

Anche il vice presidente è tenuto a rendere la dichiarazione circa il possesso dei requisiti ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Soggetti ammessi a partecipare_art. 38 del codice dei contratti

Obbligo di dichiarazione anche da parte del Vice Presidente

Doverosa esclusione in caso di l'omessa dichiarazione

Anche il vice presidente è tenuto a rendere la dichiarazione circa il possesso dei requisiti ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici

è fondata la censura con la quale si deduce l'omessa dichiarazione sostitutiva dei requisiti di ordine generale da parte del Vice Presidente della società mandataria del raggruppamento aggiudicatario.

Dall'esame della documentazione versata in atti, e in specie dalla dichiarazione resa in sede di gara (il Modello 3 "Dichiarazioni personali"), emerge come siano stati gli stessi amministratori della società *****&Associati ad includere l'ing. M_, nella sua qualità di Vice Presidente. Tuttavia, tale dichiarazione non risulta, poi, sottoscritta dall'interessato.

D'altronde, non può essere accolto il rilievo difensivo secondo cui la dichiarazione sarebbe stata sottoscritta dagli (altri) amministratori anche per l'Ing. M_, ai sensi dell'art. 47, comma 2, del D.P.R. n. 445/2000 (La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza.). Dalla struttura della dichiarazione non emerge, in alcun punto, né la conoscenza della situazione relativa all'ing. M_, né la intenzione dei dichiaranti di attestare il possesso dei requisiti anche nei confronti dell'ing. M_.

Per quanto concerne l'attribuzione dei poteri di rappresentanza legale della società, come già rilevato in sede cautelare, ciò discende dall'esame dell'art 27 dello Statuto della C. Controinteressata&Associati che ricollega la carica di vice - Presidente alla rappresentanza legale della società ("Sono rappresentanti legali della *****à - disgiuntamente tra loro - ed hanno la firma sociale, il Presidente del Consiglio di Amministrazione, l'Amministratore Delegato ed il Vice Presidente"). Sul punto, la società controinteressata ha prodotto in giudizio la deliberazione del Consiglio di Amministrazione del 26 febbraio 2009, adunanza nel corso della quale l'ing. M_ ha rinunciato alle deleghe e ai poteri conferiti al medesimo con deliberazione del CdA del 2 ottobre 2008. Peraltro, nella stessa riunione del 26 febbraio 2009 (come si legge nel relativo verbale versato in atti) il CdA «all'unanimità conferma la carica di Vice Presidente all'ing. M_», con gli effetti, già rilevati, in punto di poteri di legale rappresentanza della società, che da tale carica discendono ai sensi del cit. art., 27 dello Statuto.

Dalle osservazioni svolte, deriva come conseguenza che l'Ing. M_ era tenuto a rendere la dichiarazione circa il possesso dei requisiti ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

Il terzo motivo del ricorso incidentale (violazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici) è manifestamente infondato, considerato che la misura cautelare interdittiva richiamata dalla ricorrente incidentale non rientra in alcuna ipotesi disciplinata dalla citata disposizione del codice dei contratti.

Infine, per le ragioni che hanno determinato l'accoglimento del ricorso principale, diventa irrilevante il motivo del ricorso incidentale, dedotto in via subordinata, con la quale si censura sulla clausola del bando concernente la necessità della dichiarazione degli amministratori cessati dalle cariche

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 66 del 27 gennaio 2011 pronunciata dal Tar Sardegna, Cagliari

N. 00066/2011 REG.PROV.COLL.

N. 00219/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 219 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da*****contro**

nei confronti di***

per l'annullamento***

nonchè per il risarcimento del danno

da disporsi in forma specifica.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Sardegna, di C. Controinteressata & Associati e di Controinteressata due Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 dicembre 2010 il dott. ***** e uditi il prof. avv. ***** per la società ricorrente, l'avv. ***** per la Regione, l'avv. ***** per la controinteressata C. Controinteressata & Associati e l'avv. ***** per la controinteressata Controinteressata due S.r.l. ;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Le società ricorrenti, in raggruppamento temporaneo, hanno partecipato alla procedura di gara indetta dalla Regione Sardegna per l'affidamento del servizio di «progettazione preliminare e, ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. b) del D.lgs. 163/2006, (...) progettazione definitiva per appalto integrato dei lavori di "Collegamento ***** - Olbia attraverso l'adeguamento delle S.S.127, S.P. 136 e S.P. 38». All'esito delle operazioni di gara, nella seduta del 10 settembre 2009, la commissione ha redatto la graduatoria finale, collocando al primo posto l'offerta presentata dal raggruppamento temporaneo con capogruppo la società ***** & Associati S.p.A., e al secondo l'offerta del raggruppamento formato dalle ricorrenti. Con nota del 22 gennaio 2010, l'amministrazione aggiudicatrice comunicava alle ricorrenti che con determinazione n. 2056/102/SAR/ del 19 gennaio 2010 il servizio era stato definitivamente aggiudicato al costituendo raggruppamento *****&Associati S.p.A. (mandataria), CONTROINTERESSATA DUE s.r.l. e Ing. ***** tre (mandanti).

2. - Con ricorso, avviato alla notifica nei giorni dal 16 al 18 marzo 2010 e depositato lo stesso 18 marzo 2010, le ricorrenti chiedono l'annullamento del predetto provvedimento di aggiudicazione definitiva, nonché degli altri atti meglio indicati in epigrafe, lamentando l'illegittimità derivante dalla mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario, per la violazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), per l'omessa presentazione della dichiarazione sostitutiva del possesso dei requisiti generali, richiesta a pena di esclusione anche sulla base dell'art. 35 del disciplinare di gara, riguardante il vice-Presidente della C. Controinteressata&Associati, ing. ***** , titolare di poteri di rappresentanza legale della società.

Sotto altro profilo, le ricorrenti deducono eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione

amministrativa, difetto di motivazione e carenza di presupposti, posto che la stazione appaltante, nel corso della medesima procedura, ha escluso diversi concorrenti per la mancanza della dichiarazione ex art. 38 cit. .

Con motivi aggiunti, notificati il 20 aprile 2010, le ricorrenti ribadiscono le medesime censure, ma per un presupposto di fatto diverso, ossia la circostanza che l'ing. M_ aveva in precedenza assunto le cariche di Presidente del consiglio di amministrazione della *****&Associati s.p.a. (cessato il 23 luglio 2007) e di amministratore delegato (cessato il 27 ottobre 2008). Pertanto, avrebbe dovuto rendere la dichiarazione anche quale amministratore cessato dalla carica nel triennio antecedente la presentazione dell'offerta.

3. - Si è costituita in giudizio la Regione Sardegna, chiedendo che il ricorso sia respinto.

4. - Si è costituita anche la controinteressata CONTROINTERESSATA DUE s.r.l., concludendo per l'infondatezza del ricorso in quanto l'ing. M_ era privo di poteri di rappresentanza legale della società e quindi non era tenuto a rendere la dichiarazione ex art. 38 del codice dei contratti pubblici.

5. - Resiste in giudizio anche la C. Controinteressata&Associati, chiedendo in via preliminare che il ricorso sia dichiarato inammissibile per la mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva. Nel merito conclude per l'infondatezza, poiché l'ing. M_, al momento della presentazione dell'offerta, non era titolare di poteri di rappresentanza legale.

5.1. - La controinteressata C. Controinteressata&Associati propone, altresì, ricorso incidentale, avviato alla notifica il 12 aprile 2010 e depositato il successivo 14 aprile,, con il quale chiede l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva (di cui alla determinazione dirigenziale n. 2056/102/SAR/ del 19 gennaio 2010), e degli altri atti della procedura, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione del raggruppamento con mandataria la società RICORRENTE, deducendo i seguenti motivi:

- violazione del bando di gara (articoli 5 e 9) in relazione alla irregolarità delle dichiarazioni prodotte dalla ricorrente per la dimostrazione della capacità tecnica circa i precedenti lavori, posto che nel modello non sarebbero state indicate le date di emissione del certificato di collaudo o di regolare esecuzione e gli estremi di approvazione del progetto, informazioni richieste dal disciplinare a pena di esclusione;

- violazione dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici, perché l'amministrazione non avrebbe dovuto richiedere l'integrazione documentale;

- violazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, perché nei confronti di un amministratore della società RICORRENTE DUE (mandante nel raggruppamento RICORRENTE) cessato dalla carica risulta emanata "la misura cautelare interdittiva del divieto temporaneo di esercitare la professione di ingegnere e l'ufficio direttivo dell'impresa RICORRENTE DUE.", non indicata nella dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale della società;

5.2. - In via subordinata, la C. Controinteressata&Associati impugna in via incidentale anche la disposizione del disciplinare di gara (3.4.VIII) che prevede la dichiarazione degli amministratori cessati, lamentando la violazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, nonché la violazione del principio di non aggravamento del procedimento, per il caso in cui detta disposizione sanzioni con l'esclusione la mera mancanza della dichiarazione.

6. - Con ordinanza di questa Sezione del 12 maggio 2010, n. 227/10, è stata accolta la domanda cautelare, sospendendo gli effetti del provvedimento di aggiudicazione impugnato. In sede di appello il Consiglio di Stato ha confermato l'ordinanza sospensiva (sez. V, 17 giugno 2010, n. 2810).

7. - All'udienza pubblica del 9 dicembre 2010 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - In via preliminare, va respinta l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla controinteressata, considerato che la volontà di impugnare il provvedimento di aggiudicazione definitiva emerge con tutta evidenza sia dalla indicazione, nell'epigrafe del ricorso, della comunicazione effettuata dall'amministrazione, sia dal complessivo esame di ricorso, dei motivi aggiunti e dei vizi dedotti con tali atti.

2. - Passando all'esame del merito, è fondata la censura proposta con il primo motivo del ricorso introduttivo, con il quale si deduce l'omessa dichiarazione sostitutiva dei requisiti di ordine generale da parte del Vice Presidente della società mandataria del raggruppamento aggiudicatario.

Dall'esame della documentazione versata in atti, e in specie dalla dichiarazione resa in sede di gara (il Modello 3 "Dichiarazioni personali"), emerge come siano stati gli stessi amministratori della società *****&Associati ad includere l'ing. M_, nella sua qualità di Vice Presidente. Tuttavia, tale dichiarazione non risulta, poi, sottoscritta dall'interessato.

D'altronde, non può essere accolto il rilievo difensivo secondo cui la dichiarazione sarebbe stata sottoscritta dagli (altri) amministratori anche per l'ing. M_, ai sensi dell'art. 47, comma 2, del D.P.R. n. 445/2000 (La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza.). Dalla struttura della dichiarazione non emerge, in alcun punto, né la conoscenza della situazione relativa all'ing. M_, né la intenzione dei dichiaranti di attestare il possesso dei requisiti anche nei confronti dell'ing. M_.

Per quanto concerne l'attribuzione dei poteri di rappresentanza legale della società, come già rilevato in sede cautelare, ciò discende dall'esame dell'art 27 dello Statuto della C. Controinteressata&Associati che ricollega la carica di vice - Presidente alla rappresentanza legale della società ("Sono rappresentanti

legali della *****à - disgiuntamente tra loro - ed hanno la firma sociale, il Presidente del Consiglio di Amministrazione, l'Amministratore Delegato ed il Vice Presidente"). Sul punto, la società controinteressata ha prodotto in giudizio la deliberazione del Consiglio di Amministrazione del 26 febbraio 2009, adunanza nel corso della quale l'ing. M_ ha rinunciato alle deleghe e ai poteri conferiti al medesimo con deliberazione del CdA del 2 ottobre 2008. Peraltro, nella stessa riunione del 26 febbraio 2009 (come si legge nel relativo verbale versato in atti) il CdA «all'unanimità conferma la carica di Vice Presidente all'ing. M_», con gli effetti, già rilevati, in punto di poteri di legale rappresentanza della società, che da tale carica discendono ai sensi del cit. art., 27 dello Statuto.

Dalle osservazioni svolte, deriva come conseguenza che l'Ing. M_ era tenuto a rendere la dichiarazione circa il possesso dei requisiti ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

3. - L'accertata fondatezza del ricorso principale impone di passare all'esame del ricorso incidentale della controinteressata C. Controinteressata&Associati.

4.- Il ricorso incidentale è infondato.

In ordine ai primi due motivi (incompletezza della dichiarazione della RICORRENTE sui requisiti di capacità tecnico-organizzativa; illegittimo esercizio del potere di integrazione documentale), strettamente collegati e quindi da trattare congiuntamente, occorre muovere da quanto previsto dall'art. 9 del disciplinare, ai sensi del quale i concorrenti dovevano indicare, tra l'altro, «per ognuno dei servizi elencati: (...) la data di inizio e di fine del servizio (estremi approvazione progetto ovvero verbale di verifica o di validazione, approvazione certificato di collaudo o certificato di regolare esecuzione)».

E' pacifico, in linea di fatto, che nella dichiarazione presentata in gara la RICORRENTE ha indicato solo le date di inizio e fine dei servizi (oltre che tutti gli altri dati richieste dal modello allegato al disciplinare).

Si tratta di stabilire, quindi, se il riferimento a quegli atti individuati tra parentesi nel citato alinea dell'art. 9 del disciplinare, sia da considerare - o non - sullo stesso piano delle indicazioni necessarie a pena di esclusione. Sul piano funzionale, cioè della dimostrazione del possesso di un livello di esperienza pregressa adeguato all'appalto oggetto di affidamento, tali indicazioni non paiono, in realtà, essenziali. Il complesso dei dati richiesti dal cit. art. 9 del disciplinare è di per sé idoneo a dare tale dimostrazione. Per cui appare corretta la conclusione cui è giunta la stazione appaltante, ritenendo le indicazioni della documentazione dalla quale trarre i dati richiesti (inizio e fine dei servizi) come non essenziali; e quindi possibile oggetto del potere di integrazione documentale di cui all'art. 46 del codice dei contratti pubblici.

5. - Il terzo motivo del ricorso incidentale (violazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici) è manifestamente infondato, considerato che la misura cautelare interdittiva richiamata dalla ricorrente incidentale non rientra in alcuna ipotesi disciplinata dalla citata disposizione del codice dei contratti.

6. - Infine, per le ragioni che hanno determinato l'accoglimento del ricorso principale, diventa irrilevante il motivo del ricorso incidentale, dedotto in via subordinata, con la quale si censura sulla clausola del bando concernente la necessità della dichiarazione degli amministratori cessati dalle cariche.

7. - Dall'accoglimento del ricorso principale deriva pertanto l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva a favore del raggruppamento con mandataria la C. Controinteressata&Associati, per la illegittima ammissione alla gara dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario. Deriva, altresì, l'accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica formulata dalle ricorrenti principali, in termini di dichiarazione del diritto all'aggiudicazione del servizio di cui trattasi a favore del raggruppamento con mandataria la RICORRENTE (già classificatosi al secondo posto della graduatoria finale), divenuta ammissibile con l'entrata in vigore dell'art. 124 del codice del processo amministrativo (che contempla nella tutela in forma specifica la domanda di conseguire l'aggiudicazione del contratto), per la regola della immediata applicabilità delle norme processuali anche ai giudizi in corso, data la mancanza di norme transitorie in diverso senso.

8. - In conclusione, il ricorso principale deve essere accolto, mentre l'incidentale deve essere rigettato.

9. - La disciplina delle spese di lite segue la soccombenza per quanto concerne la posizione della controinteressata e ricorrente incidentale C. Controinteressata&Associati, nonché della CONTROINTERESSATA DUE s.r.l.; mentre si giustifica la compensazione nei confronti della Regione anche in considerazione dell'immediato avvio del procedimento di annullamento in autotutela dell'illegittima aggiudicazione (cfr. comunicazione avvio del 31 marzo 2010, prot. n. 12396, in atti).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso introduttivo in epigrafe proposto e, per l'effetto:

- annulla la determinazione del direttore generale del "Servizio ***** e Contratti" della direzione generale dell'Assessorato Lavori Pubblici della Regione Autonoma della Sardegna, n. 2056/102/SAR/ del 19 gennaio 2010, avente per oggetto l'aggiudicazione definitiva del servizio di cui trattasi;

- dichiara il diritto delle società ricorrenti al conseguimento dell'aggiudicazione del servizio di cui trattasi.

Rigetta il ricorso incidentale.

Condanna:

- la ricorrente incidentale C. Controinteressata&Associati al pagamento delle spese giudiziali a favore delle ricorrenti, liquidate in euro 4.000,00;

- la controinteressata CONTROINTERESSATA DUE s.r.l. al pagamento delle spese giudiziali a favore delle ricorrenti, liquidate in euro 2.500,00.

Spese compensate nei confronti della Regione Sardegna.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

*****, Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/anche-il-vice-presidente-e-tenuto-a-rendere-la-dichiarazione-circa-il-possesso-dei-requisiti-ai-sensi-dell-art-38-del-codice-dei-contratti-pubblici/>