

N. 02715/2014REG.PROV.COLL.

N. 09278/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

numero di registro generale 9278 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Construccion Y Auxiliar De Ferrocarriles Sa (CAF), in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Benedetto Giovanni Carbone, Luigi Strano e Alessandra Quattrini, con domicilio eletto presso Alessandra Quattrini in Roma, piazza della Croce Rossa, 2;

contro

A.T.M.- Azienda Trasporti Milanese S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Rho e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso Maurizio Zoppolato in Roma, via del Mascherino 72;

nei confronti di

Ansaldo Breda S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Piergiorgio Alberti e Luisa Torchia, con domicilio eletto presso Luisa Torchia in Roma, via Sannio n. 65;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Lombardia - Milano – Sezione IV, n. 183 del 22 gennaio 2013 resa tra le parti, concernente esclusione dalla gara per la fornitura di vetture per metropolitane o metropolitane leggere.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.T.M.-Azienda Trasporti Milanese S.p.A. e di AnsaldoBreda S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 marzo 2014 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Benedetto Carbone, Alessandra Quattrini, Mario Sanino su delega dell'avv. Maurizio Zoppolato, Piergiorgio Alberti e Luisa Torchia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- ATM Azienda Trasporti Milanese S.p.A. (d'ora innanzi solamente ATM), indiceva una procedura negoziata per l'assegnazione di un accordo quadro quadriennale per la progettazione, produzione, consegna e messa in servizio di un numero massimo di 60 treni metropolitani comprensivi di manutenzione full service quinquennale per un importo totale di spesa massima stimata di circa 580.000.000,00 più i.v.a.

La gara doveva essere aggiudicata, ai sensi dell'art. 82 del d. lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. al concorrente che avesse offerto il massimo ribasso percentuale rispetto al prezzo indicato dalla stazione appaltante.

Il disciplinare di gara, per quanto rileva nel presente giudizio, stabiliva al punto 4, che *"la fornitura dei treni metropolitani dovrà essere eseguita in conformità alle disposizioni indicate nel presente disciplinare e, ove non in contrasto, nei seguenti documenti...omissis..."*

Specificata tecnica ATM n. 2001786 rev. 00 del 10/05/2012...."Specificata tecnica per la fornitura di materiale rotabile per le linee 1 e 2 della Metropolitana di Milano" e suoi allegati..."

In ordine ai requisiti soggettivi, al punto 6 (Documentazione Amministrativa), richiedeva, tra l'altro, che *"i concorrenti dovranno presentare unitamente all'offerta...a pena di esclusione.... dichiarazione sostitutiva resa, ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.p.r. n. 445/2000, dal legale rappresentante dell'impresa il quale sotto la propria responsabilità, attesti) ... i nominativi dei rappresentanti dell'impresa, i relativi poteriII) l'insussistenza di cause di esclusione dalla partecipazione alle gare di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 lettere da a) ad m- quater)...la dichiarazione può essere resa o da ciascuno dei soggetti indicati dalla norma (si veda modello Allegato B) o mediante un'unica dichiarazione resa dal legale rappresentante (si veda modello Allegato A)..."*.

In ordine all'Offerta Tecnica (punto 6.2) richiedeva, tra l'altro,

"..progetto tecnico completo delle caratteristiche del materiale rotabile proposto (rif. ST ATM par. 3.1.2), con espliciti riferimenti ai singoli paragrafi della ST ATM...;

"Una dichiarazione di presa d'atto che il mancato rispetto dei sotto elencati requisiti essenziali di cui alla ST ATM sarà motivo di esclusione dalla gara" e (punto 6.2.3) la sottoscrizione del Modulo "clause by clause" rif. ST ATM 3.1.1., con la precisazione che <<In caso di discordanza tra il contenuto del modulo ed il contenuto dell'offerta tecnica sarà ritenuto prevalente quest'ultimo.>>

La gara si configurava, quindi, al massimo ribasso con pubblicazione di specifiche tecniche.

1.1- Partecipavano alla procedura Ansaldo Breda S.p.A., Hyundai Rotem Company e Construcciones Y Auxiliars De Ferrocarriles Sa (CAF, d'ora innanzi solamente CAF).

In sede di esame delle offerte tecniche, l'offerta presentata da CAF veniva esclusa dalla procedura e, quindi, non ammessa alla successiva fase di apertura delle offerte economiche, in quanto ritenuta dalla commissione di gara *"incompleta e lacunosa in elementi rilevanti...e quindi non conforme alla specifica tecnica ATM..."*.

2.- CAF, con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, impugnava la comunicazione della commissione di gara di esclusione disposta nella seduta pubblica dell'1 ottobre 2012, la successiva nota di ATM del 3 ottobre 2012, contenente la comunicazione di esclusione; il verbale di gara n. 7 del 10 ottobre 2012, nella parte in cui la commissione *"a seguito di verifica tecnica negativa"* non aveva ammesso CAF *"alla successiva fase di apertura delle offerte economiche"* e aveva formulato la graduatoria, individuando come prima classificata ed aggiudicataria provvisoria Ansaldo Breda S.p.A. con un ribasso pari al 27,417 e come seconda classificata Hyundai Rotem Company con il ribasso pari al 21,113; il verbale di gara n. 6 del 10 ottobre 2012, nella parte in cui disponeva l'esclusione di CAF dalla procedura di gara *"(l'offerta tecnica risulta incompleta e lacunosa in elementi rilevanti, come meglio descritto nell'allegato documento di valutazione e, quindi, non conforme alla specifica tecnica ATM e dell'allegato documento di valutazione dell'offerta tecnica di CAF)"*; il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara ad Ansaldo Breda S.p.A. (comunicazione di ATM del 23 ottobre 2012); il verbale n. 8 dell'8 ottobre 2012 ed il verbale di aggiudicazione del 23 ottobre 2012, nonché tutti gli atti preparatori, presupposti e consequenziali, espressamente indicati e in via graduata, la delibera di indizione della gara, la lettera di invito del 30 maggio 2012, il disciplinare di gara e la specifica tecnica per la fornitura di materiale rotabile per le linee 1 e 2 della metropolitana di Milano.

Chiedeva, oltre all'annullamento, la condanna di ATM al risarcimento del danno in forma specifica mediante reintegrazione in forma specifica, con la riammissione definitiva di essa ricorrente alla gara e, in subordine, per equivalente, con ristoro di tutti i danni ad essa rivenienti dagli illegittimi provvedimenti gravati.

Il ricorso era affidato a otto profili di censura: con motivo aggiunto si censurava la mancata esclusione dalla gara di Ansaldo Breda, malgrado si fosse resa gravemente negligente nell'esecuzione di un contratto di fornitura nei confronti di ATM, che avrebbe comportato l'applicazione di una penale di circa 18,8 milioni di euro.

3.- Nel giudizio spiegava ricorso incidentale integrato da motivi aggiunti Ansaldo Breda, che evidenziava la assenza della dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione ex art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 da parte di un procuratore di CAF, e deduceva anche censure sulla qualità dell'offerta CAF, comportanti l'esclusione dalla gara in relazione al sistema frenante e alla rumorosità.

4.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia con dispositivo n. 3128 del 19 dicembre 2012, accoglieva il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti e dichiarava inammissibile il ricorso principale e i relativi motivi aggiunti con compensazione delle spese di giudizio.

Seguiva la pubblicazione della sentenza n. 183 del 22 gennaio 2013 contenente le motivazioni del *decisum*.

4.1- Il TAR, in dichiarata applicazione dei principi dettati dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, nonché in base all'art. 276, comma 2, giusta il richiamo dell'art. 76, comma 4 c.p.a., esaminava prioritariamente il ricorso incidentale della controinteressata Ansaldo Breda avente natura paralizzante.

4.2- Riteneva, quindi, fondato il primo motivo del ricorso incidentale ed il primo motivo aggiunto che ne costituiva la specificazione, con i quali Ansaldo Breda deduceva la violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 e della *lex specialis* di gara (punto 6.1.A.II del disciplinare di gara) e del chiarimento (precisazione n. 9) fornito da ATM il 18 luglio 2012, non avendo ATM escluso la società CAF per non aver allegato la dichiarazione circa l'insussistenza del c.d. pregiudizio penale di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, con riferimento ad uno dei procuratori della società (sig. Julian Barrutia Olasolo), munito di ampi poteri di rappresentanza e di gestione su tutto il territorio della Repubblica Italiana, con particolare riguardo alle gare d'appalto.

4.2.1- Il TAR, in proposito, richiamati i diversi e contrapposti orientamenti della giurisprudenza sull'obbligo di dichiarazione ex art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, e in adesione all'indirizzo più rigoroso, rilevata l'ampiezza dei poteri gestionali e rappresentativi assegnati al procuratore Julian Barrutia, concludeva per la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione in capo a quest'ultimo.

4.3 - Il TAR esaminava poi anche le censure di merito dedotte dalla controinteressata, che stigmatizzava l'operato della stazione appaltante nell'aver omesso di considerare nel provvedimento di esclusione di CAF ulteriori e rilevanti difformità dell'offerta tecnica dalla stessa prodotta rispetto alle specifiche tecniche predisposte dalla stazione appaltante in particolare in relazione al sistema di frenatura dei veicoli, rilevando, in accoglimento di dette censure, la non conformità del progetto tecnico di CAF ai requisiti essenziali del sistema di frenatura previsti dalle ST ATM.

4.4 - Il TAR, alla luce delle considerazioni esposte, ed assorbendo ogni ulteriore censura, concludeva per l'accoglimento del ricorso incidentale e per l'inammissibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di legittimazione attiva e di interesse, con compensazione delle spese di giudizio.

5.- CAF, con tempestivo atto di appello integrato da motivi aggiunti, impugnava il dispositivo e la sentenza, di cui chiedeva la riforma.

Assumeva in via pregiudiziale che l'accoglimento del ricorso incidentale non avrebbe potuto precludere l'esame del ricorso principale in base a quanto affermato dalla Cassazione, sezioni unite, con sentenza 21 giugno 2012, n. 10294 e da alcune pronunce del Consiglio di Stato.

Nel merito contestava:

- a) l'asserita violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, la cui chiara formulazione limiterebbe la dichiarazione di inesistenza del c.d. pregiudizio penale, nel caso di società di capitali, solo agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza, escludendo implicitamente dal novero dei soggetti obbligati i procuratori *ad negotia*;
- b) l'orientamento giurisprudenziale che aveva esteso ai procuratori siffatto onere e riteneva irrilevante la circostanza che in sede di chiarimenti la stazione appaltante, con clausola dal contenuto peraltro ambiguo, avesse richiesto la dichiarazione anche per i procuratori *ad negotia*, sulla considerazione che i "c.d. chiarimenti" non potessero modificare la clausola del bando che non conteneva alcun riferimento ai procuratori;
- c) che sussistessero le circostanze che avevano indotto il TAR ad aderire al più rigoroso orientamento della giurisprudenza, individuate nell'ampiezza dei poteri conferiti al signor Barrutia, tali da consentirgli di operare "come sostanziale rappresentante della società all'interno del territorio italiano", puntualizzando che, *in limine*, avrebbe potuto farsi luogo ad integrazione ai sensi dell'art. 46, comma 1 del codice dei contratti pubblici;

d) che comunque il Barrutia rientri tra i soggetti tenuti alla dichiarazione di cui al citato art. 38;

d) le considerazioni contenute in sentenza sulle difformità dell'offerta tecnica della società anche sotto gli ulteriori profili dedotti dalla ricorrente incidentale.

6.- Si costituivano in giudizio ATM e Ansaldo Breda concludendo per il rigetto dell'appello stante la sua infondatezza in fatto e diritto.

7.- La trattazione della causa, già fissata per le udienze del 4 giugno 2013 e del 10 dicembre 2013, veniva rinviata in attesa delle decisioni dell'Adunanza Plenaria sulle questioni relative all'obbligo della dichiarazione ex art. 38 del codice dei contratti pubblici da parte del procuratore *ad negotia* e sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale.

8.- Le parti depositavano memorie difensive e di replica e, da ultimo, illustravano le proprie tesi difensive alla luce della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 23 del 16 ottobre 2013 sull'obbligo della dichiarazione del pregiudizio penale da parte del *procurator ad negotia*, nonché della sentenza della Corte di Giustizia 4 luglio 2013 (causa C-100/12, Fastweb) e della Adunanza Plenaria nn. 7 e 9 del 2014 in ordine al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale.

Alla pubblica udienza del 18 marzo 2014, il ricorso è stato assunto in decisione.

DIRITTO

9.- L'appello è infondato e va respinto.

10.- In ordine logico è prioritario l'esame della questione concernente il rapporto fra ricorso incidentale (proposto dall'aggiudicatario) e ricorso principale (proposto da concorrente non aggiudicatario) nelle controversie in materie di gare pubbliche e la corretta applicazione da parte dell'impugnata sentenza, dei principi elaborati dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011.

Il giudice di primo grado ha accolto il primo motivo di ricorso incidentale proposto da AnsaldoBreda, secondo il quale CAF avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, e non avrebbe pertanto interesse all'accoglimento del ricorso principale, per non aver presentato, per uno dei suoi procuratori (il sig. Barrutia), le dichiarazioni previste dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici per gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza.

10.1- La questione, oggetto di dibattito dottrinario e giurisprudenziale sia nell'ambito della giustizia amministrativa che di quella comunitaria e della Cassazione, con riguardo ai profili attinenti il diniego di giustizia ove l'accoglimento del ricorso incidentale comporti l'inammissibilità o l'improcedibilità di quello principale, di recente è stata oggetto di rivisitazione da parte dell'Adunanza Plenaria di questo consesso.

In particolare, con sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014, l'Adunanza Plenaria, in dichiarata applicazione dei principi elaborati dalla sentenza della Corte di Giustizia *Fastweb*, ha definito le dibattute questioni, fissando, da un lato, i criteri da seguire per stabilire la priorità dell'esame del ricorso incidentale *ad excludendum* rispetto a quello principale (ponendosi nel solco della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011), dall'altro, risolvendo la parallela questione della sorte del ricorso principale, se debba essere definito o meno con sentenza in rito.

Nella parte di interesse si riportano i principi elaborati dalla menzionata Adunanza plenaria cui la Sezione si conforma:

a) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile>>;

b) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale>>;

c) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione>>.

10.2- In base ai criteri fissati dalla citata Adunanza Plenaria, e tenuto conto delle caratteristiche del ricorso incidentale proposto dall'Ansaldo Breda, quali desumibili dalla *causapetendi*, appare esente da vizi l'iter motivazionale seguito dal TAR nell'esaminare prioritariamente il ricorso incidentale di Ansaldo Breda tanto per l'assorbente rilievo che oggetto del presente giudizio è una gara cui hanno partecipato tre imprese..

11.- Asserisce la ricorrente CAF che il principio della prevalenza della impugnativa incidentale su quella principale non troverebbe applicazione nella fattispecie in quanto le posizioni del ricorrente principale e del ricorrente incidentale sarebbero del tutto identiche e afferenti la medesima fase; in entrambi i casi si tratterebbe di doglianze relative a presunte violazioni del disciplinare di gara in relazione (a) modalità di presentazione di dichiarazioni formali che avrebbero dovuto essere inserite nell'offerta e (b) parametri che l'offerta tecnica non avrebbe rispettato.

Richiama a sostegno il principio sancito dalla Corte di Giustizia che impone di non attribuire al ricorso incidentale alcun effetto interdittivo dell'esame delle doglianze avanzate con il ricorso principale, in presenza di analoghe censure afferenti alla stessa fase e richiama nell'ultima memoria di replica il quarto principio di diritto sancito dall'Adunanza Plenaria n. 9/2014.

La prospettazione dell'appellante non può essere condivisa sulla scorta dei principi illustrati al precedente paragrafo..

Né può farsi riferimento ad una presunta lesione dei principi di "effettività" e "parità delle armi".

Tali principi, sebbene siano ricognitivi di preesistenti principi costituzionali ed europei, per la loro collocazione in testa al codice (artt. 1 e 2, co. 1, c.p.a.), vanno pur sempre coniugati con le regole processuali che richiedono la sussistenza delle condizioni dell'azione e della legittimazione e con la disciplina del ricorso incidentale recata dal codice del processo amministrativo (art. 42), come strumento per la proposizione di «domande», il cui interesse sorge solo in dipendenza della proposizione del ricorso principale, che nel contenuto complesso, ancorché innestato nella matrice comune della «difesa attiva» della parte intimata, I) formula un'eccezione, eventualmente a carattere riconvenzionale; II) propone una vera e propria domanda riconvenzionale, diretta all'annullamento di un atto; III) articola una domanda di accertamento pregiudiziale, volta, comunque, ad ottenere una pronuncia che precluda l'esame del merito del ricorso principale.

Ne consegue che correttamente, l'impugnata sentenza, accertata la fondatezza del ricorso incidentale *ad excludendum* non ha esaminato le censure dedotte dalla ricorrente principale.

12.- Fermo tanto, va esaminato, attesa la assorbente valenza nella presente controversia, il motivo di appello relativo alla qualificazione nella compagine societaria del signor Julian Barrutia, formalmente investito della qualifica di procuratore speciale ma ritenuto investito di ben più ampi poteri dal giudice di primo grado e del correlato obbligo, in relazione alla qualifica e funzione, della dichiarazione del pregiudizio penale.

12.1- Dalle visure camerali risulta che al signor Julian Barrutia, con procura datata 24 gennaio 2011 erano stati conferiti i seguenti poteri:

a) ricoprire la rappresentanza della società mandante in tutti i documenti pubblici e privati, atti, pratiche, inoltri e commissioni, comprese le facoltà di impugnazione eventualmente necessarie per la presentazione e la negoziazione di ogni genere di prequalificazione, qualificazione ed offerte si rendessero necessarie in ogni tipo di licitazione di fidejussioni e garanzie;

b) agire in nome e per conto della Società mandante nella discussione e nella negoziazione dei dettagli contrattuali e tecnici, così come nella sottoscrizione di ogni contratto relativo alle gare d'appalto presentate nella Repubblica Italiana, qualora essa risultasse aggiudicataria;

c) ricoprire la rappresentanza della Società mandante per la negoziazione e la firma degli accordi consortili e accordi di impegno di Consorzio, nella forma giuridica che sarà determinata per la presentazione delle rispettive offerte e/o per l'esecuzione dei relativi contratti nel territorio della Repubblica Italiana".

Trattasi, dunque, di una procura generale che abilita il sig. Barrutia Olasolo ad esercitare in piena autonomia e senza alcun limite, amplissimi poteri decisionali, gestionali e rappresentativi di CAF su tutto il territorio italiano.

12.2- Il disciplinare di gara (punto 6.1.A.II), stabiliva che i concorrenti erano tenuti a presentare a pena di esclusione, la dichiarazione "circa l'insussistenza delle cause di esclusione dalla partecipazione alla gara, di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, lettere da a) ad m-quater" rinviando alla modulistica di cui all'Allegato B (che ricomprendeva espressamente i procuratori).

Con chiarimenti resi da ATM a tutti i partecipanti alla gara prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, si precisava che, nella dichiarazione ex art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, dovevano essere indicati anche i procuratori, equiparati o equiparabili agli amministratori.

Il chiarimento dell'amministrazione seguiva ad una specifica domanda formulata da un concorrente (se i procuratori sono più di uno, bisognerà fornire tanti allegati B quanto il numero dei procuratori?). ATM rispondeva in senso affermativo sottolineando che, in alternativa, il concorrente avrebbe dovuto "produrre, in luogo degli Allegati A e B, unicamente l'Allegato A sottoscritto dal legale rappresentante che elenchi ai punti c) e d) tutti i soggetti indicati nella norma compresi i procuratori" (Precisazione 9 – 18 luglio 2012, depositata in giudizio).

12.3 - CAF ha presentato la dichiarazione di cui all'Allegato A sottoscritta dal legale rappresentante riferita a Andres Arizorreta Garcia (amministratore delegato), José Maria Baztarrica Garijo (presidente), Alejandro Gabriel Legarda Zaragueta (direttore generale) José Antonio Gortazar Obieta (direttore tecnico) e Inaki Mendizabal de Los Mozos (procuratore).

La dichiarazione non fa invece riferimento alcuno al procuratore, sig. Julian Barrutia Olasolo, malgrado nell'ambito societario, il sig. Barrutia fosse titolare di amplissimi poteri rappresentativi e gestionali della società.

12.4- A tal punto, non può non rilevarsi, conformemente ai criteri contenuti nella giurisprudenza formatasi in materia, richiamati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 23 del 16 ottobre 2013, che la differenza tra le due figure, di amministratore e procuratore speciale, quali definite dalla legge, non sempre corrispondono alle funzioni di fatto e in concreto attribuite nella compagine societaria ai procuratori speciali.

Se è vero infatti, che con la locuzione di "amministratori muniti del potere di rappresentanza" l'art. 38 lett. c) ha inteso riferirsi alla cerchia di persone fisiche che, in base alla disciplina del codice civile e dello statuto sociale, sono abilitate ad agire per l'attuazione degli scopi societari con potere di rappresentanza generale e che, proprio in tale veste qualificano in via ordinaria, quanto ai requisiti di moralità e di affidabilità, l'intera compagine sociale e che questa figura si distingue nettamente da quella del procuratore *ad negotia* (figura, questa, eventuale e non necessaria nell'assetto istituzionale delle società di capitali, il quale deriva il proprio potere dalla volontà degli amministratori, operando di massima nell'interesse societario per oggetto limitato e soggiacendo al controllo di chi ha conferito la procura) è anche vero che nella modulazione degli assetti societari la prassi mostra l'emersione, in talune ipotesi, di figure di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori.

Anche in questo caso, si pone l'esigenza 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.

A ben vedere, in tal caso, il procuratore speciale finisce col rientrare a pieno titolo nella figura cui si richiama l'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché da un lato si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma 1, cod. civ. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, assomma in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti.

Detta conclusione non è in contrasto nemmeno con l'art. 45 della direttiva CE 2004/18, il quale anzi, 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.

12.5- Facendo applicazione dei suddetti principi, è indubbio che l'obbligo della dichiarazione ex art. 38 d.l. n. 163/2006 avrebbe dovuto essere assolto con riferimento al procuratore sig. Julian Barrutia Olasolo, che, in forza della procura rilasciatagli, assommava in sé anche il ruolo di rappresentante della società, configurandosi, come rilevato nella sentenza impugnata, "come sostanziale rappresentante della società all'interno dell'intero territorio italiano".

12.6- La circostanza che l'Adunanza Plenaria n. 23/2013 abbia escluso l'obbligo dichiarativo in capo al *procurator ad negotia*, nell'ipotesi in cui la leggedi gara non preveda esplicitamente in tal senso, non è significativo nel caso in esame in cui il disciplinare ed il chiarimento imponevano puntualmente tale obbligo dichiarativo.

D'altro canto l'amministrazione, con i chiarimenti (9-18 luglio 2012), ha sollecitato l'attenzione sull'effettiva portata della prescrizione del disciplinare di gara e la stessa società appellante ha dimostrato di essere perfettamente edotta di ciò, avendo reso la dichiarazione ex art. 38 per altro procuratore (Inaki Mendizabal de Los Mozos), munito di poteri sostanzialmente equivalenti a quelli del signor Barrutia, nonché dal Direttore Affari Internazionali della società (Jesús Esnaola Altuna).

13- Asserisce l'appellante che l'omissione non avrebbe potuto essere sanzionata con l'esclusione e che la stazione appaltante avrebbe dovuto invitare all'integrazione documentale ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis d. lgs n. 163/2006.

La mancata indicazione da parte della società nella propria dichiarazione del nominativo del suddetto procuratore impediva in radice la possibilità del c.d. soccorso istruttorio in quanto l'integrazione documentale è istituto non applicabile a prescrizioni della *lex* di gara sanzionate con l'esclusione dalla gara.

Sul punto è sufficiente richiamare il principio di diritto reso dalla più volte menzionata adunanza plenaria n. 9 del 2014 secondo cui: <<nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, co. 1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali>>.

Non vale, pertanto, a sanare l'omissione la tardiva produzione da parte del Barrutia della dichiarazione ex art. 38 del codice degli appalti pubblici.

14.- In conclusione, deve ritenersi corretto il percorso motivazionale contenuto nella sentenza impugnata, che con riferimento al signor Barrutia, ha ritenuto che i poteri conferitigli e la rappresentanza con il potere di impegnare la società verso i terzi, inducessero a qualificarlo come amministratori di fatto, cui conseguiva l'obbligo della dichiarazione dell'assenza del c.d. pregiudizio penale alla stregua degli amministratori muniti di poteri rappresentativi.

15.- Sulla scorta delle sue esposte considerazioni, non può che concludersi per l'infondatezza dell'appello.

Nella novità delle questioni giuridiche sottese al gravame in trattazione e nelle oscillazioni della giurisprudenza risolte con l'intervento della Adunanza plenaria e della Corte di Giustizia UE successivamente alla proposizione dell'appello, il Collegio ravvisa le eccezionali ragioni per compensare integralmente fra le parti costituite, a mente del combinato disposto degli artt. 26 c.p.a. e 92, c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/05/2014

IL SEGRETARIO

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