



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 117 del 2011, proposto da:
P.I. 2000 Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Lozupone,
Rosa Rizzi, Emanuela Bassi, con domicilio eletto presso Trga Trento
in Trento, via Calepina 50;

contro

Provincia di Trento in persona del Presidente p.t., rappresentata e
difesa dagli avv.ti Pedrazzoli N., Manica M., Azzolini Sabrina, con
domicilio eletto presso quest'ultima in Trento, Avvocatura P.A.T,
piazza Dante 15;

Agenzia per i Servizi della Provincia di Trento;

per l'annullamento

della comunicazione dell'Agenzia per i servizi - ufficio gestione gare
della PAT n. s153/2011/247971/3.5/1053-10, datata 22.4.2011, con

la quale è stata disposta l'esclusione dalla gara per l'affidamento dei lavori di "apprestamento dell'area presso le ex caserme Pezzoli e Chiesa per la realizzazione del nuovo ospedale del trentino"

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Trento;

Viste le memorie difensive delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 60, 119 e 120 c.p.a.;

Visto il verbale della camera di consiglio del 9 giugno 2011, dal quale risulta che il difensore della PAT, su richiesta del Collegio, si è impegnato ad esibire l'originale del plico contenente l'offerta dell'impresa ricorrente;

Visto il proprio decreto presidenziale istruttorio n. 38/2011, con il quale sono state precisate le modalità di esibizione del plico in questione;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2011 il Pres. Armando Pozzi e uditi per le parti i rispettivi difensori, preavvertiti e sentiti ai sensi dell'articolo 60 c.p.a., come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Contro il provvedimento di esclusione dalla gara a licitazione privata per l'affidamento dei lavori di apprestamento dell'area presso le ex caserme Pezzoli e Chiesa per la realizzazione del nuovo

ospedale del trentino, disposto dalla PAT in suo danno, la società ricorrente ha proposto otto motivi di ricorso, variamente articolati, di violazione di legge statale e provinciale, di violazione delle prescrizioni del bando e di eccesso di potere sotto molteplici profili.

In dettaglio, la società ricorrente deduce:

-1. Violazione della lex specialis di gara; - 2. violazione dei principi di proporzionalità e di massima partecipazione alla gara; - 3. violazione del principio di non aggravamento del procedimento amministrativo di cui all'art. 1 della legge n. 241/1990; - 4. errata e/o falsa applicazione del principio di segretezza delle offerte; - 5. violazione e falsa applicazione di legge con riferimento all'art. 1 bis l.p. 26/1993; - 5. eccesso di potere per evidente illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà rispetto alle indicazioni della lettera d'invito circa le modalità di chiusura dei plichi contenenti l'offerta; - 6. violazione e falsa applicazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 74 del d.lgs. n. 163 del 2006; - 7. violazione di legge ed eccesso di potere ex art. 3 della legge citata n. 241/1990, artt. 2 e 4 l.p. 23/1992 e art. 14.3 DPGP 30 settembre 1994, n. 12-1 0/Leg; - 8. violazione dell'art. 97 Cost..

2 - In sintesi, l'interessata – premette alcune osservazioni sulla competenza territoriale di questo Tribunale e sulla propria legittimazione attiva - si duole che il provvedimento di esclusione, fondato sulle motivazioni espresse nel verbale di gara del 16-4-2011 (plico “ pervenuto non sigillato secondo le modalità espressamente

indicate al paragrafo 1 dell'invito a licitazione “) sarebbe:
carente di motivazione in ordine alla descrizione delle modalità di confezionamento della busta;
violativo delle prescrizioni della lex specialis, la quale prevedeva forme alternative alla sigillatura mediante ceralacca;
violativo dei principi in tema di redazione delle buste contenente le offerte tecniche ed economiche dei partecipanti alle gare d'appalto, come anche elaborati dalla giurisprudenza, la quale richiede l'elemento sostanziale dell'integrità e della non manomissibilità del plico;
Violativo dei principi di massima apertura possibile, di concorrenza, di correttezza, di affidamento nei confronti dei partecipanti alle gare, in caso di prescrizioni del bando non chiare né univoche e, comunque, di dubbi di carattere applicativo delle stesse prescrizioni.
Si è costituita in giudizio l'amministrazione appaltante per contestare la fondatezza del gravame, essendosi la commissione attenuta alle non equivoche prescrizioni della lettera d'invito, nel rispetto dei principi di diritto espressi dalla giurisprudenza.

3 - Alla camera di consiglio del 23 giugno 2011 la causa (già proveniente dalla precedente camera di consiglio ed ivi rinviata per motivi istruttori), sentiti i difensori delle parti, è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a..

Tutte le doglianze, per come riassuntivamente esposte, sono fondate.
Vale precisare che – come pure ricordato nella memoria della PAT -

la lettera di invito a gara per licitazione, prot. n. 5153/2011/120362/3.5/1053-10, del 24 febbraio 2011, predisposta dall'Agenzia per i servizi della Provincia di Trento, al paragrafo 1, relativo alla fase di “ Inoltro del plico contenente l'offerta” , precisava che: “Per essere ammesse alla licitazione, le Imprese invitate dovranno far pervenire un plico chiuso con le seguenti modalità:

- sigillato su tutti i lembi dello stesso, compresi quelli preincollati in sede di fabbricazione della busta, con ceralacca o altro strumento idoneo a garanzia dell'integrità e della non manomissione del contenuto...”.

La stessa lettera precisava, ulteriormente, che “La chiusura del plico con mera incollatura dei lembi, sia pure controfirmati, non sarà ritenuta idonea a garantire l'integrità e la non manomissione del contenuto. Nel caso di utilizzo di ceralacca si consiglia di apporre sopra tali sigilli un nastro adesivo, al fine di evitare che l'eventuale distacco della stessa pregiudichi l'integrità del plico, che potrebbe comportare l'esclusione dalla gara”.

Le citate prescrizioni erano seguite dalla seguente sanzione espressa: “Comporta l'esclusione automatica dalla gara la presentazione del plico e della busta contenente l'offerta economica in difformità alle modalità sopra indicate”.

4 - Dal verbale della seduta della commissione del 18 aprile 2011, n. 918/2011, sulla base del quale è stata disposta la qui impugnata

esclusione, risulta che la predetta commissione ha ritenuto il plico della ricorrente “ pervenuto all’Agenzia per i servizi non sigillato secondo le modalità espressamente indicate al par. 1 dell’invito a licitazione “, aggiungendosi, di seguito che “i plichi sono stati custoditi nella cassaforte fino al giorno della gara al fine di garantirne l’integrità e la non manomissione “.

Da quanto sopra riportato già emerge con evidenza la fondatezza delle censure di eccesso di potere per difetto di motivazione, di istruttoria e di logicità, non essendo dato capire quali fossero le modalità di confezione del plico assertivamente non rispettose delle prescrizioni della lettera d’invito: prescrizioni che, come visto, non prevedevano la sola tipologia di sigillatura mediante l’arcaico ed aleatorio (come si vedrà) sistema della ceralacca, ma consentivano forme alternative, più snelle ed agevoli, di chiusura garantita, non tipizzate se non in negativo (inammissibilità di semplice incollatura dei lembi, seppure controfirmati).

A fronte della varietà delle forme di sigillatura ammesse dalla legge di gara secondo il criterio teleologico di garanzia dell’integrità e non accessibilità al contenuto del plico, la Commissione avrebbe dovuto fare un minimo sforzo di diligenza nel descrivere accuratamente le condizioni della busta, onde farne rilevare la, seppur potenziale, non integrità e non manomissione.

Questa mancanza di diligenza ha costretto il Collegio a disporre l’incombente istruttorio dell’esibizione in udienza camerale del plico

originario in questione: sul punto si tornerà fra poco.

5 - L'omessa motivazione per negligenza descrittiva non può ritenersi superata dal precedente verbale del 15 aprile del 2011, che è affetto da analoghe lacune ed incongruenze. In esso, infatti, si legge che “ La spedizione (del plico, n.d.r.) è avvenuta per il tramite del corriere TNT che ...ha consegnato il plico, contenente l'offerta dell'impresa sopra individuata”.

“Si precisa che il plico non era inserito in alcuna busta plastificata.....la signora Barbara Ferrari, addetta alla segreteria....., ritirando il plico ha notato subito che lo stesso risultava avere tutti i sigilli di ceralacca distaccati.....il funzionario responsabile del procedimento....ha constatato che il plico inviato dall'impresa PI. 2000 SRL è pervenuto all'ufficio con tutti i sigilli di ceralacca distaccati e ha quindi proceduto a fotografare il plico medesimo, come risulta dall'allegato al presente verbale ” : vale subito precisare che si tratta di foto unica e confusa. .

Emerge, dunque, da un lato, che il plico aveva i sigilli in ceralacca “ distaccati “ (ma non rotti) e, dall'altro, che tale circostanza è stata ritenuta rilevante ed assorbente, non essendosi provveduto neppure in quella sede a procedere ad una descrizione dei sistemi di sigillatura in concreto usati dalla società partecipante.

6 - Da quanto detto risultano anche fondate le correlate censure di violazione della legge di gara, la quale, come detto, non imponeva una metodologia di chiusura formale tipica ed esclusiva, ma

consentiva qualsiasi formalità che evitasse il pericolo di manomissioni e che, al contrario, non appare essere stata considerata dalla commissione valutatrice, fossilizzatasi su un criterio meramente formale (e peraltro non esclusivo) omettendo ogni valutazione di carattere teleologico e sostanziale.

A fronte del chiaro disposto delle prescrizioni di gara, che consentivano mezzi innominati di sigillatura, la Commissione avrebbe dunque dovuto descrivere in modo chiaro e dettagliato lo stato del plico, per dimostrarne la mancanza di adeguata sigillatura, tale da consentire che il plico stesso potesse essere aperto senza che ne restasse traccia visibile e potesse essere anche solo teoricamente manomesso.

A tale riguardo, la giurisprudenza meno formalistica, cui il Collegio aderisce, ha ritenuto che la finalità delle prescrizioni di gara relative alle modalità di confezionamento delle buste è quella di evitare possibili pericoli di alterazione dei contenuti originari delle offerte: sicché, quando tale esigenza di intangibilità e segretezza risulti assicurata da un metodo di chiusura formale comunque affidabile per idoneità e stabilità, il principio di tassatività ed inderogabilità delle prescrizioni di gara (qui peraltro neppure univoche) va applicato con l'intelligenza e prudenza connessa all'altro fondamentale interesse pubblico alla massima partecipazione ed alla concorrenziale parità di trattamento dei partecipanti (Cons. Stato , sez. IV, 10 marzo 2011 , n. 1553; id., sez. V, 20 maggio 2010, n. 3179; TAR

Lombardia, 2 marzo 2010; TAR Piemonte, 5 luglio 2010, n. 2985).

7 - Nella specie, alcun pericolo di manomissione né, tanto meno, segni della stessa sono emersi dall'esame del plico esibito in originale nell'udienza camerale del 23 giugno, da cui è risultato, invece, che la busta " a sacchetto " contenente l'offerta della ricorrente era perfettamente integra, priva di lacerazioni o segni di effrazione e su tutti i lembi di chiusura era stato apposto il timbro ad inchiostro della società e relativa firma.

A ciò si aggiunga che in corrispondenza degli stessi lembi erano presenti tracce tonde di colore rosso e forma regolare che denotavano l'iniziale apposizione anche di sigilli in ceralacca, notoriamente instabili ed aleatori e perciò assai verosimilmente saltati nel corso della spedizione, quindi per un mero evento accidentale addirittura ipotizzato nella lettera d'invito che aveva previsto opportune cautele al riguardo.

Il ricorso va conclusivamente accolto e per l'effetto va annullata l'impugnata esclusione con conseguente ammissione alla gara della società ricorrente.

Le spese seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento
(Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto, lo accoglie e per l'effetto dispone l'ammissione della ricorrente alla gara in oggetto.

Condanna l'amministrazione al pagamento di spese ed onorari di causa, liquidati in complessivi euro tremilacinquecento,00 oltre spese generali, IVA e CPA, oltre la refusione del contributo unificato.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente, Estensore

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Fiorenzo Tomaselli, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/07/2011

IL SEGRETARIO

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