



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**

sul ricorso numero di registro generale 1107 del 2011, proposto da:  
Società Futura Soc. Coop., rappresentata e difesa dagli avv. Marianna Caretti, Giorgio Fregni, con domicilio eletto presso l'Avv. Maurizio Discepolo, in Ancona, via Matteotti, 99;

***contro***

Società Marche Multiservizi Falconara S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Galvani, con domicilio eletto presso l'Avv. Andrea Galvani, in Ancona, corso Mazzini, 156;

***nei confronti di***

- Società Service One di Starnoni Daniele, rappresentata e difesa dagli avv. Leonardo Arnese, Antonella Casimirri, Luigi Pianesi, con domicilio eletto presso l'Avv. Luigi Pianesi, in Ancona, viale della Vittoria, 6;

- Commissione di Gara c/o Marche Multiservizi Falconara, Società CAM S.p.A., Comune di Falconara Marittima, non costituiti;

***per l'annullamento***

della determinazione n. 3/2011 , a firma dell'Amministratore delegato p.t. di Marche Multiservizi Falconara S.r.l., di approvazione del verbale di gara, di aggiudicazione definitiva ed efficace del servizio di operazioni cimiteriali di Polizia Mortuaria ai sensi del D.P.R. 285/90, da eseguirsi nei cimiteri di Falconara e Castelferretti, a favore della Società controinteressata;

- della nota prot. 1967 di comunicazione, ai sensi dell'art. 79, co. 5, lett. b) del d.lgs. 163/06, di aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della Società Service One, pervenuta alla Società ricorrente, via fax, in data 2/11/2011;

- dei verbali di gara del 20/6/2011 e del 21/6/2011 (due sedute; documenti 6 e 7), in parte qua e nei limiti del proprio interesse;

- per quanto occorrer possa, della nota prot. 1286 del 27/6/2011 con la quale la Stazione Appaltante ha comunicato alla Società controinteressata l'aggiudicazione provvisoria;

- del provvedimento implicito o esplicito, attualmente sconosciuto alla ricorrente, di verifica positiva dei requisiti prescritti per la partecipazione alla gara in capo alla Società Service One di Starnoni Daniele, tra cui, per quanto occorre possa, la comunicazione prot. 1868 del 11/10/2011;

- del "verbale consegna documentazione" del 14/10/2011 e di tutti i

provvedimenti ivi richiamati inerenti la procedura di verifica del fatturato specifico dichiarato dalla controinteressata, nonché di eventuali provvedimenti successivi, attualmente sconosciuti alla ricorrente, di valutazione e di approvazione, anche implicita, delle giustificazioni prodotte dalla controinteressata;

dei provvedimenti successivi all'aggiudicazione eventualmente intervenuti;

ove occorra, della *lex specialis* di gara e, segnatamente, *in parte qua* della lettera di invito del 30/5/2011 e del disciplinare e relativi allegati;

- dell'eventuale silenzio rigetto formatosi sull'informativa ai sensi dell'art. 243 bis del d.lgs. 163/2006 del 16/11/2011;

- del provvedimento, attualmente sconosciuto al ricorrente, mediante il quale si è stabilito di ricorrere al cottimo fiduciario, *in parte qua* e nei limiti in cui fosse lesivo;

- del regolamento per i lavori in economia del Comune di Falconara Marittima, *in parte qua* e nei limiti in cui fosse lesivo;

- di ogni ulteriore provvedimento anteriore, conseguente ovvero comunque coordinato e/o connesso a quelli sopra indicati;

nonché per la declaratoria di inefficacia

del contratto di appalto eventualmente concluso tra la Stazione Appaltante e la Società Service One di Starnoni Daniele

nonché per la declaratoria del diritto

della ricorrente a subentrare nel medesimo contratto, ove concluso

prima della decisione della causa di merito, anche per la parte residua;

nonché per la condanna

della stazione appaltante al risarcimento dei danni da illegittima aggiudicazione, quanto al lucro cessante pari al mancato utile del 10% del valore della propria offerta, oltre al danno emergente per la perdita di chance in relazione alla possibilità di aggiudicarsi ulteriori appalti pubblici sulla base del fatturato non realizzato in virtù dell'appalto di cui alla presente causa, per il danno c.d. curricolare ed il danno all'immagine della Società ricorrente, da quantificarsi in via equitativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società Marche Multiservizi Falconara S.r.l. e di Società Service One di Starnoni Daniele;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2012 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente impugna l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata Service One dell'appalto, avente durata

triennale, relativo ai servizi cimiteriali nei cimiteri di Falconara e Castelferretti.

Questi i motivi di ricorso:

- i plichi contenenti la documentazione amministrativa non sono stati aperti in seduta pubblica;
- la controinteressata non poteva partecipare alla gara ex artt. 7 e 9 L.R. n. 3/2005, poiché è un'impresa di pompe funebri;
- violazione art. 125 D.Lgs. n. 163/2006, in quanto non ricorrevano i presupposti per la procedura di cottimo fiduciario;
- l'aggiudicataria non ha comprovato il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti dal bando ai fini della partecipazione;
- non è motivata l'attribuzione dei punteggi assegnati dalla commissione di gara;
- violazione art. 79, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006.

La ricorrente chiede altresì la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato medio tempore e la condanna al subentro nell'appalto o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente monetario.

2. Si sono costituite le parti intime, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 36/2012 è stata accolta la domanda cautelare e fissata per l'8 marzo 2012 l'udienza di trattazione del merito.

3. Il Collegio ritiene fondato solo il primo motivo di ricorso, dal che discende l'accoglimento del gravame e l'annullamento dell'intera

procedura (la quale, persistendo l'esigenza di garantire il servizio, dovrà dunque essere ripetuta).

Pertanto, non possono trovare accoglimento né la domanda di subentro né quella di condanna di Marche Multiservizi al risarcimento per equivalente (atteso che il danno di cui si chiede il ristoro è quello da mancata aggiudicazione).

4. Passando dunque all'esame del primo motivo, il Collegio evidenzia innanzitutto che non ha pregio la tesi della controinteressata secondo cui dai verbali di gara si evincerebbe che l'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'apertura delle offerte economiche sono avvenute in seduta pubblica (e ciò in quanto nel verbale n. 1 il seggio di gara ha precisato che le operazioni di apertura e di valutazione delle offerte tecniche sarebbero avvenute in seduta riservata, il che vorrebbe dire che fino a quel momento le operazioni si sono svolte in seduta pubblica. Analoga conclusione discenderebbe dal verbale di gara n. 3). Ma questo del resto trova conferma nella memoria di costituzione dell'Amministrazione, in cui si ribadisce a chiare lettere che la decisione di non svolgere sedute pubbliche è stata consapevole e legata al tipo di procedura di affidamento prescelta (il cottimo fiduciario). Anche la controinteressata evidenzia che il regolamento per i lavori in economia di Marche Multiservizi non impone il rispetto delle formalità tipiche delle procedure ad evidenza pubblica vere e proprie. In secondo luogo, come si evince dalla lettera d'invito, Marche

Multiservizi ha imposto alle imprese invitate una serie di adempimenti formali del tutto analoghi a quelli previsti dal Codice dei contratti pubblici per le procedure aperte e ristrette (documentazione amministrativa da allegare all'offerta; sigillatura dei plichi; etc.), il che smentisce le asserzioni delle parti resistenti circa il fatto che la procedura di cottimo fiduciario richiederebbe la semplice (ed informale) acquisizione di "preventivi". O meglio, l'art. 125 del Codice dei contratti pubblici così recita, ma nella specie la stazione appaltante ha ritenuto opportunamente di prescrivere il rispetto di una serie di oneri formali che *in subiecta materia*, come è noto, assumono anche rilievo sostanziale. Né nella lettera d'invito né in successive comunicazioni Marche Multiservizi ha però comunicato la data in cui il seggio di gara avrebbe proceduto all'apertura ed alla verifica della completezza dei plichi contenenti la documentazione amministrativa ed all'apertura delle offerte economiche, il che ha impedito ai concorrenti eventualmente interessati di assistere alle operazioni. Pertanto, seppure si potrebbe ritenere che l'apertura dei suddetti plichi sia avvenuta in sedute "teoricamente" pubbliche (nel senso che non era impedito l'accesso al pubblico), la mancata indicazione della data, del luogo e dell'ora delle sedute hanno fatto sì che le stesse non sono state pubbliche e, soprattutto, non sono state pubbliche per i soggetti realmente interessati a prendervi parte.

In terzo luogo, seppure è vero che in un cospicuo numero di sentenze il G.A. ha affermato che nella procedura *de qua* non sono da

osservare le medesime regole che contraddistinguono le procedure aperte e ristrette, è altrettanto vero che:

- la massima parte delle pronunce citate dalle parti resistenti sono abbastanza risalenti nel tempo;

- il principio di pubblicità, a seguito del recente arresto dell'Adunanza Plenaria (sentenza n. 13 del 2011), va ritenuto parte integrante del principio di trasparenza. Fra l'altro, il dubbio che l'Adunanza Plenaria era stata chiamata a dirimere riguardava l'obbligo di aprire in seduta pubblica le buste contenenti le offerte tecniche, per cui *a fortiori* tale obbligo sussiste per quanto concerne le buste contenenti la documentazione amministrativa e le offerte economiche;

- in ogni caso, nelle sentenze summenzionate si è sempre affermato che al cottimo fiduciario non si applicano le regole dettate per le procedure aperte e ristrette, ma non anche i principi generali che disciplinano le gare ad evidenza pubblica (il che è confermato dall'art. 125, comma 14, del D.Lgs. n. 163/2006). E quello della pubblicità delle sedute dedicate all'apertura ed alla verifica dei plichi contenenti la documentazione amministrativa ed all'apertura delle offerte economiche è proprio uno dei principi generali che si applicano a tutte le procedure di affidamento di appalti pubblici.

Pertanto, il primo motivo di ricorso va accolto, dal che, come detto, discende l'annullamento dell'intera procedura.

5. In ragione della facoltà del ricorrente di graduare i motivi di



ricorso in base all'interesse sostanziale che l'accoglimento di ciascuno di essi è in grado di soddisfare va esaminato il secondo motivo (il cui accoglimento, invece, consentirebbe alla ricorrente di divenire aggiudicataria dell'appalto). Per la verità, il motivo è formulato espressamente in via subordinata (vedasi pagina 4 del ricorso), per cui il Tribunale non potrebbe sovvertire tale ordine, ma la trattazione della censura si impone anche in vista della ripetizione della gara.

Il motivo è infondato in quanto:

- la controinteressata non esercita l'attività di pompe funebri (vedasi certificazione a firma del Sindaco di Castorano, depositata in data 9 gennaio 2012);
- l'appalto in questione non ha ad oggetto servizi cimiteriali, ma operazioni cimiteriali di polizia mortuaria;
- l'art. 9, comma 3, della L.R. n. 3/2005 è norma di stretta interpretazione, ponendo essa un limite alla partecipazione delle imprese del settore alle gare ad evidenza pubblica;
- le finalità che sono alla base del divieto di commistione fra attività di pompe funebri e la gestione di servizi cimiteriali non vengono in evidenza laddove non sussistano i pericoli paventati in ricorso.

6. Ugualmente infondate o inammissibili sono le altre censure:

- a) per quanto concerne l'asserita violazione dell'art. 125 D.Lgs. n. 163/2006, non sussiste l'interesse all'accoglimento del motivo (in quanto la ricorrente ha comunque preso parte alla gara e dunque può solo censurare la violazione delle regole della procedura, ma non

anche la scelta del tipo di procedura. In ogni caso, la stazione appaltante ha comunque garantito un confronto concorrenziale fra più imprese, ossia ha conseguito il medesimo obiettivo che sarebbe stato garantito dallo svolgimento di una gara formale);

b) la censura afferente il mancato possesso da parte di Service One dei requisiti di capacità economico-finanziaria è formulata in termini generici e dubitativi ed è dunque inammissibile;

c) laddove la stazione appaltante decida di utilizzare per la valutazione delle offerte tecniche il metodo del confronto a coppie la motivazione risiede negli stessi punteggi attribuiti dai singoli commissari (sempre che il bando indichi i criteri di valutazione, aspetto che non è in discussione nel presente giudizio – in terminis, Cons. Stato, V, n. 1150/2012);

d) la violazione dell'art. 79, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006 non è di per sé causa di illegittimità dell'aggiudicazione (ma semmai potrebbe essere causa di inefficacia relativa del provvedimento) e comunque essa non ha impedito alla ricorrente di tutelare le proprie ragioni né in sede amministrativa (avendo la ditta comunicato alla stazione appaltante il c.d. preavviso di ricorso), né in sede giudiziaria.

7. Per quanto precede, il ricorso va accolto.

Le spese, liquidate in dispositivo, seguono in parte la soccombenza e in parte vanno compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione

Prima):

- accoglie il ricorso, nei sensi di cui in motivazione;
- condanna Marche Multiservizi al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio, che si liquidano in € 2.000,00. Spese compensate nei confronti della controinteressata. Contributo unificato come per legge (art. 13, comma 6-bis.1, T.U. n. 115/2002). Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Tommaso Capitanio, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/03/2012

IL SEGRETARIO

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