale comportamento la riprovazione dell'ordinamento al soggetto rappresentato e che abbiano altresì un significativo ruolo decisionale e gestionale, compresi gli institori e i vicari. Conseguentemente, per evidenti ragioni di ordine pubblico non può, a questo proposito, essere invocato il principio di favore alla massima partecipazione di concorrenti alla gara, bensì quello della *par condicio competitorum*, per cui in merito all'obbligo di rendere le dichiarazioni in questione la *lex specialis* non è passibile di interpretazioni estensive che si traducano in una violazione procedimentale a danno di quei concorrenti che vi si siano allineati in modo pedissequo.

Da quanto sopra discende che la rilevata omissione delle suddette dichiarazioni non consentiva di considerare la stessa alla stregua di mera incompletezza sanabile con una dichiarazione postuma, per cui la stazione appaltante è incorsa in un evidente errore nel disporre l'integrazione documentale, in applicazione dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 (si veda, fra le tante, la sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. II, 22 settembre 2008, n. 8425), stante oltretutto l'espressa previsione dell'esclusione dalla gara come conseguenza dell'omissione stessa ed a garanzia del principio della *par condicio* fra i partecipanti (si vedano, al riguardo, *ex multis* Cons. St., sez V, n. 4047/2008; n.4397/2008; n. 4894/2008; sez IV, n. 2435/2009).

Pertanto, essendo la disposta integrazione da considerare *tamquam non esset*, non è ad essa che si può fare riferimento per legittimare l'esclusione dalla gara dell'A.T.I. istante che si è rifiutata di produrre la documentazione richiesta, ma occorre stabilire se sussistevano i presupposti perché l'esclusione stessa dovesse essere disposta al momento della verifica dell'omissione nella seduta pubblica del 28 dicembre 2009, a nulla valendo la verifica *ex post* dell'effettiva sussistenza del requisito in parola.

A tal fine occorre necessariamente procedere all'esame dei certificati della CCIAA delle due imprese componenti l'A.T.I. esclusa, per verificare se i soggetti: Tracucci Luciano dell'Impresa IMET S.p.A., Messina Dario e Fratoni Antonello della Energetica Solare S.p.A. rivestano effettivamente un significativo ruolo decisionale e gestionale, tale da rendere obbligatoria la dichiarazione ai sensi del citato art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/2006, non essendo l'attestazione SOA di per sé sufficiente ai fini della disamina dei soggetti tenuti alle dichiarazioni in argomento - come correttamente osservato dalla stazione appaltante - in quanto potrebbero verificarsi eventi successivi alla stessa attestazione in grado di modificare i poteri di rappresentanza precedentemente conferiti. Inoltre, per una corretta applicazione della citata normativa, occorre fare riferimento alle funzioni sostanziali di tali soggetti più che alle qualifiche formali, altrimenti la evidenziata *ratio legis* potrebbe essere agevolmente elusa e dunque vanificata.

Nel caso specifico, come dimostrano i certificati della CCIAA depositati in atti sia il Sig. Tracucci Luciano dell'Impresa IMET S.p.A. sia il Sig. Messina Dario della Energetica Solare S.p.A. sono dotati di rilevanti poteri di rappresentanza proprio nella specifica materia degli appalti. Infatti, al Sig. Tracucci Luciano dell'Impresa IMET S.p.A. sono stati conferiti con la procura, in particolare, i poteri di sottoscrivere in nome e per conto della società "- verbali consegna lavori da parte del direttore ai lavori e rappresentante dell'ente appaltante; - programma delle esecuzioni lavori secondo le modalità ed esigenze del committente; - approvazione progetto esecutivo; - proroghe per l'esecuzione dei lavori; - sospensione lavori; - contestazioni e riserve nel corso dell'esecuzione dei

lavori; - contabilità lavori; - accettazione verbali collaudi intermedi e generali; - verbale ultimazione lavori ed accettazione dell'opera", mentre la procura conferita al Sig. Messina Dario della Energetica Solare S.p.A. consente allo stesso, tra l'altro, il potere di "- partecipare all'apertura delle offerte secondo le modalità richieste dall'ente appaltante - accettare gli stati di avanzamento dei lavori e degli stati finali predisposti dal direttore dei lavori, le perizie di variante e gli atti di sottomissione relativi ad appalti assunti dalla società, formulando eventualmente le riserve che riterrà opportune e/o necessarie; - sottoscrivere verbali di inizio e fine lavori, verbali di sospensione e ripresa lavori e atti in genere relativi alla contabilità dei lavori, sia svolti per conto di enti pubblici che per privati ed enti privati".

Considerato, dunque, che i poteri di rappresentanza riconosciuti ad ambedue i soggetti di cui sopra, in particolare in materia di appalti, sono indubbiamente significativi, comportando ampie facoltà di negoziare in nome e per conto delle rispettive società IMET S.p.A. ed Energetica Solare S.p.A., concorrenti alla gara in A.T.I., è da ritenersi che entrambi i soggetti fossero tenuti - in base al dettato normativo e alla disciplina di gara - 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 è l'omissione della dichiarazione medesima, da rendersi al momento della presentazione dell'offerta senza possibilità alcuna di sanatoria con integrazione documentale, che legittima l'esclusione dell'A.T.I. istante dalla procedura di gara in oggetto.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'omissione della 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, da rendersi al momento della presentazione dell'offerta senza possibilità alcuna di sanatoria con integrazione documentale, legittima l'esclusione dalla gara dell'A.T.I. Energetica Solare S.p.A. (mandataria) - IMET S.p.A. (mandante).

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2010