

N. 00031/2012REG.PROV.COLL.

N. 00027/2012 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello nr. 27 di A.P. del 2012, proposto da I-FABER S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Gattamelata e Franco F. Maccabruni, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via di Monte Fiore, 22,

contro

BRAVOSOLUTION S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Luca Leone, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via Appennini, 46,

nei confronti di

FERSERVIZI S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita,

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del TAR del Lazio, Sezione Terza-ter, n. 6899/08 del 10 giugno 2008, pubblicata il 18 luglio 2008 e notificata il 31 ottobre 2008 a mezzo del servizio postale, che ha accolto il ricorso n. 1351/2008 promosso da Bravosolution S.p.a. e nei confronti di I-Faber S.p.a.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Bravosolution S.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalla appellante (in date 1 marzo e 1 giugno 2012) e da Bravosolution S.p.a. (in date 1 marzo, 1 giugno e 7 giugno 2012) a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2012, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi gli avv.ti Gattamelata e Maccabruni per la appellante e l'avv. Leone per la appellata Bravosolution S.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società I-Faber S.p.a., odierna appellante, ha partecipato a una procedura negoziata con bando di gara indetta da Ferservizi S.p.a. per l'affidamento di servizi informatici, classificandosi al primo posto in graduatoria.

2. Gli atti della procedura sono stati impugnati dalla terza graduata, Bravosolution S.p.a., con ricorso che il Tribunale amministrativo regionale del Lazio ha accolto, dopo aver respinto le preliminari eccezioni di tardività dell'impugnazione sotto diversi profili, ritenendo fondata e

assorbente la censura di violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara (considerato estensibile anche alle procedure negoziate).

3. Avverso tale sentenza, ha proposto appello l'originaria aggiudicataria sulla base dei seguenti motivi:

I) erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 ("Istituzione dei tribunali amministrativi regionali") anche in relazione all'art. 11, comma 8, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"): con riferimento alla reiezione dell'eccezione di tardività dell'impugnazione, dovendo assumersi quale dies a quo del relativo termine la comunicazione dell'aggiudicazione effettuata ai sensi dell'art. 79, comma 5, lettera a), del citato d.lgs. n. 163 del 2006 e non – come fatto dal primo giudice – la conclusione della verifica dei requisiti di cui all'art. 11, comma 8, del medesimo decreto;

II) erroneità e irragionevolezza della sentenza in relazione alla decisione sull'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione della lettera di invito e insufficiente e contraddittoria motivazione sul punto: con riferimento alla reiezione della preliminare eccezione di inammissibilità dell'impugnazione per non avere la ricorrente immediatamente gravato la *lex specialis* di gara nella parte in cui non prevedeva l'apertura delle buste in seduta pubblica;

III) erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione delle norme in materia di procedure di selezione negoziate da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nei settori c.d. speciali e insufficiente e contraddittoria motivazione sul punto: con riferimento all'accoglimento della censura relativa all'essere avvenuta l'apertura delle buste contenenti le offerte in seduta non pubblica.

Per resistere all'appello, si è costituita l'originaria ricorrente Bravosolution S.p.a., la quale ha diffusamente argomentato a sostegno dell'infondatezza dell'appello, instando per la conferma della sentenza impugnata.

4. Con ordinanza nr. 2633 depositata in data 8 maggio 2012, la Sezione Sesta di questo Consiglio di Stato ha rimesso all'adunanza plenaria tre questioni di diritto, individuate in relazione a ciascuno dei motivi di appello sopra richiamati.

In primo luogo, essendo la presente vicenda anteriore all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, e pertanto essendo inapplicabile *ratione temporis* la previsione oggi contenuta nell'art. 120, comma 5, di detto Codice, si è ritenuto potesse sussistere dubbio in ordine alla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione da parte dei non aggiudicatari: potendo ritenersi, in linea con la prevalente giurisprudenza, che questo decorra dalla ricevuta comunicazione o dalla piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva, ovvero, come nella sentenza oggetto dell'odierno gravame, dal momento in cui detta aggiudicazione diviene efficace all'esito della procedura di verifica dei requisiti di cui all'art. 11, comma 8, d.lgs. n. 163 del 2006.

In secondo luogo, premesso che nella specie la lettera d'invito non sembrava contenere disposizioni espresse in ordine alla natura pubblica o riservata delle sedute di gara, la Sezione ha ritenuto in ogni caso, per l'ipotesi in cui si ritenesse invece che la *lex specialis* fornisse indicazioni sul punto, di devolvere alla plenaria la questione se debba mantenersi fermo il pregresso orientamento che impone l'immediata impugnazione del bando di gara nelle sole ipotesi di clausole c.d. escludenti (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 23 giugno 2003, nr. 1).

Sul punto, come già fatto in precedente ordinanza di rimessione, la Sezione ha espresso il proprio avviso favorevole a una generalizzazione dell'immediata impugnabilità dei bandi di gara, evidenziando le ricadute positive di tale soluzione.

Infine, evidenziando i contrastanti orientamenti sul punto, è stato posto all'adunanza plenaria il quesito – anche alla luce delle considerazioni di recente svolte in proposito dalla stessa plenaria (cfr. sent. 28 luglio 2011, nr. 13) – se il principio di pubblicità delle sedute di gara, con riferimento all'apertura delle buste contenenti le offerte e alla verifica della documentazione in esse contenuta, si applichi anche ai settori speciali e, segnatamente, alle procedure negoziate, con e senza bando, nei settori speciali, nonché alle procedure negoziate, con e senza bando, nei settori ordinari e agli affidamenti in economia nei settori ordinari e speciali.

5. Trasmessi gli atti a questa adunanza plenaria, entrambe le parti costituite hanno depositato memorie con le quali hanno espresso il proprio avviso in ordine alle questioni controverse, ciascuna insistendo nelle conclusioni precedentemente rassegnate.

6. All'udienza del 18 giugno 2012, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In ordine logico, la prima questione da esaminare è quella – connessa al primo motivo dell'appello proposto da I-Faber S.p.a. – dell'individuazione del dies a quo del termine di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva.

Nella specie, malgrado risultasse per tabulas che l'impugnazione di primo grado fosse tardiva rispetto alla comunicazione dell'aggiudicazione inoltrata alla ricorrente Bravosolution S.p.a. a mezzo fax ai sensi dell'art. 79, comma 5, lettera a), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (“Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”), il TAR adito ha condiviso l'impostazione di parte ricorrente secondo cui il ricorso andava considerato tempestivo, dovendo farsi decorrere il termine per impugnare non già dalla predetta comunicazione, ma dalla data successiva in cui l'aggiudicazione definitiva ha acquistato efficacia ai sensi dell'art. 11, comma 8, dello stesso d.lgs. n. 163 del 2006, a seguito dell'esito positivo della verifica sul possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicataria.

Al riguardo la Sezione remittente, pur dando atto che la consolidata giurisprudenza era orientata per la prima delle esposte soluzioni, ha però rilevato come potesse permanere un margine di dubbio in proposito con riguardo alle vicende anteriori alle modifiche normative più recentemente intervenute.

2. In effetti, la questione sollevata dalla Sezione Sesta con l'ordinanza di rimessione pone due interrogativi distinti e connessi:

a) premesso che il Codice degli appalti ha “positivizzato” la distinzione, già nota alla prassi, tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva, a quale di queste faccia riferimento il citato comma 5 dell'art. 79 nel disciplinare la comunicazione che la stazione appaltante è tenuta a trasmettere ai concorrenti non aggiudicatari;

b) quale sia il rapporto, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione, tra detta comunicazione e la successiva verifica dei requisiti, al cui esito positivo l'art. 11, comma 8, espressamente ricollega l'efficacia della aggiudicazione definitiva.

Per vero, come evidenziato nella stessa ordinanza di rimessione, entrambe le questioni hanno oggi ricevuto soluzione per effetto della normativa sopravvenuta: infatti, per un verso il comma 5 dell'art. 79 è stato oggetto di modifica per opera del decreto legislativo 20 marzo 2010, nr. 53 ("Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici"), con l'introduzione dell'espressa precisazione che oggetto della comunicazione debba essere l'aggiudicazione "definitiva"; dall'altro lato, l'art. 120, comma 5, cod. proc. amm. ha espressamente ancorato il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione alla comunicazione de qua.

Ciò premesso, ed anticipando quelle che saranno le conclusioni di questa adunanza plenaria, può affermarsi che entrambe le innovazioni legislative da ultimo richiamate, ancorché ratione temporis inapplicabili alla vicenda che qui occupa, sono espressione di principi pacificamente validi già nell'assetto normativo previgente.

2.1. Innanzi tutto, se si conviene nel ritenere che la ratio delle comunicazioni disciplinate dal più volte citato art. 79 sia quella di realizzare un effetto di conoscenza legale delle determinazioni rilevanti adottate dal seggio di gara – e, per quanto qui rileva, dell'aggiudicazione – in capo ai concorrenti, ne discende che, già prima e indipendentemente dalle precisazioni introdotte dalla novella del 2010, l'oggetto della previsione di cui alla lettera a) del comma 5 della norma non potesse non essere proprio l'aggiudicazione definitiva, in quanto unico atto conclusivo della procedura selettiva in relazione al quale sorge un onere di tempestiva impugnazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari.

Tale conclusione, del resto, è coerente con il consolidato indirizzo che ha sempre qualificato l'aggiudicazione provvisoria come un mero atto endoprocedimentale, la cui autonoma impugnabilità si riconnette a una mera facoltà, e giammai a un onere, del concorrente non aggiudicatario (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. III, 4 novembre 2011, n. 5866; Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2011, n. 3671; id., 6 luglio 2002, n. 3717; id., 7 ottobre 2008, n. 4854), ed è comunque condizionata, ai fini della sua procedibilità, alla tempestiva impugnazione con motivi aggiunti anche dell'aggiudicazione definitiva che successivamente intervenga (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482; Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2008, n. 5485; Cons. Stato, sez. VI, 18 marzo 2003, n. 1417).

Pertanto, proprio in quanto deve ritenersi pacifico che la comunicazione de qua debba avere sempre a oggetto la sola aggiudicazione definitiva, ne risulta svalutato uno degli argomenti sui quali l'odierna appellata ha sostenuto nel presente giudizio la correttezza della propria scelta di non proporre il proprio ricorso nel termine di sessanta giorni dalla ricevuta comunicazione ex art. 79: e, cioè, l'affermazione che dal tenore di detta comunicazione, pervenuta a mezzo fax, non fosse dato comprendere se essa concernesse l'aggiudicazione provvisoria o quella definitiva.

2.2. Passando al secondo dei punti problematici più sopra individuati, nel condividere le conclusioni del giudice di prime cure, che ha ritenuto di far decorrere il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione non già dalla comunicazione suindicata, ma dal successivo momento dell'esito positivo della verifica sul possesso dei requisiti di gara compiuta ai sensi dell'art. 11, comma 8, d.lgs. n. 163 del 2006, la parte odierna appellante sviluppa due argomentazioni fondamentali:

- da un lato, l'aggiudicazione definitiva diverrebbe lesiva per le imprese non aggiudicatriche solo nel momento in cui, per espressa previsione normativa, essa acquista efficacia legittimando la successiva stipulazione del contratto di appalto, con la conseguenza che solo in tale momento sorgerebbe l'interesse a impugnare l'aggiudicazione stessa (il rilievo è supportato anche dal richiamo di giurisprudenza in tema di interesse all'impugnazione di atti soggetti a controllo

successivo, laddove non si è mai dubitato che è solo all'esito positivo del controllo che si ricollega l'efficacia del provvedimento, e quindi la sua lesività);

- in secondo luogo, e correlativamente, sussisterebbe in ogni caso, a prescindere dalle previsioni dell'art. 79, un obbligo della stazione appaltante (nella specie non osservato) di comunicare alle imprese non aggiudicatrici anche gli esiti della verifica di cui all'art. 11, comma 8, in modo da evitare che le stesse risultino onerate di un quotidiano "monitoraggio" delle attività dell'Amministrazione successive all'aggiudicazione, al fine di acquisire elementi di conoscenza comunque rilevanti ai fini della persistenza del loro interesse all'impugnazione.

2.2.1. Per quanto concerne il primo aspetto, questa adunanza plenaria osserva che il richiamo alla fattispecie dell'atto la cui efficacia sia subordinata a controllo successivo non appare del tutto pertinente alla vicenda che qui interessa, peculiari essendo le caratteristiche dell'aggiudicazione definitiva e dei suoi effetti.

Infatti, mentre non è seriamente dubitabile che la verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario costituisca a mente del più volte citato art. 11, comma 8, condizione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva rispetto alla successiva stipulazione del contratto d'appalto, al tempo stesso non è esatto che quest'ultima, siccome atto conclusivo della procedura selettiva, non sia suscettibile di produrre effetti giuridici rilevanti già prima di detta verifica e indipendentemente da essa: ciò che connota la vicenda in esame in modo ben diverso da quella in cui ad essere condizionata a un controllo successivo sia l'efficacia generale del provvedimento nei confronti di tutti i suoi destinatari (ipotesi nella quale, peraltro, non si dubita che un'impugnazione proposta prima del sopravvenire del controllo sarebbe addirittura inammissibile per difetto di interesse).

Più specificamente, l'aggiudicazione definitiva da un lato fa sorgere in capo all'aggiudicatario una aspettativa – della quale in questa sede non rileva la precisa qualificazione giuridica – alla stipulazione del contratto di appalto, che è ex lege subordinata all'esito positivo della verifica; nel contempo, il medesimo atto produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della stazione appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del "bene della vita" rappresentato dall'aggiudicazione della gara.

L'opposto avviso, che ricolleggi la lesività delle determinazioni della stazione appaltante, anche per i concorrenti non aggiudicatari, solo all'esito positivo della verifica dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario, porterebbe all'assurda conseguenza di attribuire all'aggiudicazione definitiva una diversa valenza provvedimentale (e una diversa attitudine lesiva) a seconda che la verifica suindicata sia condotta dopo la conclusione della gara, secondo il modello dell'art. 11, comma 8, e dell'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, ovvero – come pure può accadere – sia stata già effettuata in un momento anteriore, essendo stata l'impresa poi risultata aggiudicataria sorteggiata fra i concorrenti da sottoporre a verifica "a campione" ai sensi del primo comma del medesimo art. 48; nel primo caso, l'impugnabilità dell'aggiudicazione definitiva sarebbe differita all'esito della verifica, mentre nel secondo caso sarebbe immediata.

Siffatte conclusioni, ad avviso di questa Adunanza, al di là degli inconvenienti pratici cui possono dar luogo, urtano con la logica complessiva del sistema normativo incentrato sull'individuazione dell'aggiudicazione definitiva come atto conclusivo del procedimento di gara.

2.2.2. Con riferimento, poi, agli obblighi di informazione incombenti alla stazione appaltante, anche su tale aspetto ha inciso il già richiamato d.lgs. n. 53 del 2010, il quale però, lungi dall'introdurre un obbligo di comunicare ai concorrenti non aggiudicatari gli esiti della verifica ex art. 11, comma 8,

ha piuttosto aggiunto al comma 5 dell'art. 79 due nuove previsioni, imponendo alla stazione appaltante di comunicare sempre agli altri concorrenti la data di avvenuta stipulazione del contratto di appalto (lettera b-ter) ovvero la decisione di non procedere ad aggiudicazione (lettera b-bis).

3. Alla luce dei rilievi fin qui svolti, risulta evidente la tardività del ricorso di primo grado e quindi la fondatezza del primo motivo di appello, con conseguente assorbimento degli ulteriori motivi di impugnazione della sentenza in epigrafe, dovendo addivenirsi a integrale riforma della stessa con la declaratoria di irricevibilità del ricorso introduttivo.

4. Tuttavia, l'adunanza plenaria deve porsi il problema della possibilità di una decisione anche sulle altre questioni di diritto sollevate nell'ordinanza di rimessione, ai sensi dell'art. 99, comma 5, cod. proc. amm.

4.1. Principiando dalla questione, connessa al secondo motivo d'appello, della latitudine da riconoscere all'immediata impugnabilità della *lex specialis* di gara, il Collegio reputa di non potersi pronunciare su di essa.

Infatti, da un sia pur sommario esame degli atti emerge – come peraltro prospettato nella stessa ordinanza di rimessione - la palese infondatezza dell'eccezione di inammissibilità sollevata in primo grado a cagione della mancata impugnazione nei termini della lettera di invito della gara per cui è causa.

Tale lettera, per vero, non conteneva alcuna esplicita previsione in ordine alla natura pubblica o riservata delle operazioni della Commissione aggiudicatrice, limitandosi a stabilire che questa avrebbe fissato, ai fini dell'apprezzamento delle caratteristiche tecniche delle offerte contrattuali, “un calendario di incontri con i concorrenti per l'esecuzione del test funzionale della piattaforma di e-sourcing proposta”; tale disposizione solo arbitrariamente può essere interpretata nel senso di stabilire, a contrario, che invece tutte le altre attività della Commissione si sarebbero dovute svolgere necessariamente in seduta riservata (ché, anzi, la previsione degli “incontri” assumeva rilievo soprattutto in ragione dell'evidente considerazione che questi avrebbero dovuto essere separati, come da apposito “calendario”, per ovvie ragioni di tutela del know how portato dalle imprese partecipanti).

Pertanto, il vizio individuato dal primo giudice, consistito nell'aver svolto in seduta riservata tutte le operazioni di apertura delle buste preliminari alla valutazione delle offerte tecniche, va ascritto ad autonome determinazioni della Commissione aggiudicatrice e non alle prescrizioni della *lex specialis* di gara.

Ne discende che non può esservi spazio alcuno per un'applicazione della previsione di cui al comma 5 dell'art. 99 cod. proc. amm., la quale, nel disciplinare la facoltà dell'adunanza plenaria di decidere la questione di diritto “nell'interesse della legge”, postula pur sempre che questa abbia una astratta rilevanza originaria ai fini della decisione della res controversa, rispetto alla quale le vicende indicate dalla disposizione (declaratoria di irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, estinzione del giudizio) si pongano come preclusive della sola decisione di merito.

4.2. Al contrario, l'adunanza plenaria ritiene di dover esprimersi in ordine alla terza questione di diritto devoluta dalla Sezione Sesta, in relazione alla violazione del principio di pubblicità delle gare che ha costituito la ragione dell'accoglimento nel merito del ricorso di primo grado.

Al riguardo, nell'ordinanza di remissione si chiede di precisare l'ambito di estensione dei principi già enunciati dalla plenaria nella sentenza nr. 13 del 28 luglio 2011, esaminando in particolare il

“regime”, quanto alla fase dell’apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, delle procedure selettive relative ai c.d. settori speciali, e inoltre delle procedure negoziate con e senza previa predisposizione di bando, nei settori sia ordinari che speciali, nonché degli affidamenti in economia in entrambe le categorie di settori.

Ciò premesso, la risposta di questa Adunanza al quesito in ordine all’applicabilità o meno del principio di pubblicità delle operazioni di gara è affermativa, nel senso che al detto principio – sia pure con le precisazioni che saranno fatte subito appresso – va assicurata la massima latitudine applicativa.

Innanzitutto, con riguardo alla generale disciplina degli appalti nei settori speciali di rilevanza comunitaria, va rilevato che l’art. 206 del d.lgs. n. 163 del 2006, nell’elencare le norme del Codice dei contratti pubblici dettate per i settori ordinari che sono applicabili anche alle procedure relative ai settori speciali, opera tra l’altro un richiamo generalizzato alla parte I dello stesso decreto, rendendo quindi de plano applicabili i principi generali indicati all’art. 2, fra i quali vi è appunto quello di pubblicità.

Del resto, la conclusione della tendenziale estensibilità anche ai settori speciali di norme e principi dettati per i settori ordinari risulta coerente con l’impostazione generale della normativa comunitaria in subiecta materia, come articolata nelle direttive nn. 17 e 18 del 2004, la quale, secondo una felice formulazione dottrinale, ha innovato rispetto alla disciplina previgente nel senso che oggi il rapporto fra normativa comunitaria dei settori speciali e quella dei settori ex “esclusi” si pone in termini di specialità, e non più di eccezione.

Ne discende che risulta condivisibile quell’orientamento giurisprudenziale, soprattutto di primo grado, che ha considerato certamente applicabile anche ai settori speciali il principio di pubblicità nella sue varie manifestazioni, senza che a tale fine occorra una specifica previsione della *lex specialis* di gara.

Tanto premesso, i possibili dubbi interpretativi prospettabili in relazione alle procedure negoziate ed agli affidamenti in economia – ben evidenziate dall’*ondivaga* e contraddittoria giurisprudenza richiamata nell’ordinanza di rimessione – con tutta evidenza dipendono, da un lato, dalla maggiore speditezza e flessibilità che connota la ratio stessa della previsione di siffatte procedure, e per altro verso dal fatto che il citato art. 2, al comma 1, nell’individuare il principio di pubblicità tra i principi che le stazioni appaltanti sono tenute a rispettare aggiunge che tale rispetto deve essere assicurato “con le modalità indicate dal presente codice”: precisazione dalla quale è legittimo inferire che il principio de quo è suscettibile di essere diversamente declinato, e quindi di subire deroghe o attenuazioni, in ragione del perseguimento di altri interessi e valori aventi almeno pari rilevanza e dignità (è precisamente questa, ad esempio, la ratio per la quale pacificamente si reputa legittimo, nelle procedure da aggiudicare col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, che l’esame e la valutazione delle offerte tecniche avvenga in seduta riservata).

Malgrado ciò, non può obliterarsi che il principio in esame, con le sue puntuali applicazioni, costituisce a sua volta corollario del più generale principio di trasparenza direttamente ricollegabile alle esigenze di tutela della concorrenza e di corretto funzionamento del mercato che costituiscono la base stessa della disciplina comunitaria in subiecta materia; ciò è evidente, nella direttiva 2004/18/CE (“Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi”), non solo nella previsione generalissima contenuta all’art. 3 (“Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza”), ma anche già dal suo secondo considerando, laddove si afferma: “L’aggiudicazione

degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza”.

4. Alla luce dei rilievi che precedono, non può negarsi che le esigenze di informazione dei partecipanti alla gara a tutela dei ricordati principi di trasparenza e par condicio, richiamate nella citata decisione n. 13 del 2011 di questa plenaria a sostegno della necessità che l’apertura delle buste contenenti le offerte tecniche avvenga in seduta pubblica, si pongano in termini sostanzialmente identici anche in relazione alle procedure negoziate, pur nel rispetto delle peculiarità riconosciute a queste ultime dal legislatore in piena coerenza col complesso dei principi appena richiamati.

Più specificamente, la necessità che si svolga pubblicamente la fase procedimentale consistente nell’accertamento di quali e quante siano le offerte da esaminare, nonché nella verifica dello “stato di consistenza” di esse (e, cioè, di quali e quanti siano i documenti prodotti e allegati da ciascun concorrente ammesso alla procedura) si pone in tutti i casi in cui, per effetto di disposizioni di legge o della *lex specialis* ove esistente, risulti in qualche modo “procedimentalizzata” la fase dell’acquisizione delle offerte tecniche delle imprese interessate, con l’indicazione di prescrizioni sui tempi e le modalità di presentazione delle stesse e sui loro contenuti.

Così, nell’ipotesi di cui all’art. 56 (procedure negoziate previa pubblicazione di bando di gara) sarà evidentemente la stessa *lex specialis* a disciplinare le materie suindicate, mentre nel caso di cui all’art. 57 (procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara) è la stessa norma, al comma 6, a introdurre la “procedimentalizzazione” della fase de qua, laddove dispone che: “...Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta”.

Esigenze non diverse si pongono in relazione agli affidamenti in economia disciplinati dall’art. 125 del Codice, e segnatamente al cottimo fiduciario, che viene espressamente definito come una “procedura negoziata” (comma 4) e per il quale è esplicitato l’assoggettamento delle relative procedure ai principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento (commi 8 e 11).

In tutti questi casi, la necessità di assicurare il controllo sul rispetto da parte della stazione appaltante delle regole che la stessa è tenuta a rispettare, *ex lege* o sulla scorta delle sue stesse pregresse determinazioni, comporta che la fase dell’accesso delle offerte e dei documenti connessi nella disponibilità dell’Amministrazione, in vista delle successive valutazioni tecniche ed economiche, debba sempre svolgersi pubblicamente.

Resta pacifico, in ogni caso, che nelle ipotesi testé richiamate l’obbligo di seduta pubblica va rigorosamente circoscritto alla suindicata fase di verifica preliminare alla valutazione delle offerte, restandone esclusa la successiva fase di negoziazione, per la quale il legislatore ha stabilito che il rispetto del principio di trasparenza vada garantito con diverse modalità: ad esempio, assicurando la non discriminazione e la parità di trattamento fra gli offerenti coinvolti in tale fase (art. 56, comma 2) ovvero rispettando principi di concorrenza e rotazione nella scelta dei propri interlocutori (art. 57, comma 6, primo periodo).

Del pari pacifico, per quanto si è più sopra rilevato, è che gli evocati principi sono destinati a trovare applicazione, nei limiti tracciati e con le precisazioni fatte, con riguardo sia ai settori ordinari che a quelli speciali.

5. In conclusione, l'adunanza plenaria ritiene di dover enunciare i seguenti principi di diritto:

I) Anche per le gare d'appalto indette in epoca anteriore all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva da parte dei concorrenti non aggiudicatari inizia a decorrere dal momento in cui essi hanno ricevuto la comunicazione di cui all'art. 79, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 163 del 2006, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la stazione appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 11, comma 8, dello stesso decreto.

II) 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 col 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.

6. In considerazione della complessità e della novità delle questioni esaminate, può disporsi l'integrale compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara irricevibile il ricorso di primo grado, previa enunciazione dei principi di diritto anche ai sensi dell'art. 99, comma 5, cod. proc. amm., nei termini di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente del Consiglio di Stato

Giorgio Giovannini, Presidente aggiunto del Consiglio di Stato

Gaetano Trotta, Presidente di sezione

Pier Giorgio Lignani, Presidente di sezione

Stefano Baccharini, Presidente di sezione

Alessandro Botto, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

L'ESTENSORE IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/07/2012

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione