

## **La sottoscrizione dell'offerta effettuata dall'amministratore cessato non può essere ratificata dai nuovi amministratori.**

*di Margherita Conte*

*Data di pubblicazione: 3-11-2020*

*Gli amministratori di una società di capitali conservano la rappresentanza legale della stessa fino alla nomina e all'accettazione formalizzata dell'incarico da parte dei nuovi amministratori (art. 2385 c.c.). Pertanto, fino al momento in cui non si perfeziona la nuova nomina, i precedenti amministratori possono porre in essere tutti gli atti di gestione ordinaria dell'impresa, ivi inclusi quelli funzionali alla partecipazione ad una gara pubblica.*

*Nelle procedure di gara ad evidenza pubblica; l'offerta sottoscritta da amministratore ormai privo di rappresentanza legale non può essere ratificata in quanto in contrasto con i principi della par condicio fra i concorrenti e dell'affidamento della stazione appaltante la quale deve poter accertare sin dal momento dell'esame delle offerte la serietà e la validità dell'impegno di ciascuna di esse. Infatti, il principio della par condicio prevale sul dovere di quest'ultima di consentire la regolarizzazione dei documenti presentati dai concorrenti.*

Per costante giurisprudenza amministrativa, l'istituto civilistico della ratifica non opera nella procedura di gara ad evidenza pubblica; ciò in quanto nei procedimenti di gara ad evidenza pubblica la valenza sanante della ratifica del provvedimento sottoscritto da soggetto privo di rappresentanza legale va coordinata con le regole di diritto pubblico sui contratti della Pubblica amministrazione e, in particolare, con i principi della *par condicio* fra i concorrenti (in tema di presentazione delle offerte e della relativa documentazione) e dell'affidamento della stazione appaltante, che deve poter accertare sin dal momento dell'esame delle offerte la serietà e la validità dell'impegno di ciascuna di esse; di conseguenza il bilanciamento fra il dovere di quest'ultima di consentire la regolarizzazione dei documenti presentati dai concorrenti ed il principio della *par condicio* comporta che non è possibile qualunque integrazione della documentazione.

Né è rilevante la mancata iscrizione nel registro delle imprese della nomina del nuovo amministratore la quale non ha efficacia costitutiva ma meramente dichiarativa, rilevando ai soli fini dell'opponibilità ai terzi della vicenda societaria oggetto di iscrizione e non ai fini della produzione degli effetti giuridici della vicenda stessa. Questi ultimi scaturiscono direttamente e immediatamente dalla manifestazione negoziale contenuta nella delibera assembleare. Invero, l'iscrizione rappresenta una forma di pubblicità legale, ha ad oggetto una manifestazione negoziale già perfezionata e già produttiva di effetti, e risponde all'esclusiva finalità di preconstituire una presunzione *iuris et de iure* di conoscenza dell'evento societario da parte dei terzi, precludendo a costoro la possibilità di eccepire di averne ignorato in buona fede l'esistenza.

Peraltro, la sottoscrizione dell'offerta da parte dell'amministratore cessato configura profili di non veridicità per la spendita di falsi poteri rappresentativi, tali da giustificare anche l'applicazione della causa di esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto dell'operatore economico per presentazione di documentazione o dichiarazioni non veritiere (art. 80, comma 5, lett. f *bis*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

Pubblicato il 30/10/2020

N. 00749/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00350/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 350 del 2020, proposto da

Soc. Ecoteam S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria ex lege in Brescia, via S. Caterina, 6;

nei confronti

Società Easy Clean G.S. S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a – del verbale di gara prot. n. 55141 del 28.05.2020 con il quale la Prefettura di Bergamo ha disposto la esclusione della Ecoteam Srl dalla procedura indetta per l'affidamento del "servizio di pulizia dei locali in uso alla Questura ed agli altri Organismi della Polizia di Stato di

Bergamo e provincia per l'anno 2020";

b – della nota prot. n. 545644 del 27.05.2020, con la quale la Prefettura di Bergamo, in riscontro ai chiarimenti forniti dalla Società Ecoteam Srl, ha comunicato la esclusione della ricorrente dalla procedura controversa;

c – della nota prot. n. 52308 del 18.05.2020, con la quale la Prefettura di Bergamo ha richiesto chiarimenti in relazione al cambio di Amministratore della Soc. Ecoteam Srl;

d – della nota prot. n. 56435 del 04.06.2020, con la quale la Prefettura di Bergamo ha comunicato alla Società ricorrente, ai sensi dell'art. 76 D. Lgs. 50/2016, l'avvenuta aggiudicazione della procedura, in favore della Società Easy Clean Srl;

e – della nota prot. n. 56053 del 06.06.2020, con la quale la Prefettura ha disposto l'aggiudicazione della procedura controversa,

f – della nota prot. n. 57006 del 05.06.2020, con la quale la Prefettura di Bergamo ha trasmesso segnalazione all'ANAC, ai sensi dell'art. 80 comma 12, D. Lgs. 50/2016;

g – di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali.

nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 c.p.a. alla aggiudicazione dell'appalto, con eventuale declaratoria di inefficacia del contratto, nelle more eventualmente stipulato e subentro nell'affidamento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2020 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con lettera di invito del 2 dicembre 2019, la Prefettura di Bergamo ha avviato una procedura di gara per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali in uso alla Questura e agli altri organismi della Polizia di Stato di Bergamo e provincia per l'anno 2020.

2. Entro il termine di presentazione delle offerte, fissato al 15 gennaio 2020, sono pervenute le offerte di tre operatori, tutti ammessi alla fase della valutazione delle offerte:

– Adler System Service s.r.l. di Treviglio (BG);

– Easy Clean G.S. s.r.l. di Sesto San Giovanni (MI);

– Ecoteam s.r.l. di Salerno.

3. All'esito della valutazione delle offerte, è stata stilata la graduatoria provvisoria, che ha visto collocarsi al primo posto la società Ecoteam s.r.l. con punti 94,09; al secondo posto la società Adler System Service s.r.l. con punti 86,00; al terzo posto la società Easy Clean G.S. s.r.l. con punti 80,09.

4. Le prime due offerte, risultate anomale, sono state sottoposte a verifica di congruità, con richiesta di chiarimenti e di giustificazioni; all'esito di tale verifica, entrambe sono state escluse dalla procedura di gara e quindi, con decreto prefettizio comunicato il 4 giugno 2020, l'appalto è stato aggiudicato alla terza classificata Easy Clean G.S. s.r.l. per un prezzo annuo di € 72.375,00 oltre IVA.

5. In particolare, l'esclusione di Ecoteam s.r.l. è stata disposta con provvedimento prefettizio del 27 maggio 2020 sul rilievo che:

– nell'ambito delle verifiche inerenti la congruità dell'offerta, la stazione appaltante ha accertato che l'offerta di Ecoteam è stata sottoscritta in data 14 gennaio 2020 dalla dottoressa Micaela Napoletano, nella dichiarata qualità di legale rappresentante, presidente del consiglio di amministrazione e direttore tecnico della società, mentre invece, già a far data dal 1 gennaio 2020, la medesima non ricopriva più alcun ruolo all'interno della società, dal momento che con verbale del 31 dicembre 2019 l'assemblea dei soci aveva deliberato la sostituzione dell'amministratore; né risultava conferita alla dottoressa Micaela Napoletano alcuna procura a sottoscrivere l'offerta;

– la sottoscrizione dell'offerta da parte di un soggetto privo dei poteri di rappresentanza determina la carenza di un requisito essenziale dell'offerta, venendo a mancare la necessaria dichiarazione negoziale volta alla costituzione del rapporto giuridico con la stazione appaltante; tale carenza non è sanabile mediante soccorso istruttorio e va sanzionata con l'esclusione del concorrente ai sensi dell'articolo 83 comma 9 del d. lgs. n. 50/2016, vertendo su una carenza essenziale dell'offerta;

– a nulla rileva la ratifica dell'operato dell'amministratore cessato da parte dell'assemblea dei soci con verbale del 18 marzo 2020, dal momento che l'istituto della ratifica di cui all'art. 1399 c.c. non è applicabile alle procedure di evidenza pubblica.

6. Con lo stesso provvedimento, la stazione appaltante ha ritenuto sussistente anche il motivo di esclusione di cui all'art. 80 comma 5 lett. f-bis) d. lgs. n. 50/2016, sul rilievo che, per le stesse ragioni sopra esposte, la documentazione presentata in gara da Ecoteam conteneva "dichiarazioni non veritiere", avendo la signora Napoletano dichiarato di agire e di sottoscrivere l'offerta in qualità di legale rappresentante, presidente del consiglio di amministrazione e direttore tecnico della società, pur essendo in realtà cessata da tali incarichi in data antecedente alle dichiarazioni in discorso.

7. In relazione a quest'ultimo profilo, con nota del 5 giugno 2020 la Prefettura ha trasmesso comunicazione dell'esclusione all'ANAC, ai sensi dell'art. 80 comma 12 d. lgs. 50/2016.

8. Con ricorso notificato il 26 giugno 2020 e depositato il 3 luglio 2020, la società Ecoteam s.r.l. ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara e la nota di comunicazione all'ANAC, nonché l'atto di aggiudicazione dell'appalto ad Easy Clean G.S. s.r.l., e ne ha chiesto l'annullamento previa sospensione incidentale, con il conseguente accertamento del proprio diritto all'aggiudicazione dell'appalto previa eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more stipulato.

In punto di fatto, la parte ricorrente ha premesso che al momento della presentazione della propria offerta, avvenuta il 14 gennaio 2020, l'amministratore unico della società era ancora la signora Micaela Napoletano, dal momento che la sostituzione di tale amministratore, benchè deliberata dall'assemblea dei soci in data 31 dicembre 2020, non era stata ancora annotata nel registro delle imprese; l'annotazione nel registro delle imprese è avvenuta soltanto successivamente, in data 4 marzo 2020, circostanza di cui la ricorrente ha dato notizia alla stazione appaltante con nota del 24 aprile 2020, in sede di verifica di anomalia.

Ciò premesso, la ricorrente ha dedotto tre motivi, con i quali ha lamentato vizi di violazione di legge e di eccesso di potere sotto plurimi profili; in particolare:

8.1) con il primo motivo, la ricorrente ha dedotto la violazione degli artt. 2382, 2385 e 2193 del codice civile, nonché vizi di eccesso di potere per travisamento dei fatti, motivazione errata e manifesta illogicità; secondo la ricorrente, alla luce di quanto previsto dall'art. 2193 c.c. la cessazione dell'amministratore sarebbe opponibile ai terzi – e quindi, nel caso di specie, alla stazione appaltante – soltanto con l'iscrizione della relativa delibera assembleare nel registro delle imprese, avvenuta nel caso di specie il 4 marzo 2020; ciò comporterebbe che, alla data di scadenza dei termini per presentare l'offerta (15 gennaio 2020), l'unico soggetto legittimato a sottoscriverla era ancora l'amministratore uscente; pertanto, la ricorrente non avrebbe reso alcuna falsa dichiarazione nella procedura di gara, come dimostrerebbe il fatto di aver proceduto essa stessa a comunicare tale avvicendamento alla stazione appaltante con nota del 24 aprile 2020; in ogni caso, l'assemblea dei soci ha ratificato l'operato dell'amministratore uscente con verbale del 18 marzo 2020, anche con riferimento alla domanda di partecipazione alla gara in questione;

8.2) con il secondo motivo, la ricorrente ha contestato di aver reso una falsa dichiarazione in gara; l'offerta è stata sottoscritta dalla signora Napoletano perché, a quella data, era l'unico soggetto legittimato a sottoscriverla;

8.3) infine, con il terzo motivo, la ricorrente ha dedotto l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per non aver considerato che l'avvicendamento nella gestione della società costituisce una modificazione soggettiva del concorrente in corso di gara, la quale è consentita dalla normativa di settore (art. 106 Codice Appalti) e dalla giurisprudenza amministrativa; in ogni caso, la ricorrente ha dichiarato di volersi avvalere dell'istituto del soccorso istruttorio processuale, versando in atti il certificato dei carichi pendenti e del casellario giudiziale sia dell'amministratore cessato che del nuovo amministratore, attestanti l'insussistenza di cause

ostative alla partecipazione.

9. Si è costituito in giudizio il Ministero dell'Interno, con atto di stile successivamente integrato dal deposito di documentazione e di memoria difensiva, contestando il fondamento del ricorso e chiedendone il rigetto.

10. Non si è costituita, invece, la parte controinteressata Easy Clean G.S. s.r.l., ritualmente intimata via PEC in data 26 giugno 2020.

11. Con ordinanza n. 237 del 18 luglio 2020, la Sezione ha respinto la domanda cautelare proposta dalla ricorrente, con condanna della medesima alla rifusione delle spese della fase processuale, liquidate in € 1.000,00, oltre accessori di legge.

12. Con successiva ordinanza n. 5837 del 2 ottobre 2020, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha respinto l'appello cautelare della ricorrente ritenendo insussistenti i presupposti di periculum anche in considerazione della imminenza dell'udienza di merito fissata nel giudizio di primo grado.

13. All'udienza pubblica del 14 ottobre 2020, in prossimità della quale la parte ricorrente ha integrato la propria documentazione e depositato una memoria conclusiva, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è infondato.

1. Per effetto dell'istituto della prorogatio imperii, previsto dall'art. 2385 c.c., gli amministratori di una società di capitali conservano la rappresentanza legale della stessa fino alla nomina e all'accettazione formalizzata dell'incarico da parte dei nuovi amministratori, sicché, fino al momento in cui tale fattispecie non si è perfezionata, possono porre in essere tutti gli atti di gestione ordinaria dell'impresa, ivi inclusi quelli funzionali alla partecipazione ad una gara pubblica

Nel caso di specie, con verbale del 31 dicembre 2019, l'assemblea dei soci della società ricorrente ha preso atto delle dimissioni della signora Micaela Napoletano dalla carica di presidente del consiglio di amministrazione e nominato come nuovo presidente del consiglio di amministrazione il signor Enrico Genovese, il quale ha contestualmente accettato la carica. Ciò significa che, a far data dal 1 gennaio 2020, la signora Napoletano non aveva più alcun potere gestorio e di rappresentanza legale della società; e dal momento che la sua sostituzione è avvenuta contestualmente con lo stesso verbale assembleare, non si è verificata neppure l'ipotesi della prorogatio per il compimento degli atti di ordinaria amministrazione di cui all'art. 2385 c.c.

2. Da tanto consegue che la domanda di partecipazione alla gara e l'offerta della società ricorrente, presentate in data 14 gennaio 2020, sono state sottoscritte da un soggetto privo di poteri di legale rappresentanza della società medesima.



3. E' vero che l'assemblea dei soci ha successivamente ratificato, in data 18 marzo 2020, l'operato dell'amministratore uscente (peraltro in una fase della procedura in cui era già avvenuta la valutazione delle offerte ed era in corso il procedimento di verifica di congruità); tuttavia, secondo costante giurisprudenza amministrativa, l'istituto civilistico della ratifica non opera nelle procedura di gara ad evidenza pubblica; ciò in quanto nei procedimenti di gara ad evidenza pubblica la valenza sanante della ratifica del provvedimento sottoscritto da soggetto privo di rappresentanza legale va coordinata con le regole di diritto pubblico sui contratti della Pubblica amministrazione, ed in particolare, con i principi della par condicio fra i concorrenti (in tema di presentazione delle offerte e della relativa documentazione) e dell'affidamento della stazione appaltante, che deve poter accertare sin dal momento dell'esame delle offerte la serietà e la validità dell'impegno di ciascuna di esse; di conseguenza il bilanciamento fra il dovere di quest'ultima di consentire la regolarizzazione dei documenti presentati dai concorrenti ed il principio della par condicio comporta che non è possibile qualunque integrazione della documentazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 09/11/2009, n. 6974; Consiglio di Stato, sez. V, 17/12/2008, n. 6292; Consiglio di Stato, sez. V, 02/07/2001, n. 3588; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 08/05/2014, n. 4802; T.A.R. Torino, sez. I, 12/08/2009, n. 2226).

4. La parte ricorrente invoca a proprio favore il disposto di cui all'art. 2193 c.c. secondo cui "I fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questi provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza". Secondo la prospettazione della deducente, dal momento che l'iscrizione nel registro delle imprese della cessazione dell'amministrazione uscente e della nomina del nuovo amministratore è avvenuta soltanto il 4 marzo 2020, soltanto da questo momento sarebbe divenuta efficace la cessazione dalla carica dell'amministratore uscente e la nomina del nuovo amministratore, di modo che l'offerta sottoscritta dalla signora Napolitano il 14 gennaio 2020 sarebbe stata sottoscritta dal soggetto che, a quella data, era ancora il legittimo titolare dei poteri di amministrazione e di legale rappresentanza della società.

L'argomento, osserva il collegio, non può essere condiviso.

4.1. L'iscrizione nel registro delle imprese (nel caso di specie, della nomina del nuovo amministratore) non ha efficacia costitutiva ma meramente dichiarativa, rileva cioè ai soli fini dell'opponibilità ai terzi della vicenda societaria oggetto di iscrizione e non ai fini della produzione degli effetti giuridici della vicenda medesima, i quali scaturiscono direttamente e immediatamente dalla manifestazione negoziale contenuta nella delibera assembleare. L'iscrizione, in altre parole, quale forma di pubblicità legale, ha ad oggetto una manifestazione negoziale già perfezionata e già produttiva di effetti, e risponde all'esclusiva finalità di preconstituire una presunzione iuris et de iure di conoscenza dell'evento societario da parte dei terzi, precludendo a costoro la possibilità di eccepire di averne ignorato in buona fede l'esistenza.

4.2. Nel caso di specie, la cessazione dell'amministratore uscente e la nomina del nuovo amministratore (con la contestuale accettazione dell'incarico da parte di quest'ultimo) sono state deliberate dall'assemblea dei soci il 31 dicembre 2019, e da quella data hanno prodotto interamente i propri effetti; ciò comporta che, al momento della sottoscrizione dell'offerta (14 gennaio 2020), l'amministratore cessato era privo di ogni potere rappresentativo della società;

la successiva iscrizione della delibera assembleare nel registro delle imprese, avvenuta il 4 marzo 2020, ha prodotto l'unico effetto di rendere l'evento conoscibile erga omnes, ma è proprio da tale conoscenza che la stazione appaltante ha desunto, correttamente, che l'offerta era stata sottoscritta da un rappresentante senza poteri ed era pertanto priva di un requisito essenziale, essendo carente "della necessaria dichiarazione negoziale volta alla costituzione del rapporto giuridico con la stazione appaltante".

5. In presenza di una carenza essenziale dell'offerta, il soccorso istruttorio non sarebbe stato consentito e giustamente la stazione appaltante non l'ha esercitato, tenuto conto che l'art. 83 comma 9 del d. lgs. 50/2016 prevede il ricorso a tale istituto soltanto per sanare carenze di elementi formali della "domanda", "con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica".

6. La spendita di falsi poteri rappresentativi da parte dell'amministratore cessato, posta in essere attraverso la sottoscrizione dell'offerta, presenta oggettivamente profili di non veridicità, tali da giustificare anche l'applicazione della causa di esclusione di cui all'art. 80 comma 5 lett. f.bis del d. lgs. n. 50/2016, secondo cui "Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto [...] l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere". Va anche notato che analoghe dichiarazioni non veritiere sono state reiterate dal medesimo amministratore (cessato) anche nell'ulteriore corso della procedura di gara quando, persino dopo l'iscrizione nel registro delle imprese della nomina del nuovo amministratore, egli ha continuato a intrattenere rapporti con la stazione appaltante spendendo la propria qualità di "Legale rappresentante, Presidente CdA e Direttore tecnico della Società Ecoteam s.r.l." (cfr. nota Ecoteam del 18 marzo 2020, in sede di verifica dell'anomalia, All. 9 Ministero).

7. Infondata è anche l'ultima censura, con cui la ricorrente sostiene che l'avvicendamento nella gestione della società costituirebbe una modificazione soggettiva del concorrente in corso di gara, consentita dalla normativa di settore (art. 106 Codice Appalti) e dalla giurisprudenza amministrativa.

Al riguardo, giova osservare che:

– intanto, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, nelle pubbliche gare vige il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva dei partecipanti, strumentale a garantire alla stazione appaltante la verifica dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti (la ricorrente richiama impropriamente l'art. 106 del Codice Appalti, che si riferisce alle modificazioni soggettive e oggettive ammesse nella fase successiva di esecuzione del contrario);

– in ogni caso, la sostituzione dell'amministratore non costituisce una modificazione soggettiva dell'operatore economico, ma un mero avvicendamento nella titolarità dei poteri gestori e di rappresentanza legale;

– soprattutto, nel caso di specie la stazione appaltante non ha contestato la legittimità



dell'avvicendamento soggettivo nella carica gestoria, ma la circostanza che l'offerta sia stata sottoscritta da un soggetto privo, in conseguenza di tale avvicendamento, di poteri di legale rappresentanza della società, con conseguente invalidità dell'offerta e non veridicità delle dichiarazioni rese in gara.

8. In definitiva, alla luce delle considerazioni di cui sopra, il ricorso va conclusivamente respinto.

9. Le spese di lite relative alla fase di merito – ferme le statuizioni rese per la fase cautelare – seguono il principio generale di soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente a rifondere al Ministero dell'Interno le spese relative alla fase di merito, che liquida in € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere, Estensore

Elena Garbari, Referendario