

## **Parere n.200 del 20/11/2013**

### **PREC 171/13/S**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Comunità Montana dei Monti Sibillini – “Servizi di integrazione scolastica, di assistenza educativa e di assistenza domiciliare domestica per soggetti disabili o con disagio sociale”. Importo a base di gara €149.953,60 – S.A. Comunità Montana dei Monti Sibillini.

**Art. 38 D.Lgs. 163/2006. Dichiarazione unica resa dal rappresentante legale anche per conto terzi.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 28 giugno 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la Comunità Montana dei Monti Sibillini ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione disposta nei confronti della Cooperativa Sociale PA.Ge.F.Ha per incompletezza della dichiarazione circa il possesso dei requisiti morali ex art. 38 D.Lgs 163/2006.

Riferisce la stazione appaltante che, nell'ambito della gara concernente il cottimo fiduciario (CIG 5078849EC4) per l'appalto dei "Servizi di integrazione scolastica, di assistenza educativa e di assistenza domiciliare domestica per soggetti disabili o con disagio sociale", la Cooperativa Sociale PA.GE.F.Ha Onlus non ha utilizzato il modulo appositamente predisposto per la dichiarazione relativa all'assenza di condanne ostative di cui all'art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici, e ha presentato, una dichiarazione unica a firma del Presidente e legale rappresentante, resa anche per conto del Vice Presidente.

L'amministrazione appaltante, quindi, sull'assunto che la dichiarazione di cui all'art. 38, c. 1 lett.c), in presenza di più amministratori muniti di poteri di rappresentanza, non possa essere resa dal solo legale rappresentante, ha escluso il concorrente dalla gara. Quest'ultimo ha chiesto la riammissione sulla scorta del parere espresso dall'AVCP in data 21.11.2012, n. 192.

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 18 luglio 2013, è pervenuta una memoria della Cooperativa Sociale PA.Ge.F.HA.

### **Ritenuto in diritto**

La questione qui in rilievo concerne la legittimità della dichiarazione unica resa dal legale rappresentante della Cooperativa Sociale P.A.Ge.F.Ha., con cui si autocertifica l'assenza di precedenti ostativi, anche con riferimento all'altro soggetto munito di poteri di rappresentanza che ricopre la carica di vice presidente.

Al riguardo l'art. 38 D.Lgs. 163/2006 stabilisce che “1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: c) ...l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci 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 o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio...2. Il candidato o

il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione...”.

Con parere n. 192 del 21.11.2012, l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici ha affermato 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).

Nel caso di specie, la stazione appaltante aveva predisposto un apposito modulo da utilizzare al fine di dichiarare l'assenza di condanne ostative ai sensi dell'art. 38, c. 1 lett. c) del Codice e in tale modulo era contenuta l'"avvertenza" secondo cui "detta dichiarazione deve essere resa, utilizzando gli appositi spazi sottostanti la firma del Legale rappresentante, anche da tutti gli altri amministratori con poteri di rappresentanza.

La Cooperativa Sociale PA.Ge.F.Ha è stata esclusa, quindi, per aver presentato una dichiarazione resa dal rappresentante legale anche per conto dell'unico altro soggetto munito di poteri di rappresentanza ovvero la Vice Presidente del C.d.A. Velia De Regis.

Dall'esame della documentazione in atti, però, emerge che nella dichiarazione presentata dal legale rappresentante della cooperativa, non solo era evidenziato il nominativo della Vice Presidente con tutti i dati identificativi (luogo, data di nascita e indirizzo), ma di quest'ultima era stata allegata anche copia del documento di identità, così come richiesto dalla stessa stazione appaltante.

D'altra parte è proprio la Comunità Montana dei Monti Sibillini che riconosce che "in altra parte della domanda *"per relationem"* detti amministratori sono indicati”.

Al riguardo si richiama una recentissima decisione del T.A.R. Lazio (Sez. II TER, 28 ottobre 2013, n. 9185) che ha sostenuto la possibilità per il rappresentante legale dell'impresa di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 con riferimento espresso anche agli altri soggetti nei cui confronti il requisito va comprovato, a condizione, però, che dalla stessa dichiarazione sia ricavabile l'indicazione analitica e nominativa dei predetti altri soggetti, non solo per consentire alla stazione appaltante di compiere le necessarie verifiche, ma anche per l'assunzione di responsabilità del dichiarante per il caso di non veridicità di quanto attestato (*ex multis*: Cons. stato III, 1° luglio 2013, n. 3544; Cons. Stato, III, 16 novembre 2011, n. 6053).

Infatti, la mancata indicazione dei nominativi dei soggetti diversi dal dichiarante riguardo ai quali si attesta l'insussistenza di cause ostative sul piano della moralità implica anche la mancata assunzione di responsabilità per il caso di non veridicità della dichiarazione che rappresenta il *"proprium"* del meccanismo dell'autocertificazione (Cons. Stato, sez. IV, n. 1516, 16 marzo 2012; n. 6053, 16 novembre 2011; sez. V, n. 7578, 20 ottobre 2010).

La circostanza, poi, che nel caso di specie il modulo predisposto dalla stazione appaltante contenesse l'avvertenza secondo cui detta dichiarazione deve essere resa anche da tutti gli altri amministratori con poteri di rappresentanza, può ben essere intesa nel senso che anche rispetto a questi ultimi è richiesta l'assenza del c.d. pregiudizio penale. Tant'è che lo stesso Consiglio di Stato ha specificato che laddove il disciplinare afferma che la dichiarazione sostitutiva dovrà essere resa anche da tutti i soggetti indicati dall'art. 38, comma 1, lett. c), codice appalti, esso va interpretato nel senso che esige la dichiarazione anche con riferimento a tutti tali soggetti, ma non nel senso escludere la possibilità di rendere dichiarazione a mezzo rappresentante, in deroga al principio generale che le dichiarazioni di scienza possono essere rese a mezzo rappresentante

(Cons. Stato, 20 giugno 2012 n. 3590).

Nel caso di specie, il concorrente ha non solo indicato il nominativo della Vice Presidente, ma, in ossequio a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara, ha anche allegato copia del documento di identità di quest'ultima. Conseguentemente ha posto la stazione appaltante nella condizione di effettuare le necessarie verifiche, assumendo su di sé la responsabilità per il caso di non veridicità di quanto attestato.

Per le ragioni sopra esposte si ritiene quindi illegittima l'esclusione disposta nei confronti della Cooperativa Sociale PA.Ge.F.Ha.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione disposta nei confronti della Cooperativa Sociale PA.GE.F.Ha sia illegittima.

I Consiglieri Relatori Giuseppe Borgia Sergio Gallo

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 dicembre 2013

Il Segretario Maria Esposito