

## **Parere del Consiglio di Stato sui soggetti sottoposti all'articolo 38 cod cont (Cons. di Stato N.00178/2012)**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Appalti pubblici

Poteri di rappresentanza di rilevanza sostanziale e di contenuto economico giustificano l'assoggettamento agli obblighi dell' art. 38 cod cont

Anche i procuratori speciali che abbiano ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali, devono sottostare alle dichiarazioni di cui all'articolo 38 del codice dei contratti

Tale obbligo vige anche per la Società ausiliaria di progettazione nel caso di appalto integrato

l'A.T.I. appellante avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver allegato alla domanda di partecipazione le dichiarazioni di cui all'art. 38 del codice dei contratti in relazione ad alcuni procuratori speciali della stessa società Ricorrente e della società incaricata della progettazione (GAMMA), nonostante la lex specialis comminasse in modo espresso l'esclusione dalla gara a tale tipologia di omissioni.

Tre domande sono sottoposte al Supremo Giudice amministrativo e risolte nella decisione numero 178 del 18 gennaio 2012

In primo luogo, occorre domandarsi se nei confronti dei procuratori speciali sussistano gli obblighi di cui all'art. 38 del d.lgs. 163 del 2006.

In secondo luogo occorre domandarsi se, nel caso di un appalto integrato di progettazione esecutiva e di esecuzione, gli obblighi di cui all'art. 38, cit. sussistano anche in relazione a una società di progettazione che il soggetto partecipante abbia indicato quale soggetto incaricato dell'attività di progettazione e di cui si sarebbe a tal fine avvalso.

In terzo luogo occorre domandarsi se la giurisprudenza di questo Consiglio formatasi sulla questione del c.d. 'falso innocuo' in tema di dichiarazioni ex art. 38, cit., possa trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui la lex specialis di gara commini l'esclusione dalla procedura in relazione al solo dato (per così dire: 'formale ed estrinseco') della mancata, inesatta o irregolare dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione

### **Vediamo il primo quesito**

Anche i procuratori speciali devono sottoporsi agli obblighi di cui all'articolo 38 del codice dei contratti?

### **Ecco la risposta del Supremo Giudice amministrativo**

Al primo quesito deve essere fornita risposta affermativa

Al riguardo, non sfugge al Collegio l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale secondo il quale gli obblighi di cui all'art. 38, comma 1, lettera c) sono riferibili ai soli amministratori della società muniti di poteri di rappresentanza e ai direttori tecnici, ma non anche ai procuratori speciali, con la conseguenza che tali obblighi non incombono anche su questi ultimi (fra tutte: Cons. Stato, V, 25 gennaio 2011, n. 513).

Tuttavia, si ritiene che prevalenti ragioni sistematiche inducano a preferire la diversa opzione

interpretativa secondo cui l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui elenca le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali e professionali richiesti ai fini della partecipazione alle procedure di gara, assume come destinatari tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato.

Pertanto, deve ritenersi sussistente l'obbligo di dichiarazione non soltanto da parte di chi rivesta formalmente la carica di amministratore, ma anche da parte di colui che, in qualità di procuratore ad negotia, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali (sul punto, cfr. - ex multis -: Cons. Stato, V, 9 marzo 2010, n. 1373; id., VI, 24 novembre 2009, n. 7380; id., V, 26 gennaio 2009 n. 375).

Le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza da ultimo richiamata risultano tanto più persuasive nel caso in esame, laddove è accertato - ad esempio - che al signor Clavarino (procuratore speciale della società GAMMA) era riconosciuto un ampio potere di rappresentanza negoziale, tale da consentirgli di adottare nei confronti dei soggetti pubblici atti di valore fino a 100mila euro.

Si tratta, come è evidente, di poteri di rappresentanza di rilevanza sostanziale e di contenuto economico tali da giustificare senz'altro l'assoggettamento agli obblighi di cui al più volte richiamato art. 38.

## **La seconda domanda è**

Nel caso di appalto integrato, quali sono gli obblighi ex art 38 del codice dei contratti alla Società di progettazione?

## **Ecco la risposta del Supremo Giudice amministrativo**

Anche al secondo quesito (relativo al se, nel caso di un appalto integrato di progettazione esecutiva e di esecuzione, gli obblighi di cui all'art. 38, cit. sussistano anche in relazione a una società di progettazione che il soggetto partecipante abbia indicato quale soggetto incaricato dell'attività di progettazione) deve essere fornita risposta in senso affermativo

Dal punto di vista normativo, mette conto richiamare la previsione di cui al comma 2 dell'art. 53 del d.lgs. 163 del 2006, a tenore del quale «quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione), e l'ammontare delle spese di progettazione comprese nell'importo a base del contratto».

Ora, il bando di gara (punto III.2.1.2) prescriveva, in relazione ai progettisti, l'osservanza (inter alia) dell'art. 66 del d.P.R. 554 del 1999, il cui comma 2 stabiliva che «i concorrenti non devono trovarsi (...) nelle condizioni previste dagli articoli 51 e 52».

Ebbene, l'articolo 52 del regolamento (articolo rubricato 'esclusione dalle gare di affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria'), dal canto suo, stabiliva l'esclusione dalle procedure di affidamento dei servizi di progettazione (inter alia) a carico dei soggetti i quali si trovassero nelle condizioni previste dall'articolo 12 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (disposizione da ultimo trasfusa nell'articolo 38 del 'codice dei contratti').

Già sotto tale profilo, quindi, deve concludersi nel senso che nel caso in esame, il possesso dei requisiti di ordine generale dovesse essere attestato anche in relazione ai soggetti indicati come incaricati delle attività di progettazione.

In termini analoghi si è, altresì, espressa la giurisprudenza di questo Consiglio nella vigenza del comma 1-ter dell'art. 19 della legge 109 del 1994 (cui corrisponde, ora, il comma 3 dell'art. 53 del 'codice dei contratti'), il quale aveva stabilito che, in caso di appalto integrato, l'offerente potesse avvalersi, ai fini della progettazione, di un "progettista qualificato".

Al riguardo si era condivisibilmente osservato che "il testo dell'art. 19, co. 1-ter, non solo non limita testualmente, ma neppure autorizza a limitare il detto richiamo ai requisiti di qualificazione, già richiesti dal periodo precedente ("deve avvalersi di un progettista qualificato ... individuato in sede di offerta"), sicché deve ritenersi applicabile integralmente l'indicata normativa, identificabile nell'art. 52 del regolamento.

Del resto, la ratio agevolatrice del concorrente (ancorché "unico") della prevista possibilità di indicazione del progettista non può incidere sulla necessità che sia garantita - quanto meno tendenzialmente - l'affidabilità e l'onorabilità nei riguardi di chi venga comunque in rapporto diretto con la pubblica amministrazione, indipendentemente dal soggetto (il concorrente) destinatario del pagamento del corrispettivo e su cui ricada l'eventuale responsabilità da inadempimento" (Cons. Stato, V, 20 ottobre 2010, n. 7581).

In base a quanto sin qui esposto, deve concludersi nel senso che le dichiarazioni in ordine ai requisiti di ordine generale dovessero nel caso di specie essere rese anche dal soggetto (la società GAMMA) indicata come incaricata delle attività di progettazione.

### **La terza controversia è relativa alla questione del "falso innocuo"**

Al terzo dei richiamati quesiti (relativo al se la giurisprudenza di questo Consiglio formatasi sulla questione del c.d. 'falso innocuo' in tema di dichiarazioni ex art. 38, cit., possa trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui la lex specialis di gara commini in modo espresso l'esclusione dalla procedura in

relazione al solo dato della mancata, inesatta o irregolare dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti)

### **Ecco la risposta del Supremo Giudice amministrativo**

Al terzo quesito si deve fornire risposta in senso negativo

Al riguardo ci si limita ad osservare che una siffatta clausola escludente era espressamente inclusa nella lex specialis di gara e che (a prescindere dalla legittimità o meno del relativo contenuto sostanziale), tale clausola non è stata impugnata dall'A.T.I. appellante.

In particolare, il bando di gara stabiliva in modo espresso che l'omissione o l'irregolarità anche di uno solo dei documenti prescritti ai fini della partecipazione, nonché la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva, ovvero la mancata produzione di idonea documentazione avrebbe senz'altro determinato l'esclusione dalla gara.

<https://www.diritto.it/parere-del-consiglio-di-stato-sui-soggetti-sottoposti-all-articolo-38-cod-cont-cons-di-stato-n-001782012/>