



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 la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1241 del 2017, proposto da:
Fabio Bellaera, rappresentato e difeso dagli avvocati Sebastiano Sallemi e
Alessandra Leonardi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Cristina
Gulisano in Catania, via G. D'Annunzio n. 158;

contro

Comune di Ragusa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Sergio Boncoraglio, domiciliato ex art. 25 cpa presso la Segreteria del
Tribunale, via Milano 42/B;

nei confronti di

Zunk Studio S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della Determina Dirigenziale n.743 del 9.5.2017 del Settore VI, del Comune di
Ragusa (Ambiente, Energie e Verde Pubblico);

- della manifestazione di interesse pubblicata sul sito istituzionale del Comune di Ragusa del Settore VI, del Comune di Ragusa (Ambiente, Energie e Verde Pubblico);
- del successivo verbale di gara del 30.05.2017, con cui la Commissione ha disposto l'esclusione dell'offerta dell'arch. Pian. Bellaera poiché "l'offerta economica non è contenuta in apposita busta chiusa e sigillata, così come previsto, a pena di esclusione, all'art. 11 comma A3 della manifestazione";
- della nota del 6.6.2017, con la quale il RUP rigettava la richiesta di riesame in autotutela della procedura di aggiudicazione relativa "all'affidamento per un anno del servizio DEC per il servizio integrato di rifiuti urbani";
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ragusa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2017 il dott. Pancrazio Maria Savasta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Con Determina Dirigenziale n.743 del 9.5.2017 del Settore VI, il Comune di Ragusa (Ambiente, Energie e Verde Pubblico) pubblicava sul proprio sito istituzionale una "manifestazione di interesse" per il conferimento di un "incarico per un anno di direttore per l'esecuzione del contratto del servizio di igiene urbana in corso di affidamento", da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

In esito alle operazioni di gara, con verbale del 30.5.2017, il Presidente, esperiti gli incombeni di rito, esaminava la documentazione amministrativa del primo

concorrente “ZUNK Studio s.r.l.” e nella stessa seduta ne dichiarava l’esclusione dalla procedura di affidamento, considerata “la mancanza del requisito di cui all’art. 4 bis) comma 3”.

La Commissione, quindi, procedeva all’apertura dell’offerta del secondo concorrente, attuale ricorrente, e constatava che “l’offerta economica non è contenuta in apposita busta chiusa e sigillata, così come prescritto a pena di esclusione, all’art. 11 comma A3 della manifestazione”.

Il Presidente procedeva comunque alla verifica della documentazione amministrativa e delle dichiarazioni rese, riscontrando la regolarità delle stesse.

Pur essendo l’unica offerta rimasta in gara e pur valutando la documentazione amministrativa idonea, “il Presidente dichiara esclusa dalla procedura di affidamento anche la ditta Arch. Bellaera Fabio”.

In data 31.05.2017, il ricorrente inviava una nota con la richiesta di riesame in autotutela della procedura di aggiudicazione per l’affidamento del servizio DEC.

Tuttavia, con nota del 6.6.2017, il Rup Ing. Pluchino Giorgio e il dirigente del settore VI ing. Giuliano Giuseppe rigettavano l’istanza di annullamento in autotutela confermando l’esclusione della ditta Bellaera.

Con ricorso notificato il 29.6.2017 e depositato il 13.7.2017, il ricorrente ha impugnato siffatti provvedimenti, affidandosi alle seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione dell’articolo 76 del d.lgs 50/2016.
2. Violazione e falsa applicazione del principio di conservazione degli atti di gara - violazione e falsa applicazione del principio di non aggravamento del procedimento amministrativo.

Costituitasi, l’Amministrazione ha concluso per l’infondatezza del ricorso, posto che la mancata sigillatura della busta contenente l’offerta determinerebbe comunque l’esclusione del concorrente inadempiente, anche nell’ipotesi in cui, così come sostenuto con la seconda censura, questi sia rimasto, come nel caso di

specie, l'unico in gara.

All'Udienza camerale del 20.9.2017, previo avviso alle parti della possibile definizione del giudizio mediante forma semplificata, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

II. Premette il Collegio che il ricorso non segue il rito dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., così come ritenuto da parte ricorrente, posto che l'esclusione per mancata sigillatura della busta contenente l'offerta non rientra tra le tassative ipotesi previste dalla predetta norma, la quale, nella parte di interesse, così espressamente recita: "il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11".

Consegue che, trattandosi di norma speciale, le diverse ipotesi di esclusione seguono il rito ordinario previsto dall'art. 120 c.p.a. e, pertanto, in ogni caso, il ricorso è tempestivo.

In ordine al merito della questione agitata, ritiene il Collegio che, ove il bando richieda la sigillatura della busta dell'offerta, il mancato adempimento di tale prescrizione giustifichi l'esclusione dalla gara.

La circostanza non è contestata.

Invero (cfr. Cons. Stato, IV, 10.3.2011, n. 1553), «nell'ambito della procedura di affidamento di un appalto pubblico, il bando di gara che prevede la sigillatura delle buste reca prescrizioni non meramente formali, ma poste a garanzia dei principi della par condicio e di segretezza delle offerte, che altrimenti non risultano assicurati. Né può attribuirsi rilievo, al fine di neutralizzare il rilievo da attribuirsi alla mancata sigillatura, alla circostanza che la busta A fosse contenuta in un plico

regolarmente sigillato e controfirmato, dovendo la richiesta garanzia di integrità della documentazione inerente l'offerta operare in astratto ed ex ante, attraverso il rispetto delle modalità di confezionamento richieste dal bando che assicurano l'impossibilità della manomissione dei documenti in essa contenuti, riflettendosi l'inosservanza della *lex specialis* sulla regolarità della gara, in quanto incidente sulle garanzie di *par condicio* e di segretezza>>.

Per altro (cfr. Tar Catania, III, 12.6.2017, n. 1412), <<è da condividere l'opinione (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 15/09/2015, n. 4302) . . . secondo la quale (tenuto conto anche del principio di tassatività delle cause di esclusione) “in tema di interpretazione delle clausole della *lex specialis* (si) ritiene che esse vincolino tanto i concorrenti quanto la stazione appaltante, in capo alla quale non sussiste alcun margine di discrezionalità per la loro concreta attuazione: in effetti, essa non potrebbe disapplicare tali regole nemmeno qualora risultino formulate in modo inopportuno o incongruo, potendo, in tal caso, al più, ricorrere all'autotutela annullando il bando di gara (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 2011, n. 5282). Le ragioni sottese al rigore formale che caratterizza la disciplina delle procedure di gara, risiedono sia nelle inderogabili esigenze di certezza e celerità dell'azione amministrativa, che nella necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la *par condicio* fra i concorrenti: di conseguenza, un'interpretazione diversa da quella letterale può essere effettuata soltanto qualora una disposizione contenuta nel bando di gara o nella lettera di invito sia formulata in modo equivoco (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2010, n. 5075)>>.

Ritiene il Collegio che, essendo la sigillatura deputata, tra l'altro, a impedire la manomissione delle buste contenenti le offerte – e che la valutazione segua un giudizio necessariamente *ex ante* – poco rilevi che sia rimasta una sola offerta da scrutinare (per altro, quindi, “non unica”), sicché il principio di conservazione invocato da parte ricorrente (vale a dire, a fronte di una residua unica offerta

sarebbe recessivo l'aspetto formale della mancata sigillatura, in quanto potenzialmente insuscettibile di arrecare pregiudizio ad alcuno) è recessivo rispetto a quello della necessaria integrità degli atti, volto a garantire che la gara si svolga senza alcuna possibile manomissione del contenuto dell'offerta, circostanza, questa, astrattamente "necessaria" anche in presenza di un solo candidato.

Anzi, in quest'ultimo caso, a maggior ragione la sigillatura appare necessaria, posto che l'eventuale sostituzione dell'offerta unica – senza concorrenti comunque da "superare" - è cosa molto più semplice (e "utile"), non essendo necessario agire anche sulle altre buste eventualmente idonee a garantire la segretezza del contenuto.

Infatti, sempre in astratto (ma, si ribadisce, la valutazione va in tal modo operata) la manipolazione potrebbe giovare a modificare l'offerta in una più remunerativa, soprattutto ove ne sia stata presentata una soltanto.

Né potrebbe invocarsi, e in effetti ciò non è avvenuto, il soccorso istruttorio ex art. art. 83, comma 9, D.lgs. n. 50/2016, posto che lo stesso si applica soltanto in presenza di "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda", tra le quali non rientra certamente quella esaminata.

Consegue il rigetto del ricorso.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente alle spese di giudizio, che vengono liquidate in € 2.000, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente, Estensore

Maria Stella Boscarino, Consigliere

Giuseppa Leggio, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO