

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

Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163

Atto di segnalazione n. 1/2014

Sugli obblighi dichiarativi dei soggetti dotati di potere di rappresentanza ex art. 38 comma 1 con particolare riguardo ai procuratori ad negotia.

Premessa

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nell'esercizio del potere di segnalazione al Governo ed al Parlamento di cui all'art. 6, comma 7, lett. f), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (nel prosieguo, Codice), intende formulare alcune osservazioni in merito agli obblighi di comunicazione di cui all'art. 38 comma 1 lett. b), c) ed m-ter) e al loro ambito di applicazione soggettivo.

L'art. 38 sopra richiamato dispone che l'obbligo di rendere le dichiarazioni relative all'assenza delle cause di esclusione previste dalle lettere b), c), m-ter), riguarda espressamente il "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.

La ratio della norma che impone tale obbligo dichiarativo viene individuata nella volontà del legislatore di permettere all'ente appaltante di operare un controllo sulla idoneità morale di tutti quei soggetti che siano potenzialmente in grado di impegnare la società all'esterno (vd. Cons. di Stato sez. III, 16.3.2012, m. 1471).

L'obbligo quindi riguarda tutti i soggetti che rivestono cariche societarie cui è connesso, per previsione di legge o per clausola statutaria, un potere rappresentativo della società, indipendentemente dall'effettivo esercizio dello stesso.

Occorre tener conto che nelle società spesso si riscontra la presenza di procuratori che assumono un ruolo centrale nell'organizzazione aziendale, muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza, tali da potersi ritenere analoghi a quelli che lo statuto assegna agli amministratori. Si tratta di institori o procuratori dotati, tra gli altri, di poteri relativi alla partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici. In molti casi, le stazioni appaltanti, per propria tutela, estendendo la previsione della norma che si riferisce ai soli amministratori dotati di poteri di rappresentanza, nei bandi richiedono che le dichiarazioni a pena di esclusione concernenti le predette ipotesi di reato siano rese da tutti procuratori speciali di cui la società concorrente si avvale.

Il Consiglio di Stato nell'adunanza plenaria del 16 ottobre 2013, n. 23, con l'intento di creare certezza normativa, aderendo alla tesi sostanzialistica seguita da una parte della giurisprudenza, ha affermato che l'esigenza di accertare la sussistenza dei requisiti di idoneità morale sussista anche per questa specifica categoria di procuratori, assimilabili agli amministratori muniti di potere di rappresentanza. Tuttavia l'obbligo dichiarativo sussiste soltanto in caso di espressa previsione del

bando in tal senso. In caso di bando generico sul punto, l'esclusione potrà essere disposta soltanto in caso di effettiva mancanza del requisito e non invece in caso di omessa autodichiarazione, laddove il requisito sussista.

La soluzione accolta dall'Adunanza Plenaria non appare idonea a risolvere tutta la gamma dei possibili scenari che possono verificarsi. Infatti, ammettendo che la verifica dei requisiti debba riguardare anche i procuratori, ma non tutti, soltanto quelli i cui poteri siano di portata tale da impegnare la società in scelte decisionali che incidano sul suo operato, si lascia molto spazio a valutazioni discrezionali. E' evidente che l'eccessiva discrezionalità delle stazioni appaltanti nella verifica spesso comporta il prodursi di disequità e comportamenti non omogenei. Inoltre, vi sono molte realtà i cui assetti societari non permettono facilmente di districarsi nella selva di incarichi, attribuiti attraverso mandati singoli o plurimi, a vari soggetti che spesso sfuggono anche al controllo dell'amministrazione e che risulta molto complesso identificare e perfino reperire.

Anche a monte, al momento della redazione del bando, qualora scelga di estendere l'obbligo dichiarativo, alla stazione appaltante si impone un obbligo interpretativo di non trascurabile entità nella individuazione, delle categorie astratte di ordine generale cui ricondurre i poteri dei procuratori tenuti a rendere le dichiarazioni. La situazione che si viene a creare è evidentemente molto confusa.

Per alleggerire e snellire la procedura prevista dall'art. 38 ed eliminare, o almeno attenuare le predette criticità, si suggerisce quindi di adottare una modalità di comunicazione più semplice e valida per tutti i casi.

Si potrebbe, infatti, modificare la norma di cui all'art. 38 del Codice appalti (e le altre norme che regolano le dichiarazioni sostitutive) prevedendo che l'obbligo di dichiarazione ai sensi del comma 1 lett. b) c) e m ter) per i procuratori speciali gravi sul soggetto che sottoscrive i documenti di gara, il quale dichiara che, per quanto a sua conoscenza, e sulla base delle dichiarazioni rese dagli altri soggetti indicati nella norma o nel bando, non sono presenti le clausole ostative alla partecipazione di cui all'art. 38. Il soggetto dichiarante, quindi, in qualità di legale rappresentante dell'impresa dovrebbe raccogliere le autodichiarazioni rese da tutti i procuratori speciali incaricati dalla società, indipendentemente dall'estensione dei poteri attribuiti. Le autodichiarazioni, analogamente a quanto previsto per il DURC, dovrebbero avere validità per un arco di tempo predeterminato (trimestrale, semestrale) e/o essere modificate o rinnovate soltanto in caso di modifica dell'estensione o riduzione o revoca dei poteri conferiti con il mandato originario.

Si otterrebbe una sensibile semplificazione della documentazione da produrre in sede di gara poiché la stessa sarebbe valida per più gare.

Come riconosciuto da costante indirizzo giurisprudenziale (tra le varie pronunce: Cons. St., V, 15.10.2010 n. 7524), infatti, l'obbligo di dichiarare l'assenza dei pregiudizi penali può ritenersi assolto dal legale rappresentante dell'impresa anche riguardo ai terzi, nel presupposto che, anche in questo caso, operano le previsioni di responsabilità penale e il potere di verifica da parte della stazione appaltante. Analogamente, nel caso delle dichiarazioni rese per conto dei procuratori speciali da parte dei rappresentanti legali della società concorrente, si configurerebbe la facoltà del legale rappresentante dell'impresa di dichiarare, per quanto a propria conoscenza la sussistenza dei requisiti in capo ai procuratori speciali.

Le dichiarazioni sostitutive, quando la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, di cui all'art. 6-bis del Codice andrà a regime potranno essere inserite nel sistema AVCPass. Analogamente, si potrebbe valutare l'opportunità di estendere nel tempo tale meccanismo anche a tutti gli altri

amministratori che in base alla normativa vigente sono tenuti a presentare dichiarazioni per ogni singola gara.

La modifica normativa si inscriverebbe in un ambito di disposizioni attualmente in vigore e in corso di approvazione che, in linea con le indicazioni a livello comunitario, tendono a salvaguardare i principi di efficienza della pubblica amministrazione, attraverso lo snellimento delle procedure e la riduzione e semplificazione degli oneri a carico di imprese ed enti. La soluzione prospettata ridurrebbe il numero di dichiarazioni che l'impresa è tenuta ad allegare e i tempi di esame della documentazione prodotta dai concorrenti da parte della commissione di gara, senza incidere sulla regolarità della procedura.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 12 marzo 2014

Il Presidente
Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio il 18 marzo 2014