

## **I soggetti aventi l'obbligo di rendere la dichiarazione circa il possesso dei requisiti morali ex art. 38 del codice dei contratti non sono solo gli "amministratori" titolari di poteri di rappresentanza, ma anche tutti coloro che agiscono con poteri sostit**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Omesse dichiarazioni sui requisiti morali di alcuni dei rappresentanti e direttori tecnici dell'impresa partecipante: la ricorrente è stata illegittimamente ammessa alla gara che l'esaminato motivo di ricorso incidentale, assorbito quant'altro, è da ritenersi fondato

Il soggetto avente l'obbligo di rendere la dichiarazione circa il possesso dei requisiti morali ex art. 38 del codice dei contratti non sono solo gli "amministratori" titolari di poteri di rappresentanza, ma anche tutti coloro che agiscono con poteri sostitutivi, capaci di incidere sull'andamento della gestione complessiva dell'impresa; in altri termini, l'identificazione dei soggetti obbligati alla dichiarazione non può essere effettuata solo sulla base delle qualifiche formali rivestite, ma anche alla stregua dei poteri sostanziali attribuiti, con conseguente inclusione delle persone fisiche in grado di impegnare la società verso i terzi e dei procuratori "ad negotia", laddove a prescindere dal nomen, l'estensione dei loro poteri conduca a qualificarli come amministratori di fatto (C.d.S. V, 20 ottobre 2010 n. 7578).

Quanto ai "procuratori dell'impresa", la giurisprudenza ha ritenuto che: " l'obbligo della dichiarazione deve ritenersi esteso non solo a coloro che rivestono la qualità di « amministratore » con poteri di rappresentanza, ma anche a « procuratore » dell'impresa, al quale siano stati conferiti ampi poteri rappresentativi" (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 28 maggio 2010 , n. 1361; T.A.R. Molise Campobasso, 10 marzo 2010, n. 172).

E, a proposito della ratio della norma, così si è osservato che: “La volontà del legislatore è quella di assumere come destinatari delle relative disposizioni tutte le persone fisiche che, essendo titolari di poteri di rappresentanza della persona giuridica, sono in grado di trasmettere, con il proprio personale comportamento, la riprovazione dell'ordinamento al soggetto rappresentato, salvo che quest'ultimo non abbia manifestato una decisiva e chiara dissociazione dal comportamento del proprio rappresentante” (T.A.R Veneto Venezia, sez. I, 07 aprile 2010, n. 1290).

Fondato è il primo motivo di ricorso incidentale col quale CONTROINTERESSATA QUATTRO S.p.A., componente il raggruppamento aggiudicatario, denuncia la violazione dell'art. 38 del codice degli appalti e dell'art. 12 del disciplinare di gara, nel quale si assume, in concreto che la Ricorrente S.C.R.L. avrebbe omesso di rendere le dichiarazioni sui requisiti morali di alcuni dei propri rappresentanti e direttori tecnici.

In effetti, dal certificato camerale rilasciato dalla Camera di Commercio di Milano in data 11.9.2009, depositato in atti, risulta che il Sig. \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* e procuratore della Ricorrente S.C.R.L., esercita poteri di rappresentanza della società di una certa rilevanza: A) può acquistare e vendere ogni cosa mobile, sottoscrivendo i relativi contratti e quant'altro necessario per il loro perfezionamento; B) può rappresentare la società presso privati ed enti pubblici e privati in qualsiasi pratica avente per oggetto appalti, fornitura di materiali e quant'altro inerisce ai rapporti presenti e futuri correnti tra la società mandante da una parte e i terzi in genere dall'altra.

Anche il sig. \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* speciale della \*\*\*\*\*à, nominato il 10.7.2006, risulta esercitare ampi poteri di rappresentanza : A) può rappresentare la società nella partecipazione a gare; B) può costituire, modificare o risolvere associazioni temporanee di imprese, stipulare contratti con la pubblica amministrazione, presentare offerte, etc..

Inoltre, l'omessa dichiarazione da parte dei soggetti sopra indicati è ammessa anche dall'Ente appaltante nella propria costituzione

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 4612 del 3 dicembre 2010 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania

N. 04612/2010 REG.SEN.

N. 01985/2009 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**sezione staccata di Catania (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1985 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da\*\*\*

contro\*\*\*

nei confronti di\*\*\*

per l'annullamento

- dell'atto di aggiudicazione provvisoria a favore dell'RTI formato da CONTROINTERESSATA Ambito con Controinteressata due spa e Controinteressata quattro spa deliberato in data 22.5.2009, nonché di tutti i verbali della Commissione giudicatrice;

- di ogni altro atto e/o provvedimento antecedente o successivo, comunque presupposto connesso e/o consequenziale, ivi compreso l'atto di aggiudicazione definitiva,

E per il risarcimento del danno.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Industria Acqua Siracusana I.A.S. Spa e di Controinteressata quattro Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2010 il Consigliere dott.ssa \*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U.U.E. in data 7 aprile 2008 da parte di I.A.S. Industria \*\*\*\*\*, veniva indetta gara per l'affidamento del servizio di "prelievo/raccolta, trasporto smaltimento e/o recupero/riutilizzo dei fanghi prodotti dall'impianto di depurazione biologico consortile I.A.S. di Priolo, stoccati nei bacini denominati A e B", per l'importo complessivo a base d'asta presunto di euro 64.250.000, per la presunta durata di giorni 900, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 83 D.Lgs. 163/2006..

In esito alla gara, omesse qui varie vicende succedutesi prima dell'aggiudicazione provvisoria, risultava aggiudicataria, nella seduta del 22 maggio 2009, la controinteressata ATI con capogruppo CONTROINTERESSATA Ambito, mentre l'ATI costituendo con capogruppo la ricorrente RICORRENTE. \*\*\*\*\* si posizionava al secondo posto in graduatoria.

Con il ricorso in esame, notificato il 22 luglio 2009 e depositato il 3 agosto 2009, denuncia le seguenti illegittimità:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 39 D.lgs n. 163 del 2006, violazione della lex specialis di gara, violazione del principio di par condicio, eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto ed erroneità delle motivazioni del provvedimento, travisamento dei fatti.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) e comma 2, e 118, comma 2, punto 1, D.lgs n. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione della lex specialis. Eccesso di potere per arbitrarietà, perplessità e insufficienza della motivazione, disparità di trattamento, mancanza di idonei parametri di riferimento, contraddittorietà, violazione del procedimento, violazione del principio di par condicio.

III. Violazione e falsa applicazione di legge, art. 87, comma 2, del D.lgs 163 del 2006 nonché art. 26 D.lgs 81 del 2008, violazione di lex specialis di gara, eccesso di potere, violazione del procedimento, motivazione insufficiente, arbitrarietà, irragionevolezza, illogicità.

IV. Violazione e falsa applicazione di legge art. 37 codice appalti, violazione di lex specialis di gara, eccesso di potere per arbitrarietà, mancata motivazione, illogicità manifesta, perplessità, violazione del principio di buona fede.

Con atto notificato il 23 settembre 2009 la CONTROINTERESSATA QUATTRO S.p.A., facente parte del raggruppamento aggiudicatario, proponeva ricorso incidentale, affidato ai seguenti motivi di diritto, tendente all'esclusione della ricorrente principale:

1. A) Omessa dichiarazione sui requisiti morali e di ordine tecnico degli amministratori e direttori tecnici in carica, nonché dei cessati dalla carica nel triennio: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 decreto

legislativo 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del disciplinare di gara. B) Omessa dichiarazione relativamente al Protocollo di legalità \*\*\*\*\* dalla Chiesa.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del disciplinare; C) Mancata dichiarazione in ordine a precedenti penali dell'Amministratore di ENVISAN: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 del decreto legislativo 163/2006. Violazione del divieto di rendere false dichiarazioni nelle gare di appalto. Eccesso di potere sotto i profili della carenza dei presupposti e del travisamento dei fatti. Violazione dei principi di par condicio e vincolatività delle previsioni di gara. Violazione del canone di buon andamento ex art. 97 Cost..

II. violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 36 del decreto legislativo 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del disciplinare di gara. Violazione dei principi sulla partecipazione dei Consorzi stabili alle gare di appalto di servizi. Eccesso di potere sotto i profili del travisamento dei fatti e della carenza assoluta dei presupposti. Violazione delle regole di buon andamento ex art. 97 Cost..

III. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 12 del disciplinare di gara e del punto "24" avvertenze del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione del principio di par condicio nelle gare pubbliche di appalto. Eccesso di potere sotto i profili della carenza dei presupposti e del travisamento dei fatti. Violazione del canone di buon andamento ex art. 97 Cost..

IV. Violazione degli artt. 86 e 87 del decreto legislativo 163/2006. Violazione e falsa applicazione delle direttive comunitarie 93/37 e 18/04. Violazione e/o falsa applicazione dei principi comunitari e nazionali in materia di giusto procedimento di verifica dell'anomalia e rispetto del contraddittorio successivo. Eccesso di potere per manifesta illogicità e violazione del principio di proporzionalità.

Con successivi motivi aggiunti, notificati il 7, 9 e 12 dicembre 2009 e depositati il 22 dicembre successivo, la ricorrente impugnava l'aggiudicazione definitiva (nel frattempo sopraggiunta con atto del 2 novembre

2009, in favore dell'ATI CONTROINTERESSATA Ambito SA-CONTROINTERESSATA QUATTRO S.p.a. - Controinteressata tre. srl, con contestuale esito del giudizio ex art. 48, comma 2, del codice degli appalti), l'atto di avvenuto subentro della società Controinteressata tre. srl, nonché l'eventuale contratto stipulato, riproponendo le medesime censure già svolte avverso l'aggiudicazione provvisoria, nonché i seguenti motivi nuovi, in relazione all'illegittima modificazione soggettiva della composizione dei partecipanti al raggruppamento provvisoriamente aggiudicatario:

I Illegittimità della mancata esclusione dell'ATI con capogruppo CONTROINTERESSATA (aggiudicataria), violazione e falsa applicazione di legge artt. 27, 38 e 51 codice degli appalti; eccesso di potere per arbitrarietà, omessa motivazione, illogicità manifesta, perplessità, carenza di istruttoria, falso presupposto di fatto, violazione del principio di buona fede, violazione del principio di par condicio.

II Violazione e falsa applicazione di legge, dell'art. 48 codice degli appalti e della lex specialis in ordine alla verifica dei requisiti dei candidati, eccesso di potere per carenza di istruttoria, omessa motivazione, irragionevolezza, perplessità, illogicità manifesta, violazione del principio di buona fede, violazione del principio di par condicio.

La ricorrente riproponeva, inoltre, domanda di risarcimento dei danni.

La CONTROINTERESSATA QUATTRO spa, a sua volta, proponeva motivi aggiunti al ricorso incidentale, con atto notificato il 4 gennaio 2010 e depositato il successivo 7 gennaio.

Si costituiva in giudizio, per resitere, anche l'\*\*\*\*\* S.p.a.

All'udienza del 10 novembre 2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.



## DIRITTO

Va preliminarmente esaminato il ricorso incidentale, che pone questioni aventi priorità logica rispetto a quelle sollevate dall'ATI ricorrente principale, in quanto tendenti a far rilevare vizi di illegittimità della sua ammissione a gara, che si riverberano, pertanto, sull'interesse a ricorrere di quest'ultimo.

Nell'ipotesi di fondatezza di tali censure, infatti, essendo i partecipanti alla gara più di uno e la domanda volta a modificarne l'esito e non a caducarla interamente, la ricorrente, dall'accoglimento del ricorso principale, non potrebbe ottenere alcun concreto beneficio (T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 454; TAR Piemonte, sez. I 30.3.2009, n. 837; Cons. St., sez. V, 23.3.2009, n. 1755, con richiamo alla decisione Cons. St., ad. Plen, 10 novembre 2008, n. 11).

Fondato è il primo motivo di ricorso incidentale col quale CONTROINTERESSATA QUATTRO S.p.A., componente il raggruppamento aggiudicatario, denuncia la violazione dell'art. 38 del codice degli appalti e dell'art. 12 del disciplinare di gara, nel quale si assume, in concreto che la Ricorrente S.C.R.L. avrebbe omesso di rendere le dichiarazioni sui requisiti morali di alcuni dei propri rappresentanti e direttori tecnici.

In effetti, dal certificato camerale rilasciato dalla Camera di Commercio di Milano in data 11.9.2009, depositato in atti, risulta che il Sig. \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* e procuratore della Ricorrente S.C.R.L., esercita poteri di rappresentanza della società di una certa rilevanza: A) può acquistare e vendere ogni cosa mobile, sottoscrivendo i relativi contratti e quant'altro necessario per il loro perfezionamento; B) può rappresentare la società presso privati ed enti pubblici e privati in qualsiasi pratica avente per oggetto appalti, fornitura di materiali e quant'altro inerisce ai rapporti presenti e futuri correnti tra la società mandante da una parte e i terzi in genere dall'altra.

Anche il sig. \*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* speciale della \*\*\*\*\*à, nominato il 10.7.2006, risulta esercitare ampi poteri di rappresentanza : A) può rappresentare la società nella partecipazione a gare; B) può costituire, modificare o risolvere associazioni temporanee di imprese, stipulare contratti con la pubblica amministrazione, presentare offerte, etc..

Inoltre, l'omessa dichiarazione da parte dei soggetti sopra indicati è ammessa anche dall'Ente appaltante nella propria costituzione.

Ritiene il Collegio, conformemente ad un diffuso indirizzo giurisprudenziale, che i soggetti aventi l'obbligo di rendere la dichiarazione circa il possesso dei requisiti morali ex art. 38 del codice dei contratti non sono solo gli "amministratori" titolari di poteri di rappresentanza, ma anche tutti coloro che agiscono con poteri sostitutivi, capaci di incidere sull'andamento della gestione complessiva dell'impresa; in altri termini, l'identificazione dei soggetti obbligati alla dichiarazione non può essere effettuata solo sulla base delle qualifiche formali rivestite, ma anche alla stregua dei poteri sostanziali attribuiti, con conseguente inclusione delle persone fisiche in grado di impegnare la società verso i terzi e dei procuratori "ad negotia", laddove a prescindere dal nomen, l'estensione dei loro poteri conduca a qualificarli come amministratori di fatto (C.d.S. V, 20 ottobre 2010 n. 7578).

Quanto ai "procuratori dell'impresa", la giurisprudenza ha ritenuto che: " l'obbligo della dichiarazione deve ritenersi esteso non solo a coloro che rivestono la qualità di « amministratore » con poteri di rappresentanza, ma anche a « procuratore » dell'impresa, al quale siano stati conferiti ampi poteri rappresentativi" (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 28 maggio 2010 , n. 1361; T.A.R. Molise Campobasso, 10 marzo 2010, n. 172).

E, a proposito della ratio della norma, così si è osservato che: "La volontà del legislatore è quella di assumere come destinatari delle relative disposizioni tutte le persone fisiche che, essendo titolari di poteri di rappresentanza della persona giuridica, sono in grado di trasmettere, con il proprio personale comportamento, la riprovazione dell'ordinamento al soggetto rappresentato, salvo che quest'ultimo non abbia manifestato una decisiva e chiara dissociazione dal comportamento del proprio rappresentante"

(T.A.R Veneto Venezia, sez. I, 07 aprile 2010, n. 1290).

Da tali principi si evince chiaramente che la ricorrente è stata illegittimamente ammessa alla gara che l'esaminato motivo di ricorso incidentale, assorbito quant'altro, è da ritenersi fondato.

Accolto il ricorso incidentale, ne consegue che il ricorso introduttivo deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Le spese di giudizio seguono, in parte, la soccombenza e si liquidano come da dispositivo ed in parte vengono compensate.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, dichiara improcedibile il ricorso principale ed i connessi motivi aggiunti.

Condanna Ricorrente S.C.R.L ricorrente alle spese di giudizio in favore della controinteressata CONTROINTERESSATA QUATTRO S.p.a., che liquida in euro 2.500,00 e le compensa verso le altre parti.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 10 novembre e 2 dicembre 2010 con

l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Presidente

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Consigliere

Alba \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2010

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/i-soggetti-aventi-l-obbligo-di-rendere-la-dichiarazione-circa-il-possesso-dei-requisiti-morali-ex-art-38-del-codice-dei-contratti-non-sono-solo-gli-amministratori-titolari-di-poteri/>