



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 824 del 2011, proposto da:

Il Capitano Società Cooperativa A Responsabilità Limitata,  
rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Celani, con domicilio eletto  
presso , Segreteria T.A.R. Marche in Ancona, via della Loggia, 24;

***contro***

Comune di Ascoli Piceno, rappresentato e difeso dall'avv. Sabrina  
Tosti, con domicilio eletto presso Avv. Barbara Andrenacci in  
Ancona, via Asiago, 8;

***nei confronti di***

Sato S.r.l. in Qualita' di Capogruppo R.T.I. Sato Srl-Il Mandorlo Soc.  
Coop., rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Cardamone, con  
domicilio eletto presso Avv. Maurizio Discepolo in Ancona, via

Matteotti, 99;

***per l'annullamento***

1)- del BANDO DI GARA A PROCEDURA APERTA Prot. 2823 del 17 gennaio 2011 - CIG 0766327909 - PER LA GESTIONE DEI CIMITERI COMUNALI E DEL FORNO CREMATORIO messo dal Comune di Ascoli Piceno, nella persona del Dirigente del settore Servizi Cimiteriali, con particolare riferimento alla parte in cui (all'art. 6 punto 7 "Pubblicità della gara") non ha previsto che sarebbe dovuta essere pubblica la seduta di gara per l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica.

2)- Dei seguenti verbali di gara emessi dalla Commissione di Gara istituita presso il Comune di Ascoli P. (si fa presente che gli allegati verbali sono stati "scaricati" dal sito internet del Comune--, la ricorrente è in attesa di ricevere le copie conformi degli stessi):

- verbale di gara n. 1 del 23/03/11, con particolare riferimento alla parte in cui la Commissione (in seduta pubblica) si è limitata all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa',

- verbale di gara n. 2 del 28/03/11 ,

- verbale di gara n. 3 del 18/05/11 con particolare riferimento alla parte in cui la Commissione, in seduta riservata, ha provveduto all'apertura della busta contenente la documentazione tecnica di una delle concorrenti, ed alla successiva valutazione delle stessa; - verbale di gara n. 4 del 07/06/11 con particolare riferimento alla parte in cui

la Commissione, in seduta riservata, ha provveduto all'apertura della busta contenente la documentazione tecnica della ricorrente ed alla successiva valutazione delle stessa;

- verbale di gara n. 5 del 28/06/11 con particolare riferimento alla parte in cui la Commissione, in seduta riservata. ha provveduto all'apertura della busta contenente la documentazione tecnica della RTI controinteressata ed alla successiva valutazione delle stessa;

- verbale di gara n. 6 del 18/07/11 con particolare riferimento alla parte in cui la Commissione, in seduta pubblica, ha dato lettura dei punteggi di valutazione delle offerte tecniche ed ha proceduto all'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, stilando la graduatoria dei punteggi complessivi;

3) - della determinazione dirigenziale n.1151 del 21/07/11 (il cui contenuto è stato comunicato con fax del Comune di Ascoli Piceno, ricevuto il 02/08/11 ),

con cui è stato aggiudicato alla RTI SAIO srl – Il Mandorlo soc. coop. il predetto servizio di gestione dei servizi cimiteriali e del forno crematorio,

- nonché di tutti gli atti preparatori, presupposti, connessi, consequenziali e successivi;

B) e PER L'ANNULLAMENTO DELL'INTERA PROCEDURA DI GARA

C) e per la dichiarazione di nullità e/o inefficacia del contratto d'appalto qualora stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Ascoli Piceno e di Sato S.r.l. in Qualità di Capogruppo R.T.I. Sato Srl-Il Mandorlo Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 settembre 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.;

La ricorrente il Capitano Soc. Coop Arl ha partecipato alla procedura di gara in epigrafe, classificandosi in terza posizione dietro l'aggiudicataria R.T.I. Sato Srl-Il Mandorlo Soc. Coop.

La ricorrente contesta la procedura di gara deducendo, tra l'altro, l'illegittimità del procedimento di valutazione delle offerte tecniche, in quanto l'apertura delle medesime è avvenuta in seduta della commissione non pubblica, in data 18.7.2011.

Si sono costituiti il comune di Ascoli Piceno e la controinteressata RTI aggiudicataria, resistendo al ricorso.

1 Devono essere preliminarmente rigettate le eccezioni formulate dal Comune di Ascoli Piceno e dalla contorinteressata.. Infatti, l'interessante prospettazione dell'eccezione di tardività della controinteressata (la mancata apertura delle buste in seduta non pubblica sarebbe stata percettibile a partire dalla seduta di

valutazione delle offerte tecniche) non può superare il consolidato orientamento per cui l'onere per l'impresa di impugnare tempestivamente gli atti della procedura di evidenza pubblica, ad eccezione dell'esclusione dalla gara o delle clausole del bando immediatamente preclusive della partecipazione alla gara stessa, sorge in presenza dell'aggiudicazione definitiva.(CdS sez. V, 20.6.2011 n. 3671).

1.1 Con riguardo alla seconda eccezione, dedotta anche dal Comune di Ascoli Piceno, che afferma il difetto di interesse dalla ricorrente per non avere contestato nel merito la procedura di valutazione delle offerte e per la circostanza che la medesima non avrebbe alcuna utilità dall'annullamento, è sufficiente osservare che, per costante giurisprudenza, in presenza di un vizio tale da invalidare l'intera procedura di gara, l'interesse alla ripetizione della gara senza le riscontrate illegittimità è del tutto idoneo a sostenere il ricorso, purché il ricorrente non sia stato escluso legittimamente dalla procedura (tra le tante decisioni Tar Trento 7.6.2010 n. 151).

2 Nel merito, ricorso è fondato e deve essere accolto. E' del tutto incontestato, nella gara in esame, che l'apertura delle offerte tecniche sia stata effettuata, da parte dell'apposita Commissione, in seduta non pubblica.

2.1 L'annoso dibattito giurisprudenziale sulla legittimità di tale prassi ha trovato una recente e decisiva soluzione nel pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 28.7.2011, che

ha ritenuto tale pratica non compatibile con i principi sanciti, oltre che all'art. 97 della Costituzione, dalle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, da cui è scaturito il Codice italiano dei contratti pubblici, le quali agli articoli, rispettivamente, 10 e 2, stabiliscono, con espressione di portata ineludibile: "Le amministrazioni aggiudicatrici ...agiscono con trasparenza" (CdS AP 13/2011,cit.). Né l'apertura delle buste in seduta pubblica può essere sostituita, a differenza di quanto sostenuto dal Comune di Ascoli Piceno, dalla verifica dell'integrità dei plichi, trattandosi di due fasi differenti.

2.2 Non è condivisibile, ancora, l'affermazione, da parte del comune di Ascoli Piceno sulla diversità della fattispecie all'esame del Tribunale rispetto alla decisione dell'Adunanza Plenaria, in quanto si evince chiaramente, dalla citata sentenza, la sufficienza del vizio riscontrato per determinare l'annullamento della procedura.

2.3 Né tantomeno, è condivisibile l'affermazione relativa alla non impugnabilità del verbale di apertura delle buste contenente tecniche, facente fede fino a querela di falso dato che, per i principi sopra citati, non vi deve essere prova dell'effettiva lesione sofferta dalla ricorrente, considerato che gli adempimenti necessari per la tutela della trasparenza non sono non solo volti solo alla parità di trattamento tra i concorrenti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative non sono apprezzabili "ex post" (CdS sez. V, 16.6.2009 n. 3844). Conseguentemente, la rilevante lesione dei

principi di trasparenza sopra richiamati non può che determinare l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione.

2.4 Priva di pregio è, infine, la pur suggestiva argomentazione del Comune di Ascoli Piceno relativa al carattere eccezionale del cosiddetto “overruling” giurisprudenziale. Basti dire, a tale, proposito che la decisione dell’Adunanza Plenaria non giunge ad interrompere un orientamento consolidato ma (come è natura delle decisioni plenarie) mette fine ad un contrasto giurisprudenziale che ha visto numerose decisioni di entrambi i segni (puntualmente individuate dalla citata Sentenza 13/2011, nonché dalla relativa ordinanza di rimessione).

3 L’illegittimità del procedimento di valutazione offerte tecniche non può che ripercuotersi sull’intera procedura di gara, che deve essere annullata.

3.1 Alla luce della recentissima soluzione del contrasto giurisprudenziale sopracitato, si possono ritenere sussistenti le ragioni per disporre la compensazione delle spese.

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 la procedura di gara impugnata.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 16 settembre 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 14/10/2011

IL SEGRETARIO

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