



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 580 del 2016, proposto da:

Rifra Costruzioni Generali Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Domenico Pennacchio e Luciano Pennacchio, con i quali elettivamente domicilia in Napoli al Centro Direzionale Is. G/1;

contro

Comune di Giugliano in Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Macfer Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

1. della determinazione del 28/12/2015 a firma del Dirigente del Settore Edilizia e Lavori Pubblici del Comune di Giugliano in Campania, con la quale è stata comunicata l'esclusione della ricorrente dalla gara d'appalto per l'“adeguamento dei locali del Centro Remiero a Caserma dei Carabinieri di Lago Patria”;
2. degli atti di gara e, in particolare, dei verbali di gara, tra i quali il verbale del

28/12/2015 di verifica amministrativa delle offerte, nella parte in cui ha disposto l'esclusione della ricorrente per pretesa irregolarità nonché quello di valutazione economica, recante l'aggiudicazione della gara in favore della Macfer srl, atti mai comunicati, né trasmessi e ignoti;

3. degli atti di gara e, in particolare di quelli presupposti, qual la lettera di invito del 04/12/2015 con i relativi allegati nella parte in cui prescrive, a pena di esclusione, l'inserimento nella busta contenente la documentazione amministrativa di "copia della presente lettera di invito ricevuta a mezzo fax e firmata per accettazione";

4. del provvedimento di aggiudicazione, se intervenuto

5. di ogni altro atto preordinato, presupposto, connesso e conseguente, parimenti lesivo

nonché

per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove stipulato,

e

per la reintegrazione in forma specifica ex art.245 quinquies del d.lgs n.163/2006, previo accertamento del diritto della società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della relativa commessa e a stipulare il relativo contratto;

e, in via subordinata,

per il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi per effetto dell'esecuzione degli atti impugnati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Giudice relatore nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2016 la dott.ssa Ida Raiola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 29 gennaio 2016 e depositato in data 4 febbraio 2016, parte ricorrente impugnava gli atti indicati in epigrafe, premettendo in fatto:

-di aver partecipato dalla gara d'appalto per l'affidamento dei lavori a farsi per l'“adeguamento dei locali del Centro Remiero a Caserma dei Carabinieri di Lago Patria” da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso ai sensi degli artt.82, 86 e 122, comma 9, d.lgs. n.163/2006, previa esclusione automatica delle offerte che avrebbero presentato una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art.86 stesso decreto;

-che, tuttavia, all'esito della seduta della Commissione di gara del 28/12/2015 essa istante era stata esclusa per non aver rispettato la clausola di cui alla lettera d'invito (pag.3, punto 1) che prescriveva di inserire nel plico della documentazione amministrativa la “copia della presente lettera di invito ricevuta a mezzo fax e firmata per accettazione”;

-che detta esclusione doveva però considerarsi illegittima alla luce della recente novella del Codice Appalti in materia di cause di esclusione e, in particolare, di quanto disposto dall'art.46, comma 1 bis;

-che, in mancanza della contestata esclusione, essa ricorrente sarebbe risultata la migliore offerente, avendo offerto il prezzo più basso.

Tanto premesso in fatto, parte ricorrente articolava le seguenti censure in diritto:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art.46 d.lgs. n. 162/2006, nonché degli artt. 3 e ss. della l. n. 241/1990, degli artt. 3 e 97 Cost. – Violazione e falsa applicazione del principio del favor participationis – Assenza assoluta di presupposti – Eccesso di potere in quanto il provvedimento impugnato sarebbe in contrasto con la lettera e la ratio della novella dell'art.46 d.lgs. n. 163/2006;

II. Ulteriore violazione e falsa applicazione dell'art.46 d.lgs. n. 162/2006, nonché degli artt. 3 e ss. della l. n. 241/1990, degli artt. 3 e 97 Cost. – Violazione e falsa applicazione del principio del favor participationis – Assenza assoluta di presupposti – Eccesso di potere in quanto la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare i poteri

del soccorso istruttorio;

III. Stesse censure in quanto mancherebbe un presupposto di fatto per l'applicazione della clausola di cui alla lettera di invito richiamata dalla Commissione di gara, non essendo mai stata comunicata via fax la lettera di invito.

Nessuna delle parti intimata si costituiva, benché ritualmente evocate in giudizio.

All'udienza camerale dl 10 febbraio 2016, la causa, sentite le parti, passava in decisione

DIRITTO

Il ricorso è palesemente fondato, di tal che può essere deciso sentenza in forma semplificata piuttosto che con ordinanza resa in sede cautelare (art.60 c.p.a).

Parte ricorrente si duole dell'esclusione dalla gara d'appalto per l'affidamento dei lavori a farsi per l'“adeguamento dei locali del Centro Remiero a Caserma dei Carabinieri di Lago Patria” da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso ai sensi degli artt.82, 86 e 122, comma 9, d.lgs. n.163/2006, con esclusione automatica delle offerte che avrebbero presentato una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art.86 stesso decreto, L'esclusione della società istante è stata motivata dalla stazione appaltante sulla circostanza del mancato rispetto, ad opera della predetta, della clausola di cui alla lettera d'invito (pag.3, punto 1) che prescriveva di inserire nel plico della documentazione amministrativa la “copia della presente lettera di invito ricevuta a mezzo fax e firmata per accettazione”.

Il Collegio rileva che la clausola testé riportata si pone, all'evidenza, in contrasto con la inequivoca disposizione del comma 1bis dell'art.46 d.lgs. n. 163/2006, che – a seguito della novella di cui all'art.4, comma 2 lett. d) n.2, d.l. n.70/2011 – ha sancito la tassatività delle cause di esclusione dalle gara d'appalto, correlandola alle ipotesi di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice Appalti e dal regolamento attuativo di questo e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché ai casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di

sottoscrizione o di altri elementi essenziali “ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte”, e statuendo, altresì, la nullità delle ulteriori prescrizioni, eventualmente contenute nei bandi a pena di esclusione.

Nel caso di specie, l'adempimento imposto ai concorrenti dalla clausola di cui alla lettera d'invito (pag.3, punto 1), nel prescrivere l'inserimento, nel plico della documentazione amministrativa, di una “copia della presente lettera di invito ricevuta a mezzo fax e firmata per accettazione”, riveste carattere meramente formale e non risponde alle quelle esigenze di segretezza e di certezza della provenienza delle offerte che, sole, nella *ratio* legislativa del richiamato art.46, comma 1 bis d.lgs. n. 163/2006, consentono alla stazione appaltante di irrogare la sanzione espulsiva (Cons. Stato, ad. Plen., 25 febbraio 2014 n.9: “ai sensi dell'art. 46 comma 1-bis, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 i bandi di gara pubblica possono prevedere adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del suddetto d.lg. n. 163 del 2006, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali; in termini, v. Cons. Stato, sez. IV, 29 maggio 2014, n.2278; TAR Napoli, sez. IV, 16 ottobre 2014, n. 5329).

Avuto riguardo alla circostanza, chiarita nel corso dell'udienza camerale odierna, che non è ancora intervenuta l'aggiudicazione in via definitiva dell'appalto de quo, il ricorso va accolto, con annullamento degli atti impugnati, mentre va disattesa la domanda di risarcimento del danno formulata solo in via subordinata.

Avuto riguardo anche al comportamento processuale delle parti intime, si stima equo dichiarare irripetibili le spese di giudizio, ad esclusione del rimborso, in favore di parte ricorrente e a carico dell'amm.ne intimata, dell'ammontare versato a titolo di contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Dichiara non ripetibili le spese di giudizio, disponendo il solo rimborso dell'ammontare versato a titolo di contributo unificato, in favore di parte ricorrente e a carico dell'amm.ne intimata.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Ida Raiola, Consigliere, Estensore

Olindo Di Popolo, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/03/2016

IL SEGRETARIO

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