

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29703-l-offerta-doveva-essere-accettata-in-quanto-stato-accertato-che-il-plico-contenente-le-offerte-seppure-lacerato-non-avrebbe-consentito-l-accesso-alle-buste-contenenti-le-offerte-tecnica-ed-econom>

Autore: Lazzini Sonia

L'offerta doveva essere accettata in quanto “è stato accertato che il plico contenente le offerte, seppure lacerato, non avrebbe consentito l'accesso alle buste contenenti le offerte tecnica ed economica se non previa apertura del plico medesimo, come è a

C.St. 20.05.2010 n. 3179

L'offerta doveva essere accettata in quanto “è stato accertato che il plico contenente le offerte, seppure lacerato, non avrebbe consentito l'accesso alle buste contenenti le offerte tecnica ed economica se non previa apertura del plico medesimo, come è avvenuto ad opera della stessa Commissione di gara.”

Appare conforme principio di ragionevolezza ritenere perciò la lacerazione tale da non compromettere il principio di segretezza delle offerte nelle gare d'appalto e consentire l'applicazione del criterio di massima partecipazione

Pur non essendo il plico perfettamente integro e permettendo di intravedere al suo interno, la lacerazione non era tale da far percepire nettamente il contenuto delle buste né da consentire l'accesso alle medesime se non apprendo materialmente medesimo

La società RICORRENTE. Consorzio Stabile Società Consortile a r.l., è stata esclusa dalla procedura ad evidenza pubblica bandita dal comune di Aosta per il recupero urbano denominato contratto per il quartiere Cogne concernente la nuova costruzione di fabbricati per complessivi 82 alloggi di edilizia residenziale pubblica, da aggiudicarsi con il metodo del prezzo più basso.

Secondo il verbale in data 20 novembre 2008 della commissione di gara, l'esclusione è sarebbe intervenuta in quanto "la busta presenta profonda lacerazione su uno dei lati da dove è visibile la documentazione ivi contenuta che si immagina riferita ai documenti amministrativi" pertanto non è conforme alle prescrizioni contenute nel disciplinare di gara, capo 2, secondo cui la documentazione doveva perrevenire in "apposito plico, idoneamente sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura".

Nel ricorso di primo grado, n. 17/2009 la società RICORRENTE. ha dedotto in punto di fatto di avere predisposto il plico secondo le modalità richieste e di averlo spedito tramite l'ufficio postale di Aosta, idoneamente sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura mediante raccomandata postacele, come prescritto dal bando nel quale si precisava che non sarebbero state ammesse forme di recapito diverse da quelle previste.

Pur constatando che non era chiaro se la lacerazione si sia verificata quando il plico era in possesso dell'ufficio postale ovvero nel passaggio dall'addetto comunale all'accoglienza all'addetto all'ufficio protocollo, la sentenza impugnata, n. 55 del 18 giugno 2009, ha respinto il ricorso alla luce della espressa disposizione della lex specialis secondo la quale il plico contenente l'offerta doveva pervenire "idoneamente sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura" e sull'assunto che la presenza di una lacerazione non irrilevante comporta la violazione delle norme di gara poste a garanzia del principio della segretezza delle offerte e della par condicio di tutti i soggetti partecipanti. La sentenza ha altresì respinto il secondo motivo di violazione dell'articolo 10 bis della legge n. 241/1990, ritenuto che l'esclusione non necessita del preavviso trattandosi di una fase interna della procedura di gara.

La sentenza è appellata dalla società RICORRENTE. Resistono il comune di Aosta che ha presentato controricorso e memoria e la società CONTROINTERESSATA DUE s.p.a., risultata aggiudicataria della gara, dopo l'estromissione del Consorzio Stabile CONTROINTERESSATA.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

Con la sentenza impugnata è stato respinto il ricorso della società RICORRENTE. Consorzio Stabile Società Consortile a r.l. avverso l'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica attivata dal comune di Aosta per il recupero urbano denominato contratto per il quartiere Cogne, in quanto "la busta presenta

profonda lacerazione su uno dei lati da dove è visibile la documentazione ivi contenuta che si immagina riferita ai documenti amministrativi".

2. Va preliminarmente osservato che l'appello è idoneo a riproporre le doglianze di primo grado e a censurare la motivazione del TAR, che le ha disattese. E in particolare la prima concernente il rilievo da attribuire alla lacerazione del plico della RICORRENTE.

E' quindi infondata la eccezione di giudicato sollevata dalla controinteressata Controinteressata due spa, sull'assunto che l'appellante non avrebbe dedotto alcuno specifico motivo di dogianza sulla compiuta valutazione da parte del TAR della violazione commessa dalla ricorrente (non aver presentato il plico integro) in rapporto alla consistenza e gravità della lacerazione e quindi agli effetti di ciò in rapporto alla violazione dei principi di segretezza e di par condicio che regolano le procedure ad evidenza pubblica. Nell'appello, sul punto, vengono svolte argomentazioni dirette a dimostrare che la lacerazione del plico nella specie non poteva condurre alla esclusione della ricorrente. Le ragioni sulle quali si fonda l'appello risultano quindi esposte con sufficiente grado di specificità in rapporto alla motivazione della sentenza impugnata(cfr. Consiglio Stato , sez. IV, 07 maggio 2007 , n. 1957)

D'altra parte ai fini dell'ammissibilità dell'appello, nei casi in cui esso si configuri come mezzo essenzialmente rinnovatorio, non occorre una sacramentale contestazione di tutti gli snodi logico-motivazionali che supportano il decisum gravato, essendo sufficiente agli effetti devolutivi la prospettazione di argomentazioni sufficienti, ove ritenute fondate, ad incrinarne in radice la coerenza e la tenuta (Consiglio Stato , sez. IV, 27 giugno 2006 , n. 4165).

3. Nel merito , È è incontrovertibile fra la parti che:

- a) il bando di gara prevedeva che l'offerta dovesse essere presentata con apposito plico, idoneamente sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura e trasmesso al comune esclusivamente per mezzo del servizio delle Poste italiane s.p.a., mediante raccomandata postacelere, precisando che non sarebbero state ammesse forme di recapito diverse da quelle previste;
- b) il capo 2 del disciplinare di gara prevedeva che la documentazione doveva prevenire in "apposito plico, idoneamente sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura";
- c) il plico contenente l'offerta dell'appellante era stato spedito tramite l'ufficio postale di Aosta mediante raccomandata postacelere, come prescritto dal bando;
- d) il plico era verosimilmente partito integro dall'ufficio postale di Aosta ed era pervenuto lacerato all'ufficio protocollo del comune, come confermato dall'addetto all'ufficio protocollo il quale ha posto nel plico l'attestazione "busta pervenuta lacerata";
- e) la lacerazione poteva essersi verificata quando il plico era in possesso dell'ufficio postale ovvero nel passaggio dall'addetto comunale all'accoglienza all'addetto all'ufficio protocollo;
- f) la lacerazione, pur consentendo di percepire visivamente il contenuto del plico non era in grado di consentirne l'accesso, come è comprovato dal verbale della Commissione di gara del 20 aprile 2009, dopo l'ammissione con riserva della società RICORRENTE., in esecuzione delle ordinanze del Tar Aosta n. 14 e 15 del 18 aprile 2009, secondo la quale "le buste contenute all'interno del plico risultano correttamente sigillate".

Ritiene il Collegio che la soluzione presa poi nel merito dal tribunale territoriale sia eccessivamente rigorosa, in presenza di una lacerazione del plico che -come afferma la stessa sentenza- lasci intravedere il contenuto al suo interno e che quindi non sia talmente minima da potersi considerare irrilevante ma che non consenta di entrare materialmente in contatto e di manomettere le buste ivi contenute come ha constatato la stessa Commissione, affermando, nel verbale del 20 aprile 2009, che le buste all'interno del plico erano correttamente sigillate.

Sono noti al Collegio i diversi precedenti giurisprudenziali, secondo i quali ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, occorre che il plico giunga alla stazione appaltante con la sigillatura operata dal concorrente del tutto integra, per cui non rileva che gli eventi di alterazione della sigillatura siano successivi alla consegna del plico all'ufficio postale o all'agenzia di recapiti autorizzata (Cons. Stato, IV, 19 gennaio 1999, n. 40). Cosicché la mera circostanza che il plico sia pervenuto aperto alla Commissione di gara implica l'esclusione della partecipante, indipendentemente dal soggetto cui sia addebitabile l'erronea apertura, stante l'esigenza di assicurare la garanzia dei principi di par condicio e di segretezza delle offerte (T.A.R. Venezia Veneto,I, 19 luglio 2005, n. 2867). Secondo la giurisprudenza in esame, è,

infatti, irrilevante che all'avvenuta lacerazione del plico ponga rimedio con la sua successiva spillatura lo stesso trasportatore, data la soluzione nella continuità della segretezza dell'offerta fra momento in cui è uscita dalla sfera dell'offerente ed il momento in cui è giunta nella disponibilità della p.a. (T.A.R. Palermo Sicilia, II, 13 marzo 2007, n. 810).

Siffatto rigore è senz'altro giustificato qualora il plico contenente le offerte pervenga alla Commissione di gara praticamente aperto oppure in modo tale da non assicurare che l'apertura del plico sia effettuata dalla Commissione pubblicamente in contraddittorio ed il giorno della gara, e pertanto in circostanze tali da non consentire alcuna certezza in ordine al rispetto delle regole di legalità previste per lo svolgimento della gara.

Nel singolare caso di specie è invece accertato che il plico contenente le offerte, seppure lacerato, non avrebbe consentito l'accesso alle buste contenenti le offerte tecnica ed economica se non previa apertura del plico medesimo, come è avvenuto ad opera della stessa Commissione di gara.

Pur non essendo il plico perfettamente integro e permettendo di intravedere al suo interno, la lacerazione non era tale da far percepire nettamente il contenuto delle buste né da consentire l'accesso alle medesime se non apprendo materialmente medesimo: per la sola società RICORRENTE, diversamente dalle altre concorrenti, la commissione infatti nulla afferma o suppone circa il contenuto delle buste interne.

Appare conforme principio di ragionevolezza ritenere perciò la lacerazione tale da non compromettere il principio di segretezza delle offerte nelle gare d'appalto e consentire l'applicazione del criterio di massima partecipazione.

La sentenza impugnata deve essere conseguentemente riformata in accoglimento dell'appello, risultando fondato e assorbente il primo motivo (sia dell'originario ricorso che dell'appello).

La domanda di riammissione della società RICORRENTE alla gara formulata nel ricorso in primo grado e ribadita nella memoria del 20 novembre 2009, deve conseguentemente essere accolta.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3179 del 20 maggio 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 03179/2010 REG.DEC.

N. 07517/2009 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 7517 del 2009, proposto dalla società Ricorrente Consorzio Stabile Società Consortile a r.l., in persona dell'amministratore pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Vincenzo Scolavino e Domenico Vitale, con domicilio eletto presso l'avv.Paolo Casucci in Roma, via Bassano del Grappa, 24;

contro

Comune di Aosta, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Gianni Maria Saracco e Lorenzo Sommo, con domicilio eletto presso l'avv. Filippo Lubrano in Roma, via Flaminia, 79;

nei confronti di

- Consorzio Stabile Controinteressata in persona dell'amministratore pro tempore, non costituito in giudizio;
- Controinteressata due Spa, in persona dell'amministratore pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Emanuele Mazzocchi e Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto presso l'avv. Salvatore Alberto Romano in Roma, viale XXI Aprile n.11;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Valle D'Aosta - Aosta n. 00055/2009 concernente l'affidamento di lavori di recupero urbano.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Aosta;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata due Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2009 il dott. Cesare Lamberti e uditi per le parti gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La società RICORRENTE. Consorzio Stabile Società Consortile a r.l., è stata esclusa dalla procedura ad evidenza pubblica bandita dal comune di Aosta per il recupero urbano denominato contratto per il quartiere Cogne concernente la nuova costruzione di fabbricati per complessivi 82 alloggi di edilizia residenziale pubblica, da aggiudicarsi con il metodo del prezzo più basso.

Secondo il verbale in data 20 novembre 2008 della commissione di gara, l'esclusione è sarebbe intervenuta in quanto "la busta presenta profonda lacerazione su uno dei lati da dove è visibile la documentazione ivi contenuta che si immagina riferita ai documenti amministrativi" pertanto non è conforme alle prescrizioni contenute nel disciplinare di gara, capo 2, secondo cui la documentazione doveva perrevenire in "apposito plico, idoneamente sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura".

Nel ricorso di primo grado, n. 17/2009 la società RICORRENTE. ha dedotto in punto di fatto di avere predisposto il plico secondo le modalità richieste e di averlo spedito tramite l'ufficio postale di Aosta, idoneamente sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura mediante raccomandata postacelere, come prescritto dal bando nel quale si precisava che non sarebbero state ammesse forme di recapito diverse da quelle previste.

Pur constatando che non era chiaro se la lacerazione si sia verificata quando il plico era in possesso dell'ufficio postale ovvero nel passaggio dall'addetto comunale all'accoglienza all'addetto all'ufficio protocollo, la sentenza impugnata, n. 55 del 18 giugno 2009, ha respinto il ricorso alla luce della espressa disposizione della lex specialis secondo la quale il plico contenente l'offerta doveva pervenire "idoneamente sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura" e sull'assunto che la

presenza di una lacerazione non irrilevante comporta la violazione delle norme di gara poste a garanzia del principio della segretezza delle offerte e della par condicio di tutti i soggetti partecipanti. La sentenza ha altresì respinto il secondo motivo di violazione dell'articolo 10 bis della legge n. 241/1990, ritenuto che l'esclusione non necessita del preavviso trattandosi di una fase interna della procedura di gara.

La sentenza è appellata dalla società RICORRENTE. Resistono il comune di Aosta che ha presentato controricorso e memoria e la società CONTROINTERESSATA DUE s.p.a., risultata aggiudicataria della gara, dopo l'estromissione del Consorzio Stabile CONTROINTERESSATA.

DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata è stato respinto il ricorso della società RICORRENTE. Consorzio Stabile Società Consortile a r.l. avverso l'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica attivata dal comune di Aosta per il recupero urbano denominato contratto per il quartiere Cogne, in quanto "la busta presenta profonda lacerazione su uno dei lati da dove è visibile la documentazione ivi contenuta che si immagina riferita ai documenti amministrativi".

2. Va preliminarmente osservato che l'appello è idoneo a riproporre le doglianze di primo grado e a censurare la motivazione del TAR, che le ha disattese. E in particolare la prima concernente il rilievo da attribuire alla lacerazione del plico della RICORRENTE.

E' quindi infondata la eccezione di giudicato sollevata dalla controinteressata Controinteressata due spa, sull'assunto che l'appellante non avrebbe dedotto alcuno specifico motivo di doglianza sulla *compiuta valutazione da parte del TAR della violazione commessa dalla ricorrente (non aver presentato il plico integro) in rapporto alla consistenza e gravità della lacerazione e quindi agli effetti di ciò in rapporto alla violazione dei principi di segretezza e di par condicio che regolano le procedure ad evidenza pubblica.*

Nell'appello, sul punto, vengono svolte argomentazioni dirette a dimostrare che la lacerazione del plico nella specie non poteva condurre alla esclusione della ricorrente. Le ragioni sulle quali si fonda l'appello risultano quindi esposte con sufficiente grado di specificità in rapporto alla motivazione della sentenza impugnata(cfr. Consiglio Stato , sez. IV, 07 maggio 2007 , n. 1957)

D'altra parte ai fini dell'ammissibilità dell'appello, nei casi in cui esso si configuri come mezzo essenzialmente rinnovatorio, non occorre una sacramentale contestazione di tutti gli snodi logico-motivazionali che supportano il decisum gravato, essendo sufficiente agli effetti devolutivi la prospettazione di argomentazioni sufficienti, ove ritenute fondate, ad incrinare in radice la coerenza e la tenuta (Consiglio Stato , sez. IV, 27 giugno 2006 , n. 4165).

3. Nel merito , È è incontrovertibile fra la parti che:

- a) il bando di gara prevedeva che l'offerta dovesse essere presentata con apposito plico, idoneamente sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura e trasmesso al comune esclusivamente per mezzo del servizio delle Poste italiane s.p.a., mediante raccomandata postacelere, precisando che non sarebbero state ammesse forme di recapito diverse da quelle previste;
- b) il capo 2 del disciplinare di gara prevedeva che la documentazione doveva prevenire in "apposito plico, idoneamente sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura";
- c) il plico contenente l'offerta dell'appellante era stato spedito tramite l'ufficio postale di Aosta mediante raccomandata postacelere, come prescritto dal bando;
- d) il plico era verosimilmente partito integro dall'ufficio postale di Aosta ed era pervenuto lacerato all'ufficio protocollo del comune, come confermato dall'addetto all'ufficio protocollo il quale ha posto nel plico l'attestazione "busta pervenuta lacerata";

e) la lacerazione poteva essersi verificata quando il plico era in possesso dell'ufficio postale ovvero nel passaggio dall'addetto comunale all'accoglienza all'addetto all'ufficio protocollo;

f) la lacerazione, pur consentendo di percepire visivamente il contenuto del plico non era in grado di consentirne l'accesso, come è comprovato dal verbale della Commissione di gara del 20 aprile 2009, dopo l'ammissione con riserva della società RICORRENTE., in esecuzione delle ordinanze del Tar Aosta n. 14 e 15 del 18 aprile 2009, secondo la quale “le buste contenute all'interno del plico risultano correttamente sigillate”.

Ritiene il Collegio che la soluzione presa poi nel merito dal tribunale territoriale sia eccessivamente rigorosa, in presenza di una lacerazione del plico che -come afferma la stessa sentenza- lasci intravedere il contenuto al suo interno e che quindi non sia talmente minima da potersi considerare irrilevante ma che non consenta di entrare materialmente in contatto e di manomettere le buste ivi contenute come ha constatato la stessa Commissione, affermando, nel verbale del 20 aprile 2009, che le buste all'interno del plico erano correttamente sigillate.

Sono noti al Collegio i diversi precedenti giurisprudenziali, secondo i quali ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, occorre che il plico giunga alla stazione appaltante con la sigillatura operata dal concorrente del tutto integra, per cui non rileva che gli eventi di alterazione della sigillatura siano successivi alla consegna del plico all'ufficio postale o all'agenzia di recapiti autorizzata (Cons. Stato, IV, 19 gennaio 1999, n. 40). Cosicché la mera circostanza che il plico sia pervenuto aperto alla Commissione di gara implica l'esclusione della partecipante, indipendentemente dal soggetto cui sia addebitabile l'erronea apertura, stante l'esigenza di assicurare la garanzia dei principi di par condicio e di segretezza delle offerte (T.A.R. Venezia Veneto,I, 19 luglio 2005, n. 2867). Secondo la giurisprudenza in esame, è, infatti, irrilevante che all'avvenuta lacerazione del plico ponga rimedio con la sua

successiva spillatura lo stesso trasportatore, data la soluzione nella continuità della segretezza dell'offerta fra momento in cui è uscita dalla sfera dell'offerente ed il momento in cui è giunta nella disponibilità della p.a. (T.A.R. Palermo Sicilia, II, 13 marzo 2007, n. 810).

Siffatto rigore è senz'altro giustificato qualora il plico contenente le offerte pervenga alla Commissione di gara praticamente aperto oppure in modo tale da non assicurare che l'apertura del plico sia effettuata dalla Commissione pubblicamente in contraddittorio ed il giorno della gara, e pertanto in circostanze tali da non consentire alcuna certezza in ordine al rispetto delle regole di legalità previste per lo svolgimento della gara.

Nel singolare caso di specie è invece accertato che il plico contenente le offerte, seppure lacerato, non avrebbe consentito l'accesso alle buste contenenti le offerte tecnica ed economica se non previa apertura del plico medesimo, come è avvenuto ad opera della stessa Commissione di gara.

Del verbale del 20 novembre 2008 relativo all'apertura delle buste di tutti i partecipanti alla gara risulta che il plico della società RICORRENTE., presentava una “netta lacerazione lungo uno dei lati corti” e risultavano “saltati alcuni sigilli di ceralacca”. E ciò diversamente da quanto rilevato per altre concorrenti la cui busta era “pervenuta completamente aperta su un lato dell'involucro esterno contenitivo e inoltre risulta aperta anche la busta che, viste le dimensioni si immagina riferita ai documenti amministrativi” (CO.GE.IN. Costruzioni Generali Industrializzate s.p.a.) oppure “presenta profonde lacerazione su uno dei lati da dove è visibile la documentazione ivi contenuta che si immagina riferita ai documenti amministrativi” (IM.E.CO. s.p.a.).

Pur non essendo il plico perfettamente integro e permettendo di intravedere al suo interno, la lacerazione non era tale da far percepire nettamente il contenuto delle buste né da consentire l'accesso alle medesime se non aprendo materialmente

medesimo: per la sola società RICORRENTE, diversamente dalle altre concorrenti, la commissione infatti nulla afferma o suppone circa il contenuto delle buste interne.

Appare conforme principio di ragionevolezza ritenere perciò la lacerazione tale da non compromettere il principio di segretezza delle offerte nelle gare d'appalto e consentire l'applicazione del criterio di massima partecipazione.

La sentenza impugnata deve essere conseguentemente riformata in accoglimento dell'appello, risultando fondato e assorbente il primo motivo (sia dell'originario ricorso che dell'appello).

La domanda di riammissione della società RICORRENTE alla gara formulata nel ricorso in primo grado e ribadita nella memoria del 20 novembre 2009, deve conseguentemente essere accolta.

Le spese del doppio grado possono essere compensate, attesa la peculiarità della vertenza..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello e, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso originario. Dispone la riammissione della ricorrente alla gara. Compensa le spese del doppio grado. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere, Estensore

Marco Lipari, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/05/2010

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

Il Dirigente della Sezione