



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 4811 del 2011, proposto da:  
A.P.S. Servizi Immobiliare S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv.  
Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Placidi  
in Roma, via Cosseria, 2;

***contro***

Consorzio Stabile Restauri del Sud S.C.R.L.;

***nei confronti di***

Comune di Portici, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Manzo,  
con domicilio eletto presso l'avv. Giancarlo Citterio in Roma, via  
Castel del Rio, 32;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII  
n. 02775/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE  
DEFINITIVA DELLA GARA PER LA REALIZZAZIONE DI

## UNA PIAZZA ATTREZZATA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Portici;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2012 il Consigliere di Stato Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Lentini e Reggio D'Acì, per delega dell'avv. Manzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1.- Il Comune di Portici con bando di gara del 23 giugno 2010 indicava procedura aperta per l'affidamento dei lavori di “realizzazione di una Piazza attrezzata antistante il Circolo Nautico” da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. a) del d. lgv. n. 163 del 2006.

Il disciplinare di gara, con riferimento alla busta economica, prevedeva, per quanto qui di interesse, che *“pena l'esclusione, dovranno essere presentate unitamente all'offerta, ed inserite nel medesimo plico, le giustificazioni con eventuali e relativi documenti a corredo (fatture, preventivi, ecc.). Tutti i documenti a corredo dovranno essere inseriti in un elenco puntuale e numerato, sottoscritto in calce dal legale rappresentante dell'impresa partecipante”*.

All'esito della gara, l'offerta di A.P.S. risultava prima graduata e veniva dichiarata aggiudicataria con determina dirigenziale n. 1291 del 16

novembre 2010.

2.- Il Consorzio Stabile Restauri del Sud, seconda graduata, con ricorso al TAR Campania impugnava l'aggiudicazione in favore di A.P.S., deducendo l'illegittima partecipazione alla gara di A.P.S. a causa della mancata allegazione all'offerta dell'elenco dei documenti richiesto dalla *lex* di gara.

A.P.S. proponeva ricorso incidentale, deducendo l'anomalia dell'offerta del Consorzio Restauri che pertanto andava escluso dalla gara.

3.- Il TAR Campania con sentenza resa in forma semplificata nella camera di consiglio del 23 febbraio 2011, respingeva il ricorso incidentale e accoglieva il ricorso principale sull'assorbente rilievo che A.P.S. non aveva presentato un elenco puntuale e numerato della documentazione depositata nella busta "C" dell'offerta economica.

4.- A.P.S. ha proposto appello avverso la suddetta sentenza di cui chiede la riforma perché erronea avendo attribuito valenza ad un adempimento formale privo di valenza sostanziale e tra l'altro accessorio alle giustificazioni preventive originariamente previste dall'art. 87 del d. lgv. n. 163 del 2006 e non più richieste.

Si è costituito in giudizio il Comune di Portici, sostenendo le ragioni dell'appellante e chiedendo la riforma della sentenza del TAR.

Le parti hanno depositato memorie difensive e alla pubblica udienza del 13 marzo 2012, il giudizio è stato assunto in decisione.

5.- L'appello è fondato e deve essere accolto.

Il TAR ha accolto il ricorso del Consorzio Stabile Restauri del Sud,

ritenendo che l'adempimento previsto dal disciplinare di gara (allegazione alle giustificazioni preventive dell'elenco dei documenti numerato e sottoscritto) fosse presidiata da clausola espressa di esclusione e, pertanto, *“a fronte di una simile omissione, addebitabile alla sola impresa concorrente, doveva in defettibilmente disporsi la sanzione espulsiva, in quanto prevista da una puntuale clausola concorsuale”*.

Il percorso motivazionale del TAR non può essere condiviso.

Invero, in base all'art. 13 del disciplinare di gara, l'adempimento a pena di esclusione riguardava solamente la presentazione delle giustificazioni (*“Pena l'esclusione, dovranno essere presentate unitamente all'offerta, ed inserite nel medesimo plico, le giustificazioni con eventuali e relativi documenti a corredo...Tutti i documenti a corredo dovranno essere inseriti in un elenco puntuale e numerato...”*).

E' evidente che la disposizione relativa all'elenco numerato non è supportata dalla sanzione di esclusione, in quanto riguarda unicamente le modalità di compilazione per ragioni collaborative della documentazione allegata.

Non solo l'interpretazione letterale della suddetta clausola preclude la sanzione espulsiva per la mancanza dell'elenco, ma anche l'interpretazione logico sistematica consente di pervenire alla stessa conclusione, essendo impossibile individuare in siffatta disposizione una meritevolezza di tutela sul piano giuridico dell'interesse della stazione appaltante.

Si tratta, infatti, di una semplice indicazione di modalità compilativa che non può integrare valido motivo per limitare l'accesso alla

procedura di gara.

Risulta, pertanto, errata l'interpretazione data dal TAR alla clausola del bando, sì da estenderla ad adempimenti formali sulle modalità di formazione del fascicolo dei documenti allegati.

Tale conclusione è avvalorata dalla disposizione dell'art. 46, comma 1 bis, del d. lgv. n. 163 del 2006, di recente introduzione, che restringe le ipotesi di esclusione previste dal bando di gara, sanzionandole con la nullità, ove non siano coerenti con quelle indicate nella prima parte della norma relative al mancato adempimento delle prescrizioni previste dal codice o dal regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti, o che violino il principio di segretezza delle offerte.

In conclusione, solo la carenza di uno dei requisiti generali e speciali previsti dal codice dei contratti pubblici è causa di esclusione, risultando nulla qualsiasi eventuale ulteriore prescrizione meramente compilativa prevista nel bando di gara.

Peraltro, come rilevato anche dal TAR, le stesse giustificazioni preventive, alle quali si riferiva la sanzione dell'esclusione, originariamente previste dall'art. 87 del d. lgv. n. 163 del 2006, non devono più essere più richieste in sede di presentazione delle offerte, occorrendo, in ogni caso, un segmento procedimentale successivo per la valutazione di congruità.

Ne consegue che tanto meno può essere sanzionata con l'esclusione dalla gara l'omissione di adempimenti formali correlati alle giustificazioni preventive.

In conclusione l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, deve

essere riformata la sentenza appellata.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza, nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso del Consorzio Stabile Restauri del Sud.

Condanna il Consorzio Stabile Restauri del Sud al pagamento delle spese di giudizio, nella misura di euro 2.000,00 oltre accessori di legge in favore A.P.S. Servizi Immobiliare S.r.l. e di euro 2.000,00 oltre accessori di legge in favore del Comune di Portici.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2012

IL SEGRETARIO

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