



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3404 del 2007, proposto da C.N.R. - Istituto di tecnologie industriali ed automazione, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

V.C.M. - Vigilanza Città di Milano s.p.a.;

nei confronti di

All System s.p.a.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZIONE I n. 335/2007, resa tra le parti, concernente procedura negoziata per affidamento servizio di vigilanza

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 novembre 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e udito per l'appellante l'avvocato dello Stato D'Ascia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il C.N.R. (Istituto di tecnologie industriali e automazione) indiceva una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di vigilanza presso la sede dell'Istituto, con lettera di invito del 5 ottobre 2006. Il servizio aveva la prevista durata di un anno e l'importo a base di gara era di circa 100.000 euro.

2. La società V.C.M. Vigilanza Città di Milano s.p.a., che riceveva la lettera invito, e che non risultava aggiudicataria, con ricorso al Tar Lombardia – Milano, impugnava:

- la lettera di invito;
- la nota 25 ottobre 2006, con cui le veniva comunicato di non essere aggiudicataria;
- il provvedimento di aggiudicazione, di estremi sconosciuti;
- ogni altro atto connesso e conseguente, ivi compreso il contratto eventualmente stipulato.

2.1. La società lamentava:

- la violazione delle norme e principi in materia di pubblicità della gara, atteso che non sarebbero avvenute in seduta pubblica l'apertura dei plichi contenenti le offerte economiche e il sorteggio per l'aggiudicazione;
- la violazione degli artt. 11 e 79 del codice appalti, risultando omessa la comunicazione dell'aggiudicazione con indicazione delle caratteristiche e dei vantaggi dell'offerta aggiudicataria e del nome dell'aggiudicatario, almeno trenta giorni prima della stipulazione del contratto.

2.2. L'Amministrazione controdeduceva che la gara si era svolta in applicazione del regolamento del CNR per i lavori, forniture e servizi in economia, d.p. 3 febbraio 1997, che non prevede la pubblicità della gara; pertanto la ricorrente avrebbe dovuto impugnare tale regolamento.

3. Il Tar con la sentenza in epigrafe ha disatteso l'eccezione dell'Amministrazione e ha accolto in parte il ricorso osservando che:

- il citato regolamento del CNR per gli affidamenti in economia sarebbe estraneo alla legge di gara, non essendo in essa menzionato;
- la pubblicità delle sedute di gara è un principio direttamente applicabile anche se non è previsto dalla *lex specialis* di gara, ed applicabile anche nel caso di trattativa privata;
- risultano anche violati gli artt. 11 e 79, codice appalti, non avendo l'amministrazione comunicato il nome dell'aggiudicatario ai concorrenti che seguono in graduatoria e avendo stipulato il contratto prima di 30 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione;
- il contratto resta valido, non propagandosi ad esso in via diretta la caducazione per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione;
- la domanda risarcitoria non è matura per la decisione, potendosi verificare la sussistenza o meno di un danno solo all'esito delle ulteriori determinazioni dell'Amministrazione.

4. Ha proposto appello l'Amministrazione, ritualmente e tempestivamente notificato e depositato.

4.1. La controparte non si è costituita in giudizio.

4.2. La causa è stata chiamata all'udienza di discussione del 20 aprile 2012. A detta udienza è stato disposto il rinvio all'udienza del 27 novembre 2012, occorrendo attendere la pronuncia dell'adunanza plenaria sulla questione di diritto oggetto del presente appello, deferita alla plenaria in altro giudizio.

Nelle more tra dette due udienze è stata pubblicata la decisione della adunanza plenaria 31 luglio 2012, n. 31.

5. In difetto di appello incidentale, devono intendersi passati in giudicato i capi di sentenza sfavorevoli alla ricorrente in primo grado (diniego delle domande volte alla dichiarazione di caducazione del contratto e alla condanna al risarcimento del danno).

6. Con il primo motivo di appello si contesta il capo di sentenza che ha accolto il primo motivo del ricorso di primo grado.

6.1. Si assume che nel caso di specie si applicava il regolamento sugli affidamenti in economia del CNR, che non prevede la pubblicità delle operazioni di gara.

Inoltre la pubblicità non sarebbe stata necessaria trattandosi di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

6.2. Il mezzo va respinto.

La procedura si è svolta nel vigore del codice appalti (d.lgs. n. 163/2006), che ha valore di *ius superveniens* rispetto al regolamento del CNR, e che prevale su di esso.

In materia di affidamenti in economia, l'art.125 d.lgs. n. 163/2006 impone il rispetto del principio di trasparenza, di cui costituisce espressione la pubblicità delle sedute di gara (Cons. St., ad. plen., 28 luglio 2011, n. 13), che costituisce, secondo la giurisprudenza, un principio applicabile anche alle procedure negoziate nei settori ordinari (Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008 n. 901; Cons. St., sez. III, 3 marzo 2011 n. 1369).

L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che i principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici si estendono anche alle procedure negoziate, con o senza previa predisposizione di bando di gara, e persino agli affidamenti in economia nella forma del cottimo fiduciario, in relazione sia ai settori ordinari che ai settori speciali di rilevanza comunitaria (Cons. St., ad. plen., 31 luglio 2012, n. 31).

Inoltre, anche quando il criterio è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si applica la pubblicità delle sedute per le attività preliminari, diverse dalla valutazione vera e propria delle offerte tecniche (Cons. St., ad. plen., 28 luglio 2011, n. 13; Id., 31 luglio 2012, n. 31).

7. Con il secondo motivo di appello, si contesta il capo di sentenza che ha ritenuto violati gli artt. 11 e 79 codice appalti, lamentandosi che tali disposizioni riguarderebbero solo gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

7.1. Il mezzo è infondato.

Gli artt. 11 e 79 codice appalti sono di generale applicazione, anche agli appalti sotto soglia e agli affidamenti in economia, secondo quanto si desume dall'art. 121, comma 1, codice appalti.

8. In conclusione l'appello va respinto.

Non si fa luogo a pronuncia sulle spese del secondo grado, in difetto di costituzione della parte appellata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 3404 del 2007, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla per le spese del secondo grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/12/2012

IL SEGRETARIO

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