



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 210 del 2011, proposto da:

Arcadia Scrl, rappresentato e difeso dagli avv. Fabio Cintioli, Alessandro Salustri, con domicilio eletto presso Alessandro Salustri in Genova, via delle Casaccie 1;

contro

Comune di Bolano, rappresentato e difeso dagli avv. Armando Gamalero, Marialuisa Zanobini, con domicilio eletto presso Armando Gamalero in Genova, via XX Settembre 14/12a;

nei confronti di

Societa' Atc Esercizio Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Benedetto, Piera Sommovigo, con domicilio eletto presso Piera Sommovigo in Genova, via Ippolito D'Asteanzi V.Malta4/14;

per l'annullamento della determinazione n. 103 del 28 dicembre 2010, adottata dal responsabile dell'area amministrativa del comune di bolano, comunicata con nota prot. n. 10 del 7 gennaio 2011, avente ad oggetto l'omologazione del verbale del 21 dicembre 2010 relativo alla gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico degli alunni delle scuole dell'infanzia e primaria del comune di bolano per il periodo dal 01.01.2011 al 31.12.2015 e, di conseguenza, l'aggiudicazione definitiva dello stesso alla società atc esercizio s.p.a. della spezia, nonché per l'annullamento di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso.

nonché per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Bolano e di Societa' Atc Esercizio Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 ottobre 2012 il dott. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società cooperativa ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione disposta dal Comune di Bolano in favore di ATC Esercizio s.p.a del servizio di trasporto scolastico degli alunni delle scuole dell'infanzia e primaria del Comune per il periodo dal 1.01.2011 al 31.12.2015.

Contratto, mediato da gara aperta, affidato secondo il criterio del prezzo più basso.

Cumulativamente la ricorrente ha proposto domanda di risarcimento danni.

In narrativa dell'atto introduttivo ha dedotto in fatto che:

entro il termine di scadenza previsto dal bando, sono state presentate tre offerte di cui due, fra le quali quella presentata dalla società controinteressata, sono state escluse;

in particolare, l'esclusione dell'offerta di quest'ultima è stata adottata dalla stazione appaltante sul rilievo che le due buste interne, contenute nel plico esterno, erano prive di sigillatura;

la Commissione, conseguentemente, aggiudicava in via provvisoria l'appalto alla società ricorrente;

su esposto-reclamo presentato dalla controinteressata, il responsabile del servizio del Comune, annullava l'esclusione nonché l'aggiudicazione provvisoria in favore della società ricorrente, rimettendo gli atti alla Commissione esaminatrice per l'esame dell'offerta economica ancora in busta chiusa della controinteressata;

all'esito, trascorso un mese d'inattività, in considerazione del maggior ribasso offerto, la stazione appaltante aggiudicava prima in via provvisoria quindi definitivamente il contratto alla controinteressata.

In diritto ha dedotto che:

la *lex specialis* di gara prescrive che le buste contenenti le offerte dovevano essere chiuse e sigillate;

la prescrizione, preordinata a garantire la non l'alterazione postuma del contenuto e quindi a scongiurare il rischio di manomissione, non sarebbe stata affatto rispettata dalla controinteressata con riguardo all'offerta economica;

la procedura di gara ha accusato soluzione di continuità delle operazioni senza che sia stata adottata cautela idonea ad impedire la manomissione o sostituzione dell'offerta economica risultata vincitrice.

Coerentemente alla prospettazione in fatto e diritto, la ricorrente ha formulato i motivi di censura compendiabili nella violazione della *lex specialis* e dei principi di segretezza, imparzialità e *par condicio* che governano l'evidenza pubblica.

Il comune di Bolano e la società controinteressata si sono costituiti in giudizio, instando congiuntamente per l'infondatezza del ricorso.

Disposto ed effettuato incombente istruttorio collegiale (ord. n. 356/2011), respinta la domanda incidentale di tutela cautelare (ord. n. 203/2011), alla pubblica udienza del 31.10.2012 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

È impugnata l'aggiudicazione, mediata da gara aperta secondo il criterio del prezzo più basso, del contratto d'appalto in favore di ATC Esercizio s.p.a, avente ad oggetto il servizio di trasporto scolastico degli alunni delle scuole dell'infanzia e primaria del comune di Bolano per il periodo dal 1.01.2011 al 31.12.2015.

Due sono gli ordini di censure che informano il ricorso: per un verso, l'aggiudicataria non avrebbe rispettato la *lex specialis* avendo presentato le offerte, anche quella economica, in busta non sigillata; per l'altro, la procedura concorrenziale, oltre a non rispettare affatto il principio di continuità delle operazioni di gara, sarebbe inficiata non essendo stata adottata alcuna cautela idonea ad impedire la manomissione o sostituzione dell'offerta economica risultata vincitrice.

Incombente tanto più necessario, lamenta la ricorrente, in considerazione del fatto che l'offerta era contenuta in busta non sigillata.

Il ricorso è infondato.

Con il primo ordine di censure la ricorrente deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione sul rilievo che le buste c.d. interne, contenenti i documenti e l'offerta economica della controinteressata, accluse nel plico esterno, pur essendo chiuse e controfirmate, non erano sigillate.

In asserita violazione del disciplinare che, nelle disposizioni finali, sanciva, a pena d'esclusione, che "i plichi e le buste interne devono essere chiusi, sigillati e controfirmati su tutti i lati così da escludere la manomissione".

Sennonché il dato formale, a prima vista confortato dal tenore letterale della disposizione richiamata, collide con una serie di argomenti di segno contrario.

In primo luogo, lo stesso disciplinare di gara, con specifico riguardo alle modalità di partecipazione alla gara e all'apertura delle offerte, prescrive genericamente la presentazione del plico (esterno) sigillato e controfirmato e di due buste (interne) sigillate e controfirmate.

Aggiungasi che la norma in esame (va sottolineato, quella specifica) non precisa affatto la modalità di sigillatura. Tanto da autorizzare l'interprete a ritenere che essa abbia di fatto equiparato la chiusura alla sigillatura delle buste.

Anche a voler aderire alla prospettazione fondante il ricorso, ossia privilegiando la *littera legis* relativa all'espressa comminatoria d'esclusione per la violazione dedotta, l'analisi complessiva delle prescrizioni qui rilevanti non autorizza affatto tale conclusione.

A tacer d'altro, le disposizioni in esame sul punto, per le considerazioni appena esposte, non sono affatto chiare, univoche e tassative.

Di guisa che, richiamando il consolidato orientamento giurisprudenziale, non vanno annoverate fra le disposizioni integranti una clausola d'esclusione.

Specie se in vista del *favor participationis*, principio antagonista a quello sotteso all'interpretazione meramente formale di supposte clausole d'esclusione, si giustifichi l'ermeneusi teleologica di esse.

Valga il vero.

Le prescrizioni sulle modalità di presentazione del plico esterno e delle buste interne ivi contenute sono preordinate a garantire, come recita la norma invocata, la non manomissione.

Come dire: il criterio di strumentalità delle forme in esame, su cui in definitiva riposano tutte le prescrizioni di natura formale, ha nel disegno complessivo della *lex specialis* perspicuo ambito oggettivo di riferimento: assicurare l'autenticità e non alterabilità postuma delle offerte.

La chiusura (*recte* sigillatura) e la controfirma sui lembi di chiusura sono per l'appunto formalità idonee allo scopo (cfr., Cons. St., sez. V, 12 giugno 2002 n. 3372).

Tanto più se si abbia riguardo al fatto che si tratta delle buste interne, apribili solo dalla Commissione esaminatrice nel plenum, ed accluse nel plico esterno, esso sì, siccome maneggiato da un numero potenzialmente indefinito di soggetti, chiuso, controfirmato e sigillato.

È sul punto significativo che nella fase cautelare il Collegio ha verificato che le "precauzioni adottate ai fini della sigillatura sono state garantite".

Sicché le censure sono infondate.

Ad analoga conclusione deve giungersi per quanto riguarda i residui motivi d'impugnazione.

La ricorrente lamenta che la violazione del principio di continuità delle operazioni di gara e che, nell'intervallo di stasi del procedimento, non siano state adottate cautele idonee ad evitare la manomissione dell'offerta economica presentata dall'aggiudicataria.

In realtà la censura astrae dalla concreta dinamica che ha caratterizzato la procedura di gara.

Non considera affatto che la gara, come in origine svolta, è stata riavviata

Sicché, per un verso, trova giustificazione il censurato lasso temporale d'interruzione del procedimento di gara la cui durata è fisiologica al riavvio della procedura; per l'altro, dà ragione del fatto che il verbale di gara (d.16.11.2010) non menzioni le modalità di conservazione dei plichi.

La gara s'era infatti conclusa con l'aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente, unica impresa rimasta in gara il che incidentalmente – va sottolineato – la dice lunga sull'effettiva concorrenzialità di quella procedura su tanto si insiste in ricorso.

Una volta riavviata la procedura, reintegrata la Commissione esaminatrice nel *munus*, hanno avuto inizio le operazioni di gara nonché le relative formalità di verbalizzazione.

Risulta da esse che i plichi sono stati custoditi dal RUP; che la Commissione li ha (ri)presi in carica constatando in forma espressa e solenne l'integrità della busta rimasta chiusa.

Operazioni svolte in seduta pubblica, verbalizzate ed esperite alla presenza e nel(l'eventuale) contraddittorio con il rappresentante della ricorrente che, a riguardo, (va sottolineato) nulla ha eccepito.

Sicché la conservazione dei plichi contenenti le offerte emerge dal concorso dei richiamati incumbenti sufficienti ad attestare la correttezza (cfr. Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2000 n. 661).

Aggiungasi che la ricorrente non deduce, né tanto meno allega, alcun elemento neanche indiziario che secondo un giudizio di verosimiglianza possa fare dubitare della integrità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria e, conseguentemente, dell'adempimento del dovere di custodia gravante sulla stazione appaltante.

Ossia le censure d'ordine formale all'esame non attingono alcun riflesso sostanziale che consenta di ritenere violati o pregiudicati i principi di par condicio ed imparzialità enfaticamente evocati in ricorso

Principi che, va ricordato, in ragione degli interessi presidiati e conformemente alla scaturigine sopranazionale, hanno efficacia eminentemente tecnico-pratica.

Ad ulteriore testimonianza dell'infondatezza del ricorso.

Condanna la ricorrente, nella misura di cui al dispositivo, alla rifusione della metà delle spese di lite che, per la residua metà, si compensano in ragione della peculiare dinamica del procedimento concorrenziale oggetto di controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo RESPINGE.

Condanna la Società ricorrente alla rifusione della metà delle spese di lite che liquida in €. 2.000,00 (duemila euro/00) da dividersi in parti uguali fra il Comune resistente e la società controinteressata.

Compensa la residua metà delle spese di lite.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 31 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Oreste Mario Caputo, Presidente FF, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

Richard Goso, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 09/11/2012

IL SEGRETARIO

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