

Il Tar Campania sulla proroga dei termini di presentazione delle offerte in caso di furto del plico

di Margherita Scalise

Data di pubblicazione: 19-12-2014

TAR per la Campania, Napoli, Sez. V, sentenza 2 dicembre 2014, n. 6296

Presidente Nappi; Estensore Marotta

Le imprese partecipanti ad una gara, a fronte di un preciso termine di presentazione delle offerte, conosciuto con congruo anticipo, hanno l'onere di predisporre la propria organizzazione in modo da ottemperare con tempestività al termine medesimo.

La mancata presentazione dell'offerta entro i termini stabiliti dal bando di gara può essere giustificata e pertanto fondare una richiesta di riapertura dei termini di gara esclusivamente sulla base di un fatto impeditivo incolpevole che assuma una valenza oggettiva e generalizzata non essendo di per sé sufficiente qualsiasi elemento esterno non ascrivibile alla diretta responsabilità della ditta partecipante alla gara.

La causa di forza maggiore che renderebbe scusabile il ritardo potrebbe consistere solo in un evento tale da impedire, in modo assoluto e per tutti i possibili concorrenti, fin dalla conoscenza del termine di gara, la possibilità di scelta, non solo dei vari sistemi di spedizione e consegna, ma altresì del giorno in cui effettuarle.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4497 del 2014, proposto da:

Nutricia Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Cassamagnaghi, Ermanno Vaglio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Carlo Maria Iaccarino in Napoli, via S. Pasquale a Chiaia n. 55;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Caserta, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marina Ragozzino, Giulio Colaïori, con domicilio eletto, ai sensi dell'art 25 comma 1 lett. a) c.p.a., presso la Segreteria del T.a.r. Campania in Napoli, piazza Municipio;

nei confronti di

Novamedisan Italia s.r.l., n.c.;

per l'annullamento

- del provvedimento del 5 settembre 2014 prot. 4105, con il quale la A.S.L. di Caserta ha respinto l'istanza della società Nutricia s.p.a. di posticipare il termine di presentazione delle offerte di gara, determinando la relativa non ammissione di Nutricia s.p.a. alla gara;
- del verbale n. 2 dell'8 settembre 2014, con il quale la A.S.L. di Caserta conferma il rigetto della predetta richiesta di Nutricia, dando atto della consegna nei termini delle offerte di n. 13 ditte tra cui non figura Nutricia s.p.a.;
- nonché, in subordine, dell'art. 1 del disciplinare di gara, ove prevede che "la consegna dei plichi è totalmente a rischio del mittente, intendendosi l'ASL esonerata da ogni responsabilità, anche derivante da causa di forza maggiore, qualora i plichi non giungessero a destinazione in tempo utile";
- della *lex specialis* di gara nella parte in cui indica due importi diversi a base d'asta (€ 4.417.400 sul disciplinare di gara ed € 3.783.400 sul sito internet ufficiale);
- del chiarimento reso in data 31 luglio 2014 prot. n. 3646, con cui l'Ente ha preteso la ripresentazione integrale dei documenti di gara senza osservare il termine di legge per la presentazione delle offerte;
- di ogni altro atto preordinato, connesso e/o consequenziale comunque lesivo per gli interessi della ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Caserta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2014 il dott. Paolo Marotta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La A.s.l. di Caserta ha indetto, con determinazione n. 1317 del 4 ottobre 2013, una procedura aperta per l'affidamento biennale di diete per la nutrizione artificiale, dispositivi medico chirurgici con utilizzo di pompe in service, per un valore complessivo, distribuito in 90 lotti, di € 4.417.400,00, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso (il termine per la presentazione delle offerte era fissato alla data del 4 settembre 2014 – ore 12.00).

Con il ricorso in esame, la società Nutricia s.p.a., dopo aver evidenziato che nella notte tra il 3 e il 4 settembre 2014 il plico contenente la propria offerta è stato rubato ad opera di ignoti mentre era nella disponibilità del vettore incaricato della consegna, contesta la legittimità della nota del 5 settembre 2014 prot. 4105, con la quale la A.S.L. di Caserta ha respinto l'istanza della ricorrente di posticipare il termine di presentazione delle offerte di gara, al fine di consentire la presentazione della propria offerta.

La società ricorrente contesta la legittimità del provvedimento impugnato, per i seguenti motivi:

- Violazione (per erronea) applicazione dell'art. 1 del disciplinare di gara. Violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere. Carenza e/o inadeguatezza di motivazione. Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Inesistenza e/o travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Ingiustizia e illogicità manifesta.

- Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere. Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Ingiustizia e illogicità manifesta. Illegittimità derivata. Carenza e/o inadeguatezza di motivazione;

- Violazione dell'art. 70 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere. Violazione dei principi di buona andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Ingiustizia e illogicità manifesta. Illegittimità derivata.

All'udienza camerale del 2 ottobre 2014 si è costituita in giudizio la A.s.l. di Caserta, contestando la fondatezza del proposto gravame e chiedendone pertanto la reiezione.

Con ordinanza di questo Tribunale n. 1638/2014 è stata respinta l'istanza cautelare, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente.

All'udienza pubblica del 6 novembre 2014, su richiesta delle parti costituite, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Con il primo articolato motivo di impugnativa, la società ricorrente contesta la legittimità del diniego opposto dalla stazione appaltante alla richiesta di posticipare il termine di presentazione delle offerte, per violazione dell'art. 97 della Costituzione e per eccesso di potere sotto diversi profili (carenza e/o inadeguatezza della motivazione; inesistenza e/o travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; ingiustizia e illogicità manifesta).

A sostegno della propria tesi, la società ricorrente allega le seguenti circostanze:

- a) di aver adeguatamente documentato il fatto posto alla base della propria richiesta (furto del plico contenente l'offerta ad opera di ignoti);
- b) l'assenza di qualsivoglia responsabilità da parte della società ricorrente nel mancato recapito del plico; a tale riguardo, la società ricorrente deduce che il furto del plico costituirebbe causa di forza maggiore con la conseguenza che il mancato accoglimento della propria richiesta di posticipare il termine di presentazione delle offerte si porrebbe in contrasto con l'art. 27 della Costituzione;
- c) di aver intrapreso ogni iniziativa per consentire alla stazione appaltante di accogliere la propria richiesta senza ledere gli interessi degli altri concorrenti;
- d) l'accoglimento della istanza di proroga del termine di presentazione delle offerte si porrebbe in contrasto con lo stesso interesse pubblico alla massima partecipazione alla gara degli operatori economici.

Con il secondo motivo di gravame la società ricorrente contesta la legittimità dell'art. 1 del disciplinare di gara nella parte in cui ha disposto: "La consegna dei plichi è totalmente a rischio del mittente, intendendosi l'A.S.L. esonerata da ogni responsabilità, anche derivante da causa di forza maggiore, qualora i plichi non giungessero a destinazione in tempo utile", deducendo violazione dell'art. 97 della Costituzione ed eccesso di potere sotto diversi profili (violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa; ingiustizia e illogicità manifesta; carenza e/o inadeguatezza di motivazione).

Le censure sono infondate; esse vengono esaminate congiuntamente attenendo a profili connessi.

Secondo un condivisibile e consolidato orientamento giurisprudenziale, le imprese partecipanti ad una gara, a fronte di un preciso termine di presentazione delle offerte, conosciuto con congruo anticipo, hanno l'onere di predisporre la propria organizzazione in modo da ottemperare con tempestività al termine medesimo: pertanto, la causa di forza maggiore che, in ipotesi, renderebbe scusabile il ritardo, potrebbe consistere solo in un evento tale da impedire, in modo assoluto e per tutti i possibili concorrenti, fin dalla conoscenza del termine di gara, la possibilità di scelta, non solo dei vari sistemi di spedizione e consegna, ma altresì del giorno in cui effettuarle (Consiglio Stato, sez. V, 10 aprile 2002, n. 1960; T.A.R. Veneto, sez. I, 15 ottobre 2002, n. 6045).

Nel caso di specie, la mancata consegna del plico contenente l'offerta da parte del vettore incaricato dalla società ricorrente più che ad una causa generalizzata di forza maggiore (*vis cui resisti non potest*) è da attribuire al fatto doloso del terzo (furto del plico da parte di ignoti).

La distinzione non è di poco momento, in quanto la mancata consegna del plico contenente l'offerta della società ricorrente è dipesa da un fatto individuale rispetto al quale possono aver influito anche elementi indirettamente ricollegabili alla società ricorrente (si pensi, per mera

ipotesi, alla violazione dei doveri di custodia da parte del vettore incaricato della consegna del plico).

In altre parole, a giudizio del Collegio, non ogni elemento che non sia ascrivibile alla diretta responsabilità della ditta partecipante alla gara è idoneo a giustificare la mancata presentazione della offerta entro i termini stabiliti dal bando di gara e, quindi, a fondare una richiesta di riapertura dei termini di gara, occorrendo a tale riguardo che il fatto impeditivo incolpevole assuma una valenza oggettiva e generalizzata.

Diversamente opinando si dovrebbe arrivare alla conclusione di ritenere che la stazione appaltante sia tenuta a riaprire i termini di gara a fronte di ogni impedimento incolpevole allegato e documentato da ciascuna delle ditte partecipanti alla gara, con l'inammissibile conseguenza di trasferire il rischio della tempestiva consegna delle offerte di gara dai soggetti partecipanti alla gara alla stazione appaltante.

Né può essere condivisa la tesi della società ricorrente secondo la quale la riapertura dei termini di gara non lederebbe gli interessi delle ditte che hanno presentato tempestivamente le proprie offerte e favorirebbe l'interesse pubblico alla massima partecipazione degli operatori economici.

A tale riguardo il Collegio evidenzia:

a) da un lato, che la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte comporterebbe inevitabilmente, al fine di salvaguardare la segretezza delle offerte, che anche le ditte che hanno presentato le offerte entro il termine previsto dovrebbero essere gravate dell'onere di ritirare le offerte già presentate, con facoltà di ripresentarle entro il nuovo termine assegnato, con intuibili conseguenze sul piano della speditezza procedimentale;

b) dall'altro, che il principio del *favor participationis* essere necessariamente temperato con quello della *par condicio* dei concorrenti nonché con lo stesso interesse pubblico ad una rapida definizione della procedura di gara.

A ciò si aggiunge l'ulteriore considerazione che il termine per la presentazione delle offerte di gara inizialmente fissato alla data del 25 marzo 2014 era già stato prorogato dalla stazione appaltante alla data del 5 settembre 2014; l'accoglimento della istanza della ricorrente diretta ad ottenere la riapertura dei termini di gara avrebbe dunque comportato inevitabilmente l'ulteriore dilatazione dei termini della procedura di gara, in contrasto con i principi di economicità, efficacia e tempestività delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, espressamente richiamati dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Si rivela infine inconferente rispetto al *thema decidendum* il richiamo all'art. 27 della Costituzione, atteso che i principi ivi enunciati attengono all'ambito della responsabilità penale.

Con l'ultimo motivo di gravame, dopo aver evidenziato il proprio interesse strumentale alla rinnovazione della gara, la società ricorrente deduce violazione dell'art. 70, comma 2, del

d.lgs. n. 163/2006, a norma del quale: “Nelle procedure aperte, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a cinquantadue giorni decorrenti dalla data di trasmissione del bando di gara”. Sostiene la ricorrente che nel caso di specie non sarebbe stato rispettato il termine previsto dalla predetta norma.

Lamenta infine l'incerta formulazione della *lex specialis* di gara nella parte in cui indicherebbe due importi diversi a base d'asta (€ 4.417.400,00 sul disciplinare di gara ed € 3.783.400,00 sul sito internet ufficiale).

Le censure non possono essere accolte.

Il Collegio rileva che la stazione appaltante, già con avviso del 20 giugno 2014, ha disposto la riapertura dei termini per la ripresentazione delle offerte; risulta dunque rispettato il termine di 52 giorni previsto dall'art. 70 comma 2 del d.lgs. n. 163/2006. A tale riguardo, non ha alcuna rilevanza giuridica il fatto che la stazione appaltante, in data 31 luglio 2014, abbia fornito alcuni chiarimenti rispetto alla presentazione delle offerte, in quanto i chiarimenti formulati dalla stazione appaltante non hanno portata innovativa o integrativa della *lex specialis* di gara, essendo adottati al solo scopo di rendere maggiormente intellegibili le disposizioni della disciplina di gara (T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 2 agosto 2012 n. 7182).

Del resto l'art. 71, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 stabilisce espressamente che “sempre che siano richieste in tempo utile” le informazioni complementari sui capitolati oneri e sui documenti complementari sono comunicate dalle amministrazioni aggiudicatrici “almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte”.

Irricevibile è invece la censura relativa alla *lex specialis* di gara nella parte in cui indicherebbe due importi diversi a base d'asta (€ 4.417.400,00 sul disciplinare di gara ed € 3.783.400,00 sul sito internet ufficiale). La lamentata incertezza della *lex specialis* in ordine al prezzo posto a base di gara, avrebbe dovuto essere tempestivamente censurata dalla odierna ricorrente, in quanto, attenendo alla stessa possibilità di formulare un'offerta congrua, l'interesse alla relativa impugnazione è insorto nella ricorrente già dalla pubblicazione del disciplinare di gara.

In conclusione, il ricorso è infondato e va respinto.

La fattispecie dedotta in giudizio, valutata nei suoi aspetti complessivi, giustifica l'equa compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Domenico Nappi, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere

Paolo Marotta, Primo Referendario, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la sentenza in commento, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania ha affrontato, tra le altre cose, il tema relativo alla mancata presentazione dell'offerta entro i termini previsti dal bando di gara e alle possibili cause che possono giustificare la presentazione tardiva.

In particolare, il Collegio ha tentato di delineare i contorni entro i quali la stazione appaltante possa accogliere l'istanza di proroga dei termini di presentazione delle offerte senza tuttavia violare il principio della *par condicio* tra i concorrenti.

PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nella fattispecie in esame, il TAR Campania ha ritenuto legittimo il diniego opposto dalla

stazione appaltante alla richiesta della società concorrente di posticipare il termine di presentazione delle offerte fondata sul furto ad opera di ignoti del plico contenente l'offerta.

La parte ricorrente ha fondato le proprie difese sulla base del fatto che la causa che aveva determinato l'impossibilità di presentare nei termini previsti l'offerta non potesse essere alla stessa imputabile. Tale tesi non ha persuaso i giudici di primo grado, i quali hanno negato la possibilità di ricondurre le circostanze addotte nell'ambito della c.d. "*vis cui resisti non potest*" che sola potrebbe legittimare l'accoglimento dell'istanza di proroga del termine.

Nel caso di specie, il Collegio ha infatti sottolineato che la mancata consegna del plico fosse stata causata da un fatto doloso di terzi (furto) e non da una vera e propria causa di forza maggiore oggettiva e generalizzata. In altri, termini, solo una "forza" esterna che si rivolga allo stesso modo e, soprattutto, nei confronti di tutti i partecipanti potrebbe giustificare una proroga – quasi come una remissione in termini – per la presentazione delle offerte.

Tale considerazione ha portato il TAR a ritenere legittimo il comportamento della stazione appaltante, in quanto è onere delle imprese partecipanti alla gara, portate a conoscenza del termine di presentazione delle offerte con congruo anticipo in ossequio a quanto disposto dall'art. 70 del d.lgs. n. 163/2006, di ottemperare con tempestività agli adempimenti richiesti dalla disciplina di gara.

Pertanto, secondo il Collegio, a meno che il mancato rispetto del termine decadenziale non scaturisca da un "*evento tale da impedire, in modo assoluto e per tutti i concorrenti, fin dalla conoscenza del termine di gara, la possibilità di scelta, non solo dei vari sistemi di spedizione e consegna, ma altresì del giorno in cui effettuarle*", non può sacrificarsi la *par condicio* tra i concorrenti.

Difatti, il furto del plico, sebbene possa essere considerato causa non imputabile al concorrente, non può comunque ritenersi tale da esonerarlo dalla responsabilità di non aver – al pari degli altri concorrenti – provveduto per tempo alla presentazione dell'offerta.

In conclusione, il TAR per la Campania sottolinea come il principio del *favor participationis*, invocato dalla ricorrente a sostegno dell'illegittimità del provvedimento di diniego della stazione appaltante, debba essere necessariamente temperato (ed, invero, nel caso di specie superato) con quello della *par condicio* dei concorrenti nonché con l'interesse pubblico alla rapida definizione della procedura di gara.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La pronuncia in commento stigmatizza ancora una volta l'orientamento della giurisprudenza amministrativa circa la rilevanza del termine di presentazione delle offerte nelle gare pubbliche. Tale termine si pone indubbiamente come uno degli elementi essenziali della *lex specialis* che, oltre a costituire un autovincolo per l'amministrazione, garantisce e tutela le esigenze di certezza e parità di trattamento per tutti i partecipanti alla procedura.

Del resto, come di recente chiarito anche dall'A.N.A.C., infatti, il termine di presentazione delle offerte "*ha natura decadenziale, anche in caso di assenza di espressa comminatoria, a garanzia della par condicio e della trasparenza dell'azione amministrativa*" (cfr. A.N.A.C., Parere di Precontenzioso n. 04 del 29 luglio 2014).

Pertanto, dovendosi salvaguardare la posizione dei concorrenti che presentano nei termini la propria offerta, la stazione appaltante potrebbe derogare alla perentorietà di questi solamente in presenza di una causa di forza maggiore, oggettiva e generalizzata, che leda la posizione di tutte le imprese sul mercato, impedendone la partecipazione alla gara.

Per tale ragione, le motivazioni addotte dalla ricorrente e incentrate sul furto del plico subito dal vettore, difettando proprio dei caratteri di assolutezza e generalità, non sono state ritenute sufficienti ad integrare quella causa di forza maggiore che sola avrebbe potuto – astrattamente – giustificare il ritardo.

Alla luce di ciò, la giurisprudenza si mostra ferma nel ritenere che a fronte di un termine per la presentazione delle offerte preciso, inderogabile e conosciuto per tempo, sta alle imprese partecipanti, fatti salvi come detto i casi eccezionali riconducibili alla forza maggiore, predisporre le adeguate misure organizzative in modo da ottemperarvi con tempestività.

Nel bilanciamento dei contrapposti interessi, in conclusione, la giurisprudenza non sembra lasciar dubbi circa la maggior rilevanza da attribuire al principio della parità di trattamento tra i concorrenti e alle esigenze pubbliche di speditezza e celerità delle procedure di gara, rispetto al contrapposto principio del *favor participationis*.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

- F. Caringella - M. Giustiniani, *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, 2014;
- F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Ed. Dike, 2014;
- A. Carullo - G. Iudice, *Commentario breve alla legislazione degli appalti pubblici e privati*,



2012.