



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 821 del 2010, proposto da:
Impresa Edile Rosa Costruzioni Generali S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.
Alessandro Romano, Antonio Romano, Eduardo Romano, con domicilio eletto
presso Gesi Dignani Avv. in Ancona, via Lata, 3;

contro

Comune di Porto Sant'Elpidio, rappresentato e difeso dall'avv. Sonia Corvaro, con
domicilio eletto presso Barbara Sirugo Avv. in Ancona, via Gioacchino Rossini,
13;

nei confronti di

Adriatica Edilizia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Nicola Marcone, Sofia
Ribaldi, con domicilio eletto presso Tiziana Re in Ancona, via Giannelli, 22;

per l'annullamento

-della determinazione del responsabile del Settore LL.PP: del Comune di Porto
Sant'Elpidio n. 120 del 22/09/2010 - prot. Gen. n. 470 con la quale sono stati

approvati i verbali di gara ed aggiudicati i lavori relativi alla sistemazione delle vie San Giovanni Bosco, Po, Tevere ed Arno,
del verbale n.3 del 06/09/2010 della Commissione nominata per l'espletamento della gara;
-del bando di gara del 03/06/2010 per la parte in cui al punto 6) sancisce che il plico contenente l'offerta e la documentazione amministrativa deve pervenire, a pena esclusione dalla gara, in forma raccomandata a mezzo di servizio PP.TT. o di corrieri.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Porto Sant'Elpidio e di Adriatica Edilizia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2010 il dott. Giovanni Ruiu 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 e DIRITTO

L'impresa ricorrente ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Porto Sant'Elpidio per l'affidamento dei lavori di sistemazione di alcune vie all'interno del territorio comunale.

Con verbali del 2 e 9.7.2010 sono state espletate le operazioni di gara ed è risultata aggiudicataria provvisoria la Ditta Costruzioni Edili di Partella Antonio.

A seguito di un errore materiale, evidenziato da una delle ditte partecipanti, la Commissione di Gara si è nuovamente riunita il giorno 15.7.2010, e ha rettificato l'errore disponendo l'aggiudicazione provvisoria a favore della Ditta Rosa

Costruzioni Generali s.r.l., attuale ricorrente. Successivamente, afferma la ricorrente, a seguito di esposto prodotto dalla Ditta Costruzioni Edili di Parrella Antonio, il Responsabile del procedimento e, successivamente, la Commissione di Gara, con Verbale n 3 del 6.9.2010, hanno deciso di escludere dalla gara sei ditte, le cui offerte, sebbene pervenute tempestivamente, erano state consegnate a mano. Ciò ha comportato una modifica della graduatoria e dei calcoli per cui è risultata aggiudicataria provvisoria la Ditta Adriatica Edilizia s.r.l e non più la ricorrente.

Con Determinazione del Responsabile del Settore LL.PP. n. 120 del 22.9.2010, comunicata con nota in pari data, sono stati approvati i verbali di gara e aggiudicati definitivamente i lavori alla Ditta Adriatica Costruzioni Srl.

Con ricorso depositato il 7.10.2010 la precedente aggiudicataria Rosa Costruzioni Generali Srl ha impugnato il citato verbale n. 3 del 6.9.2010 e il provvedimento di aggiudicazione definitivo deducendo i seguenti vizi

a) Violazione e falsa applicazione del bando di gara- erroneità nei presupposti e travisamento.

L'esclusione successiva di sei partecipanti è stata disposta perché i plichi delle stesse, tutti pervenuti tempestivamente, sono stati consegnati a mano. Ciò sarebbe in contrasto con la previsione del bando di gara, che prevedeva che i plichi dovessero pervenire, a pena di esclusione dalla gara, in forma raccomandata a mezzo del Servizio PP.TT. o di corrieri. A detta del ricorrente, il termine corrieri non escluderebbe la consegna manuale.

b) Violazione e falsa applicazione dei principi generali in materia di partecipazione alle gare –illogicità ed ingiustificato aggravamento.

Qualora, diversamente da quanto sostenuto nel primo motivo di ricorso, l'Amministrazione avesse fatto legittima applicazione della clausola del bando relativa alla modalità di presentazione dei plichi, sarebbe tale clausola a risultare illegittima ed a comportare l'illegittimità delle determinazioni assunte in

applicazione della stessa. Infatti, vietare la consegna a mano del plico sarebbe un aggravamento immotivato delle previsioni di gara, considerato, tra l'altro, che lo stesso codice dei contratti pubblici approvato con dlgs. 12.4.2006 n. 163, ribadisce che le modalità previste non devono assumere carattere discriminatorio. al fine di favorire la più ampia partecipazione possibile.

Si sono costituiti il Comune di Porto Sant'Elpidio e la controinteressata aggiudicataria Adriatica Costruzioni Srl, resistendo al ricorso.

Alla Camera di Consiglio del 3.11.2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione, con avviso alle parti della possibile decisione sul merito ai sensi dell'art. 60 dlgs 104/2010.

1 Sussistono i requisiti per la decisione in forma semplificata del ricorso in epigrafe, ai sensi dell'art. 60 del dlgs 104/2010

2 Il ricorso è manifestamente fondato e deve essere accolto..


2.1 A parere del Collegio, entrambi i motivi di ricorso dedotti da parte ricorrente sono fondati.

2.2 In particolare, è fondato il dedotto vizio di violazione e falsa applicazione del bando di gara, erroneità dei presupposti, travisamento.

2.3 Infatti, la clausola sulla base della quale le sei concorrenti sono state escluse (punto 6 secondo paragrafo del bando di gara) recita: "Il plico, a pena di esclusione dalla gara, dovrà pervenire in forma raccomandata a mezzo del servizio P.P.T.T. o di corrieri". A parere del Collegio, il termine "corrieri" risulta atecnico. Infatti il termine corrieri, anche se nell'accezione comune si può riferire un soggetto che svolge professionalmente tale attività, può comunque risultare ambiguo, nel senso che, come correttamente osservato dalla ricorrente, il bando non ha utilizzato un termine più specifico quale, ad esempio "azienda specializzata in servizi di spedizione", oppure il termine "corriere abilitato", che talvolta viene utilizzato. Inoltre, oltre che generico il termine è utilizzato al plurale.

2.4. A confermare la scarsa chiarezza della disposizione, nel bando non viene indicata alcuna modalità pratica della spedizione. A questo punto l'indicazione dei "corrieri" come alternativa al servizio postale universale finisce per potere assumere anche il significato letterale della parola, che indica semplicemente qualcuno che trasporta qualcosa da un posto all'altro per conto di terzi.

2.5 Conseguentemente, in assenza di altre disposizioni del bando che specifichino le modalità di spedizione del plico o le ragioni per cui la stessa debba avvenire secondo determinate modalità, il termine "corrieri" risulta ambiguo fino al punto di potere, astrattamente, comprendere la stessa consegna a mano.

2.6 A questo punto, l'esclusione delle sei concorrenti che avevano effettuato la consegna a mano, la quale ha provocato la modifica della media delle offerte e la conseguente aggiudicazione alla controinteressata, deve essere considerata illegittima, in ossequio al pacifico orientamento per cui, nelle clausole equivoche o  di dubbio significato nelle procedure di evidenza pubblica deve preferirsi, purché ciò non configga con il principio di parità di trattamento tra i concorrenti, l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara piuttosto che quella che la ostacoli, con irrilevanza delle formalità inutili. (CdS sez. V 12.10.2010 n. 7403). Infatti, come è stato recentemente e condivisibilmente affermato dalla giurisprudenza, per le clausole di esclusione va seguito il criterio della stretta interpretazione, per non ledere il contrapposto interesse alla più ampia partecipazione dei concorrenti alla procedura di gara. Pertanto, delle formalità che sorreggono il sistema delle gare pubbliche va scongiurata un'applicazione meccanica che contraddica, alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto, la fondamentale ed immanente esigenza di ragionevolezza dell'attività amministrativa, finendo così per porsi in contrasto con le stesse finalità di tutela cui sono preordinati i generali canoni applicativi delle regole della contrattualistica pubblica (Tar Trento 9.7.2010 n. 172). Alla luce di ciò è illegittima l'esclusione di

un'impresa, partecipante ad una gara pubblica, per la presentazione dell'offerta a mano. Infatti, quando il bando indica l'alternativa tra il servizio postale e i corrieri, appare evidente che nel significato di corriere debba rientrare, oltre quello professionale, anche quello occasionale. (Tar Lazio 8.4.2003 n. 3190).

2.7 Va quindi ritenuto che sia illegittima l'esclusione delle Ditte che, in base alle verifiche effettuate dalla Stazione Appaltante, avevano effettuato a mano la consegna del plico contenente la documentazione di gara, con la conseguente illegittimità del verbale di aggiudicazione n. 3 del 6.9.2010.

3 In ogni caso, ritiene il collegio che sia opportuno trattare anche il secondo motivo di ricorso, il quale, in via subordinata, afferma l'illegittimità della citata disposizione del bando, se interpretata nel senso di sanzionare, a pena di esclusione, la presentazione a mano del plico.

3.1 Anche il secondo motivo di ricorso è fondato. Il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale, recentemente espresso in fattispecie praticamente analoghe dal Tar Lazio nella sentenza n. 7689 del 29.7.2009 (sospesa dal Consiglio di Stato Sez.IV con ordinanza 5715/2009, ma senza pronuncia esplicita sulla questione trattata), oltre che dal Tar Lazio Latina nella sentenza n. 588 dell'11.8.2005.

3.2 In particolare, si osserva che l'art. 42, c. 6), lett. a) della dir. n. 2004/18/CE prevede che "... le domande di partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici possono essere presentate per iscritto o per telefono...", prevedendo comunque che le "... amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che le domande di partecipazione presentate mediante fax siano confermate per posta o per via elettronica. In tal caso, esse indicano nel bando di gara tale esigenza ed il termine entro il quale deve essere soddisfatta..."

3.3 Ne consegue che la Stazione Appaltante ha discrezionalità per prediligere di volta in volta il mezzo più adatto per realizzare il bene giuridico protetto, ossia la

serietà della volontà dell'impegno e la recettività della dichiarazione negoziale, negli ovvi limiti della ragionevolezza e della proporzionalità, nel senso, cioè, che il mezzo prescelto non deve assurgere a limite preclusivo della possibilità d'effettiva partecipazione alla gara, dato che tale discrezionalità non è solo rimessa al limite interno della ragionevole coerenza dello strumento prescelto all'obiettivo da raggiungere, considerato che, ex art. 77, c. 4 e 7 del dlgs 12.4.2006 n. 163, non solo non v'è un mezzo predefinito a priori che obblighi l'impresa partecipante a produrre la propria domanda nell'ambito d'un novero ristretto di mezzi di presentazione, ma le stazioni appaltanti possono acconsentire alla produzione diretta delle domande stesse ai propri uffici. Tanto con il solo limite della non esclusività nonché della salvaguardia della integrità della documentazione e della riservatezza dell'offerta. Coerentemente, l'ammissione della produzione diretta è facoltativa, ma è del pari vero che tal facoltà non deve intendersi elisa ed inutilizzabile, una volta prescelta un'altra modalità. Al contrario, l'art. 77, c. 7, nel replicare tutti i mezzi di presentazione delle domande e delle offerte indicati nell'art. 42, n. 6) della dir. n. 2004/18/CE, fa salvo proprio il precedente c. 4, ossia la regola della produzione diretta. Sicché i due gruppi di modalità si devono intendere tra loro normalmente e facilmente integrabili, tranne che la stazione appaltante non dimostri che quella ex c. 4 alteri le inderogabili esigenze di protezione dell'integrità e della riservatezza delle offerte, o che tale modalità le avrebbe consentito facilmente d'apprenderne il contenuto prima della scadenza del termine previsto per la loro presentazione (Tar Lazio Roma 29.7.2009 n. 7689 cit.).

3.3 Nel caso oggi all'esame del Collegio non è stata prospettata, nel bando di gara, alcuna di queste esigenze. Anzi, l'utilizzo generico del termine "corrieri" nella legge di gara sembra paradossalmente consentire la consegna da parte di chiunque svolga tale attività (anche se la norma fosse intesa in senso restrittivo di "professionale"),

cioè una forma che appare addirittura, potenzialmente, meno sicura della consegna a mano da parte di un delegato dell'impresa.

3.4 Conseguentemente, se interpretata nel senso restrittivo fatto proprio dalla Commissione di gara, la clausola di cui al punto 6 del bando di gara sarebbe comunque illegittima.

4 Per le considerazioni di cui sopra, l'esclusione delle Ditte che avevano effettuato la consegna a mano dell'offerta, la quale ha causato la rideterminazione della soglia di anomalia e la conseguente aggiudicazione alla controinteressata Adriatica Edilizia Srl è illegittima, per cui deve essere annullato l'impugnato verbale della Commissione di gara n. 3 del 6.9.2010 e, conseguentemente, la determinazione del responsabile del Settore LL.PP. del Comune di Porto Sant'Elpidio n. 120 del 22.9.2010 - prot. Gen. n. 470 con la quale sono stati approvati i verbali di gara ed aggiudicati i lavori relativi alla sistemazione delle vie San Giovanni Bosco, Po, Tevere ed Arno. Ciò implica la reviviscenza del verbale n. 2 del 15.7.2010 con effetto satisfattivo, allo stato attuale della gara, per la ricorrente.

4.1 Le spese seguono la soccombenza e sono determinate in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna le parti soccombenti al pagamento delle spese di causa a favore della ricorrente, nella misura di € 4.000 a carico del Comune di Porto Sant'Elpidio e € 2.000 a carico della contorinteressata Adriatica Edilizia S.r.l, più IVA, CPA e restituzione del contributo unificato come per legge.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Giovanni Ruiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/11/2010

IL SEGRETARIO

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