

N. 07416/2012 REG.PROV.COLL.
N. 06892/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6892 del 2011, proposto da Soc. Banca delle Marche Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ernesto Sticchi Damiani e Saverio Sticchi Damiani, e con domicilio eletto presso lo Studio BDL in Roma, via Bocca di Leone 78;

contro

- il Ministero della Difesa;

- la Cassa di previdenza delle Forze armate;

rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato e presso gli uffici della medesima domiciliati ex lege in Roma, via dei Portoghesi 12;

nei confronti di

Soc. Unicredit Spa, non costituita;

per l'annullamento

- della determinazione di annullamento di gara in autotutela del 22 giugno 2011 del Presidente del Consiglio di amministrazione della Cassa di previdenza delle Forze armate, la quale ha disposto di non approvare la graduatoria definitiva e di annullare definitivamente la gara per

l'affidamento del servizio di cassa, gestione di conti correnti e deposito titoli dei Fondi previdenziali operanti nell'ambito della Cassa di previdenza delle Forze armate – codice CIG 2287911;

- della nota prot. n. MDSSMD0 0057410 del 24 giugno 2011, avente ad oggetto "Gara per l'affidamento del servizio di gestione dei conti correnti intestati ai fondi previdenziali operanti nell'ambito della cassa di previdenza le forze armate", con cui il Capo dell'Ufficio di gestione della Cassa di previdenza delle Forze armate ha comunicato alla ricorrente l'annullamento in via di autotutela amministrativa della suddetta gara;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle Amministrazioni intimato;

Visti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del codice del processo amministrativo;

Relatore nell'udienza pubblica del 6 marzo 2012 il cons. Giancarlo Luttazi;

Difese come specificato in verbale;

Considerato che, in accoglimento della richiesta formulata in memoria dalla difesa erariale, l'intimato Ministero della Difesa va estromesso dal giudizio perché gli atti impugnati sono ascrivibili alla Cassa di previdenza delle Forze armate, la quale, pur sottoposta alla vigilanza del Ministro della Difesa e istituita nell'ambito della struttura organizzativa di quel Ministero, ha propria personalità giuridica di diritto pubblico ed è dotata di autonomia amministrativo-contabile, patrimoniale e finanziaria (v. artt. 74 e 79 del D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90);

Vista la motivazione dell'atto di autotutela impugnato, che - per la parte di interesse – è la seguente:

<< Accertato che il reclamo presentato da Unicredit ha rilevato una potenziale anomalia del procedimento di gara lamentando l'avvenuta apertura in seduta riservata del plico numero 2 contenente l'offerta

tecnico/economica e, pertanto non in aderenza con i principi richiamati in tema di trasparenza e di imparzialità di cui al decreto legislativo n. 163/2006;

Tenuto conto delle motivazioni contenute nella lettera in data 16 giugno 2011 indirizzata all'Ufficio di gestione nella quale è stato evidenziato che:

- la procedura seguita per l'apertura dei plichi non appare aver rispettato il principio inderogabile secondo il quale in qualunque tipo di gara devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi e l'apertura di tutte le buste concernenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica; conseguentemente sembrerebbe non legittima l'apertura in segreto dei plichi;

- la natura dell'offerta richiesta agli istituti di credito, ancorché definita tecnica, per la sua connotazione, assume necessariamente carattere tecnico/economico;

Accertato che la questione dell'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica in seduta riservata risulta controversa anche alla luce della stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato;

Accertato che il regolamento di esecuzione ed attuazione del codice degli appalti (d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207), entrato in vigore il 9 giugno 2011, stabilisce all'articolo 120, comma 2, "in una o più sedute riservate, la Commissione valuta le offerte tecniche e procede all'assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando di gara...", rilevando che il recente intervento legislativo menzionando esclusivamente il momento della valutazione di offerte, lascia desumere in via presuntiva che la fase dell'apertura del buste debba avvenire sempre in seduta pubblica >>;

Considerato che le varie contestazioni di parte ricorrente avverso l'obbligo di apertura in seduta pubblica della busta contenente l'offerta tecnica

appaiono da rigettare alla luce della pronuncia dell'Adunanza plenaria 28 luglio 2011, n. 13, successiva ai fatti oggetto di controversia ma concernente vicende di molto anteriori (e dunque applicativa di norme e principi ordinamentali pertinenti al caso di specie);

Considerato, in particolare, che l'Adunanza plenaria si è espressamente pronunciata su di una ordinanza di rimessione (C.d.S., Sez. V, 17 maggio 2011, n. 2987) afferente a questione del tutto analoga a quella ora in esame: se l'Amministrazione, sottraendo alla seduta pubblica l'operazione di apertura della busta recante l'offerta tecnica, e disponendone lo svolgimento nella seduta riservata di valutazione del merito, agisca o meno in violazione di una regola imposta dalla disciplina legale dell'affidamento dei contratti pubblici;

Considerato che in proposito l'Adunanza plenaria ha espressamente ritenuto corretto l'orientamento giurisprudenziale – contrario alla tesi in ricorso – secondo cui la verifica della integrità dei plichi non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché 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; ed ha espressamente affermato che la regola affermata dalla giurisprudenza appena richiamata costituisce corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti e, come tale,

merita di essere confermata e ribadita con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica, giacché tale operazione, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento;

Considerato che l'ulteriore la censura in ricorso, la quale lamenta violazione dell'art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241/1990 e dei principi sulla autotutela (denunciando che l'impugnata determinazione non ha esplicitato l'interesse pubblico concreto ed attuale, prevalente sull'interesse privato dell'aggiudicatario, all'annullamento) va respinta perché nella fattispecie nessun affidamento poteva essersi realizzato in capo alla ricorrente: la vicenda si è svolta in tempi brevissimi (e dunque entro il "termine ragionevole" di cui all'invocato dell'art. 21 nonies) e comunque tutta in ambito endoprocedimentale, cioè prima dell'approvazione definitiva, negata proprio dall'impugnato provvedimento; inoltre nel caso di specie risulta, alla luce della citata pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 13/2011, l'applicabilità dell'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241/1990;

Considerato pertanto che il ricorso deve essere respinto;

Considerato che le spese, che il Collegio liquida in complessivi € 3.000,00, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale così decide:

- estromette dal giudizio il Ministero della Difesa;
- respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna parte ricorrente al rimborso delle spese di giudizio delle intime Amministrazioni, e le liquida in complessivi € 3.000,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 6 marzo 2012.

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Giancarlo Luttazi, Consigliere, Estensore

Franco Angelo Maria De Bernardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/08/2012

IL SEGRETARIO

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