

Parere n. 89 del 23 aprile 2014

PREC 298/13/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Mastio Giuseppe s.r.l. – Procedura negoziata lavori di realizzazione pensiline per ricovero mezzi e copertura impianto di lavaggio – Importo a base d'asta €329.071,99 - S.A.: Azienda Trasporti Pubblici Nuoro.

Dichiarazione ex art. 38, D.Lgs. n.163/2006. Direttore tecnico e procuratore speciale.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 14 novembre 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale l'Impresa Mastio Giuseppe S.r.l. chiede se sia legittima la sua esclusione dalla gara in oggetto disposta in quanto, in violazione di specifica disposizione della *lex specialis* di gara, la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di moralità ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 non è stata sottoscritta anche dai direttori tecnici e dal procuratore speciale indicato.

L'Azienda Trasporti Pubblici Nuoro ha attivato la manifestazione di interesse con pubblicazione di avviso esplorativo finalizzato alla partecipazione alla procedura negoziata, ai sensi degli artt. 57, comma 6 e 122, D.Lgs. n. 163/2006.

In data 23.10.2013 si è proceduto alla verifica della documentazione presentata dalle imprese manifestanti interesse e, a seguito dell'esame, l'impresa Mastio Giuseppe S.r.l. è stata esclusa con la seguente motivazione: “il modello A allegato all'avviso in oggetto prevede che la dichiarazione deve essere firmata, a pena di esclusione, anche dalle persone indicate al punto o). La firma apposta in calce alla presente dichiarazione non va autenticata. Alla presente dichiarazione dovrà essere allegata, pena esclusione dal procedimento, copia fotostatica di idoneo documento di identità del dichiarante e/o dei dichiaranti. L'art. 38 del D.Lgs. n° 163/2006 prevede, a pena di esclusione, che la dichiarazione debba essere prestata da tutti i soggetti previsti nel medesimo articolo di legge. La suddetta disposizione é stata disattesa”.

Il modello A “Istanza di ammissione e dichiarazione unica” predisposto dalla stazione appaltante ed utilizzato dall'istante prevede, alla lett. o), che quanto dichiarato per sé dal rappresentante legale, in merito ai requisiti di moralità ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, “è dichiarato anche per....tutti i direttori tecnici e tutti i rappresentanti legali per ogni tipo di società...(indicare nominativi, data di nascita, titolo, residenza e c.f.)...; tutti i procuratori speciali o generali della società (indicare nominativi, data di nascita, titolo, residenza e c.f.)”; inoltre, in calce a detto modello A, si legge “N.B. La suddetta dichiarazione deve essere firmata, a pena di esclusione, anche dalle persone indicate al punto o)...Alla presente dichiarazione dovrà essere allegata, pena esclusione dal procedimento, copia fotostatica di idoneo documento di identità del dichiarante e/o dei dichiaranti”. Risulta che l'amministratore unico della ditta istante abbia reso la dichiarazione ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 anche per i seguenti soggetti: Mastio Marina – direttore tecnico; Mastio Davide – direttore tecnico; Mastio Antonio – procuratore speciale; Mastio Davide – direttore tecnico con procura speciale. Tuttavia, questi soggetti non hanno apposto la loro firma - come invece espressamente previsto a pena di esclusione dal modello A utilizzato.

A seguito di istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 18.12.2013, è pervenuta una memoria della stazione appaltante.

Ritenuto in diritto

L'impresa Mastio Giuseppe S.r.l. chiede se sia legittima la sua esclusione dalla gara disposta in quanto, in violazione di specifica disposizione della *lex specialis* di gara, la dichiarazione circa il

possesso dei requisiti di moralità ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 non è stata sottoscritta anche dai direttori tecnici e dal procuratore speciale indicato.

Nella Determinazione n. 4/2012 l'Autorità si è espressa con riferimento alla dichiarazione resa dal legale rappresentante rispetto ai soggetti cessati dalle cariche, irreperibili o non disponibili, precisando che “per quanto riguarda i soggetti cessati dalle cariche nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, ove essi siano irreperibili o non disponibili, il legale rappresentante può presentare una dichiarazione, resa ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, in cui affermi, “per quanto a propria conoscenza”, il possesso dei requisiti richiesti, corredata dai dati anagrafici dei soggetti in modo da consentire alle stazioni appaltanti di effettuare le verifiche necessarie”.

Nel successivo parere prec. n. 192 del 21.11.2012, sulla base di un orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato, l'Autorità ha ritenuto si potesse estendere il potere del legale rappresentante di rilasciare una dichiarazione sui requisiti ex art. 38 del Codice con riferimento a tutti i soggetti elencati nel Codice stesso, esprimendo il principio secondo cui, seppur prevista a pena di esclusione, la mancata sottoscrizione delle dichiarazioni di cui all'art. 38 del Codice da parte dei soggetti richiesti dalla norma non integra alcun vizio ove la dichiarazione sia 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 muniti di potere di rappresentanza (Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2011, n. 3200). La tesi risulta coerente con l'orientamento espresso da Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 20.06.2012, n. 3590 secondo cui: “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 di escludere la possibilità di rendere dichiarazione a mezzo rappresentante, in deroga al principio generale che le dichiarazioni di scienza possono essere rese a mezzo di rappresentante.

Pertanto, alla luce dei precedenti sopra richiamati e nell'ottica di un'applicazione sostanzialistica della *lex specialis* di gara, il provvedimento di esclusione adottato nei confronti della ditta Mastio Giuseppe S.r.l., per come motivato, anche se effettivamente conforme alle prescrizioni contenute nella disciplina di gara deliberata dalla stazione appaltante, non appare rispondente ai principi della normativa di settore di cui agli artt. 38 e 46, D.Lgs. n. 163/2006 e come riportati dalla richiamata giurisprudenza.

Ne consegue che la dichiarazione resa dal legale rappresentante dell'impresa anche per conto degli elencati direttori tecnici e procuratore speciale, doveva ritenersi sufficiente a soddisfare le prescrizioni di cui all'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, fatte salve le ulteriori verifiche di competenza della stazione appaltante sulla veridicità della dichiarazione resa e sulla sussistenza dei requisiti dichiarati.

A ciò si aggiunga che, nel caso concreto, la richiesta apposizione della firma in calce alla dichiarazione resa da parte del legale rappresentante non sarebbe stata comunque idonea, di per sé, a conferire la natura di una dichiarazione sostitutiva di certificazione imputabile ai soggetti sottoscrittori risultando carente degli elementi essenziali previsti dalla disciplina dell'autocertificazione di cui al D.P.R. n. 445/2000 (espressa assunzione di paternità della dichiarazione accompagnata dall'allegata copia di un documento idoneo di identità). Né l'orientamento giurisprudenziale richiamato dalla stazione appaltante nella memoria trasmessa agli atti (Cons. Stato, Sez. V, ord. n. 1943/2013; Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 3550/2013) appare conferente rispetto alla fattispecie in esame.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la commissione di gara avrebbe dovuto ammettere la ditta Mastio Giuseppe S.r.l. alla procedura di gara.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 maggio 2014

Il Segretario Maria Esposito