



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10597 del 2010, proposto da:  
Campanelli Costruzioni s.p.a., in proprio e quale mandataria del  
R.T.I. con Italcostruzioni s.r.l., e Project Scarl Società Professionale,  
in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore,  
rappresentati e difesi dagli avv. Lorenzo Grisostomi Travaglino e  
Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio eletto presso lo studio  
del primo, in Roma, via Antonio Bosio, n. 2;

***contro***

Comune di Lendinara, in persona del Sindaco pro tempore,  
rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Domenichelli e Luigi  
Manzi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma,  
via Federico Confalonieri, n. 5;

***nei confronti di***

Opra Costruzioni s.r.l. in proprio e quale mandataria della Costruzioni Orizzonte s.r.l., anche appellante incidentale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Cinti, con domicilio eletto presso Legalcomm s.n.c., in Roma, viale delle Milizie, n. 52;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Veneto – Venezia, Sezione I, n. 02900/2010, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto dalla Campanelli Costruzioni s.p.a. per l'annullamento della determinazione del Responsabile del Servizio Area Tecnica - Servizio 5 del Comune di Lendinara n. 248/2009 del 13.11.2009 (con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva, previa approvazione dei verbali di gara, a favore del R.T.I. OPRA Costruzioni s.r.l. dell'appalto avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di restauro, ristrutturazione e adeguamento funzionale degli spazi interni di Palazzo Boldrin Conti Malignati), nonché di ogni atto connesso, in particolare della ammissione con riserva della aggiudicataria, della aggiudicazione provvisoria della gara, della aggiudicazione definitiva e del contratto, se stipulato. Con la sentenza è stato anche dichiarato improcedibile il proposto ricorso incidentale.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lendinara e della Opra Costruzioni s.r.l.;

Visto l'appello incidentale proposto dalla Opra Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Mario Verino, su delega dell'avv. Lorenzo Grisostomi Travaglini, nonché gli avv.ti Guido Zago, in dichiarata sostituzione dell'avv. Vittorio Domenichelli, e Andrea Reggio d'Acì, su delega dell'avv. Luigi Manzi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### FATTO

La società Campanelli Costruzioni s.p.a., in R.T.I. con Italcostruzioni s.r.l. e Project Scarl Società Professionale, ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Lendinara per l'affidamento dell'appalto della progettazione esecutiva e dei lavori di restauro, ristrutturazione e adeguamento funzionale degli spazi interni del palazzo Boldrin Conti Malignati; essendosi collocata all'esito della procedura di gara al secondo posto della graduatoria, ha proposto ricorso giurisdizionale, avverso i provvedimenti di aggiudicazione dell'appalto al R.T.I. Opra Costruzioni S.r.l. e Costruzioni Orizzonte S.r.l., presso il T.A.R. Veneto, che ha respinto il gravame con la sentenza in epigrafe indicata, dichiarando altresì improcedibile il proposto ricorso incidentale.

Con il ricorso in appello in epigrafe indicato detta società Campanelli Costruzioni ha chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

1.- In ordine al superamento dei limiti massimi di documentazione componente l'offerta.

Violazione della l. n. 1034/1971 e del d. lgs. n. 104/2010, dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 79 e segg. del d. lgs. n. 163/2006, dell'art. 71, comma 2, del d. P.R. n. 554/1999 e della "lex specialis". eccesso di potere per violazione del procedimento, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento, violazione del principio della "par condicio" e di trasparenza. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e segg. del c.c. e dei principi in materia di interpretazione degli atti di gara. Travisamento.

Erroneamente il T.A.R. ha ritenuto che la accertata violazione da parte della Opra Costruzione s.r.l. delle prescrizioni e dei limiti inerenti la presentazione delle offerte non avesse comportato un elemento rilevante ai fini della esclusione di essa società dalla procedura di gara.

La sentenza impugnata, pur dando atto che la offerta di detta A.T.I. eccedeva le indicazioni previste a pena di esclusione dalla legge di gara ha erroneamente ritenuto che l'effettiva consistenza numerica delle cartelle presentate non potesse assumere rilevanza tale da comportare l'esclusione dalla gara della A.T.I. citata.

2.- In ordine alla carenza dei requisiti di onorabilità in capo alla Opra

Costruzioni s.r.l.:

Violazione della l. n. 1034/1971 e del d. lgs. n. 104/2010, dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 38 e segg. del d. lgs. n. 163/2006, degli artt. 1 e segg. del d. lgs. n. 231/2001, degli artt. 2043 e segg. del c.c., degli artt. 2 e 3 della l. n. 241/1990 e dell'art. 2476 del c.c.. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, violazione del principio del giusto procedimento. Violazione della par condicio e travisamento.

Il T.A.R. ha ritenuto, contrariamente a quanto affermato dalla parte ricorrente, che non fosse ravvisabile mancata adozione di idonee misure di dissociazione da parte delle imprese dai propri ex direttori tecnici, in quanto la società Opra Costruzioni s.r.l. aveva effettuato il licenziamento e l'avvio della azione civile per il risarcimento del danno nei confronti dell'ex direttore tecnico (i reati commessi dal quale erano stati dichiarati estinti), conclusasi con una transazione, e la società Civil Engineering aveva esperito anche l'azione di responsabilità, pure conclusasi con una transazione, essendo questa consentita dall'art. 2742 del c.c..

Ma l'atteggiamento dell'A.T.I. controinteressata è stato meramente formalistico e non improntato ad addivenire ad una sostanziale dissociazione, in particolare con riguardo a quanto posto in essere da Opra Costruzioni s.r.l., che, non avendo depositato in giudizio copia della citazione e della transazione (peraltro antecedente all'inizio del giudizio civile), non avrebbe dato comunque prova di effettiva

dissociazione (essendo impossibile stabilire se detta iniziativa fosse finalizzata a porre in essere atti di dissociazione o a conseguire il risarcimento del lucro cessante per mancata aggiudicazione di un appalto). Quanto agli atti di dissociazione posti in essere dalla Civil Engineering s.r.l. essi non sarebbero indice di dissociazione piena ed effettiva, non solo perché non sono stati depositati gli atti ed i documenti relativi ma anche perché è ivi previsto che il debito dell'ex amministratore si sarebbe estinto in due anni.

3.- In ordine alla violazione delle norme in materia di ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 3, 37, 49, 50, 53 e 90 del d. lgs. n. 163/2006, degli artt. 2 e 3 della l. n. 241/1990 e della "lex specialis". Violazione del principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e violazione del principio del giusto procedimento, sviamento, violazione del principio della "par condicio" e travisamento.

Il T.A.R. ha respinto il motivo di gravame con il quale è stato dedotto che la Opra Costruzioni s.r.l. aveva fatto ricorso all'avvalimento ricorrendo all'ausilio di una costituenda A.T.I. fra lo Studio Siteco di Ingegneria ed Architettura e la società Civil Engineering, mentre l'art. 49 del d. lgs. n. 163/2006 fa riferimento ad "altro soggetto" e ad "impresa ausiliaria", quindi non ad una pluralità di soggetti riuniti contemporaneamente. Ciò sia perché con riguardo

alla attività di progettazione non si è configurata la ipotesi normativa disciplinata da detto art. 49 e sia perché il disciplinare di gara prevedeva la possibilità di associare come progettista anche un raggruppamento temporaneo di cui all'art. 90, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006.

Ma lo Studio Siteco di Ingegneria ed Architettura e la società Civil Engineering avevano sottoscritto i moduli predisposti per l'accesso all'avvalimento ed il relativo contratto, con richiamo degli artt. 49 e 50 del d. lgs. n. 163/2006 e nell'ambito degli appalti integrati le modalità di coinvolgimento del progettista sono solo la indicazione o la associazione in A.T.I., con illegittimità del disposto avvalimento.

4.- In ordine alla incompleta sottoscrizione delle offerte:

Violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 3 e 49 del d. lgs. 163/2006, della "lex specialis", degli artt. 2 e 3 della l. n. 241/1990. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e violazione del principio del giusto procedimento, sviamento e violazione del principio della par condicio.

La censura di incompleta sottoscrizione della offerta tecnica della controinteressata, perché priva di quella della impresa ausiliaria ex art. 49 (impresa Baruffaldini), è stata ritenuta infondata dal T.A.R. nell'assunto che sono tenuti a sottoscrivere l'offerta tecnica unicamente i soggetti che si rapporteranno con l'Amministrazione in caso di aggiudicazione; la tesi è indivisibile perché è vero che il disciplinare prevedeva l'obbligo della sottoscrizione della offerta da

parte dell'offerente e del progettista, ma nel caso di specie l'AT.I. principale non era in possesso del certificato SOA OS2/II fornito dalla impresa Baruffaldini e quindi anche quest'ultima era tenuta a sottoscrivere l'offerta tecnica., avendo l'Opra Costruzioni s.r.l. sottoscritto una offerta tecnica pur non essendo titolata ad eseguire gli interventi ivi dedotti.

Con atto depositato il 19.1.2011 si è costituita in giudizio la impresa Opra Costruzioni s.r.l., che ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Con appello incidentale notificato il 15.1.2011 e depositato il 19.1/3.2.2011, la Opra Costruzioni s.r.l. ha impugnato la sentenza di cui trattasi, che ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto in primo grado, al fine di ottenere l'annullamento dei verbali della Commissione di gara dell'11.8.2009, nella parte in cui ha ammesso alla gara le imprese appellanti, e dell'8.10.2009, nonché della aggiudicazione definitiva, nella parte in cui ha gradato al secondo posto la offerta delle imprese ricorrenti.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Violazione della "lex specialis" di gara. Eccesso di potere per mancanza di istruttoria. Violazione della "par condicio". Errata e falsa applicazione dell'art. 201, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006.

Le imprese Campanelli Costruzioni s.p.a. e Italcostruzioni s.r.l. sono prive del possesso delle tre qualificazioni corrispondenti alle categorie di cui al d.P.R. n. 34/2000 e in particolare del requisito



OS2/II.

2.- Violazione della “lex specialis” di gara. Violazione dell’art. 13 del d. lgs. n. 163/2006.

La dichiarazione delle imprese raggruppate relativamente alle opere da realizzarsi non comprende l’intero ammontare dei lavori, ma è riferita ad una sola parte degli stessi.

Poiché le imprese devono eseguire l’intero compendio delle opere secondo le percentuali indicate, ex art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006, illegittimamente la compagine delle imprese appellanti è stata ammessa alla gara, pur non potendo eseguire il 91, 54% delle opere previste.

3.- Eccesso di potere per istruttoria carente e per errata e falsa applicazione dell’art. 38 del d. lgs. n. 163/2006. Violazione della “par condicio”. Eccesso di potere per mancanza assoluta di motivazione del provvedimento di ammissione. Violazione dell’art. 3 della l. n. 241/1991. Eccesso di potere per falsa rappresentazione dei presupposti in fatto.

La commissione di gara e la stazione appaltante hanno obliterato in sede di verifica e di aggiudicazione definitiva la dichiarata esistenza di cause ostative.

In presenza di condanne la stazione appaltante aveva l’obbligo di indicare le ragioni che inducono a ritenere che la fattispecie penale dichiarata dall’impresa candidata offerente (condanna del sig. Abramo Monti direttore tecnico della Italcostruzioni s.r.l.) fosse da

considerarsi o meno fra quelle rilevanti ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006.

4.- Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Violazione e falsa interpretazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006.

Il legale rappresentante della Project s.c.a.r.l. non poteva limitarsi a dichiarare che nei suoi confronti non erano state pronunciate condanne, ma avrebbe dovuto effettuare tale dichiarazione anche in vece del geom. Andrea Antonioli, dell'ing. Lauro Stivano e dell'arch. Adriano Bassani.

Con memoria depositata il 26.1.2011 il Comune di Lendinara ha eccepito la irricevibilità dell'appello principale per tardività della notificazione, intervenuta in data 21.12.2010, oltre il termine di tre mesi dal deposito della sentenza previsto dal combinato disposto degli artt. 92 e 119, comma 2, del c.p.a.. Ha anche eccepito la inammissibilità dell'appello per mancanza del requisito di specificità dei motivi di impugnazione (essendo state riproposte le medesime censure svolte in primo grado) e la infondatezza dell'appello incidentale, concludendo per la reiezione dell'appello principale e di quello incidentale.

Con memoria depositata il 28.12.2011 la Campanelli Costruzioni s.p.a. ha ribadito la fondatezza del ricorso principale ed ha dedotto la infondatezza dell'appello incidentale.

Con memoria depositata il 13.1.2012 il Comune di Lendinara ha

dedotto la infondatezza dell'appello principale, concludendo per la sua reiezione e per la declaratoria di improcedibilità dell'appello incidentale.

Alla pubblica udienza del 24.1.2012 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

### DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata da Campanelli Costruzioni s.p.a., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Italconstruzioni s.r.l. e Project Scarl Società Professionale, di annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe specificata, con la quale è stato respinto il ricorso da esse proposto contro l'aggiudicazione al R.T.I. Opra Costruzioni S.r.l. e Costruzioni Orizzonte S.r.l. dell'appalto della progettazione esecutiva e dei lavori di restauro, ristrutturazione e adeguamento funzionale degli spazi interni del palazzo Boldrin Conti Malignati. Il R.T.I. Opra Costruzioni S.r.l. e Costruzioni Orizzonte S.r.l. ha a sua volta proposto appello incidentale contro detta sentenza, per ottenere l'annullamento dei verbali della Commissione di gara dell'11.8.2009, nella parte in cui ha ammesso alla gara le imprese appellanti, e dell'8.10.2009, nonché della aggiudicazione definitiva, nella parte in cui ha gradato al secondo posto la offerta delle imprese ricorrenti.

2.- Innanzi tutto il Collegio deve verificare la fondatezza della eccezione, formulata dal Comune resistente, di irricevibilità, ai sensi

dell'art. 35, comma 1, lettera a), del c.p.a., dell'appello principale per tardività della notificazione, intervenuta in data 21.12.2010, oltre il termine di tre mesi dal deposito (in data 9.7.2010) della sentenza previsto dal combinato disposto degli artt. 92 e 119, comma 2, del c.p.a..

Secondo tale rito, l'appello è soggetto a termini dimezzati rispetto a quelli ordinari, vale a dire trenta giorni dalla notificazione della sentenza ovvero, in difetto di notificazione, tre mesi dalla pubblicazione della sentenza.

Tale regime è innovativo rispetto al previgente art. 23 bis della l. n. 1034/1971, che prevedeva invece un termine per l'appello lungo di 120 giorni dalla pubblicazione della sentenza, e si applica ai giudizi promossi, in primo grado, secondo il rito pregresso, se detto termine non sia già in corso alla data di entrata in vigore del c.p.a. (16 settembre 2010), e dunque anche ai giudizi promossi, in primo grado, secondo il rito previgente, se la sentenza di primo grado sia pubblicata a partire dal 16 settembre 2010, ex art. 2, disp. trans. Del c.p.a. (Consiglio di Stato sez. VI, 4 luglio 2011, n. 3999).

In proposito occorre considerare che nel caso che occupa il dies a quo per il computo del termine si è collocato in un momento (9.7.2010) in cui il c.p.a. non era ancora vigente, sicché, alla data del 16 settembre 2010 (in cui è entrato in vigore), tale termine era ancora da considerarsi in corso secondo le norme previgenti, in forza della ultrattività disposta dall'art. 2 dell'allegato 3 del Codice stesso.

Poiché la sentenza impugnata non è stata notificata, la ricevibilità dell'appello in esame deve quindi essere valutata alla stregua del disposto dell'art. 23 bis della l. n. 1034/1971, che stabilisce il termine di 120 giorni dal deposito per l'impugnazione di sentenze non notificate.

Pertanto, l'appello in esame, notificato nel rispetto del termine di 120 giorni dal deposito della sentenza stabilito, è ricevibile e la eccezione in esame deve essere respinta.

3.- In secondo luogo deve essere valutata la fondatezza della ulteriore eccezione di inammissibilità dell'appello principale formulata dal Comune di Lendinara nell'assunto che sarebbe carente il requisito di specificità dei motivi di impugnazione per state meramente riproposte le medesime censure svolte in primo grado, senza che siano state confutate direttamente le argomentazioni logiche espresse dalla sentenza.

Osserva la Sezione che il principio di specificità dei motivi di gravame impone all'appellante di individuare con chiarezza le statuizioni investite dal gravame e le censure in concreto mosse alla motivazione della sentenza impugnata, sicché deve ritenersi inammissibile l'appello se, per l'individuazione dei motivi, l'appellante si richiami genericamente alle deduzioni, eccezioni e conclusioni delle difese articolate in primo grado (Consiglio Stato, sez. VI, 29 marzo 2011, n. 1897); il gravame è invece da ritenere ammissibile se dallo stesso sia possibile desumere quali siano le argomentazioni fatte

valere da chi ha proposto l'impugnazione in contrapposizione a quelle evincibili dalla sentenza impugnata.

Nel caso che occupa l'appello proposto contiene, oltre al richiamo alle censure svolte in primo grado, specifiche contestazioni delle argomentazioni contenute nella sentenza appellata (pagg. 12, 19-20, 25, 30-32 e 34), con la conseguenza che la eccezione in esame non può essere oggetto di assenso.

4.- In terzo luogo la Sezione deve esaminare il primo motivo dell'appello principale, con il quale è stato dedotto che erroneamente il T.A.R. ha ritenuto che la accertata violazione da parte della Opra Costruzione s.r.l. delle prescrizioni e dei limiti inerenti la presentazione delle offerte non avesse concretizzato un elemento rilevante ai fini della esclusione di essa società dalla procedura di gara.

Secondo detto motivo la *lex specialis* prevedeva puntualmente specifici limiti inerenti le modalità di formulazione e di presentazione delle offerte a pena di esclusione, che avrebbero dovuto essere rigidamente rispettati mediante precisa ed incondizionata esecuzione della previsione, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e sulla congruità della sanzione prevista dalla legge di gara, pena la violazione della *par condicio* nei confronti dei partecipanti alla gara.

Nel caso che occupa la A.T.I. Opra Costruzioni s.r.l. aveva

presentato una offerta composta da nove pagine in più rispetto a quanto previsto dal disciplinare, di cui cinque pagine contenevano tabelle, elaborati, planimetrie e schede grafiche (la maggior parte delle quali non rispettava le dimensioni di “editing” previste dal disciplinare), che erano inclusi nella numerazione delle pagine nelle quali consisteva la offerta e recavano le firme ed i timbri di impresa dei suoi componenti.

La sentenza impugnata, pur dando atto che la offerta di detta A.T.I. eccedeva dette indicazioni previste a pena di esclusione dalla legge di gara ha escluso che l’effettiva consistenza numerica delle cartelle presentate potesse assumere rilevanza tale da comportare l’esclusione dalla gara della A.T.I. citata, dovendo, nell’osservanza del principio del “favor participationis”, essere interpretata la clausola della legge di gara in senso non rigoroso e formale, tenuto conto delle sproporzionate conseguenze derivanti da una interpretazione formalistica e che la “ratio” della prescrizione di cui trattasi era quella di contenere l’entità degli elaborati.

Dette motivazioni sarebbero non condivisibili sia perché la normativa di gara prevedeva che il numero massimo di cartelle stabilito non doveva essere superato a pena di esclusione, senza stabilire alcuna tolleranza, sia perché la presentazione di schemi e tabelle non si pone al di fuori della offerta ma ne integra lo scritto (ampliandone il contenuto espositivo rispetto a quanto ha potuto esplicitare nella sua offerta l’A.T.I. appellante, che si è mantenuta nei

limiti imposti), con conseguente ingiusto vantaggio competitivo a favore dell'A.T.I. Opra costruzioni s.r.l., violazione della "par condicio" e della normativa di gara.

Sarebbero stati così violati anche i principi in materia di interpretazione degli atti di gara, il cui tenore letterale era inequivoco, essendo stata interpretata la prescrizione di cui trattasi sulla scorta del grado della violazione posta in essere dal concorrente.

4.1.- Osserva la Sezione che l'omissione di una dichiarazione prevista dalla legge di gara non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di "falso innocuo", come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative. Nel caso di specie la normativa di gara prevedeva che la presentazione della offerta dovesse essere contenuta in un numero di cartelle prefissato, a pena di esclusione, sicché ogni violazione, anche minima, del limite prefissato non poteva che comportare l'esclusione, non prevedendo la legge di gara alcuna tolleranza.

Non può condividersi la tesi dell'A.T.I Opra Costruzioni s.r.l. che l'offerta tecnica da essa presentata constava di 65 cartelle, a fronte dell'ammontare massimo indicato nel disciplinare di gara di 75 cartelle, e che in nessuna parte tale limite è stabilito che andasse applicato alle singole tipologie di elaborati, con infondatezza del motivo di appello per il principio della tassatività delle cause di esclusione e considerato che, in presenza di più interpretazioni



possibili era applicabile il principio del “favor participationis”.

Invero, se effettivamente le cartelle complessive che componevano l'offerta erano 65, in tre punti le cartelle eccedevano il formato indicato nel disciplinare (la relazione di cui al punto 2.1., di sette righe e la relazione di cui al punto 7.1 di cinque righe e le sei cartelle previste, con inserimento delle tavole grafiche, ammontavano a dodici).

Se, come è indubitabile, la ratio della disposizione era quella di rendere equivalenti le offerte, non può che ritenersi che comunque tali eccedenze ricadessero nel divieto imposto dalla “lex specialis” a pena di esclusione, essendo ovviamente interpretabile il divieto di superare i limiti imposti nel senso che esso, oltre che riguardare il numero massimo di cartelle da presentare, dovesse essere riferito anche ad ogni atto componente la relazione, essendo altrimenti facilmente aggirabile il divieto di superare il numero complessivo di cartelle redigendone solo alcune in modo irregolare.

La tutela della “par condicio” dei concorrenti non poteva quindi che essere tutelata con una rigorosa applicazione della disposizione di cui trattasi, in quanto la violazione del limite imposto, a prescindere dalla entità della stessa, aveva comportato per la concorrente che la aveva posta in essere un vantaggio, sia pure minimo, rispetto alle altre concorrenti che avevano scrupolosamente rispettato la disposizione

4.2.- La fondatezza del motivo impone l'accoglimento sul punto dell'appello.

5.- L'accoglimento del gravame, comportando l'annullamento della aggiudicazione al R.T.I. Opra Costruzioni s.r.l.e Costruzioni Orizzonte s.r.l., perché la loro offerta doveva essere esclusa, impone la preliminare disamina dell'appello incidentale da esse proposto, volto a contestare l'ammissione alla gara del R.T.I. appellante principale, ricorrente in primo grado, e a contestare la sua legittimazione attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara.

Infatti l'esame del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara deve, di norma, precedere quello del ricorso principale, a meno che il ricorso principale risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile (Consiglio Stato, a. plen., 7 aprile 2011, n. 4).

Quindi in questa sede deve comunque verificarsi, prima di accogliere il ricorso, se fosse fondato il ricorso incidentale di primo grado (dichiarato improcedibile con la sentenza impugnata di reiezione del ricorso principale) riproposto in appello.

6.- Con il primo dei motivi di appello incidentale è stata lamentata violazione della "lex specialis" di gara. Eccesso di potere per mancanza di istruttoria. Violazione della "par condicio". Errata e falsa applicazione dell'art. 201, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006.

Le imprese Campanelli Costruzioni s.p.a. e Italcostruzioni s.r.l.

sarebbero prive del possesso delle tre qualificazioni corrispondenti alle categorie di cui al d.P.R. n. 34/2000 e in particolare del requisito OS2/II.

Infatti la Campanelli Costruzioni s.p.a., ha presentato attestato di qualificazione SOA OG2class.IV e la Italcostruzioni s.r.l. ha presentato attestato SOA OG2class.II e OG11class.II e non la qualificazione nella categoria d.P.R. 34/2000 OS2 classifica I, relativa alla lavorazione delle superfici decorate e beni mobili di interesse storico artistico, requisito indicato dal bando di gara al punto 5.3 quale necessario per la partecipazione alla gara (importo 150.717,88, 8,468%, scorporabile).

6.1.- Le censure non sono, ad avviso della Sezione condivisibili, atteso che le opere previste, superiori all'importo di € 150.000,00 erano, in base all'art. 72, comma 4, del d.P.R. n. 554/1999, scorporabili, come peraltro espressamente consentito dal citato punto 5.3 del bando di gara, e potevano essere subappaltate ex art. 37, comma 11, del d. lgs. N. 163/2006, essendo di importo inferiore al 15% del totale dei lavori.

Del resto l'intento di subappaltare era stato espressamente manifestato da detta A.T.I., con riguardo alle superfici decorate e beni mobili per un importo del 100%, nella percentuale del 8,46%, categoria OS2I.

Era quindi sufficiente il possesso degli attestati SOA relativi alla categoria prevalente OG2.

7.- Con il secondo motivo di appello incidentale è stato dedotto che illegittimamente la dichiarazione delle imprese raggruppate relativamente alle opere da realizzarsi non comprendeva l'intero ammontare dei lavori, ma era riferita ad una sola parte degli stessi.

Poiché le imprese devono eseguire l'intero compendio delle opere secondo le percentuali indicate, ex art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006, illegittimamente la compagine delle imprese appellanti è stata ammessa alla gara, perché non potevano eseguire solo il 91,54% delle opere previste.

7.1.- Anche tale censura non può essere condivisa dal Collegio, perché, avendo la A.T.I. aggiudicataria espressamente indicato l'intento di appaltare detta percentuale dell'8,46 dei lavori, correttamente ha indicato che avrebbe eseguito solo il 91,54% delle opere previste dal bando.

8.- Con il terzo motivo di appello incidentale è stato dedotto eccesso di potere per istruttoria carente e per errata e falsa applicazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006. Violazione della "par condicio". Eccesso di potere per mancanza assoluta di motivazione del provvedimento di ammissione. Violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1991. Eccesso di potere per falsa rappresentazione dei presupposti in fatto.

La commissione di gara e la stazione appaltante in sede di verifica avrebbero obliterato in sede di verifica e di aggiudicazione definitiva la dichiarata esistenza di cause ostative.

In presenza di condanne la stazione appaltante ha l'obbligo di indicare le ragioni che inducono a ritenere che la fattispecie penale dichiarata dall'impresa candidata offerente (nel caso di specie: sentenza definitiva di condanna del sig. Abramo Monti direttore tecnico della Italconstruzioni s.r.l. per violazione delle norme sulla prevenzione infortuni art. 8, 23, comma 1, 29, comma 1, 32, comma 3, 35, comma 3, del d. P.R. n. 164/1956, 62 bis c.p.) sia da considerarsi o meno fra quelle che rilevano ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006.

8.1.- Osserva la Sezione che i reati per i quali l'art. 38, lettera c), del d. lgs. n. 163/2006 commina la esclusione dalle procedure di gara sono quelli oggettivamente gravi e lesivi della moralità professionale, che secondo condivisa giurisprudenza (Consiglio Stato, Sezione V, 19 giugno 2009, n. 4082), sono quelli commessi contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, il patrimonio e quelli relativi ad episodi che per natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con l'Amministrazione appaltante perché inerenti alle obbligazioni di cui al contratto.

Il reato commesso dal suddetto sig. Monti non presenta ad avviso del Collegio detti caratteri di gravità, stante la minima pena irrogata, ed incidenza sulla pubblica moralità, non essendo compreso in dette fattispecie.

Neppure la condanna de qua può ascriversi alla fattispecie di cui alla lettera g) di detto art. 38, atteso che l'allegato A al decreto 24.10.2007

sul DURC, all'art. 9, comma 1, indica le irregolarità ostative al rilascio di detto documento, ed è ivi indicata come grave solo la violazione di cui all'art. 77, comma 1, lettere a) e b), e non quelle ascritte al suddetto sig. Monti.

Le circostanze sopra indicate escludono pure che la stazione appaltante dovesse motivare espressamente e puntualmente al riguardo, dovendo ritenersi che la decisione di non considerare la circostanza di cui trattasi tale da comportare la esclusione della offerta fosse atto dovuto, in assenza della sussistenza dei presupposti di cui alle lettere e) e g) dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006.

Anche il motivo in esame non può quindi essere oggetto di assenso.

9.- Con il quarto motivo di appello incidentale è stata dedotta violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Violazione e falsa interpretazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006.

Il Legale rappresentante della Project s.c.a.r.l. non avrebbe dovuto limitarsi a dichiarare che nei suoi confronti non erano state pronunciate condanne, ma avrebbe dovuto effettuare tale dichiarazione anche in vece del geom. Andrea Antonioli, dell'ing. Lauro Stivano e dell'arch. Adriano Bassani.

9.1.- Rileva in proposito la Sezione che, da copia della dichiarazione sostitutiva resa ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000 dall'artch. Paolo Turra per la Project s.c.a.r.l., risulta che lo stesso ha dichiarato che “non ricorre, nei confronti del concorrente e delle

persone fisiche sopra indicate, alcuna delle cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di lavori pubblici di cui all'art. 38 del D.Lgs. 12 Aprile 2006, n 163 e ss.mm. ed ii.”, in particolare poi elencandole. Inoltre nella istanza di partecipazione, con riferimento a quanto previsto dall'art. 38, comma 1, lettera b) del d. lgs. n. 163/2006, il suddetto architetto ha dichiarato che nei propri confronti e nei confronti dei soggetti indicati nel “presente” punto non erano state pronunciate condanne.

E' del tutto evidente, non essendo indicata prima di detta dichiarazione ex artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000 alcuna persona fisica all'infuori del dichiarante, che la dichiarazione fosse riferita alle persone fisiche non sopra, ma di seguito indicate, tra le quali figurano i nominativi indicati nell'appello incidentale. Si verteva quindi in materia di errore materiale facilmente riconoscibile, che non poteva costituire una vera e propria omissione censurabile ed idonea a viziare detta dichiarazione.

Anche tale motivo non può quindi essere oggetto di assenso.

10.- In conclusione l'appello principale deve essere accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio, viziati dalla mancata esclusione della offerta della aggiudicataria, ed assorbimento degli ulteriori motivi posti a base dell'appello.

L'appello incidentale deve essere respinto.

11.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il

collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, co. 1, c.p.a e 92, co. 2, c.p.c., le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R. e per l'effetto annulla i provvedimenti con esso impugnati. Respinge l'appello incidentale.

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**



DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/05/2012

IL SEGRETARIO

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