



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 il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.7998 del 2010 proposto dalla spa KPMG, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dal prof. avv. Gennaro Terracciano e dall'avv. Vincenzo Barrasso ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Terracciano in Roma, Largo Arenula n.34;

contro

ANAS spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede di Roma, Via dei Portoghesi n.12, è domiciliataria;

nei confronti di

Reconta Ernst & Young spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dal prof. avv. Angelo Clarizia presso il cui studio in Roma, Via Principessa Clotilde n.2, è

domiciliataria;

per ottenere:

A) l'ANNULLAMENTO

I) del verbale datato 24.6.2010 con cui l'Assemblea ordinaria di Anas spa ha deliberato di affidare alla Reconta Ernst & Young l'incarico di effettuare il servizio oggetto della gara di cui al bando pubblicato sul G.U.R.I. serie speciale del 19.2.2010 n.820;

II) di tutti gli atti presupposti connessi e/o consequenziali, come indicati nell'epigrafe del ricorso;

B) la CONDANNA dell'intimata Anas al risarcimento dei danni.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc Anas Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc Reconta Ernst & Young Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2011 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha partecipato alla gara indetta dalla resistente amministrazione avente ad oggetto l'affidamento del servizio " di

attività di controllo contabile del bilancio di esercizio e consolidato di Anas ex art.2409-ter cc, ivi compresa la sottoscrizione delle dichiarazioni fiscali; controllo contabile della relazione di ANAS spa e del sistema di contabilità analitica (separazione contabile), così come richiesto dall'art.11 della Convenzione di Concessione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e ANAS spa, per gli esercizi 2010, 2011 e 2012", classificandosi al secondo posto della graduatoria finale dietro la Reconta Ernst & Young spa, cui è stato aggiudicato l'appalto de quo.

Con il proposto gravame ha contestato la mancata esclusione della società controinteressata e l'aggiudicazione a quest'ultima, deducendo i seguenti motivi di doglianza:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art.38, comma 1, lett.c) del d.lgvo n.163/2006.- Violazione e falsa applicazione della sezione III.2.1, lett.c) del bando di gara. Violazione e falsa applicazione del paragrafo c) lett. a) della lettera di invito - Eccesso di potere per ingiustizia, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e disparità di trattamento. Violazione dell'art.97 della Costituzione;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art.38, comma 1, lett.c) del d.lgvo n.163/2006 sotto altro profilo. Violazione e falsa applicazione della sezione III.2.1, lett.c) del bando di gara, sotto altro profilo. Violazione e falsa applicazione del paragrafo c) lett.a) della lettera di invito sotto altro profilo. Eccesso di potere per ingiustizia, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e disparità di trattamento -

Violazione dell'art.97 della Costituzione;

3) Violazione e falsa applicazione del paragrafo C) lett.e) della lettera di invito. Eccesso di potere per ingiustizia, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e disparità di trattamento - Violazione e falsa applicazione dell'art.11 del decreto legislativo n.163/2006 - Violazione e falsa applicazione dell'art.2 della L. n.241/1990.

Violazione dell'art.97 della Costituzione;

4) Violazione e falsa applicazione del paragrafo C) lett.f) della lettera di invito. Eccesso di potere per ingiustizia, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e disparità di trattamento - Violazione e falsa applicazione dell'art.11 del decreto legislativo n.163/2006. Violazione dell'art.97 della Costituzione;

5) Violazione e falsa applicazione del paragrafo D) della lettera di invito. Eccesso di potere per ingiustizia, difetto di istruttoria e disparità di trattamento - Violazione dell'art.97 della Costituzione. Violazione del principio di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa.

Si sono costituite sia l'Anas spa che la società aggiudicataria contestando con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle dedotte doglianze e concludendo per il rigetto delle stesse.

La società controinteressata ha proposto, altresì, ricorso incidentale contestando la mancata esclusione dalla gara de qua della odierna istante, la cui offerta risultava in palese contrasto con la lettera di invito, e deducendo a tal fine i seguenti motivi di doglianza:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art.38 del D.lgvo n.163/2006 sotto diversi profili. Violazione della lex specialis di gara- Violazione dell'art.3 del DPR n.445/2000 - Eccesso di potere per difetto di istruttoria;
- 2) Violazione e falsa applicazione del punto C) lett. g) della lettera di invito - Eccesso di potere - Difetto di istruttoria;
- 3) Violazione del punto B9 della lettera di invito. Eccesso di potere - Difetto di istruttoria;
- 4) Violazione del punto III.1.1 del bando di gara. Violazione dell'art.75 del D.lgvo n.163/2006. Violazione del punto C) della lettera di invito - Eccesso di potere - Difetto di istruttoria;
- 5) Violazione del punto C, lettere e) ed f) della lettera di invito. Violazione del DPR n.445/20000. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria.

Alla pubblica udienza del 19 gennaio 2011 il ricorso è stato assunto in decisione.

Preliminarmente il Collegio è chiamato ad esaminare le due doglianze dedotte in via principale con cui è stata contestata l'illegittimità dell'ammissione alla gara de qua dell'odierna controinteressata, la quale, secondo la tesi ricorsuale, non avrebbe dovuto in alcuno modo superare la fase di prequalifica.

Al riguardo il Collegio è ben consapevole del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui l'esame del ricorso incidentale (per il necessario rispetto del principio della sua valenza

preliminare) deve precedere quello del gravame principale, ogni volta che con il primo (nella prospettiva di un effetto paralizzante) vengano affrontate questioni capaci di incidere sulla sussistenza stessa dell'interesse a ricorrere in capo al ricorrente principale (ex plurimis CS, sez.VI, n. 4686/2008), tuttavia ritiene che nella controversia in esame il richiamato orientamento non possa applicarsi relativamente ad alcune delle censure formulate in via principale.

In merito si fa riferimento alle prime due delle doglianze de quibus con cui non è stata contestata la mancata esclusione della controinteressata dalla gara, ma l'illegittimità dell'ammissione della stessa alla gara in questione, la cui richiesta di invito e la documentazione prodotta risultava in palese contrasto con alcune clausole del bando che disciplinavano la fase di prequalifica.

Avendo tale fase una sua autonomia procedimentale e costituendo un prius logico e temporale rispetto al successivo svolgimento della gara, ne discende che l'accoglimento delle dedotte censure comportando l'illegittimità dell'ammissione della controinteressata, la quale doveva essere esclusa già in sede di prequalifica, priva quest'ultima ab origine della legittimazione a proporre il ricorso incidentale.

Così precisato l'ordine logico di trattazione delle doglianze, occorre esaminare, pertanto, le due prime doglianze formulate in via principale con cui è stata contestata la legittimità dell'ammissione

della controinteressata a partecipare alla gara per violazione di alcune clausole del bando che disciplinavano la fase di prequalifica.

Al riguardo con la prima delle censure l'odierna istante ha fatto presente che:

a) il paragrafo III.2.1 lett.c) del bando di gara stabiliva a pena di esclusione che il concorrente doveva produrre " una dichiarazione sostitutiva con la quale il candidato dichiara di non rientrare in nessuna delle condizioni previste dall'art.38 del D.lgvo n.163/2006 e s.sm.i comma 1, lettera da a) a m), m ter) e m quater), nonchè di indicare le eventuali condanne per le quali si sia beneficiato della non menzione ex art.28, comma 2, del citato Decreto. Le dichiarazioni attestanti l'insussistenza delle condizioni di cui all'art.28, comma 1, lett. b) e c) del D.lgvo dovranno essere rese espressamente anche da tutti i soggetti di cui alla norma citata";

b) la norma richiamata da ultimo prevede per le società per azioni che la citata dichiarazione doveva essere resa dall'amministratori minuti di rappresentanza e dal direttore tecnico;

c) poichè la dichiarazione de qua non era stata resa da alcuni procuratori speciali muniti di poteri di rappresentanza della aggiudicataria, l'offerta di quest'ultima risultava in palese contrasto con la richiamata disposizione del bando di gara.

Al riguardo il Collegio, pur dando atto che la giurisprudenza, specie di primo grado, è attestata su un'interpretazione estensiva della citata disposizione per cui nelle gare pubbliche i requisiti morali e

professionali devono essere valutati in capo a tutti i soggetti che svolgono funzioni rappresentative delle ditte concorrenti, con riguardo alle funzioni sostanziali da essi svolte e alle qualifiche formali possedute, dovendosi l'obbligo della dichiarazione delle condanne eventualmente riportate ritenersi esteso non solo a coloro che rivestono la qualità di « amministratore » con poteri di rappresentanza, ma anche a « procuratore » dell'impresa, al quale siano stati conferiti ampi poteri rappresentativi, osserva che il concetto di "amministratori muniti del potere di rappresentanza", è una nozione civilistica, e, deve essere interpretata alla luce di quanto previsto dal diritto societario in materia.

In merito, come ben rilevato dalla società controinteressata, deve essere sottolineato che:

I) gli amministratori delle società sono soltanto gli amministratori unici e i membri del consiglio di amministrazione (ovvero, oggi, anche del consiglio di gestione), tra i quali sono i soggetti cui spetta la rappresentanza "istituzionale" della società, ed a cui è affidata come persona fisica o come componenti dell'organo in via esclusiva la gestione dell'impresa sociale;

II) la titolarità del mero potere di rappresentanza, il quale non compete in via generalizzata a tutti i componenti del Consiglio di amministrazione, non qualifica di per sé la funzione di amministrazione e non radica in capo al soggetto che ne sia titolare la qualifica di amministratore;

III) in tale contesto, quindi, ne discende che sono tenuti a rendere la dichiarazione di cui all'art.38 soltanto i componenti del consiglio di amministrazione, cui sia stata conferita la rappresentanza della società, indipendentemente dalle modalità di firma richieste per l'esercizio della stessa, nonchè l'amministratore unico.

La tesi restrittiva fatta propria dalla Sezione risulta confortata dalla recentissima sentenza n.513/2011 della Sezione Quinta del Consiglio di Stato la quale ha testualmente affermato che "L'interpretazione del citato art. 38 con riferimento ai soggetti per i quali la dichiarazione deve essere resa è stata oggetto di diversi orientamenti giurisprudenziali, fra i quali permane un contrasto.

L'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 fa riferimento, per le società di capitali, agli "amministratori muniti del potere di rappresentanza".

Secondo una parte della giurisprudenza, per l'individuazione dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità, quando si tratti di titolari di organi di persone giuridiche da ricondurre alla nozione di "amministratori muniti di poteri di rappresentanza", occorre esaminare i poteri, le funzioni e il ruolo effettivamente e sostanzialmente attribuiti al soggetto considerato, al di là delle qualifiche formali rivestite (Cons. Stato, V, 16 novembre 2010 n. 8059; VI, 8 febbraio 2007, n. 523, che nella categoria degli amministratori, ai fini dell'art. 38 cit., fanno rientrare sia i "soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo

decisionale e gestionale societario", sia i procuratori ai quali siano conferiti poteri di partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte).

Altra giurisprudenza ha, da un lato, aderito alla necessità di effettuare una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative, derivando – in assenza di più restrittive clausole di gara – l'effetto di esclusione dalla procedura solo dal mancato possesso dei requisiti, e non dalla omissione o incompletezza della dichiarazione (Cons. Stato, V, 9 novembre 2010, n. 7967) e, sotto altro aspetto, ha limitato la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza e ai direttori tecnici, e non anche a tutti i procuratori della società (T.A.R. Basilicata, I, 22 aprile 2009 , n. 131; T.A.R. Liguria, II, 11 luglio 2008 , n. 1485; T.A.R. Calabria - Reggio Calabria, I, 08 luglio 2008 , n. 379).

Nel caso di specie, l'art. 7, lett. a), del bando imponeva, a pena di esclusione, di presentare una dichiarazione della insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/06 e, di conseguenza, in assenza di una specifica (ed eventualmente) più restrittiva clausola della lex specialis, il problema che si pone riguarda proprio l'interpretazione del citato art. 38 con riferimento ai due menzionati orientamenti.

Il Collegio ritiene di dover aderire – per le considerazioni di seguito esposte - alla seconda tesi, che limita l'applicabilità della disposizione ai soli amministratori della società, e non anche ai procuratori

speciali.

Ai sensi dell'art. 2380-bis c.c., la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e può essere concentrata in un unico soggetto (amministratore unico) o affidata a più persone, che sono i componenti del consiglio di amministrazione (in caso di scelta del sistema monistico ex artt. 2380 e 2409-sexiesdecies c.c.) o del consiglio di gestione (in caso di opzione in favore del sistema dualistico ex artt. 2380 e 2409-octies c.c.): ad essi, o a taluni tra essi, spetta la rappresentanza istituzionale della società.

I procuratori speciali (o ad negotia) sono invece soggetti cui può essere conferita la rappresentanza – di diritto comune - della società, ma che non sono amministratori e ciò a prescindere dall'esame dei poteri loro assegnati.

L'art. 38 del d. lgs. n. 163/06 richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza (che può essere limitato per gli amministratori ex art. 2384, comma 2, c.c.) e non vi è alcuna possibilità per estendere l'applicabilità della disposizione a soggetti, quali i procuratori, che amministratori non sono.

Del resto, si tratta di una norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione e che, in quanto tale, assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori.

Pertanto, anche l'applicazione analogica sarebbe opinabile, in

presenza di una radicale diversità della situazione dell'amministratore, cui spettano compiti gestionali e decisionali di indirizzi e scelte imprenditoriali e quella del procuratore, il quale, benché possa essere munito di poteri di rappresentanza, è soggetto dotato di limitati poteri rappresentativi e gestionali, ma non decisionali (nel senso che i poteri di gestione sono pur sempre circoscritti dalle direttive fornite dagli amministratori). In altri termini le manifestazioni di volontà del procuratore possono produrre effetti nella sfera giuridica della società, ma ciò non significa che egli abbia un ruolo nella determinazione delle scelte imprenditoriali, lasciate all'amministratore.

Si deve, quindi, prendere atto che l'art. 38 del d.lgs. n. 163/06 - nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione - fa riferimento soltanto agli "amministratori muniti di potere di rappresentanza": ossia, ai soggetti che siano titolari di ampi e generali poteri di amministrazione, senza estendere l'obbligo ai procuratori.

La soluzione accolta, oltre ad essere maggiormente rispondente al dato letterale del citato art. 38, evita 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 per la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti."

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, la dedotta censura deve essere rigettata.

Ugualmente da rigettare per le medesime argomentazioni di cui sopra è l'altra censura dedotta in via principale con la quale è stata contestata la legittimità dell'invito dell'aggiudicataria a partecipare alla gara in qua, in quanto quest'ultima non aveva prodotto, con riferimento ad alcuni soggetti che rivestivano la qualifica di procuratori ed erano muniti del potere di rappresentanza e che erano cessati dalla carica nel triennio antecedente l'indizione della gara, le dichiarazioni di questi ultimi attestanti l'insussistenza delle condizioni di cui all'art.28, comma 1, lett. c) del D.lgvo n.163/2006.

Venendo al ricorso incidentale, il cui esame è conseguente al rigetto delle due doglianze principali di cui sopra, deve essere rigettata la prima delle censure incidentali con cui è stato fatto presente che l'odierna istante doveva essere esclusa dalla gara in quanto gli amministratori muniti di potere rappresentativo - sia quelli in carica sia quelli cessati dalla carica nel triennio - hanno del tutto omesso di attestare l'insussistenza della causa di esclusione di cui all'art38, comma 1. lett. m) ter del D.lgvo n.163/2006.

Al riguardo è sufficiente far presente che nè il bando nè la lettera di invito prevedevano che tale dichiarazione fosse resa non dalla società concorrente ma dai soggetti di cui sopra, e pertanto, non essendo stati tali atti impugnati per tale aspetto, la censura de qua non è suscettibile di favorevole esame.

Fondata è invece la seconda delle doglianze incidentali con cui è stata contestata la legittimità della mancata esclusione della odierna istante,

atteso che:

- a) la lettera di invito punto C) prevedeva a pena di esclusione che doveva essere prodotta una dichiarazione sostitutiva o copia conforme ai sensi del DPR n.445/2000 del certificato generale del casellario giudiziale, in data non anteriore di sei mesi a quella fissata per la presentazione delle offerte, rilasciato dalla competente autorità riferito agli amministratori muniti di potere di rappresentanza;
- b) KPMG aveva omesso di presentare copia conforme del certificato del casellario giudiziale del Presidente del Consiglio di amministrazione e legale rappresentante Domenico Romano.

In merito il Collegio sottolinea che:

- a) non è stato in alcun modo contestato sotto il profilo fattuale la mancata produzione del certificato in questione;
- b) la richiamata disposizione della lettera di invito prevede chiaramente l'esclusione per la mancata presentazione del suddetto certificato;
- c) la circostanza addotta dall'odierna ricorrente che il presidente del Consiglio di amministrazione avesse reso la dichiarazione di cui all'art.38 in sede di prequalifica, risulta essere inconferente in quanto si trattava di un adempimento disposto in esecuzione di una prescrizione del bando e relativo alla fase di prequalifica, distinta ed autonoma rispetto alla gara, in relazione alla quale la lettera di invito prevedeva autonomamente a pena di esclusione la produzione delle menzionata dichiarazione.

La riconosciuta fondatezza della censura incidentale in questione, comporta l'accoglimento del ricorso incidentale, con assorbimento delle altre censure ivi dedotte, e l'inammissibilità delle altre censure dedotte in via principale avverso la mancata esclusione della controinteressata dalla gara de qua nonchè la successiva aggiudicazione alla stessa.

In definitiva:

- a) il ricorso incidentale deve essere in parte rigettato ed in parte dichiarato inammissibile;
- b) il ricorso incidentale va accolto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 7998 del 2010, come in epigrafe proposto, rigetta ed in parte dichiara inammissibile il ricorso principale ed accoglie il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2011 con l'intervento dei Magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2011

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

IL SEGRETARIO