

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29832-anche-l-institore-qual-e-un-alter-ego-dell-imprenditore-con-analoghi-poteri-sia-pure-limitatamente-al-ramo-di-attivita-o-alla-sede-cui-il-soggetto-preposto-deve-essere-oggetto-di-dichiarazione-per->

Autore: Lazzini Sonia

Anche l'institore, quale un alter ego dell'imprenditore con analoghi poteri, sia pure limitatamente al ramo di attività o alla sede cui il soggetto è preposto, deve essere oggetto di dichiarazione per partecipare agli appalti pubblici

Tar Sicilia, Palermo, 17.06.2010 n. 7753_BIS

Anche l'istitutore, quale un alter ego dell'imprenditore con analoghi poteri, sia pure limitatamente al ramo di attività o alla sede cui il soggetto è preposto, deve essere oggetto di dichiarazione per partecipare agli appalti pubblici

la dichiarazione di assenza delle situazioni previste dalle disposizioni in materia di appalti pubblici come impeditive a relazionarsi con una Pubblica Amministrazione si deve estendere a tutti coloro che, in buona sostanza, siano muniti del potere rappresentativo e gestionale della società, a prescindere dal titolo di conferimento.

Sull'obbligo dell'impresa partecipante alla gara di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 75 d. P.R. n. 554 del 1999 con riferimento proprio alla figura dell'istitutore sono da ritenere sostanzialmente assimilabili, ai fini della predetta dichiarazione, il soggetto titolare di procura institoria e l'amministratore con poteri di rappresentanza quest'ultimo espressamente contemplato dal dato legislativo.

Con l'unico motivo parte ricorrente contesta siccome illegittima l'ammissione della Controinteressata s.r.l. alla gara in quanto dal certificato rilasciato dalla Camera di Commercio risulta la presenza, nell'assetto organizzativo della medesima Società, di un istitutore, tale sig. P. Salvatore, rispetto al quale non sarebbe stata resa la dichiarazione concernente l'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 75 lett. b) e c) del d. P.R. n. 554 del 1999.

Sul punto l'Amministrazione replica che la controinteressata ha reso – e la Commissione per ciò stesso l'ha ammessa alla gara - la dichiarazione concernente i soggetti di cui all'art. 75 del d. P.R. n. 554 del 1999 (legale rappresentante e direttori tecnici), indicati, peraltro, nella certificazione Soa, e rileva come nulla in ordine all'istitutore il bando prevedesse.

6.2. La controinteressata Controinteressata s.r.l., a sua volta, adduce l'erronea qualificazione, in seno al certificato della Camera di commercio, del sig. P. Salvatore quale istitutore, dovendosi, in tesi, ritenere che egli sia un semplice procuratore, siccome incaricato con atto del 2 febbraio 2009 e fino a tutto il 31 dicembre 2010.

La circostanza, poi, che gli incarichi di cui alla procura del 2 febbraio 2009 siano stati affidati a titolo gratuito, escluderebbe l'esistenza, tra la Controinteressata s.r.l. ed il sig. P. Salvatore, di un rapporto di lavoro, presupposto, ad avviso della controinteressata medesima, «necessario perché possa configurarsi la preposizione institoria»: tale assunto sarebbe confermato pure dall'assenza di un'espressa attribuzione della rappresentanza processuale.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il motivo è fondato.

6.4. I poteri relativi alla carica di istitutore (oltreché la qualità di procuratore) del sig. P. Salvatore emergono, infatti, dalla visura camerale del 25 febbraio 2010 e versata in atti da parte ricorrente, dalla quale risulta, altresì, che tale nomina è avvenuta con atto del 2 aprile 2009.

Il Collegio non può che dare atto di tali risultanze, considerato, peraltro, che la procura depositata da parte controinteressata al fine di provare l'asserita erronea iscrizione camerale è diversa da quella indicata nel certificato della Camera di commercio, essendo datata la prima 2 febbraio 2009, mentre quella richiamata nel certificato medesimo 2 aprile 2009.

Orbene, va rilevato che parte controinteressata (e, per il vero neppure l'Amministrazione):

- non ha prodotto in atti alcuna procura del 2 aprile 2009 (come risultante dal certificato);
- non ha dedotto l'erroneità della data dell'atto di nomina indicata nel certificato in argomento,
- non ha provato di aver, quantomeno, chiesto la rettificazione delle risultanze camerali asseritamente erronee.

Per quanto sopra, dunque, allo stato, non può considerarsi vinta la presunzione di regolarità della richiamata certificazione camerale, ferma restando ogni eventuale azione risarcitoria che il soggetto danneggiato potrà intraprendere, ove sussistenti i presupposti, dinanzi al giudice munito della relativa giurisdizione.

6.5. Quanto al contenuto del certificato camerale (e della procura versata in atti e datata 2 febbraio 2009), ferme restando le richiamate formali risultanze, ritiene comunque il Collegio non condivisibili le argomentazioni tese a dimostrare che in effetti, quella del sig. P. - per le ragioni di cui al superiore paragrafo 6.2 - non integrerebbe la figura dell'istitutore quanto, invece, quella di mero procuratore.

Tale assunto conclusione riposa, da una parte, sulla considerazione che la gratuità delle prestazioni - valorizzata da parte controinteressata quale elemento ostativo alla configurabilità di una preposizione institoria - potrebbe in tesi essere riferita (in assenza di specificazione) unicamente alle funzioni aggiuntive conferite e, dunque, inidonea ad escludere in radice la qualità di dipendente del sig. P. Salvatore; dall'altra, che la rappresentanza processuale è direttamente stabilita dall'art. 2204 c.c. con riferimento alle obbligazioni dipendenti da atti compiuti nell'esercizio dell'impresa cui il soggetto incaricato è preposto.

6.6. Sull'obbligo dell'impresa partecipante alla gara di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 75 d. P.R. n. 554 del 1999 con riferimento proprio alla figura dell'istitutore, occorre osservare che, seppure la giurisprudenza non si presenti finora univoca, l'orientamento espresso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa sembra essere volto a ritenere sostanzialmente assimilabili, ai fini della predetta dichiarazione, il soggetto titolare di procura institoria e l'amministratore con poteri di rappresentanza (cfr. C.g.a., 14 settembre 2009, n. 824; 24 marzo 2007, n. 1001), quest'ultimo espressamente contemplato dal dato legislativo.

Il tema rilevante ai fini del presente giudizio è, appunto, quello se la dichiarazione di assenza delle situazioni previste dalle citate disposizioni come impeditive a relazionarsi con una Pubblica Amministrazione che debba conferire un appalto pubblico concerna, nel caso di società, soltanto gli amministratori muniti di potere di rappresentanza e il direttore tecnico, e ciò secondo una prospettazione ancorata unicamente al dato letterale delle norme in questione, o, al contrario, avendo riguardo a una interpretazione sostanziale del precetto contenuto nella norma, si debba estendere a tutti coloro che, in buona sostanza, siano muniti del potere rappresentativo e gestionale della società, a prescindere dal titolo di conferimento.

Sul punto, questa Sezione si è espressa nel senso di ritenere necessaria la dichiarazione in argomento anche con riferimento all'istitutore, affermando che per giurisprudenza consolidata, la norma dell'art. 75 del D.P.R. 554/99 risulta indirizzata a chi, allo stesso tempo, è amministratore e rappresentante della società, nulla escludendo «che il cumulo delle due posizioni di potere (gestorio e rappresentativo) possa, in concreto, riscontrarsi in capo a soggetti privi della veste formale di amministratori e, tuttavia, investiti della rappresentanza negoziale della società (per una sintesi del contrasto giurisprudenziale, cfr. T.A.R., Sicilia, Catania, 9 giugno 2008, n. 1150). Alla luce di tale considerazione nodale - la necessaria compresenza degli ampi poteri gestori e rappresentativi in capo al soggetto - il cennato dibattito interpretativo sembra trovare un importante momento di convergenza, condiviso anche da questo Collegio, verso l'interpretazione sostanzialista, allorché il soggetto dotato di poteri gestionali e rappresentativi, che abbia omesso la dichiarazione sui requisiti morali sia, come nella vicenda per cui è causa, l'istitutore (cfr. Cons. Stato, V, 26 gennaio 2009, n. 375; 15 gennaio 2008 n. 36; T.A.R., Sicilia, Catania, n. 1150/2008, cit.; T.A.R. Molise 26 novembre 2004, n. 747; T.A.R. Liguria, Genova, II, 26 maggio 2002, n. 502).

Si tratta, infatti, di una figura la cui definizione si rinviene nel codice civile, ove è sistematicamente inserita nella sezione dedicata alle disposizioni particolari per le imprese commerciali (Libro quinto - capo III - Sez. III), nel primo articolo del paragrafo 1 (art. 2203) dedicato, appunto, alla "rappresentanza".

Secondo le norme richiamate, institore è “colui che è preposto dal titolare all’esercizio di un’impresa commerciale”, in posizione differente dal mero procuratore (art. 2209) cui l’imprenditore conferisce il potere di compiere, per lui, gli atti inerenti all’esercizio di un’impresa pur non essendo preposta a esso. La preposizione institoria, peraltro, è, in ogni caso, caratterizzata contestualmente dall’ampiezza dei poteri rappresentativi e di gestione, che fanno dell’institore un alter ego dell’imprenditore con analoghi poteri, sia pure limitatamente al ramo di attività o alla sede cui il soggetto è preposto (Cass. Civ., II, n. 2020 del 1993).

L’ampiezza dei suddetti poteri è tale che “la rappresentanza si reputa generale”, allorché particolari limitazioni non siano rese pubbliche nelle forme di legge.

Si ritiene allora, sulla base dei rilievi che precedono, che l’institore sia titolare di una posizione corrispondente a quella di un vero e proprio amministratore, munito di poteri di rappresentanza, cosicché deve anche essere annoverato fra i soggetti tenuti alla dichiarazione.

Inoltre, non è solo il rapporto che, in concreto, i singoli rappresentati avranno con la pubblica amministrazione a determinare l’obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti di moralità ma tale obbligo sorge dalla necessità di dovere dimostrare l’affidabilità dell’intera impresa che entrerà in rapporto con l’amministrazione.

Diversamente, non avrebbe alcun senso l’obbligo imposto ai soggetti cessati dalla carica di dimostrare i requisiti di moralità atteso che gli stessi non hanno più modo di entrare in contatto con la stazione appaltante.

Peraltro, conta la titolarità del potere e non anche il suo concreto esercizio tanto più quando lo stesso statuto abilita il soggetto a sostituire in qualsiasi momento e per qualsiasi atto il titolare principale della rappresentanza senza intermediazione o investitura ulteriore e, sostanzialmente, senza controllo sulla effettività dell’impedimento e della assenza (in termini, Cons. Stato, V, n. 36/2008, cit.) » (Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 1 marzo 2010, n. 2274; in termini, Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36).

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 7753 del 17 giugno 2010 pronunciata dal Tar Sicilia, Palermo

N. 07753/2010 REG.SEN.

N. 00626/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 626 del 2010, proposto da Ricorrente S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo della costituenda A.T.I. con l'Impresa Ricorrente DUE Crocifisso, rappresentata e difesa dall'avv. Michele Aliotta, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Stefano Monasteri in Palermo, via I. Tintoretto n. 4;

contro

la Provincia regionale di Trapani, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa, congiuntamente e disgiuntamente, dagli Avv.ti Antonino Barbiera e Diego Maggio, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Franco Giordano in Palermo, via Sciuti n. 55;

nei confronti di

Controinteressata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dal Prof. Avv. Salvatore Pensabene Lioni, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Giusti n. 45;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del verbale di gara del 27.01.2010-15.02.2010, con il quale la Provincia Regionale di Trapani ha aggiudicato alla Controinteressata i «lavori di ristrutturazione e riqualificazione della S.P. 29 Trapani Salemi - c.da Tafele»;
- ove sussistenti, dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione appaltante di approvazione definitiva del verbale di gara;
- ove stipulato, del contratto d'appalto per l'affidamento dei lavori;
- nonché per il riconoscimento del diritto dell'A.T.I. ricorrente al risarcimento dei danni mediante reintegrazione in forma specifica, ovvero mediante rifusione dei danni ingiusti subiti e subendi.

Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia regionale di Trapani e della controinteressata Controinteressata;
Visto il ricorso incidentale proposto dalla Controinteressata;
Viste le memorie difensive prodotte dalle parti;
Visti gli atti tutti della causa;
Visto l'art. 23 bis della l. 6 dicembre 1971, n. 1034;
Designato relatore il referendario dott. Giuseppe La Greca;
Uditi nella camera di consiglio dell'11 maggio 2010 l'Avv. S. Monasteri, su delega dell'Avv. M. Aliotta, per la parte ricorrente, l'Avv. E. Candore, su delega dell'Avv. A. Barbiera per l'Amministrazione resistente, l'Avv. S. Pensabene Lioni per la controinteressata;
Visto l'art. 245, commi 2-octies e 2-decies del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53);
Visto il dispositivo di sentenza n. 50/2010;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato il 12 aprile 2010 e depositato il successivo 16 aprile, la ricorrente A.t.i. ha impugnato - chiedendone l'annullamento, vinte le spese - il verbale di gara in epigrafe concernente la procedura di aggiudicazione dei lavori di ristrutturazione e riqualificazione della S.P.29 Trapani – Salemi, c.da Tafele, indetta ed espletata dall'Amministrazione provinciale di Trapani.
2. Il ricorso è affidato ad un unico motivo di censura con cui la ricorrente si duole della violazione dell'art. 75 del d.P.R. n. 554 del 1999, siccome richiamato in ambito regionale, sia delle corrispondenti prescrizioni del bando di gara e del disciplinare.

La controinteressata aggiudicataria – si sostiene - avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, poiché il sig. P. Salvatore, istitore della medesima Società, non ha reso la dichiarazione prevista dalle richiamate disposizioni né, tampoco, tale dichiarazione sarebbe stata resa, in sua vece, dal legale rappresentante della medesima Società Controinteressata

3. Si è costituita in giudizio la Provincia Regionale di Trapani che, con memoria, ha contrastato le addotte censure, sostenendo che l'obbligo di dichiarazione a carico dell'istitutore ovvero avente ad oggetto la medesima figura, non sia previsto né dalla legge né dal bando.

4. Si è costituita in giudizio la controinteressata Controinteressata che con memoria, ha, del pari, dedotto l'insussistenza di siffatto obbligo dichiaratorio sulla base dell'asserita sostanziale erronea qualificazione del sig. P. Salvatore quale istitore nella certificazione rilasciata dalla Camera di commercio, soggetto al quale, peraltro, non sarebbe stata neppure conferita la rappresentanza processuale esterna della Società.

5. La controinteressata ha, altresì, proposto ricorso incidentale, ritualmente notificato e depositato con cui ha impugnato i medesimi atti di gara nella parte in cui è stata disposta l'ammissione dell'impresa ricorrente.

Con tale gravame, affidato a tre motivi, la Controinteressata ha dedotto:

- 1) Violazione del punto 11 del bando e del comma 2 punto «busta A – documentazione»: poiché l'associata impresa Ricorrente DUE Crocifisso avrebbe dichiarato nella domanda di partecipazione, nelle dichiarazioni di rito e nell'offerta, di avere sede in Gela, via Tiziano, n. 9, e cioè in un luogo diverso da quello che figura, invece, nei certificati S.O.A. e di sistema di qualità prodotti in sede di gara;
- 2) Violazione e falsa applicazione del comma 12-bis dell'art. 19 della l. 11 febbraio 1994, n. 109, nonché dei decreti dell'Assessore dei lavori pubblici della Regione Siciliana del 24 febbraio 2006 e del 15 gennaio 2008: per l'asserita inidoneità del

D.u.r.c. prodotto per le finalità previste dalla legge e connesse alla partecipazione alla gara d'appalto;

3) Violazione del punto 4, lettera Q, del disciplinare di gara: poiché, pur avendo reso la dichiarazione in ordine all'insussistenza a suo carico degli obblighi di cui alla legge n. 68 del 1999, non avrebbe specificato, siccome previsto nel modello di dichiarazione, se tale condizione sia dovuta al fatto «che l'impresa ha un organico fino a 15 dipendenti ovvero ha un organico da 15 a 35 dipendenti e tuttavia l'impresa stessa non ha effettuato nuove assunzioni dopo il 18 gennaio 2000».

6. In data 10 maggio 2010 parte ricorrente ha depositato memoria e documenti, e la difesa dell'Amministrazione, nel corso della camera di consiglio, ne ha eccepito la tardività.

7. All'udienza camerale dell'11 maggio 2010, presenti i procuratori delle parti - preliminarmente avvisati, all'inizio della stessa udienza, della possibilità di una immediata decisione del ricorso nel merito ai sensi delle soprarichiamate disposizioni -, che si sono richiamati alle già espresse domande e conclusioni, lo stesso, sussistendone i presupposti, è stato posto in decisione.

In data 17 maggio 2010 è stato depositato il dispositivo della presente sentenza (n. 50/2010), come per legge.

DIRITTO

1. Come s'è detto, la difesa dell'Amministrazione ha eccepito la tardività della memoria (e documenti alla stessa allegati) prodotta dalla parte ricorrente il 10 maggio 2010, e non ne ha autorizzato il deposito.

2. Tale eccezione è da ritenere infondata, poiché, anche alla luce della novella legislativa di cui all'art. 8 del d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53, con cui è stato introdotto (tra l'altro) il comma 2-duodecies nell'art. 245 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rimane ferma la possibilità per la parte ricorrente di presentare istanze e memorie per l'udienza camerale, non scontando detta facoltà il necessario rispetto del

termine dei cinque giorni previsto dalla richiamata disposizione, essendo tale termine previsto per le «parti a cui è notificato il ricorso».

Per quanto sopra, quindi, tra gli scritti e documenti rilevanti ai fini del presente giudizio vanno ricompresi quelli versati in atti fino alla data della camera di consiglio.

3. Ritiene il Collegio di dover trattare con precedenza, poiché avente priorità logica, e seguendo l'ordine proprio delle questioni prospettate, il ricorso incidentale proposto da parte controinteressata poiché lo stesso tende a far valere la sussistenza di specifiche cause di esclusione dalla gara - alla quale ha partecipato una pluralità di soggetti - in capo alla ricorrente, di talché, ad un suo eventuale accoglimento, conseguirebbe la improcedibilità del ricorso principale.

4. Il ricorso incidentale è infondato.

4.1. Con il primo motivo la controinteressata si duole dell'ammissione alla gara dell'A.t.i. ricorrente poiché l'impresa associata Ricorrente DUE Crocifisso avrebbe indicato, nella documentazione di gara, una sede legale (Gela, Via Tiziano n. 9) diversa da quella risultante nei certificati Soa e nella documentazione relativa al sistema di qualità (Gela, Via E/34).

Il motivo è infondato in quanto parte ricorrente ha chiarito, in fatto, che l'Impresa Ricorrente DUE Crocifisso, in realtà, non ha mai mutato la propria sede legale, costituendo la «via Tiziano» la nuova denominazione che l'Autorità comunale ha assegnato alla strada precedentemente denominata «via E/34».

Tale mutamento dell'onomastica stradale non può che far ritenere validamente presentata la documentazione da parte dell'A.t.i. ricorrente, ben potendo l'Amministrazione agevolmente individuare siffatta coincidenza topografica.

4.2. Con il secondo motivo la controinteressata deduce l'irregolare ammissione dell'A.t.i. ricorrente alla gara poiché la stessa avrebbe prodotto un D.u.r.c. recante il timbro «per partecipazione a gare d'appalto», contestuale alla dicitura «per

iscrizioni ad albo fornitori», e, dunque, in tesi, inidoneo per la partecipazione a gare d'appalto.

La censura non è persuasiva.

Sul punto, questa Sezione ha già avuto modo di affermare, sulla base di un'interpretazione cui il Collegio ritiene qui di dover seguire, che «l'obbligo di produzione del documento unico di regolarità contributiva di cui all'art. 19 comma 12 della legge n. 109 del 1994 e relative disposizioni attuative, siccome richiamata in ambito regionale, deve ritenersi superato per sopravvenuta incompatibilità di detta disposizione con l'art. 16 bis comma 10 del decreto legge n. 185 del 2008, introdotto dalla legge di conversione n. 2 del 2009, espressione di principi di semplificazione contenuti anche nella legislazione regionale (*cf.* art. 21 L.r. n. 10 del 1991), disposizione per effetto della quale le notizie attestate dal D.u.r.c. possono essere comunque rese oggetto della dichiarazione ex art. 77 bis D.P.R. n. 445 del 2000» (*cf.* Tar Sicilia, ord. 7 ottobre 2009, n. 933; C.g.a., ord. 26 novembre 2009, n. 1165).

La possibilità di rendere tale dichiarazione, oltre che costituire principio generale espresso dal d.P.R. n. 445 del 2000 (art. 77 bis), era prevista dal bando e, la dichiarazione prodotta, richiama l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 75 D.P.R. n. 554 del 1999, tra le quali vengono in rilievo anche quelle sostanzialmente coincidenti con il contenuto certificatorio del D.u.r.c.

4.3. Con il terzo motivo di ricorso incidentale la controinteressata si duole dell'ammissione, asseritamente illegittima, alla gara dell'A.t.i. ricorrente poiché questa, nel dichiarare la sua regolarità con riguardo alle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili di cui alla legge n. 68 del 1999, non avrebbe specificato se tale condizione derivi dalla presenza di un organico inferiore alle 15 unità, ovvero superiore in difetto di nuove assunzioni dopo il 18 gennaio 2000.

Il motivo è infondato.

Va preliminarmente precisato che il disciplinare di gara ha previsto l'obbligo di dichiarare, «nel caso di concorrente che occupa non più di 15 dipendenti oppure da 15 a 35 dipendenti qualora non abbia effettuato assunzioni dopo il 18 gennaio 2000», la «propria condizione di non assoggettabilità agli obblighi di assunzioni obbligatorie di cui alla l. n. 69 del 1999» (pag. 13 disciplinare cit.), obbligo assolto dall'A.t.i. ricorrente.

D'altra parte, il modello di dichiarazione allegato al bando ed al disciplinare nessuna specificazione in ordine alla fattispecie richiedeva in capo al soggetto dichiarante, limitandosi a concentrare in un'unica previsione l'ipotesi di non assoggettabilità agli obblighi ex l. n. 68 del 1999 in argomento.

L'assunto della controinteressata circa l'asserita non conformità della dichiarazione resa alle richiamate disposizioni non convince, per ragioni riconducibili al dato formale della legge di gara, oltre che di rilievo sostanziale. La previsione del bando, invero, era finalizzata unicamente ad ottenere la dichiarazione di non assoggettabilità dell'impresa agli obblighi in questione, e ciò nella indistinta ipotesi di «concorrente che occupa non più di 15 dipendenti oppure da 15 a 35 dipendenti qualora non abbia effettuato assunzioni dopo il 18 gennaio 2000», ipotesi rimasta indistinta anche nel richiamo operato con lo schema di dichiarazione allegato: circostanze, entrambe, che certamente non avrebbero potuto condurre all'esclusione dalla gara, ma, al più, come osservato dall'A.t.i. ricorrente, ad un'eventuale richiesta di chiarimenti od integrazione da parte dell'Amministrazione, vieppiù risultando sostanzialmente irrilevanti, per le finalità proprie dell'Amministrazione, le ragioni di siffatta esenzione dagli obblighi di assunzione dei disabili.

Ed invero, il Ministero del Lavoro, sul punto, con circolare 26 giugno 2000, n. 41 ha chiarito che:

- al datore di lavoro è richiesto l'assolvimento dell'«obbligo complessivo» nella misura di cui all'art. 3 della l. n. 68 del 1999;
- i datori di lavoro privati che occupano da 15 a 35 dipendenti e che non hanno effettuato nuove assunzioni dopo il 18 gennaio 2000, se intendono partecipare a gare di appalto non sono tenuti a richiedere la certificazione agli uffici, poiché non soggetti agli obblighi derivanti dalla legge 68 del 1999 e che a maggior ragione ciò vale per le imprese che occupano meno di 15 dipendenti;
- la condizione di non assoggettabilità agli obblighi di assunzione obbligatoria deve ritenersi adempimento del tutto sufficiente.

Per quanto sopra, dunque, la mancata specificazione delle specifiche ragioni di «non assoggettabilità» all'obbligo di assunzione dei disabili di cui all'art. 3 della l. n. 68 del 1999 non vale a far ritenere inidonea la dichiarazione, resa comunque in conformità al disciplinare, da parte dell'A.t.i. ricorrente.

5. Per le suesposte considerazioni il ricorso incidentale è da ritenere infondato.

6. Può adesso il Collegio passare all'esame del ricorso principale.

6.1. Con l'unico motivo parte ricorrente contesta siccome illegittima l'ammissione della Controinteressata alla gara in quanto dal certificato rilasciato dalla Camera di Commercio risulta la presenza, nell'assetto organizzativo della medesima Società, di un institore, tale sig. P. Salvatore, rispetto al quale non sarebbe stata resa la dichiarazione concernente l'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 75 lett. b) e c) del d. P.R. n. 554 del 1999.

Sul punto l'Amministrazione replica che la controinteressata ha reso – e la Commissione per ciò stesso l'ha ammessa alla gara - la dichiarazione concernente i soggetti di cui all'art. 75 del d. P.R. n. 554 del 1999 (legale rappresentante e direttori tecnici), indicati, peraltro, nella certificazione Soa, e rileva come nulla in ordine all'istitutore il bando prevedesse.

6.2. La controinteressata Controinteressata s.r.l, a sua volta, adduce l'erronea qualificazione, in seno al certificato della Camera di commercio, del sig. P. Salvatore quale istitutore, dovendosi, in tesi, ritenere che egli sia un semplice procuratore, siccome incaricato con atto del 2 febbraio 2009 e fino a tutto il 31 dicembre 2010.

La circostanza, poi, che gli incarichi di cui alla procura del 2 febbraio 2009 siano stati affidati a titolo gratuito, escluderebbe l'esistenza, tra la Controinteressata ed il sig. P. Salvatore, di un rapporto di lavoro, presupposto, ad avviso della controinteressata medesima, «necessario perché possa configurarsi la preposizione institoria»: tale assunto sarebbe confermato pure dall'assenza di un'espressa attribuzione della rappresentanza processuale.

6.3. Il motivo è fondato.

6.4. I poteri relativi alla carica di istitutore (oltreché la qualità di procuratore) del sig. P. Salvatore emergono, infatti, dalla visura camerale del 25 febbraio 2010 e versata in atti da parte ricorrente, dalla quale risulta, altresì, che tale nomina è avvenuta con atto del 2 aprile 2009.

Il Collegio non può che dare atto di tali risultanze, considerato, peraltro, che la procura depositata da parte controinteressata al fine di provare l'asserita erronea iscrizione camerale è diversa da quella indicata nel certificato della Camera di commercio, essendo datata la prima 2 febbraio 2009, mentre quella richiamata nel certificato medesimo 2 aprile 2009.

Orbene, va rilevato che parte controinteressata (e, per il vero neppure l'Amministrazione):

- non ha prodotto in atti alcuna procura del 2 aprile 2009 (come risultante dal certificato);
- non ha dedotto l'erroneità della data dell'atto di nomina indicata nel certificato in argomento,

- non ha provato di aver, quantomeno, chiesto la rettificazione delle risultanze camerali asseritamente erronee.

Per quanto sopra, dunque, allo stato, non può considerarsi vinta la presunzione di regolarità della richiamata certificazione camerale, ferma restando ogni eventuale azione risarcitoria che il soggetto danneggiato potrà intraprendere, ove sussistenti i presupposti, dinanzi al giudice munito della relativa giurisdizione.

6.5. Quanto al contenuto del certificato camerale (e della procura versata in atti e datata 2 febbraio 2009), ferme restando le richiamate formali risultanze, ritiene comunque il Collegio non condivisibili le argomentazioni tese a dimostrare che in effetti, quella del sig. P. - per le ragioni di cui al superiore paragrafo 6.2 - non integrerebbe la figura dell'istitutore quanto, invece, quella di mero procuratore.

Tale assunto conclusione riposa, da una parte, sulla considerazione che la gratuità delle prestazioni - valorizzata da parte controinteressata quale elemento ostativo alla configurabilità di una preposizione institoria - potrebbe in tesi essere riferita (in assenza di specificazione) unicamente alle funzioni aggiuntive conferite e, dunque, inidonea ad escludere in radice la qualità di dipendente del sig. P. Salvatore; dall'altra, che la rappresentanza processuale è direttamente stabilita dall'art. 2204 c.c. con riferimento alle obbligazioni dipendenti da atti compiuti nell'esercizio dell'impresa cui il soggetto incaricato è preposto.

6.6. Sull'obbligo dell'impresa partecipante alla gara di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 75 d. P.R. n. 554 del 1999 con riferimento proprio alla figura dell'istitutore, occorre osservare che, seppure la giurisprudenza non si presenti finora univoca, l'orientamento espresso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa sembra essere volto a ritenere sostanzialmente assimilabili, ai fini della predetta dichiarazione, il soggetto titolare di procura institoria e l'amministratore con poteri di rappresentanza (cfr. C.g.a., 14 settembre 2009, n. 824; 24 marzo 2007, n. 1001), quest'ultimo espressamente contemplato dal dato legislativo.

Il tema rilevante ai fini del presente giudizio è, appunto, quello se la dichiarazione di assenza delle situazioni previste dalle citate disposizioni come impeditive a relazionarsi con una Pubblica Amministrazione che debba conferire un appalto pubblico concerna, nel caso di società, soltanto gli amministratori muniti di potere di rappresentanza e il direttore tecnico, e ciò secondo una prospettazione ancorata unicamente al dato letterale delle norme in questione, o, al contrario, avendo riguardo a una interpretazione sostanziale del precetto contenuto nella norma, si debba estendere a tutti coloro che, in buona sostanza, siano muniti del potere rappresentativo e gestionale della società, a prescindere dal titolo di conferimento.

Sul punto, questa Sezione si è espressa nel senso di ritenere necessaria la dichiarazione in argomento anche con riferimento all'istitutore, affermando che per giurisprudenza consolidata, la norma dell'art. 75 del D.P.R. 554/99 risulta indirizzata a chi, allo stesso tempo, è amministratore e rappresentante della società, nulla escludendo *«che il cumulo delle due posizioni di potere (gestorio e rappresentativo) possa, in concreto, riscontrarsi in capo a soggetti privi della veste formale di amministratori e, tuttavia, investiti della rappresentanza negoziale della società (per una sintesi del contrasto giurisprudenziale, cfr. T.A.R., Sicilia, Catania, 9 giugno 2008, n. 1150). Alla luce di tale considerazione nodale - la necessaria compresenza degli ampi poteri gestori e rappresentativi in capo al soggetto - il cennato dibattito interpretativo sembra trovare un importante momento di convergenza, condiviso anche da questo Collegio, verso l'interpretazione sostanzialista, allorché il soggetto dotato di poteri gestionali e rappresentativi, che abbia omissso la dichiarazione sui requisiti morali sia, come nella vicenda per cui è causa, l'istitutore (cfr. Cons. Stato, V, 26 gennaio 2009, n. 375; 15 gennaio 2008 n. 36; T.A.R., Sicilia, Catania, n. 1150/2008, cit.; T.A.R. Molise 26 novembre 2004, n. 747; T.A.R. Liguria, Genova, II, 26 maggio 2002, n. 502).*

Si tratta, infatti, di una figura la cui definizione si rinviene nel codice civile, ove è sistematicamente inserita nella sezione dedicata alle disposizioni particolari per le imprese

commerciali (Libro quinto – capo III – Sez. III), nel primo articolo del paragrafo 1 (art. 2203) dedicato, appunto, alla “rappresentanza”.

Secondo le norme richiamate, instutore è “colui che è preposto dal titolare all’esercizio di un’impresa commerciale”, in posizione differente dal mero procuratore (art. 2209) cui l’imprenditore conferisce il potere di compiere, per lui, gli atti inerenti all’esercizio di un’impresa pur non essendo preposta a esso.

La preposizione institoria, peraltro, è, in ogni caso, caratterizzata contestualmente dall’ampiezza dei poteri rappresentativi e di gestione, che fanno dell’instutore un alter ego dell’imprenditore con analoghi poteri, sia pure limitatamente al ramo di attività o alla sede cui il soggetto è preposto (Cass. Civ., II, n. 2020 del 1993).

L’ampiezza dei suddetti poteri è tale che “la rappresentanza si reputa generale”, allorché particolari limitazioni non siano rese pubbliche nelle forme di legge.

Si ritiene allora, sulla base dei rilievi che precedono, che l’instutore sia titolare di una posizione corrispondente a quella di un vero e proprio amministratore, munito di poteri di rappresentanza, cosicché deve anche essere annoverato fra i soggetti tenuti alla dichiarazione.

Inoltre, non è solo il rapporto che, in concreto, i singoli rappresentati avranno con la pubblica amministrazione a determinare l’obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti di moralità ma tale obbligo sorge dalla necessità di dovere dimostrare l’affidabilità dell’intera impresa che entrerà in rapporto con l’amministrazione.

Diversamente, non avrebbe alcun senso l’obbligo imposto ai soggetti cessati dalla carica di dimostrare i requisiti di moralità atteso che gli stessi non hanno più modo di entrare in contatto con la stazione appaltante.

Peraltro, conta la titolarità del potere e non anche il suo concreto esercizio tanto più quando lo stesso statuto abilita il soggetto a sostituire in qualsiasi momento e per qualsiasi atto il titolare principale della rappresentanza senza intermediazione o investitura ulteriore e, sostanzialmente, senza controllo sulla effettività dell’impedimento e della assenza (in termini, Cons. Stato, V, n.

36/2008, *cit.*) » (Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 1 marzo 2010, n. 2274; in termini, Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36).

7. La fondatezza del motivo esaminato determina l'accoglimento del ricorso principale con conseguente annullamento, per quanto di ragione, dei provvedimenti impugnati.

8. Le spese seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo; mentre sono compensate tra le parti private.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, pronunciando sul ricorso in epigrafe, così statuisce:

- accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, in epigrafe indicati;
- rigetta il ricorso incidentale;
- condanna la Provincia Regionale di Trapani alla rifusione, in favore della ricorrente, delle spese processuali e degli onorari di causa che liquida in complessivi € 3.000,00 (euro tremila e zero centesimi) oltre IVA e CPA come per legge, ed oltre alla rifusione dell'importo del contributo unificato in favore della stessa ricorrente; compensa le spese tra le parti private.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Maria Cappellano, Referendario

Giuseppe La Greca, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO