



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 190 del 2011, proposto da: Medit Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentate pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Raffaele Guido Rodio e Fernando Rodio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Dalla Fior, in Trento, via Paradisi, n. 15/5

contro

- Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicolò Pedrazzoli, Sabrina Azzolini e Monica Manica ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura della Provincia in Trento, Piazza Dante, n. 15;
- Agenzia per i servizi della Provincia autonoma di Trento - Ufficio gestione gare, non costituita in giudizio;
- Commissione di gara, non costituita in giudizio

nei confronti di

- Zortea S.r.l., in persona del legale rappresentate pro tempore, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria di A.T.I. con Rauzi Giuseppe & C. S.n.c., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Tita e Piero Costantini ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Trento, via Lunelli, n. 48;
- Rauzi Giuseppe & C. S.n.c., non costituita in giudizio

per l'annullamento

- della nota del Dirigente dell'Agenzia per i servizi - Ufficio gestione gare prot. n. S153/2011/434451/3.5/423-11, del 20.7.2011, con la quale è stata comunicata l'esclusione dalla procedura di gara della ditta Medit Costruzioni S.r.l.;
- della nota del Dirigente dell'Agenzia per i servizi - Ufficio gestione gare prot. n. S153/2011/490533/3.5/423-11, del 22.8.2011, con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione della gara in favore del r.t.i. Zortea S.r.l. e Rauzi Giuseppe & C. S.n.c.;
- nonché, ove occorra, del bando di gara pubblicato con nota prot. n. S153/2011/330743/423/11, del 1.6.2011, nella parte in cui, al punto 1, indica le modalità di inoltro del plico contenente l'offerta;
- di ogni altro atto a questi presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto, ed in particolare della nota prot. n. S153/2011/413195/423-11, a firma della dipendente addetta al ritiro dei plichi presso l'Agenzia per i servizi, del verbale della Commissione di gara del 13.7.2011 e del verbale della Commissione di gara del 18.8.2011.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Zortea S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2012 il cons. Alma Chietтини e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza pubblicato, ai sensi dell'art. 120, comma 9, cod. proc. amm., in data 6 aprile 2012;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato in data 1° giugno 2011 la Provincia di Trento ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di sopraelevazione del II lotto della discarica sita in località Lavini nel Comune di Rovereto.

L'importo complessivo a base di gara era stato determinato in 1.718.925,14 €, mentre per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio del prezzo più basso, determinato mediante offerta a prezzi unitari, ai sensi dell'art. 39, comma 1, lett. a), della l.p. 10.9.1993, n. 26, e, per quanto compatibile, dell'art. 119 del D.P.R. 5.10.2010, n. 207.

La normativa speciale di gara aveva stabilito che le offerte dovessero pervenire alla Stazione appaltante entro il giorno 11 luglio 2011 in un plico chiuso e sigillato sui lembi di chiusura con ceralacca, o con altro strumento idoneo, a garanzia dell'integrità e della non manomissione del contenuto. In caso di mancato rispetto di dette modalità, era stato previsto che il Presidente di gara avrebbe potuto ammettere il concorrente *“qualora ritenga, secondo le circostanze concrete, che non vi sia stata violazione della segretezza dell'offerta”*.

2. Il plico contenente l'offerta della Società ricorrente è stato inviato mediante corriere ed è giunto all'Ufficio gestione gare della Stazione appaltante il giorno 8 luglio 2011, alle ore 10.10. Il personale addetto al ritiro delle buste ha accertato che un lato di esso *“presentava uno squarcio tale da consentire l'accesso alla documentazione ivi contenuta”*. Il plico è stato pertanto fotografato e inserito in una busta di carta, la

quale è stata sigillata, firmata sui lembi di chiusura e collocata in cassaforte. Di dette operazioni è stato dato conto in un documento denominato “*provvedimento interno*” sottoscritto dall’impiegata addetta all’ufficio, dal responsabile del procedimento e dal dirigente l’Agenzia per i servizi.

Nella seduta del 13 luglio 2011 il Presidente del seggio di gara ha dato lettura di detto provvedimento interno, al quale risultavano allegate due fotografie. Quindi ha escluso l’impresa ricorrente dalla procedura “*considerato che lo stato del plico deve essere opportunamente chiuso e sigillato nel momento in cui perviene alla stazione appaltante al fine di garantire l’integrità e la segretezza dell’offerta stessa nonché la non manomissione dei documenti contenuti nel plico medesimo*”.

La decisione è stata comunicata all’interessata con una nota datata 20 luglio 2011.

Nella seduta di gara del successivo 18 agosto la commessa è stata aggiudicata al r.t.i capeggiato dall’impresa controinteressata Zortea S.r.l., il cui ribasso percentuale offerto, pari al 19,784%, è risultato il più vicino alla soglia di anomalia, senza raggiungerla.

3. Con lettera datata 16 settembre 2011, anticipata via fax, Medit Costruzioni ha inviato alla Stazione appaltante l’informativa prevista dall’art. 243 bis del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163. Tuttavia, con nota del successivo 4 ottobre l’Amministrazione procedente ha confermato il provvedimento di esclusione dalla gara.

4. La società Medit ha quindi impugnato innanzi a questo Tribunale l’esclusione dalla procedura, oltre agli altri atti menzionati in epigrafe, denunciando:

I - “violazione ed erronea applicazione delle disposizioni dettate dalla *lex specialis* in ordine alle modalità di inoltro del plico contenente l’offerta e dei principi di massima partecipazione alla gara e di par condicio; eccesso di potere per irragionevolezza, arbitrarietà e mancata correlazione ad uno specifico interesse pubblico, difetto di motivazione e di istruttoria”, poiché le prescrizioni del bando di gara non avevano previsto l’automatica esclusione dell’impresa concorrente in

caso di mancato rispetto delle formalità richieste bensì avevano rimesso alla discrezionalità del Presidente di gara la valutazione, secondo le circostanze concrete, della sussistenza di una violazione, o meno, della segretezza dell'offerta;

II - "violazione delle disposizioni e dei principi invocati sub I", sul rilievo che il seggio di gara non ha operato alcuna istruttoria ma si è limitato a dare lettura del documento predisposto dal personale addetto all'ufficio ritiro plichi, così non verificando, nel concreto, né lo stato del plico né l'eventuale violazione della segretezza del suo contenuto;

III - "ulteriore violazione delle disposizioni e dei principi invocati sub I", in quanto l'offerta economica presentata dalla ricorrente era chiusa in una busta sigillata la cui integrità non è mai stata posta in discussione;

IV - "ancora violazione delle disposizioni e dei principi invocati sub I", per contraddittorietà delle determinazioni assunte e delle motivazioni addotte: il seggio di gara ha escluso la ricorrente a causa dell'irregolarità del plico contenente l'offerta ma detto organismo non ha visionato direttamente il plico inviato da Medit;

V - in subordine, la ricorrente ha dedotto l'illegittimità delle clausole contenute nel bando di gara ove si intendessero dirette all'esclusione automatica del concorrente quando il relativo plico non sia giunto perfettamente integro, prescindendo dall'accertamento dell'effettiva compromissione di esso e degli atti contenuti;

VI - "illegittimità derivata della determinazione di aggiudicazione definitiva disposta a favore dell' a.t.i. fra le società Zortea e Rauzi.

Con l'atto introduttivo del giudizio la ricorrente ha chiesto: in via istruttoria che sia acquisito il plico di causa; in via cautelare la sospensione dei provvedimenti impugnati.

5. Si è tempestivamente costituita in giudizio la Provincia di Trento chiedendo la reiezione del ricorso nel merito perché infondato.

6. Nei termini di rito si è costituita in giudizio anche la controinteressata Zortea S.r.l., eccependo l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse e concludendo anch'essa per la sua reiezione nel merito.

7. All'udienza in camera di consiglio del 27 ottobre 2011 il Presidente del Collegio - in sede preliminare - ha chiesto l'acquisizione in giudizio del plico di Medit Costruzioni, richiesta che è stata prontamente soddisfatta dal difensore della Stazione appaltante.

Alla presenza dei difensori delle parti costituite, il Collegio ha quindi visionato lo stato del plico e delle risultanze fattuali dell'esame è stato dato atto a verbale nei seguenti termini:

- "l'avvocato Sabrina Azzolini deposita una busta di plastica semi rigida e trasparente nella quale sono contenute due buste: una di colore bianco e l'altra più grande, di colore marrone chiaro. Si procede all'apertura della busta di plastica semi rigida. Vengono estratte le due buste: la busta marrone chiaro, più grande di quella bianca porta l'intestazione "Provincia autonoma di Trento". Questa busta marrone, inizialmente sigillata e firmata dal funzionario della Provincia autonoma di Trento, si presenta già aperta. L'avv. Azzolini riferisce che è stata aperta in mattinata negli uffici della Provincia autonoma di Trento. La busta bianca, contenente l'offerta della ditta Medit Costruzioni S.r.l., ha le seguenti dimensioni: cm. 34,5 lato lungo e cm. 24 lato corto. Questa busta presenta una lacerazione su uno dei lati lunghi che parte da cm. 7 dall'angolo con uno dei lati corti e si sviluppa in lunghezza per cm. 20. All'interno della busta bianca effratta si intravede una busta bianca, sigillata con ceralacca, ed altra documentazione sfusa. A questo punto le due buste vengono reinserite nella busta di plastica semi rigida e quest'ultima riconsegnata al difensore della PAT."

L'istanza cautelare è stata accolta con ordinanza n. 88/2011.

8. Questo provvedimento è stato impugnato dalla Provincia innanzi al Consiglio di Stato, Sezione V, la quale, con l'ordinanza n. 83, adottata nella camera di consiglio

del 10 gennaio 2012, ha respinto l'appello vista l'imminente decisione di merito del giudizio in primo grado.

9. L'Amministrazione provinciale ha quindi riammesso alla procedura l'impresa ricorrente e, nella seduta di gara del 16 gennaio 2012, ha aperto il plico dell'offerta Medit Costruzioni e ha verificato la documentazione amministrativa, riscontrando però in essa alcuni profili di irregolarità. Ha pertanto sospeso le operazioni chiedendo alla concorrente di regolarizzare gli atti individuati nel verbale di gara.

10. L'esame del ricorso nel merito era stato iscritto al ruolo delle pubbliche udienze del 23 febbraio 2012 e del 22 marzo 2012: in entrambe le occasioni è stato però disposto il suo rinvio d'ufficio ad altra udienza per lo "sciopero" degli avvocati.

Alla pubblica udienza del 5 aprile 2012, sentiti i procuratori presenti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

11. Pregiudizialmente occorre prendere atto che l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, opposta dalla società Zortea sul rilievo che al momento della proposizione dell'impugnativa la ricorrente non aveva dimostrato che, se fosse stata ammessa alla gara, avrebbe conseguito l'aggiudicazione, è infondata in fatto.

Infatti, in pubblica udienza il difensore dell'Amministrazione, rispondendo al quesito del Presidente del Collegio sugli sviluppi della vicenda in sede amministrativa, ha comunicato che nella seduta di gara di data 8 febbraio 2012, a seguito del ricalcolo della soglia di anomalia, la società Medit Costruzioni ha conseguito l'aggiudicazione avendo essa presentato l'offerta economica migliore.

Sempre in sede pregiudiziale occorre anche disattendere le richieste istruttorie avanzate dal difensore della controinteressata con la memoria depositata il 10.2.2012 (concernenti una verifica ovvero l'assunzione di una C.T.U.), perché la documentazione versata in atti da un lato, e la visione diretta del plico di

causa nella camera di consiglio per altro profilo, rappresentano condizioni sufficienti per definire la vicenda litigiosa.

12. Nel merito, il ricorso è fondato per i molteplici profili dedotti.

Innanzitutto è pacifico in atti che nella seduta del 13 luglio 2011 il Presidente del seggio di gara si è limitato a dare lettura della nota (con allegate due fotografie) che era stata predisposta dal personale dell'ufficio che aveva ritirato i plichi dei concorrenti, e a prendere atto che in quella nota era stato asserito che *“lo squarcio era tale da consentire l'accesso alla documentazione contenuta”*. In altri termini, egli non ha materialmente aperto la busta di colore marrone chiaro nella quale l'ufficio protocollo aveva inserito e chiuso il plico della ricorrente, al fine di visionarne personalmente lo stato alla presenza degli altri componenti il seggio di gara, così come era prescritto nella *lex specialis*.

Ne consegue, pertanto, che il Presidente del seggio ha disposto l'esclusione della Società ricorrente basandosi solamente e pedissequamente su quanto era stato riferito da un soggetto competente a ricevere il plico ma non a formulare giudizi (divenuti poi definitivi) sullo stato di esso. L'eshaustività e la significatività dell'istruttoria interna espletata dall'ufficio protocollo doveva infatti essere valutata direttamente dal Presidente di gara in quanto organo individuato espressamente dal bando per valutare, *“secondo le circostanze concrete”*, se vi fosse o meno verificata una violazione della segretezza dell'offerta. Solo a seguito di detta verifica, operata quindi in concreto, visionando personalmente, senza intermediari, lo stato del plico, avrebbe potuto essere disposta l'esclusione di un concorrente, e sempre che si fosse comunque accertato che la non integrità del plico aveva potuto consentire l'accesso alla documentazione contenuta nel medesimo.

In definitiva, emerge che il Presidente di gara ha applicato le riportate disposizioni del bando come se esse avessero previsto l'esclusione automatica del concorrente il cui plico si fosse presentato non integralmente sigillato. All'opposto, il bando

datato 1° giugno 2011 aveva già fatto applicazione delle nuove disposizioni introdotte nel Codice dei contratti pubblici con il D.L. n. 70, del 13.5.2011. Più precisamente, statuendo che l'esclusione del concorrente avrebbe potuto essere disposta solo a seguito dell'accertamento in concreto della violazione della segretezza dell'offerta, il bando aveva recepito il disposto del novello comma 1 bis dell'art. 46, ove è previsto che la Stazione appaltante escluda i concorrenti in caso di non integrità del plico contenente l'offerta, o di altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, solo però quando queste irregolarità si presentano "*tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte*". A ciò si aggiunga, più in generale, che la giurisprudenza amministrativa ha sovente affermato che ogni clausola della lex specialis di gara, anche quelle contenenti una comminatoria di esclusione "secca", non può essere applicata meccanicisticamente ma deve essere valutata alla stregua dell'interesse che la norma violata è destinata a presidiare. Da ciò consegue che, ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, deve sempre essere accordata la preferenza al favor participationis (cfr., in termini, T.R.G.A. Trento, 13.10.2011, n. 254; C.d.S., sez. III, 12.5.2011, n. 2851; sez. V, 12.7.2010, n. 4478).

Risultano pertanto fondate le censure con le quali è stato denunciato difetto di istruttoria e contraddittorietà tra la determinazione assunta dal Presidente di gara e la motivazione addotta a fondamento di essa.

13. Come già detto, la condizione del plico di causa è stata in concreto appurata da questo Collegio in occasione dell'udienza camerale.

Dall'esame di esso è emersa l'effettiva presenza, rasente il lato più lungo, di una lacerazione assai irregolare di circa 17 cm. dalla quale si intravedeva la documentazione interna, fra cui una busta bianca sigillata con ceralacca. Detta lacerazione, tuttavia, a causa della non sufficiente divaricazione dei margini, non consentiva, né avrebbe potuto farlo, la manomissione del contenuto del plico

tramite un accesso alla documentazione ivi contenuta per sottrarre, sostituire o inserire atti e buste. La predetta lacerazione, in diversi termini, non si presentava tale da compromettere la segretezza dell'offerta e, quindi, da imporre l'esclusione dalla gara della concorrente Medit Costruzioni.

Comprova di ciò, in punto di fatto, è che nella seduta di gara del 16.1.2012 il Presidente del seggio, alla presenza delle parti e dei loro procuratori, ha aperto il plico ed ha riscontrato in esso:

- la busta sigillata contenente l'offerta economica (la cui integrità non è mai stata posta in discussione);
- 11 fascicoletti pinzati separatamente;
- 2 pagine singole, una delle quali consisteva nella ricevuta di pagamento del contributo a favore dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (cfr., verbale di seduta, in atti dell'Amministrazione).

In ogni caso, si deve osservare che:

- alcuna della documentazione richiesta dal bando e allegata dalla Medit Costruzioni è risultata mancante (di ciò si sarebbe lamentata, in primis, la stessa ricorrente);
- la documentazione riscontrata, anche i due fogli singoli, non presentava pieghe o tracce di sgualcimento, segni che sarebbero stati inevitabili in caso di loro successiva immissione (anche per sostituzione) nel plico attraverso la lacerazione.

Su questo punto, il Collegio ritiene infatti che da quella lacerazione non era proprio fattibile l'inserimento di uno o più dei rinvenuti fascicoletti pinzati. Quanto all'eventuale inserimento, o sostituzione, di un foglio singolo di formato A4, si osserva che l'unico dei due riscontrati e rilevante in sede di gara era il pagamento del contributo a favore dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Ebbene, anche tralasciando l'argomento, già evidenziato, che il suo eventuale inserimento in epoca successiva alla spedizione del plico avrebbe causato quantomeno pieghe o

tracce di squalcatura, rileva comunque il fatto sostanziale, che non è stato lamentato che l'effettivo pagamento del contributo sia avvenuto in data diversa da quella certificata in sede di partecipazione alla gara.

In definitiva, il rigore applicato dalla giurisprudenza amministrativa, copiosamente citata dalle parti resistenti, in casi in cui il plico contenente l'offerta era arrivato alla Stazione appaltante praticamente aperto e tale da non permettere la sua apertura pubblicamente il giorno della gara e in contraddittorio, non è invocabile nel particolare caso di specie, nel quale è stato invece riscontrato - da parte di questo stesso Collegio giudicante nel pieno rispetto del contraddittorio - che il plico della società Medit Costruzioni, sebbene giunto alla Stazione appaltante parzialmente lacerato, non presentava una condizione tale da consentire l'accesso alla busta contenente l'offerta economica, né alla documentazione amministrativa, se non previa l'effettiva apertura integrale di esso, come è successivamente avvenuto ad opera del seggio di gara (cfr., in termini, C.d.S., sez. V, 20.5.2010, n. 3179).

Non vi è stata, in definitiva, alcuna possibilità di conoscenza anticipata od alterazione del contenuto del plico di causa. Ne consegue che, non risultando violato il principio di segretezza dell'offerta o della sua genuinità originale, è stata garantita la trasparenza della procedura e la par condicio dei concorrenti.

14. In conclusione, sulla base delle argomentazioni svolte il ricorso deve essere accolto. Per l'effetto, si dispone l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente e degli altri atti impugnati indicati in epigrafe. L'annullamento del provvedimento di esclusione si estende, con effetto caducante, agli atti consequenziali, primo fra tutti l'aggiudicazione disposta a favore dell'a.t.i. controinteressata.

15. Quanto alle spese del giudizio, il Collegio - salvi gli effetti dell'ordinanza cautelare, ai sensi dell'art. 57 c.p.a., e la dovuta rifusione del contributo unificato -

reputa che le stesse possano rimanere compensate tenuto conto della peculiarità in punto di fatto della questione trattata.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso n. 190 del 2011 lo accoglie.

Condanna, ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis 1, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, la Provincia autonoma di Trento a rifondere alla Società ricorrente il contributo unificato versato.

Compensa le altre spese di giudizio.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/04/2012

IL SEGRETARIO

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