

Parere n.54 del 19 marzo 2014

PREC 216/13/S.O.S.

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'(... omissis ...) – “Servizio di (... omissis ...)”. Importo a base di gara € (... omissis ...) – S.A. Istituto (... omissis ...).

Amministratore cessato dalla carica. Dissociazione.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data (... omissis ...) è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale l'Istituto (... omissis ...) ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'ammissione con riserva del costituendo RTI (... omissis ...) - a cui la ditta (... omissis ...) partecipa in qualità di mandante – per non aver quest'ultima tenuto una condotta dissociativa nei confronti del cessato amministratore delegato Sig. (... omissis ...).

Risulta infatti, come rappresentato nella dichiarazione relativa ai soggetti cessati prodotta dalla ditta (... omissis ...), che nell'anno antecedente la pubblicazione, in data (... omissis ...), del bando di gara, cessava dalla carica di amministratore unico il Sig. (... omissis ...), segnatamente il (... omissis ...), a seguito di condanna penale definitiva, e che l'azienda, al fine di dissociarsi dalla condotta dell'ex amministratore, attivava un'azione di responsabilità civile nei confronti dello stesso, avviando una causa risarcitoria depositata il (... omissis ...) e pendente presso il Tribunale Civile di (... omissis ...).

L'Istituzione (... omissis ...) avanzava tuttavia alla (... omissis ...) precise richieste di chiarimento in merito al ruolo del Sig. (... omissis ...) in quanto risultava che il predetto, in data (... omissis ...), ossia dopo la proposizione dell'azione civile, sottoscriveva in rappresentanza della medesima (... omissis ...) un verbale di accordo per la CIG in sede governativa con il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

L'azienda sosteneva che il ruolo del Sig. (... omissis ...) innanzi al Ministero del Lavoro era di “mero accompagnatore” in occasione di un incontro di accordo formale sulla cassa integrazione in deroga presso il Ministero del lavoro, e che “ad oggi lo stesso svolge attività di mero supporto amministrativo”.

Eccepire la stazione appaltante che detto ruolo contrasterebbe decisamente con il fatto che egli abbia apposto la propria firma sull'accordo, siglandone ogni foglio, pur in presenza dell'amministratore unico dell'Impresa. Inoltre l'affermazione che “ad oggi lo stesso svolge attività di mero supporto amministrativo” non chiarirebbe nella sostanza quale sia il suo ruolo all'interno dell'azienda, ma al contrario dimostrerebbe che è in corso un rapporto di collaborazione con il Sig. (... omissis ...).

Pertanto, secondo l'amministrazione, l'Impresa non avrebbe adottato misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata e ciò porterebbe a ritenere che l'atto di dissociazione si configuri come “mero atto strumentale, volto ad evitare effetti negativi nei confronti della società” ((Cons. St Sez.V, n. 6402 del 26/10/2006).

Conseguentemente, il raggruppamento veniva ammesso alla fase di gara relativa all'apertura dell'offerta tecnica con riserva di ogni ulteriore decisione all'esito del parere dell'organo di questa AVCP.

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data (... omissis ...), non sono pervenute memorie.

Ritenuto in diritto

La questione qui in rilievo concerne la valutazione, ai fini dell'esclusione, della condotta effettivamente e sostanzialmente dissociativa tenuta dalla ditta (... omissis ...) – mandante del costituendo RTI (... omissis ...) - nei confronti del cessato amministratore delegato Sig. (... omissis ...)

L'art. 38 co. 1 lett. c) D.Lgs. 163/2006 stabilisce che “In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata”.

Deve ritenersi che l'azione civile promossa nel (... omissis ...) dalla (... omissis ...) nei riguardi del Sig. (... omissis ...), seppur in grado di testimoniare senza ombra di dubbio che la stessa si sia dissociata dalla condotta tenuta da quest'ultimo, risulta tuttavia indebolita dal successivo intervento, in sede di accordo governativo, del sig. (... omissis ...) in rappresentanza della stessa (... omissis ...).

Non solo, ma anche le giustificazioni addotte dalla (... omissis ...) alla stazione appaltante non sono del tutto convincenti posto che il ruolo di mero supporto amministrativo svolto dall'ex amministratore non chiarirebbe nella sostanza quale sia il suo rapporto con la società ed in ogni caso manterrebbe in atto una collaborazione non consentita dall'ordinamento ai fini della prova della effettiva dissociazione.

A tal proposito con Determinazione n. 1/2012, recante “Indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici”, questa Autorità ha stabilito che “Viene, poi, precisato che, in ogni caso, qualora vi siano soggetti cessati dalla carica, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, per pregressa condotta delittuosa, al fine di evitare di incorrere nell'esclusione e nel divieto, l'operatore economico deve dimostrare che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

La norma, innovando rispetto alla precedente disposizione, non fa più riferimento all'adozione di atti o misure di completa dissociazione; ciò può essere ritenuto indice della volontà del legislatore, nell'ambito di una visione “sostanzialistica”, di separare la prova dell'intervenuta effettiva e completa dissociazione dalla formale adozione di atti e misure volti in tal senso, con la conseguenza che la prova della dissociazione può essere liberamente desunta dagli atti prodotti. In quest'ottica, in relazione allo specifico caso concreto, l'avvio di un'azione risarcitoria o la denuncia penale potrebbero non essere necessari per la dimostrazione dell'effettiva dissociazione ma, di contro, potrebbero non essere sufficienti qualora, valutando altre circostanze concrete emergesse il carattere meramente formale del comportamento dissociativo. L'onere di fornire la prova grava sull'operatore economico al quale il legislatore consente di evitare l'effetto dell'esclusione dalla gara, irrogata in conseguenza dell'operato dei soggetti cessati dalla carica, a condizione che, attraverso la dissociazione, venga interrotto quel nesso di identificazione e di collegamento presunti tra i soggetti cessati e la società stessa. A titolo esemplificativo, possono essere considerati indici rivelatori dell'effettività della dissociazione le circostanze indicate nella determinazione n. 1/2010, quindi, “l'estromissione del soggetto dalla compagine sociale e/o da tutte le cariche sociali con la prova concreta che non vi sono collaborazioni in corso, il licenziamento ed il conseguente avvio di un'azione risarcitoria, la denuncia penale”.

Nella fattispecie qui in esame, l'Amministrazione può fondatamente ritenere che la dissociazione della (... omissis ...) dalla condotta dell'amministratore cessato sig. (... omissis ...)

sia solo formale e non sostanziale, essendovi la prova della presenza di collaborazioni in corso.

Conseguentemente, è legittima l'esclusione della ditta (... omissis ...) in RTI (... omissis ...) dalla gara in esame.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione nei confronti della ditta (... omissis ...)

in RTI (... omissis ...) sia legittima.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 aprile 2014

Il Segretario Maria Esposito