

Servizio di consulenza e intermediazione assicurativa: annullamento dell'aggiudicazione per mancanza della dichiarazione ex art. 38 del codice dei contratti del procuratore speciale titolare di poteri rappresentativi e gestionali della società di notevole

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Requisiti di ordine morale - dichiarazioni ex art 38 - obbligo per procuratore speciale titolare di poteri rappresentativi e gestionali della società di notevole ampiezza - in mancanza, annullamento dell'aggiudicazione - subentro contrattuale dopo verifica requisiti seconda classificata - risarcimento del danno per equivalente relativo al servizio già., illegittimamente, svolto - non riconosciuto il danno curriculare

Servizio di consulenza e intermediazione assicurativa: annullamento dell'aggiudicazione per mancanza della dichiarazione ex art. 38 del codice dei contratti del procuratore speciale titolare di poteri rappresentativi e gestionali della società di notevole ampiezza

L'obiettivo del ricorso è l'aggiudicazione dell'appalto, che nel caso in esame la ricorrente potrà ottenere ove la verifica del possesso dei requisiti di ammissione si concluda in senso per essa favorevole

Contrariamente a quanto afferma la controinteressata nella propria memoria difensiva, la dichiarazione in questione era prevista a pena di esclusione ai sensi del combinato disposto del bando di gara (pag. 3) e del disciplinare (pag. 1 ss). Neanche condivisibile è il richiamo alla teoria del cd. falso innocuo, atteso che nel caso in esame non è stata omessa la menzione, ad es., di una singola condanna ma l'intera dichiarazione ex art. 38 del Codice appalti riferita al sig. B.

Il primo motivo di ricorso deve dunque essere accolto, con la conseguenza che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa e, dunque, l'aggiudicazione annullata

Considerato che l'appalto ha la durata di 60 mesi (cinque anni) e che, nonostante la reiezione dell'istanza cautelare, la fissazione pressoché immediata del ricorso per la decisione di merito ha impedito che lo stesso avesse lunga esecuzione, il Collegio dichiara l'inefficacia del contratto per la parte non ancora eseguita.

Quanto, infine, alla richiesta di risarcimento danni per mancato affidamento dell'appalto, la stessa va accolta ma limitatamente al periodo di contratto eseguito dalla controinteressata e alla duplice condizione che: a) a seguito dell'esclusione di quest'ultima, la ricorrente sia dichiarata aggiudicataria, a conclusione della verifica del possesso dei requisiti di ammissione richiesti dalla lex specialis, e b) dimostri di non aver potuto utilizzare nel suddetto periodo personale e attrezzature per altri analoghi servizi in quanto riservati all'appalto oggetto della gara, "in vista di una sicura aggiudicazione" (così Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2010 n. 7004, cui adde Tar Bari, sez. II, 7 maggio 2010 n. 1750; Tar Catania, sez. III, 8 aprile 2010 n. 1050).

Nella sussistenza di dette condizioni il risarcimento va commisurato al 10% dell'importo a base d'asta, come ribassato dall'offerta presentata (Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2010 n. 7132; id., sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143); la somma così calcolata, costituendo oggetto di debito di valore, va incrementata con la rivalutazione monetaria dal giorno in cui è stato stipulato il contratto con l'impresa illegittima aggiudicataria, sino alla pubblicazione della presente sentenza (a decorrere da tale momento, in conseguenza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta); spettano, inoltre, gli interessi nella misura legale dalla data di pubblicazione della sentenza di condanna fino al soddisfo effettivo.

Va invece disattesa la richiesta risarcitoria per danno curriculare, per esso intendendosi quello che deriva dalla perdita da parte dell'impresa partecipante della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale e potenziare la propria presenza sul mercato in conseguenza dell'illegittima sua esclusione

dalla gara pubblica ovvero dall'illegittimo affidamento dell'appalto ad altro concorrente; postula cioè l'impossibilità di raggiungere l'obiettivo al quale tendeva con l'istanza di partecipazione alla procedura comparativa (Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3144) e cioè l'aggiudicazione dell'appalto, che nel caso in esame è invece risultato che la ricorrente potrà ottenere ove la verifica del possesso dei requisiti di ammissione si concluda in senso per essa favorevole

Giurisprudenza segnalata:

decisione numero 7578 del 20 ottobre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

AI SENSI DELL'ART. 38, COMMA 1, LETT. B) E C), DEL D.L.GS. 163/2006 LE SOCIETÀ DI CAPITALI CONCORRENTI ERANO TENUTE, A PENA DI ESCLUSIONE, A PRESENTARE UNA DICHIARAZIONE ATTESTANTE LA SUSSISTENZA DEI REQUISITI MORALI E PROFESSIONALI DELLE PERSONE FISICHE MUNITE DI POTERE DI RAPPRESENTANZA;

alla stregua del prevalente orientamento giurisprudenziale, al quale questo Collegio presta adesione, l'identificazione di detti ultimi soggetti deve essere effettuata non solo in base alle qualifiche formali rivestite ma anche alla stregua dei poteri sostanziali attribuiti, con conseguente inclusione, nel novero dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, delle persone fisiche in grado di impegnare la società verso i terzi e dei procuratori ad negotia laddove, a dispetto del nomen, l'estensione dei loro poteri conduca a qualificarli come amministratori di fatto;

detta 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 e professionale necessarie ai fini della piena tutela dell'interesse pubblico;

l'applicazione di dette coordinate ermeneutiche conduce a ritenere che la detta dichiarazione dovesse essere resa dalla società risultata aggiudicataria anche con riguardo al procuratore Francesco Ricorrente, investito di ampi poteri gestori, incidenti sulla dimensione economico-finanziaria della società ("aprire ed estinguere conti bancari, operare sugli stessi, richiedere affidamenti bancari ed emettere i relativi assegni, sottoscrivere per girata assegni bancari e circolari e quanto altro necessario; acquistare e vendere merci; richiedere e riscuotere pagamenti, quietanze e fatture; richiedere fidi, fideiussioni, mutui ed altre operazioni, concedere ipoteche nonché sottoscrivere contratti per la somministrazione di servizi"), sulla gestione amministrativa della stessa sul duplice versante dell'iniziativa economica e dell'autonomia negoziale ("concludere rapporti con enti pubblici al fine della presentazione e del ritiro di concessioni edilizie nonché al fine della partecipazione a gare od appalti, anche effettuando sopralluoghi e prendendo visione dei capitolati d'appalti; acquistare e vendere beni mobili ed immobili, rinunciando all'ipoteca legale; acquistare o vendere aziende oramai d'azienda, concludere contratti di affitto di azienda o di ramo di azienda sia nella parte di concedente sia nella parte di affittuario convenendo modalità, patti e canoni; nominare direttori tecnici, consulenti vari, avvocati e procuratori legali), e, infine, sulle vicende societarie ("costituire società, partecipare a consorzi, convenire tutti gli atti e modalità relative, compreso recesso, cambiamento della ragione sociale, della sede, dell'oggetto della società, della durata dello statuto sociale, intervenire alle assemblee con pieno diritto di voto; procedere alla trasformazione, fusione, scissione e liquidazione della società; vendere o acquistare quote sociali").

l'ampiezza, temporalmente illimitata, dei poteri, comprensivi degli atti fondamentali della vita societaria, porta a concludere che si tratta di soggetto al quale è stato di fatto conferito l'esercizio continuativo e generale delle funzioni sostanziali di amministratore, in ordine al quale andava quindi resa la dichiarazione di sussistenza dei requisiti morali e professionali di cui all'art. 38 cit.;

è pertanto da condividere l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore dell'odierna ricorrente nonostante la sussistenza della causa di esclusione data dalla mancata produzione della dichiarazione di che trattasi;

Le sorti del contratto davanti al giudice amministrativo

la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo anche in ordine alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione a monte, ricavabile dalla unicità ed inscindibilità del rapporto tra atto a monte e contratto a valle, sottoposto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, è stata da ultimo confermata dal Cass. Sezioni unite Ord. 10 febbraio 2010, n. 2906, per poi essere espressamente recepita, sul versante normativo, dall'art. 245 ter del codice dei contratti pubblici, introdotto dal D.Lgs n. 53/2010 e, da ultimo, dall'art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo n. 104/2010 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2010, n. 3759);

Ritenuto, pertanto, alla stregua delle considerazioni che precedono, che il ricorso merita reiezione e che le spese debbono essere regolate in base al principio della soccombenza nei sensi in dispositivo specificati

<https://www.diritto.it/servizio-di-consulenza-e-intermediazione-assicurativa-annullamento-dell-aggiudicazione-per-mancanza-della-dichiarazione-ex-art-38-del-codice-dei-contratti-del-procuratore-speciale-titolare-di-poteri/>