



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Registro Sentenze n. 162/2007**

**Registro Generale n. 238/2006**

**TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL MOLISE**

**SEZIONE UNICA DI CAMPOBASSO**

Giorgio GIACCARDI	Presidente
Orazio CILIBERTI	Componente
Rita TRICARICO	Componente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 238 del 2006 proposto da

**EDIL STRADE S.r.l.,**

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Salvatore e Giuliano Di Pardo ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Campobasso, via G. Garibaldi n. 33;

contro

**il COMUNE di ROCCAMIDOLFI,**

in persona del Sindaco *pro tempore*, costituito in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Ennio Mazzocco ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. Domenico De Angelis in Campobasso, via De Attellis n. 11;

e nei confronti di

**DITTA DI.DE.C S.r.l.,**

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

## **per l'annullamento**

ricorso introduttivo:

- dei verbali di gara del 19.12.2005 e del 2.1.2006;
- della determina del Rup 19.1.2006, n. 4, riguardante l'aggiudicazione definitiva;
- delle note 27.2.2006, prot. n. 846 e 9.1.2006, prot. n. 117, di diniego all'accesso;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso, conseguente e consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi compresi, se ed in quanto necessari, il bando di gara, il CSA, il foglio delle prescrizioni, il disciplinare di gara, tutti nella parte in cui ammettono le offerte delle imprese Colozza Costruzioni S.n.c. e Cicchino Impresa edile stradale, e per la conseguente rideterminazione della media da cui deriva automaticamente l'aggiudicazione in capo alla ricorrente;

primi e secondi motivi aggiunti altresì:

- del diniego di riesame dell'aggiudicazione 20.3.2006, prot. n. 1173;

terzi motivi aggiunti altresì:

- delle note 28.8.2006, prot. n.3616 e 3.6.2006, prot. n. 2412;
- della determina dell'Ufficio tecnico 25.8.2006, n. 50 (sconosciuta);
- del nuovo verbale di gara del 30.8.2006;
- della determina di nuova aggiudicazione, del nuovo contratto, della consegna dei lavori, se ed in quanto intervenuti, nonché, se ed in quanto necessari, del bando di gara, del CSA, del foglio delle prescrizioni e del disciplinare di gara, tutti nella parte in cui ammettono le offerte delle imprese Colozza Costruzioni S.n.c. e Cicchino Impresa edile stradale e successivamente nella parte in cui escludono tutte le imprese ammesse-

all'infuori delle citate imprese Colozza e Cicchino, tranne la Di.De.C, ed, in via subordinata, nella parte in cui ammettono la sola impresa Di.De.C, ovvero nella parte in cui, in presenza di una sola offerta, aggiudicano all'impresa Di.De.C, invece di annullare l'intera procedura;

nonché per la condanna

del Comune di Roccamidolfi al risarcimento di tutti i danni derivanti e conseguenti alla ricorrente dagli atti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Roccamidolfi;

Visti i primi, secondi e terzi motivi aggiunti con i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designata quale relatore, alla pubblica udienza del 21.2.2007, la dott.ssa Rita Tricarico;

Uditi gli Avv.ti Salvatore e Giuliano Di Pardo per la ricorrente e l'Avv. Mazzocco per il Comune resistente;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

### **FATTO**

Con determina 21.11.2005, n. 89, il Comune di Roccamidolfi ha indetto una gara ad evidenza pubblica per i lavori di allargamento parziale del cimitero, da aggiudicarsi secondo il criterio del massimo ribasso percentuale rispetto alla base d'asta di € 281.008,68, oltre oneri di sicurezza, pari ad € 2.800,00, non soggetti a ribasso.

Secondo il disciplinare, cui il bando rinviava, la trasmissione dei plichi sarebbe dovuta avvenire, a pena di esclusione dalla gara, esclusivamente mediante servizio postale di stato.

Tra la documentazione richiesta, a pena di esclusione, da inserire nella busta "A", erano previsti la domanda di partecipazione, accompagnata dalla copia fotostatica del documento di identità del sottoscrittore, nel caso in cui la sottoscrizione stessa non fosse autenticata, la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, n. 445, concernente diversi elementi individuati dalla *lex specialis* di gara, ivi compresa l'insussistenza della cause ostative alla partecipazione per ciascuno dei soggetti indicati dall'art. 75, 1° comma, lett. b) e c) del D.P.R. 21.12.1999, n. 554, ed il certificato del casellario giudiziale e dei carichi pendenti, nonché la dichiarazione.

Nella seduta del 2.1.2006 è risultata provvisoriamente aggiudicataria della gara la Ditta DI.DE.C S.r.l., che aveva offerto un ribasso percentuale del 3,333%, quindi un importo di € 271.642,66, oltre oneri di sicurezza.

Con istanza 4.1.2006, prot. n. 49, la Edil Strade S.r.l. ha fatto richiesta di prendere visione e, se necessario, di estrarre copia degli atti di gara, ma, con nota 9.1.2006, prot. n. 117, il Comune ha differito l'accesso, fino al formale affidamento della realizzazione dell'opera, ed ha anche rilevato che la relativa richiesta va motivata.

Con ulteriore atto 18.1.2006, prot. n. 257, l'attuale ricorrente ha integrato la predetta istanza, evidenziando di avere un interesse diretto all'accesso, avendo partecipato alla gara ed essendosi classificata a pochi millesimi dalla prima, con un ribasso percentuale del 3,121%.

Con nota 27.2.2006, prot. n. 846, il Comune ha sostenuto che *"la motivazione addotta a sostegno della (...) istanza di accesso non si ritiene sufficiente"*, precisando al riguardo che *"l'interesse giuridico che consente il diritto di accesso non può consistere in un mero controllo dell'operato"*

*della Pubblica Amministrazione*”, ed ha perciò rilasciato unicamente copia dei verbali della prima e seconda seduta di gara, rispettivamente nelle date del 9.12.2005 e del 2.1.2006, nonché copia della determina del Responsabile del procedimento 19.1.2006, n. 4, recante aggiudicazione definitiva alla DI.DE.C S.r.l..

I menzionati verbali e determina, nonché le note comunali relative all’istanza di accesso agli atti, pure su richiamate, sono stati impugnati con il presente ricorso per i seguenti motivi di diritto:

violazione e falsa applicazione della L. 7.8.1990, n. 241 – violazione e falsa applicazione dell’art. 8, comma 1 ter della L. 11.2.1994, n. 109 – violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. – eccesso di potere per disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, sviamento.

Nel contempo è stata avanzata richiesta di esibizione dei documenti amministrativi in corso di giudizio.

In particolare, la ricorrente ha asserito che risulterebbe un’annotazione presso l’Autorità di vigilanza dei contratti pubblici dei lavori, servizi e forniture, in riferimento all’impresa edile stradale Cicchino Arcangelo, per aver reso in altra gara false dichiarazioni riguardanti la non correttezza retributiva; detta annotazione avrebbe dovuto comportare la sua esclusione dalla gara.

Inoltre sia la predetta impresa, sia la Colozza Costruzioni S.n.c. avrebbero prodotto documenti non conformi a quanto previsto dal disciplinare di gara, avendo compilato irregolarmente il modello predisposto dall’Amministrazione per la dichiarazione sostitutiva, omettendo di barrare alcune caselle ivi ricomprese, e le loro polizze fidejussorie non sarebbero conformi alla previsione di cui all’art. 30 della L. n. 109/1994 ed ai

regolamenti attuativi.

Ciò avrebbe dovuto determinare l'esclusione di entrambe le ditte citate, con conseguente rideterminazione della media.

Contestualmente è stata proposta domanda di risarcimento dei danni subiti per effetto del comportamento tenuto nella specie dal Comune di Roccamidolfi.

Si è costituito in giudizio unicamente quest'ultimo, il quale, con riguardo alla prima contestazione concernente l'impresa Cicchino, ha rilevato che, successivamente all'informativa all'Autorità di vigilanza avvenuta con nota della stazione appaltante – il Comune di Pesche – la ditta ha prodotto un certificato della Cassa edile, attestante l'avvenuta regolarizzazione della propria posizione contributiva, trasmesso con nota pervenuta alla stessa Autorità in data 22.10.2003.

L'Ente comunale, quanto all'asserita mancata compilazione di alcune parti della dichiarazione sostitutiva, ha poi evidenziato che si tratterebbe di voci alternative ad altre regolarmente contrassegnate ed infine, in relazione alle polizze, ha sostenuto che non vi risulterebbe alcuna violazione della disciplina di settore.

Il Comune ha anche depositato, in copia, i documenti richiamati nella propria memoria.

Avverso i medesimi atti, già oggetto del ricorso introduttivo, la Edil Strade S.r.l., mediante i motivi aggiunti, ha riproposto le censure dedotte con il ricorso introduttivo.

Tuttavia, avendo visionato ulteriore documentazione depositata in giudizio dal Comune resistente, nel ripercorrere le medesime censure, ha evidenziato che la dichiarazione sostitutiva di cui al punto 3) del disciplinare di gara

prodotta dall'impresa Cicchino non sarebbe accompagnata dalla fotocopia del documento di identità e dalla impresa Colozza non sarebbe stata depositata la dichiarazione relativa all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all' art. 75 del D.P.R. n. 554/1999, relativamente al direttore tecnico Colozza Dino, richiesta a pena di esclusione dalla *lex specialis* di gara.

Completato il deposito in giudizio degli atti di gara, l'istante ha, mediante motivi aggiunti, ulteriormente edotto l'illegittimità dell'ammissione delle citate ditte Cicchino Arcangelo e Colozza Costruzioni.

In particolare, con riguardo alla prima, ha affermato che mancherebbero il certificato del casellario giudiziale e dei carichi pendenti relativo al suo titolare, non essendo bastevole la dichiarazione resa dallo stesso circa l'insussistenza di cause ostative di cui all'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999, ed altresì la domanda di partecipazione alla gara, mentre, relativamente alla seconda, ha asserito che non vi sarebbe la copia del documento di identità da allegare alla domanda di partecipazione ed inoltre il plico sarebbe stato consegnato a mani, in dispregio delle prescrizioni della *lex specialis*.

Alla camera di consiglio del 7.6.2006, il difensore del Comune ha fatto presente che era in corso un procedimento teso all'annullamento ed alla rettifica dei verbali di gara, il che ha comportato che questo T.A.R., con ordinanza n. 273 emessa in pari data, ha accolto *ad tempus*, sino all'eventuale nuova diversa aggiudicazione, la domanda cautelare proposta in via incidentale.

A conclusione di detto procedimento, attivato con atto del Responsabile del procedimento 3.6.2006, prot. n. 3412, la Commissione di gara, riconvocata con determina 25.8.2006, n. 50, nella seduta del 30.8.2006 ha escluso tutte

le concorrenti, ad eccezione della Di.De.C S.r.l., che aveva trasmesso il proprio plico avvalendosi del servizio postale e che, perciò, è risultata nuovamente l'aggiudicataria provvisoria della gara, essendo ciò possibile grazie alla previsione di bando secondo cui la gara stessa era valida anche in presenza di una sola offerta valida.

Con determinazione del Responsabile del procedimento 30.8.2006, n. 51, sono state annullate la precedente aggiudicazione e le operazioni di gara di cui ai verbali della prima e della seconda seduta e l'appalto è stato aggiudicato definitivamente alla predetta impresa.

Avverso il verbale del 30.8.2006, nonché le determine citate in ultimo del 25 e 30.8.2006 sono stati proposti i seguenti ulteriori motivi aggiunti:

eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà, illogicità, disparità di trattamento, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti – violazione e falsa applicazione della *lex specialis* – violazione e falsa applicazione della L. n. 241/1990 e degli artt. 3 e 97 Cost. – violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 22.7.1999, n. 261, del D.P.R. 29.3.1973, n. 156 e del D.M. 4.2.2000, n. 75 e s.m.i. – violazione dell'ordinanza del T.A.R. Molise 7.6.2006, n. 273.

In via principale è stata contestata l'esclusione di 15 sui 16 concorrenti, per non aver utilizzato il servizio fornito da Poste italiane S.p.A., ed in via subordinata, deducendo l'interesse strumentale alla riedizione della gara, è stata confutata la mancata esclusione anche della Di.De.C, che, al pari delle altre, si sarebbe servita di un corriere privato, la Società SDA Courier express S.p.A., cui fa ricorso la Società Poste italiane S.p.A..

Con ordinanza 8.11.2006, n. 475, il T.A.R. ha accolto la domanda cautelare proposta incidentalmente con i motivi aggiunti ed ha fissato l'udienza

pubblica per la trattazione del merito.

Con ordinanza 19.12.2006, n. 6595, il Consiglio di Stato – sez. V ha accolto l'appello proposto avverso il predetto provvedimento cautelare di primo grado, per l'effetto, respingendo l'istanza cautelare.

Entrambe le parti hanno depositato memorie per la pubblica udienza del 21.2.2007, nella quale il ricorso è stato trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

1 - Con il giudizio in esame, comprensivo del ricorso introduttivo e dei plurimi motivi aggiunti, la Società deducente in via principale, mediante l'accoglimento di tutti i gravami proposti, mira a conseguire l'aggiudicazione della gara individuata in epigrafe o in alternativa il risarcimento del danno per equivalente ed in via subordinata, attraverso il solo accoglimento dei motivi aggiunti presentati in ultimo ed il conseguente annullamento dell'intera gara, fa valere l'interesse strumentale alla riedizione della gara stessa.

2 - Partendo dall'esame degli ultimi motivi aggiunti, si evidenzia che la Edil Strade S.r.l. in via principale contesta l'avvenuta esclusione di tutte le ditte concorrenti, ad eccezione della Di.De.C S.r.l., già aggiudicataria dell'appalto *de quo*, disposta sul presupposto che quest'ultima sarebbe stata l'unica a rispettare la prescrizione della *lex specialis* in ordine alle modalità di trasmissione del plico contenente l'offerta e la documentazione richiesta, da tutte le altre invece disattesa, ed i conseguenti annullamento dei precedenti atti di gara e nuova aggiudicazione alla medesima impresa, rimasta unica in gara.

Tale esclusione risulta illegittima.

Occorre in primo luogo considerare la lettera della previsione in parola per

poi fornirne l'interpretazione.

2.1 - Il disciplinare di gara, al quale il bando fa espresso rinvio sul punto, stabilisce che il plico debba essere fatto pervenire alla stazione appaltante, *“a pena di esclusione, esclusivamente mediante servizio postale di Stato”*.

Si tratta ora di accertare la portata di detta prescrizione, tenuto conto, per un verso, della *ratio* ivi sottesa e, per altro verso, della normativa vigente in materia di servizi postali.

2.2 - Il Comune di Roccamidolfi, nel prescrivere le richiamate modalità di trasmissione dei plichi, ha fatto riferimento all'affidabilità evidentemente assicurata da detto servizio postale, per poter garantire che i plichi stessi pervenissero integri e per tempo.

Stante tale *ratio*, è chiaro che non poteva riferirsi unicamente al servizio gestito da Poste italiane S.p.A., asserzione invece alla base della determina impugnata con i motivi aggiunti in esame, atteso che l'affidabilità è assicurata anche da tutti i corrieri privati muniti dell'autorizzazione statale, che, come si vedrà meglio di seguito, sono sottoposto a controlli stringenti.

D'altra parte, a comprova dell'affidabilità garantita dai corrieri privati, la stessa richiamata Società ha esternalizzato il servizio di spedizione dei pacchi postali, facendolo gestire dalla SDA, corriere espresso munito appunto di autorizzazione postale, al pari di quelli utilizzati dalle imprese escluse dalla gara, ivi compresa l'attuale istante.

D'altro canto poi, se l'Amministrazione avesse preteso che i plichi pervenissero direttamente a mezzo di Poste italiane S.p.A., per ottenere una garanzia non assicurabile da parte degli altri corrieri, avrebbe dovuto prescrivere il ricorso alla raccomandata A.R., servizio prestato dalla stessa in via esclusiva, il che invece pacificamente non ha fatto.

2.3 - Più correttamente la trasmissione mediante servizio postale di Stato, da una parte, si contrappone alla consegna a mano, senz'altro qui non ammessa, e, dall'altra, deve intendersi quale ricorso ad un corriere, anche privato, ma che inderogabilmente sia in possesso dell'autorizzazione postale generale rilasciata dal Ministero delle Comunicazioni, in qualità di Autorità di regolamentazione per il Settore postale. Detta interpretazione, senza sconfessare la lettera della prescrizione, come meglio si evidenzierà anche di seguito, risponde pienamente alla *ratio* sopra rilevata e consente la più ampia partecipazione, in ossequio ai principi comunitari in materia di gare e, più in generale, di concorrenza.

La suddetta Autorità, prima di procedere al rilascio di tale autorizzazione, acquisisce ampia documentazione stabilita *ex lege*, nel D.M. 4.2.2000, n. 75, al fine di controllare l'affidabilità sul piano organizzativo, nonché la moralità dei soggetti responsabili; inoltre il titolare dell'autorizzazione è tenuto ad una serie di obblighi ed è sottoposto a controlli e verifiche, da parte degli organi competenti, i quali possono comminare, in caso di inosservanza degli obblighi stessi, l'interdizione dall'attività e, nell'ipotesi che venga meno uno dei requisiti, la decadenza dall'autorizzazione.

Perciò l'espressione servizio postale di Stato va inteso nel senso di servizio reso da un corriere che sia munito dell'autorizzazione rilasciata dall'organo statale, vale a dire dall'Autorità di regolamentazione per il Settore postale.

2.4 - Ne consegue che il verbale della Commissione di gara del 30.8.2006 e la determina del Responsabile del procedimento n. 51 emessa in pari data sono illegittimi e vanno annullati. L'annullamento riguarda quest'ultima *in toto*, atteso che, venendo meno, per effetto dello stesso, l'esclusione di 15 delle 16 ditte concorrenti, tornano ad essere validi ed efficaci gli atti di gara

rimossi con tale determina.

3 - Riemerge, pertanto, l'interesse della ricorrente a censurare l'ammissione delle imprese Cicchino Arcangelo e Colozza Costruzioni S.n.c., atteso che a questo punto la loro esclusione determinerebbe un ricalcolo della media, favorevole alla stessa.

Ciò posto, va altresì rilevato che entrambe si sarebbero dovute escludere.

4 - Per quanto concerne la Ditta Cicchino, il suo titolare ha reso la dichiarazione in ordine all'insussistenza dei motivi ostativi alla partecipazione di cui all'art. 75, 1° comma, lett. a) e c) del D.P.R. n. 554/1999, mentre, in contrasto con quanto espressamente ed inequivocabilmente prescritto, a pena di esclusione, al n. 7 del disciplinare, norma evidentemente di stretta interpretazione, non ha prodotto il certificato del casellario giudiziale e dei carichi pendenti relativo alla propria persona.

Né può ritenersi in contrario che la prescrizione in ordine all'obbligo di presentare anche detto certificato sia pleonastica e comunque superata dal D.P.R. 28.12.2000, n. 445, in tema di documentazione amministrativa, atteso che detto obbligo, ben individuato *ex ante* e pienamente conforme al 2° comma del citato art. 75 del D.P.R. n. 554/1999, soddisfa l'esigenza della stazione appaltante, non assolta dalla dichiarazione sostitutiva di notorietà sopra vista, di verificare e valutare discrezionalmente la rilevanza, ai fini che interessano, di eventuali condanne subite dai soggetti a ciò tenuti.

4.1 - Stante la conseguente esclusione dalla gara, possono assorbirsi i motivi di diritto, tesi a censurare sempre la sua ammissione, che non hanno costituito oggetto della presente disamina.

5 – Diversamente è a dirsi con riguardo alla ditta Colozza Costruzioni S.n.c..

Risulta, infatti, *per tabulas* che, diversamente da quanto asserito da parte ricorrente, la dichiarazione resa richiesta dal disciplinare comprende tutti i punti ivi individuati ed, in particolare, interessa almeno una delle alternative da barrare, laddove indicate nel modello fornito dalla stazione appaltante, che sono stati presentati e la dichiarazione circa l'insussistenza delle cause ostative di cui all'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999 ed il certificato del casellario giudiziale e dei carichi pendenti in relazione sia al legale rappresentante sia al direttore tecnico, che tale impresa ha prodotto una garanzia pienamente conforme a quanto prescritto ed, al pari di altre 14 ditte, ivi compresa l'odierna ricorrente, ha trasmesso il proprio plico a mezzo di corriere espresso.

Infine, quanto all'asserita mancanza della copia del documento di identità del legale rappresentante, è da rilevarsi che, seppure tale copia non è specificamente allegata alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà proveniente dallo stesso, tuttavia nel plico di tale ditta si rinviene più di una copia di tale documento, idonea ad assolvere la funzione per la quale è richiesta, integrata dalla necessità di verificare l'effettiva provenienza delle dichiarazioni rese, rilevante ai fini dell'assunzione di ogni relativa responsabilità circa la veridicità del contenuto.

7 - Ne deriva che i provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo e con i primi ed i secondi motivi aggiunti sono illegittimi, laddove non escludono l'impresa Cicchino Arcangelo e tengono conto della sua offerta nel calcolare la media.

7.1 - Pertanto essi vanno annullati e la media va rideterminata, alla luce dell'esclusione di tale ditta.

8 – Non sussistono invece i presupposti per accogliere la domanda di

risarcimento – ed in particolare il danno - atteso che l'unica pretesa vantata dalla ricorrente in questa sede potrebbe – se mai – essere soddisfatta attraverso la rideterminazione della media.

9 - Infine, quanto alle spese di giudizio ed agli onorari di difesa, si ravvisano tuttavia i presupposti per la loro integrale compensazione tra le parti.

**P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise, definitivamente pronunciando, accoglie i motivi aggiunti ed il ricorso introduttivo in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti con gli stessi impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso, in Campobasso, nella camera di consiglio del 21 febbraio 2007.

Giorgio GIACCARDI - Presidente;

Rita TRICARICO - Giudice estensore.