

I requisiti devono essere posseduti anche dai procuratori speciali e non solo dai legali rappresentanti

L'assenza della "moralità professionale" si riferisce a tutti coloro che, rappresentanti legali o volontari, agiscono in nome e per conto della concorrente e sono abilitati ad impegnarla verso l'esterno

Sintesi di Consiglio di Stato, V sez., decisione numero 3241 del 9 giugno 2003

Parole chiave:

Appalti di lavori/appalti di servizi – cause di esclusione – requisito della moralità professionale – non è riferito solo ai rappresentanti legali ma anche ai procuratori speciali - quindi a qualsiasi persona fisica che sia presente nel procedimento in luogo del concorrente e sia dotata di poteri che le consentano di obbligarsi validamente in nome e per conto di questo – persone dotate di tutti i poteri necessari per partecipare alle gare pubbliche e per stipulare i relativi contratti in nome e per conto della società rappresentata

Esito del giudizio:

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, previa loro riunione, accoglie gli appelli principali e respinge quelli incidentali; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado (sentenza n. 493 del 18 marzo 2002 pronunciata tra le parti dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia)

Il quesito posto dal ricorrente:

Le cause di esclusione richieste per la partecipazione ad una procedura pubblica, si riferiscono ai soli legali rappresentanti o a tutti i procuratori delle società concorrenti?

La risposta dei giudici:

Il possesso dei requisiti deve essere riferito, in via immediata e diretta, alla persona fisica titolare dell'impresa personale e, nell'ipotesi di impresa in forma di persona giuridica, alla persona fisica che di questa ha la rappresentanza legale.

Quindi da qualsiasi persona fisica che sia presente nel procedimento in luogo del concorrente e sia dotata di poteri che le consentano di obbligarsi validamente in nome e per conto di questo, anche se diversa da quelle sopra indicate

Conseguenze operative:

Non v'è dubbio che, essendo il venir meno della moralità professionale collegato dall'art. 12, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 157 del 1995 alla commissione dei reati relativi all'esercizio dell'impresa e di quelli finanziari e tenuto, altresì, presente che la responsabilità penale è personale, tale requisito, il cui possesso è dalla norma richiesto genericamente ai "concorrenti", deve intendersi riferito, in via immediata e diretta, alla persona fisica titolare dell'impresa personale e, nell'ipotesi di impresa in forma di persona giuridica, alla persona fisica che di questa ha la rappresentanza legale.

Evidente finalità della disposizione è, tuttavia, quella di evitare che soggetti i quali, per la commissione di determinati reati, abbiano dato prova di scarsa affidabilità morale e professionale possano partecipare alle procedure di evidenza pubblica e che, in tal modo, possano perseguire, o nella fase di formazione del contratto o nel corso dell'eventuale successivo rapporto con la pubblica Amministrazione, risultati confliggenti con l'interesse pubblico. La causa di esclusione dalle gare di cui si discute si configura,

pertanto, quale misura a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, volta ad impedire in concreto che l'Amministrazione entri in rapporto con i soggetti in questione.

Deve convenirsi, allora, che una corretta lettura della norma imponga di estendere l'accertamento del possesso del requisito in capo a qualsiasi persona fisica che sia presente nel procedimento in luogo del concorrente e sia dotata di poteri che le consentano di obbligarsi validamente in nome e per conto di questo, anche se diversa da quelle sopra indicate.

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello:

- n. 3525 del 2002 proposto dalla **** s.c. a r.l.,

contro

il Comune di Castiglione delle Stiviere, non costituito in giudizio,

e nei confronti

della ****

e della **** s.p.a. , non costituita in giudizio;

e

2) - n. 3537 del 2002 proposto dal Comune di Castiglione delle Stiviere, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Alberto Arrigo Gianolio e Orlando Sivieri e presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliato in Roma, P.zza della Libertà n. 13,

contro

la **** - Cooperativa Italiana di Ristorazione s.c. a r.l., come sopra rappresentata, difesa e domiciliata,

e nei confronti

dell'associazione temporanea d'impresе tra **** s.p.a. e **** s.c. a r.l. e della **** s.c. a r.l., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza n. 493 del 18 marzo 2002 pronunciata tra le parti dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione e di appello incidentale dell'appellata **** s.c. a r.l. in entrambi i giudizi;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Viste le ordinanze n. 2168 e n. 2169 del 28 maggio 2002, con le quali è stata accolta la domanda di sospensione della sentenza appellata;

Visto il dispositivo di sentenza n. 504 pubblicato in data 11 dicembre 2002;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il cons. Corrado Allegretta;

Uditi alla pubblica udienza del 10 dicembre 2002 gli avv.ti Clarizia, Balestreri, Giuffrè, Gianolio e Sivieri;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

La **** s.c. a r.l. e l'associazione temporanea d'impresе costituita tra **** s.p.a. e **** s.c.a r.l. partecipavano alla gara per pubblico incanto bandita dal Comune di Castiglione delle Stiviere, con provvedimento 24 agosto 2000 n. 25/IMEM, per l'affidamento dei servizi di ristorazione scolastica,

ristorazione per anziani e ristorazione per gli utenti del Centro Ricreativo Estivo per il periodo 1 gennaio 2001 - 31 dicembre 2005.

L'appalto veniva aggiudicato provvisoriamente alla *****, la quale, però, successivamente, era esclusa dalla gara perché dal certificato del casellario giudiziale, richiesto dal responsabile del procedimento ai fini dell'accertamento, a carico della stessa, della causa di esclusione prevista dall'art. 12, comma 1, lett. b) del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157, risultavano emesse nei confronti del procuratore speciale che aveva partecipato alla procedura per la *****, sig. Reggiani, sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. anche per reati di natura finanziaria.

Con determinazione 8 giugno 2001 n. 28, il Comune annullava l'aggiudicazione in capo alla *****, disponendo l'incameramento della cauzione da essa versata, e con nota 15 giugno 2001 n. 19988, aggiudicava la gara in favore dell'a.t.i. ***** - *****, risultata seconda classificata.

Avverso il citato provvedimento dell'8 giugno 2001 la ***** adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia, chiedendo altresì, la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti e al pagamento di tutte le somme dovute da quantificarsi in corso di causa; delle perdite subite ex art. 7 della Direttiva CE 92/13 da liquidarsi anche equitativamente ai sensi del combinato disposto degli artt. 1226 e 2056 c.c.; del mancato guadagno che la ricorrente avrebbe conseguito dall'aggiudicazione, oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria; del danno professionale derivante dall'impossibilità di presentare autodichiarazioni che l'impresa non sia incorsa in una delle cause di esclusione automatica, da quantificarsi in corso di causa.

Con il primo e con il secondo motivo di ricorso, l'allora ricorrente si doleva della violazione dell'art. 12 D.Lgs. n. 157 del 1995, nonché dell'eccesso di potere per travisamento dei fatti e carenza di istruttoria, in quanto detta disposizione non potrebbe applicarsi ai procuratori delle società concorrenti, bensì ai soli legali rappresentanti, ed i reati commessi dal Reggiani non avrebbero alcuna connessione con la ***** e, in ogni caso, risulterebbero depenalizzati per effetto del D.Lgs. 10 marzo 2000 n. 74. Il terzo ed il quarto motivo di ricorso rappresentavano violazione di legge per violazione del giusto procedimento ed erronea applicazione degli artt. 37 e 39 del capitolato speciale d'appalto, nonché eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento di potere, nonché del travisamento dei fatti, in quanto la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto verificare la regolarità della documentazione di rito al momento dell'apertura delle buste e non successivamente.

Il Tribunale ha accolto il ricorso, annullando il provvedimento impugnato, ed ha, inoltre, condannato il Comune di Castiglione delle Stiviere a versare alla ***** una somma pari al 10% dell'importo posto a base d'asta, detratto il ribasso offerto in sede di gara, a titolo di risarcimento del danno subito per l'illegittima aggiudicazione della gara alla controinteressata.

Contro la sentenza n. 493 del 18 marzo 2002, che così ha disposto, hanno avanzato separati ricorsi in appello la *****, nella sua qualità di impresa mandante dell'a.t.i. costituita con la ***** s.p.a. e di interveniente nel giudizio di primo grado, ed il Comune di Castiglione delle Stiviere, adducendo censure sostanzialmente analoghe e volte ad affermare la tesi che la causa di esclusione dalle pubbliche gare di cui al citato art. 12, comma 1 lettera b), del D.Lgs. n. 157 del 1995 debba intendersi estesa a tutti coloro che agiscono in nome e per conto della persona giuridica, avendone la rappresentanza legale o volontaria. Nel caso di specie, ad ogni modo, deducono gli appellanti, la persona che ha partecipato alla gara in nome e per conto della ***** era dotata, in virtù di apposita procura speciale, di ampia autonomia gestionale quale preposto al settore della ristorazione collettiva ed ospedaliera.

Per le stesse ragioni e per evidente vizio di ultra petizione, la sentenza appellata, inoltre, merita di essere annullata anche nella parte in cui sono stati accolti il terzo ed il quarto motivo del ricorso di primo

grado, con i quali la **** ha denunciato la violazione degli artt. 37 e 39 del capitolato speciale d'appalto concernenti i casi di false dichiarazioni rese dai partecipanti alla gara.

Il Comune, in particolare, contesta la condanna al risarcimento del danno, sia per la legittimità del provvedimento impugnato, sia per essere mancata, da un lato, la dimostrazione della sussistenza e dell'entità del danno e, dall'altro, ogni sua responsabilità.

In entrambi i giudizi si è costituita la società appellata, la quale ha controdedotto ai gravami ed ha avanzando, altresì, appelli incidentali. Ha concluso chiedendo, in via principale, il rigetto degli appelli, in quanto inammissibili e infondati; in via subordinata, l'accoglimento dell'appello incidentale e, in parziale riforma della sentenza di primo grado, la condanna dell'Amministrazione comunale al risarcimento di tutti i danni subiti, oltre agli interessi legali ed alla rivalutazione monetaria, con richiesta, ove occorra, di consulenza tecnica d'ufficio. Se la valutazione del risarcimento del danno risultasse eccessivamente onerosa per il Comune, l'appellata ha chiesto la reintegra in forma specifica nel contratto. Con vittoria di spese.

Accolte, con le ordinanze n. 2168 e n. 2169 del 28 maggio 2002, le domande di sospensione della sentenza appellata avanzate in ciascuno dei due appelli, le cause sono state trattate congiuntamente all'udienza pubblica del 10 dicembre 2002, nella quale, sentiti i difensori presenti, il Collegio si è riservata la decisione.

DIRITTO

1. Gli appelli sono rivolti contro la stessa sentenza e, pertanto, se ne dispone la riunione a norma dell'art. 335 cod. proc. civ..

2. Va preliminarmente respinta, siccome infondata, l'eccezione d'inammissibilità dell'appello n. 3525 del 2002 per difetto di legittimazione attiva della società appellante quale impresa mandante dell'associazione temporanea d'impresе aggiudicataria. Legittimate ad impugnare gli atti di una gara d'appalto, invero, sono anche le singole imprese riunite in raggruppamento, oltre che il raggruppamento in persona dell'impresa capogruppo, atteso il concorrente autonomo e distinto interesse di ciascuna di esse alla legittima esplicazione della procedura concorsuale (cfr. Con. Stato, Sez. V, 25 novembre 2002 n. 6481; Sez. VI, 31 maggio 1999 n. 702; Sez. VI, 3 settembre 1990 n. 789), atteso che il mandato conferito all'impresa capogruppo non preclude alla singola impresa mandante di proporre autonoma impugnazione sulla base della propria autonoma e sempre persistente legittimazione ad agire (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 aprile 1996 n. 5028) dovuta all'interesse di cui è titolare all'interno del raggruppamento per la quota di propria competenza.

3. Entrambi gli appelli principali sono fondati.

All'appalto di cui si tratta la società appellata ha partecipato in persona del proprio procuratore speciale, sig. Reggiani, il quale, nella dichiarazione cumulativa di cui all'art. 32 del capitolato speciale d'appalto, ha negato espressamente la sussistenza delle cause di esclusione dalle gare di cui all'art. 12, comma 1, lett. a), b), d) ed e) del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157. In sede di verifica della dichiarazione, peraltro, l'Amministrazione comunale ha accertato che nei confronti del predetto procuratore era stata emanata dal Tribunale di Modena sentenza irrevocabile di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati anche di natura finanziaria e, pertanto, con l'impugnata determinazione 8 giugno 2001 n. 28, ha escluso dalla gara l'appellata ed ha annullato l'aggiudicazione pronunciata in via provvisoria in suo favore, ritenendo sussistente la fattispecie contemplata dall'art. 12, comma 1, lett. b), del citato D.Lgs. n. 157/95 che esclude dalla partecipazione alle gare i "concorrenti nei cui confronti è stata emessa sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero sentenza di applicazione della pena su

richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per qualsiasi reato che incida sulla loro moralità professionale o per delitti finanziari”.

Con la sentenza appellata, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione di Brescia, in accoglimento del ricorso proposto dall'interessata, ha annullato il provvedimento impugnato, ritenendo non applicabile, nel caso di specie, la disposizione normativa ora trascritta. Ha sostenuto il giudice di prima istanza, in particolare, che, ai fini dell'esclusione dalla gara di una società, occorre fare riferimento soltanto alla persona fisica che istituzionalmente, in forza di disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto o di legge, è munita di poteri di rappresentanza della società; vale a dire, al suo rappresentante legale. Ha ritenuto, in ogni caso, che, considerata la portata della procura speciale conferita al Reggiani ed il carattere meramente esecutivo dell'attività riservatagli, fosse esclusa la configurabilità di una sua rappresentanza legale dell'impresa e, in conseguenza, che a questa non potessero imputarsi gli effetti, in sede amministrativa, dei reati da lui commessi; anche perché commessi prima di assumere la veste di procuratore speciale, quando operava per conto di altra impresa e, dunque, non nell'interesse od a vantaggio della società appellata.

Gli appellanti censurano siffatta pronuncia, sostenendo, in via di principio, che è la stessa ratio della disposizione controversa che impone di estendere la causa di esclusione dalle pubbliche gare costituita dall'assenza del requisito della “moralità professionale” a tutti coloro che, avendone la rappresentanza, legale o volontaria, agiscono in nome e per conto del concorrente persona giuridica e sono abilitati ad impegnarlo verso l'esterno. Nel caso concreto, ad ogni modo, i poteri contemplati dalla procura speciale sono tanto ampi da rendere applicabile la norma anche con riferimento al procuratore speciale che ha partecipato alla gara per l'appellata.

La censura è fondata.

Non v'è dubbio che, essendo il venir meno della moralità professionale collegato dall'art. 12, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 157 del 1995 alla commissione dei reati relativi all'esercizio dell'impresa e di quelli finanziari e tenuto, altresì, presente che la responsabilità penale è personale, tale requisito, il cui possesso è dalla norma richiesto genericamente ai “concorrenti”, deve intendersi riferito, in via immediata e diretta, alla persona fisica titolare dell'impresa personale e, nell'ipotesi di impresa in forma di persona giuridica, alla persona fisica che di questa ha la rappresentanza legale.

Evidente finalità della disposizione è, tuttavia, quella di evitare che soggetti i quali, per la commissione di determinati reati, abbiano dato prova di scarsa affidabilità morale e professionale possano partecipare alle procedure di evidenza pubblica e che, in tal modo, possano perseguire, o nella fase di formazione del contratto o nel corso dell'eventuale successivo rapporto con la pubblica Amministrazione, risultati confliggenti con l'interesse pubblico. La causa di esclusione dalle gare di cui si discute si configura, pertanto, quale misura a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, volta ad impedire in concreto che l'Amministrazione entri in rapporto con i soggetti in questione.

Deve convenirsi, allora, che una corretta lettura della norma imponga di estendere l'accertamento del possesso del requisito in capo a qualsiasi persona fisica che sia presente nel procedimento in luogo del concorrente e sia dotata di poteri che le consentano di obbligarsi validamente in nome e per conto di questo, anche se diversa da quelle sopra indicate.

Nel caso di specie, è risultato carente del requisito in argomento un soggetto che ha agito in rappresentanza della società appellata giusta procura speciale, in atti, in virtù della quale gli era consentito di stipulare “contratti d'appalto in rappresentanza della Società limitatamente ad enti pubblici o privati e altri per la ristorazione collettiva, e ogni attività complementare al settore stesso, aventi sede sul territorio nazionale con facoltà di seguire tutto l'iter delle procedure ed in particolare a presentare offerte, presenziare all'apertura delle offerte stesse, a sottoscrivere ogni specie di documento

necessario o connesso”. “Il nominato Procuratore”, si aggiunge, “è, inoltre, autorizzato a stipulare contratti di raggruppamento di impresa con facoltà di intervenire ai relativi atti ed, in particolare sottoscrivere la necessaria procura dove la Società rappresentata potrà rivestire anche la qualifica di Capo gruppo”.

Risulta, inoltre, dalla dichiarazione sostitutiva cumulativa prodotta dall'appellata ai fini della partecipazione alla gara, che il Reggiani figura nell'organigramma della società come componente della direzione generale con la qualifica di direttore della ristorazione collettiva e ospedaliera e, pertanto, come dirigente del ramo d'azienda al quale spettava l'esecuzione della prestazione oggetto dell'eventuale contratto.

Si tratta, dunque, di persona dotata, proprio in relazione al settore dell'attività aziendale corrispondente all'oggetto dell'appalto, di tutti i poteri necessari per partecipare alle gare pubbliche e per stipulare i relativi contratti in nome e per conto della società rappresentata, vale a dire per instaurare con l'Amministrazione appaltante esattamente quei rapporti - partecipazione alla gara, stipulazione ed esecuzione del contratto - che la norma in esame, come s'è detto, intende in particolare evitare.

Ne consegue, altresì, che a nulla può rilevare la circostanza che il soggetto in questione avesse commesso i reati ascrittigli e patteggiato la relativa pena quando operava per conto di una società diversa dall'appellata, dovendosi aver riguardo, piuttosto, all'attualità della rappresentanza; pena la facile elusione delle finalità della norma come sopra evidenziate, a discapito della correttezza dell'azione amministrativa.

Nel suo appello incidentale l'appellata accenna al fatto che, al momento della dichiarazione effettuata nella gara in oggetto, i reati finanziari imputati al suo procuratore non erano più tali, alla stregua della sopravvenuta revoca, disposta dal Tribunale di Modena, della sentenza di patteggiamento in seguito a depenalizzazione ai sensi del D.Lgs. 10 marzo 2000 n. 74.

Il rilievo è inconferente. A norma dell'art. 673 c.p.p., in caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato ed adotta i provvedimenti conseguenti. L'estinzione della condanna, dunque, non consegue automaticamente alla rimozione del reato dall'ordinamento, occorrendo, al fine, uno specifico provvedimento del giudice dell'esecuzione che verifichi, attraverso l'interpretazione del giudicato, la corrispondenza tra fattispecie concreta esaminata e fattispecie legale cancellata dall'ordinamento.

In mancanza del provvedimento giudiziale di revoca, quindi, con riferimento al requisito di ammissione di cui si tratta, neanche in sede di gare pubbliche la condanna può ritenersi estinta. Nel caso in esame, peraltro, la revoca della condanna penale è intervenuta quando la procedura concorsuale era ormai da tempo conclusa, mentre, com'è noto, i requisiti di ammissione alla gara devono inderogabilmente sussistere, in ossequio al principio della parità di condizioni tra i concorrenti e per esigenze di certezza del diritto, al più tardi nel momento della presentazione delle offerte (cfr., e.g., Cons. Stato, Sez. IV, 19 gennaio 1999 n. 39; Sez. V, 26 maggio 1997 n. 567).

Alla luce delle suesposte considerazioni, il provvedimento impugnato si appalesa, sotto ogni profilo, pienamente legittimo.

La legittimità del comportamento tenuto dal Comune appellante, inoltre, priva di fondamento ogni pretesa risarcitoria, riproposta con gli appelli incidentali.

In conclusione, previa loro riunione, gli appelli principali devono essere accolti e, per l'effetto, in riforma della sentenza qui gravata, va respinto il ricorso di primo grado. Vanno, altresì, respinti gli appelli incidentali.

Le spese, come per norma, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, previa loro riunione, accoglie gli appelli principali e respinge quelli incidentali; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado.

Condanna l'appellata **** - Cooperativa Italiana di Ristorazione s.c. a r.l. al pagamento delle spese e competenze di entrambi i gradi di giudizio nella misura di € 6000,00 (seimila) in favore del Comune di Castiglione delle Siviere e di € 6000,00 (seimila) in favore della **** s.c.a r.l..

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 10 dicembre 2002 con l'intervento dei Signori:

Alfonso Quaranta - Presidente

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il..... 9 giugno 2003.....