



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1109 del 2010, proposto da:
Associazione Prosport Valle del Tronto, rappresentata e difesa
dall'avv. Barbara Rosati, con domicilio eletto presso Avv. Franco
Boldrini in Ancona, corso Mazzini, 170;

contro

Comune di Colli del Tronto, rappresentato e difeso dall'avv. Pierluigi
Vecchiotti, con domicilio eletto presso Avv. Pietro Sgarbi in Ancona,
via Calatafimi, 2; Responsabile del Procedimento e Presidente della
Commissione;

nei confronti di

Associazione Sportiva Dilettantistica Colli Sport Village, n.c.

per l'annullamento

del bando di selezione per l'affidamento della concessione per la gestione degli impianti sportivi comunali e di ogni atto di gara, con riferimento al verbale di n.1 del 16.11.2010 e 1/a del 19.11.2010, ai successivi verbali, all'aggiudicazione definitiva comunicata con nota prot.9891 del 13.12. 2010 e alle comunicazioni sindacali prot.1013 del 23.12.2010 e prot. 10184 del 23.12.2010 che dispongono la riconsegna degli impianti e il diniego di autotutela.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Colli del Tronto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2011 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Fino all'anno 2009 la ricorrente associazione Prosport Valle del Tronto gestiva in affidamento per concessione gli impianti sportivi del Comune di Colli del Tronto.

Con avviso pubblicato sul sito internet nel mese di ottobre, l'Amministrazione ha indetto una nuova gara per l'affidamento in concessione degli impianti sportivi oltre che per esecuzione di lavori,

cui la ricorrente ha partecipato.

Dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte in data 19.1.2010, la ricorrente e gli altri concorrenti sarebbero stati invitati dal responsabile del procedimento, informalmente e senza motivazione alcuna, a riaprire e modificare la composizione della busta n.2 in cui, ai sensi del bando, erano state inserite sia l'offerta economica che l'offerta tecnica. Più specificamente, uno dopo l'altro i concorrenti sarebbero stati invitati ad entrare in una stanza ed ivi ad estrarre dalla busta già sigillata e consegnata entro il termine di scadenza, l'offerta economica per ricollocarla in altra busta.

Successivamente l'appalto veniva aggiudicato alla controinteressata Associazione Sportiva Dilettantistica Colli Sport Village. L'aggiudicazione definitiva veniva comunicata alla ricorrente con provvedimento prot.9891 del 13.12. 2010.

La ricorrente chiedeva l'annullamento in autotutela della gara a causa delle irregolarità di svolgimento. L'annullamento veniva rifiutato e la ricorrente era invitata lasciare i locali gestiti in precedenza.

Con ricorso depositato il 28.12.2010 la ricorrente chiede l'annullamento degli atti impugnati deducendo i seguenti motivi:

a)Violazione del principio di segretezza delle offerte nonché dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa.

La ricorrente afferma che le modalità con cui l'offerta economica è stata separata da quella tecnica avrebbero violato il principio di segretezza delle offerte e il buon andamento dell'azione

amministrativa

b) Illegittimità del bando del bando per violazione dell'art.64 dpr 554/1999, disparità di trattamento manifesta irragionevolezza e violazione dei principi di buon andamento della p.a. ex art.1 l.241/90 art.97 Cost.

Vi sarebbe violazione dell'art. 64 del DPR 554/99 che prevede la separazione dell'offerta tecnica e di quella economica, oltre alla presenza di numerose incongruità tali da invalidare il bando di gara.

c) Illegittimità della condotta amministrativa. Violazione dell'art. 11 c.9 e 10 dlgs 163/2006 (esecuzione di urgenza in violazione del c.d stand still e incompetenza violazione art. 50 e 107 TUEL).

L'ordine di rilascio dei locali a danni della ricorrente sarebbe stato emesso dal Sindaco, incompetente, e in violazione del termine di cui all'art. 11 c.9 del dlgs 163/2006.

Con ordinanza collegiale n. 60 del 14.1.2011 il Collegio ordinava l'acquisizione di elementi istruttori.

Alla Camera di Consiglio del 24.2.2011, sussistendone i presupposti, il ricorso è stato trattenuto per la decisione nel merito ai sensi dell'art. 60 del dlgs 104/2010.

1 Deve preliminarmente essere respinta l'eccezione, contenuta al punto 4 della memoria di costituzione dell'Amministrazione, relativa all'acquiescenza della ricorrente alla fase della procedura contestata. Ciò secondo il generale principio per cui non costituisce un'ipotesi di acquiescenza nei confronti dell'impugnazione degli atti della

procedura di gara la circostanza che l'impresa concorrente abbia partecipato alla gara senza opporre alcuna condizione o riserva, potendo ricorrere siffatta ipotesi solo allorché la lesione si sia attualizzata e sia divenuta certa (Tar Lazio Roma 21.7.2010 n. 27462). Nel caso in specie l'acquiescenza, sia essa intesa alle clausole del bando di gara, sia intesa al tentativo di procedere alla separazione delle offerte operato dalla Commissione, non può essere configurabile, non essendosi all'epoca ancora concretizzato l'interesse della ricorrente alla ripetizione della gara.

2. Nel merito, il ricorso è fondato e deve essere accolto.

2.1 Risulta fondato e assorbente il primo motivo di ricorso relativo alla violazione del principio di segretezza delle offerte nonché del principio di buon andamento dell'azione amministrativa. Con riguardo al bando di gara, è altresì fondata la censura relativa alla violazione dell'art. 64 del DPR 554/99, con riferimento alla mancata separazione tra offerta tecnica e economica (la norma citata non si applica alla gara in oggetto, essendo dettata per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, ma costituisce espressione di un principio generale -di recente Tar Milano 6.10.2010 n. 6878, Cds Sez. V, 9.6.2009 n. 3575). La fondatezza di tali censure porta all'invalidità dell'intera procedura di gara.

2.2 A parere del Collegio, come del resto affermato nelle memorie di parte ricorrente, dall'istruttoria eseguita del Tribunale appare emergere l'illegittimità e la perplessità della procedura seguita dalla

Commissione di Gara, per cui non appare necessaria la richiesta querela di falso con riguardo ad alcune affermazioni contenute nell'eseguita istruttoria considerato che, da quanto dichiarato nei verbali della Commissione di Gara e negli altri atti di causa, emerge l'illegittimità della procedura.

2.3 La Commissione di Gara si è avveduta (verbale n. 1 del 16.11.2010) dell'errore dell'Avviso di selezione che prevedeva come nella busta 2 dovessero essere contenuti sia il progetto di gestione, sia l'offerta economica, in violazione del principio, applicabile nei procedimenti di gara in cui l'aggiudicazione avvenga con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo cui l'esame degli elementi valutativi delle offerte tecniche deve essere effettuato prima dell'apertura delle offerte economiche, al fine di evitare che la conoscenza degli elementi economico-finanziari possa condizionare l'attribuzione dei punteggi relativi alla qualità tecnica dei progetti (si veda recente Tar Cagliari 14.3.2009 n. 311 e la giurisprudenza ivi citata). La Commissione ha quindi deciso di convocare le ditte per la separazione delle offerte.

2.4 Le operazioni di separazione dell'offerta tecnica ed economica, sono previste nel verbale n. 1 del 16.11.2010, ove la Commissione di Gara si avvede del problema e prevede di convocare i concorrenti ammessi in modo da provvedere all'apertura della busta n. 2 e separare l'offerta economica e quella tecnica. Nel successivo verbale 1a del 18.11.2010, erroneamente datato 19.11.2010 si dà atto, in

maniera estremamente sintetica, della procedura seguita. Nel verbale si afferma che la Commissione “convoca i rappresentanti delle ditte ammesse alla gara.....e li invita a voler aprire, in modo segreto, la busta contenente l’offerta tecnica e quella economica. Li invita a separarle ed inserire l’offerta economica in una busta che viene loro fornita e successivamente firmata dai rappresentanti ognuna per la propria competenza”.

2.5 Negli atti depositati a seguito della costituzione da parte del Comune di Colli del Tronto, è presente una missiva, ad opera del Segretario Comunale, che afferma come “per ovviare a un semplice errore tecnico le ditte partecipanti, senza comunicarne il motivo, sono state invitate presso il Comune e solo in questa sede sono state informate di ciò che era accaduto. Singolarmente, separatamente, segretamente e secondo le indicazioni fornite, ogni partecipante ha separato l’offerta tecnica da quella economica riponendo quest’ultima in una nuova busta firmata dai lembi dai rispettivi interessati”.

2.6 Il Collegio ha quindi ritenuto di acquisire, dalla Commissione di Gara una relazione ove si dettagli la modalità di svolgimento delle operazioni effettuate il 18.11.2010 e documentate dal verbale n. 1a, chiarendo, in particolare, quali soggetti fossero presenti all’apertura delle singole buste e il significato della locuzione “in modo segreto” contenuta nel verbale, anche in considerazione dei chiarimenti forniti dal Segretario Comunale nella nota n. 10269 del 28.12.2010,

sopracitata.

2.7 Il Presidente della Commissione di gara, rispondendo alla richiesta del Tribunale con relazione del 1.2.2011 chiariva che “a)- alle ditte partecipanti non è stata, nel modo più assoluto, segnalata la motivazione della loro convocazione; b) - solo all'ora stabilita, in seduta pubblica alla presenza dei concorrenti il Presidente, coadiuvato dai membri la commissione, ha spiegato i motivi della chiamata; c) - la spiegazione, a cui non ha fatto seguito nessuna eccezione da parte dei concorrenti è avvenuta nell'atrio del 2 ° piano dell'edificio comunale; d) - dopo la verifica dell'integrità dei plichi, si procedeva all'apertura delle buste tecniche; e) - tale operazione è stata effettuata dalle ditte una alla volta secondo l'ordine del verbale n.1, nell'ufficio del Segretario Comunale separato dall'atrio da un piccolo corridoio. All'interno dell'ufficio vi è stata la presenza dei membri la commissione e del presidente che una volta consegnata la busta vuota, necessaria per l'inserimento dell'offerta economica, si soffermava a porta socchiusa sul piccolo corridoio per impedire l'ingresso di eventuali cittadini che volessero colloquiare con lui;f) - ogni ditta, procedeva all'apertura della propria busta, estraeva l'offerta economica e la riponeva nella busta vuota consegnatale e quindi la sigillava apponendo la propria firma sul lembo.”

2.8 Inoltre, il Presidente precisava che il metodo era stato scelto per salvaguardare la segretezza delle operazioni, che l'operazione è avvenuta sotto la vigilanza dei membri della Commissione, senza che

essi potessero in alcun modo conoscere il contenuto delle buste, visto che i singoli concorrenti erano mantenuti ad una debita distanza e, infine, si esclude categoricamente che i singoli concorrenti abbiano potuto sostituire le originarie offerte.

2.9 Il Collegio ritiene che dalla documentazione emerga il carattere perplesso e contraddittorio delle operazioni svolte. Infatti, da tutte le informazioni raccolte, appare sostanzialmente incontestato che le operazioni si siano svolte con la presenza esclusivamente della Commissione e della Ditta interessata. In pratica, la busta n. 2 è stata aperta in una seduta che di fatto era “segreta” (più precisamente, limitata alla presenza della Ditta interessata) come del resto risulta dalla locuzione “in modo segreto” che appare nel verbale. Ciò nel senso che, seppure la convocazione ha riguardato tutte le ditte, la separazione della offerta tecnica e di quella economica (che, va ricordato, erano inserite nella busta n.2 senza alcuna protezione o separazione) è stata eseguita con la presenza della sola Ditta che aveva formulato l’offerta e della Commissione di Gara. A parere del Collegio la procedura seguita dalla Commissione di Gara integra sia la violazione del principio per cui l’apertura dell’offerta economica deve avvenire in seduta pubblica (CdS sez. V 13.10.2010 n. 7470), sia del principio di segretezza delle offerte. Questo appunto perché è stata legittimata l’apertura delle buste in presenza solamente della Commissione e della Ditta interessata, senza che le altre potessero assistere. Va rilevato come, per giurisprudenza condivisa dal

Collegio, la violazione del principio di segretezza si produca persino in caso di apertura accidentale della busta, pure se non vi sia alcuna prova che tale apertura abbia violato in concreto la segretezza delle offerte (sul tema Tar Venezia 19.7.2005 n. 2867, Tar Catanzaro 29.12.2006 n. 2159, CdS sez.V 25.3.2009 n. 1134). Nel caso in esame l'apertura ha coinvolto tutte le offerte e il sistema utilizzato non prevedeva sufficienti garanzie che potessero impedire la visione delle offerte economiche da parte della Commissione di Gara o eventuali modificazioni delle medesime. Non è necessaria la prova che tali patologie si siano in concreto verificate, in quanto le norme e i principi posti a tutela della segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti non richiedono la certezza che la lesione di tali principi abbia falsato la gara, in quanto è sufficiente che le modalità della gara siano state tali da non garantirne il rispetto.

3 Conseguentemente, la separazione delle offerte effettuata dalla Stazione appaltante non è stata idonea ad eliminare la confusione tra offerta tecnica ed economica prevista dal bando di gara, essendo avvenuta con modalità lesive della segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti. Sono illegittimi e devono essere annullati sia l'impugnata previsione di cui all'Avviso di selezione impugnato (nella parte in cui prevede la presentazione nella stessa busta dell'offerta economica e del progetto di gestione), sia il tentativo di separazione delle offerte operato dalla Stazione Appaltante e documentato con il verbale 1a del 19 (in realtà 18) novembre 2010.

Le illegittimità si riversano quindi sull'aggiudicazione definitiva e sugli atti conseguenti, che devono essere annullati.

3.1 In considerazione della particolarità della controversia le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Giovanni Ruiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/03/2011

IL SEGRETARIO

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