



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 5584 del 2010, proposto da:
Co Ver Sud Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele
Mastrantuono, con domicilio eletto presso Ilaria Cocco in Roma, via
dei Gandolfi, 6;

contro

Corem Costruzioni S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi
D'Angiolella, con domicilio eletto presso Ennio Luponio in Roma,
via Michele Mercati, 51;

nei confronti di

Provincia di Caserta, Pro. Cost S.r.l. in proprio e quale Capogruppo
Ati, Ati - Coepa S.r.l., Appalti di Bello S.r.l. in proprio e quale
Capogruppo Ati, Ati - Mottola Costruzioni S.r.l., Sifra Costruzioni
S.r.l. in proprio e quale Capogruppo Ati, Ati - Sapimed S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII
n. 00970/2010, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE
GARA PER LAVORI DI SISTEMAZIONE E
RIQUALIFICAZIONE VIARIA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Corem Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2011 il Cons.
Eugenio Mele e uditi per le parti gli avvocati Laudadio e Como, su
delega rispettivamente degli avv.ti Mastrantuono e D' Angiolella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'appello in esame è proposto dall'impresa indicata in epigrafe e
tende alla riforma della sentenza del Tribunale amministrativo
regionale della Campania, che ha accolto un ricorso della
controinteressata COREM Costruzioni s.r.l., in quanto l'appellante,
pur rispettando fedelmente la redazione degli allegati predisposti
dall'Amministrazione (e la cui mancata fedele applicazione sarebbe
stata sanzionata con l'esclusione) aveva omissis alcune dichiarazioni
previste dalla "lex specialis" e non incluse nel modello, mentre la
integrazione richiesta dall'Amministrazione precedente avrebbe

violato il principio della “par condicio”.

Questo il motivo dell'appello:

Errore e falsità dei presupposti, violazione e falsa applicazione del principio di eterointegrazione, violazione dell'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006, contraddittorietà con l'istanza cautelare, violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento, imparzialità e buona fede (art. 1337 cod. civ.) e della massima partecipazione, errata interpretazione del bando, irragionevolezza, violazione del principio fra chiesto e giudicato, inconferenza e violazione dell'art. 1367 del codice civile; non essendovi eterointegrazione per l'ambiguità delle norme di bando, in quanto il modello predisposto dall'Amministrazione e che occorreva rispettare alla lettera, a pena di esclusione, non conteneva due dichiarazioni, determinando una incolpevole incompletezza degli elaborati da parte dell'appellante, per cui la decisione dell'Amministrazione di consentire l'integrazione della dichiarazione andava nel verso di rispettare l'affidamento ingenerato e la massima concorrenza su un piede di parità, oltre al fatto che sostanzialmente le dichiarazioni mancanti erano comunque evincibili dagli altri elaborati presentati in sede di offerta.

L'impresa appellata si costituisce in giudizio e resiste all'appello, chiedendone la reiezione e rilevando come le mancate dichiarazioni comportassero l'esclusione dalla gara,

L'appellante presenta una successiva memoria illustrativa, con la quale insiste per l'accoglimento dell'appello.

La causa passa in decisione alla pubblica udienza del 22 febbraio 2011.

DIRITTO

L'appello è fondato.

Non può non rilevarsi, infatti, che l'Amministrazione procedente aveva predisposto dei modelli ben precisamente determinati, con l'utilizzazione soltanto dei quali le imprese partecipanti avrebbero dovuto formulare le loro dichiarazioni, con la comminatoria dell'esclusione dalla gara, qualora non fossero stati utilizzati pedissequamente i modelli medesimi.

E' ben noto il principio che vuole che la "lex specialis" predisposta dall'Amministrazione, in quanto regola che governa la gara, debba essere esattamente rispettata e, a maggior ragione, nel caso di specie, in cui l'Amministrazione aveva onerato i partecipanti alla gara di seguire fedelmente gli allegati all'uopo predisposti, pena l'esclusione dalla gara medesima.

Ora, però, come è evidente, dall'esame della modulistica allegata, questa era carente in ordine alla dichiarazione da rendere, ai sensi dell'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, relativamente ad alcune dichiarazioni prese in considerazione dall'articolo suddetto, e in particolare alla dichiarazione che non era intervenuta sospensione o decadenza dell'attestazione SOA per la resa di false dichiarazioni, per cui l'appellante, in presenza di un modello da seguirsi necessariamente, ma carente, ha voluto adeguarsi al modello

medesimo, per non patire in concreto la comminatoria dell'esclusione dalla gara.

E' conseguente affermare, dunque, che il complesso degli atti predisposto dall'Amministrazione ha ingenerato l'equivoco e ha determinato l'errore omissivo dell'appellante; pertanto, correttamente la stessa amministrazione, prendendo atto dell'equivocità delle proprie determinazioni, ha considerato l'omissione in parola frutto della non coerenza del bando ed ha conseguentemente ammesso la stessa ricorrente ad integrare successivamente la dichiarazione carente, cosa che è stata fatta e da cui è risultata la inesistenza della sanzione.

In presenza di questa situazione, in cui la stessa amministrazione aveva determinato l'errore dell'appellante, si appalesa corretta la successiva integrazione, la quale non può ritenersi violativa del principio della "par condicio" fra i concorrenti, in quanto si è, al contrario, proprio con l'integrazione successiva, posto rimedio ad uno sbilanciamento iniziale e si è ripristinata proprio quella "par condicio" che il soggetto appellato ritiene violata, con il risultato di avere quella pluralità di candidati cui il principio di concorrenza tende nelle procedure concorsuali della pubblica amministrazione.

L'appello è, conseguentemente, fondato e va accolto, con riforma della sentenza di primo grado e rigetto del ricorso presentato in quella sede.

Le spese di giudizio, tuttavia, in considerazione della particolarità

della vicenda, determinata fondamentalmente dalla stessa amministrazione procedente, possono essere integralmente compensate fra le parti per entrambi i gradi di giudizio.

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 appellata, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/08/2011

IL SEGRETARIO

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