

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 4972/06 REG.D

N. 7482 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2005

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7482 del 2005 proposto dal COMUNE DI SOAVE
(Verona) (C.F. 8300007023), in persona del Sindaco in carica, Dr. Giorgio
Magrinelli, rappresentato e difeso dal Avv. Arrigo Tiziano Zorzan, con
domicilio eletto in Roma, via L. Mancinelli, 65 presso il Sig. Enrico
Moscati

contro

la società TIRRENIA COSTRUZIONI s.p.a rappresentata e difesa dall'
Avv. Pompeo Onesti con domicilio eletto in Roma, via Boezio, 92, presso il
Sig. Leopoldo Brindisi

e nei confronti

della società CALTRAN G. BATTISTA s.n.c , non costituita

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto Sez. I,
n. 1836/05 del 2 maggio 2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società TIRRENIA
COSTRUZIONI s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive
difese;

Visti gli atti tutti della causa;

mgr

Relatore, alla pubblica udienza del 21 marzo 2006, il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani; udito, altresì, l'Avv. Muscati su delega dell'avvocato Zorzan;

Publicato il dispositivo n. 211/06 del 22 marzo 2006;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. Con sentenza n. 1836/2005 del 2 maggio 2005, la Sezione prima del Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto, ha accolto i ricorsi riuniti nn. 2298/2004 e n. 281/2005, proposti entrambi dalla Società Tirreneia Costruzioni s.p.a., per l'annullamento (il primo ricorso) – con riferimento alla gara indettata dal Comune di Soave per l'aggiudicazione dei lavori di costruzione di un archivio interrato con soprastante parcheggio – del verbale in data 19 aprile 2004 nella parte in cui dispone l'esclusione dalla gara della società ricorrenne ed, occorrendo, del disciplinare di gara che limita la possibilità di consegna a mano dell'offerta ai tre giorni precedenti alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, oltre che della determinazione n. 286 del 12 maggio 2004, a firma del responsabile del settore, di aggiudicazione definitiva alla controinteressata Cantral G. Battista c.n.c. e quant'altro specificato in ricorso e, separatamente (il secondo ricorso), per il risarcimento dei danni conseguente alla lesione derivante dagli atti illegittimi di cui sopra.

Il particolare, per ciò che riguarda l'azione costitutiva, il giudice di primo grado, superata la prova di resistenza (espletata mediante l'apertura della busta contenente l'offerta dell'interessato, in pubblica udienza):

a) ha ritenuto suscettibile di elastica interpretazione la norma speciale (desunta dai punti 1 del disciplinare di gara, in correlazione al punto 6.1. del bando) che consentiva la presentazione delle offerte (comprehensive della prescritta documentazione) sia mediante raccomandata a mezzo del servizio postale, sia mediante consegna a mano dei plichi - stabilendo, nel primo caso, il termine perentorio entro il quale le offerte dovevano pervenire alla stazione appaltante, e nel secondo caso, che la consegna a mano dei plichi doveva essere effettuata "nei tre giorni feriali" antecedenti il suddetto termine perentorio - nel senso che, ferma la perentorietà del termine di arrivo a destinazione della raccomandata postale, la facoltà accordata al concorrente di effettuare la consegna a mano nei tre giorni liberi antecedente detta data non escludesse la possibilità di consegnare a mano in data anteriore al segmento temporale utile, indicato dalla stazione appaltante;

b) ha ritenuto altresì fondata l'impugnazione dell'aggiudicazione alla controinteressata, sulla considerazione che l'autocertificazione dalla stessa depositata all'atto della presentazione dell'offerta non poteva surrogare la presentazione del certificato del casellario giudiziario (ritenendo del tutto irrilevante, in assenza di ricorso incidentale della controinteressata in ordine ad analogo comportamento della ricorrente).

2. Avverso l'anzidetta sentenza propone appello il Comune di Soave, denunciandone l'illegittimità, in quanto erroneamente ed incorrendo in violazione di legge ed eccesso di potere, il giudice di primo grado ha ritenuto superata la prova di resistenza e con essa infondati i profili di inammissibilità per difetto di interesse eccepiti in primo grado

(ed in questa sede riproposti), surrettiziamente ritenendo irrilevante che la stessa ricorrente avesse ommesso di produrre il certificato del casellario giudiziario e nel contempo imputando l'omissione in parola alla aggiudicataria che aveva reso dichiarazione sostitutiva; non ha tenuto nel debito conto che la "facoltà" accordata ai concorrenti di presentare a mano le offerte, piuttosto che inviarle con le modalità e nei termini prescritti tramite il servizio postale, poteva essere esercitata esclusivamente nei limiti nei quali tale facoltà era stata accordata.

Quanto al disposto risarcimento del danno (a parte la questione di difetto di giurisdizione derivante dalla proposizione della domanda con separato ricorso, a distanza di circa sei mesi dal primo, sollevata in corso di causa), la pronuncia sarebbe erronea nell'an e nel quantum, essendo mancata la prova della richiedente in ordine alla impossibilità di utilizzazione di maestranze e mezzi per l'espletamento di altri lavori, servizi e forniture.

3. L'appellata ha proposto a sua volta appello incidentale con riferimento alla domanda risarcitoria, non compiutamente soddisfatta con la sentenza in esame.

Successivamente, la Sezione – accolta l'istanza incidentale con ordinanza n. 5609/2005 del 22 novembre 2005 – ha chiamato la causa alla pubblica udienza del 21 marzo 2006 e l'ha trattenuta in decisione.

D I R I T T O

1.1. L'appello, per la parte in cui investe la pronuncia costitutiva, è fondato e deve essere accolto.

1.2. Il giudice di primo grado ha errato nel ritenere che la concorrente risultata poi aggiudicataria dovesse essere esclusa dalla gara, per non avere depositato, con l'offerta, il certificato del casellario giudiziario e dei carichi pendenti, ancorché avesse reso, sul punto, dichiarazione sostitutiva, rivelatasi veritiera in sede di verifica da parte della stazione appaltante.

Sul punto, è appena il caso di ricordare, coerentemente a quanto dedotto dall'appellante, che al tempo dello svolgimento della gara (indetta con determinazione n. 117 del 4 marzo 2004) era ormai in vigore l'art. 77 *bis* del citato D.P.R. n. 445 del 2000.

In base a tale articolo, le disposizioni in materia di documentazione amministrativa, fra le quali è riconducibile quella riguardante le dichiarazioni sostitutive, si applicano a tutti i casi in cui sia prevista una certificazione, *“ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali”*.

Ne segue che le prescrizioni dei bandi e degli altri atti regolatori di gare, per la scelta del migliore contraente da parte delle pubbliche amministrazioni, vanno sempre intese nel senso che, anche se non si richiamano alla norma ora citata, si deve ammettere la certificazione semplificata e sostitutiva stabilita dal menzionato Testo unico, salva sempre la possibilità, per la stazione appaltante, di accertare la sussistenza del requisito cui la dichiarazione è preordinata.

In questo senso la Sezione ha già avuto modo di esprimersi (per tutte, Cons. Stato, Sez. V, n. 6006 del 27 ottobre 2005) in una controversia

che riguarda un caso del tutto sovrapponibile a quello oggetto del presente giudizio, per l'analoga formulazione della clausola del bando, la cui ambiguità, peraltro, è stata percepita espressamente dallo stesso giudice di primo grado che è poi, però, pervenuto all'erroneo convincimento della tassatività della prescritta produzione documentale.

Senonché, neppure si è tenuto conto, nel considerare la clausola in parola, del principio (sulla cui applicazione è pure ferma la giurisprudenza di questo Consiglio) secondo cui, le prescrizioni della legge speciale devono essere interpretate, per quanto possibile, coerentemente con quanto prescritto dalla fonte primaria e, in ogni caso nel senso più favorevole ai concorrenti, in applicazione della generale esigenza della più ampia partecipazione al concorso (in questo senso, oltre la già citata Sez. V, n. 6006 del 27 ottobre 2005, anche la n. 684 del 19 febbraio 2004, n. 684 e la n. 5676 del 1° ottobre 2003).

La sentenza impugnata è dunque viziata, per i profili denunciati dal Comune appellante, nella parte in cui annulla l'aggiudicazione in favore della controinteressata.

.1.3. Quanto precede imprime consistenza alla eccezione dedotta dall'attuale appellante, in ordine alla mancanza della "prova di resistenza" da parte della ricorrente in primo grado, disattesa con la sentenza appellata proprio in considerazione della illegittima ammissione alla gara della s.n.c, Caltran G. Battista.

Deve darsi atto che l'istruttoria espletata nel differente giudizio instaurato per il risarcimento del danno con il ricorso n. 281/2005 – riunito al ricorso impugnatorio e contestualmente deciso con la sentenza in esame

- ha dato modo di accertare che il ribasso proposto dalla ricorrente Tirrenia Costruzioni s.p.a (essendo stata aperta in pubblica udienza la busta contenente l'offerta) era "*inferiore soltanto a quello della controinteressata*" e "*verosimilmente*" tale da non alterare "*il calcolo della soglia di anomalia in ragione della lievissima differenza fra i due ribassi*".

Ragioni di economia inducono a prescindere dal corrispondente motivo di appello dedotto in questa sede, essendo prevalenti ed assorbenti le censure rivolte al capo della sentenza che investe la pretesa illegittimità della esclusione dalla gara della attuale appellata.

1.4. Il punto controverso concerne la clausola del bando in base alla quale – disposto tassativamente che i plichi contenuti l'offerta e le documentazioni dovevano pervenire a mezzo raccomandata del servizio postale ovvero mediante agenzia di recapito autorizzata entro il termine indicato nel disciplinare "*a pena l'esclusione*" (ovvero le ore 12,00 del 13 aprile 2004) – ha altresì attribuito "*facoltà*" ai concorrenti di consegnare a mano i plichi nei tre giorni feriali antecedenti il suddetto termine perentorio, senza espressamente far discendere alcuna conseguenza preclusiva alla inosservanza dei termini (finale ed iniziale) indicati nella proposizione.

E' avvenuto che la ricorrente in primo grado ha consegnato il proprio plico a mano, in data 7 aprile 2004, ed è stata esclusa (nella seduta del 19 aprile 2004) per essere, la data in questione, anteriore al termine iniziale (8 aprile 2004) del segmento temporale nel quale poteva essere esercitata la facoltà. Nella specie infatti, essendo festivi i giorni 11 e 12 aprile, dovevano individuarsi nella giornate dell'8/9/10 aprile, i tre giorni

liberi, antecedenti il termine perentorio finale (13 aprile 2004), fissato per la presentazione a mezzo del servizio postale o agenzia di recapito autorizzata.

Il giudice di primo grado, aderendo alla tesi della società esclusa, ha ritenuto che - in assenza di una clausola esplicita di perentorietà ed esclusione - la facoltà in parola potesse essere esercitata in qualunque momento anteriore all'8 aprile 2004.

Il convincimento, espresso in sentenza sulla considerazione della irragionevolezza della interpretazione restrittiva seguita dalla commissione, non può essere condiviso.

La tesi della mancanza di tassatività del termine iniziale, desunta esclusivamente dalla inesistenza di una clausola espressa di decadenza, rivela la sua debolezza non soltanto nella parte in cui nega l'esistenza di "*una ratio giustificatrice*" della limitazione temporale (in contrapposizione alla possibilità di "inviare" per posta o tramite agenzia autorizzata, le offerte, in qualsiasi momento anteriore alle ore 12,00 del 13 aprile 2004) ma anche nella parte in cui omette di affrontare il correlativo problema della supponenza di un termine finale inderogabile, per l'esercizio della facoltà di consegnare a mano i plichi.

Invero, se soltanto il giudice di primo grado si fosse posto tale ulteriore problema, si sarebbe avveduto che la fissazione del segmento temporale in parola rispondeva ad una puntuale "*ratio*" organizzativa della stazione appaltante ed un elemento costitutivo della opzione accordata.

Per il primo profilo, è evidente che il Comune, per la ricezione a mano dei plichi da parte dell'Ufficio protocollo (tenuto a rilasciarne

apposita ricevuta), aveva la necessità di organizzare e mantenere, all'uopo, nella sede espressamente indicata, un apposito servizio, con personale autorizzato a svolgere la funzione tipicamente connessa non soltanto al rilascio della ricevuta (che implica anche la constatazione della integrità del plico) e l'assunzione a protocollo, ma l'obbligo di custodia e consegna al competente Ufficio, con responsabilità correlativa.

Cosicché certamente non appare sindacabile, sul piano della razionalità della scelta, l'aver stabilito un termine iniziale, per la consegna a mano, diversamente da quanto stabilito per l'invio tramite servizio postale o agenzia, la cui ricezione a protocollo avrebbe dovuto seguire le regole ordinarie.

Quanto al problema della tassatività della prescrizione esso risulta affrontato, nella sentenza appellata, sotto angolazione impropria, per avere presunto che le due modalità di presentazione delle offerte fossero da porsi sul medesimo piano e che dunque richiedessero, in entrambi i casi, la previsione esplicita della "decadenza" per inosservanza dei termini (nel nostro caso, del termine iniziale).

Senonché le stesse modalità sono affatto differenti, sul piano delle scelte organizzative dell'ente, che ha deciso di conferire efficacia alla "consegna a mano" soltanto se effettuata in quei determinati giorni, nei quali avrebbe organizzato e garantito il relativo servizio.

L'espressione letterale adoperata nel bando e nel capitolato ("è facoltà") evidenzia chiaramente come la consegna a mano dovesse considerarsi una modalità del tutto eccezionale rispetto a quella ordinaria (della spedizione tramite servizio postale o agenzia di recapito autorizzata)

e che tale abilitazione era consentita soltanto se utilizzata nei giorni stabiliti dalla norma speciale, nella quale il termine iniziale e finale, piuttosto che costituire “limiti temporali” della partecipazione al concorso, ineriscono alla modalità della presentazione, nel senso che prima del termine iniziale e successivamente allo spirare di quello finale, nessun Ufficio della stazione appaltante poteva ritenersi legittimato a riceversi la consegna dei plichi ed a rilasciarne ricevuta.

Ne consegue che i due termini (iniziali e finali) devono ritenersi coesenziali alla facoltà accordata, indipendentemente da ogni ulteriore specificazione della loro tassatività; con la conseguenza ulteriore della inefficacia, per le finalità concorsuali, dell’offerta presentata a mano, al di fuori del segmento temporale con cui è stata delimitata espressamente la possibilità di esercitare l’anzidetta opzione.

3. Sulla base delle considerazioni che precedono, la sentenza deve essere interamente riformata nel suo contenuto costitutivo, con conseguente reiezione del ricorso di primo grado n. 2298/2000.

Consequenziali e riflessi sono i vizi che inficiano la sentenza per la parte dichiarativa e di condanna al risarcimento del danno, che deve essere riformata, con reiezione del separato ricorso di primo grado n. 281/2005, ed assorbimento sia delle censure dirette avverso i criteri di liquidazione contenute in appello, sia dell’appello incidentale proposto dalla società Tirrenia Costruzioni s.p.a.

Quest’ultima deve essere condannata al pagamento, in favore dell’attuale appellante, delle spese del giudizio, che si liquidano in dispositivo.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge i ricorsi di primo grado;

Condanna la resistente soc. Tirrenia Costruzioni s.p.a. al pagamento, in favore del Comune appellante, delle spese dei due gradi del giudizio che liquida in complessivi €5.000,00 oltre IVA e CPA, come per legge;

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

Così deciso in Roma, addì 21 marzo 2001, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Raffaele IANNOTTA	PRESIDENTE
Chiarenza MILLEMAGGI COGLIANI est.	CONSIGLIERE
Goffredo ZACCARDI	CONSIGLIERE
Aniello CERRETO	CONSIGLIERE
Adolfo METRO	CONSIGLIERE

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Chiarenza Millemaggi Cogliani f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO
f.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 24 agosto 2006

(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)

PER IL DIRIGENTE

F.to Francesco Cutrupi

