



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**IL TRIBUNALE REGIONALE DI GIUSTIZIA**  
**AMMINISTRATIVA**  
**DEL TRENINO-ALTO ADIGE - SEDE DI TRENTO**

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. **117** del **2008** proposto da **S.I.E.I. S.r.l.**, in proprio e quale Capogruppo del R.T.I. costituendo con **GRIMEL S.r.l.**, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Chiara Cacciavillani, Giacomo Quarneti e Mario Maccaferri con domicilio eletto nello studio di quest'ultimo in Trento, via Grazioli, 27

**C O N T R O**

la **PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO**, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicolò Pedrazzoli, Giuliana Fozzer e Viviana Biasetti ed elettivamente domiciliata presso il Servizio Legale per gli Affari Contenziosi della PAT in Trento, Piazza Dante, n. 15

**per l'annullamento**

dell'atto del Dirigente del Servizio appalti, contratti e gestioni generali prot. n. 2660/35/07 del 29 aprile 2008, con il quale egli ha comunicato alla ricorrente di aver considerato irricevibile il plico recante l'offerta da questa

presentata alla gara d'appalto per i lavori di costruzione della variante al s.s. n. 45 *bis* tra i Comuni di Arco e Riva del Garda, lotto A3 impianti tecnologici

**nonché**

per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti alla denunciata illegittimità.

Visti il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Viste le memorie prodotte e le note d'udienza;

Vista la propria ordinanza 22.5.2008, n. 57, con cui è stata respinta l'istanza cautelare proposta dalla parte ricorrente;

Vista l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, 29.7.2008, n. 4259 con cui, in riforma della pronuncia di questo Tribunale, l'istanza cautelare è stata accolta;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 29 gennaio 2009 - relatore il consigliere Lorenzo Stevanato - i difensori delle parti come specificato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

**FATTO E DIRITTO**

La ricorrente espone in fatto di aver predisposto un'offerta per partecipare alla gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di costruzione della variante alla s.s. n. 45 *bis* tra i Comuni di Arco e Riva del Garda, lotto A3 impianti

tecnologici, indetta dalla Provincia autonoma di Trento (di seguito P.A.T.).

Essa si è avvalsa, per la presentazione dell'offerta, del servizio di posta celere, consegnando presso i relativi uffici in data 3.4.2008 il proprio plico. Il corriere SDA di posta celere ha provveduto ad inoltrarlo all'Ufficio appalti in data 4.4.2008. Il termine per la presentazione delle offerte scadeva tre giorni dopo, il 7.4.2008.

La ricorrente rappresenta, tuttavia, che in data 14.4.2008 il plico le veniva restituito dal servizio posta celere, privo dei sigilli di ceralacca, chiuso con graffette e che la busta interna recante l'offerta economica era anch'essa aperta. Un biglietto recava la dicitura "*restituita perché rifiutata*".

Alla richiesta di chiarimenti rivolta dalla ricorrente all'Ufficio Appalti della P.A.T. veniva risposto, con la lettera impugnata, che la segretaria addetta alla ricezione dei plichi si sarebbe accorta, dopo aver apposto il timbro di ricevimento, che il plico dell'istante non era sigillato, ma chiuso con semplici graffette. Essa, perciò, richiamava il corriere e, con l'avallo del Dirigente provinciale, glielo restituiva, spiegandogli che il disciplinare di gara prescrive che il plico dev'essere "*chiuso, controfirmato ed adeguatamente sigillato sui lembi di chiusura con ceralacca o altro strumento idoneo a garantirne l'integrità*", il che non ricorreva nella specie, non essendo lo stesso integro,

potendo essere stato aperto e non provenire dal mittente originario.

Da ciò il presente ricorso, con cui si deduce violazione dell'art. 2 della direttiva CE 2004/18 e dell'art. 2 del D.lgs. 12.4.2006, n. 163, in quanto l'esclusione dell'offerta sarebbe dovuta essere disposta dal presidente della gara, cui spettava la verifica dell'integrità dei plichi, e non da una segretaria addetta alla ricezione. Sarebbe stato, così, violato il principio di pubblicità e trasparenza delle sedute per l'accertamento della regolarità dei plichi.

E' stata, inoltre, accessoriamente avanzata istanza di condanna al risarcimento del danno, con riserva di successiva quantificazione.

L'Amministrazione provinciale intimata si è costituita in giudizio, eccependo che il ricorso è inammissibile per difetto di interesse, in quanto il presidente della gara non avrebbe potuto agire diversamente dall'impiegata. Nel merito, la P.A.T. ha controdedotto puntualmente, concludendo per la reiezione del ricorso.

L'istanza cautelare, incidentalmente presentata dalla parte ricorrente, è stata respinta da questo Tribunale con la motivazione che *"all'accoglimento dell'istanza cautelare osta la carenza del requisito del fumus boni iuris, che sembra escluso allo stato, dalla natura esclusivamente formale della censura dedotta dalla ricorrente e dalla vincolatezza"*

*dell'attività amministrativa rilevante nella fattispecie, con la conseguente applicabilità al caso dall'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990"*

La relativa ordinanza è stata tuttavia riformata dal Consiglio di Stato, con la seguente motivazione: *"l'appello cautelare appare fondato con riguardo alla mancata garanzia della pubblicità della seduta per l'accertamento della regolarità dei plichi contenenti l'offerta".*

Ciò premesso, e passando alle considerazioni del Collegio, va anzitutto disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso.

Invero, la ricorrente mira ad ottenere la ripetizione del procedimento di gara e tale interesse strumentale non può a priori escludersi, nella prospettiva da cui essa muove, secondo cui la mancata ricezione dell'offerta integrerebbe un vizio iniziale della procedura sotto il profilo dell'incompetenza dell'ufficio addetto al ricevimento dei plichi recanti le offerte di partecipazione all'indetta gara.

Nel merito, peraltro, il ricorso è infondato.

Preliminarmente, il Collegio rileva che l'azione introdotta col presente ricorso non ha carattere impugnatorio, in quanto l'atto dirigenziale avverso il quale si appunta il ricorso non ha natura provvedimento e lesiva, in quanto fornisce solo chiarimenti sull'avvenuto rifiuto di ricezione dell'offerta della ricorrente. L'azione giudiziale, in realtà, è rivolta a sindacare

tale rifiuto e, cioè, il comportamento materiale lesivo (situato comunque all'interno di un procedimento autoritativo) a seguito del quale l'offerta di partecipazione alla gara è stata restituita al mittente.

L'azione in questa sede proposta ha dunque ad oggetto l'accertamento di un rapporto tra privato ed Amministrazione, in una materia in cui la giurisdizione del giudice amministrativo è esclusiva, ex art. 6, comma 1 della L. 21.7.2000, n. 205.

Ciò premesso, va anzitutto considerata la incontrovertita circostanza che il plico era pervenuto all'Ufficio della P.A.T., incaricato della ricezione, tre giorni prima del termine di scadenza per la presentazione delle offerte.

L'impiegata addetta dell'Ufficio aveva, quindi, dopo aver constatato l'irregolare confezione del menzionato plico, la seguente alternativa:

- 1) accettare il plico ed inoltrarlo al presidente della gara, essendo però scontato che l'offerta sarebbe stata successivamente esclusa, in quanto il plico era confezionato in grossolana difformità rispetto alle prescrizioni poste a pena di esclusione dalla *lex specialis*, a garanzia dell'integrità, della segretezza e della genuinità del suo contenuto;
- 2) restituire immediatamente il plico al corriere incaricato della consegna, spiegandone le ragioni, affinché ne venisse

avvertita la ditta interessata che avrebbe potuto, essendo ancora pendente il termine per la presentazione dell'offerta, ripresentarla immediatamente dopo, previa verifica del suo contenuto, in un plico integro ed idoneamente confezionato.

L'impiegata, con l'avallo del Dirigente, ha optato per questa seconda soluzione, che appare al Collegio indubbiamente più rispondente ai principi di correttezza e di leale collaborazione che debbono costantemente informare l'azione amministrativa nei rapporti con i privati, oltre che a quello di economicità dei mezzi utilizzati.

Tale intendimento dell'Ufficio della P.A.T. non è andato, tuttavia, a buon fine, il che peraltro non può che essere addebitato alla deducente in virtù del generalissimo principio di autoresponsabilità, su di essa ricadendo la conseguenza dell'avvenuto superamento del termine sia che ciò sia dipeso dal fatto di non essere stata prontamente avvertita dal corriere sia che abbia in ogni caso fidato sull'impugnativa successivamente proposta.

L'affidamento al servizio postale della consegna del plico in luogo della consegna diretta *brevi manu* comporta, infatti, l'assunzione del rischio che la stessa non avvenga in modo corretto (salvo poi agire nei confronti del responsabile del disservizio per far valere l'eventuale danno occorso).

Reputa quindi il Collegio che, nella particolare circostanza di cui si discute, l'Ufficio provinciale addetto alla ricezione dei

pliche avesse il potere - dovere, che è stato nell'occasione esercitato, di non accettare la consegna di quello trasmesso dall'istante sia in dipendenza del fatto che l'offerta era stata aperta *in itinere* e successivamente malamente richiusa sia soprattutto nell'interesse dell'impresa al potenziale, rinnovato invio dell'offerta; che in definitiva il comportamento materiale assunto non sia illegittimo neppure sotto il profilo della dedotta incompetenza, essendo compito della stazione appaltante controllare che, all'atto della ricezione delle offerte, i relativi pliche siano conformi alle prescrizioni del bando e che siano dunque trasmessi per la relativa apertura alla Commissione aggiudicatrice, cui competono compiti di valutazione delle offerte e non già quelli del controllo esterno degli stessi pliche.

Il Collegio osserva in ogni caso che, anche nella residuale ipotesi che, con negligente disattenzione per l'interesse dell'offerente, l'offerta siffattamente presentata fosse stata inoltrata alla Commissione *sic et simpliciter* non si sarebbe sottratta all'identica sorte della sua scontata reiezione alla luce della natura strettamente vincolata del relativo riscontro, che sarebbe stato senza alcun dubbio pronunciato, dovendosi obiettivamente escludere ogni diversa statuizione.

Ciò consegue, infatti, in dipendenza dell'applicabilità del comma 2, prima parte, dell'art. 21<sup>octies</sup> della L. 7.8.1990,

n. 241, a tenore del quale *“non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

La circostanza, poi, che nella specie non sia impugnato un provvedimento ma contestato in giudizio un comportamento materiale non fa venir meno l'applicabilità della norma, identica essendo la *ratio* perseguita di conservazione dell'atto o comportamento, corretto nella sostanza, ma se del caso carente sotto il profilo formale o procedimentale.

Ne consegue che, anche a ritenere sussistente il lamentato vizio procedimentale, pur se inteso come violazione delle norme sulla competenza (che comunque sono norme sul procedimento), esso non potrebbe condurre all'accoglimento del ricorso.

In conclusione, per le ragioni che precedono il ricorso va respinto.

Concorrono peraltro giuste ragioni (attesa la novità della questione) per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio.

**P.Q.M.**

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente

pronunciando sul ricorso n. **117/2008**, lo **respinge**.

Spese del giudizio compensate.

Così deciso in Trento, nella camera di consiglio del 29 gennaio 2009, con l'intervento dei Magistrati:

dott. Francesco Mariuzzo - Presidente

dott. Lorenzo Stevanato - Consigliere relatore

dott. Fiorenzo Tomaselli - Consigliere

Pubblicata nei modi di legge, mediante deposito in Segreteria, il giorno 18 febbraio 2009

Il Segretario Generale

dott. Giovanni Tanel