



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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 993 del 2012, proposto da Vigilanza Privata Serenissima Soc. Coop. (impresa capogruppo) e Arco s.r.l. (impresa mandante), in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avv. Katia Balestra, con domicilio eletto presso Katia Balestra in Venezia-Mestre, via A. Lazzari, 10;

contro

Autorità Portuale di Venezia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Venezia, San Marco, 63; Commissione Gare dell'Autorità Portuale di Venezia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Venezia, S. Marta, Fabbricato 13, domiciliata *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato in Venezia, San. Marco, 63;

nei confronti di

C.I.V.I.S. Centro Italiano di Vigilanza Interna e Stradale s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio ed in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresa tra C.I.V.I.S s.p.a. (in qualità di capogruppo) e Istituto di Vigilanza Privata Castellano srl e CDS s.r.l. (in qualità di imprese mandanti), rappresentati e difesi dagli avv.ti Maurizio Olivetti e Mario Scopinich, con domicilio eletto presso il loro studio in Venezia-Mestre, via Cappuccina, 40;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- della nota del 13.06.2012, prot. 17290-GARE-DTEC/10166, con cui è stata comunicata l'aggiudicazione definitiva in favore della costituenda A.T.I. composta da C.I.V.I.S s.p.a. (in qualità di capogruppo) e Istituto di Vigilanza Privata Castellano s.r.l. e CDS s.r.l. (in qualità di imprese mandanti) dei “*Servizi di vigilanza ai varchi di accesso alle aree portuali di Venezia e Porto Marghera e gestione della Control Room*”, di cui alla procedura aperta indetta dall'Autorità Portuale di Venezia con bando pubblicato in G.U.C.E. n. S251 del 30.12.2011 e nella G.U.R.I. n. 4 del 11.01.2012;
- della lettera d'ordine del 13.06.2012, prot. n. 17290-GARE-DTEC/10154, a firma del Presidente dell'Autorità Portuale di Venezia con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva, al costituendo R.T.I. composto da C.I.V.I.S s.p.a. (in qualità di capogruppo) e Istituto di Vigilanza Privata Castellano s.r.l. e CDS s.r.l. (in qualità di imprese mandanti), dell'appalto concernente i “*Servizi di vigilanza ai varchi di accesso alle aree portuali di Venezia e Porto Marghera e gestione della Control Room*”;
- del processo verbale di pubblico incanto della Commissione Gare dell'Autorità Portuale di Venezia del 04.06.2012, rep. 34224, con cui è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore del costituendo R.T.I. composto da C.I.V.I.S

spa (in qualità di capogruppo) e Istituto di Vigilanza Privata Castellano s.r.l. e CDS s.r.l. (in qualità di imprese mandanti);

- dei verbali della Commissione Gare dell'Autorità Portuale di Venezia del 24.04.2012, del 14.05.2012, del 28.05.2012 e della nota del 29.05.2012, prot. 17010-DIST/9289, a firma del presidente della Commissione giudicatrice;

- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto in quanto stipulato e dell'accertamento del diritto delle imprese ricorrenti a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto;

- ovvero, in via subordinata, per la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno;

- di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Venezia e di C.I.V.I.S. s.p.a. in qualità di impresa mandataria.

Viste le memorie difensive.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2012 il dott. Enrico Mattei 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

Con atto di ricorso (n.r.g. 993/2012), notificato il 27.06.2012 e depositato il 04.07.2012, Vigilanza Privata Serenissima Soc. Coop. e Arco s.r.l. hanno adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, degli atti, meglio specificati in epigrafe, concernenti la procedura aperta indetta dall'Autorità Portuale di Venezia per l'affidamento dei servizi di vigilanza ai varchi

di accesso delle aree portuali di Venezia e Porto Marghera e gestione della relativa control room.

Con unico motivo di gravame, i ricorrenti hanno proposto le seguenti doglianze:

- Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara (punto 1 del disciplinare di gara richiamato al punto 10 del bando di gara), anche in relazione ai generali principi in materia di evidenza pubblica, di correttezza e razionalità dell'azione amministrativa, dei principi in tema di segretezza dell'offerta e di *par condicio* dei concorrenti; violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 241/1990.
- Eccesso di potere: illegittimità manifesta e contraddittorietà dello svolgersi dell'azione amministrativa; violazione della *par condicio* dei concorrenti con disparità di trattamento; motivazione meramente apparente.

Deducono, nello specifico, l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione stante la mancata esclusione del R.T.I. aggiudicatario per violazione del punto b), pagina 1, del disciplinare nella parte in cui prevede che i soggetti interessati a partecipare alla gara avrebbero dovuto presentare, a pena di esclusione, plico sigillato con ceralacca.

L'Autorità Portuale di Venezia si è costituita in giudizio per resistere al gravame rilevando, in via preliminare, il difetto di legittimazione passiva della Commissione esaminatrice e contestando, nel merito, le tesi difensive *ex adverso* svolte.

Si è, altresì, regolarmente costituito il R.T.I. controinteressato il quale ribadisce la legittimità di tutte le operazioni di gara.

DIRITTO

Preliminarmente il Collegio ritiene di dover estromettere dal giudizio la Commissione esaminatrice, atteso che tale soggetto difetta di autonoma soggettività giuridica in quanto organo straordinario dell'Amministrazione

appaltante nei cui confronti soltanto possono essere imputati gli atti della Commissione medesima e, più in generale, gli effetti del suo operato.

Con unica ed articolata censura il Raggruppamento temporaneo d'impresa, odierno ricorrente, lamenta la lesione sia del principio di segretezza dell'offerta economica presentata dal soggetto aggiudicatario della procedura selettiva de qua, *ex* punto 10 del bando di gara (che rinvia sul punto al disciplinare di gara), nonché del principio di par condicio dei concorrenti.

Secondo la prospettazione attorea la violazione della citata disposizione altro non poteva che condurre alla esclusione dell'aggiudicataria.

Dagli atti di causa, risulta (cfr. verbale di gara 1 marzo 2012) che la Commissione di gara, in relazione al plico contenente l'offerta presentato dalla A.T.I. Civis Vigilanza Castellano – C.D.S. s.r.l., rilevata la mancata apposizione sui relativi lembi di chiusura del sigillo con cera lacca, ha ritenuto *“ciò nonostante garantita la riservatezza e l'integrità della documentazione contenuta”*, ed ha ammesso l'offerta alla prosecuzione dell'iter procedimentale.

Con ordinanza istruttoria n. 1147/2012 la Sezione ha chiesto alla Stazione appaltante specifici chiarimenti in merito alle effettive modalità di sigillatura accertate dalla Commissione di gara con riferimento al plico presentato dalla A.T.I. Civis Vigilanza Castellano – C.D.S. s.r.l..

A tale ordinanza ha dato puntuale esecuzione l'Autorità Portuale di Venezia la quale ha depositato, in data 27 agosto 2012, la relazione contenente i chiarimenti richiesti, corredati da copia fotografica del predetto plico e dei relativi lembi di chiusura che confermano l'assenza della prescritta sigillatura mediante ceralacca.

La censura merita di accoglimento.

Al fine del decidere, occorre, in primo luogo, stabilire la compatibilità fra la succitata disposizione della *lex specialis* – a norma della quale *“Il plico contenente l'offerta economica e la documentazione dovrà a pena di esclusione dalla gara:..... lett. b) essere*

idoneamente sigillato con cera lacca, timbrato e controfirmato sui lembi di chiusura.....” – e il principio espresso dall’art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. 163/06 (applicabile alle gare bandite successivamente al 14 maggio 2011, come previsto dall’art. 4, comma 3, del medesimo d.l. 70/2011 e dunque anche alla gara in questione) a tenore del quale: “la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché' nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

Deve infatti rammentarsi che, in applicazione del citato comma 1 *bis*, la Commissione di gara ha ritenuto, nel caso in esame, comunque garantita l’integrità del plico contenente l’offerta in presenza di una sigillatura con nastro adesivo del tipo Scotch 550, in luogo della prescritta sigillatura con cera lacca, prevista a pena d’esclusione, dalla anzidetta disposizione del disciplinare di gara.

A tale riguardo, sulla base della consolidata elaborazione normativa e giurisprudenziale, i principi di *par condicio*, di *favor participationis*, di segretezza dell’offerta, di tassatività delle cause di esclusione, costituiscono regole generali non derogabili da parte delle scelte discrezionali della stazione appaltante.

Ciò posto, con specifico riferimento al caso in esame, la *lex specialis* altro non può che costituire il complesso di regole comuni disciplinanti le singole fasi del procedimento di gara, alla cui corretta ed integrale applicazione la Stazione appaltante è tenuta, in ossequio al predetto principio di *par condicio* dei partecipanti alla gara, ad attenersi.

Unitamente a tale profilo, decisiva valenza assumono, altresì, in materia i principi, innanzi riferiti, di segretezza delle offerte - perseguibile mediante la previsione di idonee modalità di confezionamento dei plichi e di sigillatura e di sottoscrizione dei lembi di chiusura dei plichi medesimi, contenenti le offerte di gara - e del cosiddetto *favor participationis*.

In particolare deve osservarsi che la previsione di specifiche formalità di chiusura del plico (ceralacca timbratura e controfirma sui lembi di chiusura), eventualmente stabilite nel bando di gara rispondono alla evidente finalità di preservare l'integrità della busta contenente l'offerta di gara, per cui ben può ritenersi che la "difformità" dei "sigilli e delle sigle" rispetto a quanto stabilito dalla *lex specialis* possa essere sanzionata con l'esclusione dalla gara, costituendo un chiaro presidio a salvaguardia del principio di segretezza dell'offerta.

Per altro verso, il richiamato principio del cd. *favor* alla massima partecipazione degli aspiranti ad una selezione pubblica deve, ad avviso del Collegio, ritenersi pienamente operante in presenza di clausole di esclusione contenute nella *lex specialis* che siano di incerta od ambigua interpretazione, al fine di non pregiudicare la partecipazione concorrenziale, non potendo invece incidere nei riguardi delle cause di esclusione dipendenti dalla mancanza di elementi essenziali dell'offerta o dalla incompletezza o irregolarità dell'offerta stessa, intesa nella sua interezza.

Ciò detto, con riferimento alla fattispecie controversa, deve rilevarsi che la Commissione di gara ha ritenuto salvaguardato il principio di segretezza dell'offerta, nonostante la mancata sigillatura mediante cera lacca, univocamente prescritta dalla legge speciale di gara, ritenendo, in applicazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, equipollente ad essa l'apposizione sulla fessura per l'inserimento della documentazione di gara di nastro adesivo del tipo "Qualità SCOTCH 550".

Invero, occorre osservare che, nel caso di specie, una corretta e coerente applicazione della disposizione di cui all'art. 46, comma 1 *bis* non può prescindere totalmente delle finalità di integrità e riservatezza dell'offerta, che in relazione alla gara anzidetta, la stessa stazione appaltante aveva ritenuto di garantire mediante la previsione di una specifica modalità di sigillatura del plico con ceralacca, ritenuta di per sé maggiormente idonea rispetto ad altre a preservarne il contenuto, tanto da essere prescritta a pena d'esclusione.

Sotto altro profilo, le concrete modalità di sigillatura del plico mediante nastro adesivo Scotch 550 di tipo normale, evidenziate dalla Stazione appaltante, non possono ritenersi, secondo criteri di logica e ragionevolezza, oggettivamente idonee e sufficienti a garantire la riservatezza e l'integrità dell'offerta, non assicurando, per le loro caratteristiche materiali, la rilevabilità di un'eventuale pregressa manomissione.

Pertanto, alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso dev'essere accolto. Attesa la peculiarità della fattispecie controversa sussistono, tuttavia, giustificati motivi per compensare, tra le parti in causa, le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando:

- dichiara il difetto di legittimazione passiva della Commissione esaminatrice e, per l'effetto, ne dispone l'estromissione dal giudizio;
- accoglie il ricorso rubricato sub r.g. 993/2012;

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 13 settembre 2012 con l'intervento dei signori magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Silvia Coppari, Referendario

Enrico Mattei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/11/2012

IL SEGRETARIO

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