

Invio anticipatorio degli atti a mezzo fax - non può essere inteso come alternativo

24 aprile 2010 - Invio anticipatorio degli atti a mezzo fax - non può essere inteso come alternativo - selezione per l'affidamento in concessione dell'esercizio dei giochi pubblici - Tar Lazio Sentenza n. 05284 del 31/03/2010

24 aprile 2010 - Invio anticipatorio degli atti a mezzo fax - non può essere inteso come alternativo - selezione per l'affidamento in concessione dell'esercizio dei giochi pubblici - l'ulteriore obbligo di dare comunicazione via fax dell'avvenuto invio dei plichi tramite servizio postale non può essere inteso come alternativo al rispetto all'obbligo di far pervenire i plichi entro il termine previsto - la comunicazione via fax dell'avvenuto invio del plico non si pone in contraddizione con la previsione di un termine perentorio per la ricezione dei plichi in parola, potendo essa rispondere a diverse esigenze, quale, ad esempio, quella di conoscere, per ragioni organizzative, il prima possibile il numero delle imprese partecipanti alla procedura Tar Lazio Sentenza n. 05284 del 31/03/2010

Tar Lazio Sentenza n. 05284 del 31/03/2010

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 10056 del 2006, proposto da:

Soc Bari Sport Giochi Scommesse Srl e Soc Taranto Sport Giochi Scommesse Srl, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avv. Maria Claudia Ioannucci, Giancarlo Viglione, Riccardo Ventre, con domicilio eletto presso Giancarlo Viglione in Roma, via Ovidio, 32;
contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, in persona del Ministro p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

Invio anticipatorio degli atti a mezzo fax - non può essere inteso come alternativo

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento con il quale le società ricorrenti venivano escluse dalla procedura di selezione 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;

e, per quanto di ragione, del provvedimento prot. n. 2006/36795/giochi/conc de ministero dell'economia e delle finanze del 24.10.2006, notificato il 25.10.2006, con il quale veniva respinta una precedente istanza di riammissione alla gara;

del relativo bando di gara pubblicato sulla GU de 28.8.2006, nonché del relativo capitolato d'oneri;

del verbale di gara del 24.10.2006;

del provvedimento, ove esistente, di approvazione dei verbali di gara;

di ogni altro atto non conosciuto, presupposto, connesso o conseguente;

nonché per il risarcimento

di tutti i danni che potrebbero derivare alla ricorrente per effetto dell'illegittimità degli atti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2010 il dott. Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, le società ricorrenti impugnano i provvedimenti con i quali sono state escluse 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.

Invio anticipatorio degli atti a mezzo fax - non può essere inteso come alternativo

L'esclusione – secondo quanto si evince dalla nota del 24.10.2006, pure impugnata - è stata disposta in quanto l'offerta è stata inviata in data 20.10.2006 alle ore 10.39, ma è pervenuta alla 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 e al punto 5.9. si specificava che tale termine era da considerarsi perentorio.

Il ricorso è articolato nelle seguenti doglianze:

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

1. - 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;

2. - 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;

3. - 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.

Le ricorrenti chiedevano inoltre il risarcimento dei danni patiti per effetto della illegittima esclusione.

L'avvocatura dello Stato si è costituita ed ha depositato una memoria per chiedere il rigetto del ricorso perché infondato.

L'istanza cautelare di sospensione dei provvedimenti impugnati è stata rigettata con ordinanza del 23 novembre 2006.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

Invio anticipatorio degli atti a mezzo fax - non può essere inteso come alternativo

DIRITTO

Il ricorso è infondato e pertanto deve essere respinto.

Con la prima censura, le ricorrenti si dolgono di non aver ricevuto un formale provvedimento di esclusione dalla gara, comunicata loro solo verbalmente e senza alcuna motivazione, e di non aver potuto assistere all'apertura dei plichi.

La doglianza non può essere accolta.

Come ha chiarito l'avvocatura nella sua memoria difensiva e come si evince anche dalla lettura del provvedimento del 24.10.2006, non esiste alcun precedente provvedimento di esclusione oltre a quello sopra citato. Esso, 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. Né è ipotizzabile la denunciata carenza di motivazione posto che essa va rinvenuta appunto nel provvedimento del 24.10.2006, il quale ampiamente argomenta circa le ragioni che hanno condotto alla esclusione delle ricorrenti.

Con il secondo motivo, le ricorrenti sostengono che la stazione appaltante avrebbe errato nella interpretazione del capitolato di gara giacché il termine per la presentazione dei plichi tramite servizio postale avrebbe dovuto ritenersi rispettato con la comunicazione via fax dell'avvenuto inoltro, dovendosi ritenere come termine ultimo per la ricezione del plico solo quello dell'inizio delle operazioni di gara.

La tesi delle ricorrenti non convince alla luce del tenore letterale del capitolato.

Infatti, come sottolinea il provvedimento di esclusione impugnato, il punto 5.2. del capitolato espressamente richiede, a pena di esclusione, che i plichi debbano pervenire entro e non oltre le ore 18 del 20.10.2006, non ritenendo sufficiente il loro invio entro tale termine.

Ad ulteriormente chiarire il significato di questa disposizione, il punto 5.9. specifica che il termine per la presentazione delle domande di partecipazione indicato al punto 5.2. è perentorio.

In questo quadro, la previsione dell'ulteriore obbligo di dare comunicazione via fax dell'avvenuto invio dei plichi tramite servizio postale non può essere inteso come alternativo al rispetto all'obbligo di far pervenire i plichi entro le ore 18 del 20 ottobre 2006.

Invio anticipatorio degli atti a mezzo fax - non può essere inteso come alternativo

In sostanza, la ricostruzione delle ricorrenti, pur suggestiva, non può essere fatta propria dal collegio a causa delle inequivoche prescrizioni del bando sul punto.

Le ricorrenti, in ultimo, lamentano la poca chiarezza e la contraddittorietà delle norme del capitolato e invocano il principio di massima partecipazione alle gare pubbliche.

Osserva sul punto il collegio che la giurisprudenza ha chiarito che nelle gare pubbliche le regole stabilite dalla lex specialis vincolano rigidamente l'Amministrazione, la quale è tenuta ad applicarle senza alcun margine di discrezionalità nella loro interpretazione, in applicazione del principio di tutela della par condicio e del principio generale che vieta la disapplicazione del bando quale atto con il quale l'Amministrazione si è in origine autovincolata. (Consiglio Stato , sez. V, 29 gennaio 2009 , n. 498).

Pertanto, solo in presenza di clausole incerte o di dubbio significato, può trovare applicazione il principio interpretativo invocato dalle ricorrenti di massima partecipazione alle procedure selettive (Consiglio Stato , sez. V, 16 giugno 2009 , n. 3902).

Nel caso di specie, tuttavia, come si è detto sopra, tale presupposto non si ravvisa, non potendosi ritenere ambigue le clausole del capitolato sopra riportate.

Infatti, la previsione della comunicazione via fax dell'avvenuto invio del plico non si pone in contraddizione con la previsione di un termine perentorio per la ricezione dei plichi in parola, potendo essa rispondere a diverse esigenze, quale, ad esempio, quella di conoscere, per ragioni organizzative, il prima possibile il numero delle imprese partecipanti alla procedura, come si evince dal fatto che al punto 5.7. si richiede che detta comunicazione venga effettuata con immediatezza, "non appena" il plico sia stato inviato, pur prevedendosi come termine ultimo quello delle 18 del 20.10.2006.

In conclusione, dunque, il ricorso, con la conseguente domanda risarcitoria, deve essere respinto.

La peculiarità della questione, tuttavia, giustifica la compensazione tra le parti della spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. II, respinge il ricorso in epigrafe.

Compensa le spese.

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

Invio anticipatorio degli atti a mezzo fax - non può essere inteso come alternativo

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Maria Laura Maddalena, Primo Referendario, Estensore