

N. 02501/2014REG.PROV.COLL.

N. 08937/2012 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8937 del 2012, proposto da:

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Dip. Trasporti, Navigazione e Sistemi Informativi e Statistici, Com. Centr.  
Albo Naz. Pers. Fisiche e Giurid. Che Esercitano Autotrasporto Per Conto di Terzi, in persona dei rispettivi legali  
rappresentanti in carica, tutti rappresentati e difesi dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla  
Via dei Portoghesi n. 12, sono ope legis domiciliati;

contro

Sos Genesi Net Srl, in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dall'avv. Fabio Malecchi, con  
domicilio eletto presso Simonetta Rotondi in Roma, largo Alfonso Favino N. 33; Izi Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. del LAZIO – Sede di ROMA- SEZIONE III TER n. 09506/2012, resa tra le parti, concernente  
affidamento del servizio di supporto al responsabile del procedimento del comitato centrale dell'albo nazionale delle  
persone fisiche e giuridiche che esercitano l'autotrasporto per conto terzi

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sos Genesi Net Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2014 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti l' Avvocato dello  
Stato Isabella Bruni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con il ricorso di primo grado corredato da motivi aggiunti era stato chiesto dalla società odierna appellata l'annullamento

del diniego di accesso ai documenti opposto dall'amministrazione appellante (avendo la società appellata proposto ricorso ex art. 116 c.p.a.) nonché della gara per l'affidamento del servizio di supporto al responsabile del procedimento del Comitato Centrale dell'Albo nazionale delle persone fisiche e delle persone giuridiche che esercitano l'autotrasporto per conto terzi.

La originaria ricorrente aveva prospettato numerose doglianze di violazione di legge ed eccesso di potere.

Aveva premesso di aver svolto lo stesso servizio, quale vincitrice di precedente gara, fino al 31 gennaio 2012 e di avere quindi un interesse qualificato alla partecipazione alla nuova procedura concorsuale indetta con deliberazione del 15 marzo 2012 ed alla quale non era stata invitata nonostante una sua esplicita dichiarazione d'interessi, della quale il Comitato aveva "preso atto": Genesi Net aveva quindi impugnato il diniego esplicito all'accesso alla documentazione della procedura di gara, motivato con l'affermazione che l'accesso sarebbe stato riservato ai partecipanti alla gara stessa.

Con motivi aggiunti la Genesi Net aveva impugnato gli atti di gara, deducendo la violazione dell'art. 27 del d.lgs n. 163/2006 e degli artt. 48, 57 e 122 del d.lgs n. 163/2006 dolendosi del mancato invito a partecipare alla gara, in quanto precedente assegnataria dello stesso servizio e facendo presente che comunque la decisione di non interpellarla doveva essere specificamente motivata. Aveva altresì fatto presente che la gara si era svolta senza previa pubblicazione del relativo bando, erano stati concessi solo 12 giorni per presentare le offerte, senza che fossero stati esplicitati particolari motivi d'urgenza e non erano state valutate nel merito le offerte meramente "virtuali".

L'Amministrazione aveva contestato dette censure ed aveva fatto presente che il Comitato aveva avviato la procedura in questione in base all'art. 10 comma 7 del d. lgs 163/2006, non avendo all'interno personale qualificato per il servizio di che trattasi e che la Genesi Net non era stata invitata in applicazione del principio della rotazione di cui all'art. 125 c.11 de d.lgs 163/2006 previsto per il **cottimo fiduciario**, (procedura scelta dall'Amministrazione nella fattispecie).L'art. 331 del Regolamento di esecuzione (dpr 207/2010) escludeva gli obblighi di pubblicità e di comunicazione di cui all'art. 124 del codice degli appalti in relazione a procedure negoziate sotto soglia e l'importo della gara rientrava nei limiti di legge.

L'adito Tribunale amministrativo regionale del Lazio - Sede di Roma- ha deciso la causa accogliendo il ricorso in entrambi i suoi aspetti.

Quanto alla problematica relativa al diniego di accesso, il ricorso era rivolto contro la nota del Comitato del 24.4.2012 che negava esplicitamente il diritto di accedere agli atti di gara e quindi erano infondate in fatto le eccezioni di inammissibilità ed irricevibilità del ricorso ex art. 25 legge n. 241/90.

Nel merito, il diniego era stato motivato con l'affermazione che la conoscenza degli atti di gara era riservata ai soli partecipanti.

Ma ciò non poteva elidere posizione differenziata in capo al soggetto precedentemente aggiudicatario dello stesso servizio.

Anche nel merito, il Tar ha condiviso le censure affermando che la gara a **cottimo fiduciario** svolta dall'Amministrazione risultava affetta da vizi di scarsa trasparenza e pubblicità.

Applicando proprio il principio di cui all'art. 125 c.11 del d. lgs 163/2006, invocato dall'amministrazione odierna appellante (che prevedeva anche per il **cottimo fiduciario** il rispetto della trasparenza) non appariva rispettosa del detto precetto quello di una amministrazione che avendo indetto una procedura senza invitare un determinato soggetto, alla sua esplicita dichiarazione d'interesse alla partecipazione alla procedura stessa rispondeva "prendendone atto", senza esplicitare le ragioni, che poi ha sostenuto in giudizio, in base alle quali ha ritenuto di non invitarla.

Inoltre non si poteva ammettere che il combinato disposto degli artt. 124 del codice e 331 del Regolamento escludesse ogni forma di pubblicità per i servizi sotto soglia: le dette norme consentivano semplicemente di non seguire le disposizioni sugli obblighi di pubblicità e comunicazione a livello sovranazionale, fermo restando il principio generale della trasparenza per tutti gli importi superiori a 20.000 euro in ambito nazionale (, come del resto esplicitamente affermava la specifica norma sul **cottimo fiduciario** all'art. 125 c.11 cit)

Quindi , ad avviso del Tar, l'Amministrazione avrebbe dovuto dare pubblicità alla procedura, seppure ristretta nell'ambito del **cottimo fiduciario** (rispetto del principio di trasparenza). Nel rispetto appunto di tale principio avrebbe peraltro potuto inserire nell'avviso il criterio della rotazione, dando la possibilità a chi ne avesse interesse di contestarlo da subito e non a gara aggiudicata.

L'utilizzo di tale criterio di rotazione avrebbe avuto necessità di disposizioni applicative, in ordine ad es. alla esclusione dall'invito di coloro che avessero solo partecipato ovvero fossero risultati aggiudicatari di precedenti servizi, ed alla

eventuale reiterazione della partecipazione o delle aggiudicazioni.

Neppure detto principio poteva essere invocato ex post in sede difensiva, senza nemmeno esplicitarlo all'atto in cui l'interessata chiedeva di partecipare.

Il Tar ha invece disatteso la richiesta dell'appellata di conseguire l'aggiudicazione ex art. 124 c.p.a. e di subentrare nel contratto: il diritto a partecipare alla selezione non comportava necessariamente l'acquisizione della prima posizione in graduatoria e quindi il diritto a vedersi aggiudicato il servizio mancando il nesso diretto di causalità tra la pronuncia e la richiesta di aggiudicazione e subentro.

L'amministrazione rimasta soccombente ha proposto una articolata critica alla sentenza in epigrafe sotto tutti i versanti motivazionali suindicati ripercorrendo la cronologia degli accadimenti e chiedendo la riforma dell'appellata decisione.

Ha in particolare sostenuto –quanto alla prima parte dell'iter motivazionale della censurata decisione- che doveva essere accolta l'eccezione di tardività del ricorso in punto di accesso in quanto non era stato gravato l'esplicito diniego.

Comunque l'appellante non vantava alcuna posizione differenziata legittimante l'esercizio del detto diritto

Anche con riguardo alle censure attingenti il merito dello svolgimento della procedura di gara, la sentenza meritava censura in quanto nessuna norma imponeva di invitare il precedente affidatario del servizio: anzi, il comma 11 dell'art. 125 del d Lgs. N. 163/2006 obbligava al rispetto del principio di rotazione.

L'art. 331 del Regolamento di esecuzione (dPR 207/2010) escludeva ogni forma di pubblicità ex art. 124 del d.Lvo n. 163/2006.

Anche il successivo ricorso per motivi aggiunti proposto in primo grado, quindi, era infondato, in quanto, in ossequio al criterio di rotazione, l'appellata non avrebbe dovuto essere invitata a partecipare.

L'appellata ha depositato una articolata memoria chiedendo la reiezione dell'appello perché infondato, facendo presente di avere inizialmente proposto il ricorso avverso il silenzio serbato dall'Amministrazione sulla propria domanda di accesso e, poi, di avere gravato la nota reiettiva espressa resa il 24.4.2012: ciò rendeva incomprensibile la proposta eccezione di irricevibilità ed inammissibilità del mezzo di primo grado.

Nel merito, l'Amministrazione non aveva in alcun modo rispettato i principi di trasparenza e di pubblicità e la sentenza aveva esattamente colto tale rilevante omissione. Ha poi chiesto che, nella denegata ipotesi di accoglimento dell'appello, venissero esaminate le ulteriori censure del mezzo di primo grado assorbite dal Tar.

All'adunanza camerale del 22.1.2013 fissata per la domanda cautelare di sospensione della esecutività della gravata sentenza la Sezione ha respinto l'istanza (ord. 00199/2013) alla stregua della considerazione per cui "Ritenuto che, seppur nella sommarietà della delibazione cautelare l'appello proposto non appare fornito di decisivo fumus, avuto riguardo al condivisibile principio giurisprudenziale secondo il quale "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. Stato Sez. VI, 18-12-2012, n. 6478 )."

Alla odierna pubblica udienza dell'8 aprile 2014 la causa è stata posta in decisione.

## DIRITTO

1.L'appello è infondato e merita la reiezione alla stregua della motivazione che segue, mentre a fini di perimetrazione del materiale cognitivo esaminabile deve rilevarsi che in ogni caso i motivi del mezzo di primo grado assorbiti dal Tar e riproposti non avrebbero potuto essere esaminati posto che l'appellata società non li ha ritrascritti nella memoria di costituzione, limitandosi a richiamarli genericamente e, per altro verso, la memoria di costituzione predetta è stata depositata ben oltre i termini scolpiti dall'art. 101 ultimo comma del cpa ( disposizione questa, che governa l'intera vicenda processuale posto che il ricorso in appello è stato proposto nel 2012) .

1.1.Quanto al versante relativo al mezzo di primo grado proposto avverso l'accesso, la doglianza volta a riproporre le eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità è infondata.

In disparte la circostanza che la pubblica amministrazione appellante non pare al Collegio abbia un reale interesse a

reiterare la censura, ciò che giova precisare è che il mezzo di primo grado proposto ex art. 25 legge n. 241/90 e spedito il 6 giugno 2012 notificato il giorno 8 giugno 2012 oltre a generiche considerazioni circa la propria posizione legittimante l'accesso agli atti, recava anche l'impugnazione avverso la nota relettiva (recante diniego espresso all'accesso) datata 24.4.2012 e notificata il 7.5.2012.

1.2. In ordine alla posizione attiva legittimante la richiesta non pare al Collegio sia il caso neppure di dubitarne, posto che l'appellata rivestiva la qualità di precedente affidataria del servizio: essa aveva quindi il diritto ad accedere agli atti della selezione, ed a fortiori detto diritto sussisteva laddove si consideri che la richiesta dell'appellata volta ad ottenere di essere invitata alla nuova selezione era rimasta del tutto inevasa.

Le censure articolate nell'appello in proposito (pagg. 1-13) si limitano a richiamare le norme di legge ed a ribadire che l'Amministrazione aveva ritenuto di procedere al **cottimo fiduciario** non optando per l'amministrazione diretta.

Ma tale ricostruzione è, appunto, una mera esposizione cronologica del fatto di causa, ma in nessun passaggio è chiarito perché l'appellata, precedente affidataria del servizio, non avrebbe avuto diritto a verificare dagli atti di gara le ragioni per cui essa non era stata neppure invitata pur avendolo espressamente richiesto.

La doglianza sarebbe inammissibile, nel merito, in quanto non supportata da alcuna richiesta di revisione critica del decusum di primo grado: essa è comunque platealmente infondata.

Peraltro, rileva il Collegio (ex officio) che, vertendosi in una fase antecedente a quella di interlocuzione con le offerenti, neppure è predicabile l'orientamento secondo il quale (Cons. Stato Sez. V, 29-03-2011, n. 1927) "tutte le imprese che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, nei cui confronti sia proposta istanza di accesso alla propria documentazione di gara da parte di altro concorrente, assumono, nel successivo giudizio, la veste di controinteressate, salvo che non risulti la precedente volontà espressa di aderire all'istanza di accesso in via amministrativa" per cui nessun ulteriore dubbio sulla ritualità del mezzo proposto in primo grado è predicabile.

2. Quanto alle decisioni sul merito delle censure, come già posto in luce in sede cautelare è il caso di ribadire quanto segue:

a) pacifica giurisprudenza (ex aliis, oltre alla decisione citata nell'ordinanza cautelare si veda T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III, 31-01-2007, n. 256, ma anche T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 09-01-2009, n. 12) prevede che "devono sempre applicarsi le regole della Comunità europea sulla concorrenza e, in particolare, gli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza. I principi generali del Trattato valgono anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; quali -oltre alla concessione di servizi e beni pubblici- gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti.");

b) se la questione del rispetto dei canoni di trasparenza e pubblicità negli appalti sottosoglia è jus receptum analoghe considerazioni valgono con riguardo alla specifica procedura prescelta nel caso di specie: (ex aliis T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, 29-11-2012, n. 512): "il **cottimo fiduciario** costituisce procedura annoverabile tra gli appalti e, specificatamente, riconducibile - giusta disposizione contenuta nell'art. 3, comma 4 del 163/2006 -, nell'ambito delle procedure negoziate. In quanto tale ad esso si devono applicare norme e principi classici della gara non potendosi escludere affatto l'applicazione dei principi generali contrattuali -legalità, trasparenza e parità di trattamento-;

c) analoghe espresse considerazioni sono state di recente autorevolmente svolte dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato pronunciandosi su vicenda logicamente connessa a quella per cui è causa (Cons. Stato (Ad. Plen.), 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 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).

Nessuna deduzione contenuta nell'appello, appare poter incidere in senso negativo su detto approdo: in particolare il richiamo alla disposizione di cui al regolamento di esecuzione al TU appalti, art. 331 ("Le procedure di acquisto in economia di beni e servizi non sono sottoposte agli obblighi di pubblicità e di comunicazione previsti dall'articolo 124 del codice per gli altri appalti di servizi e forniture sotto soglia. Le stazioni appaltanti assicurano comunque che le procedure in economia avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, temperando altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici. L'esito degli affidamenti mediante **cottimo fiduciario** di cui all'articolo 334 è soggetto ad avviso di postinformazione mediante pubblicazione sul profilo del committente.") non contraddice quanto sinora affermato, sol che si ponga mente locale al contenuto di cui al comma II.

Inoltre la disposizione di cui all'art. 125 comma 11 del TU n. 163/2006 ("per servizi o forniture di importo pari o superiore

a quarantamila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante **cottimo fiduciario** avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento") prevede il tendenziale criterio della rotazione e non impone, è vero, di invitare il precedente affidatario del servizio; è altresì incontestabile però, che costituisce regola di buona amministrazione quella di prendere atto della circostanza che, laddove questi richieda di partecipare non v'è ragione alcuna che legittimi l'Amministrazione a non rispondere chiarendo le ragioni del mancato invito, (foss'anche richiamando la norma di legge, in teoria).

E' incontestabile ben vero che, con riferimento al **cottimo fiduciario**, in ipotesi di importo inferiore a 40000 si potrebbe optare per l'affidamento diretto; ma ove ciò l'amministrazione non faccia, esperita la procedura negoziata, essa si deve conformare ai canoni di trasparenza e pubblicità.

2.1. Detti canoni sono stati del tutto violati, ed è bene sottolineare che, sino alla fase giurisdizionale, l'appellata non conosceva nella sostanza il perché la propria richiesta di essere invitata fosse stata disattesa, né in base a quali valutazioni l'Amministrazione avesse asseritamente ritenuto di applicare il principio di rotazione in tali termini; più radicalmente: nessuno sarebbe stato in grado di comprendere che il mancato invito dell'appellata era a ciò ascrivibile.

2.2. Sostanzialmente può quindi dirsi che: non è stata data pubblicità alla procedura, seppure ristretta nell'ambito del **cottimo fiduciario** (rispetto del principio di trasparenza); conseguentemente, non essendovi stato avviso, non è stato ex ante esplicitato il criterio della rotazione ( dando così la possibilità a chi ne avesse interesse di contestarlo da subito e non a gara aggiudicata, come colto dal Tar); neppure il detto criterio fu esternato all'appellata in sede di risposta alla richiesta di partecipazione.

2.2.1 Ciò basterebbe a disattendere l'appello, dovendosi però per incidens osservare che l'Amministrazione non ha depositato in giudizio alcun atto dal quale comprendere se il supposto criterio di rotazione, postulante il mancato invito ai precedenti affidatari del servizio fosse stato adottato in termini generali, quali applicazioni ad altre gare avesse avuto, etc.

L'appellata nella propria memoria - rimasta incontestata in parte qua dalla difesa erariale- ha contestato che ciò sia mai avvenuto, ed ha anzi fornito un principio di prova per cui, in ipotesi simili, precedenti affidatari di servizi analoghi fossero stati invitati (e si fossero anche aggiudicati i cottimi).

Pur non potendosi approfondire il tema, e non apparendo neppure necessario farlo, pare al Collegio trovarsi al cospetto di una inammissibile integrazione postuma della motivazione e che ciò evidenzi un deficit operativo in punto di trasparenza.

2.3 Le superiori valutazioni sinora esposte, neppure confutate per il vero nell'appello ( che si limita a ribadire che, avuto riguardo alle norme di legge doveva applicarsi il criterio di rotazione e poteva non darsi luogo ad alcuna forma di pubblicità) militano per la integrale reiezione del mezzo, con portata assorbente rispetto alle ulteriori considerazioni ivi contenute. mentre tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

4. Le spese processuali seguono la soccombenza, e l'amministrazione appellante deve essere pertanto condannata al pagamento delle medesime in favore della società appellata, in misura che appare equo quantificare in Euro tremila (€ 3000) oltre oneri accessori, se dovuti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali medesime in favore della società appellata, in misura che appare equo quantificare in Euro tremila (€ 3000) oltre oneri accessori, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Diego Sabatino, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **14/05/2014**

IL SEGRETARIO

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