

L'art. 38 del d. lgs. n. 163/06 richiede la presenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza i procuratori e gli institori non sono amministratori (Cons. di Stato N. 06772/2011)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Vale il principio del falso innocuo qualora nessuno dei soggetti, in relazione ai quali si lamenta la mancata dichiarazione, risulti aliunde aver riportato alcuna condanna od avere procedimenti penali pendenti a carico.

quando il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la *lex specialis* (come appunto accade nella fattispecie) non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni di cui all'art. 38, l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di "falso innocuo" (Cons. St, V, 24 marzo 2011, n. 1795),

come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o - si ripete - della legge di gara, a fondare l'esclusione dalla gara medesima; e ciò quanto meno nell'ipotesi, anch'essa ricorrente nel caso di specie, in cui nessuno dei soggetti, in relazione ai quali si lamenta la mancata dichiarazione, risulti aliunde aver riportato alcuna condanna od avere procedimenti penali pendenti a carico.

L'art. 38 del d. lgs. n. 163/06 richiede dunque la presenza 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 e gli institori , che amministratori non sono.

L'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, laddove impone la produzione della dichiarazione sulla sussistenza dei requisiti c.d. di ordine pubblico (assenza di pregiudizii penali, etc.), per le società di capitali, agli "amministratori muniti del potere di rappresentanza" (oltre che ai direttori tecnici), va interpretato così

nel senso che solo coloro i quali rivestano cariche societarie alle quali è per legge istituzionalmente connesso il possesso di poteri rappresentativi e gestorii sono in ogni caso tenuti a rendere la dichiarazione de qua, senza che possa avere alcuna rilevanza il concreto possesso di siffatti poteri (con una latitudine comunque, nel caso di specie, non generale per quanto riguarda entrambi i soggetti di cui si discute) in capo ad altri soggetti, quali procuratori od institori

Il novero dei soggetti, nei confronti dei quali l'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici impone la dichiarazione di onorabilità è, come è stato recentemente chiarito da questo Consiglio con decisioni cui si fa rinvio anche a mente dell'art. 74 c.p.a. (Cons. St. Sez., V, 25.1.2011, n. 513 e 24 marzo 2011, n. 1782), limitato esclusivamente agli amministratori dotati di poteri di rappresentanza, nella considerazione che, ai sensi dell'art. 2380 bis c.c., la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e può essere concentrata in un unico soggetto (amministratore unico) od affidata a più persone, che sono i componenti del consiglio di amministrazione (in caso di scelta del sistema monistico ex artt. 2380 e 2409-sexiesdecies c.c.) o del consiglio di gestione (in caso di opzione in favore del sistema dualistico ex artt. 2380 e 2409-octies c.c.); ad essi, o a taluni tra essi, spetta la rappresentanza istituzionale della società

I procuratori speciali (o ad negotia), nonché i titolari di poteri istitòrii ex art. 2203 c.c., sono invece soggetti, cui può essere conferita la rappresentanza - di diritto comune - della società, ma che non sono amministratori e ciò a prescindere dall'esame dei poteri loro assegnati.

<https://www.diritto.it/l-art-38-del-d-lgs-n-16306-richiede-la-compresenza-della-qualifica-di-amministratore-e-del-potere-di-rappresentanza-i-procuratori-e-gli-institori-non-sono-amministratori-cons-di-stato-n-06772/>