



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE  
SICILIANA**

**in sede giurisdizionale**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 534 del 2013, proposto da:  
I.C.M. Impresa Costruzioni Moderne S.r.l., in persona del legale rappresentante,  
rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Cristina Lenoci, con la medesima  
elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Caterina Giunta Leone in  
Palermo, via N. Morello 20;

***contro***

Leenker S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa  
dall'avvocato Paolo Starvaggi, con il medesimo elettivamente domiciliata presso lo  
studio dell'avvocato Calogero Lo Re in Palermo, via Principe di Villafranca 46;

***nei confronti di***

Assessorato regionale delle infrastrutture e mobilità della Regione siciliana, in  
persona dell'Assessore *pro tempore*, ed Ufficio regionale per l'espletamento della  
gare di appalto (UREGA), in persona del legale rappresentante, rappresentati e  
difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via

R.U.P. Ing. Vincenzo Di Rosa, Mersi S.r.l., non costituitisi;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. SICILIA - PALERMO: SEZIONE II n. 00992/2013, resa tra le parti, concernente appalto per la realizzazione di opere di regimazione idraulica in c/da Belmonte Chiavelli nei Comuni di Palermo e Belmonte Mezzagno.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Leenker S.r.l., Assessorato regionale infrastrutture e mobilità e U.R.E.G.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2013 il Cons. Silvia La Guardia e uditi per le parti gli avvocati M. C. Lenoci, P. Starvaggi e l'avv. dello Stato Mango;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La I.C.M. Impresa Costruzioni Moderne s.r.l. (nel prosieguo "I.C.M.") ha impugnato la sentenza, di estremi specificati in epigrafe, con la quale il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia ha accolto il ricorso proposto in primo grado dalla Leenkere s.r.l. per l'annullamento:

- dei verbali di gara di cui al pubblico incanto indetto dall'Assessorato delle infrastrutture, della mobilità e dei trasporti per l'affidamento di lavori di regimazione idraulica in c/da Belmonte Chiarelli nei Comuni di Palermo e Belmonte Mazzagno, nella parte in cui non è stata esclusa dalla gara la ditta Mersi s.r.l.;

- degli atti connessi e consequenziali tra cui, in particolare, la nota di determina di aggiudicazione definitiva n. 14100 del 21.9.2012.

Il T.a.r. ha preso in considerazione la censura con la quale la ricorrente deduceva, in sintesi: - che la documentazione a corredo dell'offerta della società Mersi s.r.l. era stata sottoscritta da soggetto privo di potere di rappresentanza e che, pertanto, detta società doveva essere esclusa; - che la mancata esclusione della stessa aveva determinato l'alterazione della media delle offerte, la quale aveva determinato, a sua volta, un erroneo esito delle operazioni di aggiudicazione; - che in mancanza dell'offerta in questione la gara sarebbe stata aggiudicata in suo favore e, pertanto, illegittimamente la Stazione appaltante aveva disposto l'aggiudicazione in favore della I.C.M. anziché della ricorrente stessa.

Il giudice di primo grado, dopo aver rilevato che dagli atti di causa emergeva che tutta la documentazione a corredo dell'offerta della società Mersi s.r.l. erano state sottoscritte da un soggetto che alla data della sottoscrizione (27 febbraio 2012) non rivestiva più la carica di amministratore unico della predetta società, ha ritenuto: a) che non poteva essere invocato il principio della *prorogatio* dei poteri, in quanto alla data di sottoscrizione dell'offerta il nuovo amministratore unico era già in carica (come rilevabile dal dimesso verbale di assemblea); b) che non valeva rilevare che gli oneri e le responsabilità connessi alla qualità di amministratore non si perdono fino a quando l'atto con il quale viene nominato il nuovo amministratore non divenga opponibile ai terzi, in quanto *“l'art. 2193 c.c. si limita a stabilire che l'inopponibilità ai terzi degli atti non pubblicati non può essere fatta valere esclusivamente da chi è obbligato a provvedere alla pubblicazione, restando pertanto impregiudicata la possibilità della ricorrente – che tale obbligo non aveva – di opporre alla stazione appaltante, e a qualsiasi altro “terzo”, la intervenuta cessazione della carica di Amministratore Unico (della società Mersi) del soggetto che, pur in carenza di potere, aveva sottoscritto le dichiarazioni in asserita rappresentanza della stessa.”*; c) che, essendo la Stazione appaltante stata informata

della circostanza prima della pronuncia dell'aggiudicazione definitiva, non vi era *“ragione per ritenere che quest'ultima non avesse il ben preciso obbligo di escludere la valenza delle dichiarazioni sottoscritte da chi non era più in carica”*; d) che era indiscusso che, in mancanza dell'offerta della società Mersi , la ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria; e) che, pertanto, la condotta dell'amministrazione risultava illegittima.

L'appellante denuncia l'ingiustizia e l'erroneità, in rito e nel merito, della sentenza gravata, deducendo, in sintesi:

1)- l'inammissibilità del ricorso di primo grado a) per mancata impugnazione del provvedimento con cui la Stazione appaltante ha fatto propri i verbali dell'Urega e proceduto all'aggiudicazione dell'appalto, non valendo al riguardo i riferimenti generici contenuti nell'epigrafe del ricorso ai verbali di gara nella parte in cui non viene esclusa la società Merzi e b) per intervenuta cristallizzazione delle operazioni matematiche che hanno condotto all'individuazione della soglia di anomalia, desumibile dal disposto dell'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 163/2006, che circoscrive la possibilità di rideterminazione della soglia di anomalia al solo caso in cui i concorrenti sorteggiati nonché l'aggiudicatario ed il secondo classificato non siano in grado di fornire la prova delle loro dichiarazioni, tenuto conto delle esigenze di speditezza della procedura e della rigida separazione tra fase di verifica dei requisiti di ammissibilità alla gara e fase di valutazione delle offerte; si soggiunge che alla data di proposizione del ricorso l'offerta della Mersi era già stata estromessa dalla Stazione appaltante, in quanto recante un ribasso superiore alla soglia di anomalia;

2)- l'omessa pronuncia sull'eccezione di inammissibilità del ricorso, per carenza di interesse, dedotta in primo grado sull'assunto che la stessa Leenker s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la sua offerta e quella della Mersi sr.l. sarebbero in realtà imputabili ad un unico centro decisionale, come denotato da una serie di indizi univoci e concordanti;

3)- la piena ammissibilità dell'offerta della Mersi s.r.l., sostenendo, con richiamo agli artt. 2385 c.c. e 11 d.P.R. n. 581/1995 (recante il regolamento in materia di istituzione del registro delle imprese), che sino all'iscrizione nel registro delle imprese, la variazione dell'organo amministrativo non è opponibile a terzi, restando, quanto agli effetti, *tamquam non esset* e che, dunque, ai fini dell'ostensibilità della cessazione dalla carica di amministratore di una società non conta il momento in cui la stessa è stata deliberata dall'assemblea dei soci ma quello in cui la cessazione si è perfezionata. Nella specie le dimissioni dalla carica di amministratore unico del sig. Francesco Testa, firmatario dell'offerta della Mersi s.r.l., comunicate alla Camera di Commercio in data 20.3.2012 e pubblicizzate dal Registro delle Imprese il 5.4.2012, quindi dopo la presentazione dell'offerta, avvenuta il 27.2.2012, non erano in grado di scalfire sul piano della validità e degli effetti gli obblighi dal medesimo assunti con detta offerta.

Si sono costituiti l'Assessorato regionale infrastrutture e mobilità e l'Urega, quest'ultimo preliminarmente chiedendo la propria estromissione dal giudizio, e sostengono l'erroneità della sentenza di primo grado, di cui chiedono la riforma nel senso della reiezione *in toto* del ricorso di primo grado.

Si è, altresì, costituita la Leenker s.r.l., la quale, senza riproporre le censure dichiarate assorbite, chiede la reiezione dell'appello, alle cui tesi obietta, in sintesi:

1)- che la determina di aggiudicazione definitiva prot. n. 14100 del 21 settembre 2012 emessa dal R.u.p. dell'Urega, espressamente ed analiticamente impugnata in primo grado, reca in calce il visto "*si approva*" apposto dalla stazione appaltante, con la conseguenza che il provvedimento della stazione appaltante, in concreto "inglobato", è stato anch'esso ritualmente impugnato;

2)- che la tesi secondo la quale non sarebbe consentito un nuovo ricalcolo della soglia di anomalia, per essersi cristallizzati i calcoli ed esser la Mersi stata estromessa per superamento della soglia di anomalia, è stata introdotta in grado di

appello in violazione dell'art. 104 c.p.a. ed è, comunque, infondata, in quanto l'invocato art. 48, comma 2, codice dei contratti pubblici afferisce a fase dell'aggiudicazione dell'appalto successiva a quella di determinazione della soglia di anomalia, censurata dalla Leenker, e non è pertinente nella presente fattispecie;

3)- che l'eccezione di sussistenza di indici di collegamento tra le due imprese Mersi e Leenker, ora riproposta, era tesa nella sostanza a far valere una causa di esclusione della ricorrente in primo grado, da addursi con rituale ricorso incidentale da parte dell'odierna appellante e correttamente non è stata presa in considerazione dal T.a.r.;

4)- che la pronuncia di primo grado è pienamente condivisibile in quanto solo alla Mersi, in quanto obbligata a richiederne l'iscrizione, era inibito opporre a terzi la cessazione dalla carica del proprio amministratore, avvenuta il 24 febbraio 2012, non ancora registrata, mentre la Leenker ben poteva opporre alla stazione appaltante la carenza di potere in capo al sottoscrittore dell'offerta economica, di data 27 febbraio 2012, e l'amministrazione, attesa la natura dichiarativa e non costitutiva della pubblicità relativa a eventi societari, avrebbe dovuto tenerne conto; per di più, nella fattispecie, il soggetto cessato ricopriva anche la carica di direttore tecnico, con la conseguenza che, al momento di sottoscrizione dell'offerta, la Mersi s.r.l. difettava di una figura obbligatoria per il tipo di lavori oggetto della gara di appalto, con la conseguenza che la stessa l'attestazione SOA allegata all'offerta, nella quale si indicava quale direttore tecnico il sig. Testa, non poteva più considerarsi valida.

L'appellante replica alle deduzioni dell'appellata, in particolare segnalando la novità delle questioni sollevate nella relativa memoria a pagg. 16 e ss (circa la figura del direttore tecnico) e dichiarando di non accettare il contraddittorio al riguardo.

La causa, dopo accoglimento con ordinanza 21 giugno 2013, n. 616 dell'istanza cautelare, è stata posta in decisione all'udienza del 17 ottobre 2013.

II. - Il Collegio ritiene che l'appello merita accoglimento, quanto alla critica di ordine sostanziale, cui ha aderito la difesa dell'amministrazione, potendosi quindi dichiarare assorbiti gli ulteriori motivi di appello, attinenti gli stessi presupposti processuali dell'azione esperita in primo grado.

Il T.a.r. ha annullato l'aggiudicazione dell'appalto alla I.C.M. sul presupposto dell'illegittimità della mancata esclusione dalla gara di un terzo soggetto partecipante (Mersi s.r.l.), la cui offerta era stata calcolata per la determinazione della soglia di anomalia; esclusione che avrebbe dovuto essere disposta allorchè la stazione appaltante apprese, a seguito di segnalazione presentata dopo l'aggiudicazione provvisoria ma prima dell'aggiudicazione definitiva da parte dall'impresa seconda classificata, che alla data di sottoscrizione dell'offerta della Mersi, il 27 febbraio 2012, il soggetto firmatario non era più il legale rappresentante della società stessa, per intervenuta cessazione, il 24 febbraio 2012, dalla carica di amministratore, contestualmente assunta da altro soggetto.

Con il ricorso di primo grado era stato infatti contestato che la circostanza che il sig. Testa, al momento della sottoscrizione della domanda di partecipazione alla gara, non avesse più veste di legale rappresentante della società Mersi s.r.l. determinava un insanabile vizio della volontà di impegnare la società nei confronti della amministrazione precedente. In memoria, confrontandosi con la motivazione della pronuncia cautelare, incentrata sul rilievo che gli oneri e le responsabilità connessi alla qualità di amministratore non si perdono sino a quando l'atto con cui viene nominato il nuovo amministratore non divenga opponibile ai terzi ed anche eventuali carenze di potere non sono opponibili ai terzi fino a quando non vengono rese pubbliche, il ricorrente aveva rimarcato che l'inopponibilità della cessazione dalla carica sociale riguarda la società tenuta a richiederne l'annotazione nel registro delle imprese ma non soggetti terzi, quale era appunto la Leeenker, che ben possono far valere il difetto di potere di rappresentanza.

La tesi condivisa dal Tar nella sentenza gravata non risulta persuasiva.

Il Collegio reputa che debba assumersi quale momento rilevante quello della presentazione della domanda di partecipazione e come parametro di riferimento l'iscrizione "vigente" a quel momento, stante l'opponibilità ai terzi delle variazioni dei poteri di rappresentanza della persona giuridica solo ove iscritta nel registro delle imprese.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 2383, comma 4, 2385, comma 3, e 2193 c.c., l'iscrizione nel registro delle imprese della nomina e della cessazione degli organi societari, pur avendo efficacia dichiarativa e non costitutiva, nel senso che l'avvicendamento degli organi sociali è valido ed efficace sin dal momento dell'adozione della delibera dell'assemblea, determina il momento in cui l'evento societario diviene opponibile ai terzi di buona fede, quale era all'epoca della presentazione dell'offerta la stazione appaltante, rendendo possibile controllare, usando l'ordinaria diligenza, l'esistenza dell'altrui potere rappresentativo e così inapplicabile il principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento, che trae origine da un'incolpevole aspettativa del terzo di fronte ad una situazione ragionevolmente attendibile, anche se non conforme alla realtà, non altrimenti accertabile se non attraverso le sue manifestazioni esteriori.

Tenuto conto che l'iscrizione nel registro delle imprese dell'avvicendamento degli amministratori della società Mersi s.r.l. è stata effettuata in data 5 aprile 2012, alla data di presentazione dell'offerta della Mersi, il 27.2.2012, la sottoscrizione apposta dall'amministratore unico uscente sig. Testa era, dunque, pienamente idonea ad impegnare validamente la società.

Rimane, quindi, privo di rilievo, sul piano della rappresentanza della società partecipante alla gara, il fatto che solo successivamente alla presentazione della relativa offerta l'avvenuta cessazione e sostituzione del suo amministratore unico sia stata annotata nel registro delle imprese e, in un momento ulteriormente

posteriore, detta cessazione sia stata segnalata alla stazione appaltante da parte della Leenker; in particolare, tale segnalazione altro non comporta che l'effettiva conoscenza, aggiuntiva alla conoscibilità già determinata dall'iscrizione nel registro delle imprese, degli eventi societari, ossia il venir meno di quell'ignoranza-buona fede, comunque non più opponibile dopo l'iscrizione (art. 2193, comma 2, cod. civ.). Non giova, quindi, all'appellata, considerata la concreta scansione temporale, valorizzare la distinzione tra opponibilità della cessazione dell'amministratore unico da parte della società e da parte di altri soggetti.

Non possono, invece, essere prese in considerazione contestazioni non sollevate col ricorso di primo grado, quali quelle relative alla figura del direttore tecnico, che in detto grado affiora per la prima volta nella memoria, non notificata.

La mancata riproposizione nei termini di legge dei motivi assorbiti in prime cure impedisce la cognizione delle ulteriori doglianze articolate col ricorso di primo grado (art. 101, comma 2, cod. proc. amm.).

L'appello deve, in definitiva, essere accolto con conseguente riforma della sentenza appellata e reiezione del ricorso di primo grado, previa estromissione dell'Urega per carenza di legittimazione passiva, secondo il costante orientamento di questo Consiglio (cfr., fra le molte, le sentenze 29 aprile 2013, n. 414; 20 dicembre 2012, n. 1236; 2 gennaio 2012, n. 13)

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello n. 534 del 2013 lo accoglie e in riforma della sentenza impugnata dichiara il difetto di legittimazione passiva dell'Urega e respinge il ricorso di primo grado

Condanna la Leenker s.r.l. a rifondere alla società appellante e all'amministrazione regionale le spese del doppio grado di giudizio, che liquida, per ciascuna parte, in complessivi € 4.000,00 (quattromila) oltre i.v.a. e c.p.a., nonché il contributo unificato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Maria De Lipsis, Presidente

Ermanno de Francisco, Consigliere

Silvia La Guardia, Consigliere, Estensore

Giuseppe Mineo, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/12/2013

IL SEGRETARIO

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