

Parere n. 99 del 13/05/2010

Protocollo PREC 38/10/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'Azienda Ospedaliera "San Giuseppe Moscati" di Avellino - Concessione della progettazione definitiva ed esecutiva, realizzazione e gestione di un sistema di servizi integrati a servizio della città ospedaliera, costituito da parcheggio interrato per l'utenza, area commerciale, asili nido, albergo-foresteria ed opere collaterali - Importo a base d'asta € 49.962.180,00 - S.A.: Azienda Ospedaliera "San Giuseppe Moscati" di Avellino.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12 febbraio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'Azienda Ospedaliera "San Giuseppe Moscati" di Avellino ha chiesto a questa Autorità di esprimere un parere in ordine alla possibilità di ritenere valida, ai fini dell'ammissione alla gara, la dichiarazione "complessiva e cumulativa" resa dall'Amministratore di una delle società concorrenti che "per quanto di sua conoscenza, i Direttori Tecnici, gli Amministratori muniti di poteri di rappresentanza nonché i soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio non versano nelle condizioni di cui all'art. 38, comma 1 lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/06, gli stessi soggetti non hanno a proprio carico alcuna condanna per la quale beneficiano della non menzione", in luogo delle dichiarazioni autocertificative rese in nome proprio da parte dei diretti interessati, tenuto conto di quanto richiesto dal disciplinare di gara prodotto in atti.

Al riguardo, la stazione appaltante istante ha precisato che, all'atto della verifica della documentazione prodotta in sede di offerta dalla costituenda A.T.I. Pessina Costruzioni S.p.A. (capogruppo), De Vivo S.p.A. (mandante), Ing. A. Bortolazzi Consulting S.r.l. (mandante) e D.A.M. S.p.A. (mandante), è stato rilevato che una delle mandanti e, precisamente, la D.A.M. S.p.A., nell'effettuare (in persona del legale rappresentante della società medesima) la dichiarazione relativa all'assenza delle cause di incompatibilità previste dalle lettere b) e c) di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, aveva testualmente affermato quanto sopra riportato e tale dichiarazione non è apparsa in linea con quanto stabilito dal disciplinare di gara: a pag. 2, in relazione all'assenza di cause impeditive alla partecipazione alla gara; al punto 9), lettera v) relativo alle modalità di presentazione dell'offerta e al punto 11) concernente le cause di esclusione.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota pervenuta il 16 marzo 2010, la Pessina Costruzioni S.p.A., in nome proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. concorrente alla procedura di gara in oggetto, ha sostenuto, invece, la piena legittimità della suddetta dichiarazione complessiva e cumulativa, resa dalla DAM S.p.A. a firma del proprio legale rappresentante, con la quale la società mandante concorrente ha attestato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 38, 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000, l'assenza in capo ai direttori tecnici, agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza, nonché ai soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio, della cause ostative di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c), del D.Lgs. n. 163/2006.

Ad avviso della Pessina Costruzioni S.p.A., infatti, non vi è dubbio che i requisiti di idoneità morale di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 debbano essere posseduti dalle persone fisiche: direttori tecnici, amministratori muniti di poteri di rappresentanza, nonché cessati dalla carica nell'ultimo triennio delle imprese concorrenti, tuttavia non è esatto ritenere che essi soli, personalmente, siano abilitati a documentarlo, atteso che l'art. 47, comma 2, del D.P.R. n. 445/2000 prevede che la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà "resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza". Ciò peraltro - ad avviso della suddetta capogruppo dell'A.T.I. concorrente - è conforme a quanto stabilito dal disciplinare di gara e non è in contrasto con quanto previsto dal citato art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, per cui la dichiarazione prodotta dalla DAM S.p.A. è da ritenersi pienamente regolare ed in linea con quanto stabilito dalla *lex specialis*.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, si deve, preliminarmente, osservare che il disciplinare di gara, nelle parti richiamate anche dalla stazione appaltante istante, stabilisce: - in ordine ai "REQUISITI DI CARATTERE PERSONALE" (pag 2), che "Non saranno ammessi a partecipare alla gara i soggetti che versino nelle condizioni di cui all'art. 38 comma 1, lett. a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m) del D.Lgs. n.163/06 e di cui all'art. 32 quater c.p. (incapacità a contrarre con la Pubblica Amministrazione), e che versino altresì in eventuali condizioni interdittive di cui all'art. 9 comma 2 e artt.13 e 14 del D.Lgs. n.231/01 non compatibili con la partecipazione agli appalti pubblici, compresi provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36 bis comma 1 D.L n. 223/06"; - circa le "MODALITA' DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE" (punto 9, pagg. 10-12), che nella busta A - DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA devono essere contenuti, a pena di esclusione dalla gara, i seguenti documenti "... v) dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 ... con la quale il concorrente, assumendosene la piena responsabilità, comprova i requisiti di carattere personale, giuridico, economico, finanziario e tecnico in precedenza elencati, sia per le società concessionarie ed esecutrici e sia per i progettisti dell'opera"; - in merito alle "CAUSE DI ESCLUSIONE" (punto 11, pag. 16), che sono considerate cause di esclusione "... la mancanza, incompletezza o irregolarità sostanziale di alcuno dei documenti da inserire nella busta A - DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA".

Ciò posto, va considerato che al fine di dimostrare il possesso dei requisiti generali - ivi compresi quelli di cui alle lettere b) e c) del primo comma dell'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006 - il candidato o il concorrente è tenuto ad attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 (cfr. art. 38, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006).

In proposito, con la recente determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010 questa Autorità - pur consapevole delle oscillazioni di opinioni che si sono registrate sul punto - ha confermato che l'obbligo di attestare l'insussistenza delle cause interdittive di cui al citato articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006 riguarda gli operatori economici, ma ha anche affermato che la dichiarazione sostitutiva deve essere rilasciata dai soggetti indicati dalla disposizione richiamata (direttori tecnici, amministratori muniti di poteri di rappresentanza, soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio) anche se di tenore negativo, ad esempio, nel caso in cui il soggetto interessato non abbia subito condanne (cfr. pareri dell'Autorità n. 11 del 20 settembre 2007 e n. 237 del 5 novembre 2008).

Con la medesima determinazione n. 1/2010 è stato altresì precisato - in relazione all'ipotesi di cui alla lettera c) dell'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006, ma deve ritenersi che il principio valga anche

per la fattispecie di cui alla lettera b) - che con riguardo ai soggetti cessati dalla carica, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, del D.P.R. n. 445/2000, al legale rappresentante è consentito produrre una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà "per quanto a propria conoscenza", specificando le circostanze che rendono impossibile (ad esempio, in caso di decesso) o eccessivamente gravosa (ad esempio, in caso di irreperibilità o immotivato rifiuto) la produzione della dichiarazione da parte dei soggetti interessati.

Pertanto, ad eccezione di tali ipotesi, deve ritenersi che gli altri soggetti (direttori tecnici, amministratori muniti di poteri di rappresentanza, e soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio per i quali non ricorrano circostanze che rendono impossibile o eccessivamente gravosa la produzione della dichiarazione) siano tenuti a rendere personalmente la dichiarazione in questione, considerato che si tratta di soggetti che fanno parte della compagine dell'operatore economico concorrente, ovvero sono cessati dalla carica nell'ultimo triennio ma non sussistono ostacoli in ordine all'acquisizione della loro autodichiarazione. In tali ipotesi non sussistono ragioni per ritenere che le autodichiarazioni personali debbano o possano essere sostituite da una dichiarazione complessiva e cumulativa che, in quanto sottoscritta dal legale rappresentante della concorrente, non può che avere ad oggetto circostanze relative a terzi e, quindi, è resa "per quanto a conoscenza" del dichiarante, con conseguente rischio per la stazione appaltante di acquisire informazioni inesatte o incomplete, seppure rese in buona fede.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che, ad eccezione dei casi in cui per i soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio sussistano circostanze che rendono impossibile o eccessivamente gravosa la produzione della dichiarazione, i direttori tecnici, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e i soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio, sono tenuti a rendere personalmente la dichiarazione circa l'insussistenza delle cause interdittive di cui all'art. 38, comma 1, lettere b) e c), del D.Lgs. n. 163/2006.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 Maggio 2010