

L'irregolarità in cui è incorsa un'impresa nel aver presentato la propria offerta in una busta chiusa e sigillata in un plico, ma non anche all'interno di un'ulteriore busta., non integra alcuna lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante e non può soccombere a fronte dei principio del favor participationis e del corrispondente principio, di derivazione comunitaria, ma rilevante anche nell'ordinamento interno, di sanabilità delle irregolarità formali con conseguente attenuazione del rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale

Significativa appare la fattispecie sottoposta al Tar Sicilia, Catania e decisa nella sentenza numero 423 del 9 marzo 2007

Premesso che il Seggio di gara ha escluso un'impresa in quanto la documentazione prodotta (perfettamente rispondente a quella richiesta a pena d'esclusione) era contenuta all'interno del plico (che, a sua volta, conteneva anche, in busta chiusa e sigillata, l'offerta), ma non anche all'interno di un'ulteriore busta.

Il Tar adito considera tale esclusione illegittima in quanto:

<Ed invero, la mancata collocazione all'interno di un'ulteriore busta della documentazione prodotta non viola la ratio che ispira la normativa posta a base delle modalità di presentazione delle offerte (ispirata al fine di tutelare la segretezza di queste ultime).

Una tale ratio è, nel caso di specie, certamente rispettata, atteso che la "busta", contenente l'offerta - come accertato dal Seggio di gara- era chiusa e sigillata con le modalità richieste dal bando; ragione per cui la Commissione di gara non avrebbe potuto conoscere l'offerta se non a seguito dell'apertura della relativa busta>

Ma vi è di più

, in tale ottica di evitare inutili aggravamenti del procedimento amministrativo, la 1^a Sezione di questo T.A.R., con sentenza n. 1864 del 7 novembre 2003 ha statuito:

“Contrasta con il principio di non aggravamento del procedimento di gara, enunciato dall'art. 1, comma 2°, della legge 7 agosto 1990, n. 241, la clausola del bando d'appalto di lavori pubblici che impone ai concorrenti di produrre due plichi, uno in cui racchiudere la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione ed uno contenente l'offerta economica; ciò in quanto l'interesse dell'Amministrazione cui tale clausola mira (la tutela dei principi di segretezza dell'offerta economica, di separazione dalla documentazione amministrativa e di par condicio tra i concorrenti) può essere ben salvaguardato per il tramite della produzione di due plichi, entrambi ritualmente sigillati e controfirmati, l'uno contenente la documentazione in aggiunta all'altro plico con l'offerta economica” (cfr., Consiglio di Stato-Sezione 5^a, n. 134 del 3 febbraio 1997).

Ispirandosi ad analoghi principi, la 2^a Sezione di questo T.A.R., con sentenza n. 259 del 20 febbraio 2006, ha sottolineato che “l'inclusione di documenti in busta diversa da quella in cui è prescritto che vengano inseriti, costituisce causa di esclusione nella sola ipotesi in cui l'acquisizione anticipata di elementi afferenti all'offerta tecnica o all'offerta economica possa alterare il regolare svolgimento delle operazioni di gara con pregiudizio del fondamentale principio della par condicio tra i concorrenti>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA N. 0423/07 Reg. Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 3593/06 Reg. Gen.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania - Sezione Quarta, composto dai Signori Magistrati:

Dott. Biagio CAMPANELLA Presidente rel. est.

Dott. Ettore LEOTTA Consigliere

Dott. Francesco BRUGALETTA Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 3593/2006, proposto dal sig. *** Biagio, titolare dell'impresa omonima, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Librizzi, domiciliato per legge presso la Segreteria della Sezione;

contro

il Comune di S. Agata di Militello – Staff Affari generali gare e contratti, in persona del legale rappresentante pro tempore, costituito in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Veronica Nicosia, elettivamente domiciliato in Catania, via L. Rizzo, n. 29 (studio avv. Fausto Giannitto);

e nei confronti

del sig. ARTINO INNARIA ***, titolare dell'impresa omonima, controinteressato, costituito in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Alfio Pappalardo, domiciliato per legge presso la Segreteria della Sezione;

per l'annullamento:

in parte qua, del verbale del 30 novembre 2006, relativo alla “gara ufficiosa mediante cottimo appalto per la realizzazione dei lavori di opere di urbanizzazione a servizio degli alloggi popolari – I stralcio, case popolari pescatori – importo complessivo dei lavori € 121.954, 70, di cui a base d'asta € 85.046,49, € 1.868, 97 per oneri di sicurezza ed € 35.039,24 per somme a disposizione dell'Amministrazione, nella parte in cui è stata esclusa dalla gara l'impresa ricorrente;

ove occorra, della lettera d'invito, nella parte in cui, indicando le “modalità di presentazione dell'offerta”, prescriveva che “il plico di cui al precedente punto dovrà contenere, al suo interno, due buste, a loro volta sigillate con ceralacca e controfirmate sui lembi di chiusura, recanti l'intestazione del mittente e la dicitura rispettivamente: “A” – Documentazione e “B” – offerta economica”;

della determinazione sindacale 10 novembre 2006, n. 84, nella parte in cui (eventualmente) approva la citata clausola contenuta nella lettera d'invito;

di tutti gli atti connessi e consequenziali, ivi comprese eventuali deliberazioni e/o determinazioni di approvazione degli atti di gara;

per l'accertamento

del diritto del ricorrente, ex art. 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, di ottenere il risarcimento del danno.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore per la Camera di consiglio del 21 febbraio 2007 il Presidente Dott. Biagio Campanella; uditi gli avvocati delle parti, come da relativo verbale, anche ai sensi dell'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205 per la definizione del giudizio nel merito a norma del successivo art. 26 della legge innanzi citata.

Accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria.

Ritenuto in fatto quanto rappresentato nell'atto introduttivo del giudizio.

Premesso che il Seggio di gara ha escluso l'impresa *** in quanto la documentazione prodotta (perfettamente rispondente a quella richiesta a pena d'esclusione) era contenuta all'interno del plico (che, a sua volta, conteneva anche, in busta chiusa e sigillata, l'offerta), ma non anche all'interno di un'ulteriore busta.

Considerato che tale esclusione appare illegittima.

Ed invero, la mancata collocazione all'interno di un'ulteriore busta della documentazione prodotta non viola la ratio che ispira la normativa posta a base delle modalità di presentazione delle offerte (ispirata al fine di tutelare la segretezza di queste ultime).

Una tale ratio è, nel caso di specie, certamente rispettata, atteso che la "busta", contenente l'offerta - come accertato dal Seggio di gara - era chiusa e sigillata con le modalità richieste dal bando; ragione per cui la Commissione di gara non avrebbe potuto conoscere l'offerta se non a seguito dell'apertura della relativa busta.

L'irregolarità in cui è incorsa l'impresa ricorrente non integra alcuna lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante e non può soccombere a fronte del principio del favor participationis e del corrispondente principio, di derivazione comunitaria, ma rilevante anche nell'ordinamento interno, di sanabilità delle irregolarità formali con conseguente attenuazione del rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale (fra le tantissime, cfr., Consiglio di Stato-Sez. 4[^], n. 5367 del 5 ottobre 2005).

E, in tale ottica di evitare inutili aggravamenti del procedimento amministrativo, la 1[^] Sezione di questo T.A.R., con sentenza n. 1864 del 7 novembre 2003 ha statuito:

“Contrasta con il principio di non aggravamento del procedimento di gara, enunciato dall'art. 1, comma 2°, della legge 7 agosto 1990, n. 241, la clausola del bando d'appalto di lavori pubblici che impone ai concorrenti di produrre due plichi, uno in cui racchiudere la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione ed uno contenente l'offerta economica; ciò in quanto l'interesse dell'Amministrazione cui tale clausola mira (la tutela dei principi di segretezza dell'offerta economica, di separazione dalla documentazione amministrativa e di par condicio tra i concorrenti) può essere ben

salvaguardato per il tramite della produzione di due plichi, entrambi ritualmente sigillati e controfirmati, l'uno contenente la documentazione in aggiunta all'altro plico con l'offerta economica" (cfr., Consiglio di Stato-Sezione 5[^], n. 134 del 3 febbraio 1997).

Ispirandosi ad analoghi principi, la 2[^] Sezione di questo T.A.R., con sentenza n. 259 del 20 febbraio 2006, ha sottolineato che "l'inclusione di documenti in busta diversa da quella in cui è prescritto che vengano inseriti, costituisce causa di esclusione nella sola ipotesi in cui l'acquisizione anticipata di elementi afferenti all'offerta tecnica o all'offerta economica possa alterare il regolare svolgimento delle operazioni di gara con pregiudizio del fondamentale principio della par condicio tra i concorrenti".

In base a quanto esposto, l'esclusione dell'impresa *** si appalesa illegittima e va, in accoglimento del ricorso, annullata.

La riammissione della ditta ricorrente comporta l'aggiudicazione della gara a favore di quest'ultima, che ha offerto un ribasso del 13,306%; la circostanza viene sufficientemente provata dalla documentazione versata in atti.

Tuttavia, nel corso della Camera di Consiglio del 21 febbraio 2007, è emerso che i lavori, consegnati in data 10 gennaio 2007, sono stati in gran parte eseguiti; si legge, in particolare, nella nota del Direttore dei lavori, geom. Francesco *** che "...per l'ultimazione dei lavori in questione rimane da eseguire la realizzazione di circa mq. 50,00 (cinquanta) di marciapiede in prossimità della discesa che va al porto e la fornitura e posa in opera del conglomerato bituminoso lungo la strada che va dalle case pescatori al porto".

Pertanto, l'accoglimento del ricorso in oggetto non può comportare effetti integralmente ripristinatori, ossia l'aggiudicazione dei lavori all'impresa ricorrente, bensì effetti meramente risarcitori, a mente dell'art. 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.

La misura di tale risarcimento va fissata, come da giurisprudenza costante, nel 10% dell'importo complessivo dei lavori a base d'asta, depurato del ribasso offerto dall'impresa ricorrente.

Per quanto concerne le spese di giudizio, esse vanno poste solidalmente a carico del Comune e dell'impresa controinteressata.

In proposito, vanno sottolineati i comportamenti tanto dell'impresa controinteressata quanto del Comune intimati.

Per quanto concerne la prima, va rilevato che, come risulta dal verbale della Camera di Consiglio del 10 gennaio 2007, nel corso della quale l'affare era stato trattato, l'impresa Artino Innaria ha chiesto il rinvio della trattazione dell'istanza cautelare al fine della proposizione di ricorso incidentale; a tal fine il Collegio aveva accordato un congruo termine e rinviata la trattazione alla Camera di Consiglio del 21 febbraio 2007.

Sennonché, l'annunciato ricorso incidentale non è stato proposto.

Per quanto concerne il Comune resistente, sempre nel corso della Camera di Consiglio del 21 febbraio 2007, è stata depositata, da parte ricorrente, un "atto stragiudiziale" con cui l'impresa *** ha "diffidato", in data 15 gennaio 2007, il Comune di S. Agata Militello a non proseguire nell'esecuzione dei lavori, consegnati nello stesso pomeriggio del 10 gennaio 2007.

Il Comune intimato ha invece consentito il proseguimento dei lavori fin quasi al loro completamento alla data della Camera di Consiglio del 21 febbraio 2007.

Pertanto, appare doveroso porre le spese di giudizio a carico delle parti resistenti, nella misura che sarà indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia-Sezione staccata di Catania-Sez. 4[^] ACCOGLIE il ricorso in epigrafe ed annulla, per l'effetto, gli atti con lo stesso impugnati.

Condanna il Comune di S. Agata Militello a risarcire il danno derivante dalla mancata aggiudicazione dell'appalto nella misura del 10% dell'importo complessivo dei lavori a base d'asta, depurato del ribasso offerto dall'impresa ricorrente.

Condanna il Comune di S. Agata Militello e l'impresa Artino Innaria ***, in solido fra loro, al pagamento, in favore della parte ricorrente, delle spese e degli onorari del presente giudizio, che liquida in complessivi € 3.000,00 (tremila/00), di cui € 500,00 per contributo unificato ed € 2.500,00 per onorari e diritti di avvocato, oltre I.V.A. e C.P.A., come per legge, ed il rimborso spese generali nella misura del 12,50%.

Ordina che la sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Catania, nella Camera di Consiglio del 21 febbraio 2007.

IL PRESIDENTE rel. est.

Dott. Biagio Campanella

Depositata in Segreteria il 09 marzo 2007