



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4677 del 2011, proposto da:
MEGASTRUTTURE S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Cantile e Mario Caliendo, con domicilio eletto presso Armando Profili in Roma, V. Palumbo, n. 26;

contro

SOCIETA' NEJ DONADIO S.R.L., MP COSTRUZIONI S.R.L., GIANFRANCESCO COSTRUZIONI S.R.L., ognuna in persona del proprio legale rappresentante in carica, non costituite in giudizio;
COMUNE DI GALLO MATESE, in persona del sindaco in carica, non costituito in giudizio;
L.F. PALUMBO COSTRUZIONI S.R.L. in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con Impresa della Corte Antonio, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi M. D'Angiolella, con domicilio eletto presso Ennio Luponio in Roma, via Michele Mercati, n. 51;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, Sez. VIII, n. 2181 del 18 aprile 2011, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO LAVORI DI AMPLIAMENTO DELLA RETE GAS METANO - RIS. DANNI;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società L.F. Palumbo Costruzioni S.r.l. in proprio e nella qualità in epigrafe;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Profili, per delega dell'Avvocato Cantile, e D'Angiolella;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Gallo Matese con atto prot. n. 966 del 15 aprile 2010 indiceva una procedura aperta per l'affidamento dei "Lavori di ampliamento della rete gas metano da Gallo, località Ponte, alla Frazione Vallelunga", per un importo di €. 781.222,73, inferiore alla soglia comunitaria, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della gara, cui partecipavano dodici concorrenti, la commissione, escluse per carenze documentali la R.G. Costruzioni s.r.l. e la ditta Di Muccio Antonio ed esaminate tutte le altre offerte pervenute, dichiarava aggiudicataria provvisoria l'A.T.I. composta dalla L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. e dall'impresa Della Corte Antonio (d'ora in avanti, A.T.I. Palumbo o l'aggiudicataria); con successiva determina n. 75 del 28 agosto 2010 il responsabile del servizio tecnico approvava i verbali di gara e disponeva l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della A.T.I. Palumbo.

2. La società Nej Donadio s.r.l., quinta classificata con punti 58,19, con rituale ricorso notificato il 15 ottobre 2010 (NRG. 5717/2010) chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per la Campania l'annullamento della predetta aggiudicazione definitiva e degli atti presupposti preordinati e consequenziali, deducendone l'illegittimità alla stregua di quattro articolati motivi di gravame (rubricati rispettivamente "Violazione e/o falsa applicazione di legge, della legge di gara con particolare riguardo all'art. V.4 in combinato disposto con l'art. X del bando di gara. Violazione e/o falsa applicazione di legge, con particolare riguardo all'art. 95 comma 2 del DPR 554/99 – Eccesso di potere sotto il profilo della violazione del principio di segretezza delle offerte"; "Violazione bando di gara con particolare riferimento agli articoli X e IX comma 3 – violazione e/o falsa applicazione dei principi ordinamentali che presiedono allo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica, avuto riguardo al principio della segretezza dell'offerta economica, nonché ai principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione"; "Violazione del bando di gara – art. XI.3 lett. B. e C. – violazione norma Uni 9165 – inammissibilità/irricevibilità offerta – illegittimità per eccesso di potere sotto i concorrenti profili dell'illogicità, incongruità, irragionevolezza e disparità di trattamento. Difetto di istruttoria" e "Violazione art. VIII.2.1. sub pesi 2a) e 2c) del bando di gara – illegittimità per eccesso di potere sotto concorrenti profili dell'illogicità, incongruità, irragionevolezza e disparità di trattamento nonché del difetto di istruttoria e della contraddittorietà – ingiustizia manifesta"): sosteneva in particolare con i primi tre motivi che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara (in quanto: a) la partecipazione delle imprese L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. e Antonio Della Corte era paritaria (50%), laddove la capogruppo mandataria avrebbe dovuto possedere i requisiti in forma maggioritaria); b) nella busta (n. 2), che, secondo la *lex specialis*, doveva contenere l'offerta tecnica, l'A.T.I. aggiudicataria aveva inammissibilmente anticipato il contenuto dell'offerta tempo, che doveva essere invece inserita nella busta 3, violando il principio della segretezza delle offerte ed alterando anche le operazioni di valutazione delle offerte; c) l'offerta tecnica migliorativa stravolgeva la natura e la finalità del progetto posto a base di gara, sia quanto al materiale di cui erano costituite le tubature per la fornitura del gas metano, sia quanto alla posa delle tubazioni, per le quali non era stato previsto l'insostituibile letto di sabbia) e rilevando, in via subordinata, che non solo l'offerta tecnica dell'aggiudicataria non avrebbe dovuto conseguire alcun punteggio per il sub – peso "materiale" (per il quale le erano stati ingiustamente assegnati 10 punti), per quanto era stato erroneamente attribuito un punteggio (7,92) per la voce "ampliamento della tubatura" in ragione della asserita estensione della rete di 1.085 metri, laddove tale estensione era effettivamente di soli 285 metri, cui corrispondeva proporzionalmente il minor punteggio di punti 5,84, con decurtazione di 12,08 punti; inoltre, sempre secondo l'appellante, 10 punti andavano sottratti anche all'offerta della società Megastrutture s.r.l., seconda classificata, la cui offerta aveva ugualmente previsto la posa delle tubature senza letto di sabbia.

Con il quarto motivo poi, la ricorrente, precisato che per effetto della corretta attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche dell'A.T.I. aggiudicataria e della Megastrutture s.r.l., si sarebbe collocata al terzo posto della graduatoria finale, lamentava la mancata assegnazione alla sua offerta tecnica dei punteggi relativi alle voci "ampliamento della lunghezza della rete prevista in progetto" (sull'erroneo presupposto che l'offerta presentata non contenesse alcun ampliamento, laddove esso prevedeva un ampliamento di 1105 metri lineari, cui corrispondevano 8,07 punti)

e “semaforizzazione del cantiere” (cui corrispondevano punti 5,00), il che gli avrebbe consentito di ottenere il primo posto della graduatoria definitiva.

La ricorrente, che aveva formulato anche domanda di risarcimento del danno, con motivi aggiunti notificati il 7 dicembre 2010 impugnava anche il contratto di appalto nelle more stipulato, chiedendone l’inefficacia alla stregua degli stessi motivi già spiegati con ricorso principale e proponendo domanda di subentro ai sensi dell’art. 124 c.p.a.

2.1. Resisteva al ricorso il Comune di Gallo Matese, deducendo l’inammissibilità e l’infondatezza.

2.2. La società L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell’A.T.I. aggiudicataria, oltre a resistere all’avverso ricorso, spiegava ricorso incidentale affidato a quattro motivi di censura (“I. Violazione e falsa applicazione del bando di gara – Eccesso di potere per assoluto difetto di istruttoria e di motivazione”; “II. Violazione e falsa applicazione della Sezione VI del bando di gara – Violazione della normativa in materia di avvalimento – Eccesso di potere per difetto di istruttoria”; “II. Stessa censura sub I) sotto diverso profilo”; “III. Stessa censura sub I) sotto diverso profilo. Violazione e falsa applicazione della Sezione XI.2.2 lettera u) del bando di gara”; “IV. Violazione e falsa applicazione del bando di gara e del Capitolato Speciale d’Appalto – Eccesso di potere per difetto di istruttoria”), con cui sosteneva l’illegittimità dell’ammissione alla gara della ricorrente principale, Nej Donadio s.r.l., oltre che per incertezza circa il soggetto che aveva effettivamente partecipato alla gara, anche per l’incompletezza e non corrispondenza alle prescrizioni di gara della documentazione relativa all’avvalimento, alla polizza fideiussoria prodotta, alla regolarità contributiva, nonché per l’omessa presentazione della prescritta analisi dei prezzi.

2.3. Anche la società Megastrutture s.r.l., seconda classificata, oltre a resistere all’avversa domanda, deducendone l’inammissibilità e l’infondatezza con particolare riguardo al terzo ed al quarto motivo del ricorso principale, spiegava ricorso incidentale, deducendo innanzitutto l’illegittima ammissione alla gara dell’A.T.I. aggiudicataria (per “Violazione e falsa applicazione art. 38 DLGS. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione lex specialis – Violazione interesse pubblico- art. 97 Cost. – Par condicio – Eccesso di potere”; “Violazione falsa applicazione art. 37 DLGS. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione dell’art. 95 del DPR 554 del 1999 – Violazione e falsa applicazione lex specialis – Violazione interesse pubblico – Art. 97 Cost. – Par condicio – Eccesso di potere” e “Violazione e falsa applicazione del Codice degli Appalti – Violazione e falsa applicazione lex specialis – Violazione interesse pubblico – Art. 97 Cost. – Violazione del principio della segretezza delle offerte – Violazione del principio di par condicio – Eccesso di potere”) e denunciando poi con altri due motivi (entrambi rubricati “Violazione e falsa applicazione del Codice degli Appalti – Violazione e falsa applicazione lex specialis – Violazione interesse pubblico – Art. 97 Cost. – Violazione del principio della segretezza delle offerte – Violazione del principio di par condicio – Eccesso di potere”) l’omessa valutazione del proprio curriculum e l’immotivato riduttivo punteggio attribuito alla propria offerta migliorativa per il materiale usato, per le modalità di esecuzione, per l’organizzazione del cantiere e per la manutentività, rilevando che la corretta valutazione di tali elementi le avrebbe consentito di rendersi aggiudicataria dell’appalto.

2.4. Con altro autonomo ricorso, notificato il 25 novembre 2010, la predetta società Megastrutture s.r.l. impugnava altresì in via principale sostanzialmente gli stessi atti (verbali di gara n. 1 del 20 luglio 2010; n. 2 del 29 luglio 2010; n. 3 del 17 agosto 2010; n. 4 del 20 agosto 2010; n. 5 del 24 agosto 2010; n. 6 del 27 agosto 2010), nella parte in cui l’A.T.I. aggiudicataria non era stata esclusa dalla gara, articolando i medesimi motivi di censura (NRG. 6711/2010).

In questo giudizio si costituivano il Comune di Gallo Matese e la società L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell’A.T.I. aggiudicataria, quest’ultima spiegando anche ricorso incidentale.

3. L’adito tribunale, sez. VIII, con la sentenza n. 2181 del 18 aprile 2011, riuniti i predetti ricorsi, ha respinto quello

principale proposto dalla società Nej Donadio s.r.l. (NRG. 5717/2010), stante l'infondatezza dei motivi concernenti la asserita illegittimità del punteggio attribuito alla sua offerta, con conseguente improcedibilità del ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. aggiudicataria, ed ha altresì dichiarato inammissibile il ricorso incidentale proposto da Megastrutture in quanto le censure formulate avverso l'A.T.I. aggiudicataria avrebbero dovuto essere proposte in via principale; ha poi dichiarato inammissibile per tardività il ricorso principale (NRG. 6711/2010) proposto dalla società Megastrutture s.r.l., con conseguente improcedibilità del ricorso incidentale spiegato dalla L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l..

4. Avverso tale sentenza è insorta Megastrutture s.r.l. che ne ha chiesto la riforma alla stregua di sette articolati motivi, così rubricati "1. Error in iudicando – Error in procedendo – Difetto di motivazione – Omessa pronuncia sulla domanda risarcitoria – Violazione dell'art. 30 del DLGS 104 del 2010 - Violazione e falsa applicazione art. 38 DLGS. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione lex specialis – Violazione interesse pubblico – Art. 97 Cost. – Par condicio – Eccesso di potere"; "2. Error in iudicando – Error in procedendo – Difetto di motivazione – Violazione dell'art. 79 del Codice degli Appalti – Violazione e falsa applicazione art. 38 DLGS. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione lex specialis – Violazione interesse pubblico – Art. 97 Cost. – Par condicio – Eccesso di potere"; "3. Error in iudicando – Error in procedendo – Difetto di motivazione – Omessa pronuncia su un punto decisivo del ricorso – Violazione e falsa applicazione art. 38 DLGS. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione lex specialis – Violazione interesse pubblico – Art. 97 Cost. – Par condicio – Eccesso di potere"; "4) Error in iudicando – Error in procedendo – Violazione e falsa applicazione art. 37 DLGS. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 96 del DPR. 554 del 1999 – Violazione e falsa applicazione lex specialis – Violazione interesse pubblico – Art. 97 Cost. – Par condicio – Eccesso di potere"; "5. Error in iudicando – Error in procedendo – Difetto di motivazione – Violazione e falsa applicazione del Codice degli Appalti – Violazione e falsa applicazione lex specialis – Violazione interesse pubblico – Art. 97 Cost. – Violazione del principio della segretezza delle offerte – Violazione del principio di par condicio – Eccesso di potere"; "6. Violazione e falsa applicazione del Codice degli Appalti – Violazione e falsa applicazione lex specialis – Violazione interesse pubblico – Art. 97 Cost. – Violazione del principio della segretezza delle offerte – Violazione del principio di par condicio – Eccesso di potere" e "7. Error in iudicando – Error in procedendo – Difetto di motivazione – Violazione e falsa applicazione del Codice degli Appalti – Violazione e falsa applicazione lex specialis – Violazione interesse pubblico – Art. 97 Cost. – Violazione del principio della segretezza delle offerte – Violazione del principio di par condicio – Eccesso di potere".

Ad avviso dell'appellante, i primi giudici, per un verso, avevano omesso di pronunciarsi sulla domanda risarcitoria, la cui ammissibilità prescindeva dall'annullamento degli atti impugnati, macroscopicamente illegittimi (il che peraltro la rendeva manifestamente fondata) e, per altro verso, avevano erroneamente dichiarato tardivo il suo ricorso principale ed inammissibile quello incidentale; sono stati pertanto riproposti i motivi di censura sollevati in primo grado a supporto della predicata illegittimità degli atti impugnati ed è stata altresì formulata istanza di esecuzione in forma specifica e risarcimento dei danni.

Ha resistito al gravame L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. aggiudicataria, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza ed instando per il suo rigetto.

5. Le parti costituite hanno illustrato con apposite memorie le proprie tesi difensive.

All'udienza pubblica del 13 luglio 2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Esigenze logico - sistematiche, nonché coerenza e completezza espositiva inducono la Sezione ad esaminare innanzitutto le censure di cui al secondo ed al sesto motivo di gravame, con cui l'appellante ha denunciato la

erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale, trattandosi di questioni rilevanti anche ai fini della delibazione del primo motivo di gravame, riguardante la dedotta omessa pronuncia sulla domanda risarcitoria spiegata in primo grado.

7. Con il secondo motivo di appello, lamentando “Error in iudicando – Error in procedendo – Difetto di motivazione – Violazione dell’art. 79 del Codice degli Appalti – Violazione e falsa applicazione art. 38 DLGS. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione *lex specialis* – Violazione interesse pubblico – Art. 97 Cost. – Par condicio – Eccesso di potere”, la società Megastrutture s.r.l. ha contestato la correttezza della pronuncia di inammissibilità per tardività del proprio ricorso principale (NRG. 6117/2010), sostenendo che, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, non era stato provato che l’amministrazione appaltante avesse effettuato la rituale comunicazione prevista dall’art. 79 del D. Lgs. n. 163 del 2006, completa anche del provvedimento di aggiudicazione e della relativa motivazione, non potendo essere considerata tale la mera comunicazione della graduatoria definitiva della gara di appalto, di per sè inidonea ai fini della decorrenza dei termini di impugnazione. La doglianza è infondata.

Dalla documentazione versata in atti dall’appellata si evince che l’amministrazione appaltante con la nota prot. 1964 del 31 agosto 2010, trasmessa via fax [al numero 081/8924164] il 1° settembre 2010, non solo ha comunicato alla società Megastrutture s.r.l. l’avvenuta aggiudicazione dell’appalto in questione, ma ha altresì precisato che in pari data le sarebbero stati trasmessi all’indirizzo di posta elettronica (megastrutture@libero.it) anche i relativi provvedimenti (determinazione n. 75 del 28 agosto 2010 e verbale di aggiudicazione del 27 agosto 2010); è in atti anche la prova dell’avvenuto ricevimento sia del fax che della predetta documentazione inviata per via telematica. A fronte di tali elementi, in relazione ai quali l’appellante non ha svolto alcuna specifica contestazione, non può fondatamente dubitarsi che l’amministrazione appaltante abbia effettivamente ed esaustivamente assolto l’onere impostole dalla disposizione di cui all’art. 79 del D. Lgs. n. 163 del 2006 (disposizione cui è stato fatto esplicito richiamo nella comunicazione trasmessa via fax), così che sin dal 1° settembre 2010 la odierna appellante era a conoscenza non solo dell’esito della gara di appalto, ma anche (e soprattutto) delle ragioni che avevano determinato l’aggiudicazione definitiva della stessa in favore dell’A.T.I. tra L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. e l’impresa Della Corte Antonio, a nulla rilevando pertanto la diversa data (2 novembre 2020) di asserita conoscenza di tali atti a seguito di accesso (accesso che, a tutto voler concedere, avrebbe potuto giustificare soltanto la tempestività di eventuali motivi aggiunti).

A ciò consegue la correttezza della pronuncia di inammissibilità per tardività del ricorso principale (NRG. 6711/2010), notificato solo il 26 novembre 2010, in violazione del termine previsto dal quinto comma dell’art. 120 c.p.a. (rubricato “Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all’art. 119, comma 1, lettera A”), secondo cui “Per l’impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all’articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163...”, termine scadente, tenendo conto della sospensione dei termini feriali, il 16 ottobre 2010.

8. Deve essere poi esaminato il sesto motivo di appello con il quale, denunciando “Violazione e falsa applicazione del Codice degli Appalti – Violazione e falsa applicazione *lex specialis* – Violazione interesse pubblico – Art. 97 Cost. – Violazione del principio della segretezza delle offerte – Violazione del principio di par condicio – Eccesso di potere”, l’appellante ha lamentato l’erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale (spiegato nel ricorso principale proposto in primo grado dalla società Nej Donadio s.r.l., NRG. 5717/2010).

Invero i primi giudici avevano fondato tale declaratoria sulla circostanza che le censure spiegate con il ricorso incidentale dovessero essere formulate in via principale in quanto rivolte nei confronti della posizione

dell'aggiudicataria, senza tener conto, per un verso, che essi stessi avevano appurato che la ricorrente principale (Nej Donadio s.r.l.) non avrebbe potuto sopravanzarla nella graduatoria definitiva della gara d'appalto (così riconoscendo, quanto meno implicitamente, fondate almeno in parte le censure del proprio ricorso incidentale) e che, per altro verso, la unicità della controversia imponeva l'unicità anche del giudizio, giustificando così anche la proposizione del ricorso incidentale (cui peraltro non poteva riconoscere una funzione esclusivamente neutralizzante del ricorso principale, tanto più che con esso erano state sollevate anche censure che concernevano la legittimità dell'intera procedura di gara e non solo la posizione dell'aggiudicataria).

Anche tale motivo di gravame è infondato.

L'art. 42, comma 1, c.p.a. dispone testualmente che "le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale. Il ricorso si propone nel termine di sessanta giorni dalla ricevuta notificazione del ricorso principale".

Come correttamente rilevato dai primi giudici, l'interesse in capo alla società Megastrutture s.r.l. a impugnare l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore dell'A.T.I. Palombo (ovvero gli atti della procedura di gara per l'illegittima ammissione alla gara di quell'A.T.I.) non è stato determinato dall'impugnazione principale proposta dalla società Nej Donadio s.r.l., ma era del tutto autonomo ed indipendente da quest'ultima, essendosi concretizzato fin dal momento della ricordata rituale comunicazione dell'aggiudicazione (e contestuale invio dei relativi atti).

E' infatti evidente che Megastrutture s.r.l., proprio in quanto seconda classificata, vantava un interesse diretto ed immediato, oltre che qualificato all'eliminazione dell'aggiudicazione in favore dell'A.T.I., interesse più rilevante di quello della società Nej Donadio s.r.l., quinta classificata: di qui la inconfutabile necessità dell'impugnazione in via principale di quegli atti, tanto più che il ricorso incidentale, per un verso, non può essere utilizzato come strumento processuale per un'inammissibile riammissione in termine allorquando siano già inutilmente decorsi i termini di decadenza per l'impugnazione principale e, per altro verso, ha notoriamente la funzione di neutralizzare la domanda principale e salvaguardare la posizione del ricorrente principale (funzione che, per quanto sopra evidenziato, non è neppure configurabile nel caso in esame).

E' appena il caso di rilevare poi che la notifica del ricorso principale della società Nej Donadio s.r.l. è avvenuta, come risulta dalla documentazione in atti, in data 20 ottobre 2010, quand'era già scaduto per la Megastrutture s.r.l. il termine per proporre ricorso principale (si rinvia al riguardo a quanto osservato al par. 7): il che pertanto, indipendentemente dalla data di notifica del ricorso incidentale, non consente neppure di poter convertire quest'ultimo in ricorso principale (questione che in ogni caso non è stata neppure prospettata dall'appellante).

9. La delineata correttezza della pronuncia impugnata quanto alla declaratoria di irricevibilità del ricorso principale e di inammissibilità di quello incidentale proposto in primo grado dalla appellante, rendendo definitivamente intangibili gli atti impugnati, esimerebbe la Sezione dall'esame dei motivi di censura concernenti la loro asserita illegittimità.

Tuttavia la loro delibazione si impone ai fini del giudizio di ammissibilità (e di eventuale fondatezza) della domanda risarcitoria proposta già in primo grado dall'attuale appellante, domanda in relazione alla quale, con il primo motivo di gravame, è stata denunciata l'omessa pronuncia, sul presupposto che il previo annullamento dell'atto illegittimo non costituisce più condizione indispensabile per l'ammissibilità della richiesta di risarcimento danno, la mancata proposizione della domanda di annullamento ovvero la sua tardività, come nel caso di specie, incidendo invero sulla fondatezza della domanda e sulla quantificazione del danno subito in ragione della valutazione dell'effettivo e concreto comportamento tenuto del danneggiato.

10. Prima di procedere all'esame della legittimità degli atti impugnati la Sezione deve precisare che, conformemente ai consolidati principi giurisprudenziali secondo cui è onere delle parti la espressa e specifica

riproposizione in sede di appello delle censure che non siano state esaminate in prime cure, anche per assorbimento, saranno esaminate solo le censure puntualmente riproposte con i motivi di appello, non essendo sufficiente ai fini della loro riproposizione il mero generico o indeterminato richiamo ai motivi svolti in primo grado, spettando solo alle parti di definire, nel rispetto del principio della disponibilità del processo, l'effettivo ambito del giudizio di appello.

Ciò chiarito, possono essere esaminati congiuntamente il terzo, il quarto ed il quinto motivo di gravame, con cui l'appellante, riproponendo espressamente le censure sollevate nel corso del giudizio di primo grado, ha dedotto l'illegittima ammissione alla gara dell'A.T.I. aggiudicataria sotto tre peculiari profili.

10.1. Con il terzo motivo, rubricato "Error in iudicando - Error in procedendo - Difetto di motivazione – Omessa pronuncia su un punto decisivo del ricorso - Violazione e falsa applicazione art. 38 DLGS. 163 del 2006 - Violazione e falsa applicazione lex specialis - Violazione interesse pubblico - Art. 97 Cost. - Par condicio – Eccesso di potere", è stato sostenuto che l'A.T.I. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto il direttore tecnico dell'impresa Della Corte non aveva reso la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m – ter del D. Lgs. n. 163 del 2006, violando tra l'altro anche la puntuale prescrizione di cui alla Sezione XI.2.2. del bando di gara.

La censura non è fondata.

Il rubricato comma 1, lett. m – ter), dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono stipulare i relativi contratti i soggetti di cui al precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime di reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto – legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha ommesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione sul sito dell'Osservatorio".

Nell'ipotesi di impresa individuale, qual è quella di cui si controverte, la causa escludente di cui alla lett. b) riguarda alternativamente il titolare dell'impresa o il direttore tecnico: nel caso di specie la dichiarazione concernente l'inesistenza di detta causa è stata pacificamente effettuata dal legale rappresentante dell'impresa e ciò esclude che essa dovesse essere resa anche dal direttore tecnico.

D'altra parte non è invero decisivo, ad avviso della Sezione, a supportare la tesi dell'appellante la circostanza che il bando di gara, al punto XI.2.2., richiedesse la dichiarazione sostitutiva anche del direttore tecnico: dall'esame della lex specialis non è dato evincere alcun elemento da cui desumere che l'amministrazione appaltante abbia inteso prevedere per tale requisito un regime più rigoroso di quello previsto dalla legge, così che la non univoca (rispetto alla previsione legislativa) predetta disposizione del bando deve essere considerata piuttosto il frutto di una imprecisa formulazione del testo del bando ed in ogni caso non poteva comportare l'automatica esclusione dalla gara; ciò senza contare che non è stato neppure adombrato che in capo al direttore tecnico dell'impresa Della Corte sussistesse la predetta causa di esclusione.

10.2. Ugualmente non meritevole di favorevole considerazione è il quarto motivo di gravame, con cui è stato lamentato "Error in iudicando - Error in procedendo – Violazione e falsa applicazione art. 37 del DLGS 163 del

2006 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del DPR 554 del 1999 - Violazione e falsa applicazione lex specialis - Violazione interesse pubblico - Art. 97 Cost. - Par condicio – Eccesso di potere”), sostenendosi che l'A.T.I. aggiudicataria non avrebbe posseduto i requisiti in misura maggioritaria, giacché le quote di partecipazione alla predetta A.T.I. da parte della L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. e della Impresa Della Corte erano paritarie (50%).

Sul punto, fermo restando l'indiscusso principio, più volte ribadito, secondo cui i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento (tra le più recenti, C.d.S., sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6538; 8 novembre 2011, n. 5892), dovendo sussistere, come requisito di ammissione alla gara, una perfetta coincidenza tra quota dei lavori (o, nel caso di forniture o servizi, parti del servizio o della fornitura) eseguita dal singolo operatore economico e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento (C.d.S., sez. III, 11 maggio 2011, n. 2805), la Sezione ritiene di non doversi discostare da quanto statuito da C.d.S., sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6363, ove è stato affermato che “Il disposto dell'art. 95 comma 2 d.P.R. n. 554 del 1999, secondo cui l'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria, deve essere riferito non all'entità del requisito minimo complessivo prescritto per la specifica gara di cui trattasi in relazione all'importo dei lavori da commettere, bensì alle quote effettive di partecipazione all'associazione, sicché può definirsi maggioritaria l'impresa che, avendo un'qualifica adeguata, assuma concretamente una quota superiore o comunque non inferiore a quella di ciascuna delle altre imprese mandanti, a prescindere dai valori assoluti di classifica di ognuna delle altre; ciò perché, in caso diverso, si creerebbe un vincolo restrittivo al mercato, in contrasto con il principio della libertà di determinazione delle imprese in sede associativa, in quanto sarebbero privilegiate comunque le imprese di grande dimensione”.

In mancanza, quindi, di ulteriori e diversi elementi, non può sostenersi che nel caso di specie la partecipazione paritaria (50%) all'A.T.I. aggiudicataria delle imprese che la costituiscono, implichi ex se la mancanza del possesso in capo alla capogruppo mandataria dei requisiti di partecipazione maggioritaria previsti dalla legge.

10.3. E' privo di fondamento giuridico anche il quinto motivo di gravame, a mezzo del quale, deducendo “Error in iudicando - Error in procedendo – Violazione e falsa applicazione del Codice degli Appalti - Violazione e falsa applicazione lex specialis - Violazione interesse pubblico - Art. 97 Cost. – Violazione del principio della segretezza delle offerte – Violazione del principio di par condicio – Eccesso di potere”, l'appellante ha denunciato che, in violazione delle puntuali prescrizioni del bando di gara circa i documenti da inserire nelle buste (quattro) in cui era complessivamente articolata l'offerta da presentare, l'A.T.I. aggiudicataria avrebbe inserito il curriculum (elemento di valutazione dell'offerta tecnica) nella busta 1 (concernente la documentazione amministrativa), piuttosto che nella prevista busta 2 (relativa all'offerta tecnica), dando così luogo ad una macroscopica ed illegittima commistione tra documenti amministrativi ed elementi dell'offerta tecnica, di per sé idonea ad introdurre elementi perturbatori della corretta valutazione da parte della commissione di gara; ciò poi, sempre secondo la prospettazione dell'appellante, sarebbe stato tanto più rilevante in ragione del metodo di aggiudicazione della gara in questione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che notoriamente attribuisce un ampio margine di discrezionalità tecnica alla stazione appaltante proprio circa la valutazione dell'offerta tecnica.

Al riguardo occorre innanzitutto osservare che, come peraltro puntualmente eccepito dall'appellata, la circostanza del dedotto inserimento del curriculum nella busta n. 1, invece che nella prescritta busta n. 2, è smentita in punto di fatto dalla lettura del verbale delle operazioni della commissione di gara n. 2 del 29 luglio 2010, ove risulta, senza alcuna contestazione, che proprio nella busta n. 2 dell'offerta presentata dall'aggiudicataria era stato inserito il curriculum di cui si discute, dandosi peraltro atto che gli elaborati indicati nell'elenco (tra cui il curriculum) erano effettivamente tutti presenti nella busta.

Sotto altro concorrente profilo, anche l'eventuale, ma non provato, errore nell'inserimento di atti e/o documenti in

una busta diversa da quella indicata nella lex specialis di gara potrebbe costituire, piuttosto che un'illegitimità tale da viziare irrimediabilmente il procedimento concorsuale, una mera irregolarità, atteso che l'eventuale conoscenza del curriculum, non avrebbe potuto giammai condizionare la valutazione complessiva delle offerte da parte della commissione di gara, essendo pacifico che le buste contenenti l'offerta economica erano ancora chiuse e sigillate; la giurisprudenza richiamata dall'appellante a sostegno della propria tesi concerne invero proprio la diversa ipotesi in cui sia anche solo astrattamente possibile la conoscenza delle offerte economiche prima della conclusione della valutazione delle offerte tecniche (ciò violando macroscopicamente i principi di segretezza delle offerte, di trasparenza e di par condicio, nel caso di specie neppure astrattamente esposti a pericolo).

E' appena il caso poi di rilevare che dalla lettura del verbale delle operazioni della commissione n. 1 del 20 luglio 2010, in cui la commissione ha proceduto all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa delle imprese partecipanti alla procedura di gara, non si evince alcuna annotazione relativa al presunto inserimento da parte dell'A.T.I. aggiudicataria nella busta del suo curriculum.

In definitiva non vi è alcun elemento, neppure a livello semplicemente indiziario, a conforto del vizio denunciato, né i ricordati verbali di gara sono stati oggetto di contestazione di falso.

11. Con il settimo motivo di gravame, rubricato "Violazione e falsa applicazione del Codice degli Appalti - Violazione e falsa applicazione lex specialis - Violazione interesse pubblico - Art. 97 Cost. - Violazione del principio della segretezza delle offerte - Violazione del principio di par condicio - Eccesso di potere", l'appellante ha riproposto anche gli ulteriori motivi dell'appello incidentale (dichiarato a suo avviso erroneamente inammissibile, sul punto si rinvia alle osservazioni di cui al paragrafo 9), sostenendo, in particolare, che non le era stato attribuito alcun punteggio per il curriculum (in relazione al quale avrebbe meritato il massimo, punti 5), mentre per il criterio di valutazione dell'offerta tecnica, punto 2.a sub 1 – proposte migliorative per il materiale usato – la commissione le aveva riconosciuti solo 7,50 punti a fronte del punteggio massimo, 10,00 punti, inspiegabilmente attribuiti alle offerte dell'aggiudicataria e delle ditte 2C, Di Muccio, Nej ed Edlizia 2000 (tanto più che il materiale offerto dalla concorrente Nej era assolutamente identico al suo).

Sennonché anche tali censure non meritano favorevole considerazione, dovendo ricordarsi che, per quanto già accennato in precedenza, non possono formare oggetto di esame le censure svolte in primo grado, non espressamente riproposte.

Quanto all'omessa considerazione del curriculum, deve rilevarsi che, come emerge dalla documentazione versata in atti, la commissione di gara per nessuna delle ditte partecipanti ha proceduto alla valutazione di tale elemento: il vizio dedotto è pertanto di per sé inidoneo ad inficiare l'operato della commissione di gara, tanto più che non solo non vi è alcun elemento da cui desumere che il punteggio per tale elemento di valutazione sarebbe spettato solo all'appellante, per quanto la sua concreta determinazione rientrava nell'esclusivo potere discrezionale della commissione di gara, valutazione che non può essere supplita o sostituita da quella del giudice.

Quanto alla censura relativa dedotta alla sopravvalutazione dell'offerta tecnica dell'A.T.I. aggiudicataria e di quella delle altre imprese concorrenti, in particolare rispetto al punto 2.a sub 1 (proposte migliorative per il materiale usato), essa si sostanzia in un presunto difetto di motivazione per l'asserita impossibilità di comprendere le ragioni che hanno determinato i punteggi assegnati: sennonché sul punto non può che ribadirsi, per un verso, il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui nelle gare pubbliche da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non è necessaria una motivazione diffusa e puntuale allorquando la presenza di precostituiti ed analitici criteri di valutazione dei progetti consente di ricostruire le valutazioni poste in esse dalla commissione di gara e, per altro verso, che le valutazioni di quest'ultima costituiscono espressione di ampia discrezionalità tecnica, sostanzialmente insindacabile, salvi macroscopici errori di fatto o la manifesta

irrazionalità ed irragionevolezza delle determinazioni.

Nel caso di specie, la mancata contestazione dei sub - criteri di attribuzione dei punteggi e la mancata prospettazione di eventuali errori di fatto ovvero della manifesta irrazionalità ed irragionevolezza circa l'attribuzione dei punteggi all'indicato criterio di valutazione dell'offerta economica, rendono infondata ed apodittica la censura sollevata, evidentemente imperniata su di un inammissibile mero dissenso dall'operato della commissione di gara.

12. Alla stregua delle osservazioni svolte nei precedenti paragrafi 10 e 11 deve escludersi che gli atti impugnati in primo grado dalla odierna appellante (con il ricorso principale NRG. 6711/20101 e con quello incidentale nel ricorso NRG- 5717/2010) siano illegittimi, il che rende inammissibile, ancor prima che infondata, la spiegata domanda risarcitoria, tanto più che nessun altro eventuale profilo di presunta responsabilità dell'operato dell'amministrazione (diverso da quello degli esaminati presunti vizi di legittimità esaminati) è stato prospettato; a ciò conseguenza l'infondatezza del primo motivo di gravame, con il quale, come già rilevato in precedenza, l'appellante ha lamentato l'omessa pronuncia dei primi giudici sulla predetta domanda risarcitoria.

13. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Megastrutture s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sez. VIII, n. 2181 del 18 aprile 2011, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore della parte costituita delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 5.000,00 (cinquemila).

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

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

Stefano Baccarini, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/09/2012

IL SEGRETARIO

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

