

**N. 01943/2013 REG.PROV.COLL.
N. 04797/2012 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 4797 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Costruzioni Dondi Spa in proprio e in qualità di mandataria costituendo Rti, rappresentata e difesa dagli avv. Gianluigi Pellegrino, Antonio Parisi, Marcello Russo, con domicilio eletto presso Pellegrino Studio Legale in Roma, corso del Rinascimento 11; Rti Rdr S.r.l., Rti Costrame di Di Maso S.r.l., Rti Idroambiente S.r.l., Rti Fradel Costruzioni Società Cooperativa, rappresentati e difesi dagli avv. Antonio Parisi, Gianluigi Pellegrino, Marcello Russo, con domicilio eletto presso Pellegrino Studio Legale in Roma, corso del Rinascimento 11;

contro

Regione Campania, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Lacatena, con domicilio eletto presso Regione Campania Ufficio Rapp.Regione Campania in Roma, via Poli, 29;

nei confronti di

Siba S.p.A., Idroeco S.r.l., Meritec S.r.l., rappresentate e difese dagli avv.

Giovanni Cioffi, Emilia Maggio, Fabio Rossi, con domicilio eletto presso Giovanni Cioffi in Roma, via Cardinal De Luca, 10; Soteco S.p.A., Impec Costruzioni S.p.A., Gea S.p.A., Finseco S.p.A., Gemis S.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Giuseppe Abenavoli, con domicilio eletto presso Massimo Frontoni in Roma, via Guido D'Arezzo 2; Dpr Costruzioni S.r.l., Dm Costruzioni S.a.s.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 02888/2012 e del dispositivo di sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 02680/2012, resi tra le parti, concernenti affidamento servizio annuale di gestione e manutenzione ordinaria acquedotti regionali – mcp;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania e di Siba S.p.A. e di Idroeco S.r.l. e di Meritec S.r.l. e di Soteco S.p.A. e di Impec Costruzioni S.p.A. e di Gea S.p.A. e di Finseco S.p.A. e di Gemis S.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'istanza proposta da Siba S.p.A., di deferimento del ricorso all'adunanza plenaria);

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2013 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Gianluigi Pellegrino, Salvatore Colosimo su delega dell'avv. Massimo Lacatena, Emilia Maggio e Giuseppe Abenavoli;

1. Con l'appello in epigrafe la S.p.A. Dondi, nella qualità di capogruppo mandataria di costituendo a.t.i. per ottenere l'affidamento dell'appalto inerente il servizio annuale di gestione e manutenzione ordinaria delle opere e dei complessi acquedottistici dell'Acquedotto Campano del Torano –

Biferno, impugna la sentenza n. 2888 del 20 giugno 2012 con la quale il TAR della Campania ha dichiarato in parte inammissibile ed in parte improcedibile il suo ricorso avverso l'aggiudicazione al r.t.i. capeggiato da Siba S.p.A., in accoglimento del ricorso incidentale da questa ultima proposto.

2, In particolare il TAR ha ritenuto la fondatezza assorbente della censura inerente la violazione dell'articolo 38 comma 1, lett. b) e c) del codice di contratti pubblici, per la mancata allegazione della "dichiarazione di moralità" di tale Salvatore Caramiello, proprietario della Caramiello Costruzioni Generali, cedente il ramo d'azienda, nel triennio in favore di Idroambiente, mandante di Dondi S.p.A. ed attuale suo procuratore speciale.

Il TAR ha affermato di aderire al "prevalente orientamento giurisprudenziale", secondo cui l'identificazione dei soggetti chiamati a presentare dichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti morali professionali delle persone fisiche munite del potere di rappresentanza, deve essere effettuata non solo in base alle qualifiche formali rivestite, ma anche alla stregua dei poteri sostanziali attribuiti: conseguentemente in tale categoria vanno inclusi i soggetti in grado di impegnare la società verso i terzi e i procuratori *ad negotia* laddove, a dispetto del *nomen*, l'estensione dei loro poteri conduca a qualificarli come amministratori di fatto.

Ciò perché, assume il giudice di primo grado, l'interpretazione estensiva del dettato di legge affonda le sue radici nell'esigenza di evitare la partecipazione alle gare pubbliche di soggetti che non diano le garanzie di affidabilità morale professionale necessarie ai fini della piena tutela dell'interesse pubblico.

L'ampiezza dei poteri del Caramiello ("riscuotere qualsiasi somma per interessi, capitale o altro titolo, darne quietanza, concedere liberazione da ogni garanzia contro pagamento del debito garantito; far aprire conti presso

banche e uffici postali e disporne, depositare e ritirare somma, emettere, pagare e girare assegni, depositare e ritirare titoli e valori, trarre e accettare cambiali; girare effetti cambiari per l'incasso e per lo sconto e ritirarne il corrispettivo"; "costituire, modificare servitù e rinunciarvi; rinunciare ad iscrizioni di ipoteche legali; concedere dilazioni di pagamento, con o senza garanzie; agli effetti di quanto sopra, redigere e firmare atti e verbali, eleggere domicili, rilasciare quietanze"), nonché sulla gestione amministrativa della stessa sul duplice versante dell'iniziativa economica ("rappresentare la mandante avanti compagnie di assicurazioni ed in particolare sottoscrivere e disdettare polizze di ogni genere; rappresentare la mandante avanti tutte le amministrazioni pubbliche ed in particolare avanti l'amministrazione delle poste e tutti gli uffici fiscali. Sottoscrivere dichiarazioni, pagare imposte e tasse, fare reclami e ricorsi in via amministrativa o giudiziaria; esigere vaglia, ritirare lettere, plichi e pacchi, raccomandati e assicurati") e dell'autonomia negoziale ("acquistare sottoscrivere e vendere titoli di rendita, azioni ed obbligazioni e qualunque titolo quotato in borsa; prendere e concedere in locazione beni di ogni genere; prendere e dare in affitto immobili; acquistare, vendere e permutare immobili natanti, aziende, quote sociali, azioni ed obbligazioni, anche non quotate in borsa, beni mobili, materiali ed immateriali senza eccezione, crediti ed in genere qualsiasi bene") temporalmente illimitata e comprensiva degli atti fondamentali della vita societaria porta alla conclusione che si tratti di un soggetto con funzioni sostanziali di amministratore e dunque che la Idroambiente s.r.l. dovesse rendere la dichiarazione in parola con riguardo alla persona di costui.

3. Il Collegio ritiene, viste le più recenti oscillazioni giurisprudenziali, di rimettere la questione all'esame dell'Adunanza plenaria.

4. Va premesso che l'argomento fatto valere dall'appellante, secondo cui la mancata dichiarazione dei requisiti di onorabilità sarebbe assorbita dalla

prova postuma dell'assenza di precedenti penali, non sembra aver pregio.

Circa la documentazione dei requisiti generali di partecipazione alle gare, il codice dei contratti pubblici ha scelto, tra le due opzioni estreme della documentazione immediata in sede di offerta da parte di tutti i concorrenti ovvero della verifica conclusiva nei confronti del solo aggiudicatario, una opzione intermedia, fondata sulla dichiarazione iniziale dei concorrenti sostitutiva della documentazione (art. 38 comma 2 cod. contr.) e sulla verifica conclusiva da parte della stazione appaltante nei confronti dell'aggiudicatario (art. 11 comma 8 cod. contr.).

In tal modo si raggiunge lo scopo di far partecipare alla gara imprese per le quali i requisiti di onorabilità sono agevolmente comprovati con una dichiarazione resa sotto la responsabilità personale, salva la prova piena – documentale – nei confronti dell'aggiudicatario.

La mancata dichiarazione responsabile anche di uno solo dei requisiti di cui all'art. 38 comma 1 cod. contr. equivale a mancata prova dello stesso, situazione difforme dal regime documentale stabilito dalla norma e che potrebbe alterare, con la partecipazione di imprese non legittimate e che non assumono responsabilità di dichiarazione, la libertà delle gare.

Appare conseguente affermare che l'onere dichiarativo ha una rilevanza specifica, che non viene meno per il fatto che il requisito sussista.

5. Questa Sezione ha trattato il tema più volte ed in maniera approfondita, e per la parte preponderante dei casi ha ritenuto di ancorare l'applicazione dell'art. 38 comma 1 lett. b) e c) rigorosamente alla posizione formale rivestita dal singolo nell'organizzazione societaria, piuttosto che dedicarsi a problematiche quanto malcerte indagini “sostanzialistiche” (Sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513) che non si intuiscono con immediatezza dal dato normativo, ed i cui esiti sarebbero imprevedibili *ex ante* da parte delle imprese e delle stazioni appaltanti (Sez. V, 10 gennaio 2013 n. 95).

Più analiticamente, le valutazioni esposte sono state le seguenti:

“L'interpretazione del citato art. 38 con riferimento ai soggetti per i quali la dichiarazione deve essere resa è stata oggetto di diversi orientamenti giurisprudenziali, fra i quali permane un contrasto.

Secondo una parte della giurisprudenza, 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, che nella categoria degli amministratori, ai fini dell'art. 38 cit., fanno rientrare sia i "soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario", sia i procuratori ai quali siano conferiti poteri di partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte)”.

Altra giurisprudenza 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).

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.

Del resto, si tratta di una norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione e che, in quanto tale, assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni

diverse, quale è quella dei procuratori.

Peraltro, anche l'applicazione analogica sarebbe opinabile, in presenza di una radicale diversità della situazione dell'amministratore, cui spettano compiti gestionali e decisionali di indirizzi e scelte imprenditoriali e quella del procuratore, il quale, benché possa essere munito di poteri di rappresentanza, è soggetto dotato di limitati poteri rappresentativi e gestionali, ma non decisionali (nel senso che i poteri di gestione sono pur sempre circoscritti dalle direttive fornite dagli amministratori, così la già richiamata sentenza Sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513; nello stesso senso cfr. anche, tra le altre, 17 maggio 2012, n. 2818; 6 giugno 2012, n. 3340; 21 novembre 2011, n. 6136; 24 marzo 2011, n. 1782).

La questione è stata investita ancor più recisamente, laddove si è voluto sottolineare che l'obbligo di presentare le dichiarazioni di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici non opera per i procuratori speciali indipendentemente dall'ampiezza dei poteri rappresentativi di cui gli stessi sono investiti alla stregua del consolidato e condivisibile indirizzo interpretativo già sostenuto dalla Sezione, in virtù del dato letterale dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, che richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza, e, dall'altro lato, la non estensibilità analogica di una norma eccezionale che limita la partecipazione alle gare e incide, in senso restrittivo, sulla libertà di iniziativa economica delle imprese (Sez. V, 29 febbraio 2012, n.1186).

Si devono anche richiamare fattispecie peculiari, tra tutte le gare per l'affidamento dei servizi di tesoreria, in cui scendono a concorrere gli istituti di credito, figure organizzative in cui la procura speciale è un elemento tipicamente organizzativo; i concorrenti sarebbero costretti, nel caso di dovuta presentazione della dichiarazione ex art. 38, ad una defatigante produzione di documenti, ove dovessero esserne investiti i procuratori *ad negotia*: ci si deve chiedere se una simile necessità sia

effettivamente collimante con i principi generali di economicità, efficacia e proporzionalità che devono informare l'attività amministrativa ed ancora con l'art. 97 della Costituzione.

6. In effetti, la lett. c) dell'art. 38 cit., per quel che qui rileva, contiene una nozione tecnico-giuridica, quella di “amministratori muniti di potere di rappresentanza”, desunta dal diritto societario e che, secondo i normali criteri di interpretazione delle norme, va interpretata secondo il significato che riveste in quel settore dell'ordinamento giuridico.

Ne consegue che amministratori 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.

7. Il Collegio rileva peraltro la recente formazione di quello che la sentenza impugnata ha definito il “prevalente orientamento giurisprudenziale”, ossia di quella tendenza di indirizzo 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 i poteri negoziali sia in quantità e qualità rilevanti.

Tale orientamento ha interessato recenti pronunce della Sezione VI, ma anche sentenze meno recenti di questa Sezione, ora almeno apparentemente superate da quelle prima menzionate, fedeli a collegare l'onere della dichiarazione ex art. 38 alla qualifica formale rivestita dal singolo (Sez. V, 9 marzo 2010 n. 1373; id., 26 gennaio 2009 n. 375; id., 15 gennaio 2008, n. 36).

La Sezione VI, nel chiedersi se nei confronti dei procuratori speciali sussistano gli obblighi di cui all'art. 38 D. Lgs. 163 del 2006, ha di recente

dato risposta affermativa, pur nel riconoscimento del contrario orientamento giurisprudenziale, che riferisce degli obblighi solamente a carico degli amministratori delle società muniti di poteri di rappresentanza ed ai direttori tecnici.

La Sezione ha ritenuto le ragioni sistematiche della preferibilità della diversa opzione interpretativa e quindi l'individuazione ai destinatari della norma in questione tutti coloro i quali, come titolari di rappresentanza di un'impresa, "siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento, della loro personale condotta, al soggetto rappresentato".

Quindi dovrebbe ritenersi sussistente l'obbligo di dichiarazione anche nei confronti dei procuratori *ad negotia* con un conferimento di poteri di rilevanza sostanziale e di notevole contenuto economico (nel caso esaminato dalla Sezione VI con la sentenza 18 gennaio 2012 n. 178 era consentito al procuratore speciale di adottare i confronti di soggetti pubblici atti di valore fino a 100mila €. – si veda anche VI, 24 novembre 2009, n. 7380).

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; la rilevanza di ampi poteri gestori potrebbe, tra l'altro, rendere molti procuratori speciali ad essere i designati dalla propria società a rappresentarla nelle gare pubbliche ed a stipulare i contratti con le pubbliche amministrazioni.

Vi è da rilevare che l'indirizzo sostanzialistico, con l'indicazione della necessità della dichiarazione in parola riservata ai soli procuratori dotati di poteri rappresentativi rilevanti, farebbe emergere situazioni di dubbia legalità altrimenti rimaste dietro le quinte, ma porterebbe anche ad una soggettivistica indagine del "caso per caso" sulla rilevanza dei poteri,

dovendosi al contrario giungere a quanto sopra richiamato, cioè ad un'exasperante estensione degli oneri di dichiarazione.

8. Va rilevato che effettivamente la giurisprudenza civile e penale hanno individuato la figura dell'amministratore di fatto ai fini della configurabilità delle responsabilità civile e penale, quest'ultima ora alla stregua dell'art. 2639, comma 1 c.c.: "Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione".

Va rilevato peraltro che giurisprudenza e dottrina non dubitano che l'elemento che fa di un procuratore *ad negotia* un amministratore di fatto è la "non subordinazione" del soggetto agente agli organi formali (cfr. App. Milano, 4 maggio 2001).

L'accertamento della qualità di amministratore di fatto è quindi un accertamento di fatto, che presuppone non soltanto l'esercizio effettivo di determinati poteri gestori da parte del procuratore *ad negotia*, ma anche l'esercizio degli stessi in posizione "non subordinata" rispetto agli amministratori.

Un accertamento che presuppone l'esame di una pluralità di atti societari, possibile in sede di giudizio civile o penale, ma che non si comprende come possa trovare spazio in sede di procedimento di gara, improntato ai principi della rapidità e della concentrazione.

9. Va osservato altresì che un accertamento di fatto così complesso e così opinabile come quello che dovrebbero compiere le stazioni appaltanti e i giudici amministrativi in ordine all'ampiezza dei poteri dei procuratori *ad negotia* e alla posizione subordinata o meno degli stessi rispetto agli amministratori determinerebbe una grave incertezza giuridica nelle imprese e nella giurisprudenza, con l'adozione di criteri di giudizio difformi da caso

a caso.

10. Stante il contrasto giurisprudenziale in atto, il presente ricorso viene deferito all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, co. 1, c.p.a..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/04/2013

IL SEGRETARIO

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