

PARERE N. 192 DEL 21/11/2012

PREC 185/12/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 Consorzio Atlantis – “*Affidamento del servizio di gestione delle aree di sosta, custodia non armata, reception ed altri servizi accessori da svolgersi all’interno dell’Azienda Ospedaliera G. Rummo di Benevento*” – Importo a base di gara euro 875.760,00 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Azienda Ospedaliera “G. Rummo” di Benevento.

Art. 38 del Codice – dichiarazione sull’insussistenza di precedenti penali – amministratori cessati dalla carica.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 31 luglio 2012 è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale il Consorzio Atlantis contesta l’esclusione disposta nei suoi confronti dall’Azienda Ospedaliera “G. Rummo” di Benevento, nell’ambito della procedura aperta per l’affidamento triennale *del servizio di gestione delle aree di sosta, custodia non armata, reception ed altri servizi accessori*, indetta con bando pubblicato il 12 aprile 2012, di importo a base di gara pari ad euro 875.760,00.

Nella seduta del 14 giugno 2012, la commissione di gara ha estromesso il Consorzio Atlantis a causa dell’asserita incompletezza delle dichiarazioni sull’assenza di precedenti penali in capo agli amministratori, ai sensi dell’art. 38, primo comma, del Codice dei contratti pubblici. In particolare, la commissione ha ravvisato la violazione di quanto prescritto a pena d’esclusione dal paragrafo 9 – lett. A2) e A3) del disciplinare di gara, in quanto:

- a) la dichiarazione autocertificata sarebbe stata resa soltanto dall’amministratore unico del Consorzio, sig. Raffaele Lazazzara, anziché da tutti i soggetti investiti di poteri gestori e di rappresentanza;
- b) la dichiarazione sarebbe reticente in relazione alla posizione degli amministratori cessati dalla carica nell’anno antecedente alla pubblicazione del bando.

Il Consorzio Atlantis afferma di aver prodotto una dichiarazione unica ed omnicomprensiva, a firma del legale rappresentante sig. Raffaele Lazazzara (anche per conto del procuratore generale sig. Francesco Lazazzara), e di non annoverare nel proprio organico amministratori cessati dalla carica nell’ultimo anno. A suo dire, l’esclusione sarebbe illegittima per violazione dell’art. 46, primo comma, del Codice dei contratti pubblici, che consentirebbe in ogni caso ai concorrenti di completare o chiarire il contenuto delle dichiarazioni allegate all’offerta, viepiù quando nella sostanza non emerga l’esistenza di precedenti penali incidenti sulla moralità professionale e non dichiarati in sede di offerta.

In sede di istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 4 settembre 2012, la stazione appaltante ha ribadito la correttezza del proprio operato e la legittimità dell’esclusione disposta.

Ritenuto in diritto

Il quesito all'esame dell'Autorità riguarda l'esclusione del Consorzio Atlantis dalla gara per l'appalto triennale del servizio *di gestione delle aree di sosta, custodia non armata e reception presso l'Ospedale "G. Rummo" di Benevento*, a causa dell'incompleta dichiarazione sull'assenza di precedenti penali a carico degli amministratori, in relazione a quanto prescritto a pena d'esclusione dal paragrafo 9 – lett. A2) e A3) del disciplinare di gara.

L'esclusione, anche alla luce dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante, è illegittima.

La richiamata clausola del disciplinare obbligava i concorrenti ad allegare la dichiarazione sull'assenza di precedenti penali, sottoscritta individualmente: a) da *"tutti gli amministratori muniti di potere di rappresentanza e i direttori tecnici"* attualmente in carica; b) per gli amministratori cessati dalla carica, dal *"legale rappresentante o da soggetto abilitato ad impegnare e rappresentare legalmente la Ditta offerente"*.

Il Consorzio Atlantis ha prodotto una dichiarazione sostitutiva unica, nelle forme stabilite dal D.P.R. n. 445 del 2000, a firma del legale rappresentante sig. Raffaele Lazazzara, che ha dichiarato l'assenza di situazioni ostative ai sensi dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, per se stesso e per conto del procuratore generale sig. Francesco Lazazzara. Quanto agli amministratori cessati dalla carica nell'ultimo anno, il Consorzio Atlantis ne ha escluso radicalmente l'esistenza e, sul punto, la stazione appaltante non ha fornito elementi contrari.

Orbene, va in primo luogo evidenziato che, secondo i principi generali in tema di rappresentanza, anche una dichiarazione di scienza può essere resa a mezzo di rappresentante. Perciò, anche nelle pubbliche gare, le dichiarazioni relative all'assenza di condanne penali sono normalmente rese non nell'interesse del solo soggetto che sottoscrive l'offerta, bensì nell'interesse dell'impresa concorrente, sicché è ben possibile che l'amministratore che sottoscrive gli atti di gara renda le dichiarazioni anche in vece degli altri amministratori coinvolti, purché nominativamente indicati, osservando le prescrizioni di cui all'art. 47 del D.P.R. n. 445 del 2000 (in giurisprudenza, tra molte: TAR Puglia, Bari, sez. I, 15 novembre 2011 n. 1712; Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010 n. 7524).

La mancata sottoscrizione delle dichiarazioni di cui all'art. 38 del Codice da parte di tutti gli amministratori dell'impresa non integra alcun vizio, ove la dichiarazione sia stata resa da uno dei legali rappresentanti con poteri di amministrazione a firma disgiunta, considerato che l'obbligo per l'impresa partecipante ad una gara pubblica di rendere le prescritte dichiarazioni può essere legittimamente assolto dal suo rappresentante legale anche in relazione alle posizioni di terzi, inclusi gli altri amministratori eventualmente muniti di poteri di rappresentanza (così, su fattispecie analoga: Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2011 n. 3200).

Nel caso specifico, il bando di gara non osta all'applicazione di tale principio generale, ben prestandosi ad essere interpretato in coerenza con esso e secondo la regola generale del *favor participationis*, codificata dal comma 1-bis dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, ai cui sensi le stazioni appaltanti possono escludere i concorrenti soltanto in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice, dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta, così vietando di sanzionare con l'esclusione qualsivoglia carenza formale riscontrata nella documentazione e nelle dichiarazioni sostitutive prodotte dai concorrenti.

Ad identica conclusione deve pervenirsi in merito al secondo e connesso motivo di esclusione, riguardante l'omessa presentazione da parte del Consorzio Atlantis della dichiarazione circa l'assenza di cause di esclusione in capo agli amministratori cessati dalla carica nell'ultimo anno. In punto di fatto, non è contestata la circostanza che nella compagine del Consorzio non si è verificata alcuna cessazione dalla carica di amministratore o direttore tecnico, nell'anno

antecedente alla pubblicazione del bando di gara, cosicché non vi era il preteso onere dichiarativo ai fini dell'ammissione (in questo senso, su fattispecie analoga: TAR Puglia, Bari, sez. I, 25 ottobre 2012 n. 1806).

In conclusione, sulla base degli atti e dei documenti pervenuti all'Autorità, deve giudicarsi illegittima l'esclusione deliberata dall'Azienda Ospedaliera "G. Rummo" di Benevento nei confronti del Consorzio Atlantis, per l'asserita incompletezza della dichiarazione resa ai sensi del paragrafo 9 – lett. A2) e A3) del disciplinare di gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,- che l'Azienda Ospedaliera "G. Rummo" di Benevento abbia illegittimamente escluso dalla gara in epigrafe il Consorzio Atlantis, avendo quest'ultimo ottemperato agli obblighi di dichiarazione previsti dal disciplinare di gara.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 novembre 2012

Il Segretario Maria Esposito