

N. 02987/2011 REG.PROV.COLL.

N. 09420/2010 REG.RIC.

N. 09595/2010 REG.RIC.

N. 09659/2010 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso r.g.n. 9420/2010, proposto dal:

- Comune di Sassari, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Andrea Manzi, Simonetta Pagliazzo e Maria Ida Rinaldi, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

- la Daneco s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Silvio Pinna, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giorgio Carta, in Roma, via Bruno Buozzi, 87;
- l'Asws International s.r.l., in proprio e quale mandataria r.t.i., il r.t.i. E.M.i.t. Ercole Marelli Impianti tecnologici s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Boifava e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via G. Mercalli, 13 - sc. C/1;

- la Riccoboni s.p.a., in proprio e quale mandataria a.t.i., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Barioli, Alessandro Cinti e Nicola Marcone, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

nei confronti di

- la S.ec.it.-Società ecologica italiana s.p.a., in proprio e quale mandataria r.t.i., in persona del legale rappresentante in carica, n.c.;

- il r.t.i. Icort s.r.l., anche in proprio, il r.t.i. Raimondo Tilocca e C. s.n.c., anche in proprio, l'a.t.i. Ladurner s.p.a., e l'a.t.i. Mario Ticca s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, n.c.;

sul ricorso r.g.n. 9595/2010, proposto dalla:

- Riccoboni s.p.a., in proprio e quale capofila mandataria r.t.i., r.t.i.-Ladurner s.p.a., r.t.i.-Mario Ticca s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Barioli, Alessandro Cinti e Nicola Marcone, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

contro

- il Comune di Sassari, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Andrea Manzi, Simonetta Pagliazzo e Maria Ida Rinaldi, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

- la Daneco s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Silvio Pinna, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giorgio Carta, in Roma, via Bruno Buozzi, 87;

- l'Asws International s.r.l., in proprio e quale mandataria r.t.i., il r.t.i. E.M.i.t. Ercole Marelli Impianti tecnologici s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Boifava e Claudio De Portu, con

domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via G. Mercalli, 13 - sc. C/1;

nei confronti di

- la S.ec.it.-Società ecologica italiana s.p.a., in proprio e quale mandataria r.t.i., in persona del legale rappresentante in carica, n.c.;
- il r.t.i. Icort s.r.l., anche in proprio, il r.t.i. Raimondo Tilocca e C. s.n.c., anche in proprio, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, n.c.;

sul ricorso r.g.n. 9659/2010, proposto dalla:

- Asws International s.r.l., in proprio e quale mandataria r.t.i., il r.t.i. E.M.i.t. Ercole Marelli Impianti tecnologici s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Boifava e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via G. Mercalli, 13 - sc. C/1;

contro

- la Daneco Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Silvio Pinna, con domicilio eletto presso Giorgio Carta in Roma, via Bruno Buozzi, 87;

nei confronti di

- il Comune di Sassari, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Andrea Manzi, Simonetta Pagliazzo e Maria Ida Rinaldi, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Federico Confalonieri, 5;
- la Riccoboni s.p.a., in proprio e quale capofila mandataria r.t.i., r.t.i.-Ladurner s.p.a., r.t.i.-Mario Ticca s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Barioli, Alessandro Cinti e Nicola Marcone, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

- la S.ec.it.-Società ecologica italiana s.p.a., in proprio e quale mandataria r.t.i., in persona del legale rappresentante in carica, n.c.;

- il r.t.i. Icort s.r.l., anche in proprio, il r.t.i. Raimondo Tilocca e C. s.n.c., anche in proprio, l'a.t.i. Ladurner s.p.a., e l'a.t.i. Mario Ticca s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, n.c.;

per la riforma,

quanto al ricorso n. 9420/2010 ed al ricorso n. 9595/2010:

della sentenza del T.a.r. Sardegna, Cagliari, sezione I, n. 02299/2010, resa tra le parti e recante l'accoglimento del ricorso n. 149/2010, la declaratoria d'improcedibilità delle domande di annullamento e la reiezione delle domande di risarcimento dei danni, formulate con i ricorsi n. 1081/2009 e n. 1271/2009;

quanto al ricorso n. 9659/2010:

della stessa sentenza del T.a.r. Sardegna, Cagliari, sezione I, n. 02299/2010, resa tra le parti e recante l'accoglimento del ricorso n. 149/2010, la declaratoria d'improcedibilità delle domande di annullamento e la reiezione delle domande di risarcimento dei danni, formulate con i ricorsi n. 1081/2009 e n. 1271/2009, impugnata per l'accoglimento del ricorso di primo grado, la declaratoria d'inefficacia del contratto d'appalto ed il diritto al subentro nel medesimo;

Visti i tre ricorsi in appello ed i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Daneco, Asws International, Riccoboni e Comune di Sassari.

Visti tutti gli atti e documenti di causa.

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2011, il Consigliere di Stato Aldo SCOLA ed uditi, per le parti in causa, gli avvocati Manzi, Pinna, Boifava e Marcone.

Visto l'art. 36, comma 2, c.p.a. (d.lgs. n. 104/2010).

Ritenuto, in fatto e diritto, quanto segue.

A) - Con distinti ricorsi, poi *riuniti* con l'ordinanza n. 38 del 4 maggio 2010 della sezione I del T.a.r. di Cagliari, venivano *impugnati* (con richieste anche *cautelari*) gli atti della procedura di gara indetta dal Comune di Sassari per l'appalto relativo ad impianti di preselezione e bio-stabilizzazione a servizio del sistema di smaltimento r.s.u. dell'ex bacino 12 di Sassari, in località Scala Erre.

In esito alle operazioni di gara la graduatoria dei concorrenti vedeva al primo posto l'a.t.i. costituita dalla ASWS International s.r.l. e dalla Emit s.p.a., aggiudicataria provvisoria, al secondo posto l'a.t.i. costituita dalla Riccoboni s.p.a. e dalla Ladurner s.p.a., al terzo posto l'a.t.i. costituita dalla Secit s.p.a., dalla Icort s.r.l. e dalla Tilocca s.n.c., ed al quarto posto la Daneco s.p.a.

L'offerta della ASWS veniva, peraltro, valutata incongrua dalla commissione di gara e conseguentemente la stazione appaltante escludeva la ASWS ed aggiudicava l'appalto all'a.t.i. Riccoboni, la cui offerta era stata valutata come congrua.

B) - Contro gli atti di gara proponevano ricorso al T.a.r. della Sardegna l'a.t.i. ASWS, l'a.t.i. S.ec.it. e la Daneco.

Il T.a.r. esaminava con priorità il (terzo) ricorso della Daneco, che faceva valere un vizio di procedimento idoneo a travolgere l'intera gara, e lo *accoglieva* (con correlativa declaratoria d'*improcedibilità* degli altri due gravami, mentre le connesse istanze risarcitorie venivano respinte), considerando il metodo di pubblicità delle sedute, nel corso delle quali vengono svolti gli adempimenti connessi alla verifica della regolarità della documentazione richiesta dalle regole di gara, ai fini dell'ammissibilità delle offerte, come applicazione (alle gare pubbliche) del più generale principio di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, con un preciso aggancio costituzionale al principio d'imparzialità (art. 97, Cost.), in quanto posto a garanzia (oltre che degli interessi pubblici richiamati) anche dei privati

partecipanti alle procedure contrattuali pubbliche e così messi in condizione di verificare la correttezza dell'attività amministrativa in questione.

C) - Il Tribunale territoriale riteneva che il principio di trasparenza e pubblicità delle gare dovesse trovare applicazione anche per le offerte tecniche, limitatamente alla fase di apertura delle buste: di conseguenza, nella specie, la clausola del bando (parte nona: procedura di gara, comma 2) prescrittente anche per la fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, come per quella di valutazione delle stesse, una necessaria seduta riservata avrebbe dovuto considerarsi illegittima, come tutti i successivi atti di gara, ivi compresa l'aggiudicazione.

Accoglieva, quindi, il ricorso della Daneco, annullando l'aggiudicazione definitiva e dichiarando caducato il contratto stipulato, ritenendo improcedibili - come già ricordato - le domande impugnatorie proposte negli altri ricorsi ed infondate le richieste risarcitorie, atteso che, in considerazione della necessità di rinnovare la gara, non sarebbe risultato ravvisabile l'evento del danno ristorabile.

D) - Avverso tale sentenza *proponevano appello* il Comune di Sassari, l'a.t.i. Riccoboni e l'a.t.i. ASWS.

Il Comune di Sassari e l'a.t.i. Riccoboni deducevano, nei rispettivi gravami, ciascuno con proprie argomentazioni, che il ricorso di primo grado della Daneco avrebbe dovuto esser dichiarato *improcedibile*, in quanto non vi sarebbe stata impugnata l'aggiudicazione definitiva; che il motivo accolto sarebbe stato infondato, in quanto la commissione di gara avrebbe constatato l'integrità delle buste contenenti le offerte tecniche, donde l'insussistente necessità di un'ulteriore pubblicità; che, infine, sarebbero mancati i presupposti per dichiarare inefficace il contratto stipulato tra il Comune di Sassari e l'a.t.i. Riccoboni.

L'a.t.i. ASWS deduceva che la sentenza impugnata avrebbe erroneamente disatteso la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, contraria alla necessità dell'apertura pubblica delle buste contenenti le offerte tecniche, e riproponeva i

motivi di ricorso di primo grado, con i quali aveva censurato la valutazione di anomalia della propria offerta.

Delle tre domande *cautelari* proposte dagli appellanti due venivano *accolte* ed una *respinta* dalla sezione.

E) - All'esito della pubblica udienza di discussione del 19 aprile 2011 le tre vertenze passavano in decisione, *con immediata pubblicazione del dispositivo*, come esplicitamente richiesto dalla difesa del Comune di Sassari.

Con *decisione parziale 12 maggio 2011 n. 2846* (assunta sempre il 19 aprile 2011), gli stessi venivano *riuniti* ed i motivi di rito, concernenti l'*improcedibilità* del ricorso di primo grado per omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, venivano *respinti*, per ogni altra questione ritenendo il collegio di dover investire l'Adunanza plenaria, in base alle considerazioni di cui alla presente ordinanza di pari data.

1. Dopo che la *decisione parziale* citata in narrativa (da aversi qui come *integralmente richiamata* per ogni residua illustrazione di dettaglio quanto ai provvedimenti impugnati, alle censure formulate ed alle eccezioni sollevate dalle varie parti in causa) ha disatteso i motivi di rito dell'*improcedibilità* del ricorso di primo grado della Daneco, vanno esaminati i rimanenti motivi di merito con cui tutti gli appellanti censurano la sentenza impugnata, *per aver ritenuto che la commissione di gara avrebbe dovuto aprire in seduta pubblica le buste contenenti le offerte tecniche*.

La questione dell'eventuale pubblicità dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, nelle gare d'appalto in cui il contratto venga affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha dato luogo a numerose oscillazioni giurisprudenziali tra le diverse sezioni del Consiglio di Stato.

2. Secondo un primo e più drastico indirizzo, l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda, infatti, esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti e non

anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche (cfr. sez. V, dec. 13 ottobre 2010 n. 7470; dec. 16 agosto 2010 n. 5722; dec. 13 luglio 2010 n. 4520; dec. 14 ottobre 2009 n. 6311; dec. 4 marzo 2008 n. 901; dec. 10 gennaio 2007 n. 45; sez. IV, dec. 5 aprile 2003 n. 1787).

3. Secondo un altro indirizzo, nelle gare di appalto devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa sia che si tratti di documentazione in materia di offerta tecnica (cfr. sez. V, dec. 23 novembre 2010 n. 8155; dec. 28 ottobre 2008 n. 5386; sez. VI, dec. 22 aprile 2008 n. 1856; sez. IV, dec. 18 ottobre 2007 n. 5217).

Nella specie, la commissione di gara ha proceduto in seduta pubblica, per l'appunto, alla sola verifica dell'integrità delle buste contenenti le offerte tecniche.

4. Entrambi gli orientamenti suscitano varie perplessità.

I principi di trasparenza e pubblicità sono alla base dell'azione amministrativa (art. 1, comma 1, legge n. 241/1990) e delle gare per l'affidamento dei contratti pubblici (art. 2, comma 1, codice dei contratti pubblici: d.lgs. n. 163/2006).

Ciò premesso, il primo indirizzo non appare persuasivo.

La necessità che la fase di valutazione delle offerte tecniche si svolga in seduta riservata non implica affatto che anche la fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, attività materiale logicamente distinta ed in pratica agevolmente separabile da quella - necessariamente riservata - di valutazione, si svolga in seduta riservata, e quindi in deroga ai principi di trasparenza e di pubblicità.

Non si vedono ragioni ostative a che le commissioni di gara procedano all'apertura delle buste in seduta pubblica, per poi procedere in seduta riservata alla valutazione delle relative offerte tecniche.

5. Anche il secondo indirizzo, peraltro, non risulta convincente.

La mera constatazione dell'integrità delle buste, infatti, non soddisfa che in modo parziale le esigenze di trasparenza e pubblicità: essa non consente, infatti, ai concorrenti presenti di prendere contezza dei documenti recanti le offerte tecniche, così come avviene per i documenti amministrativi e per le offerte economiche.

In tal modo i concorrenti, senza una ricognizione pubblica del contenuto documentale delle offerte, non sono garantiti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui, eventualmente dovute ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti.

6. Un concorrente, dunque, potrebbe:

- veder esclusa la sua offerta tecnica per mancanza di un elemento essenziale della stessa, senza poter provare che quell'elemento era invece presente;
- veder valutata come completa l'offerta tecnica di un concorrente, che completa non era.

Non giova in contrario dedurre, come l'appellante a.t.i. Riccoboni, che l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche sarebbe vietata dall'art. 13, commi 2, lett. c), e 3, codice dei contratti, secondo cui il diritto di accesso è differito, in ordine alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione e gli atti di cui al comma 2 non possono essere comunicati ai terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.

L'argomento è di quelli che *provano troppo*.

Sono offerte anche quelle economiche, che vengono aperte in seduta pubblica e sono, quindi, immediatamente conoscibili dai concorrenti.

È evidente, quindi, che il differimento dell'accesso in ordine alle offerte fino al momento dell'approvazione della graduatoria non si riferisce ai partecipanti al procedimento, cioè all'accesso *endoprocedimentale* (art. 10, legge n. 241/1990, e s.m.i.), ma piuttosto, come fatto palese dal comma 3, ai terzi, ossia all'accesso *esoprocedimentale* (art. 22, legge n. 241/1990, cit.).

Per le suesposte considerazioni, apparendo dubbia la questione, così come definita dai contrastanti indirizzi giurisprudenziali predetti, e potendo la decisione delle presenti controversie dar luogo a non univoca giurisprudenza, è opportuno rimettere i tre appelli all'esame dell'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a. (d.lgs. n. 104/2010), per ogni pertinente pronuncia in rito, nel merito e sulle spese processuali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione V, non definitivamente pronunciando sui *tre ricorsi riuniti*, ne dispone il *deferimento all'Adunanza plenaria*.

Manda alla Segreteria sezionale per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al Segretario incaricato di assistere all'udienza dell'Adunanza plenaria.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2011, con l'intervento dei giudici:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/05/2011

IL SEGRETARIO

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