

T.A.R. Emilia Romagna - Parma, Sez. I, 23 agosto 2010, n. 430

Contratti della P.A. - Modalità di presentazione dell'offerta - Clausola del bando che prevede, a pena di esclusione, di sigillare il plico con ceralacca e controfirmarlo su ogni lembo di chiusura - Esclusione - Se il plico non è stato controfirmato - Legittimità.

N. 00430/2010 REG.SEN.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 372 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da A2A Reti Gas S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Fabio Todarello, con domicilio eletto presso l'avv. Simone Dall'Aglio in Parma, stradello Boito, 1;

contro

il Comune di Fiorenzuola D'Arda, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Augusto Gruzza, con domicilio eletto presso l'avv. Giorgio Ferrari in Parma, borgo Riccio da Parma, 27;

la società Fiorenzuola Patrimonio S.r.l.;

l'Enel Rete Gas S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cesare Caturani e Giuseppe De Vergottini, con domicilio eletto presso l'avv. Maurizio Palladini in Parma, vicolo dei Mulini, 6;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- della nota prot. 0030/09 del 09.11.2009 di approvazione del verbale di gara con cui la Commissione di gara ha disposto l'esclusione della società ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale nel territorio del comune di Fiorenzuola d'Arda;

- per quanto rileva, il bando di gara *"per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale nel territorio del comune di Fiorenzuola d'Arda"*;

- di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e/o consequenziale, ivi incluso, per quanto possa occorrere, il disciplinare di gara nonché i verbali di gara e il provvedimento di aggiudicazione nonché per l'accertamento dei danni patiti e patienti a seguito dell'illegittima esclusione;

quanto ai motivi aggiunti notificati in data 05 giugno 2010 e depositati in data 07 giugno 2010:

- della aggiudicazione definitiva della procedura di gara indetta dalla Fiorenzuola Patrimonio s.r.l. *"per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale nel territorio del comune di Fiorenzuola d'Arda"*, avvenuta in data 26 maggio 2010 a favore di Enel Rete Gas s.p.a.;

nonché per sentire ordinare il rinnovo della procedura di gara.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Fiorenzuola D'Arda e di Enel Rete Gas S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2010 la dott.ssa Emanuela Loria e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Fiorenzuola Patrimonio s.r.l. (società soggetta alla direzione al coordinamento del Comune di Fiorenzuola d'Arda) indiceva, con bando in data 24 agosto 2009, una procedura di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio del Comune di Fiorenzuola d'Arda (PC). La ricorrente, invitata a partecipare alla procedura di gara, presentava il plico contenente la propria offerta alla Fiorenzuola Patrimonio s.r.l. in data 14 ottobre 2009.

Il plico presentava la dicitura riguardante il nome e l'indirizzo del partecipante, l'indirizzo della stazione appaltante, la dicitura "gara per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas – Domanda di partecipazione". Il plico risultava sigillato con la ceralacca, ma non controfirmato sui lembi di chiusura.

In data 09 novembre 2009 il Responsabile del procedimento comunicava alla ricorrente la sua esclusione dalla procedura di gara in quanto, in violazione dell'articolo 4 della *lex specialis* di gara, il plico dalla stessa presentato non risultava essere stato controfirmato sui lembi di chiusura.

Venuta a conoscenza, a mezzo di istanza di accesso agli atti in data 03 dicembre 2009, del verbale della prima seduta pubblica della commissione, svoltasi in data 29 ottobre 2009, la ricorrente ha notificato e depositato il presente ricorso rispettivamente in data 14 dicembre 2009 e 21 dicembre 2009, dolendosi per il seguente articolato motivo:

Violazione del principio generale di massima partecipazione – violazione dell'art. 2 d.lgs. 163/96 – violazione dell'art. 1 della legge 241/1990 – violazione dei principi in materia di interpretazione e applicazione della clausole relative alle formalità di formulazione dell'offerta – eccesso di potere per sviamento, carenza e erroneità della motivazione, irragionevolezza – violazione del principio di proporzionalità – violazione dell'art. 97 Cost. con riferimento ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Secondo la ricorrente la sola apposizione del sigillo in ceralacca con impresso il fregio della ditta era tale da garantire l'inviolabilità del plico, nonché l'immodificabilità della documentazione e la provenienza dell'offerta dal concorrente invitato alla gara. La *ratio* alla base delle clausole che impongono la sigillatura dei plichi dell'offerta è quella di garantire la certezza, l'autenticità e la segretezza della stessa, per cui qualsiasi modalità di sigillatura dei plichi utilizzata dai concorrenti è sufficiente purché idonea a garantire la certezza sulla provenienza del plico e sull'immodificabilità e la segretezza del contenuto del medesimo.

Le previsioni dei bandi di gara con cui sono previste particolari modalità per la sigillatura (con o senza sigillo della ditta, controfirma sui lembi di chiusura, etc...) sono volte a tutelare le esigenze sopra indicate, per cui la sigillatura svolge *ex se* la funzione di salvaguardare la certezza della provenienza della busta da una determinata impresa e la certezza della non manomissione della medesima. Nel caso di specie, il disciplinare di gara prevedeva che il plico dell'offerta fosse "*sigillato con ceralacca sui lembi di chiusura per assicurarsi la segretezza e, controfirmato sempre sui lembi di chiusura a pena di esclusione dal legale rappresentante firmatario dell'offerta a pena di esclusione*". La ricorrente opina in ordine al fatto che l'apposizione sui lembi del plico del sigillo in ceralacca, sul quale veniva impresso il nome il logo del ricorrente garantirebbe, oltre alla integrità del plico, anche la "provenienza" dello stesso dall'offerente, sicché può considerarsi equipollente alla controfirma sui lembi.

Inoltre, la portata delle c.d. clausole "escludenti" deve essere valutata alla stregua dell'interesse sostanziale che la norma violata è destinata a tutelare, per cui il vizio di forma può invalidare l'atto solo laddove oggettivamente pregiudica

il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta. Inoltre, il bando e la clausola che prevedevano la sigillatura in ceralacca sui lembi di chiusura e la controfirma, sempre sui lembi, a pena di esclusione, sono impugnati in quanto tale previsione si traduce in un ingiustificato aggravamento della procedura. La ricorrente impugna, pertanto, gli atti e provvedimenti indicati in epigrafe in quanto ritiene che l'esclusione sia contraria al principio di massima partecipazione alla procedura di gara.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile, irricevibile e comunque sia respinto in quanto infondato nel merito. In particolare, l'Amministrazione argomenta in ordine alla tardività dell'impugnativa della clausola del bando di gara che prevedeva la sigillatura e la firma sui lembi di chiusura a pena di esclusione.

Analoghi argomenti sono spesi dalla controinteressata, costituita in giudizio, ENEL Rete gas s.p.a.

Alla camera di consiglio del 12 gennaio 2010 il Collegio respingeva l'istanza cautelare.

Alla camera di consiglio del 23 febbraio 2010 il Consiglio di Stato, accoglieva l'appello avverso l'ordinanza di I grado ritenendo che "l'interesse cautelare della parte appellante può essere adeguatamente soddisfatto mediante la sollecita fissazione del merito della controversia, senza sospensione dei provvedimenti impugnati in primo grado".

A seguito dell'aggiudicazione definitiva avvenuta in data 26 maggio 2010 la ricorrente notificava motivi aggiunti in data 05 giugno 2010 impugnando in via derivata la stessa aggiudicazione nonché gli atti endoprocedimentali *medio tempore* assunti.

L'Amministrazione e la controinteressata replicavano ai motivi aggiunti chiedendone il rigetto.

Entrambe le parti costituite depositavano memorie conclusionali in vista della trattazione del merito del ricorso.

Alla pubblica udienza del 20 luglio 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso e i motivi aggiunti sono infondati.

1) Sotto una prima angolazione, la ricorrente sostiene che l'Amministrazione ha interpretato in maniera formalistica e astratta la clausola di cui all'articolo 4 del disciplinare di gara, che prevedeva che il plico dell'offerta fosse "*sigillato con ceralacca sui lembi di chiusura per assicurarsi la segretezza e controfirmato*

sempre sui lembi di chiusura a pena di esclusione dal legale rappresentante firmatario dell'offerta a pena di esclusione". Il sigillo e il fregio della ditta sarebbero sufficienti a garantire la genuinità e la paternità dell'offerta.

Tale interpretazione andrebbe avallata anche in considerazione, tra l'altro, del principio del *favor participationis*.

Il motivo è complessivamente infondato.

In primo luogo, la ricorrente ammette di non avere rispettato il chiaro disposto dell'articolo 4 del disciplinare di gara il cui contenuto può essere così sintetizzato: il legale rappresentante firmatario dell'offerta deve controfirmare anche ogni lembo di chiusura del plico che contiene l'offerta (all'interno del plico vi sono l'offerta tecnica, l'offerta economica e la documentazione amministrativa).

La disposizione era chiarissima nel sanzionare espressamente l'inosservanza di tale formalità con l'esclusione dalla procedura di gara, in quanto la stazione appaltante ha ricollegato al rispetto di tale formalità la garanzia della segretezza e della provenienza e genuinità dell'offerta.

La Commissione giudicatrice non poteva in alcun modo discostarsi, in sede applicativa, da tale disposizione, la quale non presentava alcuna difficoltà interpretativa o margine di ambiguità, in quanto, interpretandola in senso "sostanzialistico" (e quindi a favore della parte ricorrente) avrebbe violato l'altro fondamentale principio (insieme a quello della massima partecipazione evocato dalla ricorrente) in tema di pubblici affidamenti, ossia la *par condicio* tra i concorrenti, che si atteggia, in questo e in casi analoghi, ad interesse pubblico sostanziale tutelato.

Del resto, per giurisprudenza costante condivisa da questo Collegio (Cons.St., IV, 01700/2010; IV, 21 aprile 2009, n. 2435; sez. IV, 5 settembre 2007, n. 4644), la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo rigoroso ed incondizionato le clausole inserite nella "*lex specialis*" relative ai requisiti, formali e sostanziali, di partecipazione, ovvero alle cause di esclusione, atteso che proprio il formalismo caratterizza la disciplina delle procedure di gara, rispondendo esso, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti (Cons. St., IV, 01700/2010).

2) Sotto una ulteriore angolazione, parte ricorrente ha, inoltre, impugnato anche il bando di gara e il disciplinare *in parte qua* (art. 4), ritenendo che la citata previsione si traduce in un eccessivo aggravamento della procedura di gara, atteso che la carenza riscontrata appare assolutamente innocua ed inidonea a pregiudicare la correttezza della procedura di gara.

L'impugnativa dell'art. 4 del disciplinare è tardiva: la ricorrente ne ha avuto piena conoscenza il 21 settembre 2009 e ha presentato l'offerta il 14 ottobre 2009.

Infatti, è inequivocabile che la clausola, pur non riguardando un requisito soggettivo del concorrente, aveva una portata escludente e come tale, ove ritenuta eccessiva nel suo formalismo e impositiva di un inutile onere per i concorrenti avrebbe dovuto essere immediatamente gravata.

Peraltro, anche volendo ritenere che la richiamata impugnativa sia stata effettuata in termini, nel merito la formalità richiesta non appare così irrazionale, come prospettato da parte ricorrente: gli accorgimenti richiesti, comprendenti sia la sigillatura con la ceralacca sia la controfirma del rappresentante dell'impresa sui lembi di chiusura, mirano ad assicurare l'autenticità dell'offerta e, comunque, non appaiono particolarmente gravosi per i partecipanti alla procedura di gara, tant'è che l'onere è stato rispettato, senza che sia stata posta alcuna questione durante il procedimento di gara, da parte degli altri concorrenti.

Né può dirsi che essa sia sproporzionata, in quanto l'adempimento della stessa - avente la funzione di rendere certi circa la provenienza e la genuinità del plico attraverso la sottoscrizione del rappresentante dell'impresa che ha sottoscritto l'offerta e non solo attraverso la ceralacca e il timbro - non era tale da comportare alcun oneroso e aggravamento del procedimento a carico dei partecipanti.

Appare, infine, non perfettamente conferente la citata sentenza del T.A.R. Piemonte, sez. I, n. 00187/2010, in quanto nel caso sottoposto al citato Giudice l'omissione e la relativa prescrizione riguardava il plico contenente l'offerta da inserire nella busta esterna, trovata, invece, integra e regolare.

3) Conclusivamente il ricorso e i motivi aggiunti sono da respingere in quanto infondati.

Per l'effetto deve essere respinta anche la domanda di risarcimento del danno e quella di declaratoria dell'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

4) Le spese di giudizio possono essere compensate in ragione del diverso esito del giudizio cautelare in primo grado e in appello.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia - Romagna, sezione di Parma, pronunciandosi sul ricorso e sui motivi aggiunti, li respinge entrambi.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso, in Parma, nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Michele Perrelli, Presidente

Italo Caso, Consigliere

Emanuela Loria, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/08/2010