



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**

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2363 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Unicredit Banca Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Maurizio Brizzolari, Andrea Zanetti e Stefano D'Ercole , con domicilio eletto presso Maurizio Brizzolari in Roma, via della Conciliazione, 44;

***contro***

Comune di Genova,in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Gabriele Pafundi e Domenico Masuelli, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare 14a/4;

***nei confronti di***

Banca Carige Spa - Cassa di Risparmio di Genova e Imperia, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Morbidelli ed Andrea

Mozzati, con domicilio eletto presso Giuseppe Morbidelli in Roma, via Carducci, 4;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE II n. 00962/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI TESORERIA

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Genova e di Banca Carige Spa - Cassa di Risparmio di Genova e Imperia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2011 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Zanetti, Ubertone, su delega dell' avv. D' Ercole, Pafundi, Morbidelli e Mozzati;

FATTO E DIRITTO

1.Carige , partecipante insieme ad Unicredit Banca e seconda classificata nella gara per l'assegnazione del servizio di tesoreria del Comune di Genova per il periodo 1.1.2010 – 31.12.2014, ha impugnato l' aggiudicazione provvisoria per violazione dell'art. 38 d.lgs. n.163/2006, sostenendo la necessità di esclusione della aggiudicataria per non avere presentato la dichiarazione di onorabilità relativamente al Direttore ed ai Vicedirettori generali, dotati, in base a norma statutaria, di poteri di rappresentanza; agli amministratori di Unicredit s.p.a., conferente ramo di azienda a Unicredit Banca, e delle

società fuse per incorporazione; dei procuratori dotati di poteri di rappresentanza indicati nell'atto notarile in data 3.11.2008.

Ha, altresì, censurato con motivi aggiunti l'esito della gara per difetto di istruttoria, mancata esclusione dell'offerta di Unicredit in ordine alle modalità di espletamento del servizio e per erroneità nell'attribuzione del punteggio.

Anche Unicredit, con due ricorsi incidentali, ha contestato la mancata esclusione di Carige per mancata dichiarazione ex art. 38 in riferimento al Consigliere anziano, agli institori ed al luogo di residenza degli amministratori cessati nel triennio.

Il T.a.r. Liguria ha prioritariamente esaminato i ricorsi incidentali, respingendoli, ed ha quindi accolto il ricorso principale, così annullando l'aggiudicazione in favore di Unicredit Banca.

Ha proposto appello Unicredit Banca, sostenendo l'erroneità della interpretazione fornita dal T.a.r. circa la portata dell'art. 38, lett.c) del d. lgs. n. 163/2006, non potendosi ricomprendere tra gli amministratori muniti del potere di rappresentanza il Direttore ed i Vicedirettori generali, in quanto non assimilabili agli amministratori e, peraltro, mai sottoposti a condanne penali, con la conseguenza che, pur a voler concedere una omissione di dichiarazione, questa avrebbe dovuto essere considerata un "falso omissivo innocuo" inidoneo a supportare l'esclusione.

Avrebbe inoltre errato il T.a.r. nel respingere gli appelli incidentali, avendo il Consigliere anziano di Carige la rappresentanza della società in base al suo statuto.

Con motivi aggiunti, ha formulato la domanda di dichiarazione di inefficacia e di subentro nel contratto stipulato tra il Comune di Genova e Carige.

Carige, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità e l'irricevibilità dell'appello e dei ricorsi incidentali di primo grado per difetto in capo al firmatario della procura dei relativi poteri. Nel merito, ha controdedotto con ampie argomentazioni all'appello chiedendo la conferma della sentenza di primo grado.

Si è costituito anche il Comune di Genova.

2. Occorre, preliminarmente, esaminare l'eccezione pregiudiziale proposta da Carige in ordine alla insussistenza in capo al dott. Andrea Rambaldi dei poteri per il conferimento di procura alla lite.

L'eccezione deve ritenersi infondata alla luce dell'atto di conferimento dei poteri di rappresentanza nelle liti a diversi funzionari, tra cui il dott. Rambaldi, a rogito notaio dott. Carlo Vico in data 3 novembre 2008. Il richiamo a tale atto, in particolare nell'appello, consente di considerare soddisfatto l'onere di allegazione e la possibilità di verifica dei poteri procuratori e della delega che legittima alla rappresentanza processuale e, quindi, al conferimento della procura al difensore, secondo il principio per cui il potere rappresentativo processuale può essere riconosciuto solo a chi sia investito del potere rappresentativo di natura sostanziale.

Tale atto risulta depositato in secondo grado, ma reca data anteriore alla costituzione in giudizio in primo grado ed alla notificazione dei ricorsi incidentali.

Quand'anche si volesse riscontrare una irregolarità nell'atto di costituzione e nell'appello, la produzione della procura notarile, effettuata nel corso del giudizio, vale comunque quale sanatoria "ex tunc" ( Cass. 11.4.2006, n.8435; Cass.21.12.1983 n. 7535; Cass. 27.10.1986 n. 6302; Cass. 7.7.1995 n. 7490).

3.Nel merito, occorre premettere che il bando di gara indica quali soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni di cui ai FAC SIMILE n. 1 e n. 1 bis (relativi alle cause ostantive di cui all'art. 38) "tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza" nonché "tutti i direttori tecnici o preposti – responsabili tecnici, e come tali risultanti dalle visure della Camera di Commercio e comunque risultanti dalla dichiarazione resa dal legale rappresentante".

L'art.29 dello statuto di Unicredit Banca riconosce la rappresentanza, anche processuale, della società e la firma sociale disgiuntamente al Presidente del Consiglio di amministrazione, al Vicepresidente ovvero ai Vicepresidenti, all'amministratore delegato, al Direttore generale ed ai Vicedirettori generali.

Punto centrale della controversia è dunque quello di stabilire se i soggetti diversi dagli amministratori, ma comunque muniti di potere di rappresentanza (Direttore generale e vicedirettori generali) fossero tenuti a compiere la dichiarazione di moralità prescritta dall'art. 38 lett. c) d.lgs. n. 163/2006.

Va, anzitutto, osservato che la disposizione del bando non si discosta dalla lettera dell'art. 38 che considera soggetti tenuti alla dichiarazione gli amministratori muniti di potere di rappresentanza ed il direttore

tecnico della società. E' quindi sulla portata di tale disposizione che occorre soffermarsi.

La Sezione ha già stabilito (Cons. St. Sez. V, 25.1.2011 n.5139) che è da escludere che il semplice affidamento di alcuni poteri a dei procuratori speciali valga a qualificarli come amministratori ai sensi dell'art. 2380 bis c.c., che affida la gestione dell'impresa esclusivamente all'organo amministrativo, sia esso un unico soggetto (amministratore unico) o composto da più persone, componenti del consiglio di amministrazione in caso di sistema monistico o del consiglio di gestione, in caso di sistema dualistico. E' stato inoltre chiarito che nel richiedere la dichiarazione dell'amministratore, la disposizione intende indicare non il soggetto meramente dotato di poteri rappresentativi, bensì quello cui spettino compiti decisionali di indirizzo e di scelta imprenditoriale oltre che di rappresentanza della società.

Aderendo a tale impostazione, dunque, il Collegio ritiene di escludere dal novero dei soggetti su cui grava l'onere dichiarativo il Direttore o i Vicedirettori generali che, seppur muniti di potere di rappresentanza, non assumono, in base al dettato dell'art. 2396 c.c. ed in assenza di una specifica previsione statutaria che conferisca poteri decisionali e non solo rappresentativi, la posizione funzionale ed i poteri di indirizzo dell'impresa spettanti agli amministratori per l'attuazione dell'oggetto sociale.

In senso contrario non può considerarsi sufficiente l'estensione al direttore generale delle disposizioni concernenti la responsabilità degli

amministratori, posto che *“il legislatore nell’art. 2396 c.c. non ha offerto una definizione di direttore generale legata al contenuto intrinseco delle mansioni, ma ha collegato la responsabilità di tale soggetto alla sua posizione apicale all’interno della società, desunta dal dato formale della nomina da parte dell’assemblea o anche da parte del consiglio d’amministrazione, in base ad apposita previsione statutaria”*( Cass. Sez.I, 5.12.2008, n. 28819). Dunque, dalla estensione della responsabilità non può farsi discendere il riconoscimento di poteri all’interno dell’organizzazione della società tali da consentire l’equiparazione tra il direttore generale e l’organo di amministrazione, rispetto al quale il primo conserva una funzione esecutiva.

Né a diverse conclusioni , basate sul dato sostanziale (cfr. Cons. St. dec. n. 523/2007; n. 939/2011),

conduce l’esame delle disposizioni statutarie. Invero,l’art. 16 dello statuto di Unicredit Banca non autorizza a considerare il Direttore generale come un duplicato dell’amministratore poiché prevede che *“Nel caso siano nominati un amministratore delegato ed un Direttore generale , quest’ultimo farà capo nell’esercizio delle sue attribuzioni all’amministratore delegato dando esecuzione alle direttive da questi impartitegli.....Il Direttore Generale partecipa, senza diritto di voto, alle riunioni del Consiglio di amministrazione e del Comitato esecutivo. ”* .

Quanto all’art. 29 dello statuto, esso regola esclusivamente la rappresentanza della società (con potestà di firmare per la società riconosciuta a dirigenti e quadri direttivi), ma nulla prevede quanto a poteri decisionali, regolati dagli articoli 18 (consiglio

d'amministrazione) e 25 (comitato esecutivo) dello statuto.

In assenza, pertanto, di una estensione , ad opera dell'art.38 o della lex specialis, degli oneri dichiarativi gravanti sugli amministratori alla figura del direttore generale e della dimostrazione, in base alle norme statutarie , della spettanza al Direttore ed al Vicedirettore generale di poteri, oltre che di rappresentanza, anche di decisione e di indirizzo dell'impresa, si ritiene che la sanzione espulsiva riconosciuta dal T.a.r. , oltre a non essere rispondente al dato letterale, configga con *“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”* (Cons. St. n. 513/2011 cit.).

Il motivo d'appello deve, pertanto, essere accolto.

4. Venendo agli ulteriori motivi proposti da Carige contro l'aggiudicazione provvisoria ad Unicredit Banca, ritenuti assorbiti nella sentenza di primo grado, occorre esaminare quello secondo cui la concorrente avrebbe dovuto rendere la dichiarazione ex art. 38 d.lgs. n. 163/2006 anche relativamente agli amministratori dotati di poteri di rappresentanza della Unicredit s.p.a., conferente ramo d'azienda , e delle società in essa incorporate per fusione.

4.1. Quanto al conferimento di ramo d'azienda da parte di Unicredit s.p.a., ritiene il Collegio di aderire all'orientamento della Sezione, secondo cui (Cons. St. Sez. V, 10.9.2010, n. 6550; 21.5.2010, n. 3213), in assenza di una previsione di legge riguardante l'obbligo di dichiarazione anche nei confronti degli amministratori della società cedente il ramo d'azienda o di una analoga disposizione recata dalla



lex specialis, *“siccome la cessione d’azienda comporta non una successione a titolo universale del cessionario al cedente bensì una successione nelle posizioni attive e passive relative all’azienda tra soggetti che conservano distinta personalità giuridica, non può essere esclusa l’impresa cessionaria del ramo d’azienda che non abbia presentato le relative dichiarazioni in ordine alla posizione della cedente”*, con conseguente infondatezza della relativa doglianza avanzata dalla ricorrente in primo grado. Tale orientamento appare, peraltro, conforme alla configurazione del trasferimento di ramo d’azienda come successione a titolo particolare che, anche sul piano della responsabilità nei confronti di terzi per inadempimento di obbligazioni assunte dal cedente, non implica alcuna perdita di legittimazione sostanziale e processuale, dovendosi ritenere applicabili le regole valide in qualsiasi ipotesi di trasferimento tra vivi (cfr. Cass. civ. Sez. I, 03-05-2010, n. 10653 ; Cass. civ. Sez. I, 19-01-2010, n. 792).

Ne discende l’insussistenza dell’obbligo di dichiarazione di moralità da parte di tutti gli amministratori della società cedente il ramo d’azienda.

4.2. Quanto alla diversa ipotesi di fusione per incorporazione, va detto che essa non ha coinvolto direttamente l’appellante, poiché dalla complessa vicenda di riorganizzazione del gruppo, decritta dall’appellante e non confutata dalla Carige, si evince che l’incorporazione ha interessato le diverse società fuse in Unicredit s.p.a., ma non Unicredit Banca , che ha assunto invece la posizione di cessionaria , dalla prima, del ramo d’azienda. Una volta escluso che

Unicredit Banca fosse tenuta alla dichiarazione degli amministratori della cedente Unicredit, non rilevano, ai fini considerati, le vicende soggettive che hanno interessato la cedente, non riverberabili sulla cessionaria.

5. Da respingersi è, poi, il motivo con cui Carige lamenta la violazione dell'art. 51 del codice dei contratti, dal momento che i requisiti dichiarati dall'Unicredit Banca si riferiscono al ramo d'azienda già ceduto da Unicredit s.p.a. al momento della partecipazione sicchè la loro dimostrazione non necessitava di alcuna particolare produzione documentale attinente la suddetta cessione.

6. Le motivazioni esposte sub 3. consentono di respingere anche il motivo relativo alla mancata dichiarazione di moralità riguardo a procuratori risultanti dall'atto notarile 3.11.2008 (oltre 100), non assimilabili ad amministratori muniti di poteri di rappresentanza.

7. Quanto ai motivi riguardanti il difetto di motivazione e di istruttoria in merito a chiarimenti richiesti ad Unicredit, essi devono giudicarsi generici e, comunque, contraddetti dallo stesso comportamento dell'amministrazione che, esercitando poteri discrezionali non sindacabili in questa sede, ha ritenuto di superare le richieste procedendo all'aggiudicazione provvisoria in favore di Unicredit. Lo stesso è a dirsi per l'attribuzione del punteggio da parte della Commissione, che non presenta profili di illogicità tali da permetterne un sindacato da parte del giudice amministrativo, nonché per la valutazione in ordine al numero degli addetti ed alle modalità di espletamento del servizio. Peraltro, l'indicazione della disponibilità di

locali ulteriori rispetto a quelli di Palazzo Tursi non sposta di per sé il luogo dell'esecuzione del servizio, che resta quello indicato nel bando.

8. Meritano, di contro, reiezione i motivi di appello riguardanti il rigetto dei ricorsi incidentali di Unicredit, esaminati dal T.a.r. prioritariamente in quanto aventi effetto paralizzante e diretti a contrastare la sussistenza della legittimazione della Unicredit, secondo un ordine da osservare anche nel caso in cui partecipino alla gara due soli concorrenti (Cons. St. Ad. Pl. 7.4.2011, n. 4).

Deve, infatti, esserne confermata l'infondatezza a causa dell'assenza di un obbligo di presentazione da parte di Carige della dichiarazione di moralità del Consigliere anziano per essere questi – ed a prescindere dalla intervenuta modifica dello statuto- solo occasionalmente attributario di poteri gestionali e di rappresentanza , nonchè degli altri soggetti non dotati di poteri decisori; per non essere previsto a pena di esclusione dal bando l'obbligo di indicazione della residenza degli amministratori in carica e di quelli cessati; per essere conforme all'art. 38 la disposizione di bando che richiede la dichiarazione , anche se negativa, dei soggetti ivi indicati allo scopo di permettere il relativo controllo da parte della stazione appaltante.

9. Infine, occorre esaminare la domanda con cui Unicredit chiede dichiararsi l'inefficacia ed il subentro nel contratto nelle more stipulato tra l'amministrazione comunale e la Carige.

Tenuto conto dell'interesse manifestato dall'appellante alla esecuzione del contratto e della possibilità di subentro nello stato di esecuzione in cui esso si trova, trattandosi di appalto di servizi, la domanda deve

essere accolta, con effetto dalla comunicazione o dalla notificazione della presente sentenza, salva la positiva verifica da parte della stazione appaltante delle condizioni di legge.

10. In conclusione, l'appello di Unicredit Banca deve essere parzialmente accolto, con riforma in parte qua della sentenza di primo grado nei sensi sopra esposti.

La novità e complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie in parte l'appello di Unicredit Banca s.p.a. e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, respinge sia i ricorsi incidentali di Unicredit Banca s.p.a., sia il ricorso principale di Banca Carige s.p.a.;

salve le verifiche di legge; dichiara l'inefficacia del contratto nei termini di cui in motivazione e accoglie la domanda dell'appellante di subentrare nel contratto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/10/2011

IL SEGRETARIO

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