

N. 00013/2011REG.PROV.COLL.

N. 00036/2011 REG.RIC.A.P.

N. 00037/2011 REG.RIC.A.P.

N. 00038/2011 REG.RIC.A.P.



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 36 di A.P. del 2011, proposto da: Comune di Sassari, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Manzi, Simonetta Pagliazzo, Maria Ida Rinaldi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via F. Confalonieri N.5;

contro

Daneco Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Silvio Pinna, con domicilio eletto presso Giorgio Carta in Roma, via Bruno Buozzi, 87; Secit Società Ecologica Italiana Spa in Pr. e Q. Mand. Rti, Rti Icort Srl e in Proprio, Rti Raimondo Tilocca e C. Snc e in Proprio, Ati Ladurner Spa, Ati Dott. Mario Ticca Srl; Asws International Srl in Pr. e Q. Mand. Rti, Rti Emit Ercole Marelli Impianti Tecnologici Spa, rappresentati e difesi dagli avv. Maurizio Boifava, Claudio De Portu, con domicilio eletto presso Claudio De Portu in Roma, via G. Mercalli, 13 - Sc. C/1; Riccoboni Spa in Pr. e Q. Mand. Ati, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Barioli, Alessandro Cinti, Nicola Marcone, con domicilio eletto presso Nicola Marcone in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

sul ricorso numero di registro generale 37 di A.P. del 2011, proposto da: Riccoboni S.p.A. In Proprio e Nella Qualità di Capofila Mandataria, Rti-Ladurner Spa, Rti-Mario Ticca Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Mario Barioli, Alessandro Cinti, Nicola Marcone, con domicilio eletto presso Nicola Marcone in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

contro

Comune di Sassari, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Manzi, Simonetta Pagliazzo, Maria Ida Rinaldi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri N. 5; Daneco Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Silvio Pinna, con domicilio eletto presso Giorgio Carta in Roma, via Bruno Buozzi, 87; Asws International Srl, Emit Ercole Marelli Impianti Tecnologici Spa, rappresentati e difesi dagli avv. Claudio De Portu, Maurizio Boifava, con domicilio eletto presso Claudio De Portu in Roma, via G. Mercalli, 13 - Sc. C/1; Secit Societa' Ecologica Italiana Spa, Raimondo Tilocca & C. Snc, Icort Srl;

sul ricorso numero di registro generale 38 di A.P. del 2011, proposto da: Asws International S.r.l. in proprio e quale Mandataria Costituendo Rti, Rti - Emit Ercole Marelli Impianti Tecnologici Spa e in Proprio, rappresentati e difesi dagli avv. Maurizio Boifava, Claudio De Portu, con domicilio eletto presso Claudio De Portu in Roma, via G. Mercalli, 13 - Sc. C/1;

contro

Daneco Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Silvio Pinna, con domicilio eletto presso Giorgio Carta in Roma, via Bruno Buozzi, 87;

nei confronti di

Comune di Sassari, rappresentato e difeso dagli avv. Simonetta Pagliazzo, Maria Ida Rinaldi, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri N. 5; Riccoboni Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Barioli, Alessandro Cinti, Nicola Marcone, con domicilio eletto presso Nicola Marcone in Roma, piazza dell'Orologio, 7; Ladurner Spa, Dott. Mario Ticca Srl, Secit (Soc. Ec. Italiana) Spa in proprio e in Qualità di Capogruppo Costituendo Rti, Rti - Icort Srl e in Proprio, Rti - Raimondo Tilocca & C. Snc e in Proprio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 36 del 2011:

della sentenza del T.a.r. Sardegna - Cagliari: Sezione I n. 02299/2010, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 02299/2010, resa tra le parti, di accoglimento del ricorso n. 149 del 2010, di declaratoria di improcedibilità delle domande di annullamento e di reiezione delle domande di risarcimento danni formulate con i ricorsi n. 1081 del 2009 e n. 1271 del 2009;

quanto al ricorso n. 37 del 2011:

della sentenza del T.a.r. Sardegna - Cagliari: Sezione I n. 02299/2010, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 02299/2010, resa tra le parti, di accoglimento del ricorso n. 149 del 2010, di declaratoria di improcedibilità delle domande di annullamento e di reiezione delle domande di risarcimento danni formulate con i ricorsi n. 1081 del 2009 e n. 1271 del 2009;

quanto al ricorso n. 38 del 2011:

della sentenza del T.a.r. Sardegna - Cagliari: Sezione I n. 02299/2010, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 02299/2010 resa tra le parti,

di accoglimento del ricorso n. 149 del 2010, di declaratoria di improcedibilità delle domande di annullamento e di reiezione delle domande di risarcimento danni formulate con i ricorsi n. 1081 del 2009 e n. 1271 del 2009, per l'accoglimento del ricorso di primo grado, per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto e diritto al subentro;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Daneco Spa e di Asws International Srl in Pr. e Q. Mand. Rti e di Rti Emit Ercole Marelli Impianti Tecnologici Spa e di Riccoboni Spa in Pr. e Q. Mand. Ati e di Comune di Sassari e di Daneco Spa e di Asws International Srl e di Emit Ercole Marelli Impianti Tecnologici Spa e di Daneco Spa e di Comune di Sassari e di Riccoboni Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2011 il Cons. Marzio Branca e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Pinna, Boifava, De Portu, Barioli, e Cinti. Barioli, Cinti, Manzi, Pinna, Boifava, e De Portu. Boifava, De Portu, Pinna, Manzi, Barioli, e Cinti.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Come puntualmente riferito dall'ordinanza della Sezione Quinta 17 maggio 2011 n. 2987, con distinti ricorsi, poi riuniti con l'ordinanza n. 38 del 4 maggio 2010 della sezione I del T.a.r. di Cagliari, venivano impugnati (con richieste anche cautelari) gli atti della procedura di gara indetta dal Comune di Sassari per l'appalto relativo ad impianti di preselezione e bio-stabilizzazione a servizio del sistema di smaltimento r.s.u. dell'ex bacino 12 di Sassari, in località Scala Erre.

In esito alle operazioni di gara la graduatoria dei concorrenti vedeva al primo posto l'a.t.i. costituita dalla ASWS International s.r.l. e dalla Emit s.p.a., aggiudicataria provvisoria, al secondo posto l'a.t.i. costituita dalla Riccoboni s.p.a. e dalla Ladurner s.p.a., al terzo posto l'a.t.i. costituita dalla Secit s.p.a., dalla Icort s.r.l. e dalla Tilocca s.n.c., ed al quarto posto la Daneco s.p.a.

L'offerta della ASWS veniva, peraltro, valutata incongrua dalla commissione di gara e conseguentemente la stazione appaltante escludeva la ASWS ed aggiudicava l'appalto all'a.t.i. Riccoboni, la cui offerta era stata valutata come congrua.

2. Contro gli atti di gara proponevano ricorso al T.a.r. della Sardegna l'a.t.i. ASWS, l'a.t.i. S.ec.it. e la Daneco.

Il T.a.r. esaminava con priorità il (terzo) ricorso della Daneco, che faceva valere un vizio di procedimento idoneo a travolgere l'intera gara, e lo accoglieva (con correlativa declaratoria d'improcedibilità degli altri due gravami, mentre le connesse istanze risarcitorie venivano respinte), considerando il metodo di pubblicità delle sedute, nel corso delle quali vengono svolti gli adempimenti connessi alla verifica della regolarità della documentazione richiesta dalle regole di

gara, ai fini dell'ammissibilità delle offerte, come applicazione (alle gare pubbliche) del più generale principio di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, con un preciso aggancio costituzionale al principio d'imparzialità (art. 97, Cost.), in quanto posto a garanzia (oltre che degli interessi pubblici richiamati) anche dei privati partecipanti alle procedure contrattuali pubbliche e così messi in condizione di verificare la correttezza dell'attività amministrativa in questione.

3. Il Tribunale territoriale riteneva che il principio di trasparenza e pubblicità delle gare dovesse trovare applicazione anche per le offerte tecniche, limitatamente alla fase di apertura delle buste: di conseguenza, nella specie, la clausola del bando (parte nona: procedura di gara, comma 2), prescritta anche per la fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, come per quella di valutazione delle stesse, una necessaria seduta riservata, avrebbe dovuto considerarsi illegittima, come tutti i successivi atti di gara, ivi compresa l'aggiudicazione.

Accoglieva, quindi, il ricorso della Daneco, annullando l'aggiudicazione definitiva e dichiarando caducato il contratto stipulato, ritenendo improcedibili - come già ricordato - le domande impugnatrici proposte nei ricorsi dell'a.t.i. ASWS e dell'a.t.i. S.ec.it ed infondate le richieste risarcitorie avanzate da queste ultime, atteso che, in considerazione della necessità di rinnovare la gara, non sarebbe risultato ravvisabile l'evento del danno ristorabile.

4. Avverso tale sentenza proponevano appello il Comune di Sassari, l'a.t.i. Riccoboni e l'a.t.i. ASWS, chiedendone la riforma, previa sospensione dell'efficacia.

Il Comune di Sassari e l'a.t.i. Riccoboni deducevano, nei rispettivi gravami, ciascuno con proprie argomentazioni, che il ricorso di primo grado della Daneco avrebbe dovuto essere dichiarato improcedibile, in quanto non vi sarebbe stata impugnata l'aggiudicazione definitiva; che il motivo accolto sarebbe stato infondato, in quanto la commissione di gara avrebbe constatato l'integrità delle buste contenenti le offerte tecniche, donde l'insussistente necessità di un'ulteriore pubblicità; che, infine, sarebbero mancati i presupposti per dichiarare inefficace il contratto stipulato tra il Comune di Sassari e l'a.t.i. Riccoboni.

L'a.t.i. ASWS deduceva che la sentenza impugnata avrebbe erroneamente disatteso la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, contraria alla necessità dell'apertura pubblica delle buste contenenti le offerte tecniche, e riproponeva i motivi di ricorso di primo grado, con i quali aveva censurato la valutazione di anomalia della propria offerta.

Con ordinanze 1° dicembre 2010 n. 5441 e n. 5457 la Sezione accoglieva le domande cautelari proposte, rispettivamente, dal Comune di Sassari e dalla aggiudicataria Riccoboni, mentre con altra ordinanza in pari data respingeva quella dedotta dalla ASWS.

5. All'esito della pubblica udienza di discussione del 19 aprile 2011 le tre vertenze passavano in decisione, con immediata pubblicazione del dispositivo, come esplicitamente richiesto dalla difesa del Comune di Sassari.

Con decisione parziale 12 maggio 2011 n. 2846 (assunta sempre il 19 aprile 2011), gli appelli venivano riuniti ed i motivi di rito, concernenti l'improcedibilità del ricorso di primo grado per omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, venivano respinti, mentre ogni altra questione veniva rimessa all'Adunanza plenaria, con ordinanza 17 maggio 2011 n. 2987

Le parti costituite nei tre giudizi di appello hanno presentato ulteriori memorie.

Alla pubblica udienza del 4 luglio 2011 le cause venivano trattenute in decisione.

DIRITTO

1. Tutti gli appellanti censurano la sentenza impugnata per aver ritenuto illegittima, oltre gli atti conseguenti, compresa l'aggiudicazione e il contratto medio tempore stipulato, la clausola del bando (parte nona – procedura di gara, comma 2), prescrivente per la fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, come per quella di valutazione delle stesse, una seduta riservata, accogliendo il ricorso con il quale si era sostenuto che all'apertura delle buste delle offerte tecniche, come per quelle contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, avrebbe dovuto procedersi in seduta pubblica.

L'ordinanza di rimessione espone come la questione dell'apertura in seduta pubblica delle buste contenenti le offerte tecniche, nelle gare d'appalto in cui il contratto venga affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, abbia dato luogo a numerose oscillazioni giurisprudenziali tra le diverse sezioni del Consiglio di Stato.

Secondo un primo indirizzo, l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda, infatti, esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica dei partecipanti e non anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche (cfr. sez. V, dec. 13 ottobre 2010 n. 7470; dec. 16 agosto 2010 n. 5722; dec. 13 luglio 2010 n. 4520; dec. 14 ottobre 2009 n. 6311; dec. 4 marzo 2008 n. 901; dec. 10 gennaio 2007 n. 45; sez. IV, dec. 5 aprile 2003 n. 1787).

Secondo un altro indirizzo, nelle gare di appalto devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa sia che si tratti di documentazione in materia di offerta tecnica (cfr. sez. V, dec. 23 novembre 2010 n. 8155; dec. 28 ottobre 2008 n. 5386; sez. VI, dec. 22 aprile 2008 n. 1856; sez. IV, dec. 18 ottobre 2007 n. 5217).

Nella specie, la commissione di gara ha proceduto in seduta pubblica, per l'appunto, alla sola verifica dell'integrità delle buste contenenti le offerte tecniche.

2. Ad avviso della Sezione remittente, entrambi gli orientamenti suscitano varie perplessità.

Quanto al primo, la necessità che la fase di valutazione delle offerte tecniche si svolga in seduta riservata non implica affatto che anche la fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, attività materiale logicamente distinta ed in pratica agevolmente separabile da quella - necessariamente riservata - di valutazione, si svolga in seduta riservata, e quindi in deroga ai principi di trasparenza e di pubblicità imposti dall'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006. Né si ravvisano, d'altra parte, ragioni ostative a che le commissioni di gara procedano all'apertura delle buste in seduta pubblica, per poi procedere in seduta riservata alla valutazione delle relative offerte tecniche.

Quanto al secondo, la Sezione osserva che la mera constatazione dell'integrità delle buste non soddisfa che in modo parziale le esigenze di trasparenza e pubblicità: essa non consente, infatti, ai concorrenti presenti di prendere contezza dei documenti recanti le offerte tecniche, così come avviene per i documenti amministrativi e per le offerte economiche.

In tal modo i concorrenti, senza una ricognizione pubblica del contenuto documentale delle offerte, non sono garantiti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui, eventualmente dovute ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti.

3. Tanto premesso, la controversia in esame impone di stabilire 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, abbia agito in violazione di una regola imposta dalla disciplina legale dell'affidamento dei contratti pubblici.

E' opportuno ribadire che il quesito non concerne la fase di valutazione del pregio tecnico dell'offerta, essendo pacifico che tale operazione debba svolgersi in seduta riservata.

L'indirizzo frequentemente seguito dalle Sezioni giurisdizionali, nel senso – come ricordato dall'ordinanza di rimessione - del riconoscimento di un preciso obbligo di svolgimento in seduta pubblica, a pena di illegittimità della procedura, delle operazioni di apertura delle sole buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, è certamente sorretto da puntuali previsioni normative di pubblicità (artt. 64, comma 5, 67, comma 5, 91, comma 3, d.P.R. n. 554 del 1999, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, e ora d.P.R. n. 207 del 2010, artt. 117, 119, comma 6, 120, comma 2), che non si rinvergono con riguardo all'apertura della busta dell'offerta tecnica.

I dati normativi citati, imponendo la valutazione dell'offerta tecnica in seduta riservata, senza dettare alcun precetto in ordine all'apertura del plico, sembrano accreditare l'avviso che tale operazione, diversamente da quanto ritenuto e disposto per la busta della documentazione amministrativa e quella dell'offerta economica, non debba necessariamente svolgersi in seduta pubblica e sia tacitamente rinviata al momento della valutazione di merito in separata sede.

4. Occorre tuttavia verificare se tale conclusione sia compatibile con un riscontro di ordine sistematico condotto alla stregua dei principi che reggono l'affidamento degli appalti pubblici, ed in particolare quello di pubblicità.

Il principio di pubblicità delle gare per i contratti pubblici è radicato in canoni di diritto comunitario e interno costantemente applicati dalla giurisprudenza amministrativa.

In proposito è agevole il richiamo, oltre che all'art. 97 della Costituzione, alle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, da cui è scaturito il Codice italiano dei contratti pubblici, le quali agli articoli, rispettivamente, 10 e 2, stabiliscono, con espressione di portata ineludibile: "Le amministrazioni aggiudicatrici ... agiscono con trasparenza".

"La pubblicità delle sedute è la principale manifestazione della trasparenza amministrativa ...", – afferma una decisione della Sezione remittente (16 giugno 2005 n. 3166), poi confermata dal d.lgs. n. 163 del 2006, che, nel recepire le Direttive ricordate, all'art. 2, comma 1, specifica il precetto comunitario imponendo che l'aggiudicazione degli appalti pubblici avvenga nel rispetto del principio, oltre che di trasparenza, di "pubblicità con le modalità indicate dal presente codice". E se è vero che il d.lgs. n. 163 non enuncia direttamente alcuna regola specifica in materia di svolgimento delle sedute di gara, per un verso, al comma 3 dello stesso art. 2 rende applicabili le disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990 "per tutto quanto non espressamente previsto nel presente codice"; per altro verso, rimette al regolamento la disciplina delle modalità con le quali devono operare le commissioni che procedono alla scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 84).

Sul richiamo alla trasparenza nella disciplina del procedimento amministrativo non è il caso di indugiare.

Quanto alla normativa regolamentare, l'attenta analisi che ne ha condotto la giurisprudenza, sia con riguardo all'art. 89 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827 che al d.P.R. n. 554 del 1999 in materia di appalti di lavori pubblici (sez. V, 9 ottobre 2002 n. 5421, 16 giugno 2005 n. 3166; 11 maggio 2007 n. 2355), pur rilevando l'insufficienza dei dati normativi disponibili, è pervenuta alla conclusione, confortata anche dall'orientamento della giurisdizione contabile (Corte dei conti, sez. contr. St., 9.12.1999, n. 108), secondo cui, onde stabilire la necessità o meno di rendere pubbliche le operazioni compiute in determinate fasi di un procedimento amministrativo finalizzato alla scelta di un contraente, occorre distinguere il momento inderogabile, costituito dall'apertura dei plichi contenenti le offerte, che è operazione preliminare, rispetto alla diversa operazione costituita dalla valutazione delle offerte stesse che, invece, a certe condizioni, può svolgersi senza la presenza delle parti.

Il regolamento di attuazione del codice degli appalti (d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207), confermando nella sostanza la disciplina già dettata dal d.P.R. n. 554 del 1999, risulta orientato a garantire la pubblicità per tutte le operazioni di gara, compresa la comunicazione dell'eventuale anomalia dell'offerta (art. 121), e prevede la seduta riservata per le valutazioni di natura tecnico-discrezionale.

Nel senso che si debba comunque svolgere in pubblico la verifica della integrità di tutti i plichi contenenti l'offerta presentata, con esplicita menzione anche di quello riguardante l'offerta tecnica, si è pronunciata anche la giurisprudenza successiva (Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2010, n. 8155; 28 ottobre 2008 n. 5386; sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1856).

5. Ciò premesso, e con specifico riguardo al quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria, va sottolineato che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di approfondire la tematica delle operazioni preliminari da svolgere in seduta pubblica, affermando che 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 (Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2010, n. 6939; 10 novembre 2010, n. 8006; 4 marzo 2008, n. 901; sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856; sez. V, 3 dicembre 2008, n. 5943; sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354; sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427).

L'Adunanza Plenaria ritiene che la regola affermata dalla giurisprudenza appena richiamata costituisca corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno sopra ricordati in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti e, come tale, meriti di essere confermata e ribadita con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica. Tale operazione, infatti, 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.

6.1. La suddetta conclusione non appare validamente avversata dalle argomentazioni avanzate dalle parti appellanti con i ricorsi e con le memorie depositate a seguito della rimessione della questione all'Adunanza Plenaria.

Salvo quanto verrà esposto appresso in relazione ad argomenti più specifici, è stato in vario modo dedotto da tutti gli appellanti che l'obbligo di apertura in seduta pubblica dell'offerta tecnica:

a) non ha alcuna base normativa;

b) comporta inutili aggravamenti della procedura;

c) contrasta con l'evoluzione della disciplina delle gare di appalto;

d) realizzerebbe una indebita anticipazione dell'accesso agli atti della procedura, in violazione dei precetti di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 163 del 2006 (appellante Riccoboni).

6.2. Con riguardo all'assenza di una specifica base normativa, sembra sufficiente richiamare quanto fin qui considerato.

Neppure i rilievi sub b), c) e d) risultano convincenti.

Con riferimento specifico alla paventata ostensione di documenti al pubblico presente, in pretesa violazione dell'art. 13 del d.lgs. n. 163 del 2006, va precisato che la verifica dei documenti contenuti nella busta consiste in un semplice controllo preliminare degli atti inviati, che non può eccedere la funzione, che ad essa riconosce la giurisprudenza, di ufficializzare la acquisizione della documentazione di cui si compone l'offerta tecnica. L'operazione non deve andare al di là del mero riscontro degli atti prodotti dall'impresa concorrente, restando esclusa ogni facoltà degli interessati presenti di prenderne visione del contenuto.

La garanzia di trasparenza richiesta in questa fase si considera assicurata quando la commissione, aperta la busta del singolo concorrente, abbia proceduto ad un esame della documentazione leggendo il solo titolo degli atti rinvenuti, e dandone atto nel verbale della seduta.

Così circoscritte le formalità da compiere, la verifica della documentazione non incorre nella denunciata violazione dell'art. 13 del d.lgs. n. 163 del 2006.

6.3. In ordine al temuto aggravamento del procedimento, in disparte quanto già ritenuto dalla giurisprudenza sopra riportata, proprio l'andamento della gara in contestazione offre la dimostrazione della scarsa incidenza sui tempi di espletamento della procedura che la verifica in questione può comportare. La gara si è aperta il 3 dicembre 2008 e si è conclusa con la formazione della graduatoria delle concorrenti nella seduta del 21 aprile 2009. L'apertura dei plichi e la verifica preliminare delle cinque offerte ha impegnato la commissione per un solo pomeriggio nella giornata del 12 dicembre 2008 come da relativo verbale.

7. Neppure le altre censure svolte dalle parti appellanti per contrastare la statuizione dei primi giudici possono essere condivise.

Il Comune di Sassari denuncia la contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata assumendo che i primi giudici, dopo aver sostenuto che la giurisprudenza afferma l'obbligo delle commissioni di gara di verificare in seduta pubblica la "regolarità esterna" delle buste, non hanno considerato che tale operazione era stata effettuata, come da verbale, nella seduta del 3 dicembre 2008, e hanno poi annullato la clausola del bando che demanda alla seduta riservata l'apertura dell'offerta tecnica, ritenendo l'esistenza di un vizio non desumibile dall'orientamento in precedenza richiamato.

Il vizio denunciato non sussiste in quanto è da rilevare come il Tribunale abbia esplicitamente menzionato ed accolto la tesi seguita dalla sentenza del Consiglio di Stato Sezione V, n. 1856 del 2008, che impone *“che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica”*.

Deve dunque concludersi che la statuizione impugnata sia coerente con il principio assunto a parametro, e che le espressioni stigmatizzate dall'appellante siano frutto di una imprecisione sostanzialmente irrilevante.

8. Ancora il Comune di Sassari, ed anche la appellante Riccoboni, richiamano, a sostegno della censura, la sentenza della Sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7370, con la quale è stata ritenuto infondato il motivo di impugnazione facente leva sulla apertura della busta dell'offerta tecnica in seduta non pubblica.

Il precedente, oltre a non essere sovrapponibile alla vicenda in esame (in quanto non richiede la seduta pubblica quando i documenti non sono prescritti a pena di esclusione, contrariamente al caso in esame), non è comunque condivisibile poiché l'obbligo in parola prescinde dalla comminatoria o meno della sanzione di esclusione.

9. In conclusione, le censure dedotte avverso il capo di sentenza preso in esame non sono fondate.

Va quindi confermata la statuizione del giudice di primo grado recante l'annullamento dell'aggiudicazione, e la conseguente improcedibilità del ricorso della ASWS International, volto alla contestazione della determinazione relativa all'anomalia dell'offerta dalla stessa presentata.

10. Negli appelli del Comune di Sassari e dell'a.t.i. con mandataria Riccoboni s.p.a. viene contestato anche il capo con il quale la sentenza appellata ha disposto l'annullamento del contratto stipulato tra l'ente e la detta aggiudicataria in data 20 aprile 2010.

Si fa rilevare che alla data del 9 giugno 2010 di adozione della decisione appellata era già entrato in vigore il d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53, recante modifiche al d.lgs. n. 163 del 2006, con introduzione degli artt. 245 *bis* e 245 *ter*, che dettavano disposizioni in materia di efficacia del contratto, poi recepite dagli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo.

La sentenza, annullando apoditticamente il contratto senza esporre alcuna ragione idonea ad escludere che il contratto stipulato potesse conservare efficacia, avrebbe violato gli invocati precetti che, secondo l'assunto, impongono al giudice una valutazione comparativa di tutti gli interessi in giuoco in base agli elementi fattuali emergenti dalle circostanze, quali lo stato di avanzamento dell'esecuzione ovvero la natura tecnica della prestazione, tale da non poter essere condotta a termine da altro contraente.

Il motivo non può essere accolto.

Posto che non si verte in ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione per gravi violazioni, di cui all'art. 121 c.p.a., la norma che si pretende violata va individuata nel successivo art. 122, che regola l'inefficacia del contratto attribuendo al giudice di stabilire se dichiarare tale inefficacia, tenendo conto degli elementi ricordati dagli appellanti, e soprattutto, se vi sono elementi per ritenere che l'appalto possa essere aggiudicato al ricorrente vittorioso (Cons. St., Sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759).

La norma, tuttavia, è applicabile, testualmente, *“nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara”*, e tale circostanza nella specie non ricorre.

Il vizio accertato dai primi giudici, e riconosciuto anche in questa sede, ha prodotto l’annullamento dell’intera gara e la necessità di rinnovare la procedura.

11. Considerata la complessità della questione, le spese vanno integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

definitivamente pronunciando, rigetta gli appelli n. 9420 e n. 9595 del 2010;

dichiara improcedibile l’appello n. 9659 del 2010;

spese integralmente compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pasquale de Lise, Presidente del Consiglio di Stato

Giancarlo Coraggio, Presidente di Sezione

Gaetano Trotta, Presidente di Sezione

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2011

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

Il Dirigente della Sezione