

Nelle procedure negoziate il sorteggio degli offerenti da invitare deve svolgersi in seduta pubblica, ma con modalità tali da non far conoscere ai presenti le imprese sorteggiate

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 28-3-2017

1. Il sorteggio delle imprese che parteciperanno alla procedura negoziata deve avvenire con modalità tali da assicurare il contemperamento fra l'esigenza di una piena e libera esplicazione della futura competizione fra i concorrenti e i principi di trasparenza e pubblicità.
2. Secondo le Linee Guida Anac, la stazione appaltante deve effettuare il sorteggio degli offerenti da invitare in un'apposita seduta pubblica, alla quale possono assistere i rappresentanti di tutte le imprese che hanno presentato la domanda di partecipazione, ma con modalità tali da non far conoscere ai presenti le imprese sorteggiate.
3. La violazione del principio di pubblicità della gara ne comporta la necessaria ripetizione.

GUIDA ALLA LETTURA

Fra i criteri generali che devono corredare l'affidamento degli appalti pubblici, il nuovo Codice dei contratti attribuisce primaria importanza ai principi di **libera concorrenza, trasparenza e pubblicità** (art. 30, comma 1).

In particolare, la pubblicità delle sedute di gara trova un diretto addentellato in alcune disposizioni della normativa di settore.

In proposito, viene ad esempio in considerazione l'art. 120, comma 2, del DPR 207/2010^[1] che prescrive l'apertura *“in seduta pubblica (de)i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti”*.

Tale operazione ha la sua precisa funzione nella constatazione che i plichi non abbiano subito manomissioni o alterazioni e che *“il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un*

riscontro immediato"[2].

Viene altresì in considerazione, con riferimento alle procedure negoziate e, più nello specifico, alla fase relativa al sorteggio delle imprese da invitare, il punto 4.2.3 delle Linee Guida emanate dall'ANAC per la disciplina di dettaglio delle gare di appalto sotto soglia[3], ove è previsto espressamente l'obbligo che la scelta di ridurre il numero degli offerenti mediante sorteggio *"sia debitamente pubblicizzata nell'avviso di indagine esplorativa"* ed anche l'ulteriore cautela di rendere *"tempestivamente noto, con adeguati strumenti di pubblicità, la data e il luogo di espletamento del sorteggio"*.

Talvolta i richiamati principi entrano in un reciproco conflitto che trova, però, sintesi nella mediazione del Legislatore.

Sempre con riferimento alla procedure negoziate, emblematica è la disposizione di cui all'art. 53, comma 2, lett. b) che dispone il differimento dell'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, ed in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, **fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime**.

La *ratio* del citato disposto normativo risiede nella necessità di **assicurare una corretta dinamica concorrenziale, evitando accordi collusivi in seguito alla conoscenza dei nominativi dei concorrenti prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte e/o condizionamenti nella scelta di partecipare o meno alla procedura ristretta e/o negoziata**, come per es. quello di parametrare l'offerta in base al numero e le caratteristiche dei soggetti invitati o addirittura l'intento di alterare il meccanismo di determinazione della soglia di anomalia, con gravi ripercussioni sul regolare svolgimento della gara[4].

In tal caso, quindi, il principio di trasparenza e pubblicità viene temporaneamente sacrificato a presidio della piena e libera esplicazione della futura competizione fra i concorrenti.

Nelle procedure negoziate la descritta situazione di potenziale conflitto fra i richiamati principi si inverte altresì in occasione della seduta in cui si procede al sorteggio delle imprese che prenderanno parte alla gara.

In questa ipotesi, l'esigenza di mantenere uno stretto riserbo sull'identità dei concorrenti (o degli aspiranti tali) fino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte (ciò al fine di scongiurare l'evocato rischio di accordi collusivi) è mediata con la contrapposta necessità di massima pubblicità delle sedute di gara.

Il punto di sintesi è individuato dal Legislatore nel combinato disposto di cui ai punti 4.1.5 e 4.2.3 (quest'ultimo precedentemente richiamato) delle citate Linee Guida ANAC del 26.10.2016.

Dispone, in particolare, il punto 4.1.5 che l'esito del sorteggio deve essere reso pubblico successivamente (alla scadenza del termine di presentazione delle offerte)^[5]. Il punto 4.2.3 prevede, tuttavia, che **la stazione appaltante debba effettuare il sorteggio degli offerenti da invitare in un'apposita seduta pubblica, alla quale possono assistere i rappresentanti di tutte le imprese che hanno presentato la domanda di partecipazione, ma con modalità tali da non far conoscere ai presenti le imprese sorteggiate.**

In applicazione di tale combinato disposto normativo, la I sezione del Tar Basilicata ha accolto il ricorso presentato per l'annullamento di una procedura negoziata la cui illegittimità era stata inficiata da un vizio dell'avviso relativo alla preliminare indagine di mercato nella parte in cui prevedeva che, nel caso di presentazione di un numero maggiore di 15 manifestazioni di interesse, la stazione appaltante dovesse procedere alla selezione dei soggetti da invitare mediante sorteggio, ciò alla sola presenza di due testimoni e del Responsabile per la Prevenzione della Corruzione del Comune.

Coerentemente con le prescrizioni del suddetto avviso il sorteggio si era effettivamente svolto secondo le indicate modalità.

Osserva la Sezione nella sentenza in commento che la scelta della stazione appaltante di non effettuare in seduta pubblica il sorteggio delle imprese e di comunicarne l'esito dopo la scadenza del termine perentorio per la presentazione delle offerte, seppure sia stata assunta per coerenza con la finalità di non divulgare anzitempo l'identità dei partecipanti, tanto, lo abbiamo detto, in una chiave di prevenzione di eventuali accordi collusivi fra gli stessi, si pone in chiaro contrasto con i principi di trasparenza e pubblicità codificati nelle menzionate Linee Guida Anac al punto 4.2.3.

Ne è conseguito l'annullamento giurisdizionale *in parte qua* dell'avviso di indagine di mercato e degli atti successivamente posti in essere dalla stazione appaltante, nonché la **ripetizione dell'intero procedimento** (e non solo del sorteggio), ciò per due principali motivi:

1) innanzitutto, il successivo espletamento della procedura negoziata e l'apertura delle buste aveva reso conoscibile l'identità degli offerenti, violando la finalità sopra indicata, sottesa al citato art. 53, comma 2, lett. b), D.Lg.vo n. 50/2016;

2) più in generale, **la violazione del principio di pubblicità nei procedimenti di evidenza pubblica costituisce un vizio insanabile** *“anche ove non sia stata comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed*

all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post^[6].

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 607 del 2016, proposto dalla Pellicano Verde S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Laura Pisauro, con domicilio eletto in Potenza Via Nazario Sauro n. 102;

contro

- Comune di Pescopagano, in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;
- Centrale di Committenza Platano, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;
- Comune di Bella, nella qualità di Comune capofila della Centrale di Committenza Platano, in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti di

E.B.C. S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

-dell'Avviso di indagine di mercato, pubblicato il 10.11.2016, per la procedura negoziata, alla quale sarebbero stati invitati solo 15 operatori economici richiedenti, finalizzata all'affidamento dei lavori di demolizione prefabbricati, siti nella Contrada San Pietro del Comune di Pescopagano, contenenti amianto, ed il trasporto di tale materiale presso discariche autorizzate, nella parte in cui, al punto 6, prevede che, nel caso di presentazione di un numero maggiore di 15 manifestazioni di interesse, la stazione appaltante avrebbe proceduto alla selezione dei soggetti che non sarebbero stati invitati mediante sorteggio, alla presenza di due testimoni e del Responsabile per la Prevenzione della Corruzione del Comune di Bella;

-della nota prot. n. 8306 del 30.11.2016, con la quale il Responsabile della Centrale di Committenza Platano ha respinto l'istanza del 17.11.2016 della Pellicano Verde S.p.A. di

procedere al predetto sorteggio in seduta pubblica;

-del verbale di sorteggio del 28.11.2016, notificato alla Pellicano Verde S.p.A. a mezzo pec in data 9.12.2016;

-degli atti successivi del suddetto procedimento, come la Lettera Invito del 28.11.2016, il progetto esecutivo ed il Capitolato Speciale, approvati dalla Giunta Comunale di Pescopagano con Del. n. 41 del 20.6.2016;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2017 il Cons. Pasquale Mastrantuono e udito l'avv. Laura Pisaurò;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con Determinazione n. 354 dell'8.11.2016 il Comune di Pescopagano decideva di indire una procedura negoziata, alla quale sarebbero stati invitati solo 15 operatori economici richiedenti, per l'affidamento dei lavori di demolizione prefabbricati, siti nella Contrada San Pietro, contenenti amianto, ed il trasporto di tale materiale presso discariche autorizzate, con l'importo a base di gara di € 170.000,00 oltre IVA.

In data 10.11.2016 la Centrale di Committenza Platano presso il Comune di Bella, quale Comune capofila, pubblicava l'apposito Avviso di indagine di mercato, prevedendo al punto 6 che, nel caso di presentazione di un numero maggiore di 15 manifestazioni di interesse, la stazione appaltante avrebbe proceduto alla selezione dei soggetti che non sarebbero stati invitati mediante sorteggio, alla presenza di due testimoni e del Responsabile per la Prevenzione della Corruzione del Comune di Bella, "al fine di garantire la libertà di partecipazione e nel contempo evitare condizionamenti della gara (conoscenza delle imprese partecipanti e rimaste in gara)", con la puntualizzazione che il verbale del sorteggio non sarebbe stato accessibile prima dell'inizio delle operazioni gara.

Entro il termine perentorio del 26.11.2016, la Pellicano Verde S.p.A. presentava la relativa domanda di partecipazione al procedimento e con nota del 17.11.2016 chiedeva alla stazione appaltante di effettuare il predetto sorteggio in seduta pubblica, in applicazione delle Linee Guida, emanate dall'ANAC il 26.10.2016 in attuazione dell'art. 36, comma 7, D.Lg.vo n. 50/2016.

In data 28.11.2016 veniva effettuato il suddetto sorteggio tra le 34 imprese, che avevano presentato la domanda di partecipazione, alla presenza del Segretario Comunale del Comune

di Bella e di due testimoni, nell'ambito del quale la Pellicano Verde S.p.A. veniva estratta tra i 19 partecipanti che non dovevano essere invitati alla procedura negoziata (in data 9.12.2016 è stato trasmesso alla Pellicano Verde S.p.A. a mezzo pec il verbale di sorteggio del 28.11.2016), e pertanto tale ditta con nota del 29.11.2016 manifestava l'intenzione di presentare apposita istanza di parere precontenzioso all'ANAC, poi non più proposta.

Con nota prot. n. 8306 del 30.11.2016 il Responsabile della Centrale di Committenza Platano respingeva la suddetta istanza del 17.11.2016 della Pellicano Verde S.p.A., facendo presente che il citato sorteggio del 28.11.2016 era conforme alle suindicate Linee Guida, approvate dall'ANAC il 26.10.2016.

La Pellicano Verde con il presente ricorso, notificato il 10/12/14.12.2016 e depositato il 24.12.2016, ha impugnato il suindicato punto 6 dell'Avviso di indagine di mercato, pubblicato il 10.11.2016, il suddetto verbale di sorteggio del 28.11.2016, la predetta nota del Responsabile della Centrale di Committenza Platano prot. n. 8306 del 30.11.2016 ed anche gli atti successivi del procedimento di cui è causa, come la Lettera Invito del 28.11.2016, che prevedeva il termine perentorio di ricezione delle offerte delle ore 13,30 del 7.12.2016 ed il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, il progetto esecutivo ed il Capitolato Speciale, approvati dalla Giunta Comunale di Pescopagano con Del. n. 41 del 20.6.2016 (al ricorso è stato allegato anche il verbale della seduta pubblica del 12.12.2016, da cui risulta che la migliore offerta economica è stata formulata dalla A.T.R. S.r.l. con il ribasso del 29,723%), deducendo la violazione dei principi di trasparenza e pubblicità ex art. 30, comma 1, D.Lg.vo n. 50/2016, richiamati dall'art. 36, comma 2, lett. c), dello stesso D.Lg.vo n. 50/2016, e dei punti 4.1.5, 4.2.1 e 4.2.3 delle Linee Guida, emanate dall'ANAC il 26.10.2016 in attuazione dell'art. 36, comma 7, D.Lg.vo n. 50/2016, ed il punto 5.4, lett. B.1, a pag. 14 della Relazione AIR delle predette Linee Guida del 26.10.2016.

All'Udienza Pubblica dell'8.3.2017 il ricorso è passato in decisione.

Il ricorso risulta fondato.

Infatti, per quanto riguarda gli appalti sotto soglia, come quello di lavori in esame, avente l'importo a base di gara di € 170.000,00, l'art. 30, comma 1, del nuovo Codice degli Appalti D.Lg.vo n. 50/2016 prescrive l'obbligo del "rispetto dei principi di cui all'art. 30, comma 1", cioè, oltre ai principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità, anche quelli di trasparenza e pubblicità.

Al riguardo, per quanto riguarda i principi di trasparenza e pubblicità, va evidenziato che il nuovo Codice degli Appalti all'art. 53, comma 2, lett. b), come il previgente art. 13, comma 2, lett. b), D.Lg.vo n. 163/2006, statuisce nelle procedure negoziate, come quella di cui è causa, anche il differimento dell'accesso "all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, ed in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime", con l'evidente finalità di assicurare una corretta dinamica concorrenziale, evitando accordi collusivi in seguito alla conoscenza dei nominativi dei concorrenti prima della scadenza del termine di presentazione

delle offerte e/o condizionamenti nella scelta di partecipare o meno alla procedura ristretta e/o negoziata, come per es. quello di parametrare l'offerta in base al numero e le caratteristiche dei soggetti invitati o addirittura l'intento di alterare il meccanismo di determinazione della soglia di anomalia, con gravi ripercussioni sul regolare svolgimento della gara (sul punto cfr. TAR Basilicata Sent. n. 664 del 24.6.2016).

Pertanto, deve ritenersi che la scelta della stazione appaltante, estrinsecata nel contestato punto 6 del preliminare Avviso di indagine di mercato, di non effettuare in seduta pubblica il sorteggio delle imprese, al fine di ridurre a 15 il numero dei partecipanti, e di comunicare l'esito del sorteggio dopo la scadenza del termine perentorio, stabilito nella successiva lettera invito per la presentazione delle offerte, sia stata assunta per coerenza con la predetta finalità.

Più specificamente, va rilevato che il punto 4.1.5 delle Linee Guida, emanate dall'ANAC, in attuazione dell'art. 36, comma 7, D.Lg.vo n. 50/2016, con Deliberazione n. 1097 del 26.10.2016, per disciplinare le modalità di dettaglio delle gare di appalto sotto soglia, stabilisce che l'esito del sorteggio deve essere reso pubblico successivamente (esattamente "nell'avviso di indagine di mercato la stazione appaltante si può riservare la facoltà di procedere alla selezione dei soggetti da invitare mediante sorteggio, di cui sarà data successiva notizia"), mentre il successivo punto 4.2.3 di tali Linee Guida prevede espressamente l'obbligo che la scelta di ridurre il numero degli offerenti mediante sorteggio "sia debitamente pubblicizzato nell'avviso di indagine esplorativa" ed anche l'ulteriore cautela di rendere "tempestivamente noto, con adeguati strumenti di pubblicità, la data e il luogo di espletamento del sorteggio, adottando gli opportuni accorgimenti, affinché i nominativi degli operatori economici selezionati tramite sorteggio non vengano resi noti, né siano accessibili, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte".

Dal combinato disposto di cui ai predetti punti 4.1.5 e 4.2.3 delle citate Linee Guida del 26.10.2016 si desume che la stazione appaltante deve effettuare il sorteggio degli offerenti da invitare in un'apposita seduta pubblica, alla quale possono assistere i rappresentanti di tutte le imprese che hanno presentato la domanda di partecipazione, ma con modalità tali da non far conoscere ai presenti le imprese sorteggiate.

La data di tale seduta pubblica, dedicata al sorteggio, può essere indicata nell'Avviso di indagine di mercato oppure con qualche giorno di anticipo nel sito internet della stazione appaltante.

Pertanto, poiché la stazione appaltante ha effettuato il sorteggio esclusivamente alla presenza del Responsabile del procedimento, del Segretario Comunale del Comune di Bella, nella qualità di Responsabile per la Prevenzione della Corruzione, e di due testimoni, senza consentire la presenza dei rappresentanti delle imprese partecipanti, come attestato con il verbale di sorteggio del 28.11.2016, deve ritenersi che, nella specie, sono stati violati i principi di trasparenza e pubblicità.

A quanto sopra consegue l'accoglimento del ricorso in esame e per l'effetto l'annullamento del punto 6 dell'Avviso di indagine di mercato, pubblicato il 10.11.2016, nella parte in cui stabilisce che il sorteggio delle 15 imprese da invitare non deve essere effettuato alla presenza

dei rappresentanti delle ditte, che hanno presentato la domanda di partecipazione, ma esclusivamente del Responsabile del procedimento, del Responsabile per la Prevenzione della Corruzione del Comune di Bella e di due testimoni, e dei successivi verbale di sorteggio del 28.11.2016 e Lettera Invito di pari data 28.11.2016.

Da tale annullamento consegue la ripetizione dell'intero procedimento e non solo del sorteggio, in quanto, oltre alla circostanza che il successivo espletamento della procedura negoziata e l'apertura delle buste, contenenti le 8 offerte pervenute (cfr. Determinazione n. 84 del 13.12.2016), ha reso conoscibili tali 8 offerenti, violando la finalità sopra indicata, sottesa al citato art. 53, comma 2, lett. b), D.Lg.vo n. 50/2016, va rilevato che la violazione del principio di pubblicità nei procedimenti di evidenza pubblica costituisce un vizio insanabile "anche ove non sia stata comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post" (sul punto cfr. TAR Veneto Sez. I Sent. n. 879 del 21.6.2013, relativa ad una fattispecie in cui la stazione appaltante ad alcuni concorrenti non aveva trasmesso ed altri offerenti aveva tardivamente comunicato la data di svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi contenenti le offerte economiche).

Sussistono giusti motivi per denegare il rimborso delle spese di giudizio, eccetto il Contributo Unificato, che va posto a carico della Centrale di Committenza Platano.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata accoglie il ricorso in epigrafe, nei sensi indicati in motivazione.

Spese denegate, con la condanna della Centrale di Committenza Platano al rimborso del Contributo Unificato nella misura versata.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore

Benedetto Nappi, Referendario

[1] Norma non più in vigore per effetto di quanto disposto dall'art. 217 lett. u) del D.lgs. 50/2016.

[2] Cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 13 del 28.07.2011.

[3] Cfr. deliberazione n. 1097 del 26.10.2016.

[4] Cfr. TAR Basilicata, sentenza n. 664 del 24.6.2016

[5] *“Nell’avviso di indagine di mercato la stazione appaltante si può riservare la facoltà di procedere alla selezione dei soggetti da invitare mediante sorteggio, di cui sarà data successiva notizia”.*

[6] Sul punto cfr. TAR Veneto Sez. I Sent. n. 879 del 21.6.2013, relativa ad una fattispecie in cui la stazione appaltante ad alcuni concorrenti non aveva trasmesso ed altri offerenti aveva tardivamente comunicato la data di svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi contenenti le offerte economiche.