



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4143 del 2011, proposto da:
Tagher s.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa
dagli avvocati Barbara Pirocchi e Rosario Torrisi Rigano, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avv. Barbara Pirocchi in Roma, via Salaria, 280;

contro

Comune di Parre, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e
difeso dall'avv. Angelo Capelli, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Zazza
in Roma, via Crescenzo, 42;

nei confronti di

IMEI s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa
dall'avv. Maurizio Zoppolato, presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma,
via del Mascherino 72;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZIONE STACCATA DI BRESCIA:
SEZIONE II n. 527/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO

LAVORI DI AMPLIAMENTO ED ADEGUAMENTO EDIFICIO DELLA SCUOLA PRIMARIA - RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Parre;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale di IMEI s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2013 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avv. Rosario Torrisi Rigano, l'avv. Paolo Pagliara su delega dell'avv. Angelo Capelli e l'avv. Enrico Salone su delega dell'avv. Maurizio Zoppolato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La società Tagher, avendo partecipato alla gara indetta dal Comune di Parre per l'affidamento dei lavori di ampliamento ed adeguamento dell'edificio della scuola primaria, con importo a base d'asta di euro 920.000 (oltre 30.000 euro per oneri di sicurezza), aggiudicata alla società IMEI s.r.l., con ricorso al TAR Lombardia, sezione staccata di Brescia, impugnava gli atti di gara, lamentando l'illegittima ammissione alla gara dell'aggiudicataria IMEI, che avrebbe dovuto essere esclusa per omessa dichiarazione del pregiudizio penale da parte dei procuratori generali della società, signori Rovagnati Federica e Rovagnati Emilio e per aver versato la cauzione dimezzata, malgrado non fosse in possesso dei requisiti richiesti dalla legge per beneficiare della cauzione dimezzata.

2.- Il TAR respingeva il ricorso con sentenza n. 527 del 2011, conformandosi all'orientamento del Consiglio di Stato (sezione quinta, n. 7967 del 9 novembre 2011) sul c.d. "falso innocuo" essendo risultato che i due procuratori Rovagnati Federica e Rovagnati Emilio non avevano riportato alcuna condanna e non avevano procedimenti penali pendenti, nonché perché l'obbligo della dichiarazione del pregiudizio penale incomberebbe ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 solo sugli amministratori muniti di potere di rappresentanza e sui direttori generali e non sui procuratori generali e ritenendo idonea la certificazione di qualità in possesso di IMEI per beneficiare della dimidiazione della cauzione provvisoria.

3.- Con ricorso notificato il 10 maggio 2011, Tagher s.r.l. ha proposto appello per l'annullamento o la riforma della suddetta sentenza, di cui assume l'erroneità alla stregua dei seguenti motivi:

violazione dell'art. 38, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per violazione della *lex* di gara, con riferimento all'obbligo dei procuratori generali dotati di ampi poteri institori di rendere dichiarazione in ordine all'assenza di pregiudizio penale.

Si è costituito in giudizio il Comune di Parre, che ha riproposto l'eccezione di nullità della notifica del ricorso di primo grado ex art. 145 c.p.c., rigettata dal TAR sul presupposto che il cambiamento di sede della società destinataria della notifica costituisse errore scusabile, consentendole la rimessione nei termini e nel merito ha confutato le censure, concludendo per il rigetto dell'appello.

Si è costituita in giudizio IMEI s.r.l. che ha contestato le censure dell'appellante, concludendo per il rigetto dell'appello ed ha proposto appello incidentale per l'annullamento o la riforma della sentenza nella parte in cui ha respinto la domanda di esclusione dalla gara della ricorrente principale per omessa dichiarazione del pregiudizio penale ex art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 da parte di procuratore speciale della società Tagher.

Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza del 12 febbraio 2013, il giudizio è stato assunto in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello principale è infondato e va respinto, sicché si può prescindere dall'esame dell'eccezione di nullità della notifica del ricorso introduttivo, atteso che, sia pure attraverso una discutibile riammissione in termini della ricorrente, è stata assicurata l'integrità del contraddittorio.

2.- La questione controversa riguarda l'obbligo dei procuratori generali di rendere la dichiarazione di assenza del pregiudizio penale ex art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, qualora il bando di gara non abbia indicato alcun criterio diverso da quello testualmente previsto dalla norma di legge.

2.1- In base al dato testuale dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, i soggetti tenuti a rendere la suddetta dichiarazione sono gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e i direttori generali.

La norma nessun cenno contiene alle diverse figure dei procuratori generali e speciali, dei quali si controverte nel presente giudizio.

2.2- Assume la società appellante che tale obbligo troverebbe fonte nell'interpretazione estensiva dell'art. 38, del d. lgs. n. 163 del 2006 o in un'interpretazione per analogia, essendo un tale obbligo desumibile dall'intero sistema sotteso alla disciplina in materia di contratti pubblici.

La prospettazione dell'appellante non può essere condivisa.

2.3- Con riguardo all'interpretazione estensiva dell'art. 38, non può ritenersi ammissibile, non sussistendo i presupposti per comprendere nella tassativa disposizione di legge figure ontologicamente diverse da quelle espressamente menzionate.

Invero, la figura dell'amministratore munito di poteri di rappresentanza e quella del procuratore generale sono diverse, non solo per il *nomen iuris*, ma per le modalità di

nomina e per la diversità delle funzioni: l'amministratore è nominato dall'assemblea dei soci e l'assemblea gli attribuisce i poteri rappresentativi, mentre il procuratore generale è nominato dall'organo esecutivo; l'amministratore ha poteri decisionali e gestionali e rappresenta la società all'esterno; il procuratore è privo di poteri gestionali autonomi, dovendo dare esecuzione attraverso la propria attività alle scelte gestionali dell'organo di amministrazione.

2.4- L'obbligo della dichiarazione *ex art. 38*, d. lgs. citato, per i procuratori generali non può nemmeno trovare fonte in nell'interpretazione analogica, atteso che tale modalità di interpretazione è preclusa dalla natura sanzionatoria implicita nell'art. 38, la cui violazione comporta l'esclusione dalla gara.

2.5- Quanto alla *ratio* sottesa alla disciplina dei contratti pubblici, volta alla massima trasparenza anche dei soggetti affidatari dei lavori o servizi, essa è già stata valutata in sede di stesura della normativa di settore, individuandosi un punto di equilibrio, che non appare irragionevole e non può essere superato senza coinvolgere indebitamente gli altri interessi contrapposti già valutati dal legislatore.

In altri termini, la disciplina vigente rappresenta il punto di equilibrio tra le esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa e di speditezza e certezza delle situazioni giuridiche che sono corollari ineludibili nei rapporti economici e che verrebbero compromessi, ove si rimettesse alla stazione appaltante di indagare volta per volta sui poteri di soggetti, quali i procuratori di una società, siano procuratori generali che speciali, onde farne derivare l'esclusione dalla gara.

Tale sistema del tutto privo di utilità pratica finirebbe con il trasferire alla commissione di gara ed in ultima analisi al giudice il potere di introdurre in una gara cause di esclusione non previste né da fonte normativa primaria o secondaria, né dalla *lex* di gara.

In conclusione, la qualifica formale di amministratore costituisce un presupposto necessario per poter considerare dovuta la dichiarazione *ex art. 38*, anche al fine di

evitare che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto un profilo di estrema rilevanza dell'iniziativa economica dell'impresa, costituita dalla possibilità di partecipare agli appalti pubblici.

Quanto esposto, peraltro conforme a giurisprudenza costante di questa sezione (cfr. Cons. Stato, V, 25 gennaio 2011, n. 513; 8 febbraio 2011, n. 857) conclude per il rigetto dell'appello principale, incentrato sull'asserito obbligo della dichiarazione di assenza di pregiudizio penale anche per i procuratori generali e, quindi, per l'esclusione dalla gara della società aggiudicataria, i cui procuratori generali non avevano reso la dichiarazione di cui al citato art. 38.

3.- Sotto altro profilo, più sostanzialistico, va considerato che i due procuratori generali Rovagnati Federica e Rovagnati Emilio, in corso di giudizio hanno provato l'assenza di precedenti penali e di carichi pendenti, sicché non sussisterebbero, comunque, le preclusioni di cui all'art. 38, ove in mancanza di diversa disposizione del bando di gara, l'incombente venga ricondotto in chiave sistematica al requisito sostanziale alla cui sussistenza tendono.

4.- In conclusione deve concordarsi con la legittima ammissione alla gara di IMEI, come affermato dal TAR con la sentenza appellata.

Le considerazioni sin qui svolte tolgono pregio alle censure della ricorrente, sicché l'appello principale deve essere respinto, cui consegue l'improcedibilità per carenza di interesse dell'appello incidentale di IMEI s.r.l.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/06/2013

IL SEGRETARIO

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