

N. 02244/2011 REG.PROV.COLL.
N. 06710/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6710 del 2010, proposto da:
Megastrutture S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Mario Caliendo,
con domicilio eletto presso Mario Caliendo in Napoli, via P.Colletta,
12;

contro

Comune di Pietravairano in persona del Sindaco p.t., rappresentato e
difeso dall'avv. Luigi M. D'Angiolella, con domicilio eletto presso
Luigi M. D'Angiolella in Napoli, viale Gramsci, 16; Stazione Unica
Appaltante della Provincia di Caserta;

nei confronti di

L.F.Palumbo Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv.
Giuseppe Costanzo, con domicilio eletto presso Orazio Abbamonte
in Napoli, viale Gramsci 16; Antonio Della Corte, Teknoelectric

S.r.l.;

per l'annullamento

PROVVEDIMENTO DEL 02/11/2010, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE DELLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI FUNZIONALIZZAZIONE, QUALIFICAZIONE E POTENZIAMENTO DELLA DOTAZIONE INFRASTRUTTURALE DEI SISTEMI LOCALI DI SVILUPPO, INTERVENTI DI COMPLETAMENTO DEL RECUPERO, RIQUALIFICAZIONE E VALORIZZAZIONE DEGLI SPAZI CONNESSI AL CASTELLO MEDIOEVALE ED ALLE STRUTTURE DI ACCESSO AL TEATRO TEMPIO SUL MONTE SAN NICOLA.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pietravairano in persona del Sindaco p.t. e di L.F.Palumbo Costruzioni S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale della L.F.Palumbo Costruzioni S.r.l.;

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 9 marzo 2011 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che:

- col ricorso in epigrafe, notificato il 2 dicembre 2010 e depositato il 7 dicembre 2010, la Megastrutture s.r.l. impugnava, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, i seguenti atti, inerenti alla procedura aperta indetta dal Comune di Pietravairano (determina n. 86 del 24 maggio 2010 – bando del 1° giugno 2010, prot. n. 1209/SAU) per l'affidamento, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori consistenti nella “funzionalizzazione, qualificazione e potenziamento della dotazione infrastrutturale dei sistemi locali di sviluppo, interventi di completamento del recupero, riqualificazione e valorizzazione degli spazi connessi al castello medioevale ed alle strutture di accesso al teatro-tempio sul Monte S. Nicola”: -- verbali di gara n. 1 del 9 luglio 2010, n. 2 del 14 luglio 2010, n. 3 del 15 luglio 2010, n. 4 del 16 luglio 2010, n. 5 del 19 luglio 2010, n. 6 del 20 luglio 2010, n. 7 del 29 luglio 2010, n. 8 del 9 agosto 2010, n. 9 del 5 ottobre 2010, n. 10 del 25 ottobre 2010 e tutti gli atti preordinati, connessi e conseguenti, nella parte in cui non avevano disposto l'esclusione dell'ATI L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. – Della Corte s.r.l.; -- determina del responsabile dell'Area tecnica n. 189 del 2 novembre 2010, recante l'approvazione dei verbali di gara e l'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. – Della Corte s.r.l.; -- contratto di appalto, se e in quanto stipulato con l'aggiudicataria; -- bando di gara, ove lesivo ed ove interpretato in guisa da consentire la partecipazione

dell'aggiudicataria;

- a sostegno dell'esperito gravame, venivano dedotte le seguenti censure: 1-2) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione del d.p.r. n. 554/1999; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del d.p.r. n. 34/2000; violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione della lex specialis; violazione dell'interesse pubblico e della par condicio; eccesso di potere; 3) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione della lex specialis; violazione dell'interesse pubblico; eccesso di potere; 4) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione del d.p.r. n. 554/1999; violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione della lex specialis; violazione dell'interesse pubblico e della par condicio; eccesso di potere; 5) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 17 della l. n. 68/1999; violazione e falsa applicazione della lex specialis; violazione dell'interesse pubblico; eccesso di potere; 6) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione della lex specialis; violazione dell'interesse pubblico; eccesso di potere; 7) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 163/2006;

violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.p.r. n. 554/1999; violazione e falsa applicazione della lex specialis; violazione dell'interesse pubblico; eccesso di potere; 8) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 76 del d.lgs. n. 163/2006; violazione della l. n. 241/1990; violazione e falsa applicazione della lex specialis; difetto di motivazione; violazione della par condicio; eccesso di potere; illogicità; 9) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006; violazione della l. n. 241/1990; violazione e falsa applicazione della lex specialis; difetto di motivazione; violazione della par condicio; eccesso di potere; illogicità; sviamento;

- in estrema sintesi, la Megastrutture lamentava che: 1) con riferimento alla categoria di lavori prevista in appalto (OG3 – opere stradali), la Della Corte, mandante dell'ATI aggiudicataria, non avrebbe posseduto la classifica II, necessaria all'esecuzione delle opere corrispondenti alla quota di partecipazione (20%) dichiarata in sede di offerta; 2) le imprese riunite nell'ATI aggiudicataria non avrebbero specificato in relazione alle categorie le parti di lavori a ciascuna assegnate; 3) l'attestazione resa dalla cooptata Teknoelectric s.r.l. circa l'insussistenza delle cause di esclusione ex art. 38, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 163/2006 in capo agli ex esponenti aziendali sarebbe priva di sottoscrizione; 4) il direttore tecnico della Della Corte non avrebbe reso la dichiarazione sostitutiva circa

l'insussistenza delle cause di esclusione ex art. 38, comma 1, lett. m ter, del d.lgs. n. 163/2006; 5) la cooptata Teknoelectric non avrebbe esibito la certificazione ex art. 17 della l. n. 68/1999; 6) l'ATI Palumbo – Della Corte avrebbe ommesso di produrre la dichiarazione di veridicità dei dati riportati nell'offerta tecnica, secondo quanto prescritto dalla lex specialis di gara; 7) la designazione della Teknoelectric come cooptata sarebbe inammissibilmente generica; 8) la mandataria Palumbo avrebbe ommesso di esibire la propria certificazione di qualità UNI ISO 9001, necessaria ai fini della fruizione dimidiazione dell'importo della garanzia provvisoria ex art. 75 del d.lgs. n. 163/2006; 9) nonostante l'ATI Palumbo – Della Corte non avesse proposto, a differenza della Megastrutture, alcuna miglioria significativa al progetto a base di gara, risulterebbe indebitamente attribuito all'offerta tecnica della prima un punteggio pari a 30,80, mentre all'offerta tecnica della seconda un inferiore punteggio pari a 29;

- costituitasi l'amministrazione intimata, eccepiva l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza dell'impugnazione proposta ex adverso, della quale richiedeva, quindi, il rigetto;

- con atto notificato il 5 gennaio 2011 e depositato l'8 gennaio 2011, la controinteressata Palumbo, oltre ad eccepire l'infondatezza delle doglianze rassegnate dalla Megastrutture, proponeva ricorso incidentale avverso l'ammissione in gara di quest'ultima;

- a supporto, denunciava i seguenti vizi: 1) violazione e falsa

applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 47 del d.p.r. n. 445/ 2000; violazione e falsa applicazione della lex specialis; 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 47 del d.p.r. n. 445/ 2000; violazione e falsa applicazione della lex specialis; 3-4) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 47 del d.p.r. n. 445/ 2000; contraddittorietà; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006; 5) violazione e falsa applicazione della lex specialis sotto diverso profilo; violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione del d.p.r. n. 554/1999; contraddittorietà dell'offerta tecnica; 6) illegittimità del bando;

- in estrema sintesi, la Palumbo lamentava che: 1) la Megastrutture avrebbe omesso di produrre in gara l'attestazione di insussistenza di cause di esclusione ex art. 38, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 163/2006 in capo agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza della S.S. Costruzioni s.r.l., la cui azienda era stata ceduta alla ditta individuale Conte Adelina e da quest'ultima conferita alla stessa Megastrutture; 2) le dichiarazioni sostitutive rese dal legale rappresentante (Conte Adelina) e dal direttore tecnico (Merola Arcangelo) della Megastrutture non sarebbero state corredate dalla fotocopia del documento di identità ovvero dall'autentica di firma

dei sottoscrittori, così come richiesto a pena di esclusione dalla lex specialis; 3) Merola Arcangelo, pur avendo reso dichiarazioni in qualità di direttore tecnico della Megastrutture, non figurerebbe nel certificato camerale esibito in gara; 4) figurerebbe, invece, come responsabile tecnico, il nominativo di Delli Carpini Franco, il quale, però, non avrebbe reso alcuna attestazione concernente l'insussistenza di cause di esclusione a proprio carico; 5) la Megastrutture, nel formulare la propria offerta tecnica, non avrebbe apportato migliorie, ma avrebbe inammissibilmente stravolto il progetto esecutivo a base di gara (ad es., incidendo sulla pavimentazione stradale e sul sistema di illuminazione); 6) il bando di gara sarebbe illegittimo nella parte in cui imporrebbe l'indicazione delle lavorazioni, della categoria e dell'importo assegnati a ciascuna impresa raggruppata, nonostante le opere previste in appalto fossero costituite unicamente da quelle appartenenti alla categoria OG3;

- alla camera di consiglio del 26 gennaio 2011, la proposta istanza cautelare veniva accolta con ordinanza n. 165/2011;

- all'udienza pubblica del 9 marzo 2011, la causa veniva trattenuta in decisione;

Rilevato, in rito, che il ricorso incidentale, proposto dalla controinteressata Palumbo al fine di contestare la legittimazione della ricorrente principale Megastrutture mediante la censura della sua ammissione alla procedura di affidamento, va comunque esaminato prioritariamente, a prescindere dal numero dei partecipanti alla

procedura selettiva, dal tipo di vizi dedotti dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente (cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2011);

Considerato, in merito al ricorso incidentale proposto dalla Palumbo, che:

- in caso di cessione d'azienda antecedente alla partecipazione alla gara non sussiste uno specifico obbligo dichiarativo in ordine ai requisiti soggettivi della cedente riferita sia agli amministratori e direttori tecnici, in quanto l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 richiede il possesso e la dimostrazione dei requisiti generali di partecipazione solo in capo al soggetto concorrente; ne discende che, in assenza del cennato obbligo e siccome la cessione di azienda comporta non una successione a titolo universale del cessionario al cedente, bensì una successione nelle posizioni attive e passive relative all'azienda tra soggetti che conservano distinta personalità giuridica, non può essere esclusa l'impresa cessionaria del ramo d'azienda che non abbia presentato le dichiarazioni sostitutive in ordine alla posizione della cedente (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 8044/2010; TAR Veneto, Venezia, sez. I, n. 12/2011);

- all'interno della busta A (Documentazione amministrativa) sia il legale rappresentante (Conte Adelina) sia il direttore tecnico (Merola Arcangelo) risultano aver inserito almeno una copia fotostatica dei rispettivi documenti di identità, nonché sottoscritto le proprie dichiarazioni sostitutive, così rendendo certa l'imputabilità a sé

dell'insieme di queste ultime;

- ed invero, in sede di valutazione della documentazione presentata da un'impresa partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un pubblico appalto, la formalità prescritta dall'art. 38 del d.p.r. n. 445/2000 (in base al quale le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore) non deve essere tramutata in un formalismo senza scopo, esigendo che più dichiarazioni rese dalla stessa persona in un medesimo procedimento e facenti parte di un medesimo insieme probatorio debbano necessariamente essere accompagnate, ciascuna, da una fotocopia del documento d'identità (cfr. TAR Molise, Campobasso, n. 730/2005; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, n. 457/2008; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, n. 4518/2010);

- dall'attestazione SOA prodotta in gara dalla Megastrutture emerge che direttore tecnico di quest'ultima è Merola Arcangelo, mentre, alla stregua del certificato camerale dalla stessa esibito in gara, Delli Carpini Franco figura quale relativo responsabile tecnico;

- con riguardo alla mancata attestazione di insussistenza di cause di esclusione in capo al responsabile tecnico, occorre rimarcare che l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, per il caso di società, impone precisi

obblighi dichiarativi a carico dell'amministratore munito di potere di rappresentanza e del direttore tecnico, soggetto, quindi, differente dal responsabile tecnico: la disciplina in materia di direttore tecnico non può essere estesa – in mancanza di espressa previsione della *lex specialis* – anche al responsabile tecnico (privo di quel significativo ruolo decisionale e gestionale che possa farlo rientrare tra i soggetti tenuti all'obbligo di dichiarazione sui requisiti di moralità) (cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. III, n. 482/2008; Catania, sez. I, n. 1821/2008; Palermo, sez. III, 6456/2010);

- la Palumbo non risulta aver compiutamente dimostrato che le proposte migliorative elaborate dalla Megastrutture hanno dato luogo ad una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che fosse del tutto alternativo rispetto a quello voluto dall'amministrazione aggiudicatrice;

- in proposito, giova rammentare che il progetto esecutivo a base di gara può subire modifiche quanto ai singoli aspetti tecnici, purché non si alterino i caratteri essenziali (c.d. requisiti minimi) delle prestazioni richieste, onde non ledere la par condicio, e non venga così stravolto l'assetto globale del predetto progetto (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 3481/2008; n. 1019/2009);

- ebbene, nella specie, le modifiche prospettate dalla Megastrutture con riguardo alla pavimentazione stradale ed al sistema di illuminazione non denotano, di per sé, quella significativa alterazione progettuale, che avrebbe imposto l'esclusione della concorrente dalla

gara;

Considerato, con riferimento al ricorso principale proposto dalla Megastrutture, che:

- in rito:

-- la mancata impugnazione della determina del responsabile dell'Area tecnica n. 149 del 3 settembre 2010 non è suscettibile di comportare l'eccepita irricevibilità e inammissibilità del gravame;

-- tale provvedimento si configura, infatti, testualmente come 'aggiudicazione provvisoria', ossia come atto endoprocedimentale inidoneo ad arrecare una definitiva lesione all'interesse del concorrente non aggiudicatario; atto rispetto al quale non incombeva, quindi, sulla Megastrutture alcun onere decadenziale di immediata impugnazione (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. VI, n. 1907/2010; sez. V, n. 4483/2010; sez. VI, n. 7856/2010; sez. V, n. 8153/2010; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 5156/2009; sez. I, n. 16834/2010; TAR Piemonte, Torino, sez. II, n. 2365/2010; sez. I, n. 3736/2010);

-- peraltro, dopo la riammissione in gara dell'ATI EGAR Costruzioni s.r.l. – COMOTER s.r.l., disposta in ottemperanza alla sentenza di questo Tribunale amministrativo regionale n. 18023/2010, la stazione appaltante ha riformato la graduatoria di gara (cfr. verbale n. 10 del 25 ottobre 2010) ed ha provveduto all'aggiudicazione definitiva (determina n. 189 del 2 novembre 2010), da intendersi come atto non già meramente confermativo o esecutivo, bensì

implicante una valutazione del tutto autonoma e distinta rispetto all'aggiudicazione provvisoria (determina n. 149 del 3 settembre 2010) (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, n. 1460/2010; sez. V, n. 2817/2010; n. 4483/2010; n. 6500/2010; sez. VI, n. 7586/2010; sez. V, n. 8154/2010; TAR Sicilia, Catania, sez. I, n. 131/2010; TAR Puglia, Bari, sez. I, n. 1485/2010; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 780/2010; TAR Toscana, Firenze, sez. II, n. 1534/2010; TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 32198/2010);

-- conseguentemente, soltanto in seguito all'adozione di tali atti può dirsi essersi consolidato l'interesse della Megastrutture (seconda classificata) a dolersi dell'affidamento disposto in favore dell'ATI Palumbo – Della Corte;

- nel merito:

-- la classifica I (€ 258.228), posseduta dalla Della Corte nella categoria di qualificazione OG3, incrementata del 20% ai sensi dell'art. 3, comma 2, del d.p.r. n. 34/2000 – in ragione della qualificazione nella categoria OG1, classifica II, in una misura (€ 516.457), cioè, superiore a un quinto del valore dei lavori a base di gara (€ 1.551.266,53 x 1/5 = 310.253,30) –, si ragguaglia ad un importo (€ 309.973,60) inferiore alla quota di partecipazione (20% = € 310.253,30) dichiarata per l'esecuzione delle opere previste in appalto;

-- a dispetto di quanto assunto dalle parti resistenti, detta quota di partecipazione andava necessariamente commisurata al valore dei

lavori a base di gara (€ 1.551.266,53), il quale costituisce univoco ed oggettivo parametro di riferimento per tutte le imprese concorrenti, e non già al (variabile e ignoto) prezzo offerto da ciascuna di queste ultime, pena, altrimenti la violazione della par condicio e la sostanziale vanificazione delle regole di qualificazione;

-- alle imprese riunite nell'ATI Palumbo – Della Corte si imponeva il rispetto del principio di corrispondenza sostanziale tra le quote di partecipazione (e di esecuzione) da esse dichiarate nella rappresentazione della compagine e le quote di qualificazione dalle medesime possedute (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 6586/2004; n. 249/2007; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., n. 97/2005; n. 358/2005; n. 116/2006; n. 519/2006; n. 906/2007; sez. VI, n. 3144/2009; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, n. 2726/2004; sez. III, n. 754/2005; Catania, sez. IV, n. 1025/2006; Palermo, sez. III, n. 640/2008; TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, n. 249/2007; Catanzaro, sez. I, n. 1293/2007; Reggio Calabria, sez. I, n. 817/2010; TAR Basilicata, Potenza, sez. I, n. 408/2008; TAR Lazio, Latina, n. 386/2010);

-- conseguentemente, in virtù di tale principio, l'insufficienza della qualificazione posseduta dalla mandante Della Corte rispetto alla dichiarata quota partecipativa del 20% giammai avrebbe potuto essere colmata dalla qualificazione posseduta dalla mandataria Palumbo, come invece sostenuto dal Comune di Pietravairano;

-- anche in capo alle imprese associate in ATI orizzontale deve ritenersi sussistente lo specifico obbligo di dichiarare espressamente

le quote di partecipazione, di svolgere la corrispondente percentuale di lavori ed altresì di essere qualificate, ciascuna, per un importo non inferiore alla quota assunta: ciò, in quanto il raggruppamento orizzontale serve a consentire a più imprese associate di potersi aggiudicare gare per cui non sarebbero state singolarmente idonee sotto il profilo tecnico o finanziario, ma senza che ciò consenta loro di aggirare le norme sulla qualificazione che, appunto, deve sussistere in capo a ciascuna in misura almeno pari all'entità di lavori che essa dovrà svolgere (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, n. 4367/2010);

-- l'attestazione circa l'insussistenza delle cause impeditive di cui all'art. 38, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 163/2006, richiesta specificamente a pena di esclusione dalla sez. XI.2.2, n. 3, del bando di gara con riferimento agli ex legali rappresentanti ed agli ex direttori tecnici (e riprodotta nel modello B2 allegato al bando), non risulta sottoscritta dal legale rappresentante della cooptata Teknoelectric;

-- siffatta attestazione non era surrogabile da quella riprodotta nel modello B1 allegato al bando, la quale riferisce il requisito ex art. 38, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 163/2006 alla sola posizione individuale del dichiarante;

-- il direttore tecnico della Della Corte non ha prodotto la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m ter, del d.lgs. n. 163/2006, così come gli era imposto in virtù del principio di eterointegrazione automatica della lex specialis da parte di una norma

di legge cogente e di immediata applicazione, concernente, segnatamente, il possesso di un requisito di ordine generale per la partecipazione alla procedura di affidamento (cfr., ex multis, Cons. giust. amm. sic., sez. giur., n. 404/2006; n. 537/2006; n. 584/2008; TAR Lazio, Roma, sez. III bis, n. 5477/2008; sez. III ter, n. 11006/2008; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, n. 533/2008; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 2625/2006; TAR Piemonte, Torino, sez. II, n. 4725/2006; TAR Puglia, Lecce, sez. II, n. 76/2007);

-- in forza del richiamato principio, se la regola concorsuale (segnatamente impositiva di un onere documentale inerente al possesso di un requisito partecipativo) è dettata direttamente in via legislativa o regolamentare, non è necessario che sia specificamente prescritta dalla lex specialis, la quale può essere integrata con la stessa regola auto esecutiva;

-- in tale prospettiva, non valeva, dunque, a sottrarre l'ATI Palumbo – Della Corte alla sanzione espulsiva la mancanza di un'analitica comminatoria della medesima, da parte della lex specialis di gara, per il caso di omessa attestazione del possesso di uno specifico requisito idoneativo di ordine generale (previsto dall'art. 38, comma 1, lett. m ter, del d.lgs. n. 163/2006 in capo al direttore tecnico dell'impresa concorrente), la cui insussistenza costituisse, di per sé, causa di esclusione dalla procedura di affidamento;

-- in particolare, il potere di sanzionare l'inosservanza degli obblighi dichiarativi e di produzione documentale normativamente sanciti

dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 è connaturale all'imposizione stessa di tali obblighi, la cui cogenza e significatività verrebbe del tutto meno, qualora si trattasse di *lex imperfecta*, priva di ogni sanzione al riguardo; con la conseguenza che la concreta precettività dell'art. 38 cit. verrebbe ridotta al solo profilo della rilevanza delle situazioni sostanziali ostative ivi previste, la cui indagine verrebbe preclusa o gravemente compromessa dalla indisponibilità immediata delle certificazioni e dichiarazioni la cui produzione pure la legge prescrive, non a caso, a carico del concorrente (cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. II, n. 1897/2004);

-- la predicata eterointegrazione non implica, peraltro, una lesione dell'affidamento, sia perché non può dirsi diligente il concorrente che ritiene la *lex specialis* costituire l'unica disciplina di gara sia perché la presunta tutela dell'affidamento comporterebbe la disapplicazione del principio dell'efficacia vincolante della norma di legge, anche se ignota all'interessato (cfr., *ex multis*, Cons. giust. amm. sic., sez. giur., n. 477/2006; TAR Veneto, Venezia, sez. I, n. 1038/2004; TAR Lazio, Roma, sez. II bis, n. 5477/2008; sez. III ter, n. 11006/2008);

Ritenuto, in conclusione, che:

- stante la ravvisata infondatezza delle censure proposte in via incidentale (motivi 1-5) e la ravvisata fondatezza delle censure proposte in via principale (motivi 1, 3 e 4), così come dianzi scrutinate, ed assorbite quelle ulteriori esperite sempre in via

principale (motivi 2, 5, 6, 7, 8 e 9), nonché il motivo di gravame incidentale (6) correlato ad una di queste ultime (2), il ricorso in epigrafe deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti con esso impugnati;

- le spese di lite devono seguire la soccombenza;
- dette spese vanno liquidate in complessivi € 3.000,00 in favore della parte ricorrente e vanno suddivise in € 1.500,00 a carico dell'amministrazione resistente e in € 1.500,00 a carico della parte controinteressata;

P.Q.M.

definitivamente pronunciando:

- accoglie che il ricorso principale, proposto dalla Megastrutture s.r.l., e, per l'effetto, annulla gli atti con esso impugnati;
- respinge il ricorso incidentale, proposto dalla L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l.;
- condanna il Comune di Pietravairano e la L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. al pagamento, in favore della Megastrutture s.r.l., delle spese, dei diritti e degli onorari di lite, che si liquidano in complessivi € 3.000,00, da ripartirsi, rispettivamente, nella misura di € 1.500,00 a carico del Comune di Pietravairano e di € 1.500,00 a carico della L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 marzo

2011 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pagano, Presidente FF

Renata Emma Ianigro, Consigliere

Olindo Di Popolo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2011

IL SEGRETARIO

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