



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**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 8694 del 2009, proposto da Calabria Pasquale s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria della costituenda associazione temporanea di imprese (ATI) con CAL.COS. s.r.l. e la ditta Logarzo Elia, rappresentate e difese dagli avv.ti Ulisse Corea, Giuseppe Nicola Solimando, Francesco Saverio Marini, e con domicilio eletto presso Francesco Saverio Marini in Roma, via dei Monti Parioli 48;

***contro***

Tagliente Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Raffaele De Bonis e Giuseppe Buscicchio, e con domicilio eletto presso Maria Federica Della Valle in Roma, via S. Ilaria 2;

***nei confronti di***

Provincia di Potenza, non costituita;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. BASILICATA, SEZIONE I - n. 00541/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO OPERE DI RIQUALIFICAZIONE STRADA ESISTENTE - I STRALCIO FUNZIONALE.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Tagliente Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del 26 ottobre 2012 il Cons. Giancarlo Luttazi;

Uditi per le parti gli avvocati U. Corea e Rocco De Bonisi su delega di Raffaele De Bonis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.1 - La Calabria Pasquale s.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con CAL.COS. s.r.l. e la ditta Logarzo (tutti in prosieguo indicati come ATI Calabria), impugnano la sentenza del TAR Basilicata n. 541/2009 con la quale: è stato respinto il ricorso incidentale proposto dall'odierna appellante ed è stato accolto il ricorso principale proposto dalla Tagliente Costruzioni s.r.l. (in prosieguo Tagliente) n. 55/2009, ed è stata per l'effetto

annullata l'aggiudicazione definitiva disposta in favore di ATI Calabria.

In particolare, per la parte che qui interessa, si legge nell'appellata sentenza:

*<<... il ricorso principale ..... va accolto in base al primo, assorbente motivo di gravame.*

*Il bando di gara, al punto 2, lett. l di pagina 5 chiedeva al concorrente di dichiarare, a pena di esclusione, “la non applicazione all’impresa della sospensione o della revoca o del ritiro dell’attestazione S.O.A. da parte dell’Autorità per avere prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico”; ciò in applicazione della disposizione di legge prevista dall’art. 38 comma 1 lett. m-bis) del codice dei contratti.*

*Senonchè, come risulta dagli atti di gara, la controinteressata, in luogo di quella prevista dal bando e dalla legge, ha dichiarato invece “che nei confronti dell’impresa è stata applicata la decadenza dell’attestazione S.O.A. da parte dell’Autorità e che, in data 14 maggio 2008 l’impresa è stata nuovamente attestata, così come previsto dalla determina n.163/23 del 2001, con attestato rilasciato dalla S.O.A. Mediterranea s.p.a.”.*

*Trattasi, all’evidenza, d’una dichiarazione del tutto diversa da quella richiesta e che comunque ben difficilmente può essere interpretata nel senso propugnato, nel controricorso, dal controinteressato. Infatti, con essa si dichiara, sostanzialmente, solo la diversa circostanza del possesso d’un attestato S.O.A. intervenuto all’indomani della decadenza -disposta dall’Autorità- d’una precedente analoga attestazione.*

*Una simile, inconferente dichiarazione non dava garanzia alcuna in ordine all’assenza della circostanza preclusiva della partecipazione alle pubbliche gare richiesta dalla legge e dal bando e, pertanto, avrebbe dovuto condurre all’esclusione dalla gara. >>.*

1.2 – I motivi d’appello sono otto. Il primo, il secondo ed il terzo ripropongono il ricorso incidentale in primo grado. Il quarto motivo contesta l’accoglimento del primo motivo del ricorso introduttivo di primo grado, che il Tar ha ritenuto fondato e assorbente di tutte le altre censure. I motivi quinto, sesto, settimo e ottavo contestano “*per mero scrupolo difensivo, le censure formulate dalla Tagliente Costruzioni con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado che non sono state considerate dalla sentenza qui impugnata per il preteso carattere assorbente del primo motivo di gravame*”.

Come di seguito specificato, i motivi d’appello primo, secondo, terzo e quarto sono da respingere, mentre – data l’appurata fondatezza dell’accoglimento del primo motivo del ricorso dinanzi al Tar e l’appurata fondatezza del relativo assorbimento delle ulteriori censure di primo grado - può omettersi l’esame dei motivi d’appello quinto, sesto, settimo e ottavo.

2.0 –Relativamente alle censure d'appello che vanno deliberate si rileva quanto segue.

2.1 – I rilievi che sostengono l’erroneità della sentenza appellata per non aver dichiarato tardivo il ricorso in primo grado vanno respinti per le ragioni qui di seguito specificate:

- la censura la quale – con riferimento all’aggiudicazione provvisoria, e a differenza di quanto ritenuto dal Tar Basilicata con l’impugnata sentenza - sostiene che non si può escludere che il provvedimento di aggiudicazione provvisoria sia dotato di autonoma rilevanza e idoneità lesiva, con conseguente onere di impugnazione nei termini di legge, va respinta alla luce della consolidata giurisprudenza sul tema (vedi, da ultimo, Ad. plen. 31 luglio 2012, n. 31);

- la censura la quale sostiene che il ricorso presentato dalla Tagliente (notificato in data 4 febbraio 2009) era tardivo anche con riferimento all’aggiudicazione definitiva (intervenuta con determinazione dirigenziale n. 4006 del 24 novembre 2008, pubblicata lo stesso giorno), poiché sarebbe di tutta evidenza e assolutamente verosimile che la Tagliente sin da quel 24 novembre 2008 era a conoscenza di tutti gli atti di gara, ivi compresi i verbali e la citata determinazione in pari data, avendo la Tagliente, con nota protocollata lo stesso giorno, presentato in ordine a detti

documenti formale istanza di accesso ex art. 22 della legge n. 241/1990, va respinta perché la formale istanza di accesso non prova la conoscenza dell'aggiudicazione; né in proposito appare ammissibile – dato il noto principio del rigoroso onere di prova in capo a chi eccepisce la tardività - la richiesta istruttoria, formulata dall'appellante “per mero scrupolo difensivo” di acquisizione dell'attestato di presa visione relativo a tale documentazione;

- la censura la quale sostiene che se la Tagliente ha notificato in data 3 febbraio 2009 un primo ricorso per nulla diverso da quello sfociato nell'appellata sentenza ciò dimostrerebbe che già in data 24 novembre 2008 (data della pubblicazione della citata determinazione dirigenziale e dell'accesso) la Tagliente era a conoscenza della determinazione di aggiudicazione definitiva va respinta, perché la circostanza allegata nulla prova sulla piena conoscenza in data 24 novembre 2008 della aggiudicazione definitiva;

- la censura la quale – relativamente al computo della decorrenza del termine di impugnazione dalla determinazione dirigenziale n. 103 del 16 gennaio 2009 (primo degli atti impugnati in primo grado) – rileva che con tale provvedimento il Dirigente provinciale non ha affatto disposto, come sostenuto dalla Tagliente, "l'aggiudicazione definitiva dell'appalto" ma si è limitato a dare atto dell'avverarsi della condizione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva già disposta con la citata determinazione dirigenziale n. 4006 del 24 novembre 2008, sicché l'effetto decadenziale e la conseguente inoppugnabilità dei provvedimenti di aggiudicazione, provvisoria e definitiva, non possono essere vanificati da atti meramente ricognitivi del verificarsi di condizioni di fatto, va respinta perché trattasi di rilievo sostanzialmente terminologico, che non muta il contesto della vicenda quanto alla prova della piena conoscenza dell'atto effettivamente lesivo (l'aggiudicazione definitiva); conoscenza che, per quanto sopra esposto, non risulta avvenuta in data tale da concretare la tardività del ricorso dinanzi al Tar.

2.2 - La successiva censura d'appello sostiene - richiamando in proposito la sentenza di questo Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 523 del 2007 - la illegittimità della impugnata sentenza nel punto in cui non rileva la violazione dell'art. 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Erroneamente il Tar avrebbe rigettato il primo motivo del ricorso incidentale, il quale eccepiva nel merito la violazione da parte della Tagliente degli artt. 2, 3 e 4 del bando di gara, nonché dell'art. 38 del decreto legislativo n. 163/2006, per non avere la Tagliente presentato la dichiarazione richiesta dal bando relativamente a Daniele Tagliente e Vincenzo Tagliente, entrambi titolari di una procura ampia ed estesa a tutta l'attività dell'impresa, così da concretare vera e propria procura institoria.

La censura - a prescindere da ogni altra considerazione e dall'esame delle altre controdeduzioni di controparte - va respinta perché dalla elencazione delle mansioni di Daniele Tagliente e Vincenzo Tagliente fornita dalla stessa appellante, nonché dalla documentazione da essa richiamata (allegati 7 e 8 all'atto di appello: procura speciale rilasciata in favore di Daniele Tagliente; visura camerale riportante l'esistenza di una procura speciale in favore di Vincenzo Tagliente) risultano funzioni di rappresentanza esterna ma non anche poteri decisionali e gestionali.

2.3 - Il terzo motivo d'appello lamenta la erroneità della sentenza del Tar nel punto in cui (disattendendo il secondo motivo del ricorso incidentale) non rileva la violazione della norma del bando di gara sub 2 - "Offerta" - (pag. 12 del bando di gara), in base alla quale "*nella busta devono essere contenuti a pena di esclusione dalla gara i presenti documenti ..... 2) la lista delle categorie di lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dei lavori messa a disposizione dalla stazione appaltante e da questa firmata e timbrata*".

In proposito il Giudice di prime cure avrebbe senza alcuna fondata ragione ritenuto che, pur ricorrendo il difetto di timbratura nella lista presentata dalla Tagliente (doc. 9), tale unica carenza non appariva da sola sufficiente a far escludere la provenienza delle liste dalla stazione appaltante, con le relative ripercussioni sull'ammissibilità dell'offerta.

La censura va respinta perché, anche in assenza del timbro (assenza che peraltro risulta anche nella lista lavorazioni dell'appellante), la lista risulta comunque sottoscritta dal responsabile del procedimento, e risulta effettivamente

messa a disposizione dalla stazione appaltante e compilata dalle ditte partecipanti alla gara. Sicché le considerazioni del primo giudice appaiono corrette, poiché l'assenza di timbratura appare ascrivibile a omissione della stazione appaltante, e non a *vulnus* – sanzionato con esclusione - della normativa speciale di gara da parte dell'appellata.

2.4 – Il quarto motivo d'appello contesta il primo, vittorioso motivo del ricorso Tagliente, accolto dal Tar con assorbimento delle restanti censure.

L'appellante sostiene l'erroneità della sentenza per aver ravvisato la violazione, da parte di ATI Calabria, dell'art. 38, comma 1, lettera m) *bis*, del d.lgs. n. 163/2006.

Non è affatto vero – sostiene l'appello - che ATI Calabria ha omesso di rendere la dichiarazione richiesta dal bando a pena di esclusione; né che essa si è limitata con intento elusivo ad attestare il possesso del certificato in parola.

ATI Calabria avrebbe invece reso una dichiarazione sostanzialmente equivalente, affermando: *“che nei confronti dell'impresa è stata applicata la decadenza dell'attestazione S.O.A. da parte dell'Autorità e che, in data 14 maggio 2008 l'impresa è stata nuovamente attestata, così come previsto dalla determina n.163/23 del 2001, con attestato rilasciato dalla S.O.A. Mediterranea s.p.a.”*.

Il motivo è infondato.

Il bando di gara, al punto 2, lett. l) del paragrafo “Documentazione per la partecipazione alla gara”, chiedeva al concorrente di dichiarare, a pena di esclusione, *“la non applicazione all'impresa della sospensione o della revoca o del ritiro dell'attestazione S.O.A. da parte dell'Autorità per avere prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico”*; ciò in applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-*bis*), del decreto legislativo n. 163/2006.

Invece l'attuale appellante, in luogo della dichiarazione prevista dal bando e dalla legge, ha dichiarato *“che nei confronti dell'impresa è stata applicata la decadenza dell'attestazione S.O.A. da parte dell'Autorità e che, in data 14 maggio 2008 l'impresa è stata nuovamente attestata, così come previsto dalla determina n.163/23 del 2001, con attestato rilasciato dalla S.O.A. Mediterranea s.p.a.”*.

Ne risulta la sostanziale correttezza della sentenza di primo grado laddove essa afferma che la testé riferita dichiarazione dell'ATI Calabria non dava garanzia alcuna in ordine all'assenza della circostanza preclusiva della partecipazione alle pubbliche gare richiesta dalla legge e dal bando e, pertanto, avrebbe dovuto condurre all'esclusione dalla gara.

Né appare condivisibile il rilievo di ATI Calabria secondo cui il principio di massima partecipazione alle procedure selettive impone la prevalenza della interpretazione meno favorevole a formalità inutili (C.d.S., Sez. V: 16 giugno 2009 n. 3902; 17 ottobre 2008 n. 50641), giacché la prescrizione in esame non appare formalità inutile, essendo finalizzata, in un'ottica di *par condicio* di tutti i partecipanti alla gara, a consentire un celere espletamento di quest'ultima, scoraggiando attestazioni dubbie e tali da innescare defatiganti controversie infraprocedimentali; e in materia di gara d'appalto, le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui l'Impresa è tenuta sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, il principio della *par condicio* dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione (v. C.d.S., Sez. V, 15 novembre 2010, n. 8044).

3. - Così appurata la fondatezza della pronuncia d'accoglimento del primo motivo del ricorso introduttivo, con assorbimento delle ulteriori censure di primo grado, può omettersi l'esame dei motivi d'appello ulteriori [5] *“Ancora in riferimento all'attestazione SOA e alla presunta violazione dell'art. 38 del Codice degli Appalti”*; 6) *“Sul secondo motivo del ricorso principale”*; 7) *“Sul terzo motivo del ricorso principale”*; 8) *“Sul quarto motivo*

*del ricorso principale*”], poiché essi, riferendosi a censure di controparte correttamente assorbite in primo grado, esulano dal *thema decidendum* di questo appello.

4. – Il gravame va dunque respinto.

Quanto alle spese:

- può confermarsi la compensazione, già disposta in primo grado, fra ATI Calabria e Tagliente;
- nulla va disposto quanto alla Provincia di Potenza, intimata ma non costituita in questo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese tra Tagliente Costruzioni s.r.l. e l'appellante.

Nulla per le spese quanto alla Provincia di Potenza.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 26 ottobre 2012.

Carmine Volpe, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Giancarlo Luttazi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/02/2013

IL SEGRETARIO

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