

N. 02218/2012 REG.PROV.COLL.
N. 04868/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4868 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Savi Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro Piccioli, Leonardo Benedetti, con domicilio eletto presso Alessandro Piccioli in Roma, via Pietro Tacchini, 7;

contro

Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali - Sopr Patrimonio Storico Artistico Etnoantropologico e Polo Museale Roma, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc M Costantini Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Emilio Trucco, con domicilio eletto presso Emilio Trucco in Roma, via dei Gracchi,128;

per l'annullamento

- della determinazione del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, Soprintendenza Speciale per il Patrimonio Storico Artistico ed Etnoantropologico e per il Polo Museale della Città di Roma, del 27-04-2011, prot. 4747, di esclusione dalla gara "Roma - Palazzo Barberini- per la fornitura di apparecchi illuminanti e sistemi di illuminazione su cavi tesi;
- del bando di gara ufficiosa nella parte in cui detta disposizioni in merito alle modalità di recapito dell'offerta;
- del verbale di apertura delle buste del 27 aprile 2011 e di ogni altro atto precedente o connesso compreso l'eventuale atto di aggiudicazione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali - Sopr Patrimonio Storico Artistico Etnoantropologico e Polo Museale Roma e di Soc M Costantini Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2012 il dott. Stefania Santoleri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Soprintendenza Speciale per il Patrimonio Storico Artistico ed Etnoantropologico e per il Polo Museale della città di Roma ha indetto una gara di appalto ufficiosa ai sensi degli artt. 3, 125 e 253 del D.Lgs. n. 163/06, per l'affidamento in fornitura di apparecchi illuminanti e sistema di illuminazione su cavi tesi da utilizzarsi presso Palazzo Barberini, Galleria di Arte Antica di Roma, da aggiudicarsi mediante il criterio del prezzo più basso.

Con nota del 12 aprile 2011 prot. n. 100, ha diramato l'invito a 12 ditte, ma soltanto due (la società Obor S.r.l. e la società M. Costantini S.r.l.) hanno presentato l'offerta.

L'offerta della società Obor S.r.l. è stata esclusa dalla gara per non aver rispettato le prescrizioni contenute nella lettera di invito in merito alle modalità di presentazione dell'offerta, avendo la società recapitato a mano il plico contenente l'offerta in violazione della *lex specialis* che prevedeva, invece, con clausola a pena di esclusione, l'obbligo di avvalersi del servizio postale o di un'agenzia di recapito.

L'appalto è stato aggiudicato alla società controinteressata M. Costantini S.r.l. con un ribasso del 3%.

La ricorrente ha quindi impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara, il provvedimento di aggiudicazione ed il bando di gara, nella parte in cui dispone in ordine alle modalità di recapito del plico contenente l'offerta, deducendo la censura di violazione dell'art. 42 par. 6 della direttiva 2004/18/CE, la violazione e falsa applicazione dell'art. 77, commi 4 e 7, del D.Lgs. 163/06, l'eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e per travisamento dei fatti.

Deduce la ricorrente che la normativa comunitaria non vieterebbe di provvedere al recapito dell'offerta mediante consegna diretta, mentre l'art. 77 commi 4 e 7 del D.Lgs. 163/06 lo consentirebbe espressamente.

Nel caso di specie, il bando – indicando i giorni e gli orari per la consegna del plico contenente l'offerta – indurrebbe a ritenere che sia consentirebbe il suo recapito diretto.

In ogni caso la scelta della stazione appaltante sulle modalità di recapito dell'offerta sarebbe del tutto irragionevole, in quanto mediante la consegna diretta sarebbero comunque salvaguardate l'integrità della documentazione e la segretezza dell'offerta.

Il provvedimento di esclusione sarebbe quindi illegittimo e contrario agli interessi dell'Amministrazione, in quanto la propria offerta sarebbe stata più vantaggiosa per la stazione appaltante.

Con successiva memoria notificata, contenente motivi aggiunti, la ricorrente ha proposto la domanda risarcitoria.

A sostegno della propria pretesa la ricorrente ha richiamato la recente modifica effettuata dal Legislatore sull'art. 46 del D.Lgs. 163/06 (D.L. 13/5/11 n. 70 art. 4, comma 2, lett. d) consistente nell'introduzione del comma 1 bis, contenente il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto, sostenendo che sarebbe nulla la clausola in questione.

Ha poi provveduto a quantificare i danni, chiedendo la condanna dell'Amministrazione al pagamento della somma indicata nel ricorso, ovvero a quella maggiore o minore accertata in giudizio, maggiorata degli interessi e della rivalutazione monetaria.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione resistente che – dopo aver replicato alle censure proposte – ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata che ha chiesto anch'essa il rigetto del ricorso per infondatezza.

All'udienza pubblica del 16 febbraio 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Occorre innanzitutto rilevare che la gara ufficiosa per la fornitura di apparecchi illuminanti e sistema di illuminazione

su cavi tesi è stata indetta con la lettera di invito prot. 100 datata 12 aprile 2011, e che quindi il procedimento di gara ha avuto inizio prima dell'entrata in vigore della modifica dell'art. 46 del D.Lgs. 163/06, intervenuta per effetto dell'art. 4, comma 2 lett. d) del D.L. 13 maggio 2011 n. 70.

In materia di atti di gara, così come per gli atti del procedimento, vige il principio del “tempus regit actum”, per cui la legittimità della clausola della lettera di invito deve essere verificata con riferimento alla disciplina normativa esistente alla data di adozione dell'atto e non con quella sopravvenuta.

Ne consegue l'inapplicabilità alla fattispecie in esame della disposizione recata dal comma 1 bis dell'art. 46 del codice di contratti, che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto.

Ciò comporta l'infondatezza della censura proposta con i motivi aggiunti e diretta a sostenere l'illegittimità della clausola per contrasto con la disposizione recata dal comma 1 bis dell'art. 46 del D.Lgs. 163/06 introdotto dal D.L. n. 70/11.

Sempre in via preliminare è opportuno richiamare la disposizione recata dalla lettera di invito in merito alle modalità di recapito dell'offerta.

Dispone la lex specialis che “I plichi contenenti le offerte e la relativa documentazione, pena l'esclusione dalla gara, devono pervenire mediante agenzie di recapito, che rilasceranno alla consegna del plico il contrassegno con data e orario, che verrà controfirmato dal personale incaricato alla ricezione – ovvero a mezzo raccomandata del servizio postale entro il termine perentorio delle ore 12.00 del 18 marzo 2011 al seguente indirizzo: Soprintendenza Speciale per il Patrimonio Storico, Artistico ed Etnoantropologico per il Polo Museale della Città di Roma, P.zza San Marco n. 49 -00186 Roma.

(...) Le consegne vanno effettuate dal lunedì al venerdì dalle ore 09.00 alle ore 13.00 direttamente ed esclusivamente

presso gli uffici della Soprintendenza Speciale”.

Ritiene la ricorrente, in estrema sintesi, che la clausola sarebbe dubbia, in quanto contenente l’indicazione del luogo e dell’orario per la consegna dei plichi, elementi questi del tutto ultronei nel caso di recapito a mezzo servizio postale.

Ritiene, altresì, che la clausola anche qualora fosse ritenuta univoca, sarebbe comunque illegittima, perché la consegna diretta dell’offerta non sarebbe vietata dalla direttiva comunitaria 2004/18/CE e sarebbe espressamente consentita dall’art. 77 comma 4 del codice dei contratti.

Inoltre, la consegna – effettuata con forme diverse da quelle previste nella lex specialis – sarebbe avvenuta nel rispetto della tempistica prevista dalla lettera di invito, ed il plico sarebbe arrivato debitamente sigillato nel rispetto di tutte le garanzie di segretezza proprie delle procedure di gara.

Le censure proposte non possono trovare accoglimento.

Ritiene innanzitutto il Collegio che la clausola contenuta nella lettera di invito e relativa alle modalità di presentazione dell’offerta fosse chiarissima nel prevedere esclusivamente l’obbligo di rivolgersi o ad una agenzia di recapito – che avrebbe dovuto rilasciare alla consegna del plico il contrassegno con data e orario controfirmato dal personale incaricato alla ricezione – ovvero a mezzo raccomandata del servizio postale.

In nessun punto della lettera di invito è contemplata la possibilità di provvedere alla consegna diretta del plico contenente l’offerta, ma anzi è specificato chiaramente che il mancato rispetto delle modalità previste per la consegna dell’offerta avrebbe comportato l’esclusione dalla gara.

L’indicazione del luogo e dell’orario per eseguire la consegna è intuitivamente stato introdotto al fine di fugare ogni possibile dubbio in caso di utilizzazione delle agenzie di recapito, che com’è noto, consegnano i plichi anche in orario pomeridiano.

L'assoluta chiarezza ed univocità della clausola non consentono, quindi, il ricorso all'interpretazione estensiva.

Quanto alla dedotta illegittimità della clausola, è sufficiente richiamare il costante orientamento della giurisprudenza secondo cui devono ritenersi legittime le regole di gara che impongano determinate modalità di presentazione delle offerte (a mezzo posta o a mezzo corriere:) (cfr. Cons. Stato Sez. V 30/4/02 n. 2291; 13/1/2005 n. 82; 25/7/06 n. 4666; T.A.R. Calabria, Sez. Reggio Calabria 20/10/2010 n. 944).

La stazione appaltante, infatti, dispone di un margine di discrezionalità che le consente di imporre oneri anche più stringenti rispetto a quelli previsti dalla legge, purchè le clausole non si presentino come eccessivamente onerose o sproporzionate e tali da restringere indebitamente l'accesso alle procedure di gara: con riferimento alla previsione di determinate modalità di recapito delle offerte la giurisprudenza ha ritenuto giustificato il divieto di ricorso alla consegna diretta in quanto detta modalità non fornisce pari garanzie rispetto all'utilizzazione di soggetti esterni quali il servizio postale o i corrieri privati, in quanto mettendo in contatto l'impresa con l'ufficio, consente di apprendere notizie sul numero e sull'identità dei partecipanti alla gara con possibilità di determinare conseguentemente la propria condotta (cfr. Cons. Stato Sez. V 30/4/02 n. 2291).

In altre parole, il divieto di consegna diretta dei plichi presso gli uffici della stazione appaltante contribuisce ad assicurare la massima imparzialità dell'operato amministrativo, la par condicio tra i partecipanti e la segretezza delle offerte (cfr. Cons. Stato Sez. V 18/3/2004 n. 1411), scongiurando in radice il rischio di una dispersione di notizie riservate (cfr. Cons. Stato Sez. V 25/7/06 n. 4666).

La previsione del necessario ricorso alla consegna a mezzo del servizio postale o di agenzie di recapito non può dunque ritenersi né sproporzionata, né irragionevole e sicuramente non idonea a restringere la concorrenza, trattandosi di modalità di uso comune e di agevole accesso per qualunque soggetto.

Infine, deve rilevarsi che contrariamente a quanto rappresentato nel ricorso, le diverse modalità di consegna utilizzate dalla ricorrente non possono considerarsi equivalenti a quelle individuate nella lex specialis di gara, in quanto dalla disamina della copia della busta depositata in giudizio dalla difesa erariale – unica busta esaminata dalla commissione giudicatrice - non vi è traccia della data e dell'orario di consegna del plico, nonché dell'ufficio che lo ha materialmente ricevuto (elementi questi invece presenti nel caso di consegna a mezzo di agenzia di recapito, tenuta a predisporre il contrassegno contenente l'indicazione del giorno e dell'ora di consegna controfirmato dal personale dell'ufficio addetto alla ricezione, così come stabilito nella lettera di invito).

Soltanto sulla copia della busta depositata in giudizio dalla ricorrente è possibile ricavare tali elementi, non presenti nel plico esaminato dalla Commissione giudicatrice: ritiene dunque il Collegio che la commissione giudicatrice abbia correttamente escluso la ricorrente dalla gara non avendo rispettato le disposizioni – poste a pena di esclusione - contenute nella lettera di invito avendo provveduto alla consegna del plico secondo modalità difformi.

Il ricorso deve essere pertanto respinto perché infondato.

Il rigetto del ricorso comporta la reiezione della domanda risarcitoria.

Quanto alle spese di lite, sussistono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater)

definitivamente pronunciando così dispone:

respinge il ricorso e la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Floriana Rizzetto, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/03/2012

IL SEGRETARIO

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