

La incompatibilità di un soggetto chiamato a far parte di una Commissione giudicatrice di un appalto, con la conseguente caducazione degli atti posti in essere dalla stessa Commissione, non può essere basata su una mera supposizione, sfornita di un adeguato riscontro probatorio

il Consiglio di Stato con la decisione numero 1011 del 3 marzo 2007 in tema di presunta incompatibilità di un membro di una Commissione per la valutazione dell'aggiudicazione in una procedura ad evidenza pubblica, ci insegna che:

< Costituisce principio generale nella giurisprudenza amministrativa che **non sussiste l'obbligo di astensione dall'esercizio delle funzioni di componente della Commissione giudicatrice di una procedura concorsuale se la situazione di fatto in concreto verificatasi non sia riconducibile in alcuno dei casi di astensione o di incompatibilità previsti espressamente dalla legge.**

Orbene, la situazione prospettata nella fattispecie in esame non appare contemplata nella vigente normativa né tra le cause generali di astensione di cui all'art. 51 C.P.C. che, dettate per l'esercizio della funzione giurisdizionale, sono ritenute applicabili anche ai componenti di una Commissione giudicatrice; né tra le cause di incompatibilità desumibili dalla normativa di settore, e segnatamente nell'art. 13 della direttiva CEE 92/50 in materia di appalti di servizi, recepita con D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, secondo la quale <<La Commissione giudicatrice è composta unicamente da persone fisiche indipendenti dai partecipanti al concorso>>.

Ma vi è di più

< Nella fattispecie, infatti, trattandosi di collaborazione di natura "dilettantistica", "volontaria" ed essenzialmente "gratuita", non soltanto non ricorre alcuna delle ipotesi contemplate dall'art. 51 C.P.C., ma nemmeno quella forma di "dipendenza" che è assunta a motivo di incompatibilità dalla direttiva comunitaria, dovendosi ritenere che la dipendenza che fa venir meno la posizione di imparzialità del componente la Commissione giudicatrice debba sostanziarsi in un vero e proprio rapporto di natura subordinata o anche di lavoro autonomo, o quanto meno in una connessione di interessi economici di rilevante portata, che non risulta essersi realizzata nella collaborazione "amatoriale" intrapresa nella fattispecie emarginata>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2271/2005, proposto da \*\*\*;

contro

\*\*\* S.R.L., rappresentata e difesa dall'Avv. Fabrizio Paoletti con domicilio eletto in Roma via Bazzoni n. 3;

e nei confronti di

AZ. OSPEDALIERA POLICLINICO UNIV. TOR VERGATA, non costituitasi;

Interveniente ad Oponendum

\*\*\* GUARDIE DEL CORPO DI VIGILANZA SPA, rappresentata e difesa dall'Avv. Dario Schettini con domicilio eletto in Roma via del Foro Traiano n. 1/A;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio sede di Roma Sez. III n. 676/2005.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 12 dicembre 2006 relatore il Consigliere Lanfranco Balucani. Uditi gli avvocati Gentile e Paoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al TAR Lazio l'Istituto di Vigilanza \*\*\*-Sicurezza Professionale S.r.l., classificatosi al secondo posto nel procedimento di gara per l'aggiudicazione dell'appalto del servizio di vigilanza indetto dalla Azienda ospedaliera universitaria Policlinico TOR VERGATA, ha impugnato il provvedimento in data 15.10.2004 con il quale detto appalto è stato aggiudicato all'ATI composta da \*\*\* Italia s.c.p. az. a r.l. e da \*\*\* Security s.r.l.

A fondamento del gravame la \*\*\* denunciava la violazione e falsa applicazione dell'art. 13, 6 comma, direttiva comunitaria 18 giugno 1992, n. 92/50 e del D.Lgs. n. 157 del 17 marzo 1995 di recepimento di detta direttiva, dell'art. 97 Cost., dell'art. 92, 5° comma, D.P.M. n. 554/1999, nonché eccesso di potere per violazione del principio di imparzialità, per disparità di trattamento, sviamento, perplessità e illegittimità derivata.

Ciò nell'assunto che il presidente della Commissione di gara, essendo stato nominato responsabile del settore giovanile della società di calcio \*\*\* S.p.a. in un momento successivo alla sua nomina, ma precedente all'aggiudicazione dell'appalto, si sarebbe trovato in "una evidente situazione di incompatibilità assoluta" con la funzione di presidente della predetta Commissione, dal momento che alla gara partecipava ed è poi risultava aggiudicataria <<una società di proprietà del suo nuovo datore di lavoro>>, e cioè la \*\*\* Security che <<notoriamente è di proprietà (o comunque connessa) del Presidente della \*\*\* Claudio \*\*\* ...>>.

Un ulteriore profilo di incompatibilità doveva poi ravvisarsi nella circostanza che il figlio del presidente della Commissione sarebbe stato nominato "responsabile organizzativo del settore giovanile della \*\*\*>>.

Con motivi aggiunti la ricorrente società deduceva poi la violazione della lex specialis della gara in relazione al fatto che si sarebbe proceduto alla apertura del plico contenente il "progetto di svolgimento del servizio" presentato dall'ATI aggiudicataria, prima ancora della verifica delle condizioni di ammissibilità alla gara dell'ATI stessa.

Con la sentenza indicata in epigrafe il TAR adito ha accolto il ricorso avendo ritenuto sussistente la situazione di incompatibilità denunciata dalla ricorrente.

Nei confronti di detta pronuncia l'ATI composta da \*\*\* Italia e \*\*\* Security ha interposto appello deducendo i seguenti motivi di gravame:

- violazione dei principi di cui all'art. 51 C.P.C. in materia di obbligo di astensione, non sussistendo un obbligo di astensione dall'esercizio delle funzioni di componente la Commissione di gara, se non in presenza delle situazioni di incompatibilità tipizzate nell'art. 51 C.P.C.;

- eccesso di potere per manifesta illogicità e contraddittorietà, errore sui presupposti e travisamento del fatto: con questo motivo l'appellante deduce che l'acquisizione di una partecipazione significativa nella \*\*\* da parte del dott. \*\*\* ha avuto luogo solo nel luglio 2004, mentre la nomina del gen. \*\*\* a presidente della Commissione risale alla fine del 2003; la \*\*\* è soggetto giuridico ed economico diverso dal sig. \*\*\*, essendo società per azioni quotata in borsa, con un capitale sociale che solo per il 29% è di appartenenza a società che fanno capo all'imprenditore \*\*\*, società tra cui non figura la \*\*\* Security; il sig. \*\*\* non è più socio di \*\*\* Security; l'attività calcistica giovanile è tipicamente dilettantistica ed amatoriale e non sussiste alcun rapporto di credito o debito tra il \*\*\* e la Lazio; l'attribuzione dei punteggi ai concorrenti da parte della Commissione era avvenuta ben prima che il gen. \*\*\* assumesse il ruolo di responsabile del settore giovanile della Lazio in quanto la seduta finale della Commissione (l'unica che si è tenuta dopo l'assunzione dell'incarico del \*\*\*) ha avuto ad oggetto la semplice somma aritmetica dei punteggi che erano stati attribuiti in precedenza ai concorrenti.

Nelle successive memorie l'appellante ha censurato la sentenza impugnata per avere disatteso la eccezione con la quale era stata chiesta l'integrazione del contraddittorio nei confronti del soggetto che avrebbe dovuto osservare l'obbligo di astensione dalla Commissione.

La \*\*\*, costituitasi in giudizio, ha sollevato la pregiudiziale inammissibilità dell'atto di appello in quanto si limiterebbe a riprodurre sostanzialmente le tesi difensive già dedotte in primo grado; e nel merito ha contestato la fondatezza dei motivi contenuti nell'atto di appello, del quale ha chiesto la reiezione.

Per la conferma della sentenza appellata ha esperito intervento "ad opponendum" la \*\*\* Guardie Corpo di Vigilanza S.p.a. qualificatasi come "titolare attuale di un contratto di appalto con il Policlinico Tor Vergata" e partecipante alla gara impugnata".

Con decisione interlocutoria n. 4638 del 9 maggio 2006 la Sezione ha disposto l'acquisizione di documentati chiarimenti sui fatti di causa.

Espletato l'incombente istruttorio la causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 12.12.2006.

## DIRITTO

1. Secondo quanto esposto in narrativa, con la sentenza quivi appellata il TAR Lazio ha annullato gli atti relativi alla gara d'appalto per il servizio di vigilanza indetto dalla Azienda ospedaliero-universitaria di Tor Vergata, che si sono conclusi con l'aggiudicazione in favore dell'A.T.I. costituita da \*\*\* Italia soc. coop. a r.l. e da \*\*\* Security S.r.l., e ciò in accoglimento del ricorso proposto dall'Istituto di Vigilanza \*\*\*-Sicurezza Professionale S.r.l., seconda classificata.

A tale decisione il primo giudice è pervenuto avendo ritenuto sussistente la posizione di incompatibilità del presidente della Commissione giudicatrice dell'appalto, sig. \*\*\*, in relazione all'incarico che allo stesso era stato affidato di responsabile del settore giovanile della \*\*\*, al cui presidente \*\*\* avrebbe fatto capo la soc. \*\*\* Security.

2. In via preliminare dovrebbe essere esaminato il motivo di censura con il quale la appellante A.T.I. si duole della mancata integrazione del contraddittorio, nel giudizio di primo grado, nei confronti del soggetto che avrebbe dovuto osservare l'obbligo di astensione dalla Commissione (vale a dire il sig. \*\*\*); ma siffatta censura, in quanto avanzata solo con memoria difensiva, oltre il termine di impugnativa della sentenza di primo grado, e senza notificazione alle controparti, si appalesa inammissibile.

3. Passando all'esame dei motivi prospettati nell'atto di appello, la difesa dell'appellata società \*\*\* ne ha adombrato la inammissibilità sotto il profilo che essi si presenterebbero come mera riproposizione delle tesi difensive sostenute dinanzi al TAR in opposizione al ricorso proposto dalla stessa \*\*\*.

Ma siffatta prospettazione non può essere condivisa giacché l'atto di appello all'esame del Collegio, pur se utilizza i medesimi argomenti difensivi del primo grado, appare però diretto alla impugnativa dei diversi capi della sentenza appellata, conformemente alla natura impugnatoria del gravame.

4. Ciò posto, l'appello deve ritenersi fondato per le considerazioni che seguono.

4.1. L'A.T.I. appellante ha insistito particolarmente nei suoi atti difensivi sulla mancanza di un collegamento tra l'aggiudicazione in favore della \*\*\* Security e il conferimento dell'incarico al presidente della Commissione da parte della \*\*\*, sostenendo che in realtà il \*\*\* non avrebbe avuto un controllo esclusivo sulla società di calcio e che, d'altra parte, non era un socio né aveva cariche amministrative nella \*\*\* Security S.r.l..

Ad avviso del Collegio non si può certo escludere che il \*\*\* potesse influenzare concretamente le scelte sia della \*\*\* che della società \*\*\* Security. Secondo quanto è emerso dalla istruttoria disposta con la ordinanza della Sezione n. 4638/2006, il sig. \*\*\* anche se non deteneva direttamente quote della \*\*\*, controllava però la società Lazio \*\*\* S.r.l. attraverso tre società facenti capo a lui \*e attraverso la Lazio \*\*\* S.r.l., detentrici del 29,868% del capitale sociale della \*\*\*, esercitava il suo controllo sulla gestione e sulle attività di quest'ultima. Ma l'influenza del sig. \*\*\* poteva essere esercitata anche sulla \*\*\* Security S.r.l. (che ha partecipato alla gara d'appalto in associazione con \*\*\* Italia soc. coop.) poiché, pur non essendo socio di tale società, egli era socio delle società che partecipavano al capitale sociale di questa.

Ritiene però il Collegio che ai fini del decidere si debba prescindere da tali ipotizzati collegamenti, giacché in ogni caso, il rapporto di collaborazione instaurato tra la \*\*\* e il sig. \*\*\* non può dar luogo, per i tempi, le modalità e i contenuti che lo caratterizzano, ad una situazione di incompatibilità siccome ritenuto nella sentenza appellata.

4.2. Al riguardo deve essere anzitutto rilevato che al momento della sua nomina a presidente della Commissione (nel gennaio-febbraio 2004), come pure al momento della aggiudicazione dell'appalto (avvenuta il 15.10.2004), il \*\*\* non aveva ancora ricevuto l'incarico di responsabile del settore giovanile

della Lazio. Dalla istruttoria espletata emerge infatti che il relativo contratto (sottoscritto per la \*\*\* dal sig. \*\*\*) si riferiva al periodo 16.2.2005-30.6.2005.

Né risulta che alla data della stessa nomina a presidente della Commissione intrattenesse già rapporti (per i suoi interessi legati al calcio) con il sig. \*\*\*, anche perché la acquisizione di una partecipazione significativa di questi nella \*\*\* ha avuto luogo solo nel luglio 2004, e l'inizio di un rapporto tra le parti deve essere fatto risalire (secondo i documenti ufficiali della \*\*\* richiamati nella sentenza appellata) all'11 ottobre 2004.

Anche a voler dunque ipotizzare una situazione di incompatibilità a carico del presidente della Commissione per effetto dell'incarico ricevuto dalla \*\*\*, si tratterebbe di una situazione avveratasi dopo che la Commissione aveva già operato le proprie scelte procedendo nella seduta del 21.9.2004 alla attribuzione dei punteggi, e dunque sarebbe del tutto irrilevante.

Con ciò non si condividono le conclusioni cui è pervenuto il primo giudice laddove ha affermato che la nascita del rapporto tra il \*\*\* e la \*\*\* doveva farsi risalire ad epoca di gran lunga anteriore, tenuto conto del <<carattere del tutto fiduciario dell'incarico>>, che presuppone – secondo il primo giudice – <<una comunanza di (interessi di) vita>>.

Se è vero infatti che l'ipotesi così formulata può rientrare nel calcolo delle probabilità, deve però escludersi che la incompatibilità del soggetto chiamato a far parte di una Commissione giudicatrice di un appalto, con la conseguente caducazione degli atti posti in essere dalla stessa Commissione, possa essere basata su una mera supposizione, sfornita di un adeguato riscontro probatorio.

4.3. La conclusione cui è pervenuta la sentenza appellata appare però censurabile anche sotto altro più generale profilo, vale a dire per avere ritenuto che il tipo di rapporto intercorso tra il \*\*\* e la \*\*\* potesse costituire motivo di incompatibilità.

In altri termini ritiene il Collegio che non possa ravvisarsi un obbligo del \*\*\* di astenersi dall'esercizio delle funzioni di presidente della Commissione in conseguenza della instaurazione del rapporto di collaborazione con la \*\*\*.

Costituisce principio generale nella giurisprudenza amministrativa che non sussiste l'obbligo di astensione dall'esercizio delle funzioni di componente della Commissione giudicatrice di una procedura concorsuale se la situazione di fatto in concreto verificatasi non sia riconducibile in alcuno dei casi di astensione o di incompatibilità previsti espressamente dalla legge.

Orbene, la situazione prospettata nella fattispecie in esame non appare contemplata nella vigente normativa né tra le cause generali di astensione di cui all'art. 51 C.P.C. che, dettate per l'esercizio della funzione giurisdizionale, sono ritenute applicabili anche ai componenti di una Commissione giudicatrice; né tra le cause di incompatibilità desumibili dalla normativa di settore, e segnatamente nell'art. 13 della direttiva CEE 92/50 in materia di appalti di servizi, recepita con D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, secondo la quale <<La Commissione giudicatrice è composta unicamente da persone fisiche indipendenti dai partecipanti al concorso>>.

Nella fattispecie, infatti, trattandosi di collaborazione di natura "dilettantistica", "volontaria" ed essenzialmente "gratuita", non soltanto non ricorre alcuna delle ipotesi contemplate dall'art. 51 C.P.C., ma nemmeno quella forma di "dipendenza" che è assunta a motivo di incompatibilità dalla direttiva comunitaria, dovendosi ritenere che la dipendenza che fa venir meno la posizione di imparzialità del componente la Commissione giudicatrice debba sostanzialmente consistere in un vero e proprio rapporto di natura subordinata o anche di lavoro autonomo, o quanto meno in una connessione di interessi economici di rilevante portata, che non risulta essersi realizzata nella collaborazione "amatoriale" intrapresa dal \*\*\* con la \*\*\*.

5. Alla stregua delle considerazioni che precedono l'appello in esame deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso introduttivo proposto dalla \*\*\* avverso gli atti di gara.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese processuali inerenti i due gradi di giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 12 dicembre 2006 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone	Presidente
Sabino Luce	Consigliere
Gianpiero Paolo Cirillo	Consigliere
Giuseppe Romeo	Consigliere
Lanfranco Balucani	Consigliere Est.

Presidente

f.to Claudio Varrone

Consigliere

f.to Lanfranco Balucani

Segretario

f.to Glauco Simonini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....03/03/2007.....

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

f.to Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria