



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

Parere n. 44

del 2/04/2009

PREC 08/09/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Regione Umbria - Affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione della piattaforma logistica dell'Alto Tevere nei Comuni di Città di Castello e di San Giustino - Importo a base d'asta euro 14.805.008,81 - S.A.: Regione Umbria.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 18 settembre 2008 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto, con la quale la Regione Umbria ha rappresentato di aver bandito una procedura di gara per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione della piattaforma logistica dell'Alto Tevere nei Comuni di Città di Castello e di San Giustino, prevedendo, a pena di esclusione, che l'istanza di partecipazione di un raggruppamento temporaneo dovesse essere resa mediante la compilazione del modello "*Allegato 2 – Raggruppamento temporaneo di imprese*", del modello "*Allegato 2A - dichiarazione relativa a ciascun componente del raggruppamento temporaneo di imprese*", nonché del modello "*Allegato 2B – dichiarazione relativa a tutti i legali rappresentanti, soci e direttori tecnici*".

Proprio in relazione alla presentazione di tale ultimo modello, Allegato 2B, relativo alle dichiarazioni dei legali rappresentanti, soci e direttori tecnici, la Regione Umbria chiede un parere all'Autorità, per conoscere se sia legittima, ai fini dell'ammissione alla procedura, una dichiarazione, presentata dal concorrente R.T.I. S.E.A.S. S.p.A. - Borgioni Fabbri S.r.l., sottoscritta esclusivamente dal Commissario Giudiziale e dal Presidente del Consiglio di Amministrazione e non anche dagli altri soggetti individuati dall'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006, (nella specie un consigliere delegato e due direttori tecnici ancora in carica) ancorché indicati nella dichiarazione stessa come sottoscrittori e benché al predetto modello sia stata allegata copia del documento di identità di ciascuno di essi.

Nei confronti della società S.E.A.S. S.p.A., infatti, il Tribunale di Perugia aveva disposto, ai sensi dell'articolo 15 del D.Lgs. n. 231/2001, con provvedimento dell'8 luglio 2008, la nomina di un Commissario Giudiziale, nonché una misura cautelare che consentiva alla società medesima di proseguire la propria attività mediante il Commissario nominato.

Successivamente, la Regione Umbria ha comunicato all'Autorità il provvedimento emesso dal Tribunale di Perugia, depositato in data 1° ottobre 2008, con il quale è stata disposta la revoca della

misura di cui all'ordinanza emessa in data 8 luglio 2008 e la sua sostituzione con il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, per un periodo di 8 mesi.

A riscontro dell'istruttoria avviata dall'Ufficio, la società S.E.A.S. S.p.A. ha comunicato di aver reso la dichiarazione di cui al modello Allegato 2B trascrivendo i nominativi dei Direttori Tecnici e dell'Amministratore Delegato, in quanto comparivano nei documenti dell'impresa (SOA e C.C.I.A.A.), e rispettando le disposizioni dettate dall'Autorità Giudiziaria del Tribunale di Perugia con dispositivo del GIP, datato il 15 luglio 2008, alla stregua del quale *“in considerazione del temporaneo esautoramento dei poteri dell'organo amministrativo, nonché della rappresentanza della società assunta dal Commissario Giudiziale, proprio al fine di garantire la prosecuzione dell'attività dell'impresa, è utile prevedere la doppia firma del Legale Rappresentante della società, in carica prima dell'applicazione della misura cautelare e del Commissario, unico soggetto in questo momento abilitato a rappresentare la società per tutti gli atti legati all'esecuzione di attività sorte precedentemente alla nomina del Commissario stesso”*.

In ottemperanza a tali statuizioni, la società ha presentato la documentazione di gara a doppia firma del Commissario Giudiziale e del Legale Rappresentante.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all'Autorità attiene alla problematica concernente i soggetti obbligati a presentare le dichiarazioni di cui all'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

Al riguardo, l'Autorità ha avuto più volte occasione di precisare (cfr.: pareri n. 164 del 21 maggio 2008, n. 193 del 10 luglio 2008 e n. 5 del 15 gennaio 2009) che la disposizione di cui all'articolo 38 indica in modo preciso i soggetti chiamati a dimostrare la sussistenza dei requisiti morali, individuandoli, per la fattispecie che rileva ai fini del presente parere, ovvero in caso di società per azioni, negli amministratori muniti del potere di rappresentanza e nel direttore tecnico.

La *ratio* della norma consiste, dunque, nella volontà che le dichiarazioni siano rese dagli interessati dal momento che il genere di dichiarazioni richieste costituisce frutto di informazioni su qualità personali e sulle relative vicende professionali e/o individuali dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza o dei direttori tecnici che, non necessariamente, possono essere a conoscenza del rappresentante legale dell'impresa, trattandosi di eventi (specie quelli connessi a procedimenti penali) che esulano da fattori rientranti nella organizzazione aziendale, in relazione ai quali, quindi, non può costituirsi un onere di conoscenza in capo al legale rappresentante della stessa.

Tanto premesso, occorre considerare la peculiarità della fattispecie prospettata dall'istante, che vede la dichiarazione ai sensi del menzionato articolo 38 sottoscritta esclusivamente dal Commissario Giudiziale e dal Presidente del Consiglio di Amministrazione, in ossequio al provvedimento emesso dal Tribunale di Perugia, in data 15 luglio 2008, alla stregua del quale *“ai commissari sono stati conferiti i poteri di ordinaria amministrazione, nonché di straordinaria amministrazione da esercitarsi su espressa autorizzazione dell'Autorità Giudiziaria. [...] E' quindi il commissario che viene ad assumere, dal momento della notifica dell'ordinanza e pertanto dal momento della sua esecuzione, i poteri di amministrazione così come individuati nell'ordinanza medesima e conseguentemente i poteri di rappresentanza assumendo la responsabilità della gestione. [...] Nell'ambito della problematica riguardante la prosecuzione di atti di gestione intrapresi dall'organo amministrativo prima dell'applicazione della misura cautelare in oggetto rientra la*

partecipazione a gare ed appalti, nonché l'esecuzione di gare e appalti già vinti. In riferimento a tale aspetto, [...] è utile prevedere la doppia firma del Legale Rappresentante della società, in carica prima dell'applicazione della misura cautelare, e del Commissario unico soggetto in questo momento abilitato a rappresentare la società per tutti gli atti legati all'esecuzione di attività sorte precedentemente alla nomina del Commissario stesso."

Dai richiamati contenuti del provvedimento giudiziale consegue che, ai fini della presentazione della dichiarazione ai sensi dell'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006, il Commissario Giudiziale ha il potere di rappresentanza ed è, dunque, legittimato a sottoscrivere la dichiarazione sostitutiva di cui al modello Allegato 2B, insieme al Presidente del Consiglio di Amministrazione, in qualità di legale rappresentante della società prima dell'emissione del provvedimento cautelare, trattandosi di attività sorta precedentemente alla nomina del Commissario.

Tuttavia, tale documento costituisce dichiarazione sostitutiva esclusivamente per i profili concernenti il possesso dei requisiti generali in capo al Commissario Giudiziale e al Legale Rappresentante, unici sottoscrittori dell'atto, ai quali, pertanto, può essere imputata la dichiarazione medesima. Tale dichiarazione, invece,

non può estendersi anche ai profili concernenti il possesso dei requisiti generali dei direttori tecnici e del consigliere delegato, i quali, pur avendo dichiarato il possesso dei requisiti ex articolo 38, comma 1, lettere b) e c), non hanno sottoscritto la relativa dichiarazione.

Infatti, ai sensi dell'articolo 38 del D.P.R. n. 445/2000 le dichiarazioni sostitutive per essere valide devono essere sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto, ovvero sottoscritte e presentate unitamente alla copia fotostatica del documento di identità del sottoscrittore.

Entrambi gli elementi, sottoscrizione e copia fotostatica del documento di identità, sono volti a comprovare l'imprescindibile nesso di imputabilità della dichiarazione ai soggetti che la sottoscrivono. Ne consegue che una dichiarazione, come quella prodotta nel caso di specie, priva di uno di tali elementi necessari prescritti dall'ordinamento non è conforme alla normativa in materia di documentazione amministrativa, con l'effetto che il concorrente che l'ha prodotta deve essere escluso dalla procedura di gara.

Né la peculiarità del caso di specie e gli specifici contenuti del provvedimento emesso dal Tribunale di Perugia possono giustificare una deroga al richiamato principio generale in materia di contratti pubblici per cui tutti i soggetti indicati nell'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006 sono obbligati a rendere le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di ordine generale.

Ferme restando tali considerazioni, non può non tenersi conto del fatto che, nelle more del presente procedimento, il Tribunale di Perugia ha emesso nei confronti della società un provvedimento di divieto di contrattare con la pubblica amministrazione per un periodo di otto mesi. Tale circostanza impedisce, in ogni caso, che la società S.E.A.S. S.p.A. possa essere ammessa alle successive fasi della procedura di gara.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la dichiarazione sostitutiva presentata dalla società S.E.A.S. S.p.A., ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettere b) e c) del D.Lgs. n. 163/2006, non è conforme alla normativa in materia di contratti pubblici.

I Consiglieri Relatori

Andrea Camanzi

Guido Moutier

Il Presidente

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9/4/2009