



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 287 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

ZiGas Infrastruttura italiana gas Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Lolli ed Emanuele Corli, con domicilio eletto presso il secondo in Brescia, via Carini, 1;

contro

Comune di Marmirolo, rappresentato e difeso dagli avv. Flavia Manerba e Paolo Colombo, con domicilio eletto presso la prima in Brescia, via Solferino, 53;

nei confronti di

Tea Sei Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Chiara Ghidotti, Ermes Coffrini e Marcello Coffrini, con domicilio eletto presso la prima in Brescia, via Solferino, 55;

per l'annullamento:

a) quanto al ricorso introduttivo:

- della determinazione n. 28 del 6/2/2012, di approvazione dei verbali di gara e aggiudicazione alla ditta controinteressata del servizio di distribuzione gas naturale nel Comune resistente;
- nonché dei verbali di gara;

b) quanto all'atto di motivi aggiunti, depositato il 29 marzo 2012:

della nota 14 marzo 2012 del Presidente della Commissione di gara, di replica all'istanza di autotutela ex art. 243 bis Cod. contr.;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Marmirolo e di Tea Sei Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2012 il dott. Giorgio Calderoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Con il ricorso principale, depositato il 22 marzo 2012, la Società 2iGas impugna l'aggiudicazione 6 febbraio 2012 a Tea Sei (unica altra concorrente) del servizio di distribuzione gas naturale nel Comune di Marmirolo, deducendo le seguenti censure:

1) violazione della *lex specialis* e dell'art. 38 Codice contratti, in quanto nella dichiarazione ex art. 38, rilasciata dall'Amministratore delegato di Tea Sei, non figurano – tra i soggetti muniti di potere di rappresentanza – il Presidente e il Vice Presidente, che, a termini di statuto, avrebbero, invece, la legale rappresentanza della Società e, pertanto, mancherebbe “l'attestato sulla coerenza con l'art. 38 dei legali rappresentanti della società”;

2) in espreso subordine: incompetenza ed eccesso di potere, nell'assunto che l'apertura delle buste (11 ottobre 2011) si sarebbe svolta anteriormente alla data (15 ottobre 2011) di nomina della Commissione;

3) ancora in espreso subordine, illegittimità sotto due distinti profili della composizione della Commissione:

a) violazione dell'art. 84 Cod. contr., poiché della Commissione farebbero parte due geometri, non abilitati a sottoscrivere i progetti da valutare;

b) difetto di motivazione, poiché i medesimi due commissari - capi area tecnica di due Comuni soci di Tea Sei - sarebbero stati scelti immotivatamente;

4) violazione del principio di proporzionalità, con riferimento ai rispettivi punteggi attribuiti dalla Commissione alle due offerte in gara, in relazione al determinante criterio 1.b.3. (sicurezza impianti);

5) in espreso subordine: eccesso di potere per violazione della regola logica che impone l'apertura della busta economica dopo che sia stata aperta la busta tecnica.

II. Con successivo atto di motivi aggiunti, depositato il 29 marzo 2012, 2iGas impugna, altresì, la nota 14 marzo 2012 con cui il Presidente della Commissione di gara ha replicato all'istanza di autotutela ex art. 243 bis Cod. contr., presentata da 2iGas; e - rispetto alle argomentazioni addotte in tale nota - ripropone, sostanzialmente, le seguenti censure già svolte nel ricorso introduttivo:

i) il quinto motivo di ricorso;

ii) il secondo motivo di ricorso, giacché per 2iGas “*sul tema della data dell'atto di nomina della Commissione, datato 15 ottobre quando la seduta pubblica si era svolta l'11, le affermazioni del Comune (sul fatto che in realtà la data di firma della nomina della Commissione era il 10) lasciano perplessi e sono illegittime e fonte di illegittimità*”.

III. Il 2 aprile 2012 si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Marmirolo sia Tea Sei, entrambi contestando la fondatezza delle censure avversarie e concludendo per la reiezione del ricorso, dei motivi aggiunti e della domanda cautelare formulata da 2iGas.

IV. La Camera di Consiglio del 5 aprile 2012, in cui era chiamata la discussione del predetto incidente cautelare, ha registrato il seguente esito, come da relativo verbale d'udienza: <<*Sono presenti gli Avvocati: Corli e Lolli, Colombo, Ghidotti. Il Presidente, viste le concordi richieste delle parti, preannuncia che la trattazione del merito viene fin d'ora fissata per la Pubblica Udienza del 10.10.2012. A fronte di ciò, il difensore di parte ricorrente dà atto che l'istanza cautelare deve intendersi riunita al merito, mentre i difensori delle parti avversarie danno a loro volta atto che il contratto non sarà stipulato in attesa della pubblicazione della sentenza di merito.*>>.

V. In vista della menzionata Udienza pubblica, tutte le parti hanno depositato rispettive memorie conclusive e di replica; Tea Sei ha, altresì, dimesso ulteriore documentazione.

Indi, alla medesima Udienza pubblica la causa è passata in decisione, dopo discussione orale tra i difensori delle parti.

VI. Ciò premesso in fatto, in diritto possono svolgersi le seguenti considerazioni.

VII. *Il fondamentale thema decidendum.*

Come anticipato al precedente capo I, il ricorso introduttivo contiene una espressa graduazione non solo cronologica, ma anche logico/giuridica delle censure svolte, ovvero:

i) la prima censura non contiene alcuna subordinata e mira esplicitamente (quarto periodo di pag. 5) all'esclusione di TEA (con conseguente aggiudicazione – soggiunge il Collegio – a 2iGas, essendo solo due le imprese concorrenti);

ii) le ulteriori censure hanno ad oggetto le successive operazioni di gara (dalla nomina della Commissione, alla sequenza di apertura delle buste, all'attribuzione del punteggio per il parametro sicurezza 1.b.3.) e mirano al “travolgimento dell'intera gara” (pag. 10 del ricorso), ovvero all'annullamento di tutti gli atti di gara (pag. 16), ovvero ancora alla declaratoria di illegittimità della *lex specialis* (pag. 17, penultima riga);

iii) tutte queste censure successive alla prima, sono precedute (salvo la quarta) dalla dichiarata dicitura “in subordine”: tuttavia, a pag. 3 della memoria 21 settembre 2012, 2iGas definisce espressamente “in subordine” tutte e quattro le censure di cui si tratta.

Del resto e a prescindere da tale formale auto-qualificazione proveniente da parte ricorrente, è del tutto evidente che il suo interesse principale consiste nell'eventuale accoglimento della prima censura, a cui conseguirebbe l'aggiudicazione in proprio favore della gara; risultando solo residuale l'interesse all'accoglimento di una o più delle ulteriori censure, da cui conseguirebbe solo una ripetizione della gara.

Il fondamentale *thema decidendum* verte, dunque, attorno alla questione posta con il primo motivo di ricorso e per affrontare la quale occorre, preliminarmente, ricostruire l'ordinamento statutario di Tea Sei.

VIIIa. *Lo statuto di TEA SEI.*

Il Capo intitolato “Organo amministrativo” del vigente statuto di Tea Sei (prodotto in causa tanto da quest'ultima, quanto da 2iGas), dispone - ai fini che rilevano per la decisione della suddetta questione - quanto viene in sintesi qui di seguito riportato testualmente per estratto:

<< art. 29 - *Forma*

29.1. *La Società potrà essere alternativamente amministrata (omissis):*

a) *da un Amministratore Unico;*

b) *da un Consiglio di Amministrazione composto da un numero di membri variabile da un minimo di due ad un numero massimo di tre (omissis);*

c) *da due o più Amministratori Unici (omissis).*

Art. 31 – *Consiglio di Amministrazione*

31.1. *Nel caso la società sia amministrata da un Consiglio di Amministrazione, questo elegge tra i suoi membri un Presidente (omissis), un eventuale Amministratore Delegato, ed eventualmente anche uno o più Vicepresidenti (omissis).*

Art. 34 – *Poteri*

34.1. *L'organo amministrativo, qualsiasi sia la sua strutturazione, ha tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione (omissis).*

34.2. *(omissis) Il Comitato esecutivo ovvero l'Amministratore Delegato potranno compiere tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione che risulteranno dalla delega conferita dal Consiglio di Amministrazione, con le limitazioni e le modalità indicate nella delega stessa.*

34.3. *omissis*

Art. 35 *Rappresentanza della società*

35.1. *L'amministratore unico ha la rappresentanza della società di fronte ai terzi ed in giudizio.*

35.2. *In caso di nomina del consiglio di amministrazione, la rappresentanza della società di fronte ai terzi ed in*

giudizio spetta al Presidente del consiglio di amministrazione o, in caso di sua impossibilità o impedimento, al Vice presidente (omissis).

35.3, 35.4., 35.5: omissis.>>

VIIIb. *L'Assemblea dei soci in data 25 ottobre 2010.*

Dal verbale prodotto l'11 settembre 2012 da TEA SEI risulta (secondo i seguenti passi pure riportati per estratto):

x) che l'Assemblea totalitaria della Società è stata convocata il giorno 25 ottobre 2010 sul seguente ordine del giorno:

1) *Nomina, previa definizione del numero dei componenti, dell'Organo Amministrativo della Società (e determinazione dei relativi compensi);*

2) *Nomina dell'Amministratore Delegato con definizione dei poteri;*

y) che nel corso dell'Assemblea l'Amministratore Unico della Società ha comunicato di rassegnare le proprie dimissioni e ha evidenziato "l'opportunità di costituire un organo amministrativo più consono al nuovo assetto e dimensioni della Società", richiamando a tal fine le vigenti disposizioni dello Statuto (tra cui quella sulle modalità alternative di gestione della società);

z) che, dopo discussione, il Socio unico ha deliberato:

<< - *di recepire le dimissioni rassegnate dall'Amministratore Unico Falsina Piero (omissis);*

- *di scegliere che la società Tea Sei S.r.l. sia amministrata da un Consiglio di Amministrazione, determinando in 3 il numero dei relativi componenti;*

- *di nominare quali membri del Consiglio di Amministrazione di Tea Sei S.r.l. per il triennio 2010-2011-2012 (omissis) i Signori:*

1) *PRANDINI MARCO (omissis)*

2) *VARESCHI GABRIELE (omissis);*

3) *FALSINA PIERO (omissis);*

- *di nominare Presidente della Società PRANDINI MARCO;*

- *di nominare Vice Presidente della Società VARESCHI GABRIELE;*

- *di nominare Amministratore Delegato della Società FALSINA PIERO, con l'attribuzione dei seguenti poteri:*

"salvo le materie indelegabili a norma della legge e dello statuto, all'Amministratore Delegato sono attribuiti tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione nonché la rappresentanza della Società di fronte a terzi ed in giudizio, con i limiti di valore nelle materie di seguito descritte".>>

Segue l'elencazione delle materie, tra cui figurano in particolare: alla lett. a) la stipula e sottoscrizione di contratti con Enti pubblici e privati per l'erogazione dei servizi attinenti all'oggetto della Società, per un importo annuo non superiore a 4 milioni di euro/anno/cadauno; alla lett. b), il concorrere a gare per l'assegnazione dei contratti di cui al punto precedente "rappresentando la società nelle relative procedure e sottoscrivendo i relativi atti nonché contratti".

IX. *L'attuale orientamento giurisprudenziale sull'art. 38 Cod. contratti.*

Parimenti preliminare si rivela la ricostruzione dell'orientamento giurisprudenziale attualmente prevalente in ordine all'applicazione dell'art. 38 Codice dei Contratti.

Orbene, i principali punti di approdo del non sempre lineare percorso ermeneutico compiuto, in materia, dal giudice amministrativo di I e II grado risultano, allo stato, i seguenti.

IX.1 *Il carattere inderogabile e di ordine pubblico dell'art. 38.*

Secondo *Consiglio di Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2319*, la necessità di produrre la dichiarazione in ordine ai requisiti di cui all'art 38 Cod. contr. <<trova fonte in norma inderogabile dell'ordinamento, con la conseguenza

che, qualora la dichiarazione sia omessa o sia incompleta, è del tutto legittima l'esclusione dalla gara del soggetto che non ha reso le dovute dichiarazioni (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 1° aprile 2011, n. 2068; sez. V, 21 novembre 2011, n. 6136; 21 ottobre 2011, n. 5638; 24 marzo 2011, n. 1782; 25 gennaio 2011, n. 513).>>; la medesima Sezione V ribadisce di lì a poco (10 maggio 2012, n. 2702) il carattere di ordine pubblico delle disposizioni di cui all'art. 38;

IX.2 La conseguente impossibilità di integrazione postuma dell'omissione della dichiarazione del pregiudizio penale e l'ulteriore conseguenza dell'esclusione dalla gara.

La sentenza Cons. Stato n. 2319/2012 prosegue, poi, affermando che <<la omissione della dichiarazione del pregiudizio penale, peraltro insuscettibile di integrazione postuma, in quanto prevista da norma imperativa, attesa la sua funzione di consentire all'amministrazione di verificare ex ante il possesso dei requisiti di moralità richiesti, nonché per il rispetto della par condicio dei concorrenti, comporta l'esclusione dalla gara dell'impresa che non abbia reso la dichiarazione.>>; la ratio dell'insuscettibilità di integrazione postuma - neppure attraverso il potere di soccorso ex art. 46 comma 1 del Codice contratti - era stata chiarita già da T.A.R. Piemonte, sez. I, 5 ottobre 2011, n. 1060, secondo cui «è illegittima la mancata esclusione di una ditta che aveva omesso di presentare la dichiarazione ex art. 38 D. Lgs. n. 163/2006, relativa a un membro del consiglio di amministrazione investito, in ossequio a previsioni statutarie, di poteri di rappresentanza della società; infatti, in casi del genere, non si può sopperire alla carenza documentale mediante richiesta di chiarimenti, in esercizio del potere di cui all'art. 46 del codice dei contratti, né tantomeno la fattispecie può essere inquadrata negli schemi del cd. "falso innocuo", dal momento che la rilevanza esimente della "innocuità" presuppone l'indefettibile esistenza, a monte, di una dichiarazione che, proprio perché dotata di un puntuale contenuto, si presta astrattamente, per le sue lacune, a essere considerata "falsa", mentre, nel caso in esame, la dichiarazione ex art. 38 dell'amministratore è stata totalmente omessa»;

IX.3. L'inapplicabilità alla specifica materia degli appalti pubblici della teorica penalistica del falso innocuo e l'esclusione del c.d. potere di soccorso.

La recente sentenza Cons. Stato, Sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471 ha esaminato ancor più analiticamente il profilo del c.d. falso innocuo, affermando perentoriamente al Capo 6 che la tesi del falso innocuo non può trovare applicazione nella specifica materia degli appalti pubblici.

Gli snodi argomentativi della pronuncia sono i seguenti:

- al capo 6.1., viene richiamata giurisprudenza della Cassazione Penale e soprattutto Cass. S.U. penali 27 novembre 2008 n. 6591, che hanno escluso la possibilità di applicare la categoria del falso innocuo al reato di cui all'art. 95 D.P.R. n. 115 del 2002, che punisce le falsità o le omissioni nelle dichiarazioni e nelle comunicazioni per l'attestazione delle condizioni di reddito in vista dall'ammissione al patrocinio a spese dello Stato "... indipendentemente dalla effettiva sussistenza delle condizioni previste per l'ammissione al beneficio".

Le S.U. penali hanno affermato la rilevanza penale del falso compiuto da chi si trovava effettivamente nelle condizioni per accedere al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, perché bisogna avere riguardo alla funzione che l'atto svolge per l'ordinamento giuridico (porre subito nelle condizioni il decidente di ammettere o meno al gratuito patrocinio). Donde la necessità di una compiuta ed affidabile informazione del destinatario che, a fronte della complessità del tenore dell'istanza cui è speculare la valutazione da svolgere, ha urgenza di decidere.

- capo 6.2. Inoltre, a giudizio del Collegio, il falso è innocuo quando non incide neppure minimamente sugli interessi tutelati.

Nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni, invece, è già di per sé un valore da perseguire perché consente - anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di

proporzionalità - la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara. Conseguentemente una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma a prescindere dal fatto che l'impresa meriti 'sostanzialmente' di partecipare alla gara. In altri termini, nel diritto degli appalti occorre poter fare affidamento su una dichiarazione idonea a far assumere tempestivamente alla stazione appaltante le necessarie determinazioni in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara o alla sua esclusione. La dichiarazione ex articolo 38, dunque, è sempre utile perché l'amministrazione sulla base di quella può/deve decidere la legittima ammissione alla gara e conseguentemente la sua difformità dal vero o la sua incompletezza non possono essere "sanate" ricorrendo alla categoria del falso innocuo.

- capo 6.4. Infine, il Giudice amministrativo d'appello fa leva sulle modifiche apportate dal legislatore all'articolo 38, comma 2, Cod. Appalti, osservando che l'intenzione del legislatore, con riferimento alle condanne penali, è stata quella di indicare ai partecipanti ciò che deve essere dichiarato e ciò che può non essere dichiarato proprio muovendo, a giudizio del Collegio, dalla necessità di presentare dichiarazioni complete e fedeli.

- ai capi 7 e 7.3, esclude che si possa fare applicazione del c.d. "potere di soccorso", perché - se è vero, per un verso, che il legislatore ha introdotto il comma 1 bis all'articolo 46 Codice Contratti rendendo esplicito l'intento di ampliare il campo di operatività del "soccorso" e riducendo le ipotesi di esclusione dalla gara - per altro verso, per la dottrina, non ogni mancanza potrà essere regolarizzata soprattutto nel caso in cui ciò dovesse tradursi in un'alterazione della regola della par condicio. La novella non vale ad evitare l'esclusione del partecipante che non abbia adempiuto all'obbligo di legge di rendere le dovute dichiarazioni ex articolo 38 Codice Appalti dovendosi intendere la norma di legge nel senso che l'esclusione dalla gara può essere disposta sia nel caso in cui la legge o il regolamento la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui la legge imponga "adempimenti doverosi" o introduca, come nel caso di specie, "norme di divieto", pur senza prevedere espressamente l'esclusione. In altri termini l'incompletezza o la falsità delle dichiarazioni prescritte dall'articolo 38, comma 1 e 2 e l'omessa osservanza degli adempimenti prescritti dalla legge determinano, per il chiaro tenore della legge, l'esclusione dell'operatore economico e dunque nessuno spazio può avere il dovere di soccorso.

A distanza di un paio di mesi, altrettanto decisa è la *Sez. V del Consiglio di Stato (22 maggio 2012, n. 2946)* nell'asserire che il cd. falso innocuo non ha cittadinanza nel sistema degli appalti pubblici.

Ugualmente netta è la sentenza, pubblicata il giorno successivo, con cui *T.A.R. Sardegna, sez. I,*

23 maggio 2012, n. 508, esclude l'applicabilità, in *subiecta materia*, sia del principio del "falso innocuo", sia del principio del "dovere di soccorso".

IX.4. I soggetti tenuti ex lege alla dichiarazione: in particolare, gli amministratori con potere di rappresentanza della società.

Secondo il *Consiglio di Stato (Sez. VI, sent. n. 178 del 18-01-2012; Sez. III, sent. n. 5018 del 6-09-2011 e Sez. IV, sent. n. 2066 dell'1-04-2011)*, il primo criterio da seguire per l'individuazione dei soggetti obbligati alla dichiarazione ex art. 38 d.lgs. n. 163/2006 è costituito dalla riconoscibilità ed ufficialità del potere della persona fisica di trasferire direttamente, al soggetto rappresentato, gli effetti del proprio operare e di trasmettere quindi al soggetto rappresentato la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della sua personale condotta.

Ne discende (*Cons. Stato Sez. IV, 4 luglio 2012, n. 3925*) che a essere tenuti alle dichiarazioni di cui all'art. 38 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 sono soltanto "i soggetti titolari di ampi e generali poteri di amministrazione", per cui, a tal fine, occorre aver riguardo ai poteri effettivi conferiti a ciascun amministratore e alla loro ampiezza, in quanto si estrinsechino sull'organizzazione complessiva dell'apparato organizzativo societario, nei suoi riflessi operativi esterni.

Secondo tale criterio, l'obbligo dichiarativo vale anche nei confronti del soggetto che esercita la rappresentanza in via vicaria (*Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 2010, n. 3325 e Sez V, 23.6.2010, n. 3972*), cioè quando lo statuto della società prevede che il Vice Presidente sostituisce il Presidente nei casi di sua assenza o impedimento (*CdS, Sez. III, n. 447/2012*); non assume, infatti, alcun rilievo che i poteri di rappresentanza possano essere esercitati solo in funzione vicaria, ma ciò che conta è la titolarità del potere, laddove lo stesso statuto abiliti il soggetto a sostituire, in qualsiasi momento e per qualsiasi atto, il titolare principale della rappresentanza senza intermediazione di autorizzazione o di investitura (*Cons. Stato Sez. V, 21-06-2012, n. 3658*).

Anzi, *T.A.R. Sardegna, Sez. I, 20 marzo 2012, n. 295* attribuisce l'onere dichiarativo anche alla sola carica in quanto tale di Vice-Presidente ed anche se lo Statuto attribuisca espressamente al solo Presidente i poteri di rappresentanza, ritenendo insita nella stessa natura vicaria della vicepresidenza la possibilità di esercizio dei poteri di rappresentanza della società in caso di temporanea assenza o impedimento del titolare.

A ribadire che rileva la titolarità del potere e non anche il suo esercizio è, in altro passo, la citata pronuncia della *Sez. III del Consiglio di Stato n. 1471/2012*, secondo cui gli amministratori muniti di potere di rappresentanza devono necessariamente rendere la dichiarazione richiesta dalla legge a prescindere dal fatto, peraltro di difficile (e dubbia) prova, che nella sostanza non svolgano attività.

Ancora, secondo *Sez. VI n. 1843/2012* (che richiama per tutte, sul punto, *Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6114*), <<l'obbligo di dichiarare l'assenza del c.d. "pregiudizio penale" concerne tutti i soggetti, in atto muniti dei poteri di rappresentanza, anche institoria o vicaria ... indipendentemente dalla circostanza che non abbiano materialmente speso i loro poteri nella specifica gara.>>.

Nello stesso senso è *Cons. Stato n. 2319/2012*, nonché la posizione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, la quale - nella determinazione n. 1 del 16 maggio 2012 - ha affermato che gli amministratori muniti di potere di rappresentanza devono necessariamente rendere la dichiarazione richiesta dall'art. 38 codice, a prescindere dal fatto che nella sostanza svolgano o meno tale attività.

E', infatti, anche sulla scorta della formula di legge ("muniti"), che la giurisprudenza (cfr. *C.d.S., Sez. III, 31.8.2011, n. 4892*) ritiene che ciò che conta è la titolarità del potere e non anche il suo esercizio.

In definitiva, la dichiarazione di onorabilità risulta circoscritta agli amministratori dotati di poteri di rappresentanza, tenuto conto che, ai sensi dell'art. 2380-bis c.c., la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori (*T.A.R. Veneto, sez. I, 4 aprile 2011, n. 557*) 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.): a essi, o a taluno tra essi, spetta la rappresentanza istituzionale della società (così: *Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513 e 24 marzo 2011, n. 1782*).

L'art. 38, in buona sostanza, richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza (*Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5638*).

IX.5. Il valore della "formale carica rivestita" e l'irrilevanza delle deleghe interne.

Ciò che conta è, infatti, la "formale carica rivestita" alla quale è per legge istituzionalmente connesso il possesso di poteri rappresentativi (cfr. *T.A.R. Friuli V.G. 10 maggio 2012, n. 168*); ovvero l'astratta attribuzione della carica e non l'effettivo svolgimento della funzione (*T.A.R. Sicilia, sez. III, 19 gennaio 2012, n. 136; Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2012, n. 447*); ovvero ancora l'astratta titolarità del potere di rappresentanza (*T.A.R. Veneto, sez. I, 26 gennaio 2012, n. 73*): senza che possa avere rilevanza alcuna l'eventuale ripartizione interna di compiti e deleghe, mentre solo per altri soggetti - quali procuratori o institori - può porsi il problema della verifica in concreto del

possesso di siffatti poteri”: infatti, ancora *Cons. Stato Sez. III, 16-03-2012, n. 1471* ha ritenuto illegittima, ex art. 38 d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, l'ammissione alla gara d'appalto dell'impresa che non abbia presentato in allegato alla domanda di ammissione la dichiarazione di assenza di pregiudizi penali in capo a tutti gli amministratori muniti del potere di rappresentanza, per essi intendendosi tutti i soggetti che rivestano cariche societarie ai quali per legge sono istituzionalmente connessi poteri rappresentativi, senza che abbia rilevanza l'eventuale ripartizione interna di compiti e deleghe.

Questi i relativi passaggi motivazionali:

- capo 2. *“Prescindendo in questa sede dalla dibattuta questione circa la necessità di richiedere la dichiarazione di cui all'articolo 38 ora citato anche ai procuratori speciali muniti di potere di rappresentanza, va rilevato che la giurisprudenza del Consiglio di Stato è ferma nell'interpretare la norma in questione, peraltro in piena sintonia con il dato legislativo, nel senso che coloro i quali rivestono cariche societarie, alle quali è per legge istituzionalmente connesso il possesso di poteri rappresentativi, sono in ogni caso tenuti a rendere la dichiarazione de qua, senza che possa avere rilevanza alcuna l'eventuale ripartizione interna di compiti e deleghe, mentre solo per altri soggetti, quali procuratori o institori, può porsi il problema della verifica in concreto del possesso di siffatti poteri (Cons. St., IV, 3 dicembre 2010 n. 8535)”*;

- capo 4.2. *“A giudizio del Collegio, in applicazione del chiaro disposto dell'articolo 38 Codice Contratti, gli amministratori muniti di potere di rappresentanza devono necessariamente rendere la dichiarazione richiesta dalla legge a prescindere dal fatto, peraltro di difficile (e dubbia) prova, che nella sostanza non svolgano attività. Occorre ora aggiungere che il riferimento ai poteri sostanziali è stato utilizzato da parte della giurisprudenza, non già per restringere - come vorrebbe l'appellante - il novero dei soggetti chiamati a rendere la dichiarazione ma, al contrario, per ampliarlo anche a coloro che, pur non rivestendo formalmente la carica di amministratore, sono investiti di sostanziali poteri di rappresentanza; in tale ultima direzione si muove anche la sentenza 16 novembre 2010 n. 8059 del Consiglio di Stato (...)”*;

- 4.5. ultimo periodo: *“In terzo luogo non può accogliersi la tesi dell'appellante per cui sarebbe stato “falso” “...dichiarare che Carrato al momento della presentazione della domanda di partecipazione aveva poteri di rappresentanza generale della società...” perché, come già detto, non v'è dubbio che per legge le dichiarazioni di cui all'articolo 38 Cod. Appalti devono certamente essere rese da chi risulta all'esterno avere poteri di rappresentanza”*.

IX.6. In particolare: la necessità della dichiarazione sia del Presidente, sia dell'Amministratore delegato.

In sintonia con le coordinate ermeneutiche da ultimo riportate e in riferimento a una fattispecie concernente le medesime figure (Presidente e Amministratore delegato) che vengono in rilievo nella presente controversia, *T.A.R. Molise 11 febbraio 2009, n. 19* ha ritenuto che:

- qualora, al momento della partecipazione alla gara, i poteri di rappresentanza di una Società sussistano in capo sia al Presidente del Consiglio di Amministrazione (munito di ampi poteri, legale rappresentante della società) sia all'Amministratore delegato (con poteri delegati dal Consiglio di amministrazione, la suddetta società è tenuta comprovare i requisiti prescritti dall'art. 38 con apposita dichiarazione sostitutiva tanto del Presidente del Consiglio di amministrazione, quanto dell'Amministratore delegato;

- per cui, se invece tale dichiarazione è stata resa soltanto dall'Amministratore delegato, ne deriva l'insufficienza della stessa e la conseguente, automatica esclusione della ditta dalla gara.

IX.7. In ogni caso: la necessaria indicazione nominativa di Presidente e Vice-Presidente, ove la dichiarazione non sia dagli stessi sottoscritta.

In ulteriore sintonia con le medesime coordinate interpretative, la giurisprudenza giunge ad ammettere che la

dichiarazione ex art. 38 possa anche non essere sottoscritta da Presidente e Vice Presidente della Società, ma in tal caso esige che i rispettivi nominativi figurino espressamente nella dichiarazione resa da altro soggetto abilitato.

Si vedano, in tal senso, le sentenze del Consiglio di Stato citate dalla ricorrente nel ricorso introduttivo (n. 3069/2011), nella memoria conclusionale 21 settembre 2012 (n. 6053/2011) e in quella di replica 28.9.2012 (n. 1516/2012 e n. 5385/2011); nonché le seguenti:

- *Consiglio di Stato, sez. VI, 20 giugno 2012, n. 3590* che, richiamando precedenti di altra Sezione (sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7524; *idem*, 27 gennaio 2009, n. 521, ord.), riafferma (capo 6.4.) il principio per cui l'obbligo della dichiarazione può ritenersi assolto dal legale rappresentante dell'impresa, con la specifica indicazione degli altri soggetti in carica, muniti di rappresentanza, immuni dai c.d. "pregiudizi penali";

- *Consiglio di Stato, sez. V, 14 febbraio 2012, n. 725*, secondo cui - dovendo essere consentito alla stazione appaltante di verificare autonomamente la presenza di cause di esclusione - il concorrente è conseguentemente obbligato a dichiarare i nominativi dei soggetti elencati all'art. 38 (anche cessati dalla carica).

X. Le conseguenze da trarre in rapporto alla concreta fattispecie posta in decisione.

A questo punto non rimane che trarre, dagli atti di causa e dalla ricognizione giurisprudenziale di cui sopra si è dato conto, le debite conseguenze in ordine alla particolare controversia, qui sottoposta all'esame del Collegio.

Esse sono le seguenti:

aa) in data 25 ottobre 2010, l'Assemblea di Tea Sei ha deliberato di non essere più amministrata da un amministratore unico e, tra le opzioni alternativamente indicate dall'art. 29.1. dello Statuto, ha scelto quella di cui alla lettera b), così individuando quale Organo amministrativo della Società un Consiglio di Amministrazione composto di tre membri, che ha contestualmente provveduto a nominare;

bb) si è così verificata la fattispecie contemplata al successivo art. 35.2 dello Statuto, a mente del quale – in caso di nomina del Consiglio di amministrazione – la rappresentanza della società spetta al Presidente e, in via vicaria, al Vice Presidente;

cc) alla stregua della giurisprudenza richiamata ai capi IX.4 e IX.5 che precedono, risulta, pertanto, che sono i suddetti Presidente e Vice Presidente ad essere istituzionalmente titolari dei poteri di rappresentanza della Società e che, pertanto, gli stessi sono tenuti *ex lege* a rendere in gara la dichiarazione ex art. 38, in applicazione del criterio della formale qualifica rivestita e indipendentemente dalla circostanza che non abbiano materialmente speso i loro poteri nella specifica gara di cui si tratta;

dd) in applicazione, altresì, del consolidato principio affermato dalla pronunce riportate *sub IX.5.*, la delega conferita (con limiti) all'Amministratore delegato nella menzionata Assemblea del 25 ottobre 2010, non vale ad escludere l'obbligo del Presidente e del Vice Presidente di rendere la dichiarazione ex art. 38; al più, l'istanza di ammissione alla gara *de qua*, contenente anche tale dichiarazione, avrebbe potuto essere sottoscritta dal solo Amministratore delegato, a condizione, tuttavia, che in essa fossero nominativamente indicati il Presidente e Vice Presidente;

ee) poiché, viceversa, l'istanza di ammissione alla gara di cui è causa (nella quale è contenuta la dichiarazione sui pregiudizi penali) è stata sottoscritta dal solo Amministratore delegato di Tea Sei e in essa non figurano nominativamente indicati, tra i soggetti muniti di rappresentanza, il Presidente e Vice Presidente, ne consegue, ai sensi del principio sopra citato *sub dd)* e dello specifico precedente giurisprudenziale richiamato *sub X.6*:

- l'inidoneità della suddetta dichiarazione ad assolvere l'obbligo imperativamente sancito dall'art. 38 Codice contratti;

- l'illegittimità dell'ammissione di Tea Sei alla gara medesima;

- l'automatica esclusione di Tea Sei dalla gara;

ff) non valgono, pertanto, in contrario le consonanti difese spiegate dal Comune di Marmirolo e dalla medesima Tea Sei, in quanto le stesse si concentrano fondamentalmente nella insufficiente tesi di fondo, secondo cui, con riferimento ai limiti di valore della gara *de qua*, il potere di rappresentanza della Società “è stato – ed è attribuito – solo e soltanto all’amministratore delegato”, con esclusione di Presidente e Vice Presidente.

Per le ragioni indicate sub IX.6 e IX.7, va disatteso il connesso argomento, parimenti svolto da entrambe le difese e volto a valorizzare la dichiarazione “onnicomprensiva” circa l’assenza di pregiudizi penali in capo “ai soggetti dotati di poteri per impegnare la società”, resa dallo stesso Amministratore delegato, in quanto tale circostanza non è suscettibile di sanare l’omissione, nell’istanza/dichiarazione, dei nominativi di Presidente e Vice Presidente o, alternativamente, il difetto di sottoscrizione della stessa da parte (almeno) del Presidente di Tea Sei.

Infine, giusta la giurisprudenza sopra riportata sub IX.3, non è invocabile il potere di soccorso, cui si richiama, invece, Tea Sei in un passo (pag. 6) della propria memoria 24 settembre 2012;

gg) conclusivamente, risulta fondato il primo motivo del ricorso introduttivo. Poiché la fondatezza di tale motivo comporta *ex se* l’annullamento degli atti di gara nella parte in cui hanno illegittimamente ammesso Tea Sei e la conseguente aggiudicazione alla ricorrente 2iGas, in quanto unica altra concorrente ammessa, risulta di tutta evidenza il carattere assorbente di tale censure, rispetto alle ulteriori – di carattere prevalentemente procedimentale – espressamente dedotte in via subordinata e che, al più, potrebbero condurre – in caso di loro accoglimento – al risultato, meno vantaggioso per la ricorrente, della ripetizione della gara.

XI. Conclusioni.

Il ricorso e i motivi aggiunti vanno conclusivamente accolti nei sensi che precedono e ai seguenti effetti:

- annullamento degli atti impugnati,
- conseguente esclusione di Tea Sei dalla gara ed aggiudicazione della stessa alla ricorrente 2iGas.

Poiché il consolidarsi degli orientamenti giurisprudenziali che sono stati tenuti presenti ai fini della presente decisione risulta coevo o immediatamente successivo allo svolgimento della gara e all’adozione dei suoi atti conclusivi, appare equo disporre l’integrale compensazione, tra tutte le parti in causa, delle spese di lite: ad eccezione del contributo unificato, che - come per legge - va posto a carico del soccombente Comune di Marmirolo, i cui atti sono risultati illegittimi e che provvederà, di conseguenza, a rimborsarlo alla Società ricorrente 2iGas, quale iniziale anticipataria.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, li ACCOGLIE e, conseguentemente, annulla i provvedimenti in epigrafe, agli effetti indicati in motivazione.

Spese di lite compensate.

Contributo unificato a carico del Comune di Marmirolo.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2012 con l’intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente, Estensore

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2012

IL SEGRETARIO

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