

Il Collegio non ritiene di aderire all'indirizzo per cui la dichiarazione della insussistenza delle cause di esclusione richiesta dall'art. 38 del Codice (lettere b), c) e m-ter)) deve essere presentata soltanto dai soggetti che risultino formalmente "amministratori muniti di poteri di rappresentanza", secondo la lettera della norma, ma al diverso e più sostanziale indirizzo, attento alla finalità della norma, all'effettività del rapporto amministrativo in questione e all'affidabilità di chi in esso agisce nell'interesse e per conto del concorrente, secondo il quale vi sono tenuti anche i procuratori speciali, al di là della loro qualifica formale, a ragione dei poteri che siano ad essi in sostanza conferiti, se in realtà gestiscono affari sociali. Ciò in quanto la ratio legis (in precedenza espressa nella identica previsione dell'art. 75 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554) è di escludere dalla partecipazione alla gara di appalto le società in cui abbiano commesso gravi reati i soggetti che nella società abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale. Il fondamento della disposizione consiste infatti nell'assicurare preventivamente la piena affidabilità morale dell'impresa che ambisce all'esecuzione dell'opera pubblica: affidabilità che, ridotta al rango soggettivo in ragione della personalità della responsabilità penale, va garantita e dichiarata anche per quanti comunque in concreto risultino svolgere un'effettiva funzione di amministrazione dell'impresa ed esercitarne i tipici poteri di gestione; a maggior ragione ciò si verifica quando, come appare nel caso presente, nello stesso rapporto amministrativo inerente la gara siffatti soggetti si mostrino capaci di reali poteri gestori dell'impresa verso l'amministrazione pubblica. Del resto, l'ordinamento penale - al quale la norma rinvia per i casi che contempla - si mostra indifferente alla formalità dell'investitura, come denota ad es. il fatto che per i reati societari e fallimentari propri dell'amministratore risponde non solo l'amministratore in senso formale, ma anche l'amministratore di fatto (cfr. oggi il nuovo - dopo il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 - art. 2639 Cod. civ.). Occorre perciò aver riguardo alle funzioni sostanziali del soggetto, più che alle qualifiche formali, altrimenti la ratio legis potrebbe venire agevolmente elusa e dunque vanificata (cfr. Cons. Stato, VI, 8 febbraio 2007, n. 523), ed è perciò necessario accertare non solo se, ai sensi della procura rilasciata, siano stati conferiti poteri gestori generali e continuativi, ma anche considerare che altresì rileva, a un tale fine, l'attribuzione del potere di partecipare a pubblici appalti e formulare le relative offerte, poiché la portata della norma sarebbe altrimenti del tutto vanificata (n. 523 del 2007, cit.; cfr. anche Cons. Stato, VI, 12 gennaio 2011, n. 134; V, 16 novembre 2010, n. 8059).