

Deliberazione n. 76 Adunanza del 1 dicembre 2010

Oggetto : Procedura negoziata per l'appalto del servizio di vigilanza e di reception del centro ricerche ENEA di Portici - anni 2010 -2013.

Stazione Appaltante: ENEA Centro Ricerche Portici (Na)

Segnalante : Defender Security Agency s.r.l. di Salerno.

Riferimenti normativi : art.30 d.lgs. 163/06

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture del 10.11.2010.

Considerato in fatto

L'Istituto Defender Security Agency srl, quale concorrente alla procedura negoziata per l'affidamento del servizio di vigilanza e di reception del centro ricerche ENEA, in data 21.07.2010 ha segnalato il mancato rispetto del principio di pubblicità delle sedute di gara; in particolare la verifica dell'integrità e l'apertura dei plichi sarebbe avvenuta in seduta riservata, con conseguente incisione dei principi della pubblicità e della trasparenza, integrando un vizio del procedimento e la derivata invalidità degli atti di gara.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità, la stazione appaltante procedente, in data 6.10.2010, ha rappresentato quanto segue.

- Con determina n. 11/2010 del 12.05.2010 il Direttore del Centro Ricerche ha autorizzato l'espletamento della procedura negoziata senza preliminarmente pubblicazione di bando di gara, ai sensi dell'art. 20 comma 1, e dell'art. 27 del D.Lgs n. 163/2006 e s.m.i.. L'importo complessivo triennale è stato stimato in euro 848.535,00 IVA esclusa.
- Il disciplinare di gara prevedeva che l'aggiudicazione avvenisse ai sensi dell'art. 82, comma 2, lett. a) del Codice, secondo il criterio del prezzo più basso, e stabiliva la data della seduta pubblica per il solo sorteggio di cui all'art. 48, comma 1) del Codice dei Contratti. L'appalto veniva aggiudicato con determina dirigenziale n. 19 del 25.08.2020.
- Per ciò che attiene alla paventata violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara, la S.A. ha evidenziato che la disciplina applicabile nel caso in questione non prevede alcuna norma che obblighi ad assicurare la pubblicità delle sedute nella fase di verifica dei plichi e delle aperture delle offerte economiche, sottolineando che il servizio di vigilanza in quanto elencato nell'All. IIB del Codice, così come espressamente previsto dagli articoli 20 e 27, è in parte sottratto alla disciplina del Codice.
- A conferma della legittimità del proprio operato, il Responsabile del procedimento rinvia ad una pronuncia della giurisprudenza la quale avrebbe sancito la deroga, nel caso di una procedura negoziata, alla regola generale della pubblicità, segnatamente con riguardo al momento di aperture delle buste (Cons. Stato sez. V 17.09.2010 n. 6939; sez. VI, 4.11.2002 n. 6004).
- Quanto alle operazioni eseguite dalla Commissione di gara, tra cui quelle relative all'apertura dei plichi e della documentazione in essi contenuta, le stesse sono state svolte in seduta riservata, tranne per il solo sorteggio di cui all'art. 48, comma 1) del Codice dei Contratti, come è desumibile dal verbale n. 1 del 11.06.2010.

Ritenuto in diritto

Il caso in esame verte sulla disciplina inerente la pubblicità delle sedute di gara, nel segmento procedurale dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e la documentazione riguardante l'offerta economica.

Sul punto occorre evidenziare che si è sviluppata una costante giurisprudenza amministrativa sulla regola generale della pubblicità delle sedute di gara, che ne ha ravvisato l'origine direttamente nei principi di rango costituzionale del buon andamento ed imparzialità dell'intera attività amministrativa.

Il ricorrente orientamento giurisprudenziale, riconosce come principio inderogabile, siccome posto a presidio dei preminenti valori di trasparenza ed imparzialità delle operazioni della procedura, quello secondo cui in qualunque tipo di gara gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta devono svolgersi in seduta pubblica, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica (Cons. Stato: sez. VI, 22.04.2008 n. 1856, sez. IV, 8 ottobre 2007, n. 5217; sez. IV, 14 maggio 2007 n. 2426; sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1369; sez. V, 27 aprile 2006, n. 2370, 11 gennaio 2006, n. 28 e 30 agosto 2005, n. 3966; sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3030; sez. V, 16 marzo 2005, n. 1077, 11 febbraio 2005, n. 388, 18 marzo 2004, n. 1427 e 9 ottobre 2002, n. 5421).

Il detto principio di pubblicità delle gare pubbliche impone che il materiale documentario trovi

correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica, (Cons. Stato sez. VI, 18 dicembre 2006, n. 7578) rappresentando uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, affinché sia assicurato a tutti i concorrenti di assistere direttamente alla verifica di integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto (Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2007 n. 5354).

Ancora il giudice ricorda che per l'applicazione del principio di pubblicità delle sedute occorre distinguere tra le procedure di aggiudicazione automatica e quelle che richiedano una valutazione tecnico-discrezionale, per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione, sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici; per le prime la pubblicità delle sedute è generalmente totale, per consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare. (cfr. C.S., sez. V, 11 maggio 2007 n. 2355; 19 aprile 2007 n. 1790; 10 gennaio 2007 n. 45; sez. VI, 11 aprile 2006 n. 2012; sez. IV, 6 ottobre 2003 n. 5823).

Nondimeno, di segno non del tutto convergente con il citato orientamento è la recente sentenza del Cons. di Stato sez. V, 17 settembre 2010 n. 6939, che il RUP ha inteso richiamare, a detta della quale non è sempre illegittima l'apertura dei plichi in sede non pubblica.

Quanto alla possibilità di derogare dalla regola generale della pubblicità dell'apertura delle buste in caso di procedura negoziata, la giurisprudenza in un caso - riferendosi ad una procedura negoziata nei settori ex esclusi art. 12 del d.lgs. n. 158/1995, - ne ha sancito l'esenzione, in quanto solo questa procedura "conserva margini di snellezza e di elasticità che giustificano la sottrazione a regole formali operanti con riferimento alle gare sottoposte ad un più intenso tasso di pubblicità e di formalismo" (in tal senso si è espressa la citata decisione n. 6004/2002).

Quanto alle obiezioni della stazione appaltante, la quale sottolinea che il servizio in questione rispetto al Codice trova applicazione nei ristretti limiti indicati dagli artt. 20 e 27, occorre ricordare che ad avviso dei giudici amministrativi nessun rilievo può assumere la circostanza che la procedura ricada nell'ambito di applicazione di detto art. 20 in quanto è pacificamente riconosciuto che la riconducibilità del servizio oggetto dell'appalto all'allegato II B non esonera le amministrazioni aggiudicatrici dall'applicazione dei principi generali in materia di affidamenti pubblici desumibili dalla normativa comunitaria e nazionale (Tar Lombardia di Milano Sez. I, 11 gennaio 2010 n. 11).

Anche il rinvio da parte dell'art. 27 all'art. 2 comma 3, del Codice dei contratti conferma l'esigenza dei principi del Trattato che trovano ingresso tramite il rinvio alla legge 241/1990 contenuto nel citato comma 3 dell'art. 2 e sono direttamente applicabili.

La circostanza per cui, nei settori speciali, non è prevista alcuna forma di pubblicità delle sedute, non esclude il rispetto del principio di pubblicità che trova immediata applicazione, indipendentemente da una sua espressa previsione nell'ambito della lex specialis di gara, a nulla rilevando l'assenza di una prescrizione specifica in tal senso per le procedure "ristrette" e "negoziato" atteso che l'integrità delle buste è unicamente verificabile attraverso il rispetto della formalità sostanziale, ossia, l'apertura pubblica dei plichi, (Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 28).

Pertanto, nel caso di specie, anche ove il bando nulla avesse prescritto sul punto, l'apertura dei plichi avrebbe dovuto essere effettuata in seduta pubblica e non in seduta privata, come ha invece operato la Stazione Appaltante.

Ciò posto, quest'Autorità, con la Deliberazione n. 78 del 27. 03.2007, ha aderito alla linea per cui il principio di pubblicità delle sedute di gara è la principale manifestazione della trasparenza amministrativa e costituisce un'essenziale garanzia partecipativa dei concorrenti, la quale contribuisce a qualificare un procedimento di evidenza pubblica come "giusto" e rispettoso della par condicio (Cons. Stato, sez. V, 16/6/2005 n. 3166).

Ulteriore trattazione merita la modalità di affidamento adottata per tali servizi, in quanto elencati nell'allegato II B e di importo superiore alla soglia indicata nell'art. 28 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.. Come evidenziato nel Comunicato del Presidente dell'Autorità 30 novembre 2007, tali servizi sono menzionati, insieme ad altri, nella "Comunicazione interpretativa per l'aggiudicazione degli appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della U.E. del 1° agosto 2006, n. C 179.

In detta Comunicazione la Commissione U.E. fornisce ulteriori e più precise indicazioni sulle modalità di affidamento degli appalti in questione, da cui si ricava una più completa disciplina rispetto a quanto sancito dal citato art. 27 del Codice dei contratti pubblici.

In particolare, è stata indicata l'esigenza che gli affidamenti siano preceduti da "un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione" con l'indicazione di alcune modalità per il rispetto di tale regola.

Ciò posto le Stazioni appaltanti, sono invitate, quando in particolare affidano servizi compresi nell'allegato II B al Codice dei contratti pubblici il cui importo superi la soglia di applicazione della normativa comunitaria, ad osservare le indicazioni fornite con detta Comunicazione interpretativa, soprattutto per quanto riguarda le forme di pubblicità da adottare, che devono essere improntate al criterio di ampia diffusione ed adeguatezza.

A tal fine, il comunicato indica la necessità che l'affidamento sia preceduto dalla pubblicazione di avviso o bando sul sito informatico della stazione appaltante, sui siti informatici di cui al D.M. n. 20 del 6 aprile 2001 e sui quotidiani, non escludendo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e su quella della Unione europea per appalti di consistente rilevanza economica.

In base a quanto considerato

Il Consiglio

- rileva che la procedura posta in essere dalla Stazione Appaltante non risulta conforme ai principi di trasparenza e pubblicità enunciati nell'art. 2 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i. che devono presiedere all'esplicazione dell'attività amministrativa in materia di pubbliche gare;
- rileva che la modalità di affidamento attivata dalla Agenzia appaltante con procedura negoziata - senza previa pubblicazione di un bando di gara - per servizi di importo superiore alla soglia di rilievo comunitario, non è allineata alle indicazioni fornite dalla U.E;
- dispone l'invio da parte della Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture della presente deliberazione alla stazione appaltante ed all'esponente, ai sensi e per gli effetti dell'art. 7 del Regolamento in materia di vigilanza e accertamenti ispettivi (GU n. 80 del 6.4.2009).

Il Consigliere Relatore: Giuseppe Borgia

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 dicembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito