

Appalti pubblici: anche le procedure per l'affidamento tramite cottimo fiduciario devono svolgersi in forma pubblica

Autore: Casiraghi Giorgio

In: Appalti pubblici

Con un'interessante pronuncia il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - sede di Milano - relativa ad una procedura di affidamento di un servizio da parte di una Pubblica Amministrazione tramite il sistema di aggiudicazione del cottimo fiduciario di cui all'articolo 125, comma 11, del Decreto Legislativo n. 163/2006.

Nella vicenda sottoposta all'analisi del Tribunale lombardo l'ente appaltante aveva proceduto all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica in seduta riservata, vale a dire senza aver previamente consentito ai concorrenti di assistere alle relative riunioni della commissione giudicatrice.

Una delle imprese partecipanti, esclusa a causa della rilevata mancanza della sottoscrizione del proprio rappresentante legale in calce all'offerta, ha impugnato tale provvedimento, rilevando come la stazione appaltante avesse fatto malgoverno dei principi, anche di matrice comunitaria, informanti le procedure ad evidenza pubblica, sottolineando in particolare la violazione di quelli di pubblicità e trasparenza. La norma precitata prevede all'uopo che "l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento".

L'ente affidante si è difeso eccependo sia la carenza di interesse all'impugnazione da parte della ricorrente dato che, essendo questa ormai esclusa dalla gara, non poteva conseguire alcun risultato utile dall'eventuale accoglimento del ricorso, rimarcando inoltre che il gravame doveva essere considerato

tardivo in virtù del fatto che non era stato impugnato il bando, nella parte in cui preannunciava le modalità di svolgimento dello scrutinio delle offerte così come poi puntualmente avvenuto, sia facendo presente che, in realtà, i principi suddetti erano comunque stati rispettati in quanto le sedute incriminate erano state oggetto di registrazione audiovisiva e successivamente pubblicate sul sito internet della stessa stazione appaltante. Ha rilevato altresì che, trattandosi di servizio da affidarsi tramite la procedura semplificata del cottimo fiduciario, tale circostanza deponesse per la legittimità di una procedura priva di tutte le formalità che la normativa di settore stabilisce invece per altri tipologie di selezione del contraente privato.

Senonchè la Sezione Quarta del T.A.R. Milano, con la sentenza n. 653 depositata il 06/04/2016 in commento, hanno condiviso le doglianze della ricorrente, evidenziando come costei avesse impugnato l'esclusione decretata nei suoi confronti proprio lamentando l'impossibilità di aver potuto accertare, contestualmente ai commissari, la sussistenza o meno della sottoscrizione, rimarcando altresì che la violazione dedotta in ordine alla mancata pubblicità della seduta si è verificata precedentemente all'omissione ascritta alla concorrente, fatto questo che ha assunto efficacia dirimente poiché ha irrimediabilmente inficiato la legittimità di tutti gli atti poi compiuti dalla commissione giudicatrice.

E' stata respinta anche l'eccezione relativa all'asserita tardività del ricorso argomentandosi che, in base ad un consolidato orientamento, sostenuto vieppiù dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 1/2003, le prescrizioni della legge di gara devono essere immediatamente impuginate solo allorchè si contesti in radice la decisione di bandire la gara ovvero impediscano la partecipazione ovvero ancora impongano dei requisiti manifestamente sproporzionati rispetto all'oggetto della procedura, mentre nell'ipotesi in cui ciò non accada l'offerente non subisce una lesione delle proprie prerogative fino all'aggiudicazione definitiva oppure, come nella vicenda in questione, alla determinazione dell'espulsione dalla procedura stessa, di talchè non poteva revocarsi in dubbio la tempestività dell'interposto gravame.

La sentenza in commento ha inoltre precisato che l'avvenuta registrazione delle sedute non poteva aver assunto la caratteristica di equivalenza alla pubblicità propriamente intesa: secondo il Tribunale Amministrativo di Milano, infatti, tale accadimento ha costituito semplicemente una modalità con cui si è documentato quanto avvenuto nel corso della procedura, senza però arrivare a poter sostituire in toto la

necessità che ai concorrenti venisse data la facoltà di essere presenti, eventualmente anche a distanza, in occasione dell'apertura dei plichi. Ciò anche se dalla registrazione si era evinto che, in effetti, le buste erano giunte integre di fronte ai commissari e che, soprattutto, l'offerta della ricorrente risultava priva della sottoscrizione del suo legale rappresentante; è stato rilevato in contrario che deve essere garantita la possibilità di assistere in diretta alle operazioni di gara, mentre nella fattispecie in esame la pubblicazione sul sito internet della riunione è stata successiva al suo svolgimento, tanto da potersi arguire che l'esito del ricorso avrebbe potuto essere differente qualora l'apertura delle buste fosse stata trasmessa contestualmente al suo effettivo svolgimento.

Sulla necessità di assicurare la pubblicità delle sedute di gara anche nei casi di aggiudicazione secondo il sistema del cottimo fiduciario si è del resto formato un nutrito orientamento giurisprudenziale, contemplante anche due statuizioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: si vedano la n. 13/2011, la quale ha statuito che "la pubblicità delle sedute di gara risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa" e la n. 31/2012, laddove è stata sancita la necessità che il rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità deve applicarsi nella misura più estesa possibile, ossia anche in presenza di procedure negoziate, con o senza predisposizione di un bando di gara, e di affidamenti in economia tramite cottimo fiduciario, per quanto riguarda sia i settori ordinari che i settori speciali di rilevanza comunitaria. Ad analoghe conclusioni sono giunti anche la medesima Quarta Sezione del T.A.R. Milano con la sentenza n. 582 del 24/03/2016 nonché Cons. di Stato, Sez. IV, sent. n. 2501 del 14/05/2014 (citata nella decisione in rassegna); Cons. di Stato, Sez. VI, sent. n. 6478 del 18/12/2012; Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 5454 del 05/11/2011; T.A.R. Brescia, Sez. II, sent. n. 1325 del 14/10/2015; T.A.R. Latina, sent. n. 503 del 29/06/2015; T.A.R. Catanzaro, Sez. II, sent. n. 1846 del 11/11/2014; T.A.R. Roma, Sez. II, sent. n. 8134 del 24/07/2014; T.A.R. Catania, Sez. III, sent. n. 2089 del 24/07/2014; T.A.R. Liguria, Sez. II, sent. n. 1086 del 19/07/2013; T.A.R. Basilicata, sent. n. 186 del 17/04/2013 e T.A.R. L'Aquila, Sez. I, sent. n. 176 del 28/02/2013.

Aggiungasi che il principio di pubblicità delle sedute di gara deve essere rispettato a prescindere dal metodo di aggiudicazione dell'appalto, ossia senza che possano sussistere differenze tra quello del prezzo più basso, caratterizzato da una minore attività valutativa in capo alla commissione giudicatrice, e quello

dell'offerta economicamente più vantaggiosa: in questo senso si sono espressi Cons. di Stato, Sez. VI, sent. n. 1856 del 22/04/2008; Cons. di Stato, Sez. V, sentt. nn. 901 del 04/03/2008, 2355 del 11/05/2007 e 5421 del 09/10/2002; Cons. di Stato, Sez. VI, sentt. nn. 2012 del 11/04/2006 e 846 del 14/02/2002 e T.A.R. Piemonte, Sez. I, con la sent. n. 986 del 09/04/2009.

Ne deriva che può darsi ormai per acclarato il concetto secondo cui tutte le procedure ad evidenza pubblica, ivi compreso il cottimo fiduciario, devono dispiegarsi garantendo la pubblicità delle relative sedute di gara; la decisione oggetto del presente commento ha specificato inoltre che è da considerarsi illegittima finanche la pubblicazione, ancorchè accessibile ai concorrente in quanto pubblicata sul suo sito internet, della registrazione delle stesse, se tale divulgazione non è contestuale allo svolgimento delle sedute medesime.

Monza, 08/04/2016

<https://www.diritto.it/appalti-pubblici-anche-le-procedure-per-l-affidamento-tramite-cottimo-fiduciario-devono-svolgersi-in-forma-pubblica/>