

La circostanza per cui uno dei sigilli di ceralacca apposti sui lembi della busta contenente l'offerta non ne scavalchi (per una distanza veramente irrisoria) i lembi laterali, non configura un inadempimento essenziale rispetto alla previsione del bando, dal momento che la presenza sulla busta di altri sigilli debitamente impressi e, soprattutto, la regolare apposizione della controfirma sugli stessi lembi rendevano sostanzialmente indiscussa la perfetta integrità del plico in questione (né la stazione appaltante ha ipotizzato che esso abbia subito manomissioni di sorta). Pertanto, si appalesa illegittimo il provvedimento di esclusione posto in essere dall'Amministrazione aggiudicatrice nei confronti dell'impresa che abbia presentato il plico non ceralaccato su uno dei due lembi laterali di chiusura diversamente da quanto previsto, pena l'esclusione, dal bando di gara.

Infatti, nel caso di specie, l'amministrazione ha dato luogo ad una applicazione restrittiva o formalistica della prescrizione della lex specialis inerente la duplice modalità di chiusura dei lembi della busta che, a ben vedere, non corrispondeva all'interesse pubblico di garantire la massima partecipazione alla procedura selettiva né a criteri di tutela della parità tra i concorrenti.

TAR Piemonte, Sez. I, 5/7/2010 n. 2985

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

Sentenza

sul ricorso numero di registro generale 369 del 2010, proposto da:

Rena S.r.l. e Zecchini Group di Zecchini Franco e Figli S.r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, rappresentate e difese dall'avv. Elena Bisio, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, via Avogadro, 26;

Contro

S.I.I. Servizio Idrico Integrato del Biellese e del Vercellese S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Vittorio Barosio e Fabio Dell'Anna, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, corso Galileo Ferraris, 120;

nei confronti di

Mattioda Pierino & Figli S.p.a., in persona dell'Amministratore unico, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Scaparone e Jacopo Gendre, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, via San Francesco d'Assisi, 14;

per l'annullamento

- della comunicazione prot. n. 1166 in data 8.2.2010 con cui il Direttore Generale di S.I.I. S.p.a. ha reso nota alle ricorrenti la loro esclusione dalla gara d'appalto - contratto aperto di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria di reti dell'acquedotto e della fognatura nei comuni gestiti dalla Società, nonché della nota prot. 1623 del 22/2/2010 di rigetto dell'istanza di riammissione alla gara presentata dalle ricorrenti;

- di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi con il provvedimento impugnato, con particolare riferimento al verbale di aggiudicazione provvisoria 8.2.2010, prot. S.I.I. S.p.a. n. 1631 del 22/2/2010, con cui la S.I.I. S.p.a. ha escluso le ricorrenti dalla gara e aggiudicato in via provvisoria alla ATI Mattioda S.p.a.-So.Ge.Co. S.r.l. l'appalto de quo nonché, in quanto occorra, al bando di gara 31/12/2009 e al capitolato speciale d'appalto in parte qua e ad ogni eventuale successivo atto, non noto, di aggiudicazione definitiva e stipula del contratto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di S.I.I. S.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Mattioda Pierino & Figli S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza cautelare n. 250 del 9 aprile 2010;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2010 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

Le società ricorrenti, operanti nel settore della costruzione e manutenzione di impianti idraulici e termici, reti fognarie e acquedotti, presentavano domanda di partecipazione alla procedura aperta di gara indetta dal Servizio idrico integrato del biellese e del vercellese – S.I.I. S.p.a., con bando del 31 dicembre 2009, per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria delle reti dell'acquedotto e delle fognature dei comuni gestiti dalla medesima S.I.I. S.p.a.

Il bando prevedeva che l'appalto, di importo pari a € 2.000.000, sarebbe stato aggiudicato con il criterio del prezzo più basso.

Presentavano offerta nei termini previsti dalla lex specialis dieci concorrenti.

Il giorno 8 febbraio 2010, la stazione appaltante provvedeva all'apertura dei plichi contenenti le offerte e decideva di escluderne otto, tra le quali quella delle società ricorrenti, con la seguente motivazione: "... il plico n. 1 non è ceralacciato su uno dei due lembi laterali di chiusura diversamente da quanto previsto, pena l'esclusione, dal bando di gara".

Nella stessa seduta di gara, l'appalto era provvisoriamente aggiudicato all'associazione temporanea di imprese formata dalle ditte Mattioda S.p.a. e So.Ge.Co. S.r.l.

Con lettera in pari data, la stazione appaltante comunicava l'esclusione alle odierne ricorrenti, riproducendo le motivazioni riportate nel verbale di gara.

A seguito di interlocuzione epistolare rimasta senza esito, Rena S.r.l. e Zecchini Group S.r.l., nella rispettiva veste di mandataria e di mandante della costituenda associazione temporanea di imprese, proponevano il ricorso giurisdizionale in trattazione, con cui instano per l'annullamento degli atti in epigrafe indicati, sulla scorta dei seguenti motivi di gravame:

I) Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Violazione del principio di proporzionalità e di massima partecipazione alle gare. Violazione del principio di non appesantimento del procedimento amministrativo di cui all'art. 1, legge 7/8/1990, n. 241. Falsa applicazione del principio di segretezza delle offerte. Sviamento. Violazione e falsa applicazione di legge con riferimento all'art. 74, d.lgs. 12/4/2006, n. 163. Violazione delle norme e dei principi in materia di pubblici contratti di cui alle direttive n. CE 2004/17 e n. CE 2004/18 dell'Unione europea.

II) Eccesso di potere per illogicità e incongruità. Violazione e falsa applicazione del principio di par condicio. Inadeguatezza ed insufficienza di motivazione. Violazione di legge con riferimento all'art. 3, legge 7/8/1990, n. 241. Disparità di trattamento. Ingiustizia manifesta. Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Si sono costituite in giudizio la S.I.I. S.p.a. e la Mattioda S.p.a., entrambe contrastando la fondatezza del gravame e opponendosi al suo accoglimento.

Con ordinanza n. 250 del 9 aprile 2010, è stata accolta l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalle ricorrenti e fissata l'udienza per la discussione del merito del ricorso.

In prossimità della pubblica udienza, la parte ricorrente e l'amministrazione hanno depositato memorie difensive.

Chiamato alla pubblica udienza del 20 maggio 2010, il ricorso è stato ritenuto in decisione; ha fatto seguito la pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 51 del 21 maggio 2010.

Diritto

1) Le ricorrenti – che hanno partecipato, nella qualità di mandataria e di mandante della costituenda associazione temporanea di imprese, alla procedura aperta indetta dalla

stazione appaltante per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria delle reti dell'acquedotto e delle fognature dei comuni gestiti dalla medesima S.I.I. S.p.a. – contestano la legittimità del provvedimento che ne ha disposto l'esclusione dalla gara predetta e, in conseguenza, dell'aggiudicazione disposta in favore del raggruppamento controinteressato.

L'impugnativa giurisdizionale investe anche la *lex specialis* di gara, qualora interpretata nel senso, fatto proprio dalla stazione appaltante, di comportare l'automatica esclusione dalla procedura selettiva per le irregolarità riscontrate con riguardo all'offerta delle odierne ricorrenti.

2) Come anticipato in premessa, il contestato provvedimento di esclusione fa riferimento alle imperfette modalità di chiusura del plico contenente l'offerta il quale non era "ceralaccato" su uno dei due lembi laterali di chiusura.

Detto plico, come rivela con assoluta chiarezza la documentazione fotografica depositata in atti dall'amministrazione, pur essendo controfirmato su tutti i lembi di chiusura, non risultava perfettamente sigillato in quanto il timbro di ceralacca apposto sul lato destro della busta ne "copriva" il lembo orizzontale, ma, per una minima distanza, non ne scavalcava i lembi laterali.

La stazione appaltante rilevava ulteriormente, con nota del 22 febbraio 2010, che la riscontrata imperfezione era sanzionata dal bando di gara con l'esclusione dell'offerta e che la stessa comprometteva le necessarie garanzie di segretezza, potendo la busta essere scollata da quel lato per consentire l'estrazione e l'inserimento di fogli.

Al riguardo, infatti, il bando di gara stabiliva che l'offerta avrebbe dovuto essere inserita in una busta chiusa, "sigillata e controfirmata, su tutti i lembi di chiusura, anche se laterali (ed ivi compresi quelli eventualmente preincollati dal fabbricante della busta medesima), pena l'esclusione dalla gara".

3) Ciò premesso, con il primo motivo di ricorso le esponenti denunciano, tra l'altro, la falsa applicazione della *lex specialis* di gara, sul rilievo che le garanzie di segretezza dell'offerta erano sufficientemente tutelate, nel caso di specie, dalla presenza della controfirma del rappresentante dell'impresa su tutti i lembi di chiusura del plico, elemento atto ad escludere, in disparte la presenza o meno della ceralacca, ogni possibilità di manomissione dell'integrità del plico.

Il rilievo merita di essere condiviso.

La previsione del bando relativa all'impiego della ceralacca, infatti, non può essere intesa quale formalità fine a se stessa, ma risponde concretamente all'esigenza di impedire abusive manomissioni delle buste con eventuali indebite sostituzioni del loro contenuto originario.

In tale contesto, la circostanza per cui uno dei sigilli di ceralacca apposti sui lembi della busta contenente l'offerta non ne scavalchi (per una distanza, si ribadisce, veramente irrisoria) i lembi laterali, non configura un inadempimento essenziale rispetto alla previsione del bando, dal momento che la presenza sulla busta di altri sigilli debitamente impressi e, soprattutto, la regolare apposizione della controfirma sugli stessi lembi rendevano sostanzialmente indiscussa la perfetta integrità del plico in questione (né la stazione appaltante ha ipotizzato che esso abbia subito manomissioni di sorta).

E' evidente, infatti, che la presenza della controfirma (nonché del timbro ad inchiostro spontaneamente apposto dalla concorrente sullo stesso lembo della busta) costituiva di

per sé cautela atta ad impedire ogni tentativo di apertura del plico, se non a prezzo di renderne evidente la manomissione.

Nel caso concreto, quindi, l'amministrazione ha dato luogo ad una applicazione restrittiva o formalistica della prescrizione della lex specialis inerente la duplice modalità di chiusura dei lembi della busta che, a ben vedere, non corrispondeva all'interesse pubblico di garantire la massima partecipazione alla procedura selettiva né a criteri di tutela della parità tra i concorrenti.

Né può invocarsi, a sostegno della contestata decisione, il principio di tassatività delle cause di esclusione, poiché nel caso specifico la formulazione letterale del bando lasciava spazi interpretativi, non essendo inequivoco se la previsione ad escludendum dovesse intendersi riferita ad entrambe le modalità di chiusura del plico ovvero solo alla seconda di esse, ossia la controfirma.

4) Va soggiunto, per completezza, che la Sezione si è occupata del tutto recentemente, con la sentenza n. 2429 del 21 maggio 2010, di altra controversia generatasi nell'ambito della stessa gara pubblica cui fa riferimento il presente ricorso, nella quale le ragioni dell'esclusione dell'impresa erano uguali e capovolte rispetto al presente caso, essendo stata rilevata la presenza del sigillo con ceralacca su tutti i lembi di chiusura dell'offerta ma non della controfirma.

Anche in quel caso, il Collegio ha ritenuto non proporzionata e contraria al principio del favor participationis la sanzione di esclusione automatica in relazione ad una offerta che, se pure nel concreto "sigillata", risultasse parzialmente carente di una delle specifiche modalità di sigillatura prescritte dalla legge di gara, peraltro in assenza di concreti dubbi in ordine alla manomissione delle buste.

5) Per tali ragioni, previo assorbimento delle ulteriori censure di legittimità dedotte dalla parte ricorrente, il ricorso deve trovare accoglimento, con annullamento della comminata esclusione e della conseguente aggiudicazione della gara.

Si ravvisano giusti motivi per compensare integralmente le spese di lite fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2010 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

Alfonso Graziano, Referendario

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/07/2010