

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 14/09/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37343-interpretazione-sostanzialista-figura-degli-amministratori-muniti-di-poteri-di-rappresentanza>

Autore: Lazzini Sonia

**interpretazione sostanzialista figura degli amministratori
muniti di poteri di rappresentanza**

L'art. 38 del codice degli appalti è probabilmente la disposizione di quel complesso normativo con cui più frequentemente si è dovuta cimentare la giurisprudenza (decisione numero 2826 del 9 giugno 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato)

Sonia Lazzini

al fine di dipanare l'intrigo creatosi dal sovrapporsi delle analitiche previsioni di legge sul corpo della libertà di organizzazione dell'attività imprenditoriale privata, con il risultato che la norma in questione è stata chiamata a fronteggiare una varietà di situazioni concrete difficilmente prevedibili e organizzabili.

Anche il legislatore è dovuto tornare in argomento più volte, fino all'ultimo intervento, dato con la riforma di cui al D.L. 24 giugno 2014 n. 90 (qui inapplicabile *ratione temporis*), con cui è stato introdotto un meccanismo di sanatoria endoprocedimentale delle irregolarità, che rende forse meglio ragione della ricerca di un equilibrio tra le ragioni fondanti la disciplina ossia, da un lato, quella sostanziale di impedire l'accesso ai contratti pubblici a soggetti non meritevoli e, dall'altro, quella più formale di introdurre comunque un sistema trasparente di valutazione delle cause ostative.

A proposito delle dichiarazioni spettanti ai soggetti muniti del potere di rappresentanza, e prima di quest'ultimo approdo normativo, la giurisprudenza aveva già posto in più occasioni l'accento sulla necessità di valutare in concreto l'esistenza del potere stesso, facendo leva non solo sulle considerazioni sopra espresse, ma sulla lettura dello stesso art. 38, che fa sempre riferimento ad una situazione di effettiva gestione societaria ("amministratori muniti di poteri di rappresentanza"). E ciò al fine di "evitare, nell'ottica garantista dell'art. 38, comma 1, lett. c), che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale, che si giovino dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza" (Consiglio di Stato, sez. V, 27 maggio 2014 n. 2715) ed in coerenza con l'art. 45 della direttiva CE

2004/18 che, facendo riferimento a “qualsiasi persona” che “eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo” dell'impresa, sembra mirare, conformemente del resto all'orientamento generale del diritto dell'Unione, ad una interpretazione sostanzialista della figura.

N. 02826/2015REG.PROV.COLL.

N. 04282/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.
2. - In via preliminare, la Sezione ritiene di evidenziare come la fattispecie de qua attenga unicamente a profili di diritto e non vi sono state contestazioni sulla ricostruzione in fatto, come sopra riportata e ripetitiva di quella operata dal giudice di prime cure, per cui, vigendo la preclusione di cui all'art. 64 comma 2 del codice del processo amministrativo, deve considerarsi assodata la prova dei fatti oggetto di giudizio.
3. - Con il primo motivo di appello, viene lamentata violazione dell'art. 38, comma 1, lett. b), c) e m-ter), e comma 2, e dell'art. 46, comma 1-bis, del codice degli appalti; violazione della clausola III.2.1. del bando di **gara**; eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento. Nel dettaglio, si evidenzia come, dalla documentazione presentata dal RTI capeggiato da controinteressata s.r.l. a corredo della domanda di partecipazione alla **gara**, fosse evincibile la mancanza delle dichiarazioni ex art. 38 dovute dal presidente del consiglio di amministrazione della controinteressata 3 s.p.a. facente parte del medesimo raggruppamento.
 - 3.1. - La censura non può essere accolta.

L'art. 38 del codice degli appalti è probabilmente la disposizione di quel complesso normativo con cui più frequentemente si è dovuta cimentare la giurisprudenza, al fine di dipanare l'intrigo creatosi dal sovrapporsi delle analitiche previsioni di legge sul corpo della libertà di organizzazione dell'attività imprenditoriale privata, con il risultato che la norma in questione è stata chiamata a fronteggiare una varietà di situazioni concrete difficilmente prevedibili e organizzabili. Anche il legislatore è dovuto tornare in argomento più volte, fino all'ultimo intervento, dato con la riforma di cui al D.L. 24 giugno 2014 n. 90 (qui inapplicabile *ratione temporis*), con cui è stato introdotto un meccanismo di sanatoria endoprocedimentale delle irregolarità, che rende forse meglio ragione della ricerca di un equilibrio tra le ragioni fondanti la disciplina ossia, da un lato, quella sostanziale di impedire l'accesso ai contratti pubblici a soggetti non meritevoli e, dall'altro, quella più formale di introdurre comunque un sistema trasparente di valutazione delle cause ostative.

A proposito delle dichiarazioni spettanti ai soggetti muniti del potere di rappresentanza, e prima di quest'ultimo approdo normativo, la giurisprudenza aveva già posto in più occasioni l'accento sulla necessità di valutare in concreto l'esistenza del potere stesso, facendo leva non solo sulle considerazioni sopra espresse, ma sulla lettura dello stesso art. 38, che fa sempre riferimento ad una situazione di effettiva gestione societaria ("amministratori muniti di poteri di rappresentanza"). E ciò al fine di "evitare, nell'ottica garantista dell'art. 38, comma 1, lett. c), che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale, che si giovino dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza" (Consiglio di Stato, sez. V, 27 maggio 2014 n. 2715) ed in coerenza con l'art. 45 della direttiva CE 2004/18 che, facendo riferimento a "qualsiasi persona" che "eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo" dell'impresa, sembra mirare, conformemente del resto all'orientamento generale del diritto dell'Unione, ad una interpretazione sostanzialista della figura.

Sulla scorta delle dette linee interpretative, non possono essere condivise le censure proposte contro l'operato dell'amministrazione e del primo giudice che hanno ritenuto sufficienti, ai fini dell'art. 38, le dichiarazioni presentate unicamente dall'amministratore delegato della controinteressata 3 s.p.a.. Deve infatti evidenziarsi come la decisione dell'amministrazione sia frutto di una ponderazione complessiva della fattispecie in cui confluiscono i seguenti elementi:

- a) l'amministrazione della società è attribuita al consiglio di amministrazione che può delegare le proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi membri (art. 24 dello statuto), mentre la rappresentanza della società (art. 26) spetta al presidente del consiglio di amministrazione (o in sua assenza, al vicepresidente o agli amministratori delegati) e spetta pure agli amministratori espressamente delegati;
- b) all'amministratore delegato sono stati "conferiti i più ampi poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione ... e la legale rappresentanza della società come disposto dallo statuto sociale" (come si evince dalla visura camerale storica della controinteressata 3 s.p.a., le cui 97 pagine evidenziano anche la vitalità dell'impresa);
- c) il presidente del consiglio di amministrazione (nominato in data 14 novembre 2012) risiede in Giappone (tale fatto, che non emerge dalla visura camerale – dove si indica il solo suo domicilio, ed è solamente allegato, non è tuttavia oggetto di contestazione e meramente riportato come dato anche nella memoria conclusiva dell'appellante datata 2 maggio 2015).

Appare quindi come la valutazione sul concreto esercizio dei poteri di amministrazione e rappresentanza si sia fondata, da parte dell'amministrazione e del primo giudice, su una considerazione sostanziale dell'effettivo svolgersi dell'attività imprenditoriale. Pertanto, se può concordarsi sulla difesa dell'appellante dell'irrelevanza, per quanto attiene alle irregolari dichiarazioni ex art. 38, di un'espressa previsione esclusiva, deve tuttavia evidenziarsi come nel caso in esame queste siano state effettivamente prodotte a proposito dell'amministratore delegato, ossia al solo soggetto effettivamente inquadrabile nell'ambito normativo degli "amministratori muniti di poteri di rappresentanza".

La censura va quindi respinta.

4. - Con il secondo motivo di impugnazione, vengono evidenziate le stesse lagnanze del primo, sotto altri profili. In particolare, le stesse censure sulla mancata dichiarazione vengono estese ad una serie di altri soggetti comunque collegati con il RTI appellato. Si tratta di doglianze tutte infondate, che possono essere valutate sinteticamente a proposito dei singoli soggetti interessati.

4.1. - In merito a Giorgio Ruptik, amministratore unico dell'affittante di ramo d'azienda in favore della controinteressata 3 s.p.a., va evidenziato, in disparte la possibilità che il fatto della dante causa non costituisca motivo di esclusione in assenza di una espressa statuizione del bando di **gara**, che è stata comunque data prova dell'assenza di elementi interdittivi, con una dichiarazione risalente ad un momento anteriore alla stessa stipulazione del contratto di sublocazione. Tale datazione, al contrario di quanto ritenuto dall'appellante, dimostra che la locatrice aveva voluto premurarsi prima di stipulare il contratto sull'esistenza dei requisiti per la successiva partecipazione alle gare pubbliche.

4.2. - In merito ai due procuratori ad negotia, Giampaolo i_ e Pietro B_, appare corretta la considerazione dell'irrelevanza delle loro dichiarazioni, sia per l'assenza di poteri di rappresentanza generale propriamente detti, sia perché la procura risultava in punto di fatto revocata.

4.3. - In merito a Marco S_, responsabile tecnico di controinteressata 2s.r.l., risulta incaricato di attività (impianti di riscaldamento, climatizzazione e condizionamento di qualsiasi natura e specie, come si legge nella visura camerale) del tutto estranee all'oggetto della **gara**.

Conclusivamente, anche il secondo motivo di appello deve essere ritenuto infondato.

5. - Con il terzo motivo di appello, si censura la violazione dell'art. 4.a.1 della lettera di invito, anche in relazione all'art. 38 del codice degli appalti e all'art. 67 del D.Lgs. n. 159 del 2001; nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria. In concreto, viene lamentato che non sarebbero state indicate le generalità e gli altri dati inerenti ai soggetti per cui era dovuta la dichiarazione.

5.1. - La censura va respinta.

Gli elementi indicati sono stati desunti dall'amministrazione dalla visura camerale e non emerge alcuna ragione giuridicamente sostenibile per cui la dichiarazione sostitutiva, richiesta a fini semplificatori, non potesse essere sostituita da un documento di diretta pregnanza probatoria.

6. - Con il quarto motivo di appello, si lamenta violazione e/o falsa applicazione del punto III.2.3. del bando, circa il possesso della certificazione UNI EN ISO 9001:2008; eccesso di potere per difetto di istruttoria. L'appellante evidenzia come il RTI aggiudicatario avesse prodotto, in sostituzione delle certificazioni richieste (certificato ISO 9001:2008 sull'assistenza post – vendita delle pitture e vernici;

certificazione sul rispetto dei limiti di contenuto VOC; certificazione sull'assenza di rilascio di qualsiasi sostanza chimica), altri documenti di natura non equipollente.

6.1. - La censura non ha pregio.

Occorre ricordare che il profilo qui in scrutinio ha richiesto un approfondimento istruttorio da parte del T.A.R. che, con ordinanza n. 482 del 23 gennaio 2014, ha richiesto all'amministrazione "documentati chiarimenti in merito alla controversia in esame, avendo cura di specificare, in particolare, la valenza e la tipologia della certificazione, prevista dal bando in sede di valutazione tecnica dell'offerta, presentata dalla Soc. controinteressata 3 Spa", pronunciando poi all'esito della produzione della stazione appaltante.

Le tre diverse questioni vanno valutate separatamente.

In merito alla questione dell'assistenza post vendita, va notato che la certificazione ISO 9001:2008 settore EA12 "Chimica di base, prodotti chimici e fibre chimici" copre le attività comprese nel disciplinare, che fissa requisiti di carattere generale applicabili a tutte le organizzazioni richiedenti, indipendentemente dal tipo, dimensione e prodotto finito e che, al paragrafo 7.5.1 prevede che l'organizzazione esaminata deve pianificare ed effettuare le attività di produzione e di erogazione del servizio, nel cui ambito rientrano anche le attività successive alla consegna del prodotto.

La censura proposta, pertanto, fa riferimento al dato formale della mancanza di tale attestazione nel documento, ma non può sindacare l'effettivo possesso del requisito, dato dall'effettiva esistenza e validità di una certificazione estesa anche ai detti profili di assistenza.

In merito alle altre due certificazioni, il punto di riferimento è dato dalla specifica tecnica diramata dal segretariato generale della Difesa (lotto n. 2 Nave San Marco), richiamato al punto 4.a.6 della lettera di invito, che testualmente stabilisce:

"In relazione alla specifica tecnica riportante le caratteristiche della fornitura ed ai requisiti sopracitati, saranno ammesse alla gara solamente chi avrà presentato le seguenti certificazioni/rapporti di esame eseguiti presso laboratori certificati ISO/IEC 17025 nei settori Chimico, Meccanico, Prove fisiche da Organismi di Certificazione accreditati:

- certificato attestante il rispetto dei limiti previsti dal D.L. n. 161/2006 (che recepisce la direttiva 2004/42/CE) in merito al contenuto VOC (Volatile Organic Compound);

- certificato di totale assenza di qualunque biocida marino a base di stagno, piombo, arsenico e mercurio;

- certificato Internazionale del sistema antivegetativo secondo Reg. (CE) nr. 782/2003;

- certificato di assenza di rame e rilascio di qualsiasi sostanza chimica comprese quelle tossiche o nocive (non rilevabile dalla strumentazione impiegata per le analisi);

- certificato attestante l'esecuzione ed i risultati del pull-off test (condotto secondo quanto previsto dalla ISO 4624 o, in alternativa, dalla ASTM D4541-09E1). I limiti fissati per la prova sono quelli previsti dalla ISO 20340;

- certificato attestante l'esecuzione ed i risultati del controllo di spessore secondo quanto previsto dalla ISO 2808 o, in alternativa dalla ASTM 4138.

La mancanza delle sopraelencate certificazioni comporterà l'automatica esclusione dalla gara."

In relazione al primo e al quarto certificato, di cui si lamenta la mancata ostensione, va invece rilevato come il primo giudice abbia correttamente valutato la situazione verificatasi nel corso della procedura, anche alla luce dei chiarimenti avuti dall'amministrazione.

In particolare, per quanto attiene alla prima certificazione, il T.A.R. ha evidenziato come non sia possibile ritenere insufficiente il metodo di valutazione del livello consentito di COV, in quanto non difforme da quello prescritto dalla normativa di riferimento, di cui al D.Lgs. 27 marzo 2006 n. 161. Infatti, in tale decreto, all'art. 1, si prevede che, al fine di prevenire o di limitare l'inquinamento atmosferico derivante dagli effetti dei composti organici volatili, di seguito denominati «COV» - cioè la massa di composti organici volatili espressa in grammi/litro (g/l), nella formulazione del prodotto pronto all'uso- è necessario rispettare i diversi valori massimi che per le pitture bicomponenti ad elevate prestazioni – secondo l'allegato II - è indicato in 500 g/l di prodotto pronto all'uso.

Nel corpo dello stesso testo, per consentire la verifica del rispetto dei predetti livelli massimi di VOC, il successivo allegato III individua i diversi metodi consentiti: indicando allo scopo sia quello con acronimo "ISO 11890-2" che quello indicato come "ASTMD 2369". Tale ultimo metodo, come è emerso dagli accertamenti istruttori, era richiesto soltanto "nel caso in cui il prodotto contenga COV che, in fase di essiccamento, reagiscono chimicamente formando parte del rivestimento", con una previsione venuta poi meno a seguito del decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare del 3 ottobre 2012 con effetti dal 2 febbraio 2013, quindi in data anteriore alla data di formulazione della lettera invito del segretariato generale della Difesa.

Tali profili motivazionali non risultano aggrediti dall'appello (che si attarda sugli stessi profili tecnici che avevano motivato l'istruttoria del primo giudice), per cui deve concludersi nel senso della congruità del certificato proposto con le specifiche tecniche richieste.

In merito poi alla quarta certificazione, occorre evidenziare come la certificazione prodotta dalla controinteressata 3 s.p.a. (allegato n. 34 della produzione di primo grado dell'appellante) attesta l'assenza o la presenza nei limiti consentiti di una serie di sostanze (non solo rame, ma anche stagno, piombo, arsenico e mercurio), in relazione alle quali, correttamente, il primo giudice ha ritenuto assolto l'onere probatorio, attesa soprattutto la dizione estremamente ampia della lettera d'invito, tale da rendere praticamente diabolica la probatio del fatto contrario.

Conclusivamente, anche quest'ultima censura deve essere ritenuta infondata.

7. - Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

8. - L'appello va quindi respinto. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello n. 4282 del 2014;

2. Condanna ricorrente s.p.a., ricorrente 2 s.r.l. e Consorzioricorrente 3., in solido tra loro, a rifondere al Ministero della difesa e a controinteressata s.r.l., controinteressata 2s.r.l. e controinteressata 3 s.p.a. le spese del presente grado di giudizio, che liquida, in favore di ognuna delle parti costituite con patrocinio autonomo (Ministero, da un lato, e parte privata, dall'altro), in €. 3.000,00 (euro tremila) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 19 maggio 2015, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Paolo Numerico, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/06/2015

IL SEGRETARIO

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