

Cons. St., Sez. V, 6 luglio 2018, n. 4143

Pres. G. Severini - est. G. Grasso

Procedura ad evidenza pubblica-Numero pari membri Commissione giudicatrice-Composizione Commissione giudicatrice-Sottocommissioni valutazione offerta-illegittimità composizione Collegio in numero pari-non sussiste.

1. *«va data continuità, anche nella vigenza dell'art. 77 d.lgs. n. 50 del 2016, all'orientamento maturato in relazione all'art. 84 d.lgs. n. 163 del 2006: **in relazione al quale la prevalente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ritiene la regola non "espressione di un principio generale, immanente nell'ordinamento, tale da determinare l'illegittimità della costituzione di un collegio avente un numero pari di componenti, essendo numerose le ipotesi di collegi, sia giurisdizionali che amministrativi, che operano (o che occasionalmente possono operare) in composizione paritaria"**».*

2. *«l'attitudine meramente strumentale dell'attività delegabile o affidabile a sottocommissioni dovrà avere, in difetto di criteri identificativi o discretivi di ordine materiale o sostanziale, la duplice caratteristica (a un tempo necessaria e sufficiente): a) di essere, ex ante e in abstracto, suscettibile di potenziale verifica a posteriori da parte del plenum; b) di essere, ex post e in concreto, effettivamente acquisita alla valutazione collegiale piena, in termini di controllo, condivisione ed approvazione».*

Precedenti conformi

Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3372; Id., sez. III, 3 ottobre 2013, n. 4884; Id., sez. III, 11 luglio 2013, n. 3730.

Precedenti difformi

Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2016, n. 2812; Id., sez. V, 28 luglio 2014, n. 4017

SENTENZA

Ritenuto in fatto

1. Con atto di appello notificato nelle forme e nei tempi di rito, la Fondazione Oderzo Cultura, come in atti rappresentata e difesa:

a) premetteva di gestire, per conto del Comune di Oderzo, l'attività delle istituzioni museali presenti nel territorio comunale;

b) precisava che, in siffatta qualità, aveva attivato, in data 7 luglio 2016, procedura evidenziale ristretta, finalizzata alla individuazione, giusta il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di un concessionario del servizio di attività didattica museale per il Museo archeologico "Eno Bellis" e la Pinacoteca "Alberto Martini", per la complessiva durata di tre anni;

c) chiariva che – all'esito delle valutazioni rese, all'unanimità dei componenti, dalla istituita Commissione – era stata approvata la graduatoria di gara, che aveva visto prevalere, per entrambe le strutture, la società Aster, alla quale era stato, di conserva, immediatamente affidato il servizio, mercé sottoscrizione di apposita convenzione;

d) precisava che del ridetto affidamento le ditte partecipanti erano state ritualmente informate, nelle forme di cui all'art. 76, comma 4 del d.lgs. n. 50 cit.;

e) esponeva che la ditta Studio Didattica Nordest aveva, peraltro, impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo per il Veneto, i verbali di gara ed il provvedimento di aggiudicazione, lamentandone

per vario rispetto l'illegittimità (avuto segnatamente riguardo alla composizione, pretesamente irrituale, della Commissione di valutazione);

f) lamentava che, con sentenza n. 471 del 15 maggio 2017, il primo giudice, rigettate le plurime eccezioni formulate in rito, aveva inopinatamente accolto il gravame, *"in virtù della fondatezza delle censure mosse alla composizione della Commissione giudicatrice ed all'affidamento ad apposite Sottocommissioni della valutazione delle offerte"*;

g) impugnava, perciò, la ridetta statuizione, di cui argomentava la complessiva erroneità ed invocava l'integrale riforma.

2. Si costituiva in giudizio, per resistere al gravame, la Associazione Studio Didattica Nord Est.

Alla pubblica udienza dell'8 febbraio 2018, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

Diritto

1. L'appello è fondato e merita di essere accolto.

Nell'ordine logico delle questioni sottoposte alla valutazione del Collegio, è opportuno esaminare prioritariamente le doglianze relative al merito della controversia: la loro fondatezza, nei sensi delle considerazioni che seguono, vale, invero, ad assorbire (in quanto di per sé implicante la reiezione del ricorso di prime cure) le questioni pregiudiziali di rito, con cui l'appellante aveva vanamente lamentato la tardività e l'inammissibilità, per carenza di interesse, dell'avverso gravame.

2. Con un primo mezzo, è dedotta violazione e falsa applicazione dell'art. 84, comma 2, d.lgs. 163 del 2006 e dell'art. 77, comma 2, d. lgs. n. 50 del 2016, una a difetto del presupposto e contraddittorietà: avrebbe errato la sentenza nell'assumere violata la detta disposizione, nella parte in cui imporrebbe che la Commissione di gara fosse necessariamente costituita da un numero dispari di commissari.

2.1. La censura è fondata.

In effetti, la sentenza appellata:

a) premette che, dalla documentazione versata agli atti della causa, era dato, in punto di fatto, di ricavare che la Commissione di gara fosse, nella vicenda in esame, composta da due Consiglieri di Gestione della Fondazione (dott. Gal ed arch. Appoloni) e da due Conservatori del Museo Archeologico "Eno Bellis" e della Pinacoteca "Alberto Martini" (dott.ssa Mascardi e dr.ssa Bonifacio), per un totale di quattro componenti;

b) osserva che, in questo modo, sarebbe stata violata la regola dell'art. 84, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 (*"ora riproposta dall'art. 77, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016"*), alla cui stregua la Commissione di gara avrebbe dovuto essere costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a cinque;

c) si mostra consapevole del (difforme) orientamento giurisprudenziale, maturato nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, per cui la violazione della regola non è tale da implicare l'illegittimità della costituzione di un collegio con un numero pari di componenti: nondimeno se ne discosta assumendo che il precetto – similmente presente all'art. 21, comma 5, l. n. 109 del 1994 e poi ribadito dall'art. 84, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 – sarebbe stato riaffermato *"categoricamente – e senza deroghe di sorta –"* dall'art. 77, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, al quale la procedura non avrebbe, perciò, potuto sottrarsi;

d) ribadisce che la regola risponderebbe all'obiettivo di garantire il computo del *quorum* strutturale e soddisfare le necessità di funzionamento del principio maggioritario, in coerenza con il principio in base al quale i collegi perfetti (com'è, pacificamente, una commissione di gara) sono sempre composti da un numero dispari di membri.

2.2. Osserva il Collegio che la composizione numerica della Commissione giudicatrice è stata, in progresso di tempo, positivamente disciplinata e con continuità, nei sensi della previsione di un numero dispari di componenti, per un massimo di cinque.

Invero, la regola:

a) era già codificata dall'art. 4 r.d. 8 febbraio 1923, n. 422 (*Emendamenti al D.L. Lgt. 6 febbraio 1919, n. 107, recante norme per l'esecuzione delle opere pubbliche, e al R.D. 12 febbraio 1922, n. 214*) che – con esclusivo riferimento alla aggiudicazione mediante appalto concorso – prevedeva, per la “*valutazione degli elementi economici e tecnici delle offerte*”, la costituzione di una “*Commissione di 3 o 5 membri da nominarsi di volta in volta dalla Amministrazione stessa*” (sempreché non si fosse trattato di lavori, alla direzione dei quali fosse già “*preposta una speciale Commissione tecnica*”);

b) veniva riproposta – con estensione all’*“affidamento delle concessioni mediante licitazione privata”*, sul comune presupposto della imposizione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa – dall’art. 2, commi 4 e 5 l. n. 109 del 1994 (*Legge quadro in materia di lavori pubblici*), che prevedeva “*un numero dispari di componenti non superiore a cinque*”;

c) veniva confermata – con più lata generalizzazione a tutte le ipotesi di contratti da aggiudicare mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa – dall’art. 84, comma 2 d.lgs. n. 163 del 2006 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*);

d) è stata, infine, ripetuta – con più vasto ambito di operatività, corrispondente alla dequotazione del criterio di aggiudicazione secondo il prezzo più basso – dall’art. 77, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 (*Codice dei contratti pubblici*).

2.3. Se – nella successione nel tempo delle varie fonti - la norma è rimasta *testualmente immutata*, non è conferente l’assunto dell’appellata sentenza, che valorizza un’attitudine pretesamente categorica e perentoria della sola formulazione di cui all’ultima disposizione nel tempo, per desumerne un’implicita soluzione di continuità a fronte dell’orientamento maturato vigenti le disposizioni precedenti (e, segnatamente, l’art. 84, comma 2, d.lgs. n. 163/2006).

Invero, l’assunto avrebbe potuto avere plausibilità solo nel quadro di un’ipotetica discontinuità dell’ambito operativo ed applicativo della norma: per contro, la previsione è rimasta costantemente ed uniformemente operante in tutti i casi in cui – trattandosi di aggiudicare il contratto con il criterio quali-quantitativo dell’offerta economicamente più vantaggiosa – si renda necessario il ricorso a specifiche competenze tecniche per il congiunto apprezzamento dei profili tecnici ed economici delle offerte.

Nemmeno il già evidenziato recente *favor* legislativo per il criterio in questione (a scapito del prezzo più basso) immuta la conclusione, valendo solo ad estendere, *in fatto*, i casi di necessaria designazione di una Commissione.

2.4.- Ne discende che – non essendo dato rinvenire, *in diritto*, ragioni per articolare difforme lettura di simile disposizione – va data continuità, anche nella vigenza dell’art. 77 d.lgs. n. 50 del 2016, all’orientamento maturato in relazione all’art. 84 d.lgs. n. 163 del 2006: in relazione al quale la prevalente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ritiene la regola non “*espressione di un principio generale, immanente nell’ordinamento, tale da determinare l’illegittimità della costituzione di un collegio avente un numero pari di componenti, essendo numerose le ipotesi di collegi, sia giurisdizionali che amministrativi, che operano (o che occasionalmente possono operare) in composizione paritaria*” (cfr. Cons. Stato, V, 26 luglio 2016, n. 3372; Id., III, 3 ottobre 2013, n. 4884; Id., III, 11 luglio 2013, n. 3730).

Vero è che si tratta di orientamento non unanime (implicitamente in senso difforme, tra le più recenti, Cons. Stato, V, 23 giugno 2016, n. 2812; Id. V, 28 luglio 2014, n. 4017). Nondimeno, il relativo (e potenziale) contrasto non appare, nel caso in esame, né rilevante né decisivo, posto che (in concreto) la Commissione risulta avere comechessia deciso all'unanimità dei componenti.

Invero, quand'anche si conceda, contro le esposte premesse, che la composizione numerica dispari per sé risponda al principio di buon andamento e funzionalità dell'azione amministrativa, resterebbe fermo che la violazione del canone "*p[otrebbe] essere dedotta, per il principio di conservazione degli atti giuridici, non astrattamente, ma solo [quando avesse] concretamente inciso sulle decisioni assunte dalle commissioni stesse, cioè [quando venissero] lamentati o si [fossero] verificati dissensi comportanti lesioni concrete degli interessi dei soggetti giuridici nei confronti dei quali le commissioni abbiano operato*" (cfr.. Cons. Stato, V, 31 ottobre 2012, n. 5563): con il che, in buona sostanza, avuto riguardo alla *concretezza e specificità dell'interesse ad agire* quale effettiva condizione dell'azione, la violazione delle regole di formazione della commissione potrebbe essere dedotta solo le quante volte avesse *concretamente* (e non *potenzialmente*) inciso sugli interessi della parte che se ne assumesse pregiudicata. Ciò che deve, per l'appunto, per definizione escludersi nei casi in cui – essendo maturata una decisione unanime – il rivendicato numero dispari dei componenti non abbia in qualche modo prefigurato un'effettiva attitudine discrezionale, tale da lasciar ipotizzare un esito valutativo difforme da quello effettivamente reso (cfr., in fattispecie contermina, Cons. Stato, III, 11 luglio 2013, n. 3730).

3. Sotto distinto e concorrente profilo, la sentenza appellata ha stimato che l'affidamento alle due Sottocommissioni, in cui era suddivisa la Commissione, del compito di valutare, rispettivamente, le offerte economiche e le offerte tecniche, integrasse violazione dei principi in tema di funzionamento dei collegi perfetti, in base ai quali gli stessi sono tenuti ad operare con l'interezza dei propri membri, dovendo le decisioni essere assunte dal *plenum*.

3.1. L'assunto non regge alle giuste doglianze dell'appello.

Non è, invero, in discussione il principio - che va ribadito - per cui la commissione giudicatrice di gare d'appalto è un collegio perfetto, che deve operare, in quanto tale, in pienezza della sua composizione e non con la maggioranza dei suoi componenti, con la conseguenza che le operazioni di gara propriamente valutative, come la fissazione dei criteri di massima e la valutazione delle offerte, non possono essere delegate a singoli membri o a sottocommissioni (cfr. Cons. giust. amm. sic., 21 luglio 2008, n. 661; Cons. Stato, V, 22 ottobre 2007, n. 5502; Id., VI, 2 febbraio 2004, n. 324).

Nondimeno, per evidenti esigenze di funzionalità, il principio è temperato per cui non è indispensabile la piena collegialità quando occorra effettuare attività *preparatorie, istruttorie o strumentali*, destinate, come tali, a refluire nella successiva e definitiva valutazione dell'intero consesso (cfr. Cons. Stato, V, 25 gennaio 2011, n. 513; Id., IV, 5 agosto 2005, n. 4196).

In concreto, l'attitudine meramente strumentale dell'attività delegabile o affidabile a sottocommissioni dovrà avere, *in difetto di criteri identificativi o discretivi di ordine materiale o sostanziale*, la duplice caratteristica (a un tempo necessaria e sufficiente): *a)* di essere, *ex ante* e *in abstracto*, suscettibile di potenziale verifica *a posteriori* da parte del *plenum*; *b)* di essere, *ex post* e *in concreto*, effettivamente acquisita alla valutazione collegiale piena, in termini di *controllo, condivisione ed approvazione*.

Nel caso di specie, in effetti, risulta dalla documentazione in atti che la Commissione, a composizione piena, preso atto di quanto predisposto dalle due sottocommissioni e svolta, in merito, un'"*approfondita discussione*", ha determinato, in adesiva conformità, i punteggi definitivi

da attribuire alle imprese offerenti: con ciò mostrando di far propri, *in autonomia e nell'esercizio del proprio discrezionale apprezzamento*, gli esiti dell'attività preparatoria dispiegata dalle costituite sottocommissioni.

4. Le esposte considerazioni, che assorbono ogni ulteriore profilo critico (ivi, segnatamente, inclusi i motivi rimasti assorbiti e devolutivamente reiterati in seconde cure *ex art. 101 Cod. proc. amm.*), inducono al complessivo accoglimento dell'appello ed alla integrale riforma della sentenza impugnata.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna l'Associazione Studio Didattica Nord Est alla refusione delle spese di lite in favore della Fondazione appellante, che liquida in complessivi € 5.000 (cinquemila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere



DE IUSTITIA
RIVISTA GIURIDICA