

N. 00016/2013REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 16 di A.P. del 2013, proposto da:
Cofely Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.
Marcello Mereu e Antonello Rossi, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Bruno in Roma, via
Savoia, 31, int. 2;

contro

Olicar S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria del
raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) con il Consorzio fra Cooperative di Produzione e
Lavoro Cons. Coop., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto
presso il medesimo in Roma, via di Ripetta, 142;
RTI - Cons Coop;

nei confronti di

Provincia Di Cagliari, rappresentato e difeso dall'avv. Simonetta Garbati, con domicilio eletto
presso l'avv. Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA, SEZIONE I, n. 00332/2012, resa tra le parti, concernente
affidamento appalto per la gestione degli impianti termici degli edifici scolastici di proprietà della
provincia di Cagliari.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Olicar Spa in Proprio E Quale Mandataria Rti e di
Provincia Di Cagliari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 giugno 2013 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti
gli avvocati Mereu, Rossi, Ferrari e Andrea Manzi per delega di Garbati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso dinanzi al T.a.r. Sardegna, Olicar s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del R.t.i.
con Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro - Conscoop, domandava l'annullamento
degli atti del procedimento di gara indetto dalla Provincia di Cagliari per l'affidamento del
"Servizio Energia: gestione degli impianti termici degli edifici scolastici di proprietà e competenza
della Provincia di Cagliari", unitamente al provvedimento di aggiudicazione definitiva del servizio
a favore di Cofely Italia s.p.a.

Tra i motivi di censura formulati, per quanto qui di interesse, la ricorrente in primo grado lamentava
la violazione del principio di pubblicità della seduta dedicata all'apertura delle buste contenenti le
offerte tecniche.

Nel giudizio di prime cure Cofely Italia s.p.a. depositava memoria difensiva con contestuale ricorso
incidentale.

In particolare, preso atto dell'assoluta mancanza di norme di riferimento nel D.Lgs. n. 163/2006, Cofely rilevava come l'obbligo di pubblicità riguardasse solo ed esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica, giammai quella di apertura e valutazione delle offerte tecniche.

Con sentenza n. 332 depositata il 28 marzo 2012, il T.a.r. Sardegna rigettava il ricorso incidentale e accoglieva l'impugnazione principale di Olicar s.p.a..

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, quanto al ricorso incidentale, che il servizio di c.d. "gestione calore", oggetto dell'affidamento alla Cofely Italia S.p.A. da parte del Comune di Rivoli, deve qualificarsi come un appalto di servizio strumentale all'ente affidante, non già come servizio pubblico locale destinato all'utenza, con la conseguenza che esso non costituisce presupposto per l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 23-bis del d. l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, e delle preclusioni ivi previste. Passando al ricorso principale, il TAR evidenziava che doveva essere accolto il primo motivo del ricorso introduttivo, proposto in via subordinata dalla ricorrente in primo grado, con il quale si deduceva la violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara dedicate alle operazioni di verifica del contenuto delle buste relative alle offerte tecniche presentate dai concorrenti; infatti, dal verbale di gara n. 1 della seduta svoltasi il 20 aprile 2011, in forma pubblica, risulta che la commissione di gara si è limitata a verificare la correttezza formale e il confezionamento dei plichi, nonché la correttezza formale del confezionamento delle buste interne contenenti l'offerta tecnica, mentre le successive sedute dedicate alla apertura ed esame delle offerte tecniche si sono svolte in forma riservata.

Con ricorso in data 29 maggio 2012, Cofely Italia s.p.a. interponeva appello avverso l'anzidetta sentenza del Tribunale (iscritto al numero r.g. 4183/2012), riproponendo nella sostanza le tesi del ricorso incidentale proposto in primo grado e confutando le argomentazioni relative all'apertura della busta contenente l'offerta tecnica avvenuta non in seduta pubblica.

Si costituivano l'Amministrazione intimata ed la controinteressata Olicar, chiedendo il rigetto dell'appello; la controinteressata riproponeva le domande non esaminate in primo grado ex art. 101, comma 2, c.p.a..

All'esito dell'udienza pubblica del 22 marzo 2013, la Quinta Sezione di questo Consiglio, con ordinanza n. 1976 depositata l'11 aprile 2013, dopo aver rigettato il primo motivo d'appello, con cui l'appellante ha censurato la sentenza del TAR nella parte in cui ha respinto il motivo di ricorso incidentale dalla stessa formulato, volto a lamentare l'illegittimità della condotta serbata dalla Commissione di gara in quanto non ha disposto l'esclusione dell'ATI appellata per violazione dell'art. 23-bis, comma 9, D.L. n. 112/2008 e dell'art 113, comma 6, d.lgs. n. 267/2000, ritenendo che "il TAR sardo ha del tutto correttamente ed esaustivamente rigettato il motivo di diritto brevemente richiamato, rilevando la non applicabilità della previsione citata al caso di specie in ragione della non qualificabilità in termini di servizio pubblico locale degli affidamenti di cui le società odierne appellate sono destinatarie (servizio di gestione degli impianti termici degli edifici scolastici)", ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione relativa alla pubblicità nell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, formulando i seguenti quesiti:

" 1) se l'obbligo di apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche sia operativo solo per le gare indette dopo l'entrata in vigore dell'art. 12, D.L. 7 maggio 2012, n. 52, convertito con modificazioni dalla L. 6 luglio 2012, n. 94, ovvero se tale regola è applicabile anche per le gare indette prima di tale data;

2) se il citato art. 12 abbia salvaguardato, e quindi sanato, gli effetti delle procedure già concluse alla data del 9 maggio 2012 e di quelle, ancora pendenti alla detta data, nelle quali si sia già proceduto, prima della medesima data, all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche non in seduta pubblica;

3) se il principio positivizzato dall'Adunanza Plenaria n. 13/2011 (obbligo di apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche) si applichi solo ai plichi aperti dopo il 28 luglio 2011, data della sua pubblicazione".

Le parti hanno depositato memorie e la causa, discussa all'udienza pubblica del 17 giugno 2013, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con l'ordinanza di rimessione questo Consiglio è tornato ad occuparsi della questione riguardante l'obbligo di seduta pubblica per la fase di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche e, in particolare, l'eventualità che tale obbligo vada ritenuto operativo solo per le gare indette dopo l'entrata in vigore dell'art. 12, D.L. 7 maggio 2012 n. 52, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 luglio 2012 n. 94, ovvero se debba ritenersi applicabile anche per la gare indette prima di tale data. Trattasi di un problema che tocca diversi ambiti, come il principio di pubblicità e trasparenza della pubblica amministrazione, la conoscibilità della regola di diritto e la ragionevole prevedibilità della sua applicazione, la buona fede e l'affidamento incolpevole, fino ad abbracciare problematiche di più ampio respiro, quali la funzione (meramente dichiarativa o concorrentemente creativa) riconosciuta alla giurisprudenza e, ancora più a monte, il discrimen tra modificazione del contenuto della norma per via interpretativa ed il novum ius, visto che il legislatore ha sentito l'esigenza di disciplinare gli effetti del mutamento sui procedimenti di gara ancora in corso.

Tuttavia, a distanza di pochi giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione 11 aprile 2013 si è pronunciata sul medesimo tema questa Adunanza Plenaria, con sentenza n. 8, pubblicata in data 22 aprile 2013, la quale, nell'esaminare analoga controversia, l'ha risolta nei seguenti termini:

«L'Adunanza plenaria condivide ... le conclusioni già definite da questo Consiglio, secondo cui il sopra citato art. 12 non ha portata ricognitiva del principio affermato con la pronuncia n. 13 del 2011 ma ha la specifica funzione transitoria di salvaguardare gli effetti delle procedure concluse o pendenti alla data del 9 maggio 2012, nelle quali si sia proceduto all'apertura dei plichi in seduta riservata, recando in sostanza, per questo aspetto, una sanatoria di tali procedure (Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978 e giurisprudenza ivi citata).

Ciò sulla base delle seguenti argomentazioni:

- il principio di pubblicità, pur di derivazione comunitaria, non è direttamente cogente ma ha un contenuto programmatico, restando perciò agli Stati membri la sua concreta declinazione in coerenza con altri valori, a cominciare da quello dell'affidamento incolpevole da parte dell'aggiudicataria che abbia confidato sulla vigenza di determinate regole procedurali che, nella specie, nella maggior parte dei casi, prevedevano l'apertura dei plichi in seduta riservata;
- con il citato art. 12, di conseguenza, è stata normata la regola di diritto definita dall'Adunanza plenaria ma è stato al contempo precisato che l'obbligo della seduta pubblica decorre dal 9 maggio 2012, confermando per il passato l'inesistenza di una disposizione cogente di tale contenuto;
- questa disciplina transitoria ha lo scopo di evitare il travolgimento di numerosissime gare in corso, con i conseguenti oneri economici e amministrativi particolarmente gravosi nella presente fase di crisi economica;
- né appare logico, si deve concludere, attribuire alla norma *altra ratio*; non vi sarebbe ragione infatti per un intervento normativo che obbliga all'apertura pubblica dei plichi soltanto a partire da una certa data "anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti", se non allo scopo di tenere esente dall'obbligo l'intervenuta antecedente apertura dei plichi >>.

Tali principi, a ben vedere, trovano piena applicazione nella vicenda qui in esame, dato che:

- la gara d'appalto in questione è stata indetta dalla Provincia di Cagliari con bando spedito per la pubblicazione in data 29 dicembre 2010;
- la commissione ha eseguito la verifica dell'integrità dei plichi in seduta pubblica in data 20 aprile 2011;
- l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica è avvenuta in data 31 maggio 2011;
- il provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore di Cofely Italia s.p.a. risale al giorno 22 settembre 2011.

Pertanto, essendosi il procedimento di gara concluso ben prima dell'entrata in vigore del D.L. n. 52/2012, alla luce delle considerazioni che precedono, l'apertura in seduta riservata delle buste contenenti le offerte tecniche deve ritenersi perfettamente valida ed efficace.

In conclusione, questa Adunanza Plenaria, nel pronunciarsi sulla portata dell'art. 12 del D.L. 7 maggio 2012, n. 52, non può che aderire al percorso argomentativo già tracciato dal proprio precedente di cui alla sentenza n. 8 del 2013: del resto, l'orientamento volto a riconoscere la natura sanante dell'art. 12 è diretto a contenere gli oneri amministrativi ed economici che deriverebbero della caducazione, altrimenti inevitabile, di centinaia di gare che, diversamente, sarebbero di fatto travolte per il mero mancato rispetto dei canoni di pubblicità dell'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche, in assenza di qualsivoglia indizio circa la manomissione o l'occultamento degli stessi da parte dell'amministrazione.

Non può, invero, non riconoscersi a tale tesi un'utilità non trascurabile dal punto di vista della deflazione del contenzioso amministrativo e del rispetto del principio di affidamento e buona fede, da riferire tanto alla stazione appaltante, quanto all'impresa aggiudicataria della gara, che legittimamente può avere confidato sulla vigenza di determinate regole procedurali.

Pertanto, sulla base dei principi di diritto, qui espressamente richiamati e ribaditi, enunciati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2013, il motivo di appello relativo all'apertura della busta contenente l'offerta tecnica va accolto.

Rimangono, dunque, a questo punto da esaminare le domande, non esaminate dal giudice di primo grado e riproposte da Olicar s.p.a. ai sensi dell'art. 101, comma secondo, c.p.a., relative alla (asserita) illegittimità degli atti impugnati per violazione dei principi di segretezza, intangibilità e non conoscibilità delle offerte, per avere la commissione di gara omesso di verbalizzare le cautele osservate ai fini della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche successivamente all'apertura delle relative buste.

Tuttavia, sul punto, l'Adunanza Plenaria ritiene di dover rinviare alla Sezione remittente per la decisione pronuncia su tali residue questioni controverse fra le parti, ai sensi dell'art. 99, comma quarto, c.p.a., peraltro già in corso di decisione da parte di questa medesima Adunanza plenaria.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), parzialmente pronunciando sull'appello, di cui in epigrafe, accoglie il motivo di appello proposto da Cofely Italia s.p.a. nei sensi di cui in motivazione.

Rinvia alla Sezione remittente per la decisione sulle residue questioni controverse fra le parti.
Spese al definitivo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Carminé Volpe, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/06/2013