

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER IL LAZIO - SEZIONE II BIS

N. Reg.Sent.

Anno

N. Reg.Ric.

Anno

composto dai signori

Patrizio GIULIA

PRESIDENTE

Evasio SPERANZA

CONSIGLIERE, rel.

Solveig COGLIANI

PRIMO REFERENDARIO

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.7273/2003, Reg. Gen., proposto da “QUADRIFOGLIO VERDE DI MADAMA MARIA PIA E C. S.N.C.”, in persona del legale rappresentante pro tempore, nonché del socio portatore del residuo capitale(sig.ri Madama Maria Pia e Davide Chinzari), in proprio e nella qualità di impresa mandataria dell’ATI con la ditta MARINELLI e EQUIZI di Marinelli Enzo Romano e Equizi Massimiliano s.n.c., rappresentata e difesa dall’avv. Renato Botrugno, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, Via Ottaviano n. 9;

CONTRO

Il COMUNE di ANTRODOCO, in persona del Sindaco pro tempore, non costituitosi in giudizio;

e, con l’intervento(ad opponendum),

- della società BORGHETTO piccola soc. coop. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avv. Manlio Perelli, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, Via

Maestro Gaetano Capocci n.14;

per l'annullamento

- Dei verbali e/o degli atti di gara (di estremi ignoti) relativi alla licitazione privata per l'affidamento della concessione di esecuzione delle opere di completamento e del servizio di gestione del Complesso "Terme di Antrodoco" – indetta da detto Comune con bando del 30 ottobre 2002 – concernenti le operazioni di apertura dei plichi delle offerte pervenute, poste in essere dalla Commissione aggiudicatrice in seduta non pubblica e, comunque, in difetto delle relative comunicazioni circa il tempo e il luogo del loro svolgimento;
- Di tutti gli altri verbali e/o atti e/o provvedimenti successivi – ivi compreso l'eventuale provvedimento di esclusione della ricorrente (di estremi sconosciuti) e, ove intervenuto, quello di aggiudicazione definitiva, unitamente ad ogni altro atto e/o provvedimento antecedente, successivo e connesso;

Visti il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di motivi aggiunti notificato il 7.10.03 e depositato il 10 successivo;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Il Borghetto suindicata;

Vista l'ordinanza istruttoria della Sezione n.575 del 24.7.03;

Vista l'ordinanza n.5107 del 16.10.03, con cui la Sezione ha accolto l'istanza cautelare della ricorrente;

Viste le memorie prodotte dalle parti costituite a sostegno delle

rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 20 novembre 2003 data per letta la relazione del magistrato Evasio Speranza e uditi gli avvocati delle parti come da relativo verbale;

FATTO

Con ricorso notificato in data 11 luglio 2003 e depositato il 14 successivo, la società Quadrifoglio Verde sopra generalizzata, ha impugnato gli atti indicati in epigrafe.

L'istante premette: che la gara de qua (licitazione privata), cui essa ha partecipato quale mandataria dell'ATI con la s.n.c. Marinelli ed Equizi ed indetta dal Comune di Antrodoco con bando 30 ottobre 2002, aveva ad oggetto l'affidamento della concessione di esecuzione delle opere di completamento e del servizio di gestione del complesso "Terme di Antrodoco", concessione che, secondo quanto previsto dal bando, sarebbe stata aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; che comunque nulla era previsto circa lo svolgimento in seduta pubblica delle operazioni di gara; che, nella lettera di invito (20.1.03, prot. n.508), il Comune dettava le modalità di presentazione delle offerte, specificando che era necessaria la produzione di un unico contenitore contenente due distinti plichi, uno relativo alla documentazione amministrativa e l'altro concernente la documentazione economico gestionale; che né il bando né la lettera di invito fornivano indicazioni sull'iter procedimentale successivo alla presentazione delle offerte e, neppure,

in particolare, circa le date di svolgimento della gara in seduta pubblica; che la ricorrente, dopo la rituale presentazione della offerta corredata da tutta la documentazione richiesta, restava all'oscuro di tutte le fasi successive della procedura; che solo di recente e in via informale, la ricorrente apprendeva che l'A.ne aveva dato luogo alla fase di apertura dei plichi e che, all'esito di ciò, la sua offerta sarebbe stata esclusa dalla gara per omessa produzione della documentazione amministrativa richiesta a pena di esclusione ed, altresì, che l'organo procedente avrebbe aperto il plico n.2 (contenente la documentazione economico – gestionale), così rendendo pubblico il contenuto sostanziale dell'offerta; che il Comune restava inerte sia all'esposto(4.7.03) della ricorrente rivolto ad ottenere, in autotutela, l'annullamento degli atti impugnati e la ripetizione della gara, sia all'istanza in pari data di accesso alla documentazione amministrativa per venire ufficialmente a conoscenza delle risultanze della licitazione. Ciò premesso, a sostegno del ricorso, l'istante ha dedotto più motivi di censura (I. Violazione e/o falsa applicazione dei principi regolanti le pubbliche gare con particolare riferimento alla violazione del principio generale di pubblicità delle sedute di gara; II. Violazione e/o falsa applicazione dei principi regolanti le pubbliche gare con particolare riferimento alla violazione del generale principio della trasparenza e della imparzialità del procedimento amministrativo nonché violazione dei principi regolanti le procedure ad evidenza pubblica; III. Violazione dell'art.97 della Cost. e dell'art.1 della L. 241/90. Sviamento di potere).

Secondo la ricorrente, le formalità previste dalle norme per l'espletamento delle procedure di aggiudicazione (art.21, comma 2, L. 109/94 e art.91 D.P.R. 554/99), richiamate nel bando, vanno integrate con le regole ricavabili dai principi generali funzionali alla tutela della pubblicità delle sedute di gara, della trasparenza e imparzialità del procedimento amministrativo, principi nella specie disattesi dall'A.ne, per non avere proceduto all'apertura delle buste in seduta pubblica e per non avere diramato alle ditte partecipanti le comunicazioni relative alle sedute pubbliche per renderne possibile la partecipazione, pubblicità da assicurare almeno per la fase di verifica della integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e relativa apertura.

A seguito della documentazione prodotta dal Comune (in adempimento dell'ordinanza della Sezione n.575/03), nonché dalla soc. Borghetto intervenuta ad opponendum, la ricorrente ha proposto atto di motivi aggiunti (notificato a tali parti il 7.10.03 e depositato il 10 successivo), con i quali ha impugnato i seguenti atti della procedura in parola: verbali delle sedute in data 12.5.03 e 5.6.03; il provvedimento di esclusione della ricorrente desumibile dai medesimi verbali; il provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore della soc. Borghetto emesso dalla commissione all'esito della seduta del 5.6.03; per quanto necessario, delle delibere G.M. n. 58 del 7.5.03 e n. 70 del 31.5.03; la delibera n.115 del 30.7.03, con cui il Comune ha approvato i verbali di gara, aggiudicandola in via definitiva a favore della soc. Borghetto; ogni atto presupposto conseguente e

connesso.

A sostegno di tale impugnativa aggiunta, la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi di censura:

I e II. Violazione e/o falsa applicazione dell'art.21, comma 4, della L. 109/94 e dell'art.107, comma 3, del D. Lgs. 267/2000, in quanto nella specie illegittimamente il segretario comunale ha fatto parte della commissione (figura non qualificabile dirigente e neppure tecnico e comunque soggetto interessato da attività connesse all'appalto in questione), privo di competenze gestionali e aderente più all'area politica, tanto che l'art.107 citato ha previsto l'attribuzione della presidenza delle Commissioni di gara ai soli dirigenti;

III. Incompetenza della Commissione giudicatrice, così come costituita, ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa – nullità delle operazioni di gara. Alternativa illegittimità delle stesse operazioni di gara per illegittimità della composizione della commissione;

IV. Violazione e/o falsa applicazione del Collegio perfetto. Violazione dell'art.3 della L. n.241/1990. Alternativo eccesso di potere sotto il profilo del difetto di motivazione, atteso che la diversa composizione del Collegio (5.6.03) rendeva necessaria una nuova e totale valutazione da parte del **plenum** non risultando l'esclusione della ricorrente dai verbali della commissione; comunque il provvedimento di esclusione, ove in ipotesi sussistente sarebbe immotivato, non essendo rilevabile dai verbali la rilevanza della incompletezza documentale ravvisata, né essendovi alcun riferimento alle clausole di

esclusione, peraltro inesistenti;

V. Illegittimità della delibera della G.M. di Antrodoco n.115 del 30.07.2003 per illegittimità derivata dagli atti presupposti principalmente impugnati.

La soc. Borghetto, con l'atto di intervento ad opponendum suindicato, ha chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile, (in quanto essa, quale parte controinteressata, doveva essere destinataria ab origine della notifica del ricorso) e, comunque, che esso sia respinto per infondatezza.

Con successive memorie(14 e 29 ottobre 2003), la controinteressata ha insistito per il rigetto del ricorso.

DIRITTO

I. Come accennato, l'istante con il ricorso ha impugnato, sotto più profili, i verbali e/o gli atti di gara (di estremi ignoti) relativi alla licitazione privata per l'affidamento della concessione di esecuzione delle opere di completamento e del servizio di gestione del Complesso "Terme di Antrodoco" – indetta da detto Comune con bando del 30 ottobre 2002, nonché proposto motivi aggiunti (dopo il deposito in giudizio degli atti della procedura di gara) con i quali ha censurato la composizione della commissione giudicatrice.

Dalla documentazione depositata (22.8.03) dal Comune di Antrodoco in adempimento dell'ordinanza istruttoria della Sezione 24.7.03, n.575, emerge che a tale gara (ved. verbale 12.5.03), partecipavano, presentando le relative offerte, la ricorrente, la società Borghetto (poi risultata aggiudicataria) e la società "Montana Management Inc. Royal

Bank Tower”): questa ultima veniva esclusa per presentazione tardiva dell’offerta; la commissione quindi procedeva all’apertura dei plichi e preliminarmente di quelli contenenti la documentazione amministrativa: il plico n.1(soc. Borghetto) risultava regolare; per il plico n.2 (ricorrente) la commissione prendeva atto della incompletezza della dichiarazione prevista al punto 1.1. della lettera di invito con riguardo alle dichiarazioni di cui alle lettere a), b), c), e), f), g), i), j), k), l); dopo ciò, la commissione sospendeva i lavori fissandone la ripresa per il giorno 15.5.03; nella successiva seduta del 5.6.03, la commissione - dato atto che essa non si era riunita il 15.5.03 per impedimento del presidente, aggiornando la seduta al 5.6.03 come da avviso pubblico – procedeva all’esame della busta n.1(soc. Borghetto), unica ditta rimasta in gara (a seguito dell’esclusione delle altre due), alla quale veniva aggiudicata provvisoriamente la gara e a favore della quale veniva disposta l’aggiudicazione definitiva con deliberazione di G.M. 30.7.03, n..115 del Comune di Antrodoco.

II. Ciò premesso, l’eccezione formulata dalla soc. Borghetto di inammissibilità del ricorso per omessa sua notificazione alla medesima società quale controinteressata risultata aggiudicataria, va disattesa.

Invero, in più occasioni, la giurisprudenza ha evidenziato che l’impugnativa proposta contro l’esclusione da una gara ad evidenza pubblica (o da concorso pubblico) non ha di fronte in linea di massima controinteressati ai quali occorre notificare il ricorso, non essendo onere del ricorrente seguire gli sviluppi del procedimento ed

impugnare atti conseguenti ricercando i controinteressati successivi (cfr., in tema di gare ad evidenza pubblica: C.d.S., V, 13.5.2002, n.2581, 25.3.2002, n.1687, 22.4.2002, n.2180; IV, 15.2.2002, n.923; TAR Friuli –Venezia Giulia 5.1.1996, n.1; cfr. per il principio in materia di pubblici concorsi: C.d.S., VI, 21.10.1996, n.1368), mentre occorre notificare il ricorso almeno ad un controinteressato, a pena di inammissibilità, solo se al momento della proposizione del ricorso avverso il provvedimento di esclusione, **siano noti** al soggetto escluso i beneficiari della procedura, per essere intervenuto il provvedimento di aggiudicazione della gara o l’approvazione della graduatoria del concorso(Cfr. C.d.S., V, 25.3.2002. n.1687 cit. e VI, 10.10.2002, n.5453).

Nella specie, la soc. Borghetto non ha provato che la ricorrente, al momento della proposizione del ricorso, fosse a conoscenza dell’atto di aggiudicazione provvisoria (verbale 5.6.03) o definitiva (delibera n.115/03) della gara a favore della stessa società Borghetto, mentre va considerato, per un verso, che la ricorrente, alla data del 10.7.03(data di redazione del ricorso) non era a conoscenza dello stato della procedura ed anzi aveva presentato domanda di accesso documentale(4.7.03) per acquisire, ove esistenti, i verbali inerenti alle operazioni di gara e, per altro verso, che gli atti di gara, compresa l’aggiudicazione definitiva, sono stati acquisiti al processo solo a seguito del loro deposito in giudizio da parte del Comune in data 22.8.03 in adempimento dell’incombente istruttorio disposto dalla Sezione con la citata ordinanza n.575/03 e da parte della

controinteressata in data 25.8.03 in sede di deposito dell'atto di intervento ad opponendum.

Va aggiunto che la ricorrente, a seguito del deposito di tali atti, ha proposto atto di motivi aggiunti, provvedendo a notificare il successivo 7.10.03 anche alla soc. Borghetto oltre tale atto, in via cautelativa, anche il ricorso introduttivo che risulta trascritto di seguito ai motivi aggiunti.

III. Nel merito, il ricorso, con il quale si deduce la mancata osservanza della necessaria pubblicità delle operazioni di gara, appare meritevole di accoglimento, alla stregua delle considerazioni che seguono.

La giurisprudenza è costante nel ritenere che il principio di pubblicità delle operazioni di una gara di pubblici appalti è inderogabile e impone, nella fase dell'apertura dei plichi contenenti i documenti di ammissione e le offerte, che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica e, ciò, in quanto tale modalità costituisce un strumento di garanzia a tutela, oltre che del pubblico interesse, anche di quello dei partecipanti, affinché possano direttamente assistere alla verifica della integrità dei plichi ed alla identificazione del loro contenuto, operazione che garantisce la serietà della gara, impedendo sostituzioni o alterazioni dei relativi atti (cfr. in termini, C. d. S., V, 30.5.1997, n. 576, 14.4.2000, n. 2235, 3.9.2001, n. 4586 e 27.2.2001, n. 1067; IV, 6.10.2003, n. 5823 e 27.3.2002, n. 1726; TAR Veneto, Sez. I, 30.3.2001, n. 888; TAR Piemonte, sez. II, 9.3.2002, n. 615).

In particolare, è stato affermato che il detto principio di pubblicità, che

non è estensibile alla fase valutativa delle offerte economiche, prescinde dalla circostanza che la ricorrente non abbia richiesto di assistere alle operazioni, in quanto ciò che conta non è tanto detta partecipazione, quanto l'avvenuta pubblicità delle relative sedute, che di per sé è garanzia di regolarità della gara(cfr., sotto tale profilo, TAR Piemonte n.615/2002 cit.); con più incidenza, è stato evidenziato (cfr. C.d.S., V, 18.2.203, n. 867) che tale garanzia deve essere adempiuta e assicurata non solo in negativo(le sedute non debbono essere riservate o segrete), ma anche in positivo (il calendario delle sedute deve essere adeguatamente pubblicizzato).

Quanto al caso di specie, va osservato che, dal verbale 12.5.2003 - in cui la commissione dichiara di avere proceduto, dopo l'esclusione della MONTANA MANAGEMENT(per avere prodotto il plico oltre il termine stabilito nell'avviso di gara), all'apertura "dei plichi e preliminarmente di quello contenente la documentazione amministrativa", prendendo atto, per quanto concerneva la ricorrente, della incompletezza della dichiarazione di cui al punto 1.1 della lettera di invito - non risulta che la seduta si sia svolta pubblicamente.

Dal verbale non emerge alcun elemento da cui desumere anche indirettamente che l'operazione di apertura dei plichi sia avvenuta con la dovuta pubblicità.

Va aggiunto che nella successiva seduta 5.6.2003, la commissione procedeva all'esame tecnico economico dell'offerta della soc. Borghetto, a favore della quale proponeva l'aggiudicazione provvisoria della gara.

La controinteressata ha eccepito che l'apertura dei plichi sarebbe avvenuta in due sedute entrambe pubbliche e la seconda delle quali (5.6.2003) addirittura pubblicizzata, con affissione all'albo pretorio del Comune, del preventivo avviso di seduta pubblica (avviso 31.5.03, n.5107).

Come si desume dallo stesso avviso, esso è successivo alla seduta(12.5.03), nella quale la commissione aveva già proceduto all'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa, per cui è irrilevante che la successiva seduta del 5.6.03(in cui si è proceduto all'esame dell'offerta tecnico economica e all'attribuzione del punteggio alla soc. Borghetto), si sia svolta pubblicamente, mentre resta il fatto, già evidenziato, che nessun elemento è desumibile dal relativo verbale del 12.5.03 circa l'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti la documentazione amministrativa, né indicazioni al riguardo sono contenute nel bando di gara e nella lettera di invito.

Il ricorso appare pertanto fondato sotto il censurato profilo della mancata attuazione delle operazioni di apertura preliminare dei plichi contenenti la documentazione amministrativa in seduta pubblica, per cui il Collegio potrebbe trascurare l'esame dei motivi aggiunti proposti ulteriormente dalla ricorrente.

Il Collegio, tuttavia, ritiene di esaminare, per completezza, anche detti motivi aggiunti e in particolare quelli relativi alla composizione della commissione di gara.

La ricorrente, richiamandosi all'art.21 della legge n.109 del 1994, sostiene(I e II motivo aggiunto), anzitutto, che la composizione della

commissione giudicatrice, nella specie, sarebbe viziata per averne fatto parte il segretario comunale e, ciò, in quanto la norma in parola (comma 5) dispone che a presiedere la commissione deve essere chiamato un dirigente dell'A.ne aggiudicatrice, concetto ribadito dal testo unico n.267/2000 che attribuisce la presidenza delle commissioni di gara e di concorso ai soli dirigenti, mentre il segretario comunale non sarebbe qualificabile "dirigente" e sarebbe soggetto interessato da attività inerenti funzioni amministrative concernenti l'appalto in questione ed atteso lo spostamento del segretario comunale all'area politica, quale stretto collaboratore del sindaco, legato da un rapporto di fiducia.

Al riguardo, va osservato che il Segretario comunale va sicuramente qualificato dirigente, come si desume anche dal comma 4, dell'art.97 del T.U. n.267/2000, secondo cui "Il segretario sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività...", nonché dallo stesso comma(lettera d), secondo cui esso "esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto e dai regolamenti o conferitagli dal sindaco..."(cfr. in tal senso, anche se antecedenti alla legge n.127/1997, ma in vigenza della legge n.109/94, C.d.S., V, 18.1.1996, n.61, il quale ha ritenuto contraria ai principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa ex art.97 della cost. una commissione giudicatrice di gara nei pubblici appalti composta dal sindaco, dall'assessore al ramo, da 6 rappresentanti del consiglio comunale, dal **segretario comunale**, dal **caporipartizione dell'ufficio tecnico** e dal **caporipartizione polizia**, ritenendo solo gli

ultimi tre in possesso della qualificazione necessaria ai fini della valutazione delle offerte; C.d.S., , 27.7.89, n.453, che ha ritenuto legittima una commissione giudicatrice di pubblico concorso di cui faceva parte il segretario comunale; TAR Toscana, sez. I, 3.8.94, n.450).

Va aggiunto che, nella specie, la nomina della commissione è stata adottata con deliberazione di G.M. 7.5.03, n.58 (formalmente impugnata, ma non specificamente censurata dalla ricorrente), affidando la presidenza della commissione al segretario comunale, ex art.97, comma 4, lettera d), D.Lgs. n.267/2000, in considerazione della circostanza ivi evidenziata che esso risultava l'unico dirigente in servizio presso il Comune di Antrodoco.

Va in conseguenza respinto il terzo motivo aggiunto con cui si lamenta l'incompetenza della commissione ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa fondata sul presupposto, disatteso dal Collegio, della incompetenza del segretario comunale a rivestire l'incarico di presidente, tenuto anche conto che la condizione di imparzialità può considerarsi realizzata ogni volta che non vi sia coincidenza dell'organo che ha effettuato la valutazione comparativa delle offerte con quello competente ad approvare gli atti di gara e a disporre l'eventuale aggiudicazione(cfr. C.d.S., V, 10.6.2002, n.3207).

Gli altri motivi aggiunti(IV e V, deducenti la violazione del principio del collegio perfetto e difetto di motivazione dell'esclusione della ricorrente dalla gara e, rispettivamente, l'illegittimità della delibera n.115/2003 in via derivata da quella degli atti presupposti) possono

essere assorbiti, in quanto l'accoglimento delle censure dedotte nel ricorso comporta il travolgimento di tutti gli atti di gara(escluso il bando e la lettera di invito), compresa l'aggiudicazione disposta dal Comune, con detta delibera, a favore della soc. Borghetto.

Le spese di giudizio possono compensarsi tra le parti(costituite).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione II BIS, pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie con gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate fra le parti.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 20 novembre 2003.

Patrizio GIULIA

PRESIDENTE

Evasio SPERANZA

CONSIGLIERE, est.