

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del d.lgs. n. 163/2006, presentata dalla Malara Service s.r.l. - lavori di realizzazione di un impianto di climatizzazione centralizzato- Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: € 558.000,00- S.A.: I N P S - DIREZIONE REGIONALE DI CATANZARO

## **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### *Considerato in fatto*

Con istanza pervenuta in data 24 novembre 2011, la Malara Service s.r.l. ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito alla propria esclusione dalla procedura ristretta indicata in oggetto; al riguardo, l'istante ha segnalato di essere stata esclusa dalla gara per la mancata allegazione della dichiarazione del proprio Direttore Tecnico relativamente al possesso dei requisiti previsti dall'articolo 38, comma 1, lett. b) e c) del D.lgs. n. 163/2006.

A seguito della comunicazione di esclusione effettuata dalla stazione appaltante in data 9 novembre 2011, l'impresa istante ha obiettato, innanzitutto, che in nessun punto della documentazione di gara la dichiarazione di cui all'articolo 38, comma 1, lett. b) e c) del D.lgs. n. 163/2006 da parte del Direttore Tecnico veniva richiesta a pena di esclusione, ed inoltre, che, anche richiamando la formulazione del citato art.38, nella parte in cui prevede che *"l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale..."* (art.38, comma 1, lett.b *cit.*), l'uso della particella disgiuntiva "o" farebbe venir meno il presupposto dell'esclusione, dovendosi ritenere alternative le dichiarazioni del legale rappresentante e del direttore tecnico.

Infine l'istante sottolinea come, trattandosi di procedura ristretta, la dimostrazione dei requisiti di cui all'art.38 non sarebbe necessaria sin dalla presentazione della domanda di partecipazione, ben potendo gli stessi essere dimostrati successivamente in fase di presentazione dell'offerta; sulla base delle richiamate considerazioni l'impresa Malara Service chiedeva pertanto la riammissione alla procedura di gara *de qua*, ritenendo in ogni caso integrabile la dichiarazione circa i requisiti ex art.38, comma 1, lett. b) e c) da parte del Direttore Tecnico.

A seguito delle contestazioni svolte dall'Impresa odierna istante, la Stazione Appaltante ha ritenuto di confermare il provvedimento di esclusione adottato, precisando che, al di là di una espressa comminatoria di esclusione da parte della *lex specialis*, la normativa vigente, chiaramente richiamata dal Bando di gara, prevede in modo inequivocabile la obbligatorietà della dichiarazione da parte del direttore tecnico degli operatori economici concorrenti circa il possesso dei requisiti previsti dall'articolo 38, comma 1, lett. b) e c) del d.lgs. n. 163/2006.

A riscontro dell'istruttoria formalmente avviata da questa Autorità in data 8 febbraio 2012 le parti non hanno formulato controdeduzioni.

### *Ritenuto in diritto*

La problematica sottoposta a questa Autorità attiene alla legittimità o meno della esclusione disposta nei confronti della società istante per la mancata allegazione alla domanda di partecipazione delle dichiarazioni ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del d.lgs. n. 163/2006 da parte del Direttore Tecnico dell'impresa.

In via preliminare, con riferimento alla possibilità, sostenuta da parte istante, di dimostrare il possesso dei requisiti ex art. 38 in fase di presentazione dell'offerta anziché in sede di domanda di partecipazione, trattandosi nel caso in esame di una procedura ristretta, occorre affermare che tale possibilità è esclusa, come chiarito, tra l'altro, da questa Autorità, da ultimo, nella Determinazione n.1 del 2010, in cui si afferma espressamente che i requisiti di idoneità morale, così come quelli di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria “*devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte o della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette e devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento fino alla stipula del contratto.*”

Dalla documentazione in atti e per espressa dichiarazione della stessa impresa istante, invece, risulta che il Direttore Tecnico della Malara Service srl non ha reso la dichiarazione circa l'assenza del c.d. pregiudizio penale di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c) del d.lgs. n. 163/2006.

Occorre, inoltre, considerare che, per espressa disposizione legislativa, le cause di esclusione di cui alle lettere b) e c) dell'art.38, comma 1 del D.lgs.163/2006 operano sia con riferimento al titolare dell'impresa individuale o al socio della società in nome collettivo o al socio accomandatario della società in accomandita semplice o agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza se si tratta di altro tipo di società, sia con riferimento ai direttori tecnici dei predetti soggetti.

Si tratta, evidentemente, di una disposizione che ha la chiara finalità di attuare un controllo effettivo sulla idoneità morale degli operatori economici, con riferimento a tutti i soggetti in grado di impegnare all'esterno l'impresa, tanto da richiedere le dichiarazioni non solo in capo agli amministratori muniti di legale (e formale) potere di rappresentanza, ma anche ai direttori tecnici e, in determinate ipotesi, anche al socio di maggioranza.

Ne deriva che, nel caso in esame, a norma dell'art.38, comma 1, lett. b) e c) del D.lgs. 163/2006, il prescritto possesso dei requisiti di idoneità morale avrebbe dovuto essere dimostrato sia dal Legale rappresentante e Amministratore unico, sia dal Direttore Tecnico, dovendosi prescindere, peraltro, dal dato che tale obbligo, pur richiamato nella *lex specialis*, fosse o meno accompagnato da una espressa comminatoria di esclusione.

Secondo un costante orientamento giurisprudenziale, infatti, indipendentemente dalla presenza di un espresso riscontro nella normativa di gara, l'operatività dell'art.38, globalmente inteso, deve ammettersi in virtù della dovuta etero integrazione delle disposizioni del Bando di gara, concernenti il contenuto delle offerte, con le prescrizioni legislative di natura obbligatoria e tassativa contenute nel Codice dei Contratti pubblici (*cf. T.A.R. Puglia, Lecce, sez.III, 29 novembre 2010, n.2734*). Ciò in forza del generale principio della necessaria etero integrazione della *lex specialis* con le norme di legge di natura imperativa aventi un chiaro contenuto di ordine pubblico, cui la stazione appaltante non può derogare. (*cf. In tal senso, Cds, sez. V, 24 gennaio 2007, n.256*).

L'indefettibilità, ai fini della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, della dichiarazione sulla insussistenza di pregiudizi di ordine morale, con conseguente necessità dell'esclusione del concorrente che non abbia adempiuto o abbia adempiuto in maniera incompleta in tal senso, è insita nella stessa *ratio* dell'art.38.

Si tratta infatti di una norma di natura imperativa, le cui dichiarazioni sono richieste, in realtà, per una finalità che non si traduce solo nella garanzia sull'assenza di ostacoli di natura etica all'aggiudicazione, ma anche nella predisposizione dello strumento atto a consentire l'ordinaria verifica sull'affidabilità dei soggetti partecipanti. Invero, la concreta carenza di condizioni ostative costituisce un elemento successivo rispetto alla conoscenza di una situazione di astratta sussistenza

dei requisiti morali e giuridici che involgono la professionalità degli amministratori nonché dei direttori e dei responsabili tecnici di una società. (Cfr. in tal senso TAR Campania, Napoli, sez. I, 26 ottobre 2011, n. 4973).

L'esigenza di un ordinato svolgimento della gara, nonché ragioni di tutela della trasparenza e della *par condicio* tra i concorrenti impongono di anticipare al momento della presentazione dell'offerta la dichiarazione del possesso dei requisiti ex art. 38 escludendo la possibilità di una successiva integrazione in corso di gara.

Del resto, come argomentato recentemente dal Consiglio di Stato, (CdS, sez. III, 3 marzo 2011, n. 1371) *“ove fosse possibile ammettere l'offerta, pur in assenza della corrispondente dichiarazione, non sarebbe allora sufficiente la regola (art. 48, comma 1, D.lgs. 163/2006) della verifica dei requisiti limitata soltanto ad un campione del 10% delle offerte presentate: è infatti evidente che in tal caso per la maggioranza delle imprese partecipanti mancherebbe qualsiasi elemento conoscitivo circa l'effettiva situazione nei confronti degli obblighi prescritti dal primo comma dell'art. 38 citato e quindi in caso di mancanza dei requisiti, le imprese eluderebbero anche la irrogazione delle corrispondenti sanzioni con evidente violazione, sotto tale profilo, della regola della par condicio”*.

Quanto alla invocata possibilità di consentire una successiva integrazione documentale, la stessa è da ritenersi esclusa, non essendo consentito per evidenti ragioni di ordine pubblico e di tutela della *par condicio* considerare la rilevata omissione alla stregua di una mera incompletezza sanabile con una dichiarazione postuma.

Né in senso diverso può concludersi facendo riferimento alle modifiche di recente introdotte all'articolo 46 del D.lgs. n. 163/2006. Se è vero, per un verso, che il legislatore ha introdotto il comma 1 bis all'articolo 46 del D.lgs. n. 163/2006 rendendo esplicito l'intento di ampliare il campo di operatività del *“soccorso”* e riducendo le ipotesi di esclusione dalla gara, è pur vero che non ogni mancanza potrà essere regolarizzata soprattutto nel caso in cui ciò dovesse tradursi in un'alterazione della regola della *par condicio*. Del resto il comma 1 bis dell'art. 46 citato, statuisce che *“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di leggi vigenti ...”* e certamente l'obbligo dichiarativo di cui all'art. 38 può farsi rientrare tra le prescrizioni del Codice dei Contratti Pubblici la cui violazione determina esclusione dalla procedura di gara.

Appare evidente, dunque, alla luce di quanto esposto, che, la dichiarazione circa l'insussistenza delle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c) doveva obbligatoriamente essere resa anche dal Direttore Tecnico dell'impresa, pena l'esclusione dalla procedura di affidamento, secondo il chiaro tenore letterale della norma richiamata, né la Stazione Appaltante avrebbe potuto consentire la successiva integrazione della documentazione carente non ricorrendo i presupposti per invocare il c.d. *“soccorso”* di cui all'art. 46 del D.lgs. 163/2006.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara dell'Impresa Malara Service s.r.l. per omessa allegazione alla domanda di partecipazione delle dichiarazioni ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del d.lgs. n. 163/2006 da parte del proprio Direttore Tecnico

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 maggio 2012*

Il Segretario: Maria Esposito