



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 187 del 2010, proposto da:
Bruno S.p.A. in proprio e in qualità di capogruppo dell'ATU con Pituello
Impianti S.a.s., rappresentata e difesa dagli avv.ti Anna Casavecchia, Marco
Casavecchia, Marzia Eoli, con domicilio eletto presso l'avv.to Marco
Casavecchia in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

contro

S.I.I. S.p.A. - Servizio Idrico Integrato del Biellese e Vercellese s.p.a., in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli
avv.ti Vittorio Barosio, Fabio Dell'Anna, con domicilio eletto presso
l'avv.to Vittorio Barosio in Torino, corso G. Ferraris, 120;

nei confronti di

Mattioda Pierino & Figli Spa, in proprio e in qualità di capogruppo
dell'ATI con Sogeco s.r.l. , in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Scaparone, Jacopo
Gendre, con domicilio eletto presso l'avv.to Paolo Scaparone in Torino,
via S. Francesco D'Assisi, 14;

Impresa SOGECO s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore,
non costituita;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento di esclusione dell'ATI Bruno s.p.a./Pituello Impianti
s.a.s. del'8/2/2010;

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'8/2/2010 dell'ATI
Mattioda Costruzioni s.r.l. -Sogeco s.p.a. per l'appalto di manutenzione
ordinaria e straordinaria di reti dell'acquedotto e della fognatura, nonché
del relativo avviso;

del relativo verbale di apertura delle buste e degli ulteriori verbali eventuali;

del bando di gara del 31/12/2009 del Capitolato Speciale d'appalto;

di ogni eventuale successivo atto di aggiudicazione definitivo e di ogni altro
diverso atto o provvedimento presupposto, consequenziale o comunque
connesso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.I.I. S.p.A. - Servizio Idrico
Integrato del Biellese e Vercellese e di Mattioda Pierino & Figli Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 maggio 2010 la dott.ssa Paola
Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR deducendo che, in data
31.12.2009, SII s.p.a. indiceva gara d'appalto al maggior ribasso per
l'importo di € 2.000.000,00; in data 8.2.2010 si procedeva all'apertura delle
offerte prevenute e la stazione appaltante escludeva la ricorrente ed altre

tre concorrenti perché il plico contenente l'offerta, e inserito nella busta esterna integra e regolare, non era firmato sui lembi laterali di chiusura, diversamente da quanto prescritto dal bando di gara.

Lamenta parte ricorrente la violazione dell'art. 74 del d.lgs. n. 163/06, della lex specialis di gara se correttamente interpretata e la violazione dell'art. 1 co. 2 e 3 della l. n. 241/90 e dell'art. 1370 c.c. nonché l'eccesso di potere e la violazione dei principi del giusto procedimento, proporzionalità, integrità e trasparenza, nonché la disparità di trattamento e l'eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto e illogicità manifesta. Lamenta infine l'illogica motivazione e il difetto della stessa nonché la violazione del principio di buona amministrazione ex art. 97 Costituzione nonché del principio del favor participationis.

La busta presentata dalla ricorrente, e contestata dalla stazione appaltante, risultava sigillata con ceralacca su tutti i lati della busta, compresi quelli laterali preincollati; i sigilli e i timbri apposti risultavano intatti. La busta grande costituente plico esterno era interamente sigillata e controfirmata su ogni lembo. Unico elemento mancante era la sottoscrizione sui due lembi laterali preincollati della busta contenente l'offerta. Posto che i requisiti di chiusura delle buste non possono che essere funzionali al principio di trasparenza e integrità delle offerte e che i due plichi erano pacificamente integri l'esclusione appariva illogica. Chiedeva parte ricorrente in principalità l'annullamento del provvedimento di esclusione alla luce di una corretta lettura del bando e del capitolato; in via subordinata l'annullamento della prescrizione del bando e del capitolato speciale nel modo in cui formulati perché lesivi dei principi sovracitati.

Si costituiva parte resistente la quale, con memoria depositata in data 24.2.2010, deduceva che il bando di gara prevedeva che l'offerta dovesse essere inserita in busta chiusa sigillata con ceralacca e controfirmata su tutti i lembi di chiusura anche se laterali ed eventualmente preincollati a pena di

esclusione. La ricorrente veniva esclusa per mancanza delle controfirme sui lembi preincollati. A fronte del chiaro dettato della legge di gara l'amministrazione non avrebbe potuto che disporre l'esclusione, non potendo disapplicare la legge di gara. Quanto alla circostanza che la busta interna fosse comunque integra evidenziava S.I.I. come, ai sensi della legge di gara, non fosse necessaria alcuna effettiva manomissione, essendo sufficiente la mancanza delle garanzie prescritte dal bando; neppure aveva rilievo la corretta sigillatura della busta esterna. Innanzitutto non è prescritto che le due buste siano aperte contemporaneamente, sicchè l'autonoma sigillatura della busta interna mantiene una propria finalità di garanzia della sigillatura dell'offerta nel lasso di tempo che potrebbe intercorrere tra l'apertura della busta esterna e quella della busta interna; né è sostenibile che l'assolvimento delle prescritte formalità in relazione alla busta esterna possa surrogare quelle relative alla busta interna. Contesta infine parte resistente che potesse sussistere qualsivoglia dubbio interpretativo in relazione al chiaro disposto della legge di gara.

Contesta altresì la richiesta di annullamento del bando in parte qua.

Si costituiva la controinteressata evidenziando la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti della SO.GE.CO, mandante dell'ati aggiudicataria. Le prescritte modalità di sigillatura garantiscono l'autenticità della chiusura proveniente dal mittente e garantiscono la segretezza dell'offerta, non si tratta quindi di inutili o gravosi oneri; la commissione di gara era a sua volta tenuta all'osservanza della legge di gara, in ossequio al principio della par condicio.

Con ordinanza n. 132/2010 veniva disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti della mandante SO.GE.CO.

Con successive memorie tutte le parti insistevano nei rispettivi assunti difensivi.

Con ordinanza n. 207/10 veniva accolta l'istanza cautelare.

Con memoria depositata in data 20.4.2010 parte resistente evidenziava come le garanzie prescritte dalla legge di gara fossero in effetti tre: la chiusura con ceralacca, la controfirma e l'apposizione del sigillo sulla ceralacca per ogni lembo della busta. Nel concreto risultavano pertanto mancanti non solo le controfirme sui lembi esterni ma anche il sigillo. In mancanza di sigillo, d'altro canto, ben sarebbe possibile che la busta venisse fraudolentemente aperta, rompendo la ceralacca e scollando il lembo incollato, e quindi procedendo a richiudere la busta reincollando i lembi, riapponendo una ceralacca di dimensioni maggiori di quella originaria, senza così che sia percepibile la manomissione. Ne doveva conseguire la totale mancanza di segretezza dell'offerta. Quanto alla valutazione dell'idoneità delle garanzie prescritte dal bando, contesta parte resistente che la medesima possa avvenire a posteriori alla luce della circostanza che il plico non si presenti in concreto manomesso, dovendo le medesime venire in considerazione a priori e in astratto. D'altro canto le prescrizioni di gara sul punto rientrerebbero nella categoria delle forme sostanziali, la cui mancata osservanza rileva ex se, mentre le forme strumentali sono quelle per le quali vige il principio dell'equivalenza e della utilità allo scopo.

Parte ricorrente evidenziava per contro come la contestata esclusione non fosse in alcun modo motivata in relazione alla mancanza di sigillo, neppure richiesto dalla legge di gara; nell'ambito di quest'ultima, infatti, l'espressione "sigillata" doveva intendersi come sinonimo di "chiusa" e come tale era stata pacificamente intesa in tutto il corso della procedura dalla stessa stazione appaltante.

All'udienza del 6.5.2010 la causa veniva discussa e decisa.

DIRITTO

Non hanno pregio le contestazioni da ultimo mosse da parte resistente circa la pretesa necessità dell'apposizione di un "sigillo" sulla chiusura con

ceralacca delle buste contenenti le offerte; è infatti pacifico che la “sigillatura” non è mai stata intesa dalla stazione appaltante nel corso della procedura quale apposizione, sulla ceralacca, di un sigillo, né la sua mancanza è stata contestata alla ricorrente nell’impugnato provvedimento di esclusione. Le stesse difese della stazione appaltante, all’atto di prima costituzione, intendono la legge di gara come se prescrivesse la doppia garanzia della chiusura con ceralacca e della controfirma, senza imporre anche l’apposizione di ulteriori sigilli.

E’ pacifico che la ricorrente ha presentato una offerta in cui la busta esterna (contenente la documentazione amministrativa e la busta interna dell’offerta) era sigillata secondo il disposto della legge di gara, poiché recava su ogni lembo di chiusura (compresi quelli preincollati) tanto la ceralacca che la controfirma; la busta interna, recante l’offerta, era “sigillata” con ceralacca che copriva tutti i lembi, mentre i timbri e le sottoscrizioni erano apposte solo sul lembo “lungo”, non preincollato, dell’involucro.

La legge di gara recava la seguente dizione: “l’offerta, redatta su carta intestata del concorrente e debitamente firmata in tutti i fogli dal legale rappresentante del medesimo, dovrà essere inserita in busta chiusa sigillata con ceralacca e controfirmata su tutti i lembi di chiusura anche se laterali (ivi compresi quelli eventualmente preincollati dal fabbricante della busta medesima), pena l’esclusione della gara.”

La dizione della legge di gara, come affermato dalle parti resistente e controinteressata, è inequivoca e la commissione non avrebbe potuto che attenersi alla suddetta disposizione, pena la violazione della par condicio dei concorrenti; pertanto non si tratta di reinterpretare la legge di gara, posto che difficilmente la stessa si poteva prestare ad un dubbio interpretativo.

Tuttavia parte ricorrente ha impugnato anche il bando in parte qua,

lamentando che lo stesso viola il principio di proporzionalità e del favor participationis, in quanto può comportare l'irrimediabile esclusione di taluni concorrenti, senza che alcun interesse sostanziale (nel caso di specie quello della necessaria segretezza dell'offerta, del rispetto del principio dell'integrità e imputabilità della medesima all'offerente, che governano la materia delle gare pubbliche) sia stato in concreto leso.

Pare al collegio che la censura meriti accoglimento, apparendo sproporzionata la sanzione di esclusione automatica in relazione ad offerte che, se pure nel concreto "sigillate", siano parzialmente carenti di una delle specifiche modalità di sigillatura prescritte dalla legge di gara.

Non ignora il collegio che numerose decisioni del giudice d'appello hanno affermato la non sproporzione della prescrizione della doppia garanzia del sigillo e della controfirma su ogni lembo della busta. Certamente sproporzionata si ritiene tuttavia la contestuale prescrizione di una sanzione di esclusione automatica che, non a caso, ha portato nel caso di specie alla esclusione di quattro concorrenti su dieci, pur senza che in alcun modo si dubitasse di manomissioni delle buste.

Recente giurisprudenza del supremo consesso amministrativo ha affermato che il formalismo nelle gare d'appalto risponde ad evidenti ragioni di certezza e snellimento della procedura, sicchè lo stesso non appare ex se sproporzionato; pare tuttavia potersi evincere dalla pronunce citate che il formalismo ritenuto utile al corretto svolgimento della procedura riguardi ipotesi di errori od omissioni nella compilazione delle offerte e della documentazione di gara. E' evidente che quando la stazione appaltante prescrive di presentare l'offerta, ad esempio, su una specifica modulistica tale prescrizione (formale) risponde direttamente ad una esigenza di semplificazione della procedura, nell'interesse tanto della stazione appaltante che dei concorrenti. La forma presidia quindi direttamente un interesse concreto (semplificazione e celerità della procedura), che non può

che risultare ex se lesa dalla violazione della forma stessa.

Diverso pare al collegio il caso in esame.

L'interesse sostanziale tutelato dalle modalità di sigillatura è quello della segretezza delle offerte; si vuole, cioè, evitare che le medesime siano facilmente esposte a possibili manomissioni. Ciò da una parte non esclude che, nel concreto, anche la più sofisticata delle prescrizioni di sigillatura possa rivelarsi inutile a fronte di una precisa volontà di manomissione. L'enumerazione delle possibili forme di manomissione di ogni tipo di sigillatura elencate proprio da parte resistente evidenzia appunto come, in astratto, non vi sia limite alle garanzie che possono essere pretese, e ciò non di meno eluse con comportamenti fraudolenti. La semplice incollatura può essere aperta e poi richiusa agevolmente. Tuttavia anche le ulteriori forme di "sigillo" possono essere violate: la controfirma può essere vanificata aprendo il plico ed avendo cura di rincollarlo in modo tale che la sottoscrizione torni a combaciare, la ceralacca, come evidenziato da parte resistente, potrebbe essere rotta e sostituita da una colata di ceralacca di dimensioni maggiori che renda impercettibile il segno di quella prima apposta e manomessa; astrattamente è anche possibile la contraffazione di un sigillo. Se quindi si intende "prevenire" ogni forma di possibile manomissione, anche perpetrata con particolari mezzi fraudolenti, non pare, in astratto, potersi porre limite alla moltiplicazione delle garanzie.

Si ritiene allora che, se da una parte la mera busta chiusa si presta facilmente alla manomissione senza lasciare traccia ed è logico e rispondente ad un interesse di gara che la stazione appaltante prescriva ex ante e inderogabilmente forme di "sigillatura" che vadano oltre la mera chiusura, diverso è sostenere che sia corretta l'esclusione automatica per la mancanza anche solo parziale di una delle prescritte forme di sigillatura, in un contesto in cui è pacifico che i plichi sono integri e di fatto "sigillati", ancorchè imperfetti.

D'altro canto la giurisprudenza ha ritenuto illegittima la comminazione dell'esclusione per la mancanza di parte delle garanzie di sigillo prescritte dalla legge di gara in assenza di espressa comminatoria di detta sanzione da parte della legge di gara stessa. Si può obiettare che è dato alla stazione appaltante prescrivere requisiti specifici a pena di esclusione; ciò è vero, purchè soddisfatti altrettanto specifici interessi nell'ambito della gara e non sia sproporzionato rispetto al fine perseguito. La sanzione di esclusione automatica per un plico che, pur potendosi definire sigillato, manchi, in parte, delle forme di chiusura prescritte dalla legge di gara pare al collegio confliggere con il principio di proporzionalità e del favor participationis, rischiando di indurre, come effettivamente verificatosi nel caso di specie, una serie di esclusioni in contesti in cui manca la concreta lesione di qualsivoglia interesse della procedura, a tutto discapito dell'effettiva concorrenza.

La giurisprudenza comunitaria è particolarmente severa nei confronti delle sanzioni normative di esclusione automatica, proprio alla luce del principio di proporzionalità. Da ultimo si veda la sentenza in causa C- 376/08 del 23 dicembre 2009, Serrantoni e consorzio stabile edile, in cui è stata ritenuta non conforme al diritto comunitario la previsione della legislazione italiana di automatica esclusione dalle gare dei consorzi stabili e delle imprese che ne sono membri i quali presentino offerte concorrenti nell'ambito della medesima procedura, anche qualora l'offerta del consorzio non sia stata presentata per conto e nell'interesse delle imprese concorrenti.

Ha osservato sul punto la Corte:

“Siffatta norma di esclusione sistematica, che comporta, per le amministrazioni aggiudicatrici, un obbligo assoluto di esclusione degli enti interessati, anche nei casi in cui i rapporti esistenti tra questi ultimi restino senza incidenza sul loro comportamento nell'ambito delle procedure cui essi hanno partecipato, è in contrasto con l'interesse comunitario a che sia

garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto e va oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo consistente nel garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza (v., in tal senso, quanto agli appalti pubblici rientranti nella sfera di applicazione della direttiva 92/50, sentenza Assitur, cit., punti 26 - 29)....-

44 .. una restrizione come quella di cui trattasi può essere giustificata qualora essa persegua un obiettivo legittimo di interesse pubblico e purché sia atta a garantire il conseguimento di questo e non ecceda quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo.

45 Orbene, nella fattispecie, è giocoforza constatare che la restrizione in esame, nonostante il suo legittimo obiettivo di lotta contro le collusioni potenziali tra il consorzio in questione e le imprese che lo compongono, non può essere giustificata poiché, come risulta dai punti 38-40 della presente sentenza, essa va oltre quanto necessario per raggiungere tale obiettivo.”

Non può non osservarsi che la previsione di esclusione automatica ritenuta sproporzionata dal giudice comunitario attiene ad un potenziale pericolo di collusione tra concorrenti, certamente non meno rilevante dell'interesse alla segretezza ed integrità delle offerte, il cui effettivo riscontro da parte della stazione appaltante (estranea alla organizzazione imprenditoriale dei concorrenti ed ai loro rapporti al di fuori della gara) pare ben più difficoltoso (e quindi ben più giustificerebbe una soluzione per presunzioni) della verifica dell'integrità dei plichi.

Ora se non è dato al legislatore introdurre sanzioni automatiche di esclusione che prescindano da un apprezzamento di pericolo “concreto” e non meramente “astratto” perché ritenute sproporzionate rispetto all'obiettivo di garantire l'interesse sostanziale che esse intendono proteggere, non pare che ciò possa essere dato alla stazione appaltante in

sede di redazione della legge di gara. Pare dunque legittimo l'obiettivo di prescrivere una "sigillatura" che vada al di là della mera chiusura mentre non si ritiene proporzionata, in quanto ultronea rispetto all'obiettivo di garantire l'integrità del plico, la sanzione di esclusione automatica a fronte di qualsivoglia mancanza in relazione a multiple prescrizioni di sigillatura, in pacifica assenza di concreto "sintomo" di violazione dell'interesse protetto.

Il ricorso deve trovare accoglimento con annullamento del bando in parte qua e conseguentemente della comminata esclusione.

Stante l'opinabilità della vicenda sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite tra tutte le parti del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo Regionale per il Piemonte – sezione prima –
Accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2010
con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/05/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO