

Publicato il 19/06/2018

N. 00034/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00016/2018 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 16 del 2018, proposto da Alak S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Natale Bonfiglio, con domicilio eletto presso il suo studio in Messina, via Camiciotti, n. 102;

contro

Regione Autonoma Valle D'Aosta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Jans, Flavia Luciana Mandriota, Francesco Pastorino, con domicilio eletto presso il Dipartimento legislativo e legale –Avvocatura regionale in Aosta, piazza Deffeyes, 1;

Unite' dei Communes Valdotaines Monte - Rose, Stazione Unica Appaltante per la Regione Valle D'Aosta non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

1. del provvedimento in data 29 marzo 2018, con il quale il Dirigente dell'Assessorato Opere Pubbliche, Difesa del Suolo e Edilizia Residenziale Pubblica della Regione Valle D'Aosta --- in relazione alla gara indetta con procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs n. 50/2016 per l'affidamento dell'appalto misto per l'esecuzione dei lavori di costruzione di impianto di depurazione acque reflue fognarie a servizio dei comuni di Bard, Hône, Donnas, Pont-Saint Martin, Perloz, sito in comune di Donnas (AO) e per il servizio di gestione tecnico operativa dell'impianto (C.I.G.: 728005074E) --- ha disposto che: “si stabilisce l'esclusione dell'operatore economico ALAK S.R.L. dalla procedura di gara in oggetto in quanto il plico contenente la documentazione di cui alla procedura in oggetto è pervenuto lacero”.

2. del verbale di gara n. 1 del 29.3.2018, prot. n. 5557/DDS della seduta pubblica in data 29/03/2018 riguardante l'apertura della documentazione amministrativa, nella parte in cui è stata accertata la lacerazione e disposta l'esclusione di Alak s.r.l. per il plico lacerato, comunicate con l'anzidetto provvedimento sub 1.

3. del provvedimento prot. n. 5801/DDS del 06/04/2018 di riconvocazione della seduta pubblica per soccorso istruttorio per il 13 aprile 2018, e del provvedimento in data 10 aprile 2018 di rinvio della detta seduta al 17 aprile 2018, adottati dal nominato Dirigente dell'Assessorato Opere Pubbliche Difesa del Suolo e Edilizia Residenziale Pubblica della Regione Valle D'Aosta.

4. del verbale di gara n. 2 in data 17 aprile 2018 con il quale il competente ufficio presso la Stazione Unica Appaltante Valle D'Aosta c/o l'Assessorato Opere Pubbliche Difesa del Suolo e Edilizia Residenziale Pubblica della Regione Valle D'Aosta ha

respinto il reclamo interposto da Alak s.r.l. con le due note del 30 marzo e del 4 aprile 2018, ed ha confermato l'esclusione di Alak s.r.l. disposta con i sopra citati ed impugnati atti.

5. La nota in data 26 aprile 2018, con la quale il Dirigente dell'Assessorato Opere Pubbliche Difesa del Suolo e Edilizia Residenziale Pubblica della Regione Valle D'Aosta ha comunicato il predetto mancato accoglimento dell'istanza di riesame e la conferma dell'esclusione allegando il precitato Verbale di gara n. 2 in data 17 aprile 2018.

6. I sopra citati verbali di gara ed atti, con i quali le Amministrazioni resistenti hanno dato corso alle operazioni di gara successive con i due concorrenti ivi specificati che, per quel che è dato conoscere, sono approdate al segmento della valutazione delle offerte tecniche che dovrà essere effettuata da nominanda commissione.

7. di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, inclusi “i segmenti procedurali successivi, non conosciuti, e, quindi, l'eventuale graduatoria stilata ai fini dell'individuazione dell'oevp, nonché le successive proposta di aggiudicazione ed aggiudicazione definitiva e, quindi, la stipula del contratto”.

Nonché per la condanna

delle Amministrazioni resistenti:

1. Alla riammissione in gara di Alak s.r.l.;
2. Alla consequenziale ripetizione delle operazioni di gara.
3. In via del tutto subordinata, all'annullamento della gara ai fini della relativa riedizione al fine di consentire ad Alak s.r.l. la partecipazione e, quindi, la chance di aggiudicazione, anche previo/a annullamento e/o caducazione e/o declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Autonoma Valle D'Aosta;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2018 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 4 dicembre 2017, è stato pubblicato sulla G.U. n. 140 dalla Stazione Unica Appaltante per la Regione Valle d'Aosta, S.U.A. VDA, c/o Assessorato Opere pubbliche, difesa del suolo e edilizia residenziale pubblica per conto dell'Unité des Communes Mont-Rose, il bando di gara mediante procedura aperta relativo all'appalto misto per l'esecuzione dei lavori di costruzione di un impianto di depurazione acque reflue fognarie a servizio dei comuni di Bard, Hône, Donnas, Pont-Saint-Martin, Perloz, sito in comune di Donnas (AO) e per il servizio di gestione tecnico-operativa dell'impianto – CIG 728005074E.

Alla predetta gara ha partecipato la società Alak srl.

Con provvedimento in data 29 marzo 2018, il Dirigente dell'Assessorato Opere Pubbliche, Difesa del Suolo e Edilizia Residenziale Pubblica della Regione Valle D'Aosta ha disposto quanto segue: “si stabilisce l'esclusione dell'operatore economico ALAK S.R.L. dalla procedura di gara in oggetto in quanto il plico contenente la documentazione di cui alla procedura in oggetto è pervenuto lacero”.

Alak srl (d'ora in poi Alak) ha, quindi, proposto ricorso, datato 17 maggio 2018, avverso il predetto provvedimento impugnando altresì:

- il verbale di gara n. 1 del 29.3.2018, prot. n. 5557/DDS della seduta pubblica in data 29/03/2018 riguardante l'apertura della documentazione amministrativa, nella parte in cui è stata accertata la lacerazione e disposta l'esclusione di Alak s.r.l. per il plico lacerato;
- il provvedimento prot. n. 5801/DDS del 06/04/2018 di riconvocazione della seduta pubblica per soccorso istruttorio e il provvedimento in data 10 aprile 2018 di rinvio della detta seduta al 17 aprile 2018;
- il verbale di gara n. 2 in data 17 aprile 2018 con il quale è stato respinto il reclamo interposto da Alak con le due note del 30 marzo e del 4 aprile 2018, ed ha confermato l'esclusione della ricorrente dalla gara disposta con i sopra citati ed impugnati atti;
- la nota in data 26 aprile 2018, con la quale sono stati comunicati il predetto mancato accoglimento dell'istanza di riesame e la conferma dell'esclusione;
- ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, inclusi i segmenti procedurali successivi, non conosciuti.

La ricorrente ha, quindi, chiesto:

1. l'annullamento o la declaratoria di nullità dei predetti provvedimenti e atti impugnati;
2. la condanna delle Amministrazioni resistenti al risarcimento del danno in forma specifica ovvero:
 - in via principale, a riammettere in gara Alak s.r.l. ed a ripetere le operazioni di gara successivamente compiute.
 - in via subordinata, ad annullare l'intera gara per indirne altra o per riaprire i termini.

A fondamento del ricorso Alak ha dedotto, quale unico motivo, “Violazione ed erronea applicazione dell’art. 83 del d.lvo n. 50/2016 e s.m.i. eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà con i punti 7.2. e 7.3. del disciplinare di gara, della illogicità manifesta, del travisamento e/o erroneo apprezzamento dei fatti, dello sviamento dall’interesse pubblico e dalla causa giustificativa; della violazione del principio della massima partecipazione dei concorrenti. violazione degli artt. 2699 e 2700 c.c.”

Si è costituita in giudizio la Regione Valle d’Aosta chiedendo il rigetto del ricorso in quanto irricevibile e, comunque, infondato.

All’udienza del 12.6.2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Occorre, in primo luogo, esaminare le eccezioni preliminari sollevate dalla Regione.

Secondo parte resistente, infatti, il ricorso di Alak s.r.l sarebbe irricevibile, in quanto tardivo, essendo stato notificato in data 4 maggio 2018, laddove il provvedimento di esclusione dalla gara oggetto dell’impugnativa era pervenuto a conoscenza della ricorrente, il giorno stesso della sua adozione, in data 29 marzo 2018, con conseguente superamento del termine di giorni 30 previsto in materia di appalto.

L’eccezione è infondata e va respinta.

Invero, il dies a quo cui collegare l’onere di tempestiva impugnazione è quello del 17/4/2018 in cui la stazione appaltante ha assunto il verbale n. 2 nel quale ha provveduto a pronunciarsi sulle istanze di riesame avanzate dalla ricorrente procedendo ad effettuare una apposita , nuova istruttoria per poi, con nota del 26/4/2018,

comunicare la conferma dell'esclusione con l'allegazione del predetto verbale.

Al riguardo, si richiama l'insegnamento secondo il quale «ricorre l'atto meramente confermativo nel caso in cui è ribadita la decisione assunta nell'atto precedente, senza alcuna rivalutazione degli interessi, né nuovo apprezzamento dei fatti; vi è invece provvedimento di conferma quando si procede ad un riesame dalla precedente decisione, valutando nuovamente gli elementi di fatto acquisiti ovvero acquisendone di nuovi, come pure ponderando una seconda volta gli interessi coinvolti; il provvedimento di conferma si configura dunque come esito di un procedimento di secondo grado, senza che rilevi il fatto che la decisione assunta coincida perfettamente con quella contenuta nel precedente provvedimento, perché quel che conta è che essa sia il frutto di un rinnovato esercizio del potere amministrativo; in altri termini, sollecitata, in entrambi i casi, a riaprire il procedimento da un'istanza esterna, l'amministrazione con l'atto meramente confermativo dà una risposta negativa non riscontrando valide ragioni di riapertura del procedimento concluso con la precedente determinazione, laddove con il provvedimento di conferma dà una risposta positiva, riapre il procedimento e adotta una nuova determinazione; di conseguenza solo nel caso del provvedimento di conferma in senso proprio vi è un procedimento e, all'esito di questo, un nuovo provvedimento, sia pure di contenuto identico al precedente» (Consiglio di Stato, sez. V, 27/11/2017, n. 5547).

Nel caso di specie, a fronte del provvedimento di esclusione datato 29.3.2018, parte ricorrente ha richiesto alla Stazione Appaltante una rivalutazione della fattispecie in sede di autotutela e la Regione,

nell'adottare il successivo provvedimento del 26.4.2018 – anch'esso in questa sede impugnato –, non si è limitata a confermare tout court il precedente provvedimento, ma ha ribadito l'esclusione di Alak dopo aver svolto ulteriore attività istruttoria e motivando specificamente proprio all'esito della stessa.

Pertanto, il primo provvedimento di esclusione deve ritenersi superato definitivamente dalle valutazioni e statuizioni del verbale datato 17.4.2018 e dal provvedimento datato 26.4.2018, della cui legittimità o meno qui si discute.

Poiché il ricorso è stato notificato in data 4.5.2018, risultano rispettati i termini previsti per l'impugnazione dei predetti provvedimenti.

2. Nel merito.

Come accennato, l'esclusione di Alak è stata giustificata dalla Stazione appaltante in quanto il plico consegnato dalla ricorrente e contenente le offerte, all'atto della consegna, era pervenuto lacero e tale lacerazione presente su uno dei quattro lati del plico medesimo, consentiva di percepire visivamente, al suo interno, le tre buste contenenti, rispettivamente, la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e l'offerta economica, quest'ultima presentando una dimensione più ridotta rispetto alle prime due, cosicché era stata verificata, in concreto, con riferimento alla stessa, a differenza delle prime due, la possibilità, al tatto e alla vista, di una estrazione attraverso la predetta lacerazione.

2.1. Sotto un primo profilo, parte ricorrente ha invocato la circostanza, prevista al punto 7.2. del disciplinare di gara, per cui il plico contenente la documentazione di gara può essere consegnato

anche mediante corriere e a fronte di ciò l'Ufficio rilascia una ricevuta comprovante l'avvenuta consegna del plico.

Nel caso di specie è accaduto allora che il plico era stato consegnato tramite corriere TNT al protocollo dell'Ente resistente in data 23 marzo 2018, ore 13,44, e l'Ufficio, in persona della dipendente Bardini, aveva rilasciato la ricevuta comprovante l'avvenuta consegna di "spedizione integra" mediante sottoscrizione elettronica acquisita dal corriere TNT predetto. Secondo la detta ricevuta di consegna del plico integro, rilasciata dal pubblico funzionario addetto all'Ufficio Protocollo, farebbe piena prova fino a querela di falso ai sensi degli art. 2699 e 2700 c.c. e non sarebbe più contestabile ai sensi degli artt. 1697 e 1698 c.c. Parte ricorrente, quindi, ha lamentato che, pur a fronte di tale circostanza, non contestata dalla Stazione appaltante, quest'ultima ha tuttavia ritenuto di dover dar credito alla successiva annotazione effettuata dall'indicato funzionario addetto nel registro di protocollo, secondo la quale il plico era pervenuto lacerato.

Conseguentemente, sarebbe configurabile l'illegittimità derivata del verbale di gara n. 2 del 17 aprile 2018, perché ancorato all'anzidetto erroneo presupposto.

Sotto altro profilo, poi, parte ricorrente ha censurato l'illegittimità dei provvedimenti recanti l'esclusione di Alak in quanto, anche ammettendo che il plico fosse pervenuto lacerato, in ogni caso, la busta piccola contenente l'offerta economica, non visibile dalle fotografie inviate dalla Stazione appaltante ad Alak s.r.l. con il provvedimento del 29 marzo 2018, sicuramente era integra ed era stata chiusa nel rispetto del punto 7.3. del disciplinare, ai sensi del quale secondo cui: il plico deve contenere tre buste, a loro volta sigillate con nastro adesivo trasparente oppure timbrate o

controfirmate recanti le seguenti diciture:Busta "B" offerta economica.

In tal senso, la lacerazione non avrebbe comunque potuto determinare la violazione del principio di segretezza in quanto le buste contenute all'interno del plico risultavano correttamente sigillate e il plico subito dopo essere pervenuto alla Stazione Appaltante era stato conservato in cassaforte ed era quindi giunto nella disponibilità della Commissione nelle stesse condizioni nelle quali era stato consegnato.

In ogni caso, parte ricorrente, ritenuto che, per le ragioni sopra esposte, dovesse ritenersi certo che il plico era stato consegnato integro come da ricevuta di consegna sottoscritta dall'addetto all'Ufficio Protocollo, la Stazione appaltante avrebbe dovuto imputare a se stessa la responsabilità della lacerazione e del preteso e insussistente rischio della violazione del principio di segretezza delle offerte; sicchè, secondo Alak, i provvedimenti impugnati devono ritenersi illegittimi nella parte in cui, con palese eccesso di potere per illogicità e per la violazione del principio della par condicio dei concorrenti e della massima partecipazione, la stazione appaltante ha proseguito le operazioni di gara con gli altri operatori economici, operazioni che, invece, avrebbe dovuto annullare con l'intera gara provvedendo a bandirne altra o a riaprire i termini in guisa da consentire la partecipazione di Alak.

2.2. Il ricorso è fondato avuto riguardo ai profili di illegittimità dedotti con la seconda delle argomentazioni sopra illustrate, di carattere assorbente .

Infatti, anche ammettendo che il plico sia pervenuto lacero alla Stazione Appaltante, va ricordato l'insegnamento secondo il quale la lacerazione della busta che contiene l'offerta di gara non sempre è motivo di esclusione. E' conforme al principio di ragionevolezza, infatti, ritenere che la lacerazione tale da non compromettere il principio di segretezza delle offerte nelle gare d'appalto, consente l'applicazione del criterio di massima partecipazione (Cons. Stato, sez. V, 20/05/2010, n. 3179).

In questo senso, è certamente vero che 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).

Parimenti, questo Collegio conosce l'orientamento secondo il quale 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 (si vedano, Tar Veneto, Sez I . 19 luglio 2005 n. 2867 e Tar Sicilia –Palermo-, Sez.II 13 marzo 2007 n. 810).

Nondimeno deve ritenersi che il rigore predetto non possa trovare applicazione ogni qualvolta la lacerazione non sia tale da far percepire nettamente il contenuto delle buste o da consentire l'accesso alle medesime se non aprendo materialmente lo stesso, oppure qualora, pur di fronte ad una lacerazione che consente un parziale e limitato accesso alle buste contenenti le offerte – queste

ultime invece siano debitamente prive di lacerazioni e comunque tali da far escludere la possibilità di mera presa visione delle offerte in esse contenute.

Così deve escludersi ogni manomissione, per mancanza anche solo di indizi in senso contrario, nel momento in cui a partire dalla presa in consegna il plico ancorché pervenuto lacero al momento in cui la Commissione ha provveduto all'apertura la stazione appaltante abbia provveduto, come esattamente avvenuto nel caso de quo, alla conservazione dei plichi con modalità idonee ad escludere qualunque indebita interferenza da parte di terzi, dovendosi così presumere, sempre in mancanza di elementi di segno contrario, che a fronte di siffatte modalità di custodia e conservazione non vi siano state manomissioni o sostituzioni.

Come rilevato dal Consiglio di Stato, Ad.Pl. 03/02/2014, n. 8, il fatto che le modalità di conservazione siano state meno rigorose, non autorizza a presumere che la manipolazione vi sia stata, a meno che non vengano prodotte in tal senso prove o quanto meno indizi. Si ha, quindi, un vizio invalidante qualora sia positivamente provato, o quanto meno vi siano seri indizi, che le carte siano state manipolate negli intervalli fra un'operazione e l'altra.

Orbene, sulla scorta delle risultanze di fatto che contrassegnano la vicenda in questione è rilevabile che:

a) da un lato, in base all'esame congiunto dei verbali della commissione e dalla documentazione tutta versata in giudizio, immediatamente dopo la consegna da parte di TNT alla stazione appaltante, la dipendente che ha preso in carico il plico medesimo – dichiarato “lacerato” – lo ha immediatamente fotografato e ha proceduto all'annotazione dello stato di lacerazione;

b) dall'altro lato si è provveduto a custodire il plico in cassaforte e di tale modalità di conservazione dà atto la Commissione giudicatrice nei relativi verbali senza rilevare che il plico ha subito modifiche.

Parimenti, va sottolineato che dai verbali, così come dai provvedimenti di esclusione impugnati e dagli atti della presente controversia, non risulta accennato e nemmeno lontanamente adombrato che vi possano essere stati dei comportamenti dolosi da parte di chicchessia volti a manipolare, manomettere e comunque violare la segretezza delle offerte presentate da Alak.

Pertanto, in ossequio al principio di massima partecipazione, non potendosi ravvisare nella specie una violazione dell'obbligo di segretezza di per sé idonea a giustificare l'esclusione di Alak, la disposta esclusione dalla gara deve ritenersi assunta illegittimamente e va conseguentemente pronunciato l'annullamento:

- del verbale di gara n. 2 in data 17 aprile 2018 nella parte in cui ha respinto il reclamo interposto da Alak s.r.l. con le due note del 30 marzo e del 4 aprile 2018, ed ha confermato l'esclusione di Alak s.r.l. dalla gara di appalto;

- della nota in data 26 aprile 2018, con la quale il Dirigente dell'Assessorato Opere Pubbliche Difesa del Suolo e Edilizia Residenziale Pubblica della Regione Valle D'Aosta ha comunicato il predetto mancato accoglimento dell'istanza di riesame e la conferma dell'esclusione allegando il precitato Verbale di gara n. 2 in data 17 aprile 2018.

Ne consegue altresì che da parte di questo Tribunale deve essere ordinato, siccome si ordina, alla Stazione appaltante di provvedere a riammettere in gara Alak srl con l'adozione dei provvedimenti consequenziali.

3. In punto spese di lite.

Pur a fronte dell'accoglimento della domanda di parte ricorrente sussistono i presupposti per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti in considerazione del fatto che l'entità della lacerazione del plico, come emergente dagli atti, era, in sé considerata, tutt'altro che irrilevante, sicchè deve ritenersi comprensibile se non giustificabile il comportamento "prudente" adottato dalla Stazione appaltante nell'adottare il provvedimento di esclusione in contestazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

1) accoglie il ricorso RGN 16/18 nei limiti e per le ragioni di cui alla parte motiva e, per l'effetto, annulla:

- il verbale di gara n. 2 in data 17 aprile 2018 nella parte in cui ha respinto il reclamo interposto da Alak s.r.l. con le due note del 30 marzo e del 4 aprile 2018, ed ha confermato l'esclusione di Alak s.r.l. dalla gara di appalto;

- la nota in data 26 aprile 2018, con la quale il Dirigente dell'Assessorato Opere Pubbliche Difesa del Suolo e Edilizia Residenziale Pubblica della Regione Valle D'Aosta ha comunicato il predetto mancato accoglimento dell'istanza di riesame e la conferma dell'esclusione allegando il precitato Verbale di gara n. 2 in data 17 aprile 2018;

2) Condanna la Regione Autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste a riammettere in gara Alak srl con l'adozione dei provvedimenti conseguenti;

3) Compensa le spese di lite del presente giudizio.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Paolo Nasini, Referendario, Estensore

Laura Patelli, Referendario

L'ESTENSORE

Paolo Nasini

IL PRESIDENTE

Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO