

**Massima:** *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...*

**Sentenza TAR CAMPANIA n. 5766 del 02/10/2018**



# **REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Quarta)**

**ha pronunciato la presente**

## **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2430 del 2018, proposto da Sautech S.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo dell'Ati Sautech S.r.l. – Lenus Media Agency di Pisapia Emanuele – Urban Adv S.r.l., nonché società Lenus Media Agency di Pisapia Emanuele, Urban Adv S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Andrea Di Nunno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### **contro**

Ministero dei Beni e delle Attivita' Culturali e del Turismo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Napoli, domiciliata ex lege in Napoli, via Armando Diaz, 11;  
Ministero dei Beni e delle Attivita' Culturali e del Turismo Polo Museale Sede Castel Sant'Elmo non costituito in giudizio;

nei confronti

Spotzone S.r.l., Maggioli S.P.A, Parallelo S.r.l., Capitale Cultura S.a.s. di Antonio Scuderi non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

con richiesta di MISURE CAUTELARI INAUDITA ALTERA PARTE EX ART. 56 C.P.A.

- a) del verbale del 31.05.2018-01.06.2018, pubblicato il 07.06.2018, con cui la Commissione di Gara per l'affidamento del progetto "Open Campania. I musei della Campania in rete – C.I.G. 7389550192", in sede di apertura delle buste, in prima seduta, ha escluso dalla suddetta procedura la ricorrente, poiché "il plico non risulta essere sigillato, così come indicato al paragrafo 12 del disciplinare di gara";
- b) della comunicazione di esclusione della ricorrente, a mezzo P.E.C., ex art. 76, comma 5, lett. b), D.Lgs. 50/2016, prot. 4762 del 05.06.2018;
- c) della nota prot. n. 5076 del 14.06.2018 con cui la stazione appaltante ha respinto il preavviso di ricorso del 6.06.2018;
- d) ove e per quanto occorra, dell'art. 12 del Disciplinare di Gara, laddove interpretato nel senso che costituisca unica ed esclusiva modalità di sigillatura del plico ovvero con modalità equivalenti a garantire la segretezza dell'offerta e nel senso che la chiusura del plico contenente la domanda di partecipazione alla gara a mezzo sigillatura con colla posizionata sotto tutti i lembi di chiusura, con l'apposizione, su ogni lembo, del timbro e della controfirma dall'offerente, costituisca causa di esclusione dalla procedura;
- e) ove e per quanto occorra, dell'art. 12 del Disciplinare di Gara, laddove interpretato nel senso che la mancata indicazione sul plico di tutti i componenti dell'Ati costituisca autonoma causa di esclusione alla procedura;
- f) degli eventuali verbali, non conosciuti, con cui la S.A. ha provveduto all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica ed economica e dato seguito alla procedura;
- g) ove e per quanto occorrer possa, del Bando, del Disciplinare, del Capitolato di Gara e di tutti gli atti di Gara nella misura in cui ostativi alla partecipazione della ricorrente nella misura e con le forme di cui alla lettera sub d);
- h) di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato, prodromico e conseguente a quelli impugnati, nella misura in cui ritenuto lesivo per essa ricorrente.

#### NONCHÉ PER L'ACCERTAMENTO

del diritto della ricorrente ad essere ammessa a partecipare alla Gara inerente l'affidamento del progetto "Open Campania. I musei della Campania in rete – C.I.G. 7389550192" indetta dall'Amministrazione resistente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 2 bis, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2018 la dott.ssa Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO**

La ricorrente espone che l'intimato Ministero ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di ideazione, progettazione e realizzazione di un sistema integrato di comunicazione multimediale per valorizzare il patrimonio artistico-culturale della Campania, denominato "Open Campania. I musei della Campania in Rete". Per detta gara ha presentato domanda di partecipazione ed ha depositato un plico SIGILLATO su tutti i lati, con colla posizionata sotto e in corrispondenza di tutti i lembi di chiusura, ciascuno a sua volta contrassegnato dal timbro e dalla sottoscrizione del legale rappresentante.

Lamenta che, in occasione della prima seduta di Gara, in data 31.05.2018, la S.A., in fase di ammissione del plico della Sautech: pur riscontrando l'integrità del plico e aprendo sia il plico esterno che la busta A; ha, subito dopo, disposto l'esclusione della ricorrente, assumendo che "il plico non risulta essere sigillato, cos' come indicato al paragrafo 12 del disciplinare di gara".

Avverso detta esclusione la ricorrente articola motivi di - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI SEGRETEZZA DELLE OFFERTE E DELLA TRASPARENZA DELL' INTERA PROCEDURA DI GARA E DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO ED IMPARZIALITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE EX ART. 97 COST. - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3, L. 241/1990 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 12 DEL DISCIPLINARE DI GARA - ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, TRAVISAMENTO DEL FATTO, DIFETTO DEL PRESUPPOSTO - MANIFESTA INGIUSTIZIA - ARBITRARIETÀ - ILLOGICITÀ ED IRRAGIONEVOLEZZA.

Invero le modalità di sigillatura del plico, parzialmente difformi da quanto prescritto all'art. 12 del disciplinare di gara, non avrebbero potuto condurre a declaratoria di esclusione della ricorrente, dovendosi applicare la regola della idoneità al raggiungimento dello scopo.

In particolare, l'eventuale sigillatura effettuata con modalità equivalenti a quelle previste dal disciplinare, non potrebbe essere sanzionata ex se, ma solo ed esclusivamente in quanto integri un effettivo e concreto dubbio sull'integrità del plico tale da mettere in discussione il principio di segretezza dell'offerta.

La ricorrente lamenta altresì violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 83 comma VIII del Codice Appalti : alla stregua di tale disposizione l'art. 12 del disciplinare, dovrebbe considerarsi nullo ai sensi del comma 8 dell'articolo 83 del D.Lgs. n. 50/2016, in continuità con il previgente comma 1 bis dell'articolo 46 del D.Lgs. n. 163/2016, per la palese violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione

Violazione dell'art. 3 legge 241/90, con riferimento al il provvedimento prot. 4076 del 14.06.2018 di rigetto del preavviso di ricorso, in quanto contenente una integrazione postuma della esclusione, con il rilievo che sul plico dell'offerta fosse stato indicato il solo nominativo della capogruppo.

Non si sono costituite in giudizio le controinteressate intime, mentre si è costituito con memoria formale il Ministero intimo.

La istanza cautelare veniva accolta con ordinanza n. 1003 del 6 luglio 2018.

Quindi alla odierna udienza camerale ex art 120 co 2 bis cpa, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## **DIRITTO**

Come specificato nella memoria della ricorrente depositata il 22.9.2018, sussiste un interesse attuale e concreto alla decisione del presente ricorso, in quanto il verbale di gara del 11.9.2018, depositato dalla stessa in atti, ha ammesso la ricorrente con riserva al prosieguo delle operazioni di gara, in considerazione della ordinanza cautelare di questo TAR:

Peraltro detto verbale di gara contiene rilievo di ulteriori carenze della documentazione di gara prodotta dalla ricorrente, per cui attiva in proposito il meccanismo del soccorso istruttorio.

E' appena il caso di rilevare che la presente pronuncia afferisce unicamente alla esclusione disposta in ragione della mancata sigillatura del plico esterno contenente la documentazione di gara, per cui sono salvi gli ulteriori provvedimenti che la stazione appaltante riterrà di adottare all'esito della attivazione del meccanismo del soccorso istruttorio in ragione di quanto rilevato all'esito dell'esame della documentazione contenuta nella busta A- documentazione amministrativa.

Nel merito, e nei sensi sopra chiariti, il ricorso è fondato e merita accoglimento, ritenendo il Collegio che vada confermato l'impianto motivazionale della ordinanza cautelare.

Deve rilevarsi come le irregolarità sulla produzione del plico esterno della ricorrente, ovvero le modalità di chiusura, come risultanti dal verbale della commissione del 31 maggio 2018, pur non conformi a quanto richiesto dal bando in termini di sigillatura, non sono apparse nel caso concreto tali da escludere l'integrità e la non manomissione del plico stesso.

A tal fine occorre procedere ad attenta ermeneutica dell'art. 12 del disciplinare di gara a mente del quale: "“il plico contenente l'offerta, a pena di esclusione, deve essere sigillato e trasmesso a mezzo raccomandata... si precisa che per <<sigillatura>> deve intendersi una chiusura ermetica recante un qualsiasi segno o impronta, apposto su materiale plastico come striscia incollata o ceralacca o piombo, tale da rendere chiusi il plico e le buste, attestare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, nonché garantire l'integrità e la non manomissione del plico e delle buste”".

Siffatta disposizione, pur specificando le modalità della sigillatura richiesta, a pena di esclusione, va letta in una interpretazione teleologica, che pone l'accento sulla ermeticità della chiusura, ove la apposizione di segno o impronta su materiale plastico quale striscia incollata o ceralacca sono indicate quali modalità esemplificative, ma sempre finalizzate alla realizzazione dello scopo, ovvero tale da rendere chiusi il plico e le buste in modo da:” ...garantire l'integrità e la non manomissione del plico e delle buste”.

Va quindi condiviso il principio, enunciato in giurisprudenza, per cui “l'uso di un sigillo in ceralacca non può ritenersi strumento esclusivo indispensabile per impedirne la manomissione (apertura + richiusura) a plico inalterato, costituendo invero l'apposizione dei timbri e la controfirma sul lembo di chiusura – da intendersi quale imboccatura della busta soggetta ad

operazione di chiusura a sé stante, talché è sufficiente che l'adempimento formale imposto alle imprese concorrenti venga limitato ai lembi della busta chiusi dall'utilizzatore, con esclusione di quelli preincollati dal fabbricante – una modalità di sigillatura di per sé idonea a prevenire eventuali manomissioni”.

Soccorre al riguardo anche il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara, oggi formulato nell'art. 83 comma 8 codice appalti, ed in precedenza esplicitato dall'articolo 46, comma 1-bis del codice dei contratti che, per quanto qui interessa, nell' ipotesi di irregolare chiusura dei plichi contenenti le offerte o le domande di partecipazione, prevedeva che “(...) la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti (...) 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 (...).

Anche il giudice di appello ha avuto modo di affermare che la clausola della *lex specialis* va letta alla luce del criterio valutativo introdotto dal comma 1-bis dell'art. 46 del Codice dei contratti, in maniera non formalistica al fine di garantire la massima partecipazione alla gara, per cui ha ritenuto necessaria e sufficiente una modalità di sigillatura del plico tale da impedire che il plico possa essere aperto e manomesso senza che ne resti 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.

A tal fine, l'uso di un sigillo in ceralacca non può ritenersi strumento esclusivo indispensabile per impedirne la manomissione (apertura + richiusura) a plico inalterato, costituendo invero l'apposizione dei timbri e la controfirma sul lembo di chiusura - una modalità di sigillatura di per sé idonea a prevenire eventuali manomissioni.( Consiglio di Stato, sez. IV, n. 319 del 21 gennaio 2013).

Tra l'altro anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con il parere n. 54 del 4/4/2012 era già intervenuta sull'argomento precisando che “la previsione da parte dell'atto di indizione di un qualsiasi procedimento di evidenza pubblica, che impone la presentazione da parte dei concorrenti del plico e/o delle buste sigillati, risponde alla ratio di garantire, oltre ogni ragionevole dubbio, la genuinità e/o integrità dell'offerta, cioè la possibilità di evitare eventuali sostituzioni dell'offerta, che può essere assicurata soltanto se la sigillatura sia tale da impedire che il plico possa essere aperto, senza che ne resti traccia visibile, e possa essere anche solo teoricamente manomesso.

La disposizione di cui all'art. 83 co 8 codice appalti vigente va letta pertanto in continuità ermeneutica con la norma di cui all'art. 46 comma 1 bis, d. lg. n. 163 del 2006 ove si esplicitava che le irregolarità relative alla chiusura dei plichi, diverse dalla non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione, sono causa di esclusione solo se sono tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte (nel caso di specie, non risulta che tale valutazione in concreto sia stata fatta ma anzi risulta che la busta sia sostanzialmente integra)” (T. A. R. Milano Sez. III, 2/04/2015, n. 880); “I

La disposizione precitata in realtà codifica l'orientamento sostanzialista già invalso nella più recente giurisprudenza amministrativa, per cui le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di

estensione analogica (cfr., C.d.S., Sez. V<sup>^</sup>, sentenza n. 2064/2013), con la conseguenza che, in caso di equivocità delle disposizioni che regolano lo svolgimento della gara, deve essere preferita quell'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione (cfr., T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. IV<sup>^</sup>, sentenza n. 208/2017).

Infatti l'art. 83 co. 8, secondo e terzo periodo, del D.Lgs. n. 50/2016 non sembra voler introdurre una disciplina innovativa del principio di tassatività delle cause di esclusione già enunciato dall'art. 46 co. 1-bis del D.Lgs. n. 163/2006, del quale costituisce la sostanziale riproduzione (secondo quanto ritenuto anche dalle indicazioni della commissione speciale CdS Parere 855 del 1.4.2016).

In riferimento al principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dal comma 8 dell'articolo 83 del D.Lgs. n. 50/2016, il Collegio ribadisce che la finalità di tale principio è quella di ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti alle procedure di affidamento, così privando di rilievo giuridico tutte le ragioni di esclusione dalle gare incentrate non sugli aspetti qualitativi della dichiarazione negoziale, ma sulle forme con cui questa viene esternata, in quanto non ritenute conformi a quelle previste dalla stazione appaltante nella *lex specialis* (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 15/09/2017, n. 4350).

Dal tenore della citata disposizione si evince che il Legislatore ha inteso con essa evitare esclusioni per violazioni meramente formali, costituendo "cause di esclusione" soltanto i vizi radicali ritenuti tali da espresse previsioni di legge, così consentendo 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.

Ove peraltro la clausola del disciplinare dovesse intendersi tale da richiedere, a pena di esclusione, che tanto il plico esterno che le buste interne debbano essere sigillati con ceralacca, o nastro adesivo e controfirmati e timbrati su tutti i lembi di chiusura, la stessa andrebbe ritenuta nulla e da disapplicare, dovendosi intendere nel senso conforme a legge ossia nel senso che le irregolarità considerate possono determinare l'esclusione solo qualora le modalità di chiusura adoperate dal concorrente siano concretamente idonee a rendere possibile la manomissione del contenuto (cfr. in termini T. A. R. L'Aquila (Abruzzo), Sez. I, 5/07/2013, n. 647 ).

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, atteso che, nelle motivazioni dell'esclusione, la stessa stazione appaltante ha rilevato che l'irregolarità accertata consiste unicamente nella chiusura della busta della ricorrente mediante incollaggio, deve ritenersi conseguito il sostanziale riscontro, a contrario, in ordine all'effettiva chiusura ed integrità della busta.

La soluzione sostanzialistica della questione espressamente prevista dall'art. 46, comma 1 bis del D. Lgs. n. 163 del 2006, e in linea di continuità ricavabile in via ermeneutica in seno all'art. 83 comma 8 nuovo codice appalti, richiede 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) il che, come sopra rilevato, non è stato contestato.

Le considerazioni dianzi svolte risultano inoltre confermate da autorevole giurisprudenza che si è pronunciata in un caso simile , 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). Ed ancora si è 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).

La integrità della busta nella specie non è stata in alcun modo posta in discussione in punto di fatto, atteso che la commissione di gara , pur rilevando la mancata sigillatura del plico in violazione del paragrafo 12 del disciplinare di gara, ha proceduto alla apertura del plico stesso- dichiaratamente per mero errore materiale, secondo quanto attestato nel verbale del 31.5.2018- e solo successivamente ha rilevato il mancato rispetto della prescrizione formale del bando;

Pertanto le circostanze del caso specifico denotano da un lato la mancanza di segni prima facie tali da indurre a dubitare della integrità del plico e dall'altro hanno determinato una irreversibile apertura del plico in sede di gara , tale da rendere impraticabile una eventuale istruttoria in proposito, sì che non può predicarsi con certezza una violazione dell'obbligo di segretezza di per sé idonea a giustificare l'esclusione, e deve prevalere il principio del favor participationis;

Sussiste inoltre la lamentata violazione dell'art. 3 legge 241/90, con riferimento al il provvedimento prot. 4076 del 14.06.2018 di rigetto del preavviso di ricorso, in quanto contenente una integrazione postuma della esclusione, con il rilievo che sul plico dell'offerta fosse stato indicato il solo nominativo della capogruppo.

Inoltre detta ulteriore motivazione, oltre ad essere illegittima in ragione della sua natura postuma, urta egualmente contro il principio di tassatività delle cause di esclusione, atteso che la prescrizione circa la necessità di indicazione dei nominativi di tutti i singoli partecipanti associati non può comportare esclusione in caso di sua inosservanza.

Il ricorso va conclusivamente accolto con annullamento della gravata esclusione.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, a carico della sola stazione appaltante, cui è imputabile il provvedimento gravato, sussistendo giusti motivi per dichiararle compensate nei confronti delle controinteressate.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti in epigrafe con cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla gara in oggetto.

Condanna il Ministero intimato alla rifusione delle spese di lite in favore della stessa che liquida in complessivi Euro 4000,00 con attribuzione al procuratore dichiaratosi antistatario.

Spese compensate nei confronti delle controinteressate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Luca Cestaro, Consigliere

Maria Barbara Cavallo, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**  
**Anna Pappalardo**