

Il principio di pubblicità nelle procedure negoziate
(T.A.R. Lazio, sez. I Ter, sent. 14 gennaio 2020 – 20 gennaio 2020, n. 713)

I principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici comportano che, qualora all'aggiudicazione debba procedersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti devono essere effettuate in seduta pubblica anche laddove si tratti di procedure caratterizzate da maggiore informalità rispetto alle procedure aperte come le negoziate, con o senza predisposizione del bando di gara, e gli affidamenti in economia nella forma del cottimo fiduciario.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 13693 del 2019, proposto da Gruppo La Suprema S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Freni, Simona Barchiesi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Federico Freni in Roma, via degli Scipioni 281;

contro

S.S.D. Fin Plus S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Sandulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Federazione Italiana Nuoto non costituita in giudizio;

nei confronti

Unika S.r.l. non costituita in giudizio;
Oriana 72 S.a.s. di Oriana di Stefano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmine Laurenzano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa adozione delle misure cautelari ritenute più idonee,
quanto ai motivi sub I, II, III, IV:

- della nota del 9 ottobre 2019, pervenuta tramite PEC, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore società Oriana 72 S.a.s. relativamente alla procedura negoziata indetta dalla SSD Fin Plus a r.l. per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione del polo natatorio di Pietralata;
 - della delibera del C.d.A. di SSD Fin Plus a.r.l., con il quale sono stati approvati gli atti della procedura, di estremi e data non conosciuti;
 - per quanto occorrer possa, della comunicazione del 30 settembre 2019 con cui veniva comunicata l'aggiudicazione definitiva in favore della società Oriana 72 S.a.S.;
 - del verbale della Commissione giudicatrice di verifica dei plichi e di apertura delle buste delle concorrenti, del 3 luglio 2019;
 - della griglia di attribuzione dei punteggi, datata 3 luglio 2019;
 - della relazione sui punteggi attribuiti – Busta B (di cui non si conosce data e occasione nella quale è stata redatta);
 - (laddove adottato) del verbale della Commissione relativo alla seduta di valutazione delle offerte tecniche (non conosciuto);
 - (laddove adottato) del verbale della Commissione giudicatrice relativo alla seduta di valutazione delle offerte economiche (non conosciuto);
 - (laddove adottato) del provvedimento di ammissione alla procedura adottato nei confronti di UNIKA S.r.l. (non conosciuto);
 - (laddove adottato) del provvedimento di ammissione alla procedura adottato nei confronti di ORIANA 72 S.A.S. (non conosciuto);
- [in via subordinata] quanto ai motivi sub V, VI, VII, VIII:
- del provvedimento del C.d.A. di SSD Fin Plus a r.l. del 24 aprile 2019 (non conosciuto) di nomina del RUP, di cui si ha evidenza in una comunicazione trasmessa allo stesso in data 26 aprile 2019;
 - della lettera di invito del 10 giugno 2019, con cui SSD FIN PLUS a r.l. ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione del Polo Natatorio di Pietralata;
 - di tutti gli atti della procedura, già indicati ai precedenti alinea, conosciuti o meno, in quanto tutti viziati in via derivata alla luce dei motivi di ricorso;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso ovvero consequenziale ai provvedimenti indicati, ancorché non conosciuto, in quanto lesivo della posizione della Società ricorrente e nei limiti di cui all'interesse dedotto in giudizio;
- e per la declaratoria di inefficacia,
- ai sensi dell'art. 121, co. 1, lett. c) o dell'art. 122 c.p.a.
- del contratto eventualmente medio tempore stipulato dall'Amministrazione resistente, in esito alla procedura di gara, con l'aggiudicataria ORIANA 72 S.A.S.;
- e per la condanna
- dell'Amministrazione alla stipulazione del contratto (o al subentro nel contratto già stipulato e nella relativa esecuzione) con la Società Gruppo la Suprema S.r.l., secondo l'offerta da questo presentata nonché, in via subordinata, al risarcimento del danno patito dal medesimo in conseguenza dell'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.S.D. Fin Plus S.r.l. e di Oriana 72 S.a.s. di Oriana di Stefano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2020 il cons. Anna Maria Verlengia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto:

a) che SDD FIN plus è una società di servizi costituita ed interamente posseduta dalla FIN e che ha per oggetto principale la promozione, l'organizzazione e diffusione delle discipline sportive acquatiche dilettantistiche regolamentate dalla Federazione Italiana nuoto da svolgere anche attraverso la pratica sia agonistica che didattica nonché di propaganda delle stesse, con le finalità e con l'osservanza delle norme e delle direttive del C.I.O. e del C.O.N.I. delle Federazioni Sportive Nazionali ed internazionali di appartenenza;

b) che la SDD Fin Plus, per quanto osservato, condivide la qualificazione che spetta alla FIN;

c) che, pur qualificandole come associazioni private, la legge di riordino ha mantenuto in capo alle Federazioni sportive nazionali lo svolgimento di compiti a «valenza pubblicistica» (art. 15, comma 1, d.lgs. n. 242 del 1999);

d) che esse sono soggette all'approvazione dei bilanci annuali da parte del Comitato olimpico, di competenza della Giunta nazionale di quest'ultimo ex art. 6 della detta legge di riordino (art. 15, comma 3, d.lgs. n. 242 del 1999);

e) che nell'esercizio delle attività «a valenza pubblicistica», di cui all'art. 23 dello statuto del C.O.N.I., esse «si conformano agli indirizzi e ai controlli del CONI ed operano secondo principi di imparzialità e trasparenza», benché tale valenza pubblicistica «non modifica l'ordinario regime di diritto privato dei singoli atti e delle situazioni giuridiche soggettive connesse» (art. 23, comma 1-bis, dello statuto);

f) che ciò depone a favore della loro qualificazione quali organismi di diritto pubblico ai fini della applicazione delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento di appalti e della conseguente sussistenza della giurisdizione del Tribunale adito;

g) che in tal senso si è pronunciato questo Tar con la sentenza n. 4100 del 2018 alle cui argomentazioni si rinvia ai sensi del combinato disposto dell'art. 60, dell'art. 74 e dell'art. 88, comma 2, lettera d) c.p.a.;

Rilevato, nel merito:

a) che la controinteressata risulta avere depositato il documento d'identità del legale rappresentante (v. all 10 dell'atto di costituzione di SSD Fin Plus srl);

b) che per la Oriana 72 il direttore tecnico è il legale rappresentante dell'impresa;

c) che comunque il requisito previsto a pena di esclusione non consiste nella nomina di un direttore tecnico diverso dal legale rappresentante, bensì nella produzione della documentazione amministrativa di cui alla Busta A;

d) che la lettera del bando non prevede alcuna esclusione in ipotesi di mancata opzione in ordine all'impegno a installare a propria cura e spese un sistema di controllo accessi a mezzo badge o, in alternativa, di usufruire dell'impianto che la Stazione appaltante intenda installare, trattandosi peraltro di un obbligo accessorio compatibile con un differimento alla fase esecutiva del contratto, come sembra suggerire la Stazione appaltante;

- e) che - trattandosi di opzione estranea all'offerta - non vi sarebbero state ragioni per ritenere che si sarebbe dovuta effettuare nel termine di presentazione delle domande;
- f) che, conclusivamente, le censure con cui viene contestata la mancata esclusione della prima classificata sono infondate, con conseguente improcedibilità per difetto di interesse delle censure con cui si censura la partecipazione della seconda classificata;
- g) che, con riguardo alle censure il cui accoglimento impone la riedizione della gara, è fondata la doglianza relativa alla violazione dei principi di trasparenza, pubblicità e non discriminazione per la mancata apertura della busta contenente l'offerta economica in seduta pubblica;
- h) che in conformità a quanto affermato nella pronuncia resa in Ad. Plen. del 31/07/2012, n. 31, "*I principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici comportano che, qualora all'aggiudicazione debba procedersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti vadano effettuate in seduta pubblica anche laddove si tratti di procedure negoziate, con o senza previa predisposizione di bando di gara, e di affidamenti in economia nella forma del cottimo fiduciario, in relazione sia ai settori ordinari che ai settori speciali di rilevanza comunitaria*";
- i) che il suddetto principio è stato anche più di recente affermato con riferimento a procedure caratterizzate da maggiore informalità rispetto alle procedure aperte, in particolare, ricordando che "*i principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici comportano che, qualora all'aggiudicazione debba procedersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti vadano effettuate in seduta pubblica anche laddove si tratti di procedure negoziate, con o senza predisposizione del bando di gara, e di affidamenti in economia nella forma del cottimo fiduciario*" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 731);
- l) che sulla circostanza l'Amministrazione resistente non ha smentito che l'unica seduta pubblica tenuta è stata quella di apertura della busta contenente la documentazione e di verifica della presenza delle buste chiuse contenenti le offerte;
- m) che dall'accoglimento della predetta censura, dedotta in via subordinata, previo assorbimento degli altri motivi, discende l'accoglimento del ricorso con il conseguente annullamento degli atti di gara e la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more stipulato con la controinteressata;
- n) che le spese di lite possono essere compensate attesa la mancanza di un orientamento consolidato in merito alla applicabilità del codice dei contratti negli appalti del tipo di quello *sub iudice*;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti di gara e dichiara l'inefficacia del contratto stipulato nelle more.

Spese compensate.

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

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

Francesco Arzillo, Presidente

Anna Maria Verlengia, Consigliere, Estensore

Francesca Petrucciani, Consigliere