

N. 00942/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00549/2015 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 549 del 2015, proposto da:  
3WPS S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Antonino Morello, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Bologna, Via S. Vitale n. 55;

contro

-Cup 2000 S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Giuseppe Vallania, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Collegio di Spagna N.5/2;  
-RUP -Presidente Seggio di Gara Procedura Aperta c/o Cup 2000 S.p.a., n.c.;

per l'annullamento, previa sospensiva,

del verbale del Seggio di Gara del 5 giugno 2015, con cui la società ricorrente è stata esclusa dalla procedura aperta per l'acquisizione di servizi di sviluppo software a supporto della produzione aziendale per la durata di 24 mesi, bandita da CUP 2000 s.p.a.; b) del provvedimento del 9.6.2015, con cui il RUP-Presidente del Seggio di Gara ha comunicato la suddetta esclusione; c) del provvedimento in data 15.6.2015 con cui il RUP-Presidente del Seggio di Gara ha rigettato l'istanza di autotutela avanzata dalla società ricorrente, confermando il provvedimento di esclusione; nonché per ottenere sentenza dichiarativa della nullità e/o pronuncia di annullamento, per quanto occorrer possa e nei limiti di cui *infra* del bando per la suddetta procedura aperta emesso da CUP 2000 (CIG: 6217137FBD), nella parte in cui sono disciplinate le "Modalità di presentazione dell'offerta" (paragrafo 5).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cup 2000 S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 30 settembre 2015, il dott. Umberto Giovannini 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 presente gravame, la società 3WPS s.r.l., che ha presentato domanda di partecipazione alla procedura aperta bandita da CUP 2000 s.p.a. per l'acquisizione a supporto della produzione aziendale per la durata di mesi 24 di servizi di sviluppo software, chiede principalmente l'annullamento del verbale del seggio di gara in data 5/6/2015, con cui la concorrente odierna ricorrente è stata esclusa dalla gara. La stessa impugna, inoltre, la comunicazione della propria esclusione ad opera del RUP – Presidente del seggio di gara – ed il successivo provvedimento con il quale lo stesso RUP ha respinto l'istanza diretta ad ottenere l'annullamento in autotutela dell'esclusione dalla gara. È impugnato, infine, il bando di gara, limitatamente alle parti di interesse, così individuate nella disciplina contenuta nel paragrafo 5 del Disciplinare, relativo alle "Modalità di presentazione dell'offerta". A sostegno dell'impugnativa, 3WPS s.r.l. deduce motivi in diritto rilevanti: eccesso di potere per falso supposto di fatto, non risultando vero, secondo l'istante, quanto affermato dalla stazione appaltante nel provvedimento di esclusione, in merito al fatto che il lembo superiore della busta sia stato "...chiuso mediante semplice pressione della striscia adesiva interna predisposta dal fabbricante", poiché la busta è stata chiusa mediante incollamento (con colla Pritt) del lembo superiore; violazione del paragrafo 5 del bando di gara, perché tale norma della *lex specialis* riferisce l'ipotesi di esclusione dalla gara unicamente al caso – secondo la ricorrente nella specie non verificatosi, alla mancata o difforme sigillatura del plico e non delle buste in esso contenute; inoltre, il bando non prescrive la tassatività delle modalità di sigillatura; violazione del bando alla luce dell'art. 46, comma 1 bis D. Lgs. n. 163 del 2006.

Si è costituita in giudizio società CUP 2000 s.p.a., chiedendo la reiezione del ricorso, in quanto infondato.

Con ordinanza collegiale n. 215 del 9/7/2015, questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare della ricorrente al limitato fine dell'ammissione, con riserva, della concorrente alla procedura aperta oggetto di causa.

Alla pubblica udienza del 30 settembre 2015, la causa è stata chiamata ed è stata quindi trattenuta per la decisione come da verbale.

Il Collegio ritiene che, anche nel merito, vada ribadita la decisione presa in sede di esame della istanza cautelare presentata dalla ricorrente, ove si è attribuita al paragrafo 5 del bando di gara: "Modalità di presentazione dell'offerta", una portata meramente formalistica, che, causando l'esclusione della ricorrente, si pone palesemente in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche di cui è espressione, in via generale, l'art. 46 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e, nel particolare che interessa in questa sede, il comma 1 bis della norma, che stabilisce – in tema di sigillatura dei plichi e delle buste relativi alla partecipazione delle imprese a gare pubbliche – che si possa escludere una concorrente dalla gara pubblica, solo nel caso in cui le irregolarità accertate riguardo alla chiusura dei plichi e delle buste in esso contenute siano "...tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte...", con conseguente previsione, nei casi che si pongono al di fuori dell'ambito descritto dalla norma, di nullità delle clausole dei bandi di gara che dispongono diversamente da essa. Nella specie, pertanto, ove non è contestato che l'irregolarità commessa dalla ricorrente (chiusura della busta contenente la documentazione con colla anziché mediante ceralacca o altra striscia plasticata incollata) non abbia dato adito, in concreto, a ritenere che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte, stante che, nelle motivazioni dell'esclusione, la stessa stazione appaltante ha rilevato – contrariamente a quanto in un primo tempo dalla stessa asserito (chiusura della busta unicamente mediante striscia gommata predisposta dalla ditta produttrice) – che l'irregolarità accertata consiste unicamente nella chiusura del lembo superiore della busta della ricorrente mediante incollaggio dello stesso con colla PRITT, e non con le modalità previste dal bando, con conseguente sostanziale riscontro, a *contrario*, in ordine all'effettiva chiusura ed integrità della busta.

Pertanto, la questione da esaminare nella presente fattispecie è esclusivamente quella vertente sulla legittimità o no dell'esclusione di una concorrente dalla gara pubblica, che si fonda sulla circostanza che essa non abbia sigillato la busta contenente la documentazione di gara, secondo le precise modalità indicate nella *lex specialis*. In questi casi, il Collegio ritiene – sul punto condividendo il rilevante orientamento giurisprudenziale affermatosi sulla questione – che in assenza di concreti elementi idonei a ritenere possibile la violazione del principio di segretezza dell'offerta, non possa che prevalere la soluzione sostanzialistica della questione, fornita, appunto, dall'art. 46, comma 1 bis, D. Lgs. n. 163 del 2006.

D'altra parte, si osserva che, seppure risulti senz'altro condivisibile la premessa da cui partono le argomentazioni difensive svolte stazione appaltante, secondo cui "...la segretezza delle offerte, presidio contro il rischio di manomissione delle stesse, sia strettamente connessa anche alla soltanto possibile alterazione della documentazione..", non risulta altrettanto condivisibile la conclusione alla quale, da tale corretta impostazione, essa perviene. Essa sostiene, in definitiva, che solo la sigillatura del plico e delle buste con le modalità previste dalla clausola del bando dia la garanzia dell'esclusione da possibili manomissioni dell'involucro cartaceo. In realtà, si deve osservare che la soluzione sostanzialistica della questione prevista dall'art. 46, comma 1 bis del D. Lgs. n. 163 del 2006, richiede espressamente, affinché possa considerarsi legittima la statuizione di esclusione dalla gara pubblica, in presenza di irregolarità riguardanti la chiusura dei plichi e delle buste da presentare alla stazione appaltante, la sussistenza di "circostanze concrete", tali da far ritenere possibile la manomissione dell'involucro cartaceo (quali sono, ad esempio, segni tangibili di

tale fatto abrasioni, lacerazioni, piegature anomale della busta). Nella specie, peraltro, la stazione appaltante non ha rilevato la presenza di alcuna delle predette circostanze di fatto, avendo essa stessa verificato l'effettiva chiusura della busta mediante incollamento dei lembi e delle successive operazioni di apposizione del timbro e di sottoscrizione del lembo stesso. Su tale punto, il Collegio ritiene di dovere precisare che – in ragione degli stessi motivi già esposti - a nulla rileva, l'asserita (ma del tutto indimostrata) equivalenza che l'amministrazione ritiene esserci tra chiusura della busta mediante semplice pressione sulla striscia gommata interna apposta dalla impresa produttrice e chiusura mediante applicazione di colla commerciale sul lembo, prospettata dalla stazione appaltante allo scopo di ritenere che, in entrambi i casi, risulti facile la manomissione della busta, senza lasciare, quindi, segni o comunque tracce di tale operazione.

Le considerazioni dianzi svolte risultano inoltre confermate da autorevole giurisprudenza che si è pronunciata in un caso simile a quello in trattazione, secondo cui: "...deve ritenersi necessaria e sufficiente una modalità di sigillatura del plico tale da impedire che il plico potesse essere aperto e manomesso senza che ne restasse traccia visibile. Ne deriva che, anche in caso di mancata osservanza pedissequa e cumulativa di ciascuna delle singole modalità di chiusura contemplate dal disciplinare di gara, deve ritenersi preclusa l'esclusione di un'impresa concorrente in presenza di una modalità di sigillatura comunque idonea a garantire l'ermetica e inalterabile chiusura del plico..." (v. Cons. Stato sez. VI, 22/1/2013 n. 319). In altre autorevoli pronunce si è inoltre stabilito che "Il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 46 D. Lgs. n. 163 del 2006, che rappresenta la specificazione dei principi di proporzionalità e del *favor participationis*, propri delle procedure ad evidenza pubblica, ha carattere cogente, con conseguente illegittimità delle clausole della *lex specialis* con esso contrastante (Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5155; 9 settembre 2013, n. 4471). Per le suesposte ragioni, il ricorso è accolto e, per l'effetto, è annullata, *in parte qua*, la disposizione del bando di gara (paragrafo 5), ove si prevede l'esclusione della concorrente che non abbia sigillato plico e buste contenenti la documentazione di gara secondo le modalità prescritte dalla stessa norma, e, conseguentemente, è annullato il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla suddetta gara.

Il Collegio ritiene che, in ragione sia della novità della peculiare questione esaminata sia dell'esistenza di oscillazioni giurisprudenziali in materia, le spese del giudizio possano essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna, Bologna (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il gravato provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 30 settembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere, Estensore

Laura Marzano, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/10/2015

IL SEGRETARIO

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