

La mancata convocazione anche di uno solo dei concorrenti alla seduta di apertura dei plichi determina l'invalidità derivata dell'aggiudicazione

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 7-9-2017

La regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte (economiche), implica l'obbligo di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante, atteso che tale adempimento risulta implicitamente necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta.

La violazione della regola della pubblicità della seduta di gara comporta l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, senza che rilievi l'assenza di prova dell'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative non sono apprezzabili ex post.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 835 del 2017, proposto da:

Donato Trasporti S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Taurino in Lecce, via Corte Conte Accardo, 2;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Taranto, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Cristina Lenoci, con domicilio eletto presso lo studio Angelo Vantaggiato in Lecce, via Zanardelli, 7;

nei confronti di

Ditta Padovano Vittorio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Prete e Alessandra Ciocia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Vantaggiato in Lecce, via Zanardelli, 7;

Autolinee Dover di Veccaro Cosimio S.r.l., Paolo Scoppio & Figlio Autolinee S.r.l., Osmairm S.r.l., Tundo Vincenzo S.p.A. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento prot. nr. 0083693 del 19 maggio 2017 a firma del Direttore Area Gestione Patrimonio, Dott. Pasquale Nicolì, della deliberazione del Direttore Generale nr.1056 del 15.5.2017 della Azienda Sanitaria Locale Taranto con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore del R.T.I. Autolinee Vittorio Padovano, con Autolinee Dover di Veccaro Cosimio s.r.l. e Paolo Scoppio & Figlio Autolinee s.r.l. per l'affidamento del servizio di trasporto assistito di utenti diversamente abili per il raggiungimento dei centri ASL Taranto e delle strutture convenzionate di cui al bando di gara indetta con determinazione nr. 905 del 30 aprile 2014;

nonché di tutti gli atti di gara;

nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e/o connesso, ancorché non conosciuto, al fine del loro annullamento per la riedizione della gara ivi compresi le delibere di indizione della procedura, il bando di gara, il disciplinare ed il capitolato speciale di appalto, tutti i verbali del seggio di gara e della commissione (i verbali n. 1 del 22 gennaio 2016, n. 2 del 26 febbraio 2016 e n.3 26 settembre 2016 nonché i verbali della Commissione giudicatrice nominata con Deliberazione del Direttore Generale n. 335 del 17/2/2016, nr. 1 del 3 marzo 2016, nr. 2 del 10 marzo, n. 3 del 17 marzo 2016, n. 4 del 24 marzo 2016, n. 5 del 30 marzo 2016, n. 6 del 5 aprile 2016, n. 7 del 14 aprile 2016, n. 8 del 5 maggio 2016, n. 9 del 13 maggio 2016, n. 10 del 17 maggio 2016 , n. 11 del 31 maggio 2016 e n. 12 del 08 luglio 2016), il provvedimento di aggiudicazione provvisoria e quello di verifica positiva di congruità dell'offerta e comprova dei requisiti;

nonché per l'annullamento e la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto ove stipulato ed eventualmente da stipularsi;

nonché per il risarcimento del danno in forma specifica mercè l'annullamento della gara e la riedizione della procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto e della Ditta Padovano Vittorio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2017 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi l'avv. G. V. Nardelli, per la ricorrente, l'avv. M. C. Lenoci, per l'Asl, e l'avv. Gl. Prete per la controinteressata;

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

La ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva, in favore del R.T.I. Autolinee Vittorio Padovano, della gara indetta dall'Asl di Taranto per l'affidamento del servizio di trasporto assistito di utenti diversamente abili per il raggiungimento dei centri ASL Taranto e delle strutture convenzionate di cui al bando di gara, nonché tutti gli atti di gara, al fine del loro annullamento per la riedizione della gara.

La ricorrente deduce di non essere stata convocata per la seduta pubblica del 26 settembre destinata alla lettura dei punteggi tecnici ed all'apertura delle offerte economiche.

In particolare, risulta accertato che l'Asl ha inviato alla ricorrente una pec con la data di convocazione presso un indirizzo Pec errato, con la conseguenza che questa non è stata mai ricevuta.

Si sono costituite l'Asl e la controinteressata, e quest'ultima ha eccepito la inammissibilità/irricevibilità del ricorso in quanto, come dichiarato dalla stessa ricorrente, l'Asl, con nota Pec del 5 gennaio 2017, le ha comunicato che vi era stata, il 26 settembre 2016, la seduta per la lettura dei punteggi attribuiti alle proposte tecniche e per la successiva apertura delle offerte economiche, con conseguente redazione della graduatoria finale.

Alla camera di consiglio del 12 luglio 2017, avvertite le parti ex art. 60 c.p.a., il ricorso è stato trattenuto in decisione.

È anzitutto infondata l'eccezione avanzata dalla controinteressata, in quanto la lesione si è concretizzata con l'aggiudicazione, con la conseguenza che il termine per l'impugnativa non può essere fatto decorrere dal momento in cui la ricorrente ha appreso la mancata convocazione.

Nel merito, il ricorso è fondato.

Il Collegio condivide l'orientamento per cui "la regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte (economiche), implica necessariamente l'obbligo del seggio di gara di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara,

in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante, atteso che tale adempimento risulta implicitamente necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta (in termini Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3471)" (Tar Lecce, sez. II, 3 febbraio 2016, n. 254).

"Nelle gare pubbliche ... la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato; trattasi di regola che costituisce corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti" (Cons. St., sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 132).

Non sono poi condivisibili le deduzioni dell'Asl e della controinteressata, le quali rilevano come non sia stata formulata alcuna censura, da parte della ricorrente, avverso le valutazioni della commissione giudicatrice e che comunque con il ricorso è stato contestato il mero dato formale della mancata convocazione alla seduta pubblica del 26 settembre 2016, posto che "la violazione della regola della pubblicità della seduta di gara comporta l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, senza che rilievi l'assenza di prova dell'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative non sono apprezzabili ex post (Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011 n. 13; Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009 n. 3844; Id., sez. V, 4 marzo 2008 n. 901)" (Tar Lecce, 254/2016 cit.).

In conclusione. Il ricorso deve essere accolto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Asl al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente che si liquidano in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) oltre accessori di legge, nonché alla rifusione del Contributo Unificato.

Compensa le spese nei confronti dei controinteressati.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Claudia Lattanzi, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

I principi di pubblicità e trasparenza, che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici, comportano che **l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica della relativa documentazione vanno effettuate in seduta pubblica.**

E' principio inderogabile **in qualunque tipo di gara** (anche laddove si tratti di affidamenti *in economia* nella forma del *cottimo fiduciario*ⁱⁱⁱ), **a prescindere da una esplicita previsione del bando**[\[2\]](#), quello secondo cui **devono svolgersi in una sessione aperta alla partecipazione di tutti i concorrenti gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi recanti i documenti di gara** (sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica)[\[3\]](#).

L'apertura in seduta pubblica dei plichi costituisce, in particolare, "*un adempimento posto a tutela .. dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze amministrative sono difficilmente apprezzabili ex post, una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (ad es. regolarità della chiusura ei plichi, data di ricevimento dei plichi, regolarità e completezza della documentazione prodotta, lettura del prezzo offerto).*"[\[4\]](#)

La tutela che viene garantita dall'ordinamento è, quindi, necessariamente **oggettiva e preventiva**, essendo strettamente legata non solo al rispetto della parità di trattamento di tutti i concorrenti, ma anche al presidio della correttezza, della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa[\[5\]](#).

Ne deriva che la violazione del principio di pubblicità costituisce **vizio insanabile** della procedura, il quale si ripercuote sul provvedimento finale di aggiudicazione, invalidandolo, **anche ove non sia comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti o manipolazione della documentazione prodotta**[\[6\]](#).

In quest'ottica, è stato, ad esempio, rilevato che **il detto onere di trasparenza delle operazioni di gara non può essere soddisfatto con la registrazione audiovisiva della**

seduta in cui si aprono le buste contenenti le offerte, la quale rappresenta semplicemente una modalità di documentazione di ciò che avviene durante la stessa, analoga alla redazione del relativo verbale cartaceo, senza tuttavia che ciò possa avere conseguenze sananti, *ex post*, sull'eventuale violazione del principio di pubblicità, che attiene invece alle modalità di svolgimento dell'iter procedimentale ed è pertanto indipendente dalle regole prescelte per la sua documentazione[7].

Analogamente, **l'onere di garanzia della pubblicità nelle sedute di gara non può essere assolto attraverso la verbalizzazione che attesti (fino a querela di falso) la regolarità delle operazioni di verifica dell'integrità delle buste.**

La rilevante finalità sottesa a tale onere rischierebbe, infatti, di restare compromessa qualora se ne consentisse l'aggiramento o l'elusione[8].

Inoltre, secondo un persuasivo orientamento giurisprudenziale, **pubblicità e verbalizzazione delle sedute di gara sono adempimenti procedurali distinti, che rispondono a finalità diverse e come tali non sono fungibili, ma complementari**[9].

La pubblicità è la principale manifestazione della trasparenza amministrativa e costituisce un'essenziale garanzia partecipativa dei concorrenti, la quale contribuisce a qualificare un procedimento di evidenza pubblica come "*giusto*" e rispettoso della par condicio, mentre la verbalizzazione opera su un piano eminentemente probatorio, derivandone l'irrilevanza di quest'ultima in tutte le ipotesi in cui, come nella specie, sia stato violato il principio di pubblicità.

Sotto diverso profilo, va rilevato che la regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte (economiche), implica **l'obbligo di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara**, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante[10].

Per giurisprudenza costante, **la mancata convocazione anche di uno solo dei concorrenti costituisce vizio della procedura, che determina l'invalidità derivata dell'aggiudicazione**[11]. Non dare l'opportunità ad un concorrente di presenziare alle operazioni di apertura delle buste equivale a non consentirgli di verificarne l'integrità, di prendere contezza del contenuto documentale e, quindi, di tutelarsi dal pericolo di manipolazioni delle offerte (proprie e di quelle altrui)[12].

Nel descritto filone giurisprudenziale si iscrive la sentenza in commento. Il giudizio è incentrato sulla contestazione della illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione di un appalto, formulata sull'assorbente rilievo della violazione, da parte della stazione appaltante, del principio di pubblicità delle sedute di gara.

La ricorrente deduce, in particolare, di non essere stata convocata per la sessione pubblica destinata alla lettura dei punteggi tecnici ed all'apertura delle offerte economiche. La circostanza dedotta corrisponde al vero, risultando agli atti che l'amministrazione ha inviato

all'impresa una pec con la data di convocazione presso un indirizzo di posta elettronica errato, con la conseguenza che questa non è stata mai ricevuta.

In applicazione dei principi innanzi delineati, la II sezione del Tar Lecce ha accolto il ricorso, respingendo le deduzioni dell'Amministrazione appaltante e della controinteressata circa l'assenza di qualsiasi censura, da parte della ricorrente, avverso le valutazioni della commissione giudicatrice.

Osserva sul punto il Collegio che *“la violazione della regola della pubblicità della seduta di gara comporta l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, senza che rilevi l'assenza di prova dell'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative non sono apprezzabili ex post (Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011 n. 13; Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009 n. 3844; Id., sez. V, 4 marzo 2008 n. 901).”*[\[13\]](#)

[\[1\]](#) Cfr. Consiglio di Stato sez. IV, sentenza n. 2501 del 14.5.2014.

[\[2\]](#) Cfr. Consiglio Stato , sez. V, 13 ottobre 2010 , n. 7470.

[\[3\]](#) Cfr. *ex multis*: Cons. Stato: sez. IV, 8 ottobre 2007, n. 5217; sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1369; sez. V, 27 aprile 2006, n. 2370, 11 gennaio 2006, n. 28 e 30 agosto 2005, n. 3966; sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3030; sez. V, 16 marzo 2005, n. 1077, 11 febbraio 2005, n. 388, 18 marzo 2004, n. 1427 e 9 ottobre 2002, n. 5421.

[\[4\]](#) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427; sul punto cfr. anche Consiglio di Stato sez. V, sentenza 28 maggio 2004, n. 3471: *“la regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte (economiche), implica necessariamente l'obbligo del seggio di gara di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante, atteso che tale adempimento risulta*

implicitamente necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta".

[5] Cfr. Consiglio Stato, sez. V, 13 luglio 2010 n. 4520; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 11/11/2010 n. 2581; T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 29/10/2010 n. 3937; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 25 febbraio 2010 n. 224.

[6] Cfr. in termini Consiglio di Stato, sez. VI, 4 marzo - 22 aprile 2008, n. 1856; Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2006, n. 1445; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 28 marzo 2008, n. 72; Tar Lombardia Brescia, sez. I, 16 ottobre 2008, n. 1329.

[7] Cfr. Tar Lombardia sez. IV, sentenza n. 653 del 06.04.2016.

[8] Cfr. Anac (ex Avcp), parere n. 131 del 07/07/2011.

[9] Cfr. cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 3166/05; Tar Sicilia, Palermo, n. 741/06; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 28 marzo 2008, n. 72; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 16 ottobre 2008, n. 1329.

[10] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3471.

[\[11\]](#) Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011 n. 13.

[\[12\]](#) Cfr. Tar Abruzzo- L'Aquila, Sez. I, 20 dicembre 2014 n. 953.

[\[13\]](#) Cfr. Tar Lecce, sez. II, 3 febbraio 2016, n. 254.