

REPUBBLICA ITALIANA

N.82/05REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 11887 REG.RIC.

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

ANNO 2003

DECISIONE

sul ricorso in appello nr. 11887/2003 R.G., proposto dalla
CO.I.MA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Renato Fusco e Benedetto
Giovanni Carbone, ed elettivamente domiciliata presso lo studio
del secondo in Roma, Viale di Villa Grazioli, 13,

CONTRO

Il Comune di Capriva, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Patrizia Fontanesi e
Samo Sanzin ed elettivamente domiciliato presso lo studio
dell'avv. Andrea Manzi, in Roma, Via Confalonieri, 5;

e nei confronti di

- Costruzioni Sacramati s.p.a., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo
dell'ATI formata con la Thiene Costruzioni s.r.l., in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli
avv.ti Francesca Mazzonetto e Salvatore Di Mattia, ed
elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma,
Via Confalonieri, 5;
- Franzone s.r.l., in persona del legale rappresentante pro

tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. del Friuli Venezia Giulia, 25 ottobre 2003, n. 727.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie prodotte a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 6 luglio 2004, relatore il consigliere Michele Corradino;

Uditi i difensori B.G. Carbone, A. Manzi, per delega dell'avvocato S. Sanzin, e G. e G. Pafundi, per delega dell'avvocato S. Di Mattia, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza appellata il TAR Friuli Venezia Giulia ha rigettato il ricorso (iscritto al nr. 456/2003 R.G.) con cui l'odierna appellante CO.I.MA s.r.l. aveva gravato la determinazione del Segretario comunale del Comune di Capriva, n. 71 del 17.07.2003, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva all'ATI controinteressata della gara di appalto per lavori di sistemazione di tratto di torrente, nonché, quali atti presupposti o connessi, del verbale della Commissione di gara, dd. 30.06.2003, di aggiudicazione provvisoria del suddetto

appalto, del parere regionale dd. 27.06.2003 e della nota del Responsabile comunale del procedimento, dd. 24.07.2003, di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione.

La sentenza è stata appellata dalla CO.I.MA s.r.l. che contrasta le argomentazioni del Giudice di primo grado.

Il Comune di Capriva e la Costruzioni Sacramati s.p.a., in proprio e nella qualità di capogruppo, si sono costituite per resistere all'appello.

La Franzone s.r.l. non si è costituita in giudizio.

Alla pubblica udienza del 6 luglio 2004, il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

L'appello è fondato e conseguentemente va annullata la pronuncia gravata.

1. Deve essere preliminarmente precisato che, come ricostruito dal giudice di prime cure, l'aggiudicazione impugnata in primo grado dall'odierna appellante risulta essere stata effettuata in favore della ATI costituita dalle società Sacramati e Thiene che aveva presentato offerta con ribasso del 6,854 e cioè quella immediatamente inferiore alla soglia di anomalia del 6,90%, calcolata sulla base delle 88 offerte pervenute e ritenute valide. Tra le suddette 88 offerte risultava inclusa quella della società Franzone che, secondo la CO.I.MA s.r.l., avrebbe dovuto essere esclusa perché pervenuta a mezzo corriere SDA *express courier*

mentre il disciplinare di gara prescriveva che i plichi contenenti le offerte dovessero pervenire esclusivamente a mezzo raccomandata del servizio postale. Il giudice di prime cure, tuttavia, ha ritenuto infondate le argomentazioni della ricorrente in primo grado <<perché la prescrizione del bando concernente le modalità di recapito deve essere interpretata nel senso che ne favorisce la legittimità e quindi non la rende illogica e contraddittoria>> e perché <<la clausola del bando che impone la trasmissione “a mezzo raccomandata del servizio postale” deve essere letta non nel senso di ammettere solo le offerte pervenute direttamente tramite la società pubblica Poste Italiane ma anche quelle pervenute per corriere, dal momento che questo, agendo come pubblico concessionario nell’ambito di un unico sistema di distribuzione della Posta pubblica (artt. 1 e 4 DPR 156/73), costituisce parte integrante proprio di quel servizio postale cui si riferisce la prescrizione del bando [...]>>.

2. La tesi interpretativa del primo decidente non merita di essere condivisa.

La clausola in questione prescriveva che <<I plichi contenenti l’offerta e la documentazione, pena l’esclusione, devono pervenire esclusivamente a mezzo raccomandata del servizio postale [...]>>.

Deve essere precisato che la Sezione, anche di recente (cfr. dec. 1 marzo 2003, n. 1142), ha affermato che tutte le disposizioni che

in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara per la scelta del contraente, siano esse contenute nel bando ovvero nella lettera d'invito e nei loro allegati (capitolati, convenzioni e simili), concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la *lex specialis*, per cui in caso di oscurità ed equivocità, un corretto rapporto tra Amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità e di quello specifico enunciato nell'art. 1337 cod. civ., secondo il quale nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto le parti devono comportarsi secondo buona fede, impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, interpretandola per ciò che essa espressamente dice, restando il concorrente dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati.

In particolare, è stato affermato che in caso di clausole equivoche o di dubbio significato deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara (piuttosto che quella che la ostacoli), e quella che sia meno favorevole alle formalità inutili (<<In presenza di una clausola del bando di gara che presenta intrinseci elementi di contraddittorietà ed ambiguità, deve essere privilegiata l'interpretazione che consente la più ampia partecipazione dei concorrenti, attesa la duplice necessità

di tutelare sia l'affidamento ingenerato nelle imprese partecipanti, sia l'interesse pubblico al più ampio possibile confronto concorrenziale>> Cons. Giust. Amm. Sic., 20/01/2003, n.4). Ciò in vista del favore della partecipazione del maggior numero possibile di concorrenti alle pubbliche gare, al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'Amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1214 e Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 1999, n. 223).

Ma la giurisprudenza consolidata ritiene che il principio del *favor participationis* si applichi solo in presenza di regole dubbie, in quanto all'inosservanza di specifiche e chiare clausole del bando o della lettera di invito, poste a pena di esclusione, consegue l'esclusione dei concorrenti (<<il principio ermeneutico secondo il quale tra più interpretazioni del bando di gara è da preferire quella che conduce alla partecipazione del maggior numero possibile di aspiranti, al fine di consentire, nell'interesse pubblico una selezione più accurata tra un ventaglio più ampio di offerte, è applicabile solo quando sussista un'effettiva incertezza interpretativa, e non quando la *lex specialis* della gara sia univoca nel richiedere un certo adempimento a pena di esclusione>>: *ex plurimis*, Cons. Stato 29 agosto 2001, n. 4572; Cons. St., sez. IV, Cons. giust. amm., 14 ottobre 1999, n. 538; Cons. St., sez. IV, n. 1515 del 1998 cit.; sez. IV, n. 1619 del 1998 cit.; sez. VI, 22

maggio 1998, n. 801).

In tal senso, con decisione n. 457 del 29 gennaio 2003, la Sezione ha avuto modo di precisare ulteriormente che le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure che implicano selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, per cui va preclusa qualsiasi esegesi delle stesse non giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato e di reputare, comunque, preferibili, a tutela dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle previsioni da chiarire, evitando che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla lettura della sua originaria formulazione (cfr., altresì, Consiglio di Stato, Sez. V, 15/4/2004 n. 2162).

La giurisprudenza, inoltre, ha ripetutamente affermato che l'inosservanza delle prescrizioni del bando di gara circa le modalità di presentazione delle offerte, implica l'esclusione dalla gara stessa solo quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Pubblica Amministrazione appaltante, o poste a garanzia della *par condicio* dei concorrenti; tuttavia, in presenza di una espressa comminatoria di esclusione della domanda di partecipazione alla gara, in conseguenza del mancato rispetto di determinate prescrizioni, non è consentito al giudice amministrativo di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle

dell'amministrazione, dato che il c.d. criterio teleologico ha un valore esclusivamente suppletivo rispetto a quello formale, nel senso che può essere utilizzato solo nel caso in cui una determinata formalità non sia prevista espressamente a pena di esclusione (<<Le prescrizioni del bando di gara o della lettera di invito, quando sanzionano espressamente di esclusione la presentazione di dichiarazioni da rendere in una determinata forma vincolano, in pari misura, i privati partecipanti e l'amministrazione, alla quale non residuano al riguardo margini di valutazione circa la rilevanza delle eventuali irregolarità o carenze documentali, cosicché il ricorso al criterio teleologico nell'interpretazione della prescrizione di bando può consentirsi solo quando manchi un'espressa previsione della sanzione>> Cons. Stato, sez. V, 29/07/2003, n. 4326).

Orbene, la prescrizione di servirsi, per la partecipazione alla gara, esclusivamente del servizio pubblico postale – nel caso in esame, prescrizione assistita da espressa comminatoria di esclusione in caso di inosservanza - cioè del più tradizionale e sperimentato mezzo di cui si serve l'Amministrazione per la ricezione degli atti, che consente anche, a parità di condizioni, una più ampia partecipazione di concorrenti, non può essere ritenuta irrazionale, quando l'amministrazione stabilisce un termine congruo per la presentazione delle offerte. Il servizio postale, inoltre, per la sua neutralità nei confronti della gara può meglio garantire i

concorrenti sul rispetto dei termini stabiliti per la presentazione delle offerte. L'interesse pubblico sotteso alla prescrizione dell'uso del servizio raccomandato per la trasmissione dei plichi contenenti le offerte va senz'altro riconosciuto nell'esigenza di conseguire pubblica certezza circa gli estremi della spedizione (data di invio, identificazione del mittente e data della ricezione) e di attribuire l'esclusivo compito di registrare e documentare tali informazioni al servizio postale pubblico (nell'esercizio della peculiare specie di quello raccomandato, che garantisce tali attestazioni). In particolare, può condividersi la tesi secondo cui l'uso del servizio postale in via esclusiva è destinato ad impedire che le imprese possano utilizzare per proprie finalità le notizie sul numero e sull'identità dei partecipanti alla gara, che possono apprendersi presso l'ufficio e determinare in base ad esse la loro condotta; pertanto, ove il bando di gara per abbia definito come unica modalità di presentazione delle offerte, il servizio postale, la violazione della prescrizione va sanzionata con la prescritta esclusione (cfr.: Cons. Stato, sez. V, 30/04/2002, n. 2291).

Va, altresì, ribadito che l'onere formale imposto ai concorrenti non risulta particolarmente vessatorio, costoso, discriminatorio, o di difficile attuazione, ma si connette ad una prassi diffusissima, ragionevole e perfettamente attendibile. La prescrizione del bando è indicata in modo assolutamente chiaro, così come sono specificamente enunciate le conseguenze dell'inosservanza

dell'onere. Va altresì considerato che la presunta contraddittorietà del bando di gara (ritenuta dalla stessa Amministrazione comunale) in ordine alla prescrizione che imponeva la descritta modalità di presentazione dell'offerta, ma faceva gravare il rischio del recapito sui partecipanti, era superabile alla luce del costante orientamento giurisprudenziale (riferibile tanto alle procedure di gara che di concorso) secondo cui «se è vero, in termini generali, che in caso di presentazione di domande di partecipazione a pubblici concorsi mediante il servizio postale, il rischio del mancato recapito della domanda per fatto dell'amministrazione postale ricade sul mittente e non sul destinatario (principio pacifico: C. Stato, sez. VI, 11 ottobre 1995, n. 1102), tuttavia tale principio può trovare applicazione solo quando il bando dia facoltà agli interessati di avvalersi anche del servizio postale, in aggiunta ad altre forme di presentazione della domanda. Ma detto principio non può trovare applicazione nei casi in cui [...] il bando imponga come modalità esclusiva di presentazione delle domande di partecipazione quella della raccomandata mediante il servizio postale. In tal caso, il rischio del mancato recapito del plico grava sul destinatario che ha prescelto la modalità di partecipazione, in quanto [...] il rischio, conseguente all'inaffidabilità di un mezzo di presentazione della domanda, non può che ricadere sul soggetto che ha imposto tale modalità, in base al principio generalissimo secondo il quale

nessuno può essere chiamato a rispondere per fatti che non dipendano dalla sua volontà o negligenza>> (Cons. Stato, sez. VI, n. 3668/2001).

3. Né è possibile invocare il potere di disapplicazione della *lex specialis* da parte della stessa Pubblica Amministrazione, potere da escludere in radice, in base al costante orientamento giurisprudenziale secondo cui le regole stabilite dalla *lex specialis* vincolano rigidamente l'operato dell'Amministrazione appaltante, la quale deve applicarle senza che abbia alcun margine di discrezionalità nella loro interpretazione (specie quando il significato delle clausole è chiaro) e nella loro attuazione; e ciò sia per il principio di tutela della *par condicio* delle imprese concorrenti e sia per il principio generale che vieta la disapplicazione del bando quale atto con cui l'Amministrazione si è in origine autovincolata (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20/12/2002, n. 7258; Cons. Stato, sez. V, 20/05/2002, n. 2717; <<Il bando di gara per l'aggiudicazione di un contratto costituisce la *lex specialis* della gara stessa, insuscettibile di disapplicazione fino a quando le sue specifiche prescrizioni non vengano rimosse nelle forme di legge; le prescrizioni stesse, pertanto, vanno interpretate secondo i criteri validi a cogliere la *voluntas legis*, primo fra questi quello del <senso fatto palese dal significato proprio delle parole> (art. 12 1° comma disp. prel.), con la conseguenza che qualora nel bando sia previsto che l'offerta e gli

altri documenti debbano pervenire <esclusivamente> per posta, l'uso di quell'avverbio deve far ritenere precluse (indipendentemente da qualsiasi indagine sulla natura formale o sostanziale del fine garantistico che si intendeva conseguire con la specifica clausola) la possibilità e la legittimità di altre forme di invio, le quali, dunque, se adottate, comportano la necessaria esclusione della gara del concorrente inadempiente>> Cons. Giust. Amm. Sic., 21/10/1983, n. 116).

4 Deve essere, a questo punto, richiamata la normativa racchiusa nel D.L.vo n. 261/1999 (emanato in attuazione della direttiva 97/67/CE). L'articolo 1 lett. i) del prefato provvedimento definisce l'invio raccomandato come il <<servizio che consiste nel garantire forfettariamente contro i rischi di smarrimento, furto o danneggiamento e che fornisce al mittente una prova dell'avvenuto deposito dell'invio postale e, a sua richiesta, della consegna al destinatario>>; il medesimo articolo, lett. o), definisce il fornitore del servizio universale come <<l'organismo che fornisce l'intero servizio postale universale su tutto il territorio nazionale>> e, alla lett. p), i prestatori del servizio universale come i <<soggetti che forniscono prestazioni singole del servizio universale>>. L'articolo 4 (Servizi riservati) stabilisce: <<1. Al fornitore del servizio universale, nella misura necessaria al mantenimento dello stesso, possono essere riservati la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione di invii

di corrispondenza interna e transfrontaliera, anche tramite consegna espressa, il cui prezzo sia inferiore al quintuplo della tariffa pubblica applicata ad un invio di corrispondenza del primo livello di peso della categoria normalizzata più rapida, a condizione che il peso degli oggetti sia inferiore a 350 [...] 5. Indipendentemente dai limiti di prezzo e di peso, sono compresi nella riserva di cui al comma 1 gli invii raccomandati attinenti alle procedure amministrative e giudiziarie; per procedure amministrative si intendono le procedure riguardanti l'attività della pubblica amministrazione e le gare ad evidenza pubblica>>. L'articolo 5 (Licenza individuale) prevede che <<1. L'offerta al pubblico di singoli servizi non riservati, che rientrano nel campo di applicazione del servizio universale, è soggetta al rilascio di licenza individuale>>. Infine l'art. 23 prevede che <<2. In sede di prima attuazione, con riferimento all'art. 14 del decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, il servizio universale è affidato alla società p.a. Poste Italiane per un periodo, comunque non superiore a quindici anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, da determinarsi dall'autorità di regolamentazione, compatibilmente con il processo di liberalizzazione in sede comunitaria. 3. In relazione a quanto disposto dal decreto del Ministro delle comunicazioni 5 agosto 1997, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 260 del 7 novembre 1997, le concessioni di

cui all'art. 29, n. 1, del codice postale e delle telecomunicazioni, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 29 marzo 1973, n. 156, hanno validità fino al 31 dicembre 2000. Ferme restando le disposizioni del comma 7, le concessioni sono estese all'ambito della riserva di cui all'art. 4, fatta eccezione per gli invii indicati dal comma 5 di detto art. 4, nel rispetto delle modalità sancite dall'art. 29, punto 1, del codice postale e delle telecomunicazioni approvato con decreto del Presidente della Repubblica 29 marzo 1973, n. 156, e degli articoli 121 e seguenti del regolamento di esecuzione riguardante i servizi delle corrispondenze e dei pacchi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 29 maggio 1982, n. 655>>.

Inoltre, il D.M. 17.4.2000 (“Conferma della concessione del servizio postale universale alla Società Poste Italiane S.p.a.”) all’art. 1 conferma la concessione alla Società Poste Italiane dell’espletamento del servizio postale universale che comprende (lett. c) i servizi relativi agli invii raccomandati, e all’art. 2 stabilisce che i servizi riservati (indicati nell’art. 4 del D.L.vo n. 261/1999) sono delimitati con deliberazione del Ministero delle Comunicazioni 2.2.2000; e tale ultimo provvedimento all’art. 2 (“Riserva”) al comma 3 stabilisce che resta fermo quanto previsto dal comma 5 dell’art. 4 del D.L.vo n. 261/1999.

Dal quadro normativo sopra indicato scaturisce con tutta evidenza che l’invio dei plichi raccomandati afferenti le

procedure riguardanti l'attività della Pubblica Amministrazione in generale e, in particolare, le procedure ad evidenza pubblica, può essere riservato, per espressa disposizione di legge, al servizio fornito dalla Poste Italiane S.p.a. con esclusione, perciò, di qualsiasi altro servizio gestito da soggetti diversi.

Stante tale espressa disposizione normativa, considera il Collegio che la prescrizione del bando della gara in esame che prevede la presentazione dell'offerta esclusivamente a mezzo raccomandata del servizio postale, *a fortiori* accompagnata da un'espressa sanzione di esclusione in caso di inosservanza, non può che essere interpretata nel senso che dovevano essere ammesse in gara solo le offerte pervenute tramite le Poste Italiane S.p.a..

Risulta, perciò, illegittima l'ammissione alla gara della Franzone s.r.l. che ha trasmesso la propria offerta tramite la SDA *express courier*, non avvalendosi delle prestazioni delle Poste Italiane spa quale unico gestore del servizio postale allorquando atti raccomandati debbono essere prodotti in relazione a procedimenti amministrativi ed in particolare a gare pubbliche.

5. In ordine alla richiesta di remissione al Giudice Comunitario, merita di essere ricordato che il giudice nazionale - ancorché di ultima istanza, come il Consiglio di Stato - non è obbligato a disporre il rinvio previsto dall'art. 177 (ora 234) del Trattato CEE, volto ad ottenere dalla Corte di giustizia delle Comunità europee l'interpretazione pregiudiziale di norme comunitarie, nel

caso in cui non sussistano reali dubbi sull'interpretazione delle stesse (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31/05/2003, n. 3047), come nel caso in esame.

6. Appare, infine, priva di pregio la tesi che fa leva sul possesso del 100% delle quote azionarie della SDA *express courier* da parte delle Poste italiane ovvero sull'affidamento del servizio di consegna dei plichi raccomandati da parte delle Poste italiane alla medesima società, trattandosi di profili fattuali privi di rilievo giuridico.

7. Non può invece accogliersi la richiesta risarcitoria né sotto la forma della reintegrazione in forma specifica richiesta, non sussistendo un potere del giudice amministrativo di condannare l'amministrazione ad un facere in sede di legittimità, né sotto la forma del risarcimento per equivalente atteso che, allo stato, non risultano provati gli elementi fondanti la responsabilità aquiliana né sotto il profilo della colpa né sotto quello del danno subito.

Per le ragioni esposte l'appello va accolto nei termini sopra descritti.

Si ravvisano giuste ragioni per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione V) accoglie l'appello e per l'effetto annulla la sentenza gravata ed accoglie il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 6 luglio 2004, con l'intervento dei sigg.ri

Raffaele Iannotta	presidente,
Raffaele Carboni	consigliere,
Paolo Buonvino	consigliere,
Goffredo Zaccardi	consigliere,
Michele Corradino	consigliere estensore,

L'ESTENSORE

f.to Michele Corradino

IL PRESIDENTE

f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13 gennaio 2005

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi