

Fatto

1. Con sentenza 60/2005 del 13 gennaio 2005, la Sezione prima del Tar della Puglia, aderendo alle tesi dei resistenti, Comune e controinteressata - ha dichiarato irricevibile e, per differente profilo, inammissibile il ricorso proposto dalla attuale appellante avverso la sua esclusione dalla gara per il servizio di riscossione coattiva delle entrate comunali Ici e Tarsu e per la gestione ordinaria e straordinaria, disposta dalla Commissione di gara sulla considerazione della irregolarità della cauzione provvisoria offerta mediante polizza assicurativa, piuttosto che mediante fideiussione bancaria, come espressamente previsto dall'articolo 21 del capitolato speciale.

Il giudice di primo grado ha ritenuto tardivo il deposito del ricorso notificato a mezzo posta, assumendo quale *dies a quo* la data di spedizione del ricorso medesimo ed inammissibile l'impugnazione dell'articolo 21 del capitolato speciale che non annovera fra le modalità di costituzione della cauzione provvisoria, la polizza assicurativa, per avere il rappresentante legale della società concorrente sottoscritto una dichiarazione di piena adesione alla clausola, così prestandovi acquiescenza.

2. Avverso la suddetta sentenza propone appello l'interessato, sottoponendo a censura il procedimento logico giuridico attraverso cui il giudice di primo grado è pervenuto alla decisione, sia nella interpretazione ed applicazione della regola processuale, relativa al deposito del ricorso, sia anche nel conferire valore e significato di acquiescenza della clausola lesiva, alla sottoscrizione della dichiarazione di accettazione del capitolato, in assenza della quale non avrebbe potuto partecipare alla gara. In ogni caso, tale ultima evenienza non sarebbe idonea ad incidere sulla questione di merito, in quanto sussisterebbe equivalenza legale fra polizza assicurativa e fideiussione bancaria, ai fini della costituzione della cauzione nelle pubbliche gare, indipendentemente dalla clausola del capitolato che non la prevede, senza comunque escluderla, e che pertanto andrebbe interpretata in conformità alla legge; essa non sarebbe stata, comunque, immediatamente impugnabile, derivando la lesione non dalla sua formulazione, bensì dalla interpretazione datane dalla Commissione di gara. Nel merito il ricorso di primo grado meriterebbe accoglimento sulla base delle censure dedotte in primo grado ed in questa sede riproposte.

Si sono costituiti in giudizio il Comune e la controinteressata, resistendo all'appello.

Successivamente la causa, chiamata alla pubblica udienza del 28 giugno 2005, è stata trattenuta in decisione.

Diritto

1. L'appello è manifestamente fondato.

2. Evidente è l'errore in cui è incorso il giudice di primo grado nel computare il termine per il deposito muovendo dalla data di spedizione da parte dell'Ufficiale giudiziario, tramite il servizio postale e non, invece, da quello in cui si è perfezionata la consegna del piego (o l'ultima consegna, trattandosi di pluralità di intimati)) da parte dell'addetto al servizio postale, all'indirizzo del destinatario.

A quanto pare, l'errore è stato indotto, oltre che da una lettura forzata della sentenza della Corte costituzionale 477/02, anche dall'orientamento espresso, in argomento, da questa stessa Sezione, con la decisione 5897/03, la quale è però, allo stato, abbondantemente superata da riflessioni ulteriori della giurisprudenza su tale specifico aspetto della questione, a seguito degli approfondimenti conseguenti alla applicazione che, dell'istituto (dopo l'intervento della Corte costituzionale), è stata fatta dalla Corte suprema di cassazione e degli insegnamenti desumibili da successive pronunce della stessa Corte costituzionale (28/2004 e 107/04).

La lettura corretta della prima pronuncia del giudice delle leggi sulla illegittimità delle norme che, in materia di notificazione, ne facevano decorrere gli effetti, nei confronti dell'istante, dal suo perfezionamento, deve essere effettuata tenendo nel debito conto ciò in cui è stata fatta risiedere l'illegittimità costituzionale, ovvero il far ricadere, sul soggetto che richiede (o nell'interesse del quale è richiesta) la notificazione, gli oneri di attività materiali sottratte alla sua disponibilità.

Ovviamente ciò non implica anche che tali oneri debbano ricadere sul destinatario dell'atto, né che la declaratoria di incostituzionalità si sia pure riflessa sulle modalità di computo dei termini per il deposito dell'atto o per l'iscrizione della causa a ruolo.

Per il destinatario, l'atto produce i suoi effetti secondo le regole ordinarie, desunte da quelle che disciplinano il perfezionamento della notificazione (a mezzo Ufficiale giudiziario o mediante recapito a mezzo posta); quanto al deposito dell'atto, ai fini dell'incardinamento del giudizio, o per tutte le altre finalità connesse al deposito degli atti notificati, le norme che ne fissano i termini hanno sempre riguardo al perfezionamento, reale o legale, per il destinatario, della notificazione.

In questo senso sono le numerose pronunce della Corte suprema di Cassazione, che specificamente affrontano il problema del deposito del ricorso per cassazione, che è l'istituto che maggiormente si avvicina, analogicamente, al deposito dell'atto introduttivo del giudizio amministrativo.

Correttamente l'appellante segnala, fra le ultime, l'ordinanza 458/05 delle Su; l'orientamento è, peraltro, conforme a quello già espresso dalla Corte Suprema, con la sentenza 18087/04 della Sezione quinta, ed altre ancora citate dall'appellante nei propri scritti difensivi.

In definitiva deve essere affermato che, nel caso in cui il ricorso giurisdizionale sia stato notificato a mezzo del servizio postale, mentre ai fini del rispetto del termine per proporre l'impugnazione è sufficiente che il ricorso sia stato consegnato all'ufficiale giudiziario entro detto termine, il consolidamento di tale effetto anticipato per il notificante dipende dal perfezionamento del procedimento notificatorio nei confronti del destinatario ed è da tale data che devono farsi decorrere i termini per il deposito del ricorso, unitamente agli ulteriori atti prescritti dall'articolo 21 legge 1034/71 (salvo il ritardo nella restituzione dell'avviso di ricevimento, che, mentre da un lato non giustifica il tardivo deposito del ricorso, dall'altro consente di ritardare il deposito della prova dell'avvenuta notificazione).

Nel caso in esame, in cui il deposito del ricorso di primo grado è avvenuto correttamente nei termini computati dal ricevimento, da parte della controinteressata, dell'atto notificato tramite il servizio postale, tempestivamente è avvenuta l'incardinazione dell'impugnazione davanti al giudice amministrativo.

Sul punto, pertanto la sentenza appellata deve essere riformata.

2. L'orientamento espresso dal giudice di primo grado in ordine alla inammissibilità dell'impugnazione per presunta acquiescenza alla clausola lesiva è, poi, viziato nel merito e nel metodo; per quest'ultimo profilo, in quanto si è pronunciato sulla inoppugnabilità della norma del capitolato, senza prima avere accertato se la lesione è dipesa effettivamente dalla clausola che ha prescritto determinate modalità di prestazione della cauzione o non, eventualmente, al contrario, dalla erronea applicazione fattane dalla Commissione di gara; nel merito, perché non può logicamente ritenersi che l'accettazione del capitolato, sia pure con la sottoscrizione di ogni pagina del testo che lo contiene, non implica accettazione anche delle clausole lesive, le quali, al limite, per essere considerate accettate ad ogni effetto, richiedono una specifica ed inequivoca individuazione, che renda manifesta e non contestabile la volontà del sottoscrittore di prestarvi acquiescenza, secondo regole di diritto comune, ma di portata generale, desumibili dall'articolo 1469^{ter} del vigente codice civile.

3. Deve esse comunque negato che all'articolo 21 del capitolato in esame il concorrente potesse immediatamente annettere il significato di escludere la modalità di costituzione della cauzione provvisoria mediante polizza fidejussoria.

L'articolo 1 della legge 348/82 ha stabilito espressamente che:

"In tutti i casi in cui è prevista la costituzione di una cauzione a favore dello Stato o altro ente pubblico, questa può essere costituita in uno dei seguenti modi:

- a) da reale e valida cauzione, ai sensi dell'articolo 54 del regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, approvato con Rd 827/24, e successive modificazioni;
- b) da fidejussione bancaria rilasciata da aziende di credito di cui all'articolo 5 del Rd 375/36, e successive modifiche ed integrazioni;
- c) da polizza assicurativa rilasciata da imprese di assicurazione debitamente autorizzata all'esercizio del ramo cauzioni ed operante nel territorio della Repubblica in regime di libertà di stabilimento o di libertà di prestazione di servizi".

La disposizione di cui alla lettera c) (così sostituita dall'articolo 128, D.Lgs 175/95), non richiede di essere recepita dall'amministrazione locale che ha indetto la gara, in quanto è di per sé vincolante per ogni ente pubblico in favore del quale deve essere prestata cauzione e, dunque, anche, per gli Enti locali, e si inserisce automaticamente nelle regole che disciplinano il procedimento, riempiendone l'eventuale lacuna, ogni qual volta la norma speciale non preveda espressamente la polizza assicurativa fra le modalità di costituzione della cauzione.

Di contro, è illegittima la clausola del bando o del capitolato speciale che espressamente escluda dalle modalità di prestazione della cauzione provvisoria la polizza assicurativa rilasciata dalle imprese debitamente autorizzate a norma della citata lett. c) dell'articolo 1 legge 148/82, nel testo modificato dall'articolo 128 del D.Lgs 175/95.

Su tale espressa questione, significativa è la presa di posizione della Corte dei conti, Sezione Controllo Stato, con la determinazione n. 1875 del 7 gennaio 1988, il cui contenuto deve essere condiviso.

La lesione è, dunque, derivata dalla interpretazione e dalla applicazione che, dell'articolo 21 del capitolato, è stata fatta dalla commissione di gara e non anche direttamente dalla norma speciale, la quale deve essere interpretata, al contrario, così come integrata, nel suo contenuto, da quanto espressamente previsto nella fonte primaria.

4. L'appello deve, pertanto, essere accolto, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto, deve essere accolto il ricorso di primo grado e deve essere annullato l'illegittimo provvedimento di esclusione.

Le spese del giudizio, che si liquidano in dispositivo, devono essere poste in favore dell'appellante ed a carico del Comune resistente; possono essere interamente compensate per quanto riguarda la controinteressata.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione quinta) definitivamente pronunciando, accoglie l'appello nei sensi di cui in motivazione;

Condanna il Comune di Casamassima al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese del giudizio, che si liquidano in complessivi euro 4.000.00 oltre Iva e Cpa, come per legge;

Compensa interamente le spese del giudizio per ciò che riguarda la controinteressata;

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