

Alla Selex ES S.p.A.

AG 26/13

18 luglio 2013

Oggetto: AG 26/13 - richiesta di parere - Selex ES S.p.A. - modalità della dichiarazione ex art. 38 co. 1 lett. b), c) e m-ter) del D.Lgs. 163/2006 per i procuratori speciali.

Con nota pervenuta in data 7 marzo 2013, prot. n. 25484, Codesta società ha chiesto all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla possibilità di utilizzare un'unica dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, ex art. 47 del D.P.R. n. 445/2000, al fine di rendere le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di cui all'art. 38, co. 1 lett. b), c) e m-ter) del D.Lgs. 163/2006 in capo ai procuratori speciali della società, dato il numero elevato di tali soggetti in un'azienda di grandi dimensioni e la conseguente difficoltà di acquisire, in occasione di ciascuna gara cui la società partecipa, le autodichiarazioni dei procuratori anzidetti.

In particolare, Codesta società intenderebbe istituire un sistema di comunicazione interno in base al quale ciascun procuratore renderebbe una tantum le informazioni necessarie al legale rappresentante dichiarante, ai fini della partecipazione a tutte le gare nel corso dell'anno, salvo l'impegno a segnalare le variazioni e a rinnovare tale comunicazione ogni anno.

In relazione alla predetta istanza, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 16, 17 e 18 luglio 2013, ha deliberato quanto segue.

La questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità attiene agli obblighi dichiarativi di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c), m-ter) del D.Lgs. n. 163/2006 da parte dei procuratori di speciali delle società.

Dispone, infatti, l'art. 38 sopra richiamato, che tali obblighi dichiarativi con riguardo alle cause di esclusione previste dalle lettere b), c), m-ter), si riferiscono espressamente al "...titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società..."

Ai sensi del comma 2 della stessa disposizione, il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

In ordine alle disposizioni sopra richiamate, occorre sottolineare che l'obbligo di rendere, a pena di esclusione, le dichiarazioni relative all'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c), m-ter) del D.Lgs. n. 163/2006, risponde alla fondamentale esigenza di consentire alla stazione appaltante di valutare la sussistenza del requisito della moralità professionale in capo ai soggetti dell'operatore economico che, in quanto titolari di poteri di rappresentanza, siano in grado di trasmettere con il proprio personale comportamento la riprovazione dell'ordinamento al soggetto rappresentato, tra i quali la citata disposizione del Codice annovera espressamente - in caso di società diverse dalla società in nome collettivo e dalla società in accomandita, come nella specie - il direttore tecnico e gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza.

La ratio legis è propriamente quella di escludere dalla partecipazione alle procedure di gara le società i cui soggetti che abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale incorrano in qualcuna delle suddette cause di esclusione.

Con specifico riguardo alla posizione dei procuratori, una parte della giurisprudenza, fondata sul tenore letterale della norma, ha limitato la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza e ai direttori tecnici, e non anche a tutti i procuratori della società (T.A.R. Basilicata, I, 22 aprile 2009, n. 131; T.A.R. Liguria, II, 11 luglio 2008, n. 1485; T.A.R. Calabria - Reggio Calabria, I, 08 luglio 2008, n. 379).

Ciò in quanto l'art. 38 del d. Lgs. n. 163 del 2006 richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza (che può essere limitato per gli amministratori ex art. 2384, comma 2, c.c.) e non vi è alcuna possibilità per estendere l'applicabilità della disposizione a soggetti, quali i procuratori, che amministratori non sono.

In effetti, a parere del giudice amministrativo, gli amministratori muniti di potere di rappresentanza - quale nozione desunta dal diritto societario - sono i soggetti, nominati dall'assemblea, cui spetta ope legis (art. 2380-bis c.c.) in via esclusiva la gestione della società e che sono titolari di poteri specifici "infrasocietari", come quello di predisporre il bilancio e di convocare l'assemblea. Nozione del tutto diversa da quella dei procuratori ad negotia, titolari di limitati poteri di gestione in forza di procura degli amministratori e in posizione subordinata, nell'ambito delle direttive degli amministratori.

A ciò si aggiunga che la norma de qua limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione e in quanto tale, assume carattere eccezionale, pertanto è insuscettibile di applicazione analogica a situazioni

diverse, quale è quella dei procuratori (Sez. V, 29 febbraio 2012, n.1186).

Secondo un diverso orientamento, invece, per l'individuazione dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità, quando si tratti di titolari di organi di persone giuridiche da ricondurre alla nozione di "amministratori muniti di poteri di rappresentanza", occorre esaminare i poteri, le funzioni e il ruolo effettivamente e sostanzialmente attribuiti al soggetto considerato, al di là delle qualifiche formali rivestite (Cons. Stato, V, 16 novembre 2010 n. 8059; VI, 8 febbraio 2007, n. 523...)"

Si tratta, dunque, di un orientamento di tipo sostanzialistico, che richiede l'estensione dell'onere di presentazione della dichiarazione di cui all'art. 38 del codice dei contratti a quei procuratori speciali i cui poteri negoziali siano in quantità e qualità rilevanti (sez. VI sentenza 18 gennaio 2012 n. 178). L'interpretazione sostanzialistica intende perciò ricomprendere nelle previsioni dell'art. 38 quelle situazioni di poteri rappresentativi e decisionali che verrebbero a porre i procuratori speciali in una posizione assimilabile a quella di un amministratore di fatto.

A fronte delle oscillazioni giurisprudenziali in materia, il Consiglio di Stato, sez. V, ha rimesso di recente la questione all'Adunanza Plenaria con ordinanza n. 1943 del 9 aprile 2013.

L'Autorità, sulla questione, ha aderito alla visione sostanzialistica, seppur con delle limitazioni e precisazioni.

Con l'atto generale di determinazione n. 1/2012 si è infatti chiarito che "il procuratore ad negotium è, in generale, escluso dall'onere di rilasciare la dichiarazione di non sussistenza delle ipotesi ostative previste dall'art. 38, comma 1, lett. c); di conseguenza, i procuratori speciali della società muniti di potere di rappresentanza non rientrano nel novero dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive a meno che non siano titolari di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura; al tal fine non può essere considerato sufficiente il conferimento del mero potere di rappresentare la società, ivi compresa la facoltà di partecipare alle gare e stipulare contratti con la Pubblica Amministrazione (cfr, in questo senso, Consiglio di Stato, sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 134)" (det. n. 1/2012).

Non si ritiene dunque che, nelle more del pronunciamento da parte dell'Adunanza Plenaria, l'Autorità si possa discostare dalla predetta posizione, assunta - si ripete - in un atto a carattere generale, che, comunque, circoscrive l'onere dichiarativo dei procuratori speciali.

Ciò posto, la soluzione prospettata dalla società istante non appare, allo stato normativo ed interpretativo attuale, compatibile con la normativa di settore, non rinvenendosi in quest'ultima adeguati supporti atti a consentire una deroga all'obbligo dichiarativo personale da parte di tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza, ai sensi dell'art. 38 citato (cfr. le recenti Cons. Stato, III, sent. 20 novembre 2012, n. 5872 e Cons. Stato, III, sent. 1 luglio 2013, n. 3544).

Lorenza Ponzzone