



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 6395/2006 proposto da Principe s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con Impresa Costruzioni Silvano & C. s.r.l., CO.T.IM. s.r.l., Cav. Emilio Giovetti s.r.l., Malegori Comm. Erminio s.r.l., Comar s.r.l., Dime s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Piergiorgio Alberti, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via G. Carducci, n. 4;

*contro*

MASALA s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con Imprese Eso Strade s.r.l., Giustiniana s.r.l., Telektron s.r.l., ITI s.a.s., rappresentata e difesa dagli avvocati Micaela Rossi, Diego Vaiano, Paolo Vaiano, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3, anche **appellante incidentale**;

*e nei confronti di*

AREA 24 s.p.a. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Inglese e Giancarlo Navarra, ed

*N. 523/07*

*Reg.Dec.*

*N. 6395 Reg.Ric.*

*ANNO 2006*

*Disp.vo 606/2006*

elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, piazzale di Porta Pia, n. 121;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. per la Liguria – sez. II, 26 maggio 2006 n. 502, resa tra le parti.

Visto il ricorso principale con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della società MASALA s.r.l. e l'appello incidentale da essa proposto;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della stazione appaltante, Area 24 s.p.a.;

vista l'ordinanza della sezione 28 luglio 2006 n. 4064 che ha disposto la sospensione della sentenza gravata;

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

visti tutti gli atti della causa;

relatore alla pubblica udienza del 5 dicembre 2006 il consigliere Rosanna De Nictolis e uditi l'avvocato Alberti per l'appellante, l'avv. Vaiano per la società appellata, l'avv. Navarra per la stazione appaltante Area 24 s.p.a.;

ritenuto e considerato quanto segue.

**FATTO E DIRITTO**

1. Con bando 8 luglio 2005 Area 24 s.p.a. indiceva una procedura aperta per la progettazione esecutiva e l'esecuzione del secondo lotto degli interventi di riqualificazione del sedime del tratto della linea ferroviaria Genova – Ventimiglia compreso tra le aree a levante di Villa Ormond a

Sanremo ed il ponte sul Rio Santa Caterina al confine tra Riva Ligure e Santo Stefano al mare, per un importo a base d'asta di euro 12.848.586,64, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La società odierna appellante riportava il punteggio più elevato sia per l'offerta tecnica che per l'offerta economica.

La sua offerta veniva sottoposta a verifica di anomalia, e giudicata congrua.

Pertanto l'appalto veniva ad essa aggiudicato.

**1.1.** Contro gli atti di gara proponeva ricorso al T.a.r. per la Liguria la società Masala, lamentando sia la sussistenza di cause di esclusione soggettiva, sia la incongruità del punteggio assegnato all'offerta tecnica dell'aggiudicataria, sia la anomalia dell'offerta aggiudicataria e l'incongruità del giudizio di non anomalia.

**1.2.** La società odierna appellante articolava ricorso incidentale e successivi motivi aggiunti, con cui lamentava esservi una causa di esclusione dall'appalto a carico della società Masala.

**1.3.** Il T.a.r. adito, con la sentenza in epigrafe, ha:

- respinto il ricorso incidentale, ritenendo che la società Masala non dovesse essere esclusa dalla gara;
- accolto in parte il ricorso principale, ritenendo sussistenti vizi procedurali e vizi di motivazione in ordine al giudizio di non anomalia dell'offerta aggiudicataria.

**2.** Ha interposto appello la società originaria aggiudicataria (resistente in primo grado).

Ha proposto appello incidentale subordinato la società originaria ricorrente (parzialmente vittoriosa in primo grado).

3. Nell'ordine logico occorre esaminare anzitutto l'appello principale.

Con la prima parte dell'appello principale, *sub A*) articolata in nove punti, vengono riproposte le censure di cui al ricorso incidentale di primo grado e successivi motivi aggiunti, volti a dimostrare che la Masala doveva essere esclusa dalla gara, e pertanto non aveva interesse al ricorso principale di primo grado, non potendo, comunque, conseguire l'aggiudicazione.

I nove punti possono essere esaminati congiuntamente, perché riguardano la medesima questione, ancorché sotto svariate angolazioni.

3.1. Si assume che la società Masala andava esclusa ai sensi dell'art. 75, co. 1, lett. c), d. P.R. n. 554/1999, in quanto un suo procuratore, sig. Dino Masala, cessato dall'incarico da meno di tre anni alla data del bando, aveva riportato condanna penale per il reato di turbata libertà degli incanti.

Si tratterebbe di reato incidente sulla moralità professionale, che costituisce causa di esclusione.

Pertanto, da un lato, la società Masala andava esclusa per non aver dichiarato tale condanna penale in sede di gara; dall'altro lato, la società Masala andava esclusa perché tale reato inciderebbe sulla moralità professionale.

Il sig. Masala non sarebbe un semplice procuratore, ma un amministratore vero e proprio della società.

Dopo il ricorso incidentale di primo grado, l'amministrazione con apposito provvedimento (del 13 febbraio 2006), riferentesi però non

all'odierno appalto, ma alla gara relativa al primo lotto, affermava che il reato commesso dal sig. Dino Masala non incideva sulla moralità professionale.

Con motivi aggiunti, in prime cure, tale provvedimento veniva specificamente contestato in via cautelativa.

**3.2.** Il T.a.r. ha disatteso tali censure osservando che:

- ai sensi dell'art 75, co. 1, lett. c), d.P.R. n. 554/1999, l'esclusione delle imprese dalle gare di appalto in caso di condanne per reati incidenti sulla moralità professionale, si applica, nel caso di società a responsabilità limitata (quale è la Masala), anche se il reato è commesso dall'amministratore o dal direttore tecnico;
- nel caso specifico il sig. Dino Masala è procuratore, ma non amministratore o direttore tecnico;
- il bando di gara, riproducendo l'art. 75, co. 1, lett. c), d.P.R. n. 554/1999, non ha previsto l'esclusione quando le condanne sono riportate dal semplice procuratore;
- pertanto, la società Masala non ha dichiarato il falso, laddove ha omesso di dichiarare la condanna penale a carico del sig. Dino Masala;
- inoltre, la stazione appaltante correttamente non ha escluso la società Masala, in quanto la condanna a carico del procuratore non era rilevante;
- è ininfluenza il provvedimento successivo con cui la stazione appaltante afferma che il reato commesso dal sig. Dino Masala non incide sulla moralità professionale, trattandosi di reato commesso da soggetto diverso da quelli contemplati nell'art. 75, co. 1, lett. c), d.P.R. n. 554/1999.

**3.3.** Parte appellante critica tali capi di sentenza, osservando che la causa di esclusione dell'art. 75, co. 1, lett. c), citato, riguarderebbe i rappresentanti dell'impresa che sono titolari anche di ampi poteri di amministrazione.

Nella specie dalla procura in favore del sig. Masala si evincerebbe che lo stesso è titolare dei poteri propri di un amministratore.

Il T.a.r. erroneamente avrebbe omissso di valutare il contenuto della procura e la reale posizione del sig. Dino Masala all'interno dell'omonima impresa.

La restrittiva interpretazione accolta dal T.a.r. sarebbe anche in contrasto con il diritto comunitario.

**3.4.** L'appello è in parte qua fondato.

L'art. 75, co. 1, lett. c), d.P.R. n. 554/1999, nel prevedere come causa di esclusione dagli appalti di lavori pubblici le condanne per determinati reati incidenti sulla moralità professionale, dispone che per le s.r.l. sono rilevanti anche le condanne riportate dagli amministratori con poteri di rappresentanza o direttori tecnici, anche se cessati nel triennio anteriore alla data di pubblicazione del bando di gara, e salvo che l'impresa dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penale del proprio amministratore o direttore tecnico.

Sono pertanto rilevanti le condanne a carico di soggetti che abbiano la qualifica, o le effettive funzioni, di amministratore con potere di rappresentanza o direttore tecnico.

La *ratio legis* è di escludere dalla partecipazione alla gara di appalto le società in cui abbiano commesso gravi reati i soggetti che nella società abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale.

Occorre avere riguardo alle funzioni sostanziali del soggetto, più che alle qualifiche formali, altrimenti la *ratio legis* potrebbe venire agevolmente elusa e dunque vanificata.

**3.5.** Nel caso specifico, in relazione al sig. Dino Masala risulta dedotto che era un procuratore dell'impresa, cessato meno di un triennio prima della pubblicazione del bando di gara, con poteri di tale ampiezza da essere assimilabile ad un amministratore.

La procura in atti, (atto notarile 28 aprile 2003, n. 2025 di repertorio del notaio Duccio Guidi di Ventimiglia), ha un oggetto amplissimo, esteso sostanzialmente a tutta la attività propria dell'impresa edile, e non circoscritto alla sola rappresentanza esterna, ma anche a compiti decisionali e gestionali.

Non si tratta pertanto di una procura semplice, ma di una procura institoria.

Pertanto il sig. Dino Masala non era un procuratore semplice, ma un institore.

Secondo l'art. 2203 c.c., è institore colui che è preposto dall'imprenditore all'esercizio di un'impresa commerciale, ovvero di una sua sede secondaria o di un suo ramo particolare.

L'institore può compiere tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa cui è preposto, salve le limitazioni contenute nella procura.

Non può alienare o ipotecare immobili, se non sia a ciò espressamente autorizzato.

In coerenza con tale disciplina codicistica, la procura institoria rilasciata a Dino Masala gli consentiva di acquistare e vendere merci, materie prime e beni mobili, in relazione all'oggetto sociale; assumere e licenziare impiegati e operai; locare immobili; stipulare contratti di mutuo; compiere operazioni bancarie; agire e resistere in giudizio; fare pratiche amministrative; partecipare a gare di pubblico appalto formulando le relative offerte.

**3.6.** Dal tenore della procura si evince con chiarezza che i compiti del sig. Dino Masala non erano solo di rappresentanza esterna dell'impresa, ma di preposizione ad essa, con competenze decisionali e gestionali.

Infatti, la procura afferma che il procuratore agisce <<a nome e per conto della società>>, <<con ogni facoltà>>.

Inoltre afferma che il procuratore può <<compiere quant'altro necessario od opportuno per la buona esecuzione del presente mandato, il tutto con i più ampi e illimitati poteri e con promessa, sin d'ora, di rato e valido sotto gli obblighi di legge, senza riserve né eccezione alcuna>>.

Il sig. Masala Dino era, pertanto, al di là della formale qualifica di procuratore, un institore, vale a dire un vero e proprio amministratore, in senso sostanziale, dell'impresa.

**3.7.** Va poi considerata come dirimente la circostanza che il sig. Masala Dino poteva partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte.



Ora, sarebbe del tutto vanificata la portata dell'art. 75, co. 1, lett. c), se si consentisse la formulazione di offerte a pubblici appalti ad un soggetto che ha riportato condanne, come nella specie, per il reato di turbata libertà degli incanti.

**3.8.** Equiparato il sig. Dino Masala ad un amministratore, occorre verificare se la società fosse o meno tenuta, in sede di gara, a dichiarare la condanna a suo carico.

Occorre anzitutto verificare se la dichiarazione fosse dovuta, sotto il profilo che la condanna a carico del sig. Masala non era passata in giudicato.

Invero, l'art. 75, co. 1, lett. c), d.P.R. n. 554/1999, fa riferimento a condanne passate in giudicato.

Dagli atti di causa si evince che la sentenza di appello di condanna del sig. Dino Masala per il reato di turbata libertà degli incanti veniva confermata in cassazione in ordine all'*an* della responsabilità penale, con rinvio alla corte di appello per nuova quantificazione di pena.

E' indubbio che non vi era pertanto all'epoca della gara di appalto un giudicato, in quanto il giudicato penale di condanna postula che vi sia non solo l'*an* della responsabilità, ma anche la quantificazione della pena.

**3.9.** Tuttavia, nel caso specifico anche la condanna non passata in giudicato costituiva causa di esclusione.

Infatti il bando, che costituisce *lex specialis* della gara, impone di produrre dichiarazione sostitutiva da cui risulti non solo l'assenza di condanne penali passate in giudicato, ma anche l'assenza di condanne penali <<ancorché non definitive>>.

Pertanto, è indubbio che la società Masala fosse tenuta a dichiarare la condanna a carico del sig. Dino Masala.

Già sotto tale profilo, si ravvisa una causa di esclusione a carico della società, per omissione di una dichiarazione imposta a pena di esclusione.

**3.10.** Inoltre, la società andava esclusa dalla gara perché il reato commesso – turbata libertà degli incanti – essendo specificamente afferente alle gare di pubblici appalti, incide sulla moralità professionale, costituendo causa di esclusione.

Invero, la condotta contestata era un accordo collusivo tra più imprese, per presentare offerte concordate onde poter influire sull'esito della gara.

Si tratta di reato che nuoce alla trasparenza e imparzialità delle gare di appalto, e che pertanto, ancorché commesso a distanza di molti anni dalla gara odierna, non poteva essere considerato ininfluenza.

Ne deriva perciò l'illegittimità del provvedimento della stazione appaltante, impugnato in prime cure con motivi aggiunti al ricorso incidentale, che ha ritenuto non incidente sulla moralità professionale il reato commesso dal sig. Dino Masala.

**3.11.** Da quanto esposto consegue, in riforma della sentenza di primo grado, l'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado, con conseguente affermazione che:

- l'impresa Masala andava esclusa dall'appalto;
- il ricorso principale di primo grado della impresa Masala è improcedibile per difetto di interesse, in quanto, dovendo tale impresa essere esclusa

dall'appalto, nessun vantaggio essa può conseguire dall'annullamento dell'aggiudicazione in favore dell'impresa Principe (invero, la società Masala e la società Principe non sono le uniche concorrenti ammesse in gara, sicché l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di Principe, comporterebbe l'aggiudicazione ad altro concorrente, e non il rinnovo della gara con possibilità di partecipazione per Masala).

**3.12.** Non può invece essere annullato il provvedimento del 13 febbraio 2006 reso dall'amministrazione in relazione alla gara relativa al primo lotto.

Non vi è infatti l'interesse della Impresa Principe a contestare tale atto, in quanto la impresa Principe non risulta concorrente nella gara relativa al primo lotto.

**3.13.** Da quanto esposto deriva anche il logico assorbimento di tutte le altre censure articolate con l'atto di appello principale, e l'improcedibilità dell'appello incidentale.

**3.14.** Le spese di lite possono essere compensate in relazione al doppio grado di giudizio.

### ***P.Q.M.***

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e incidentale in epigrafe:

in parte accoglie e in parte assorbe l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso incidentale articolato in primo grado, e dichiara improcedibile il ricorso principale di primo grado.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 dicembre 2006 con la partecipazione di:

Giorgio Giovannini	- Presidente
Carmine Volpe	- Consigliere
Luciano Barra Caracciolo	- Consigliere
Rosanna De Nictolis	- Cons. rel. ed est.
Domenico Cafini	- Consigliere

**Presidente**

**f.to Giorgio Giovannini**

**Consigliere**  
f.to Rosanna De Nictolis

**Segretario**  
f.to Annamaria Ricci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....08/02/2007.....

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

Il Direttore della Sezione  
f.to Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO  
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa  
al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria