

L'esclusione dalla gara può essere operata tutte le volte in cui non venga osservata, dal concorrente, una clausola espressamente posta a pena di esclusione; e che eccezionalmente l'esclusione può essere disposta pur in assenza di una previsione esplicita siffatta tutte le volte in cui dal contesto della lex specialis della gara emerga manifestamente (in ragione dei pregnanti contenuti delle clausole inosservate) che il mancato rispetto di talune clausole essenziali comporti, comunque ed inevitabilmente, l'esclusione anche senza una espressa previsione in tal senso

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 3703 del 21 giugno 2006 ci insegna che:

<in presenza di regole dubbie, trova applicazione il principio del favor participationis, mentre in caso di inosservanza di specifiche e chiare clausole del bando o della lettera di invito, poste a pena di esclusione, non può non seguire 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)>

in particolare merita di essere segnalato anche il seguente pensiero dei Giudici di Palazzo Spada:

<La giurisprudenza anche di questa Sezione ha anche ritenuto che la previsione, in sede bando di gara di una procedura ad evidenza pubblica, dell'utilizzazione del servizio postale ai fini dell'invio dell'offerta non sia in sé illegittima in quanto conforme alla disciplina di cui al d.lgs. n. 261 del 1999>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sui ricorsi in appello nn. 5705/2005 e 6639/2005, proposti:

a) - quanto all'appello n. 5705/2005:

- dal Comune di CASALBORE, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Roberto PROZZO ed elettivamente domiciliato in Roma, via Merulana 234, presso lo studio dell'avv. Giuliano BOLOGNA,

c o n t r o

**

e nei confronti

b) – quanto all'appello n. 6639/2005:

- dalla società **

c o n t r o

**, difesa e domiciliata,

e nei confronti

del Comune di CASALBORE, in persona del Sindaco p.t., non costituitosi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del TAR della Campania, Sede di Napoli, Sezione I, 13 maggio 2005, n. 6120;

visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio, in entrambi gli appelli dall'A.T.I. con capogruppo la società **** s.r.l. ****;

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

visti gli atti tutti di causa;

relatore, alla pubblica udienza del 7 febbraio 2006, il Consigliere Paolo BUONVINO;

uditi, per le parti, gli avv.ti Roberto PROZZO e Andrea ABBAMONTE;

visto il dispositivo n. 95 del 7 FEBBRAIO 2006.

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

F A T T O

1) - Con la sentenza appellata il TAR ha accolto il ricorso proposto dall'ATI con Capogruppo la società **** s.r.l. **** (di seguito, ATI ****) per l'annullamento del verbale di gara espletata in data 16 e 19 ottobre 2004, in cui la Commissione Giudicatrice ha rilevato che la migliore offerta risultava quella presentata dal concorrente ATI **** **** s.r.l. – Geom. **** Domenico e pertanto lo proclamava aggiudicatario provvisorio;

- della determinazione n. 121 del 12 novembre 2004, con cui il Responsabile del Settore Tecnico del Comune di Casalbore ha approvato il predetto verbale di gara;

- della lettera prot. n. 3522 del 15 novembre 2004, con cui il Comune di Casalbore ha respinto l'invito-diffida pervenuto il 23 ottobre 2004 dalla ricorrente A.T.I.; nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi da parte della ricorrente per effetto dell'esecuzione degli atti impugnati; e ancora, a mezzo ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. con capogruppo la società **** **** s.r.l. (in seguito, ATI ****), per l'annullamento del bando di gara in parte qua dove prevede, quale modalità di presentazione dell'offerta, esclusivamente la raccomandata postale.

Ad avviso del TAR il bando di gara (sul punto, da ritenersi pienamente legittimo) era da interpretare nel senso che l'invio delle offerte doveva avvenire, a pena di esclusione, mediante raccomandata postale; con la conseguente esclusione, tra le altre, dell'ATI **** (risultata aggiudicataria) e correlata esigenza di rinnovazione del calcolo dell'anomalia ai fini dell'aggiudicazione al migliore ribasso.

2) - Per le parti appellanti (il Comune di Casalbore e l'ATI ****) la sentenza sarebbe erranea.

Anzitutto, il Comune deduce la carenza di interesse al ricorso da parte dell'originaria ricorrente in quanto, in sede di rinnovo degli atti di gara, il criterio di presentazione delle offerte ritenuto operante, a pena di esclusione, dal TAR, avrebbe inevitabilmente comportato anche l'esclusione di numerose altre offerte (presentate direttamente agli uffici amministrativi, anziché a mezzo di raccomandata postale); ciò che avrebbe modificato ulteriormente il calcolo della media, con uno spostamento della stessa tale da non consentire di beneficiarne da parte dell'originaria ricorrente, che non sarebbe risultata aggiudicataria.

Nel merito, le parti appellanti deducono l'erroneità della sentenza in quanto, contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici, non sarebbero sussistiti i presupposti per escludere dalla gara tutte le imprese (in totale, 12) che, per l'invio dell'offerta, si sono avvalse di corrieri privati anziché di raccomandata del servizio postale; con la conseguenza che non avrebbe dovuto procedersi ad alcun ricalcolo delle medie ai fini dell'individuazione delle offerte anomale.

L'ATI **** insiste anche, in subordine, per l'accoglimento delle censure mosse in primo grado con ricorso incidentale – e disattese dal TAR – rivolte nei confronti del bando di gara nella parte in cui prevedeva che l'invio delle offerte avrebbe dovuto essere effettuato esclusivamente mediante raccomandata del servizio postale.

Si è costituita, in entrambi gli appelli, l'originaria ricorrente (ATI ****) che, nelle proprie difese, insiste per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza appellata.

Con memorie conclusionali le parti ribadiscono i rispettivi assunti difensivi.

DIRITTO

1) - Con bando pubblicato in data 2 settembre 2004 il Comune di Casalbore ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento di lavori di infrastrutture per il piano degli insediamenti produttivi – 1° lotto funzionale (opere di viabilità e sistemazione dei lotti, opere strutturali di adeguamento geotecnica, rete idrica, gas, elettrica, telefonica e pubblica illuminazione).

Al punto 6.1) del bando era prescritto che le offerte avrebbero dovuto essere presentate “inderogabilmente e a pena di esclusione entro le ore 12,00 del giorno 15 ottobre 2004”.

Al successivo punto 6.3) era, poi, indicato che le offerte avrebbero dovuto essere presentate “esclusivamente a mezzo raccomandata postale”.

In data 16 e 19 ottobre 2004, in occasione della fase di verifica ed ammissione delle offerte, la Commissione ne ammetteva 109 sulle complessive 140 pervenute; 12 delle offerte ammesse erano state inviate a mezzo corriere privato anziché tramite raccomandata postale.

Per effetto della determinazione della media dei ribassi di tutte le offerte ammesse, pari al 32,5090%, la gara è stata aggiudicata alla costituenda ATI **** che aveva presentato un ribasso pari al 32,4630%

In data 23 ottobre 2004 l'ATI **** ha presentato all'Amministrazione l'invito ad escludere tutte le offerte che non erano state presentate, in base al citato punto 6.3) del bando, a mezzo raccomandata postale.

Con nota 15 novembre 2004, n. 3522, e con determinazione del Responsabile del Settore Tecnico n. 121 del 12 novembre 2004 (con la quale ultima sono stati, tra l'altro approvati, i verbali di gara e proclamata aggiudicataria definitiva l'ATI ****), il Comune rispondeva negativamente a tale richiesta.

2) - Avverso i verbali di gara, nonché contro la ora citata nota n. 3522 del 2004 ed, ancora, contro la pure citata determinazione dirigenziale n. 121 del 2004, ha proposto ricorso al TAR l'ATI ****, chiedendone l'annullamento oltre al risarcimento dei danni subiti.

Ha lamentato, in primo luogo, la parte ricorrente, l'illegittimità degli atti impugnati essendo state ammesse alla gara anche offerte inviate a mezzo corriere privato e ciò nonostante una specifica disposizione del bando avesse previsto, pena l'esclusione, l'inoltro solo a mezzo raccomandata postale; inoltre, ai sensi della legge n. 261/2002 in materia di gestione universale del servizio, Poste Italiane è individuato come il soggetto al quale è riservato espressamente il compito di inoltro delle raccomandate nelle gare ad evidenza pubblica; ha lamentato, poi, la parte ricorrente, la violazione dell'interesse pubblico, in quanto, non escludendo le imprese che avevano presentato l'offerta in modo difforme da quanto previsto inderogabilmente dalla lex specialis di gara, l'Amministrazione non avrebbe disposto l'aggiudicazione in favore del concorrente che aveva presentato la migliore offerta, essendo stata in tal senso proprio la ricorrente ad aver presentato il maggior ribasso percentuale compatibile con una media esattamente calcolata.

Si è costituito in giudizio il Comune di Casalbore che ha insistito, nelle proprie difese, per il rigetto del ricorso; si è costituita anche l'ATI ****, risultata aggiudicataria, che, oltre ad insistere per l'infondatezza del ricorso, ha dedotto, con apposito ricorso incidentale, l'illegittimità della clausola del bando di cui al punto 6.3) nell'ipotesi – subordinata - in cui questa avesse limitato le modalità di presentazione delle offerte al solo mezzo della raccomandata postale.

3) - Il TAR ha accolto il ricorso avendo ritenuto che il bando di gara avesse imposto, quale unica modalità di inoltro delle offerte, la spedizione mediante raccomandata postale.

Ciò si deduceva, per i primi giudici, dall'espressione letterale del punto 6.3) del bando che prevedeva che le offerte dovessero essere presentate esclusivamente a mezzo raccomandata postale, laddove l'utilizzo dell'avverbio "esclusivamente" lasciava chiaramente intendere come questo fosse l'unico sistema di inoltro consentito; e tale assunto trovava, poi, conferma, per il TAR, nell'art. 1 del Titolo Sesto del bando che, nel prevedere le cause di esclusione, prevedeva l'ipotesi delle offerte tardivamente pervenute, e ciò indipendentemente dalla data del timbro postale, con ciò confermando la necessità dell'impiego del mezzo di inoltro di cui al punto 6.3).

Né poteva in contrario sostenersi, sempre ad avviso del TAR, che sarebbe mancata un'espressa comminatoria di esclusione nello stesso Titolo Sesto, atteso che la sanzione dell'estromissione era evincibile proprio dal carattere "esclusivo" del mezzo di spedizione previsto, nonché dalla circostanza per cui non tutte le cause di esclusione dovevano necessariamente essere inserite nel Titolo Sesto.

Il TAR ha disatteso, poi, il ricorso incidentale, avendo ritenuto pienamente congrua e legittima la modalità di invio dell'offerta prevista dal bando.

Hanno rilevato, infine, i primi giudici che l'illegittimità delle predette operazioni di gara comportava la caducazione di tutti gli atti del procedimento a partire dalla fase di ammissione delle offerte, dovendo, quindi, l'Amministrazione procedere alla relativa rinnovazione, ammettendo alla gara le sole imprese che avevano fatto pervenire le loro offerte a mezzo raccomandata postale ed in tal modo procedendo al ricalcolo della media con individuazione della migliore offerente; con il conseguente accoglimento del ricorso ed assorbimento di ogni ulteriore censura, nonché con il rigetto della domanda risarcitoria, essendo necessario attendere gli esiti della rinnovazione del procedimento per verificare l'effettiva entità del pregiudizio patito da parte ricorrente per effetto dell'illegittima azione amministrativa.

4) – Impugnano la sentenza, con separati appelli (nn. 5705/2005 e 6639/2005), il Comune di Casalbore e l'ATI ****.

Anzitutto, il Comune deduce la carenza di interesse al ricorso da parte dell'originaria ricorrente in quanto, in sede di rinnovo degli atti di gara, il criterio di presentazione delle offerte ritenuto operante, a pena di esclusione, dal TAR, avrebbe inevitabilmente comportato anche l'esclusione di numerose altre offerte (presentate direttamente agli uffici amministrativi, anziché a mezzo di raccomandata postale); ciò che avrebbe modificato ulteriormente il calcolo della media, con uno spostamento della stessa tale da non consentire di beneficiarne da parte dell'originaria ricorrente, che non sarebbe risultata aggiudicataria.

Nel merito, le parti appellanti deducono l'erroneità della sentenza in quanto, contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici, non sarebbero sussistiti i presupposti per escludere dalla gara tutte le imprese (in totale, 12) che, per l'invio dell'offerta, si sono avvalse di corrieri privati anziché di raccomandata del servizio postale; con la conseguenza che non avrebbe dovuto procedersi ad alcun ricalcolo delle medie ai fini dell'individuazione delle offerte anomale.

L'ATI **** insiste anche, in subordine, per l'accoglimento delle censure mosse in primo grado con ricorso incidentale – e disattese dal TAR – rivolte nei confronti del bando di gara nella parte in cui prevedeva che l'invio delle offerte avrebbe dovuto essere effettuato esclusivamente mediante raccomandata del servizio postale.

5) - Gli appelli – che debbono essere riuniti perché proposti avverso la medesima sentenza - sono fondati.

Il bando di gara, per ciò che attiene alle clausole poste a pena di esclusione, ne contempla specificamente una al citato punto 6.1), secondo cui le offerte avrebbero dovuto essere presentate “inderogabilmente e a pena di esclusione entro le ore 12,00 del giorno 15 ottobre 2004”.

Altre clausole pone, a pena di esclusione, al titolo sesto (“cause di esclusione”) dove, al n. 1, viene precisato che “sono escluse senza che sia necessaria l'apertura del plico di invio, le offerte: a) – pervenute dopo il termine perentorio già precisato, indipendentemente dalla data del timbro postale di spedizione, restando il recapito a rischio del mittente ove, per qualsiasi motivo, l'offerta non giunga a destinazione in tempo utile.....” (seguono altre ipotesi di esclusione senza apertura del plico che qui non rilevano).

Al punto 6.3) lo stesso bando prevede, inoltre, che le offerte vengano presentate “esclusivamente a mezzo raccomandata postale”.

Ritiene il Collegio che tali previsioni, contenute nel bando di gara, pur privilegiando, evidentemente, la spedizione a mezzo di raccomandata postale, non siano del tutto univoche nel senso di prevedere che il mancato utilizzo di tale mezzo comporti inderogabilmente l'esclusione dalla gara.

È noto, invero, che l'esclusione dalla gara può essere operata tutte le volte in cui non venga osservata, dal concorrente, una clausola espressamente posta a pena di esclusione; e che eccezionalmente l'esclusione può essere disposta pur in assenza di una previsione esplicita siffatta tutte le volte in cui dal contesto della *lex specialis* della gara emerga manifestamente (in ragione dei pregnanti contenuti delle clausole inosservate) che il mancato rispetto di talune clausole essenziali comporti, comunque ed inevitabilmente, l'esclusione anche senza una espressa previsione in tal senso.

Ed è anche noto che, in presenza di regole dubbie, trova applicazione il principio del *favor participationis*, mentre in caso di inosservanza di specifiche e chiare clausole del bando o della lettera di invito, poste a pena di esclusione, non può non seguire 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, Sezione V, 13 gennaio 2005, n. 82; Sezione IV, 28 agosto 2001, n. 4572; Cons. giust. amm., 14 ottobre 1999, n. 538; Cons. St., Sez. IV, n. 1515 del 1998; Sez. IV, n. 1619 del 1998; Sez. VI, 22 maggio 1998, n. 801).

La giurisprudenza anche di questa Sezione ha anche ritenuto (cfr, la decisione n. 82 del 2005 cit.) che la previsione, in sede bando di gara di una procedura ad evidenza pubblica, dell'utilizzazione del servizio postale ai fini dell'invio dell'offerta non sia in sé illegittima in quanto conforme alla disciplina di cui al d.lgs. n. 261 del 1999.

Nel caso di specie, peraltro, è da ritenere che la previsione contenuta nel bando non fosse univoca e che può avere ingenerato, quindi, incertezze interpretative tali da avere cagionato, da parte di molti concorrenti (i dodici che hanno presentato l'offerta mediante corriere ed i numerosi altri – diciannove - che l'hanno presentata *brevi manu*) l'inosservanza della clausola in questione.

Il bando in esame appare, infatti, preciso e puntuale nel prevedere molteplici ipotesi di inosservanza delle clausole in esso contenute, sancite con l'esclusione dalla gara; con specifico riferimento all'invio delle offerte, ha previsto espressamente, a pena di esclusione, con le due disposizioni dianzi ricordate, il momento ultimo entro il quale le stesse, indipendentemente dalla data di spedizione, dovevano pervenire presso l'Amministrazione.

Analogo scrupolo espositivo non ha, invece, utilizzato per ciò che attiene alla tassatività del mezzo da utilizzare per l'invio del piego; mezzo che è indicato al citato punto 6.3), ma senza essere accompagnato da espressioni tali da far intendere, al di là di ogni ragionevole dubbio, che la sua mancata utilizzazione fosse tale da comportare l'inevitabile esclusione dalla gara; e, invero, l'espressione “esclusivamente a mezzo di raccomandata postale” non è sinonimo di presentazione “a pena di esclusione, a mezzo di raccomandata postale” atteso il carattere inequivoco e tassativo solo di tale seconda espressione; anzi, l'utilizzazione di due differenti terminologie nell'ambito

dello stesso contesto espositivo e nell'immediata vicinanza testuale lascia proprio adito al dubbio di una differente rilevanza, ai fini della partecipazione alla gara, della inosservanza delle clausole in questione.

Si aggiunga che la terminologia utilizzata ("a mezzo raccomandata postale", "timbro postale"), può lasciare pure un margine di dubbio in quanto il termine "raccomandata postale" non può ritenersi tecnicamente corretto alla luce delle definizioni contenute nell'art. 1 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261 (recante: "attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio"), ove, alla lettera "i" del comma 2 si parla di "invio raccomandato" (e così pure di "invii raccomandati" si parla all'art. 3, comma 2, lettera c, e all'art. 4, comma 5).

Vero che gli "invii raccomandati" sono "riservati" alla società Poste Italiane s.p.a. giusta l'art. 4 dello stesso d.lgs. n. 261/1999 e successive determinazioni attuative; non di meno, la mancata specifica indicazione della società ora detta (che è il "fornitore del servizio universale") può aver supportato il dubbio che elemento essenziale non fosse quello di avvalersi del servizio riservato alla predetta società, ma di un mezzo atto semplicemente a garantire che la consegna del plico fosse avvenuta nei termini stabiliti (e che sia avvenuta in tali termini non è, in questa sede, contestato).

In definitiva, in assenza di una terminologia chiara ed univoca volta a sanzionare con l'esclusione dalla gara anche la mancata osservanza della clausola in questione, non può ritenersi che l'amministrazione possa legittimamente procedere ad escludere i concorrenti che si siano avvalsi di differenti mezzi di invio; la semplice inosservanza della "riserva" in favore di Poste Italiane s.p.a. potendo essere sanzionata, in ipotesi, nei confronti dell'esercente il servizio di corriere privato, ma non nei confronti dell'utenza, attraverso l'invalidazione dell'invio e del ricevimento del piego, tutte le volte in cui le dette operazioni garantiscono data e ora certe.

6) – Per tali motivi gli appelli in epigrafe appaiono fondati e vanno accolti e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Le spese del doppio grado possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato, Sezione quinta, riunisce e accoglie gli appelli in epigrafe (nn. 5705/2005 e 6639/2005) e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 7 febbraio 2006
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 21 giugno 2006