

N. 00319/2013REG.PROV.COLL.

N. 08417/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 8417 del 2012, proposto da:

Civis Centro Italiano di Vigilanza Interna e Stradale s.p.a., in proprio e quale mandataria a.t.i. con Istituto di Vigilanza Privata Castellano s.r.l. e CDS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Domenico Galli, Domenico Gentile e Alberto Checchetto, con domicilio eletto presso il primo in Roma, piazza della Croce Rossa, 2/C;

contro

Vigilanza Privata Serenissima Soc. Coop., in proprio e quale mandataria a.t.i. con Arco s.r.l., quest'ultima anche in proprio, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Vittorio Angiolini e Katia Balestra, con domicilio eletto presso l'avv. Sergio Vacirca in Roma, via Flaminia, 195;

nei confronti di

Autorità Portuale di Venezia, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO - VENEZIA, SEZIONE I, n. 1354/2012, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva gara d'appalto per l'affidamento dei servizi di vigilanza ai varchi di accesso alle aree portuali di Venezia e porto Marghera e gestione della *control room*.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2012 il Cons. Bernhard Lageder e uditi per le parti gli avvocati Gentile, Angiolini e Balestra, nonché l'avvocato dello Stato Stigliano Messuti;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. La presente controversia inerisce alla gara d'appalto indetta dall'Autorità Portuale di Venezia con bando di gara del 28 dicembre 2011, per l'affidamento dei servizi di vigilanza ai varchi di accesso alle aree portuali di Venezia e Porto Marghera e di gestione della relativa *control room*, per la durata di 32 mesi, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e al prezzo base d'asta di euro 2.805.200,00 + euro 620.600,00.

2. Su ricorso della seconda classificata a.t.i. Vigilanza Privata Serenissima Soc. Coop. e Arco s.r.l. (d'ora in poi, a.t.i. Serenissima), l'adito Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, con la sentenza in epigrafe, annullava l'aggiudicazione disposta in favore della prima classificata a.t.i. Civis Centro Italiano di Vigilanza Interna e Stradale s.p.a., Istituto di Vigilanza Privata Castellano s.r.l. e CDS s.r.l. (d'ora in poi, a.t.i. Civis), accogliendo il motivo di ricorso, col quale era stata dedotta l'erronea mancata esclusione dell'a.t.i. aggiudicataria dalla gara, avendo quest'ultima, in violazione della *lex specialis*, fatto pervenire il plico contenente l'offerta senza sigillatura dei lembi di chiusura con ceralacca, prescritta a pena di esclusione in aggiunta alla timbratura e alla controfirma sui lembi di chiusura.

3. Avverso tale sentenza interponeva appello l'a.t.i. Civis, deducendo i seguenti motivi:

a) l'erronea valutazione delle risultanze istruttorie, segnatamente l'omessa valorizzazione della circostanza, da ritenersi provata alla luce degli acquisiti chiarimenti forniti dalla stazione appaltante in esito all'ordinanza istruttoria n. 1147/2012, che lungo il lembo di chiusura del plico, chiuso con nastro adesivo, risultavano apposti, in posizione trasversale, i timbri della società e le sigle del legale rappresentante, con conseguente apposizione di idonea sigillatura, correttamente valutata tale dalla commissione giudicatrice;

b) l'erronea affermazione dell'illegittimità della disapplicazione, da parte della commissione di gara, della clausola della *lex specialis* che sanzionava con l'esclusione la mancata sigillatura del plico con ceralacca, nonché l'erronea mancata ammissione delle modalità alternative di sigillatura in concreto adottate, idonee a garantire la segretezza delle offerte, in violazione del combinato disposto degli artt. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 e 31, comma 4, cod. proc. amm., attesa la rilevanza d'ufficio delle prescrizioni sovrabbondanti a valenza escludente previste *praeter legem* nella *lex specialis*, e considerata l'esigenza di seguire un approccio interpretativo di natura sostanzialistica, imposta dal citato comma 1-*bis*.

L'a.t.i. appellante chiedeva dunque, previa sospensione della provvisoria esecutorietà dell'appellata sentenza e in sua riforma, la reiezione dell'avversario ricorso di primo grado e l'eventuale declaratoria di nullità della censurata prescrizione del disciplinare di gara.

4. Costituendosi in giudizio, l'originaria ricorrente a.t.i. Serenissima contestava la fondatezza dell'appello, mettendo in rilievo la ragionevolezza, logicità e adeguatezza dell'ora censurata prescrizione della *lex specialis* di gara, correttamente applicata dal T.a.r. e in precedenza mai impugnata né con azione di annullamento né con azione di nullità (neppure nel giudizio di primo grado). L'appellata chiedeva dunque il rigetto dell'istanza cautelare e dell'appello.

5. Si costituiva in giudizio altresì l'appellata Autorità Portuale di Venezia, resistendo.

6. Accolta con decreto del 29 novembre 2012 l'istanza di sospensiva fino all'esito dell'esame collegiale dell'istanza cautelare, all'odierna udienza camerale, fissata per trattazione di detta istanza, la causa veniva trattenuta in decisione, previo avviso ai difensori della possibilità dell'emanazione di una sentenza in forma semplificata.

7. L'appello è fondato e merita accoglimento.

Si premette, in linea di diritto, che alla presente controversia, avente ad oggetto una gara d'appalto indetta con bando di gara del 28 dicembre 2011, è applicabile l'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163 – aggiunto dall'art. 4, comma 2 lett. *d*), d.-l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 2011, n.106, secondo la disciplina transitoria dettata dal comma 3 del citato art. 4 applicabile alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto-legge –, il quale introduce un criterio d'impronta sostanzialistica nella configurazione delle cause di esclusione dalla gara connesse, tra l'altro, all'irregolare chiusura dei plichi contenenti le offerte o le domande di partecipazione, prevedendo, per quanto qui interessa, che “(...) *la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti (...) in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte (...)*”, e al contempo comminando la sanzione della nullità per le prescrizioni della *lex specialis* che contemplino cause di esclusione diverse da quelle tassativamente previste dalla legge.

Nel caso di specie, il disciplinare di gara prevede testualmente che “(...) *il plico contenente l'offerta e la documentazione amministrativa dovrà, pena l'esclusione dalla gara: (...) b) essere idoneamente sigillato con ceralacca, timbrato, controfirmato sui lembi di chiusura (...)*”.

Orbene, interpretando la citata clausola della *lex specialis* alla luce del criterio valutativo introdotto dal comma 1-*bis* dell'art. 46 d.lgs. n. 163 del 2006, in maniera non formalistica al fine di garantire la massima partecipazione alla gara, deve ritenersi necessaria e sufficiente una modalità di sigillatura del plico tale da impedire che il plico potesse essere aperto e manomesso senza che ne restasse traccia visibile. Ne deriva che, anche in caso di mancata osservanza pedissequa e cumulativa di ciascuna delle singole modalità di chiusura contemplate dal disciplinare di gara, deve ritenersi preclusa l'esclusione di un'impresa concorrente in presenza di una modalità di sigillatura comunque idonea a garantire l'ermetica e inalterabile chiusura del plico. A tal fine, l'uso di un sigillo in ceralacca non può ritenersi strumento esclusivo indispensabile per impedirne la manomissione (apertura + richiusura) a plico inalterato, costituendo invero l'apposizione dei timbri e la controfirma sul lembo di chiusura – da intendersi quale imboccatura della busta soggetta ad operazione di chiusura a sé stante, talché è sufficiente che l'adempimento formale imposto alle imprese concorrenti venga limitato ai lembi della busta chiusi dall'utilizzatore, con esclusione di quelli preincollati dal fabbricante – una modalità di sigillatura di per sé idonea prevenire eventuali manomissioni.

Ed è ciò che è avvenuto nella fattispecie *sub iudice*, dovendosi in esito agli acquisiti elementi probatori – segnatamente alla luce della relazione a firma del presidente della commissione di gara e del responsabile del procedimento (depositata il 27 agosto 2012), acquisita in primo grado in esito all’ordinanza istruttoria n. 1147/2012, nonché alla luce dell’allegata documentazione fotografica – ritenere incontrovertibilmente comprovato che:

- il plico fatto pervenire dall’a.t.i. Civis era costituito da una busta di ordinaria commercializzazione di colore giallo/beige, impermeabile alla vista, per cui non se ne potevano leggere i contenuti se non al momento dell’apertura;

- quanto alle modalità di sigillatura, “(...) *la fessura per l’inserimento della documentazione è stata sigillata con nastro adesivo a prima vista del tipo qualità SCOTCH 550, ovvero nastro adesivo molto trasparente costituito da supporto in polipropilene di tipo molto resistente e non rimovibile, ovvero una volta incollato su superfici di tipo cartaceo non è possibile eliminarlo senza rimuovere unitamente a questo anche la superficie cartacea sottostante, che vi resta incollata (...)*”;

- sulle “(...) *fessure sono stati apposti i timbri e le sigle dell’offerente che risultavano allineati rispetto alla linea di chiusura del lembo (...)*” (v. così, testualmente, la citata relazione);

- non sono state rilevate manomissioni del plico.

Risulta, con ciò, essere stata adottata un modalità di sigillatura idonea ad evitare, anche in astratto, qualsiasi possibile manomissione – con la precisazione che, contrariamente a quanto assunto dall’originaria ricorrente, irrilevante a tal fine è il tipo di nastro adesivo (*scotch 550*, o di altro tipo) impiegato, essendosi quello in concreto usato comunque rilevato idoneo a garantire la chiusura ermetica della busta, tenuto conto della sigillatura apposta a mezzo dei timbri e delle sottoscrizioni trasversalmente sul lembo di chiusura –, sicché la mancata apposizione della sigillatura in ceralacca non poteva considerarsi irregolarità idonea a far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza dell’offerta.

Il *modus procedendi* della commissione di gara, quale risultante dal verbale del 1 marzo 2012 – ove si legge testualmente: “(...) *si constata che: Il plico dell’ATI CIVIS - VIGILANZA - CASTELLANO - CDS non presenta il sigillo con ceralacca così come previsto dal disciplinare di gara (;)ciò nonostante è garantita la riservatezza e l’integrità della documentazione contenuta e pertanto la Commissione ammette l’offerta (...)*” – si sottrae pertanto alle censure dell’originaria ricorrente, erroneamente accolte nell’appellata sentenza, nella quale peraltro incomprensibilmente non v’è menzione alcuna della modalità di sigillatura costituita dall’apposizione di timbri e firme sul lembo di chiusura, da sola sufficiente a garantire la segretezza dell’offerta (tenuto conto di tutte le circostanze concrete emerse dall’acquisito materiale istruttorio).

Fondandosi la sopra sviluppata conclusione di legittimità dell’operato della commissione giudicatrice sull’interpretazione adeguatrice della prescrizione della *lex specialis* al criterio valutativo d’impronta sostanzialistica posto dal comma 1-*bis* del citato art. 4 d.lgs. n. 163 del 2006 a garanzia del principio del *favor participationis*, resta assorbita ogni questione relativa alla necessità dell’impugnazione del bando.

Per le esposte ragioni, in accoglimento dell’appello deve essere respinto il ricorso di primo grado, con assorbimento di ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisorii.

8. Tenuto conto di ogni circostanza connotante la presente controversia, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate fra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 8417 del 2012), lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, respinge il ricorso di primo grado (ricorso n. 993 del 2012 T.a.r. Veneto); dichiara le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate fra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/01/2013

IL SEGRETARIO

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