



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3707 del 2012, proposto da:
Consorzio stabile ECIT - Engeneering Costruzioni Infrastrutture e Tecnologie,
con sede in Roma, in persona del Presidente pro-tempore del consiglio di
amministrazione, rappresentato e difeso dagli avv.ti Alessandro Taurino, Danilo
D'Arpa e Monica Battaglia, e presso lo studio di quest'ultima elettivamente
domiciliato in Roma, alla via Cunfida n. 20, per mandato a margine dell'appello;

contro

- Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro in carica;
- Provveditorato interregionale alle opere pubbliche per la Puglia e la Basilicata, in
persona del Provveditore pro-tempore;
già costituiti nel giudizio di primo grado e non costituiti nel giudizio d'appello;

nei confronti di

Doronzio Infrastrutture S.r.l., con sede in Barletta, in persona dell'amministratore
unico pro.-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Loiodice, e presso lo
studio di questi elettivamente domiciliata in Roma, alla via Ombrone n. 12, pal. B,
per mandato a margine dell'atto di costituzione nel giudizio d'appello;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia, Sede di Bari, Sez. I, n. 718 del 12 aprile 2012, con cui è stato respinto il ricorso in primo grado n.r. 878/2011, integrato con motivi aggiunti, proposto per l'annullamento dell'aggiudicazione della procedura negoziata per l'affidamento dell'esecuzione delle opere di difesa dell'abitato di Gallipoli dall'erosione del mare in corrispondenza della riviera Armando Diaz e del tratto "Seno della Purity", nonché degli atti di gara.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Doronzo infrastrutture S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2012 il Cons. Leonardo Spagnoletti e uditi l'avv. Pierluigi Giammaria, in sostituzione dell'avv. Monica Battaglia, per l'appellante Consorzio ECIT e l'avv. Aldo Loiodice per l'appellata Doronzo Infrastrutture S.r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.) Il Consorzio stabile ECIT - Engeneering Costruzioni Infrastrutture e Tecnologie, con sede in Roma, ha partecipato alla procedura aperta per l'affidamento dell'esecuzione delle opere di difesa dell'abitato di Gallipoli dall'erosione del mare in corrispondenza della riviera Armando Diaz e del tratto "Seno della Purity", indetta dal Provveditorato interregionale alle opere pubbliche per la Puglia e la Basilicata, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso

sull'importo a base di gara (pari a € 1.654.445,00 di cui € 1.639.500,00 per lavori a corpo e € 14.945,00 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso).

In esito alla procedura di verifica delle offerte anormalmente basse, svolta ai sensi dell'art. 86 comma 1 del d.lgs. n. 163/2006, ed escluse altre offerte non giustificate o ritenute incongrue, è risultata aggiudicataria la concorrente Doronzo Infrastrutture S.r.l., verso il ribasso del 41,043%, e quindi per il prezzo di € 966.600,02 oltre agli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.

Con il ricorso in primo grado n.r. 878/2011 il Consorzio ECIT ha impugnato l'aggiudicazione e i presupposti verbali di gara, allegando che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per incompletezza e incongruità delle dichiarazioni dei requisiti ex art. 38 d.lgs. n. 63/2006 relative al procuratore speciale Mario Gaetano Doronzo, e con motivi aggiunti ha altresì gravato le ulteriori determinazioni della commissione di gara che, a seguito di ordinanza cautelare, e riesaminata la documentazione presentata dall'aggiudicataria, ha confermato l'aggiudicazione.

Nel giudizio di primo grado si è costituita la controinteressata Doronzo Infrastrutture, che a sua volta ha proposto ricorso incidentale, contestando l'ammissione alla gara della ricorrente principale con riferimento all'incompletezza delle dichiarazioni a essa riferibili.

Con sentenza n. 718 del 12 aprile 2012 il T.A.R. Puglia, rigettato il ricorso incidentale e, dichiarata improcedibile l'originaria impugnazione, ha respinto i motivi aggiunti.

Con appello notificato il 18 maggio 2012 e depositato il 19 maggio 2012, il Consorzio ECIT ha impugnato la sentenza, deducendone l'erroneità e ingiustizia, senza rubricazione espressa di motivi, sulla base delle censure di seguito sintetizzate:

I) la dichiarazione resa dall'amministratore unico Michele Doronzo in ordine alla dissociazione della società dai reati commessi dal precedente amministratore unico Mario Gaetano Doronzo sarebbe non veritiera, al contrario di quanto opinato dai giudici amministrativi pugliesi, perché il cessato amministratore è stato investito, contestualmente alla cessazione dalla carica (14 agosto 2008) di procura speciale, circostanza peraltro non dichiarata, ed in effetti ha poi presentato quale procuratore speciale la documentazione relativa alla congruità dell'offerta; si ribadisce quindi che la dissociazione sarebbe simulata o fittizia;

II) in ogni caso secondo il disciplinare di gara anche i procuratori dovevano rendere le dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n. 163/2006, e nella specie ciò non è accaduto quanto a Mario Gaetano Doronzo;

III) i reati commessi da Mario Gaetano Doronzo, a differenza di quanto ritenuto in sede di riesame dalla commissione di gara, e opinato dal T.A.R., sono gravi e incidenti sulla moralità professionale, non rilevando la loro relativa risalezza temporale, né potendo assumere rilievo la riabilitazione intervenuta dopo lo svolgimento della gara e nel corso del giudizio amministrativo;

IV) in nessun modo la dichiarazione resa dall'amministratore unico della società Michele Doronzo potrebbe valere per il procuratore speciale Mario Gaetano Doronzo quanto alle condizioni soggettive ex art. 38 lettera m-ter), trattandosi di dichiarazione di scienza assolutamente personale, né può ritenersi che la censura, dedotta coi motivi aggiunti, sia tardiva.

Costituitasi in giudizio, l'appellata Doronzo Infrastrutture S.r.l., con memoria difensiva depositata l'8 giugno 2012, ha dedotto, a sua volta, l'infondatezza dell'impugnazione.

Nella camera di consiglio del 12 giugno 2012, previo avviso alle parti, l'appello è stato trattenuto per la decisione.

2.) L'appello in epigrafe è destituito di fondamento giuridico e deve essere rigettato.

2.1) Com'è noto l'art. 38, nel testo applicabile *ratione temporis* - anteriore alle modifiche introdotte dall'art. 4, comma 2, lett. b), n. 1.1) del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 2011, n. 106 -, nell'annettere rilievo alle condizioni soggettive di cui alle lettere b) e c), nonché, in virtù del rinvio ivi contenuto, alla lettera m-ter), si riferiva, per quanto qui interessa, ossia per le società diverse da quelle di persone in nome collettivo e in accomandita semplice, a "...*gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico*".

Nel caso di specie, la dichiarazione è stata, appunto, resa da Michele Doronzo, che incontestatamente riveste la carica di amministratore unico e legale rappresentante della società Doronzo Infrastrutture S.r.l.

Né lo stesso Consorzio revoca in dubbio che l'amministratore unico potesse rendere la dichiarazione in ordine alle condanne riportate dal precedente amministratore unico Mario Gaetano Doronzo, cessato dalla carica nel triennio precedente, contestando invece la effettività della dissociazione della società dalla condotta penalmente sanzionata.

Tale profilo deve essere, per il momento, accantonato, dovendo, invece, scrutinarsi quello concernente l'invocato obbligo del cessato amministratore unico Mario Gaetano Doronzo di rendere bensì le dichiarazioni, ivi compresa quella riferita alla lettera m-ter), quale procuratore speciale della società.

Orbene, a tenore della disposizione richiamata, nel testo applicabile *ratione temporis*, deve senz'altro escludersi la sussistenza di tale obbligo.

E' stato osservato che l'espreso riferimento ai soli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e direttori tecnici rende del tutto irrilevante la posizione di altri

soggetti, e che la disposizione, in quanto limitativa della partecipazione alle gare in relazione a determinate condizioni soggettive, “...assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori...” (Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011, n. 6136 e 25 gennaio 2011, n.513).

Anche in altra prospettiva meno rigorosa e “sostanzialistica”, peraltro, la posizione dei procuratori può assumere rilievo ai fini dell’obbligo di rendere le dichiarazioni sui requisiti generali ex art. 38, solo ed esclusivamente se investiti di poteri gestori generali, con ambito di piena autonomia e indipendenza dagli amministratori (Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2011, n.134), o in una prospettiva ancora più “attenuata” se comunque il procuratore sia sottoscrittore dell’offerta (Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2012, n. 2970).

Nel caso di specie, offerta e documenti per la partecipazione alla gara sono stati sottoscritti dall’amministratore unico Michele Doronzo, e non può assumere ex se rilievo la circostanza che alle operazioni di gara abbia assistito il procuratore speciale Mario Gaetano Doronzo, o che questi abbia poi trasmesso la documentazione giustificativa dell’offerta nel sub procedimento di verifica dell’anomalia.

Né potrebbe indurre a conclusioni diverse la circostanza che il punto 6 del disciplinare di gara, dopo aver richiamato, in modo pressoché testuale, il disposto dell’art. 38 quanto ai soggetti obbligati a rendere le dichiarazioni, contenga l’inciso “...e dai procuratori muniti di poteri inerenti l’affidamento dei lavori pubblici...”, poiché esso deve essere retamente inteso come riferito appunto o a procuratori investiti di poteri gestori generali con ambito di piena autonomia e indipendenza dagli amministratori o a quelli che sottoscrivano l’offerta.

I rilievi che precedono danno conto dell'infondatezza delle censure esposte *supra* al numero II).

2.2) Quanto invece alla ribadita pretesa insufficienza delle misure di dissociazione dall'operato dell'amministratore cessato dalla carica, evocata nella censura di cui al numero I), deve osservarsi che la relativa valutazione deve esprimersi in termini di relativa sufficienza e proporzionalità rispetto alla condotta penalmente sanzionata.

Nel caso di specie, le due condanne attengono, rispettivamente ad una contravvenzione (art. 1161 cod. nav. e art. 734 c.p.) e a un delitto di truffa relativo all'attività di altra società di natura agricola, di cui era socio Mario Gaetano Doronzo..

Il secondo reato, più grave, non è correlato in alcun modo all'attività d'impresa della Doronzo Infrastrutture S.r.l.

Sotto un primo profilo, potrebbe quindi dubitarsi che, salva la cautelativa cessazione dalla carica di amministratore, la società fosse tenuta ad adottare ulteriori misure di dissociazione.

Ad ogni modo, non può non annettersi rilievo alla circostanza che la società, dopo notifica di atto stragiudiziale di diffida, ha anche instaurato giudizio civile ai fini del risarcimento dei danni riconducibili alle condotte penalmente sanzionate.

A fronte di tali elementi formali, il conferimento di procura speciale al cessato amministratore non può assumere ex se pregnante valenza probatoria, piuttosto che semplicemente e suggestivamente indiziaria, di una sostanziale "fittizietà" della dissociazione.

2.3) Non hanno maggior pregio le censure svolte al numero III) perché la commissione di gara dato conto, con ampia ed esauriente motivazione, delle ragioni per le quali il rilievo delle condanne penali non assumeva valenza

escludente dalla gara sia in ragione della loro risalenza, che della relativa offensività dei reati, il più grave dei quali nemmeno correlato all'attività propria della società partecipante alla gara, sia in funzione della assunzione delle misure dissociative.

2.4) Quanto, da ultimo, alla dichiarazione relativa alla lettera m-ter dell'art. 38, nel testo applicabile *ratione temporis*, essa è stata ritualmente resa dall'amministratore unico della società Michele Doronzo, posto che il rinvio ivi contenuto è appunto ai soggetti di cui alla precedente lettera b) (gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico), e che il richiamo ai procuratori contenuto nel disciplinare deve interpretarsi secondo quanto chiarito sub 2.1).

Ne consegue che anche le censure dedotte nel numero IV) della narrativa in fatto sono destituite di fondamento giuridico.

3.) In conclusione, l'appello in epigrafe deve essere respinto, con la conferma della sentenza appellata.

4.) In relazione alla peculiarità e relativa novità delle questioni esaminate, sussistono giusti motivi per dichiarare interamente compensate anche le spese del giudizio d'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) rigetta l'appello di cui al ricorso n.r. 3707/2012 e dichiara compensate per intero tra le parti costituite le spese e onorari del giudizio.

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Guido Romano, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/06/2013

IL SEGRETARIO

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

LAVORI PUBBLICI