

Le formalità di chiusura e sigillatura delle buste contenenti le offerte dei concorrenti che partecipano ad una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un contratto con una pubblica amministrazione, o con ente comunque soggetto alla disciplina sull'evidenza pubblica, sono generalmente imposte dai bandi di gara a garanzia dell'autenticità della provenienza della busta e del suo contenuto al fine di assicurare la par condicio fra i concorrenti, in funzione dell'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione

Merita di essere segnalata la decisione numero 2946 del 4 giugno 2007 del Consiglio di Stato relativamente alla seguente riflessione sulla modalità di chiusura del plico contenente le offerte ed in particolar modo sulla necessità o meno di sigillare anche i lembi di chiusura preincollati dal fabbricante delle buste:

Nel caso di specie il bando richiede espressamente che la busta sia “a pena di esclusione, sigillata e controfirmata su tutti i lembi di chiusura

In particolare, l'adito giudice sottolinea che:

<Come comprovato dalle numerose pronunce in materia, norme come quella citata non appaiono scevre da margini di incertezza, in particolare sull'accezione che deve essere attribuita all'inciso “lembo di chiusura”.

Al riguardo il collegio ritiene di non doversi discostare dall'orientamento secondo cui per “lembo di chiusura” di una busta deve intendersi il lembo aperto costituente l'imboccatura della busta stessa e soggetto ad operazione di chiusura a sé stante, sicché è sufficiente che l'adempimento formale imposto al concorrente venga limitato al lembo della busta che viene chiuso da chi la utilizza, con esclusione dei lembi preincollati dal fabbricante >

Ma non solo.

<Sottolinea altresì il collegio che tale interpretazione si pone come obbligata nella misura in cui si consideri che le modalità di chiusura e sigillatura delle buste contenenti le offerte sono prescritte a pena di nullità.

Al riguardo trova applicazione il principio secondo cui, nelle pubbliche gare, le cause di esclusione, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza, devono essere interpretate coerentemente al principio di massima partecipazione alle gare pubbliche.

Nel caso, cioè, di incertezza in ordine all'interpretazione di una clausola del bando di gara riguardante specifici adempimenti per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione, ad essa deve essere attribuito il significato più favorevole all'ammissione alla gara stessa, stante lo specifico interesse dell'Amministrazione al più ampio confronto possibile tra le offerte>

In conclusione quindi:

< Di conseguenza l'impresa stessa ha correttamente e adeguatamente assolto all'obbligo imposto dal bando, avendo apposto il sigillo e la controfirma solo sul lembo aperto di una busta c.d. “a sacchetto” senza l'ulteriore sigillatura sul lembo originariamente incollato dal fabbricante della busta medesima>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.2946/2007

Reg.Dec.

N. 2767 Reg.Ric.

ANNO 2006

Disp.vo 98/2007

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2767/06, proposto dalla I.P.A.B. “Canonico Latorre” in persona del legale rappresentante pro tempore rappresentato e difeso dall'Avv. Michele Turchiarulo ed elettivamente domiciliato in Roma alla Via Filippo Corridoni n. 23, presso e nello studio dell'Avv. Giovanni Sabatelli;

contro

Cooperativa sociale M. Montessori a r.l., con sede in Fasano (BR), in persona del presidente e legale rappresentante p.t., sig.ra Angela Pia Sabatelli, rappresentata e difesa dall'avv. Sante Nardelli del Foro di Brindisi, e con lui elettivamente domiciliata in Roma, alla Piazza Giovanni Randaccio n.1 (studio Avv. Aldo Buongiorno);

e nei confronti

della Eureka società cooperativa sociale a r.l. ONLUS, con sede in Fasano (BR), in persona del Presidente e legale rappresentante p.t., sig.ra Vita Di Bari, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi d'Ambrosio, e con lui elettivamente domiciliata in Roma, alla via Cosseria n. 2 (presso il dott. Alfredo Placidi);

per l'annullamento
della sentenza del Tribunale Amministrativo della Puglia, sede di Lecce, Sezione Seconda, n. 1284
in data 16 febbraio 2006;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e controricorso dell'appellata;

Visto il ricorso in appello autonomo dell'appellante incidentale;

Viste le memorie delle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, per la pubblica udienza del 6 marzo 2007, il Consigliere Manfredi Atzeni ed uditi, altresì, i legali di parte, come da separato verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso al Tribunale Amministrativo per la Puglia, Sede di Lecce, la Cooperativa Sociale M. Montessori impugnava la deliberazione di Giunta Comunale di Fasano, in veste di amministratore provvisorio dell'IPAB Canonico Latorre, n. 35 del 27.10.2005, avente ad oggetto "approvazione verbali di gara e affidamento dell'appalto per il servizio di assistenza scolastica a favore di alunni portatori di handicap frequentanti la scuola specialistica la scuola dell'obbligo del territorio comunale di Fasano" e tutti gli atti alla medesima comunque presupposti e connessi.

Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso, annullando per l'effetto il provvedimento impugnato.

Avverso la predetta sentenza propone appello la I.P.A.B. "Canonico Latorre" contestando gli argomenti posti a fondamento del decum, lamentando errata interpretazione e applicazione delle prescrizioni del bando di gara in ordine alle modalità di sigillatura del plico contenente le buste delle offerte e delle stesse buste, errata valutazione tecnica del metodo di costruzione delle buste, errata valutazione in ordine alla idoneità della garanzia da eventuali frodi o indebite violazioni del segreto, e chiedendo il suo annullamento, previa sospensione.

Si è costituita in giudizio la Cooperativa Sociale M. Montessori chiedendo il rigetto dell'appello in via principale, nonché presentando, in via subordinata, controricorso con cui ripropone i motivi dichiarati assorbiti in primo grado quali violazione di legge (artt. 13 e 23 D.lgs. 17 marzo 1995 n. 157), concernenti violazione del principio di autolimitazione della discrezionalità valutativa ed eccesso di potere per manifesta ingiustizia e sviamento.

Si è costituita in giudizio, nelle forme dell'appello incidentale ex art 333 c.p.c., la Eureka società cooperativa sociale a r.l. ONLUS contestando gli argomenti posti a fondamento del decum, lamentando erronea interpretazione e applicazione delle clausole del bando di gara in ordine alle modalità di presentazione dei plichi contenenti le offerte, e erroneità della sentenza con riferimento alle tecniche di chiusura delle buste da parte dei costruttori.

Con ordinanza n. 1942 del 21 aprile 2006 è stata accolta l'istanza cautelare.

All'udienza del 6 marzo 2007 la causa è stata trattenuta per la decisione.

In data 9 marzo 2007 è stato depositato il dispositivo (n. 98/2007).

DIRITTO

1. L'appellante contesta la sentenza in epigrafe, con la quale il giudice di primo grado ha annullato la deliberazione di Giunta Comunale di Fasano, in veste di amministratore provvisorio dell'IPAB Canonico Latorre, n. 35 del 27.10.2005, avente ad oggetto "approvazione verbali di gara

e affidamento dell'appalto per il servizio di assistenza scolastica a favore di alunni portatori di handicap frequentanti la scuola specialistica la scuola dell'obbligo del territorio comunale di Fasano.

2.1. Lamenta l'appellante l'errata interpretazione e applicazione del bando di gara in ordine alle modalità di sigillatura del plico contenente le buste delle offerte e delle buste medesime, laddove è prescritto che le ditte partecipanti alla gara, a pena di esclusione, devono presentare le offerte e la documentazione relativa alla gara in un plico unico in tre distinte buste (in esso contenute, relative alla documentazione, alla relazione tecnica e all'offerta economica) sigillati con ceralacca e controfirmati su tutti i lembi di chiusura dal titolare o dal rappresentante legale dell'impresa. Nel caso concreto l'aggiudicataria Eureka società cooperativa sociale a r.l. ONLUS aveva osservato le modalità prescritte in relazione all'unico lembo chiudibile, mentre non era stato sigillato il lembo preincollato dal fabbricante della busta.

2.2. Sostiene l'appellante che le norme suddette prescrivono che le buste cosiddette "a sacco" devono essere sigillate con la ceralacca e controfirmate nel punto di unione dei lembi, laddove per lembi devono intendersi quelli non preincollati dal produttore. Tale interpretazione risponde al principio del favor participationis dei concorrenti alle gare di aggiudicazione di appalti di opere o servizi.

2.3. Con atto di costituzione e controricorso, replica l'appellata che la tesi in ricorso non è fondata in diritto e in fatto in quanto l'interpretazione delle norme del bando non lasciano dubbi che le modalità di sigillatura e controfirma sono richieste per tutti i lembi delle buste senza distinzione tra lembi preincollati e lembi da chiudere ad iniziativa del concorrente. Sottolinea che al riguardo la norma del bando richiede espressamente che la busta sia "a pena di esclusione, sigillata e controfirmata su tutti i lembi di chiusura" al fine di garanzia da manomissioni e per l'effetto tutela della par condicio dei concorrenti. Né, aggiunge, si può ritenere che nel caso di specie l'onere richiesto sia tale da appesantire gli adempimenti burocratici per la partecipazione alla gara.

2.4. Con ricorso incidentale in appello, l'appellante incidentale ricalca quanto già espresso dall'appellante principale richiamando giurisprudenza a conforto della tesi secondo cui per lembo di chiusura deve intendersi il lembo aperto costituente l'imboccatura della busta.

3.1. Il collegio ritiene l'appello fondato quanto al primo motivo di ricorso con cui l'appellante contesta la sentenza di primo grado lamentando errata interpretazione e applicazione delle prescrizioni del bando di gara in ordine alle modalità di sigillatura del plico contenente le buste delle offerte e delle buste medesime.

3.2. Le formalità di chiusura e sigillatura delle buste contenenti le offerte dei concorrenti che partecipano ad una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un contratto con una pubblica amministrazione, o con ente comunque soggetto alla disciplina sull'evidenza pubblica, sono generalmente imposte dai bandi di gara a garanzia dell'autenticità della provenienza della busta e del suo contenuto (C. di S., V, 3 marzo 2001, n. 1222) al fine di assicurare la par condicio fra i concorrenti, in funzione dell'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione.

Nel caso di specie il bando richiede espressamente che la busta sia "a pena di esclusione, sigillata e controfirmata su tutti i lembi di chiusura".

3.3. Come comprovato dalle numerose pronunce in materia, norme come quella citata non appaiono scevre da margini di incertezza, in particolare sull'accezione che deve essere attribuita all'inciso "lembo di chiusura". Al riguardo il collegio ritiene di non doversi discostare dall'orientamento giurisprudenziale (T.A.R. Catania, I, 10 aprile 1998, n. 611; T.A.R. Puglia, Bari,

I, 21 ottobre 2000, n. 4169; C.G.A., 29 novembre 1999, n. 619, T.A.R. Piemonte, II, n. 1975 del 23 novembre 2002, C. di S., IV, 12 giugno 2002, n. 3269) secondo cui per “lembo di chiusura” di una busta deve intendersi il lembo aperto costituente l'imboccatura della busta stessa e soggetto ad operazione di chiusura a sé stante, sicché è sufficiente che l'adempimento formale imposto al concorrente venga limitato al lembo della busta che viene chiuso da chi la utilizza, con esclusione dei lembi preincollati dal fabbricante (C. di S., IV, 2002, n. 3269, citata sottolinea come l'interpretazione non possa essere diversa ove il bando utilizzi il plurale).

3.4. Sottolinea altresì il collegio che tale interpretazione si pone come obbligata nella misura in cui si consideri che le modalità di chiusura e sigillatura delle buste contenenti le offerte sono prescritte a pena di nullità. Al riguardo trova applicazione il principio secondo cui, nelle pubbliche gare, le cause di esclusione, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza, devono essere interpretate coerentemente al principio di massima partecipazione alle gare pubbliche. Nel caso, cioè, di incertezza in ordine all'interpretazione di una clausola del bando di gara riguardante specifici adempimenti per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione, ad essa deve essere attribuito il significato più favorevole all'ammissione alla gara stessa, stante lo specifico interesse dell'Amministrazione al più ampio confronto possibile tra le offerte (C. di S., V, 3 settembre 2001, n. 4586; T.A.R. Sardegna, 13 gennaio 1998, n. 11).

3.5. Rileva, inoltre, il collegio come non siano state contestate le affermazioni dell'appellante, secondo il quale le modalità di costruzione e chiusura delle buste ad opera del fabbricante con utilizzo di colle di tipo industriale, funzionali a tutelare la segretezza della corrispondenza, siano idonee a fornire garanzie sufficienti in ordine al pericolo di manomissione.

3.6. In conclusione, afferma il collegio che le modalità di sigillatura del plico, utilizzate dall'impresa vincitrice, non pregiudicano la segretezza dell'offerta.

Di conseguenza l'impresa stessa ha correttamente e adeguatamente assolto all'obbligo imposto dal bando, avendo apposto il sigillo e la controfirma solo sul lembo aperto di una busta c.d. “a sacchetto” senza l'ulteriore sigillatura sul lembo originariamente incollato dal fabbricante della busta medesima.

Le censure proposte avverso le conclusioni della sentenza appellata devono, in base a quanto argomentato, essere condivise.

4. Devono, quindi, essere presi in esame i motivi dichiarati assorbiti con la sentenza di primo grado, che l'appellata ripropone con controricorso.

5.1. Con il primo motivo lamenta l'appellata che la commissione di gara è incorsa in eccesso di potere per sviamento avendo disatteso il principio di autolimitazione della discrezionalità valutativa, ricavabile anche dal combinato disposto degli articoli 13 e 23 del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157, che si assumono egualmente violati. Contesta la differente e sproporzionata attribuzione del punteggio in relazione ai criteri di valutazione, laddove al criterio dell'“efficacia del progetto gestionale del servizio” sono stati riservati 55 punti a fronte dei complessivi 45 punti attribuibili in relazione agli altri tre criteri. Lamenta altresì la mancata predeterminazione dei parametri di valutazione e di ponderazione degli elementi richiesti nel bando.

5.2. Il controricorso non è fondato sul punto.

Ritiene il collegio che la differente previsione di punteggio in relazione ai differenti criteri di valutazione del bando rientri nel potere discrezionale attribuito dalla legge all'amministrazione al

fine di modulare le esigenze del caso concreto al più proficuo perseguimento dell'interesse pubblico. Nel caso di specie, l'impostazione seguita dalla stazione appaltante non appare affatto illogica, avendo dato prevalenza all'elemento più rilevante per assicurare la qualità del servizio, di cui occorre sottolineare la particolare delicatezza, rispetto agli altri elementi di valutazione.

5.3. In secondo luogo lamenta l'appellata la violazione dell'art. 23, comma sesto, del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157, laddove si prescrive la predeterminazione nel bando dei parametri di valutazione e di ponderazione degli elementi richiesti in ipotesi di aggiudicazione a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Contesta che in concreto il bando predetermina solo genericamente i criteri senza nulla specificare in ordine ai parametri di cui al richiamato art. 23 comma sesto, precisati solo nel corso del procedimento.

5.4. Il controricorso non è fondato sul punto.

L'appellata non ha dimostrato l'insufficienza dei criteri stabiliti dal bando. Ritiene quindi il collegio che l'amministrazione abbia agito correttamente specificando ulteriormente in corso di gara, ma pur sempre prime dell'apertura delle buste delle offerte, i criteri e parametri di valutazione predeterminati nella lex specialis della gara stessa, e per l'effetto disciplinando e limitando ulteriormente la propria discrezionalità valutativa. Giova sottolineare che la contestata specificazione da un lato non contraddice quanto predeterminato nel bando e dall'altro, anzi, consente un più attento sindacato dell'operato della commissione in sede di valutazione. Tale operazione avrebbe potuto rappresentare indice di vizio del procedimento solo ove i criteri e parametri predeterminati nel bando fossero stati affetti da genericità tale da non poter consentire la seppur minima individuazione e delimitazione della discrezionalità valutativa; solo in tal caso un'eventuale e successiva, ma non tardiva, specificazione dei criteri e parametri sarebbe stata illegittima per violazione dei principi posti dalla legge a garanzia della regolarità delle gare e della par condicio dei concorrenti.

5.5. Infine lamenta l'appellata violazione dell'art. 19, secondo comma, del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157, per aver l'amministrazione appaltante rettificato il bando sopprimendo il punto 13 il quale ribadisce, nei confronti delle imprese partecipanti alla gara, l'obbligo di precisare che nel redigere le offerte hanno tenuto conto degli obblighi connessi alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori, nonché alle condizioni del lavoro.

5.6. Il controricorso non è fondato sul punto.

L'errore che ha indotto la stazione appaltante all'intervento in autotutela è dato dal fatto che il bando al punto 13 richiama il d. lgs. n. 155/1997 recante "attuazione delle direttive 93/43/CEE e 96/3/CE concernenti l'igiene dei prodotti alimentari" in luogo del D. Lgs. 157/1995; l'errore ostativo appare quindi facilmente riconoscibile. Può certo convenirsi con la ricorrente nell'osservazione secondo la quale la soppressione integrale del punto 13 ha ingenerato confusione in ordine all'applicabilità dell'art. 19, secondo comma, del D.Lgs. 157/1995. Peraltro, la ricorrente nemmeno afferma che la soppressione dell'inciso ha comportato il confronto fra offerte predisposte senza tenere conto della sicurezza e protezione dei lavoratori e, soprattutto, non afferma che l'offerta della vincitrice è stata redatta senza tenere conto di tali profili. Inoltre, il sistema consente comunque di escludere l'affidamento del contratto sulla base di condizioni economiche tali da pregiudicare le spese necessarie per la sicurezza dei dipendenti, potendo tale elemento essere evidenziato in sede di verifica dell'anomalia delle offerte; è bene che precisare che l'odierna appellata era evidentemente legittimata a contestare l'anomalia dell'offerta della vincitrice, sotto il profilo in discussione, ma non si è avvalsa di tale facoltà.

Le censure assorbite dal giudice di primo grado e riproposte nel presente grado di giudizio devono, in conclusione, essere respinte.

6. L'appello deve, conseguentemente, essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, respinto il ricorso di primo grado.

Le alterne vicende della lite giustificano l'integrale compensazione di spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello e, in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa integralmente spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma, il 6 marzo 2007 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Gaetano TROTTA Presidente

Paolo BUONVINO Consigliere

Domenico CAFINI Consigliere

Aldo SCOLA Consigliere

Manfredo ATZENI Consigliere, est.

Presidente

GAETANO TROTTA

Consigliere Segretario

MANFREDO ATZENI VITTORIO ZOFFOLI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...04/06/2007

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

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 2767/2006

FF