

N. 01006/2014REG.PROV.COLL.
N. 03123/2011 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3123 del 2011, proposto da:
Bari Sport Giochi Scommesse Srl, Taranto Sport Giochi Scommesse
Srl, rappresentate e difese dall'avv. Felice Eugenio Lorusso, con
domicilio eletto presso Felice Eugenio Lorusso in Roma, via della
Scrofa, 64;

contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Aams - Amministrazione
Autonoma Monopoli di Stato, Presidente Commiss. Esaminatrice
Procedura Selez. Affidamento Concessione Esercizio Giochi Pubbl.,
rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura, domiciliataria in
Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n.

05284/2010, resa tra le parti, concernente affidamento in concessione dell'esercizio dei giochi pubblici - ris. Danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Economia e delle Finanze, di Aams - Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato e di Presidente Commiss. Esaminatrice Procedura Selez. Affidamento Concessione Esercizio Giochi Pubbl.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2013 il Cons. Raffaele Potenza e uditi per le parti gli avvocati Leopoldo Di Bonito su delega dell'avvocato Felice Eugenio Lorusso e l'Avvocato dello Stato Grumetto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso al TAR della Puglia-Bari, le società Bari Sport giochi e scommesse e Taranto sport giochi e scommesse, impugnavano i provvedimenti recanti la loro esclusione dalla partecipazione alla gara per l'affidamento in concessione dell'esercizio dei giochi pubblici di cui all'art. 38, comma 2, del d.l. 223/2006, convertito nella legge n. 186/2006. Inoltre le ricorrenti censuravano:

a)- per quanto di ragione, il provvedimento prot. n. 2006/36795/giochi/conc del Ministero dell'economia e delle finanze del 24.10.2006, con il quale veniva respinta una precedente istanza di

riammissione alla gara;

b)- il relativo bando di gara pubblicato sulla GU de 28.8.2006, nonché il relativo capitolato d'oneri;

c)- il verbale di gara del 24.10.2006;

d)- il provvedimento, ove esistente, di approvazione dei verbali di gara.

L'esclusione era stata disposta poiché l'offerta, inviata dalle ricorrenti in data 20.10.2006 alle ore 10.39, perveniva all'amministrazione in data 23.10.2006, mentre il capitolato d'oneri, al punto 5.2, prevedeva che le offerte dovessero pervenire, a pena di esclusione, entro e non oltre le ore 18 del 20 ottobre 2006; al punto 5.9. del capitolato si specificava inoltre che tale termine era da considerarsi perentorio. Altra clausola del capitolato prevedeva poi l'obbligo di dare comunicazione via fax dell'avvenuto invio del plico tramite servizio postale.

1.2.- Il ricorso era supportato da doglianze riassumibili come segue:

- violazione e falsa applicazione del capitolato d'oneri (art. 15, punti 1 e 2 e punti 5.2. e 5.7), eccesso di potere per arbitrarietà.

Contraddittorietà manifesta, violazione del principio generale di massima partecipazione alle gare d'appalto, in quanto:

- non è stato notificato alle ricorrenti un formale provvedimento di esclusione dalla gara, comunicata loro solo verbalmente e senza motivazione; e tuttavia è stato loro impedito di assistere all'apertura dei plichi, pur essendo ammessa, a mente del capitolato d'oneri, la

presenza di un rappresentante per ciascun candidato; solo con il successivo atto del 25 ottobre 2006, con cui l'amministrazione respingeva l'istanza di riammissione presentata dalle ricorrenti, è stato possibile conoscere le ragioni della esclusione;

- la corretta interpretazione del capitolato impone di ritenere il termine delle ore 18 del giorno 20 ottobre 2006 come riferito solo alle consegne a mano dei plichi; infatti, per quelli inviati tramite servizio postale il punto 5.7 del capitolato prevedeva solo che entro detto termine dovesse essere inviato un fax di comunicazione dell'avvenuto invio del plico, cosicché deve concludersi che il termine per la recezione dei plichi inviati tramite servizio postale fosse quella dell'avvio della procedura di gara, ovvero le ore 10 del 24 ottobre 2006, termine che le ricorrenti hanno sicuramente rispettato, oltre ad aver tempestivamente inviato il fax di comunicazione di invio del plico;

- le disposizioni del capitolato sono evidentemente contraddittorie e di difficile interpretazione, cosicché la stazione appaltante, in applicazione del principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, avrebbe dovuto ammettere anche le società istanti.

1.3.- Le ricorrenti chiedevano inoltre, in via subordinata, il risarcimento dei danni patiti per effetto della illegittima esclusione.

1.4.- Con la sentenza epigrafata il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso, con orientamento riassunto nella parte in diritto della presente pronunzia.

2.- Di qui l'appello proposto dalla società istanti, le quali hanno impugnato la sentenza del TAR innanzi a questo Consesso, chiedendone l'annullamento alla stregua di censure riassumibili come segue:

- a)- omessa pronunzia su profilo sollevato dai motivi aggiunti;
- b)- errore nel ritenere che il provvedimento comunicato il 25.10.2006 sia il medesimo provvedimento comunicato verbalmente il giorno prima; alle ricorrenti non è stato notificato alcun provvedimento e ciò determina conseguentemente anche l'illegittimità del divieto di assistere all'apertura dei plichi inerenti la gara;
- c)- il capitolato d'oneri non prevedeva che il plico inviato mediante servizio postale dovesse pervenire entro le ore 18 (del 20.10.2006), ma solo che dovesse essere spedito entro detto orario; l'obbligo di dare comunicazione via fax, dell'avvenuto invio del plico tramite servizio postale, può essere ritenuto alternativo a quello di far pervenire i plichi entro la scadenza prevista;
- d)- le clausole del capitolato sono contraddittorie ed ambigue ed hanno facilmente indotto in errore le società appellanti;
- e)- omessa pronunzia sulla domanda subordinata di risarcimento del danno.

2.1.- Si è costituito nel giudizio il Ministero dell'economia e delle finanze, resistendo al gravame, che, alla pubblica udienza del 10 dicembre 2014, è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello in trattazione controverte della legittimità di un provvedimento di esclusione dalla partecipazione a gara per l'affidamento in concessione dell'esercizio dei giochi pubblici di cui all'art. 38, comma 2, del d.l. 223/2006, convertito nella legge n. 186/2006. L'esclusione, disposta per tardività della presentazione dell'offerta (pervenuta oltre il termine di capitolato), è stata ritenuta legittima dalla sentenza impugnata, che sul tema in controversia ha in sintesi affermato:

- “non esiste alcun precedente provvedimento di esclusione oltre a quello sopra citato”, il quale “infatti, non è stato adottato, come si afferma in ricorso, in risposta alla richiesta di riammissione alla gara presentata in data 24.10.2006, bensì in risposta della comunicazione via fax dell'avvenuto invio del plico tramite servizio postale da parte delle società ricorrenti”;

- “alle ricorrenti, dunque, il giorno fissato per l'apertura dei plichi (24 ottobre 2006) è stata semplicemente data notizia della intervenuta esclusione formalizzata nel provvedimento emesso in pari data e notificato via fax il giorno successivo;

- “Nessuna irregolarità dunque si ravvisa per il fatto che alle ricorrenti, ormai escluse, sia stato impedito di assistere alla apertura dei plichi”.

1.1- Le società appellanti contrastano la decisione con censure che si rivelano tuttavia infondate.

a)- Si argomenta in primo luogo il vizio di omessa pronunzia sul

profilo, sollevato dai motivi aggiunti, di difetto di motivazione del decreto recante l'elenco dei candidati ammessi alla gara. Va, però, rilevato, in contrario, che l'elenco in questione ha una valenza ricognitiva "in primis" dei soggetti ammessi alla procedura e pur costituendo per implicito una dichiarazione delle ditte escluse, non può venire in rilievo come provvedimento che necessiti di motivazione, allorché, come nella fattispecie in esame, sussista un precedente e specifico atto recante la motivata esclusione dalla gara. E in tal senso deve essere letta la motivazione resa sul punto dal TAR, ove esso osserva che la motivazione "va rinvenuta appunto nel provvedimento del 24.10.2006, il quale ampiamente argomenta circa le ragioni che hanno condotto alla esclusione delle ricorrenti". Non sussiste, quindi, al riguardo, né omissione di pronunzia, né il difetto di motivazione sulle ragioni della esclusione.

1.2.- Anche il sostenuto errore nel ritenere che l'atto comunicato il 25.10.2006 sia il medesimo provvedimento comunicato verbalmente il giorno prima, non sussiste. Il Collegio non trova traccia di alcun altro provvedimento di esclusione reso per iscritto e pertanto non sussiste alternativa al ritenere che sia unicamente l'impugnato atto 24.10.2006 ad integrare la censurata esclusione; ciò peraltro smentisce l'assunto per cui le ricorrenti non ne sarebbero state informate, unitamente alle relative ragioni.

- La legittimità dell'esclusione rende poi del tutto irrilevante che la stessa non risultasse ancora formalizzata per iscritto al momento in

cui alle ricorrenti è stato precluso di assistere all'apertura dei plichi; tale preclusione è, infatti, legittima, in quanto trae comunque fondamento giuridico, seppur ex post, dalla legittima esclusione formalizzata per iscritto.

1.3.- Si smentisce poi “per tabulas” la censura per cui il capitolato d'oneri non prevedeva che il plico inviato mediante servizio postale dovesse pervenire entro le ore 18 (del 20.10.2006), ma solo che dovesse essere spedito entro detto orario; la prescrizione che si legge chiaramente nel capitolato è, infatti, che i plichi “debbono pervenire” , sicché la facoltà di spedirli per posta (peraltro non accompagnata da una espressa prescrizione secondo cui, ai fini della tempestività, farebbe fede la data di presentazione all'ufficio postale) produce unicamente il trasferimento a carico del presentatore del rischio di tardività causata dal servizio postale, risultando ben lontana dal configurare un termine ulteriore a quello fissato per far pervenire il plico.

Conseguentemente, non ha alcun fondamento anche la tesi, per cui l'obbligo di dare comunicazione via fax dell'avvenuto invio del plico tramite servizio postale andrebbe ritenuto alternativo a quello di far pervenire i plichi entro la scadenza prevista; ove ciò si ritenesse, saremmo sostanzialmente in presenza di due termini di presentazione, certamente realizzando in tal caso quella perplessità del capitolato che si ipotizza nella censura che segue.

1.4.- Per le medesime considerazioni svolte al punto 1.3, nemmeno

può invero condividersi la doglianza, qui riproposta, che definisce le clausole del capitolato contraddittorie ed ambigue, tali da indurre facilmente in errore le società appellanti.

A corollario del principio “in claris non fit interpretatio”, il Collegio deve qui confermare l'impraticabilità di interpretazioni estensive del bando (anche collegate al principio ermeneutico di favorire la partecipazione piuttosto che l'esclusione dei concorrenti), le quali sono possibili evidentemente solo in presenza di clausole effettivamente dubbie quanto alla loro valenza di determinare l'esclusione dalla procedura.

e)- Infine, in ordine alla sostenuta omessa pronunzia sulla domanda subordinata di risarcimento del danno, va rilevato che il primo giudice ha in effetti respinto l'istanza in stretta conseguenza del rigetto della azione di annullamento, mentre la richiesta ex art. 2043 cod. civ. era stata formulata dalle ricorrenti subordinatamente proprio al rigetto della domanda di annullamento della esclusione. L'istanza di risarcimento deve comunque essere respinta anche in questa sede , in quanto infondata, poiché prospettata come conseguenza giuridica di atti oggetto di ricorso (esclusione e clausola di bando) risultati tuttavia esenti da tutti i vizi prospettati.

1.3.- Conclusivamente l'appello deve essere respinto.

- Restano assorbiti ulteriori motivi ed eccezioni , che il Collegio non ritiene rilevanti ai fini della presente decisione.

2.- La sufficiente complessità delle questioni sollevate e trattate

permette al Collegio di compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione IV), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, respinge l'appello.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere, Estensore

Andrea Migliozzi, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/03/2014

IL SEGRETARIO

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