

L'imparzialità e la trasparenza delle operazioni di gara, sottese all'art. 84 - comma 10 - del D. Lgs. 163/2006, si riferiscono all'integrità della Commissione giudicatrice e non alla designazione di un singolo membro di essa, sebbene individuato come pre

di Rita Maiolo

Data di pubblicazione: 15-9-2016

In ossequio alla tutela del libero esercizio dell'attività economica d'impresa, è consentito ritenere che il risarcimento dei danni in favore della società, con rinuncia all'esercizio dell'azione di responsabilità civile nei confronti dell'amministratore cessato dalla carica, la nomina di un nuovo C.D.A. ed infine l'elevazione del *quorum* di validità delle votazioni costituiscano misure adeguate a testimoniare la "completa ed effettiva" – qualificazioni espressamente previste all'art. 38, comma 1, lett c) d.lgs. n. 163/2006 – volontà della compagine sociale, strutturata a base familiare, di dissociarsi dalla condotta illecita dell'ex amministratore senza, al contempo, pregiudicare irrimediabilmente la continuità dell'attività d'impresa. (1)

L'art. 84, comma 10 del d.lgs. n. 163/2006 è dirimente nel proprio dato testuale: "la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte"; ciò significa che l'organo nel *plenum* di collegio perfetto – e non la designazione di un singolo membro, ancorché individuato in ipotesi quale presidente – deve essere costituito dopo la presentazione delle offerte e, nello stesso tempo, a monte, devono essere nominati i commissari chiamati a farne parte.

L'imparzialità e la trasparenza delle operazioni di gara, presidiati dalla norma richiamata, vanno per l'appunto riferiti all'organo in quanto tale che decide nell'integrità dei suoi membri componenti. In definitiva, la designazione di un singolo membro è un atto prodromico di carattere preparatorio, privo di efficacia esterna, mentre la nomina della commissione, con effetti costitutivi dell'organismo collegiale, risulta intervenuta, in conformità alla legge regolatrice della materia, in un turno di tempo posteriore alla presentazione delle offerte. (2)

(1) Conforme Consiglio di Stato, sez. V, del 10 agosto 2016, n. 3577; Consiglio di Stato, sez. V, del 15 marzo 2016, n. 1024.

(2) Conforme Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013 n. 13; Consiglio di Stato, sez. V, 22 marzo 2011, n. 1784; Tar Piemonte, sez. I, 16 giugno 2011, n. 626

Guida alla lettura

La decisione riportata affronta due questioni non connesse tra loro:

a) quali siano le cautele che un'impresa può adottare per dimostrare "*che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata*" di uno dei soggetti che si trovi nelle condizioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del D. Lgs. 163/2006;

b) quale sia la corretta cornice interpretativa in cui inquadrare il disposto dell'art. 84, comma 10, del Codice del 2006.

La prima tematica, oggetto del ricorso incidentale, sebbene non costituisca il cuore della pronuncia, offre tuttavia l'opportunità al Collegio di richiamare **alcune misure che vengono unanimemente considerate**, in sede pretoria, **come prova della "completa ed effettiva dissociazione" dalla condotta penalmente sanzionata di un ex amministratore societario**, così come testualmente previsto dalla lett. c), comma 1, dell'art. 38 del "vecchio" Codice. Nel dettaglio, le precauzioni adottate dall'impresa e condivise dalla Sezione si mostrano idonee - da un lato - a testimoniare una "presa di distanze" dall'operato illecito addebitabile al soggetto in questione e - dall'altro lato - a garantire la continuità dell'attività imprenditoriale, senza comprometterla. Ne consegue la reiezione del ricorso incidentale teso ad escludere dalla gara l'appellante principale e, quindi, esaminato con priorità logico - giuridica in base alla coordinate ermeneutiche fornite dalla Ad. Plen. n. 9 del 2014.

La seconda problematica, censurata con motivi aggiunti al ricorso principale, rappresenta, invece, il fulcro della decisione in commento. L'attenzione della Quinta Sezione si focalizza sul tenore testuale del comma 10 dell'art. 84 del Codice del 2006, data la sua portata dirimente secondo cui: "**la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte**". Orbene, dalla lettura della norma il Giudice d'appello desume **senza ombra di dubbio che il destinatario della stessa è "l'organo nel plenum di collegio perfetto"**, non la designazione di un singolo membro sebbene identificato come presidente (circostanza verificatasi nella fattispecie).

Invero, se **la ratio della disposizione richiamata si rinviene nell'imparzialità e nella trasparenza poste a presidio delle operazioni di gara**, è evidente che essa non può che riferirsi all'organo collegiale che decide nell'integrità dei suoi membri componenti. In altri termini, l'intento della norma è quello di **impedire che la conoscenza anticipata, da parte dei concorrenti, dei membri della commissione giudicatrice possa falsare l'intera procedura di evidenza pubblica**, influenzando sia (a monte) la decisione di partecipare o meno alla gara, sia (a valle) la concreta predisposizione delle offerte.

A fortiori, i Giudici di Palazzo Spada richiamano poi l'orientamento giurisprudenziale maturato sul punto, il quale perimetra l'ambito di applicazione della norma alle ipotesi di "*nomina della*

commissione giudicatrice” e/o, alternativamente, “*nella nomina dei componenti della commissione di gara*” che devono verificarsi in un lasso temporale successivo alla presentazione delle offerte, giammai nella **designazione di un membro** di essa. Quest’ultimo provvedimento, in particolare, è da considerarsi “**un atto prodromico di carattere preparatorio, privo di efficacia esterna**”; viceversa, **la nomina della commissione giudicatrice nel suo complesso costituisce un adempimento ex se idoneo ad esplicare effetti costitutivi dell’organismo collegiale**, che nel caso di specie risulta peraltro intervenuto in un momento posteriore alla presentazione delle offerte, in ossequio a quanto previsto dal suddetto art. 84, comma 10.

Conclusivamente, si segnala che il **nuovo Codice dei Contratti Pubblici** (D. Lgs. n. 50 del 2016) **non ha apportato variazioni al tenore testuale della disposizione** testé analizzata. Tale identità contenutistica, oggi trasfusa nel **comma 7 dell’art. 77** rubricato “Commissione di aggiudicazione”, conferma, dunque, la perdurante validità delle riflessioni compiute in sede pretoria sulla questione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2024 del 2016, proposto da:
Bergamelli s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall’avvocato Massimo Giavazzi C.F. GVZMSM64S09A794A, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso il Cons. di Stato Segreteria in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

contro

Serio Servizi Ambientali s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Yvonne Messi C.F. MSSYNN53L44Z133R, Goffredo Gobbi C.F. GBBGFR45B11F051A, con domicilio eletto presso Goffredo Gobbi in Roma, via Maria Cristina 8;

nei confronti di

A.V.R. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Vagnucci C.F. VGNFNC71S12H501P e Arturo Cancrini C.F. CNCRTR55C13H501S, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo 101;

Te.K.Ra.s.r.l. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 01726/2015, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di raccolta, trasporto, smaltimento rifiuti e igiene urbana

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Serio Servizi Ambientali s.r.l. e di A.V.R. s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2016 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Massimo Giavazzi, Goffredo Gobbi e Francesco Vagnucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Bergamelli s.r.l. ha impugnato gli atti della procedura selettiva indetta da Serio Servizi Ambientali s.r.l., società *in house*, per l'aggiudicazione del servizio triennale di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti e d'igiene urbana nei comuni di Alzano Lombardo, Nembro, Pradalunga, Ranica e Villa di Serio.

A fondamento del gravame ha dedotto, in considerazione della composizione della Commissione di gara, la violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006; l'irregolare valutazione delle offerte; l'omessa esclusione delle offerte presentate rispettivamente dall'aggiudicataria e dalla seconda classificata.

2. Si sono costituiti in giudizio Serio Servizi Ambientali s.r.l., stazione appaltante, Tek.r.a. s.r.l., seconda classificata, e A.V.R. s.p.a, prima classificata all'esito della procedura di gara, che ha proposto, a sua volta, ricorso incidentale sul rilievo dell'assenza in capo alla ricorrente del

requisito della moralità professionale, tale da dover comportare, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006, l'esclusione dalla gara.

3. Con motivi aggiunti, la società ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 84, comma 10, del d.lgs. n. 163/2006 sul profilo che il presidente della Commissione di gara, designato a nominare gli altri membri del collegio giudicante, sarebbe stato nominato prima della pubblicazione del bando.

4. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata Brescia, sez. II, dichiarato infondato il ricorso incidentale, respingeva il gravame.

Rilevavano i giudici di prime cure che: quanto alle questioni dedotte con il ricorso incidentale, sussistevano i presupposti di fatto e di diritto integranti la condotta dissociativa della società rispetto alla comportamento illecito imputabile all'amministratore cessato dalla carica; quanto al ricorso principale, la Commissione era stata regolarmente composta, i verbali davano conto della corretta assegnazione dei punteggi e le offerte presentate dalle imprese prima e seconda classificate nella graduatoria di gara erano conformi alla *lex specialis*; inoltre il presidente della Commissione era stato designato e non nominato prima della pubblicazione del bando.

5. Appella la sentenza Bergamelli s.r.l. Resistono Serio Servizi Ambientali s.r.l. e A.V.R. s.p.a, che a sua volta appella il capo di sentenza che ha respinto il ricorso incidentale.

Alla pubblica udienza del 14.07.2016 la causa, su richiesta delle parti, è trattenuta in decisione.

6. Nell'economia del decidere ha priorità logico giuridica (cfr. Cons. Stato, ad plen. 25 febbraio 2014 n. 9) l'esame dell'appello incidentale con quale si deduce l'errore di giudizio in cui sarebbero incorsi i giudici di prime cure nel respingere le censure proposte avverso l'ammissione alla procedura di gara della ricorrente, appellante principale.

Lamenta A.V.R. s.p.a che la condotta assunta dalla società non configurerebbe un'autentica dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata del suo amministratore cessato dalla carica nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando, condannato con sentenza passata in giudicato per reato in materia ambientale.

7. L'appello è infondato.

Oltre ad essersi dimesso dalla carica sociale e ad aver corrisposto 20.000 euro a titolo di ristoro dei danni sofferti dalla società, l'(ex)amministratore, a seguito della nomina del un nuovo consiglio d'amministrazione e dell'elevazione del *quorum* delle votazioni al 65%, non riveste all'interno della società alcuna posizione dominante.

La ristretta base sociale del capitale di carattere familiare (di cui il 60% posseduto dall'ex amministratore e il residuo 40% ripartito, in parti uguali, fra i tre figli) non denota *ex se*, contrariamente a quanto dedotto nel motivo d'appello, "l'innegabile continuità fra vecchia e nuova gestione della società".

Viceversa, in ragione della tutela del libero esercizio dell'attività economica d'impresa, semmai consente di ritenere che il risarcimento dei danni in favore della società, con rinuncia all'esercizio dell'azione di responsabilità civile nei confronti dell'amministratore cessato dalla carica, la nomina di un nuovo C.D.A. ed infine l'elevazione del *quorum* di validità delle votazioni siano misure adeguate a testimoniare la "completa ed effettiva" – qualificazioni espressamente previste all'art. 38, comma 1, lett c) d.lgs. n. 163/2006 – volontà della compagine sociale, strutturata a base familiare, di dissociarsi dalla condotta illecita dell'ex amministratore senza, al contempo, pregiudicare irreparabilmente la continuità dell'attività d'impresa.

8. Con l'unico motivo d'appello, Bergamelli s.r.l. deduce l'errore di giudizio in cui sarebbe incorso il T.A.R. lombardo nel respingere la censura proposta con motivi aggiunti avverso il provvedimento di nomina del presidente della Commissione di gara, adottato (d. 23.03.2015) dal Consiglio d'amministrazione della stazione appaltante, in violazione dell'art. 84, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006, prima della pubblicazione del bando di gara.

Il motivo è infondato.

Al di là della questione dell'ammissibilità della censura dedotta senza impugnare la deliberazione del consiglio d'amministrazione che ha designato il presidente della Commissione di gara, è dirimente il dato testuale: "la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte" recita l'art. 84, comma 10 del d.lgs. n. 163/2006.

Vale a dire che l'organo nel *plenum* di collegio perfetto – e non la designazione di un singolo membro ancorché individuato in ipotesi quale presidente – deve essere costituito dopo la presentazione delle offerte e, nello stesso tempo, a monte, devono essere nominati i commissari chiamati a farne parte.

L'imparzialità e la trasparenza delle operazioni di gara, presidiati dalla norma richiamata, vanno per l'appunto riferiti all'organo in quanto tale che decide nell'integrità dei suoi membri componenti.

È significativo al riguardo richiamare l'orientamento della giurisprudenza su punto che circoscrive l'ambito precettivo della norma "nella nomina della commissione giudicatrice" e/o, alternativamente, "nella nomina dei componenti della commissione di gara" dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, giammai nella designazione di un membro di essa (cfr., rispettivamente, Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2011 n. 1784; Cons. Stato, ad. plen., 7 maggio 2013 n. 13).

La designazione di un singolo membro è, in definitiva, un atto prodromico di carattere preparatorio, privo di efficacia esterna, mentre la nomina della commissione, con effetti costitutivi dell'organismo collegiale, risulta intervenuta, in conformità alla legge regolatrice della materia, in un turno di tempo posteriore alla presentazione delle offerte.

9. Conclusivamente gli appelli incidentale e principale devono essere respinti.

10. La parziale soccombenza reciproca giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, principale ed incidentale li dichiara infondati e, per l'effetto, respinge il ricorso.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore