



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12205 del 2010, proposto da:
Soc. Siman Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Saverio
Cantella, Pierpaolo Zambella, Giovanni Corbyons, con domicilio
eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, via Maria Cristina, 2;

contro

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura
generale dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei
Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc. Tecno Ambiente Srl, non costituita;

per l'annullamento

della nota Ministero della Difesa 24711/2010, prot. 4/12/0016246;
della D.D. 24/11/2010, (non conosciuta);

del fax 24/11/2010;
del verbale n. 7/D/500 del 21/9/2010;
del verbale della seduta 4/11/2010;
del bando di gara nella parte di interesse;
della D.D. n. 047 del 19/4/2010;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2011 il cons.
Giuseppe Rotondo e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame la società SIMAN, in proprio e quale
mandataria di un costituendo Rti con ECOEDIL PROFESSIONAL
srl e COIBESA THERMOSOUND spa, ha impugnato i seguenti
atti:

-nota Ministero della Difesa 24711/2010, prot. 4/12/0016246, con
la quale è stata comunicata al RTI l'aggiudicazione definitiva alla
TECNOAMBIENTE srl del Lotto 2 della procedura ristretta per
l'acquisizione di servizi di bonifica e smaltimento materiali
potenzialmente inquinanti e/o pericolosi e lavorazioni accessorie da

eseguirsi su unità navali, sommergibili, naviglio dipartimentale, bacini galleggianti, galleggianti, imbarcazioni a motore e non a motore della M.M. presso l'Arsenale di Taranto, La Spezia e Augusta;

-della D.D. 24/11/2010, non conosciuta, con cui è stata approvata l'aggiudicazione provvisoria e disposta quella definitiva a favore della controinteressata;

-del fax 24/11/2010 di conferma dell'aggiudicazione;

-del verbale n. 7/D/500 del 21/9/2010 con cui l'amministrazione non ha escluso dalla gara la controinteressata;

-del verbale della seduta 4/11/2010;

-del bando di gara, nei limiti del proprio interesse;

-della D.D. n. 047 del 19/4/2010 di indizione della gara.

L'interessata, in proprio e quale mandataria del Rti menzionato, chiede, altresì la reintegrazione in forma specifica e l'accertamento:

-di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato;

-il subentro all'attuale aggiudicatario nella esecuzione delle prestazioni;

-in subordine, la condanna del Ministero della Difesa e della controinteressata a risarcire per equivalente i danni subiti dal Rti ricorrente.

In fatto, consta che:

-il Ministero della Difesa ha indetto una gara, mediante procedura ristretta, per l'acquisizione di servizi di bonifica e smaltimento materiali potenzialmente inquinanti e/o pericolosi e lavorazioni

accessorie da eseguirsi su unità navali, sommergibili, naviglio dipartimentale, bacini galleggianti, galleggianti, imbarcazioni a motore e non a motore della M.M. presso l'Arsenale di Taranto (lotto n. 1), La Spezia (lotto n. 2) e Augusta (lotto n. 3);

-il Rti tra SIMAN, ECOEDIL e COIBESA ha presentato domanda di partecipazione per i lotti 2 e 3.

Per il lotto 2 è rimasta aggiudicataria la contro interessata TECNO AMBIENTE srl.

La Siman, in proprio e quale mandataria del Rti, contesta l'ammissione alla gara lotto 2 della soc. Tecno Ambiente in quanto:

- a) la busta contenente la domanda di partecipazione della controinteressata è stata aperta anticipatamente;
- b) la soc. aggiudicataria non possiede nel proprio oggetto sociale tutte le attività oggetto della procedura selettiva;
- c) la stessa ha allegato in gara una certificazione di qualità per un settore diverso da quello previsto nel bando e nelle specifiche tecniche (EAC 28, invece che EA 20).

Con nota racc. a. r., la Siman ed il costituendo Rti, hanno contestato formalmente l'aggiudicazione anche ai sensi dell'art. 243 bis del D.Lvo n. 163/2006 evidenziando, nel preavviso, le ritenute ragioni di illegittimità, ovvero:

- a) carenza dell'oggetto sociale;
- b) carenza di certificazione ISO;
- c) carenza di contratto analogo;

d) mancata allegazione ricevuta versamento contributo a favore dell'Autorità di Vigilanza.

L'intimata amministrazione, con fax del 24711/2010, ha confermato l'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Come seguono i motivi di ricorso:

1) violazione dell'art. 73, c. 1 del D.Lvo n. 163/2006 e dei principi di buon andamento ed imparzialità, della integrità dei plichi contenenti le domande e le offerte nell'ambito delle procedure concorsuali;

2) violazione del par. 4, lett. A1 della lettera di invito, dei punti II.1.5 e III.2.3 del bando, dei parr. 1 e 2.2. delle specifiche tecniche, nonché dell'art. 2475, bis c.c. e dei principi generali in materia di capacità di agire delle persone giuridiche - eccesso di potere;

3) violazione del par. 4 della lettera di invito, dei punti II.1.5 e III.2.3 del bando, dei parr. 1 e 2.2. delle specifiche tecniche nonché degli artt. 42 e 43 del D.Lvo n. 163/2006 – eccesso di potere;

4) violazione del par. 5.1 della lettera di invito nonché degli artt. 86 e segg. Del D.Lvo n. 163/2006 – eccesso di potere sotto vari profili.

Si è costituito il Ministro della Difesa, per mezzo della Avvocatura dello Stato, depositando relazione e documenti.

Con memoria del 28 febbraio 2011, la SIMAN srl replica alle controdeduzioni di parte resistente.

Con memoria conclusiva depositata il 28 marzo 2011, la ricorrente insiste per:

-l'accoglimento del ricorso;

- la richiesta di inefficacia del contratto eventualmente stipulato,
- la declaratoria di aggiudicazione dell'appalto;
- il subentro nella sua esecuzione.

All'udienza del 16 marzo 2011, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso impugnatorio è fondato avuto riguardo al primo, assorbente e tranciante motivo di gravame.

E' pacifico tra le parti, che il plico contenente la busta a corredo dell'offerta è giunta alla commissione di gara aperta.

Esso è stato aperto dall'ufficio di smistamento posta di Narvam e solo successivamente trasmesso all'organo competente.

Nel verbale n. 7/D/500 del 21/9/2010 si legge che "le domande sono state tutte presentate entro il termine indicato nel bando di gara ... e sono pervenute tutte in busta chiusa tranne quella della ditta TECOAMBIENTE che è stata aperta dall'ufficio di smistamento posta di Narvam perché non riportante l'indicazione di partecipazione alla gara sull'esterno della busta".

L'amministrazione sostiene che tale omissione – motivo di apertura della busta – deve ritenersi irrilevante in quanto relativa a documenti diversi dalle offerte, mentre la segretezza del contenuto delle buste relative alle gare pubbliche, pena l'esclusione dalla gara stessa, è principio inviolabile soltanto per quanto attiene i plichi contenenti le offerte economiche presentate dalle ditte concorrenti. Tale circostanza, a suo dire, trova conferma nell'art. 73 del D.Lvo n.

163/2006 che nulla prescrive in ordine alla necessità di garantire la segretezza del contenuto delle medesime, tant'è che il Legislatore ha affidato anche ad altri mezzi (telefono o posta elettronica) la possibilità di presentazione delle domande.

Il Collegio non condivide la tesi.

La lettera di invito, contenente le regole speciali di gara, imponeva a carico della ditta – punto 2.1 “Condizioni di partecipazione” – l'onere di “far pervenire regolare offerta ... a mezzo raccomandata al Ministero della Difesa (Direzione Generale degli Armamenti Navali – NARVAM – 4[^] Reparto ...”.

Il punto 3 della lex specialis, prevedeva, altresì, la produzione di “documenti a corredo dell'offerta” e “l'offerta economica per ogni singolo lotto”.

Le due buste (documenti a corredo e offerta economica) andavano, poi, inserite in un plico chiuso e contrassegnato sui lembi di chiusura, indirizzato al “Ministero della Difesa (Direzione Generale degli Armamenti Navali – NARVAM – 4[^] Reparto ...”, recante la dicitura “Offerta per procedura ristretta con aggiudicazione mediante il criterio del prezzo più basso ... lotto ...”.

Ebbene, la busta contenente la domanda di partecipazione alla gara della società Tecnoambiente è stata aperta dall'ufficio protocollo in quanto non riportava indicazione di richiesta di partecipazione alla gara.

Pare evidente al Collegio, come l'apertura del plico ad opera di un

soggetto non qualificato, estraneo al seggio di gara, abbia violato il principio di integrità e segretezza della documentazione di gara.

L'apertura del plico – imputabile, peraltro, al comportamento poco diligente della società Tecnoambiente – ha permesso la conoscenza anticipata del contenuto al suo interno. Una tale omissione non può, ad avviso del Collegio, considerarsi irrilevante perché ha consentito a soggetti estranei alla commissione di gara di entrare materialmente in contatto con la documentazione e di (potenzialmente) manomettere o sostituire le buste ivi contenute.

Il Collegio condivide l'indirizzo giurisprudenziale (dominante) secondo cui 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 (cfr. T.A.R. Venezia Veneto, I, 19 luglio 2005, n. 2867, T.A.R. Palermo Sicilia, II, 13 marzo 2007, n. 810).

Nel caso di specie, si è verificata una evidente soluzione di continuità della segretezza del contenuto fra momento in cui il plico è uscito dalla sfera del soggetto partecipante ed il momento in cui lo stesso è giunto nella disponibilità della seggio di gara.

La società Tecnoambiente andava esclusa, pertanto, dalla successiva fase di esame/selezione delle offerte.

Siffatto rigore si giustifica per il fatto che il plico contenente la

documentazione a corredo dell'offerta è pervenuto alla Commissione di gara completamente aperto, ciò che ha impedito che alla sua apertura provvedesse unicamente e direttamente la Commissione pubblicamente in contraddittorio ed il giorno della gara.

La circostanza è stata tale, dunque, da non consentire alcuna certezza in ordine al rispetto delle regole di legalità previste per lo svolgimento della gara.

In altri termini, l'apertura del plico ha consentito l'accesso alle buste contenenti la documentazione a corredo dell'offerta e quella relativa all'offerta economica.

Ebbene, in situazioni come queste – in cui il plico perviene al seggio di gara aperto, così da far percepire nettamente il contenuto delle buste al suo interno, consentendo l'accesso alle medesime – la commissione di gara deve rigorosamente, in applicazione della lex specialis sulle modalità di presentazione dei plichi e nel rispetto dei principi di par condicio, imparzialità e segretezza, provvedere alla esclusione della ditta.

L'amministrazione sostiene che l'omissione sia irrilevante in quanto l'art. 73, c. 1 del d.Lvo n. 163/2006 prevede opzioni alternative per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara (telefono, via telematica) incompatibili con un principio di segretezza.

Il Collegio non condivide l'assunto.

Affinché sia praticabile detta soluzione alternativa occorre che il bando ne consenta la modalità, ferma restando, tuttavia, la necessità

di garantire, anche in questi casi, l'integrità delle buste fatte pervenire alla stazione appaltante.

Come sopra anticipato, la clausola del bando di gara in questione stabiliva inequivocabilmente che la ditta interessata alla partecipazione alla gara avrebbe dovuto "far pervenire regolare offerta ... a mezzo raccomandata al Ministero della Difesa (Direzione Generale degli Armamenti Navali – NARVAM – 4^o Reparto ...".

Or bene, la modalità così indicata non è compatibile con le opzioni alternative al plico chiuso previste dall'art. 73, c. 1 del D.Lvo 163/2006.

La clausola di bando era chiara e tassativa nel prevedere come unica modalità di presentazione della domanda l'uso del documento cartaceo, mediante spedizione o consegna diretta di busta chiusa recante sul fronte l'oggetto della gara (2.1 della lex specialis).

A tali modalità non si è attenuta la controinteressata.

La formulazione della clausola era chiara, nel senso di indicare una modalità vincolata di presentazione della domanda, prescelta dall'Amministrazione con esclusione di altre possibilità, pur previste dall'art. 73, c. 1 del D.Lvo n. 163/2006; anche perché l'invio di un plico chiuso è il solo che consente di valutare con immediatezza il rispetto del termine di presentazione della domanda senza dover attendere, altresì, l'arrivo della ulteriore "lettera" di conferma, che è sufficiente che sia spedita, ma non anche ricevuta entro il termine

medesimo.

Per quanto sopra esposto, il ricorso impugnatorio è fondato e per l'effetto vanno annullati gli atti della procedura d'appalto nella sola parte in cui l'amministrazione ha ammesso in gara la società Soc. Tecno Ambiente Srl.

L'accoglimento del ricorso – tenuto conto che il contratto d'appalto, anche a seguito dell'accoglimento della domanda cautelare, non risulta stipulato - reintegra le ricorrenti nella posizione soggettiva lesa ed assicura ad esse il risarcimento in forma specifica dell'interesse procedimentale e strumentale azionato in giudizio.

Restano salve le successive determinazioni dell'amministrazione.

Le spese processuali, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza e sono poste a carico del Ministero della Difesa mentre se ne può disporre la loro irripetibilità nei confronti della controinteressata non costituitasi.

P.Q.M.

pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi in motivazione.

Condanna il Ministero della Difesa al pagamento, in favore delle ricorrenti, delle spese processuali che si liquidano in € 3.000,00.

Spese irripetibili nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 marzo

2011 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/04/2011

IL SEGRETARIO

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