**T.a.r. Piemonte, Sez. I, 9 aprile 2009, n.986**

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL PIEMONTE

SEZIONE PRIMA

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 116 del 2009, proposto da: Xxx S.C.S., rappresentato e difeso dall'avv. L.G., con domicilio eletto presso il suo studio in Torino;

**contro**

Azienda Sanitaria Locale T., rappresentato e difeso dagli avv. Prof. M.E.C. e M.C., con domicilio eletto presso il primo in Torino;

**nei confronti di**

Yyy Centro Servizi di L.T.;

**per l'annullamento**

**previa sospensione dell'efficacia,**

della deliberazione n. 1175/B03/08 del 25 novembre 2008 (allo stato non conosciuta interamente nel suo contenuto), con cui l'A.S.L.. T. ha affidato il servizio di gestione delle camere mortuarie del Presidio Ospedaliero M. alla ditta Yyy Centro Servizi di L.T., di cui si è avuto conoscenza, nei termini di cui sopra, con comunicazione prot. 0145015/B03/08 del 2 dicembre 2008, ad oggetto "Procedura negoziata per l'affidamento del servizio di gestione delle camere mortuarie del Presidio Ospedaliero M.: comunicazione esito", ricevuta dalla Xxx il 3.12.08, nella parte in cui indice una nuova procedura di gara per l'affidamento del servizio di gestione delle camere mortuarie del Presidio Ospedaliero M., alla luce delle premesse ivi riportate;

- della lettera di invito dell'A.S.L. T. alla cooperativa Xxx, prot. 0106484/B.03 del 5 settembre 2008, avente ad oggetto "Procedura negoziata per l'affidamento del servizio di gestione delle camere mortuarie del Presidio Ospedaliero M., per la durata di ventiquattro mesi";
- occorrendo, del Regolamento Aziendale per le forniture di beni e servizi in economia, nella parte in cui deroga illegittimamente al principio della pubblicità delle sedute di gara;
- di ogni altro atto precedente, conseguente, presupposto, comunque connesso, nessuno escluso;

e per l'accertamento con la conseguente condanna,

ai sensi dell'art: 35, d.lgs. 80/1998, come modificato dall'art. 7, l. 205/2000, dell'A.S.L. T. al risarcimento del danno subito dalla ricorrente, relativamente ai costi e alle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura, e/o al mancato utile che la Xxx avrebbe altrimenti conseguito dall'esecuzione del contratto, qualora fosse stata aggiudicataria, con riserva di quantificazione in corso di causa.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 03/04/2009 il dott. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

**FATTO**

Con il ricorso in oggetto, parte ricorrente espone che la procedura di gara in oggetto trovava origine nella delibera dirigenziale dell'A.S.L. T. prot.696/B.03/08 del 14 luglio 2008 con cui l'Amministrazione aveva annullato in autotutela la precedente procedura di gara per l'affidamento del servizio. di gestione delle camere mortuarie del Presidio Ospedaliero M., indetta con deliberazione n. 622/DG/28/07 del 19 dicembre 2007 ed indetto una nuova procedura di gara per l'affidamento del medesimo servizio

L'Amministrazione aveva operato in autotutela ritenendo opportuno di aderire, pendente il contenzioso di cui al R.G. 467/2008 instaurato dalla Xxx avanti codesto Tribunale, a quanto statuito dal Consiglio di Stato con ordinanza 24 giugno 2008 n. 3396, il quale aveva accolto l'appello proposto dalla ditta Xxx e, in riforma dell'ordinanza emessa dal TAR Piemonte, aveva accolto l'istanza di sospensiva originariamente formulata in primo grado e disattesa dal TAR.

Si espone che, relativamente alla nuova procedura, alla delibera del 14 luglio 2008, di indizione della gara, faceva seguito la lettera di invito dell'ASL T., prot. n. 0106484/B.03 del 5 settembre 2008, avente ad oggetto la partecipazione alla "Procedura negoziata, per l'affidamento del servizio di gestione delle camere mortuarie dell'Ospedale Martini di T., per una durata contrattuale di ventiquattro mesi", secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e in base alle condizioni previste dalla stessa lettera e dal Capitolato Speciale di Appalto con relativi allegati.
In data 22 settembre 2008, la Xxx aveva inoltrato la propria offerta e, il successivo 24 settembre, l'Amministrazione, in seduta pubblica, aveva verificato la documentazione amministrativa dei singoli offerenti, per poi rimettere alla Commissione giudicatrice, all'uopo nominata, la valutazione delle offerte tecniche.
In data 3 dicembre 2008, la Cooperativa ha ricevuto la comunicazione prot. 0145015/B.03 del 2 dicembre 2008, con cui si dava atto dell'aggiudicazione del servizio a favore ditta Yyy Centro Servizi, come da deliberazione n. li 75/B03/08 del 25 novembre 2008, senza che la Xxx venisse in precedenza edotta della seduta pubblica destinata all'apertura delle offerte economiche.
Secondo parte ricorrente, il provvedimento in epigrafe indicato sarebbe illegittimo, per i seguenti motivi:
- Violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost., ex d.lgs. 163/2006, art. 89, comma 4, ex r.d. 827/1924 ed art. 1 l. 241/1990. Violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara; ciò in quanto l'ASL T. ha tenuto in sede riservata la seduta di gara destinata all'apertura dell'offerte economiche e conseguenti determinazioni.
Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.
Con ordinanza cautelare di questa sezione n. 152 del 12 febbraio 2009, veniva accolta la domanda di sospensione del provvedimento impugnato, ritenendo che il ricorso evidenziasse profili di *fumus* di fondatezza in relazione alla dedotta mancata osservanza del principio di pubblicità della fase di apertura del plico contenente l'offerta economica e relativa visione, anche tenuto conto del pronunciamento del Consiglio di Stato di cui all'ordinanza 24 giugno 2008, n. 3396, resa sulla stessa procedura, espletata in precedenza dalla medesima Amministrazione.
Alla pubblica udienza del 3 aprile 2009 il ricorso veniva posto in decisione.

**DIRITTO**

Ritiene il Collegio che il ricorso sia fondato.
Come ha già statuito questa Sezione, il principio di pubblicità e trasparenza nelle operazioni di svolgimento di pubbliche gare trova applicazione nella fase della verifica della documentazione presentata dai concorrenti e della conseguente ammissione degli stessi all'esame della documentazione tecnica per l'attribuzione dei punteggi, mentre il suddetto principio non è violato soltanto se la commissione riservi alla seduta segreta la valutazione delle offerte stesse previo controllo dell'anonimato degli elaborati previsti dal capitolato di gara, controllo da effettuarsi necessariamente in sede di specifica valutazione delle offerte già ammesse, al fine di eliminare qualsiasi possibilità di riferire l'offerta al concorrente che ne è autore (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 13 dicembre 2006, n. 4627).
È principio inderogabile in qualunque tipo di gara, infatti, quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica, e conseguentemente è illegittima l'apertura in segreto di plichi. Il predetto principio di pubblicità delle gare pubbliche impone che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica; ciò anche in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa, che ha ricevuto esplicito riconoscimento sin dall'art. 89, r.d. 23 maggio 1924 n. 827, rappresentando uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, affinché sia assicurato a tutti i concorrenti di assistere direttamente alla verifica di integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto (cfr. Consiglio di Stato,

sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856, Consiglio di Stato, sez. VI, 18 dicembre 2006, n. 7578, Consiglio di Stato, sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354).
Per l'applicazione del principio di pubblicità delle sedute occorre distinguere tra procedure di aggiudicazione automatica e quelle che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'Amministrazione sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici.
Per le prime, la pubblicità delle sedute è generalmente totale al fine di consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare.
Per le seconde, occorre tenere presente che, a seguito delle fasi preliminari pubbliche di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti, interviene la valutazione tecnico-qualititativa dell'offerta, la quale va effettuata in seduta riservata al fine di evitare influenze esterne sui giudizi dei membri della commissione giudicatrice (Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2007, n. 2355, 19 aprile 2007, n. 1790, 10 gennaio 2007, n. 45 e 7 novembre 2006, n. 6529; Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2012; Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2006, n. 1445, 16 giugno 2005, n. 3166 e 18 marzo 2004, n. 1427; Consiglio di Stato, sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5823; Consiglio di Stato, sez. V, 9 ottobre 2002, n. 5421; Consiglio di Stato, sez. VI, 14 febbraio 2002, n. 846; Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2000, n. 2235);
La "ratio" ispiratrice del principio di pubblicità delle sedute di gara è comune ai vari metodi di aggiudicazione ed è rivolta a tutelare le esigenze di trasparenza e imparzialità che devono guidare l'attività amministrativa in tale materia (Consiglio di Stato, sez. V, 7 novembre 2006, n. 6529); infatti, i principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa costituiscono principi cardine del diritto comunitario degli appalti (Consiglio di Stato, sez. V, 16 giugno 2005, n. 3166) e il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente è conforme alla normativa comunitaria in materia, la quale è orientata a privilegiare i principi di concorrenza, pubblicità e trasparenza nella scelta del contraente delle pubbliche amministrazioni (Consiglio di Stato, sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427), come anche dei soggetti alla stessa equiparati (si veda pure l'art. 2, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 163/2006, il quale, ai sensi del successivo art. 206, comma 1, si applica ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria).
I principi del Trattato dell'Unione europea (U.E.), tra cui vi sono quelli di trasparenza e adeguata pubblicità, i quali hanno trovato anche recepimento espresso nel diritto interno (artt. 27, comma 1, 30, comma 3, e 91, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006), si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici e sono direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario (da ultimo, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1).
Infatti, la regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste, non è nemmeno derogata dalla prevalente legislazione speciale operante nei settori ex esclusi (oggi speciali) ai sensi del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158 per le procedure negoziate ex art. 12 del d.lgs. n. 158/1995; procedura, solo questa, la quale conservava margini di snellezza e di elasticità che avrebbero potuto giustificare la sottrazione a regole formali operanti con riferimento alle gare sottoposte ad un più intenso tasso di pubblicità e di formalismo" (in tal senso si era espressa la citata decisione del Consiglio di Stato n. 6004/2002).
La circostanza per cui, nei settori speciali, l'art. 226 del d.lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce i contenuti dell'invito a presentare offerte o a negoziare, non prevede alcuna forma di pubblicità delle sedute, non esclude il rispetto del principio di pubblicità, atteso che la *ratio* ispiratrice della pubblicità delle sedute di gara è comune in ogni procedura concorsuale di scelta del contraente relativa a qualsiasi contratto pubblico di lavori, servizi e forniture, ed è rivolta a tutelare le esigenze di trasparenza e imparzialità che devono guidare l'attività amministrativa e che caratterizzano tutta la disciplina dell'evidenza

pubblica (art. 97, comma 1, della cost. e art. 1, commi 1 e 1-ter, della l. 7 agosto 1990, n. 241).
Infatti, ai sensi dell'art. 1, comma 1-ter, della l. n. 241/1990, i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, il quale prevede, tra i criteri che reggono l'attività amministrativa, quelli di pubblicità e di trasparenza e, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, tra i principi che devono essere rispettati (nell'affidamento di opere e lavori pubblici, servizi e forniture) vi sono quelli di trasparenza e di pubblicità.
Quanto disposto dall'art. 91, comma 3, del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 (in tema di pubblicità delle sedute nei settori ordinari) è, peraltro, espressione del principio di cui si è detto in tutta la materia degli appalti pubblici, qualsiasi forma procedurale sia prescelta per la selezione del contraente, comprese le procedure in economia, come nella specie.
Né può sostenersi che la mancata pubblicità delle sedute di gara non rileverebbe di per sé come vizio della procedura occorrendo un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della par condicio tra i concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla gara, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa; le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post, una volta rotti i sigilli e aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Consiglio di Stato, sez. V, 7 novembre 2006, n. 6529, 20 marzo 2006, n. 1445 e 18 marzo 2004, n. 1427); infatti, non è necessaria la prova di un'effettiva manipolazione della documentazione prodotta, poiché si risolverebbe in una manifesta petizione di principio accollare, al soggetto deducente la violazione in questione, l'onere dell'impossibile dimostrazione di un fatto (ossia l'alterazione dei plichi) unicamente verificabile attraverso il rispetto della formalità sostanziale (ossia, l'apertura pubblica delle buste) in concreto omessa (Consiglio di Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 28).
Neppure è applicabile l'art. 21-octies, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990, secondo cui non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, anche perché non si è in presenza di attività vincolata dell'amministrazione.
Il principio di pubblicità delle sedute di gara si applica a prescindere da un'espressa previsione al riguardo da parte delle prescrizioni di gara, anche in difformità di diversa disposizione regolamentare dell'Amministrazione, che andrebbe disapplicata (e, in ogni caso, è stato impugnata).
Pertanto, il mancato rispetto del principio di pubblicità delle sedute della commissione, con riguardo alla fase dell'apertura dei plichi contenenti le offerte e delle buste contenenti le offerte economiche dei partecipanti, integra un vizio del procedimento e comporta l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara.
Nel caso di specie, infatti, in data 22 settembre 2008, la Xxx aveva inoltrato la propria offerta e, il successivo 24 settembre, l'Amministrazione, in seduta pubblica, aveva verificato la documentazione amministrativa dei singoli offerenti, per poi rimettere alla Commissione giudicatrice, all'uopo nominata, la valutazione delle offerte tecniche.
Tuttavia, in data 3 dicembre 2008, la Cooperativa ha ricevuto la comunicazione prot. 0145015/B.03 del 2 dicembre 2008, con cui si dava atto dell'aggiudicazione del servizio a favore ditta Yyy Centro Servizi, come da deliberazione n. li 75/B03/08 del 25 novembre 2008, senza che la Xxx venisse in precedenza edotta della seduta pubblica destinata all'apertura delle offerte economiche.
Risulta pertanto, violato il principio sopra menzionato secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, non soltanto se si tratta di documentazione amministrativa, ma anche di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica; conseguentemente è illegittima l'apertura in segreto di detti plichi, così come effettuato nella specie.
La stessa Amministrazione, d'altra parte, ammette che in sede di apertura delle Buste n. 3, verificatasi alla seduta del 30.10.2008 (cfr. il relativo verbale, doc. 6 resistente), la Commissione Tecnica ha applicato la norma contenuta nel

Regolamento Aziendale per forniture di beni e servizi in economia, a tenore della quale, in caso di affidamenti mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'acquisizione di beni e servizi di valore compreso tra € 50.000,00 ed € 211.000,00, oneri fiscali esclusi, l'esame e la scelta delle offerte, anche economiche, è effettuata in seduta privata da apposita Commissione Tecnica presieduta dal Responsabile del Procedimento (cfr. l'articolo 11, comma 3, terza interlinea, del Regolamento, doc. 1 resistente); norma regolamentare, qui impugnata, illegittima ai sensi delle argomentazioni predette.
Pertanto, il ricorso deve essere accolto, con la conseguenza che il provvedimento impugnato deve essere annullato.
Nulla in punto risarcimento del danno, atteso che la relativa domanda non risulta essere stata coltivata da parte ricorrente, proponendo anche soltanto elementi indiziari che evidenzino i pregiudizi subiti.
Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte - I sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.
Compensa le spese di lite tra le parti.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 03/04/2009 con l'intervento dei Magistrati:
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF, Estensore
Alfonso Graziano, Referendario
Paola Malanetto, Referendario