

N. 04981/2011REG.PROV.COLL.
N. 06384/2010 REG.RIC.



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 6384 del 2010, proposto da:

SO.GE.CO. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro Castrignano ed Eugenio Picozza, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via San Basilio, n. 61;

contro

Consorzio della Bonifica Renana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Gualtiero Pittalis e Maria Giulia Roversi Monaco, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gian Marco Grez, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

C.E.S.I. - Cooperativa Edil - Strade Imolese, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Cristiana Carpani, Luigi Manzi e Franco Mastragostino, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Emilia-Romagna – Bologna, Sezione I, n.

05425/2010, resa tra le parti, di reiezione del ricorso principale (e di declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale) proposto per l'annullamento del provvedimento del Consorzio della Bonifica Renana di aggiudicazione definitiva della gara d'appalto per l'affidamento dei lavori per il completamento della rete di distribuzione primaria delle acque del C.E.R. (per l'alimentazione del settore sud dell'impianto pluvirriguo "Correcchio" nel territorio del Comune di Imola) e degli atti presupposti, nonché per la condanna del Consorzio della Bonifica Renana al risarcimento del danno patito dalla ricorrente.

Inoltre per l'aggiudicazione e subentro in detta gara d'appalto e per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 245 quinquies del d. lgs. n. 163/2006;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio della Bonifica Renana e della C.E.S.I. - Cooperativa Edil - Strade Imolese Soc. Coop.;

Visto l'appello incidentale della la C.E.S.I. Cooperativa Edil - Strade Imolese Soc. Coop.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2011 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Di Giovanni, su delega dell' avv. Picozza, Buccellato, su delega dell' avv. Pittalis, e Manzi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in epigrafe indicato la SO.GE.CO s.p.a. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale era stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento del Consorzio della Bonifica Renana di aggiudicazione

definitiva, mediante deliberazione consortile n. 51/2009, verb. 4/CP del 17 novembre 2009, alla cooperativa Edil - Strade Imolese, della gara d'appalto per l'affidamento dei lavori per il completamento della rete di distribuzione primaria delle acque del C.E.R. per l'alimentazione del settore sud dell'impianto pluvirriguo "Correcchio" nel territorio del Comune di Imola; inoltre per l'annullamento degli atti presupposti e, in particolare, del verbale della seduta della Commissione di gara del 5 agosto 2009 (con il quale è stato stabilito che: "la Commissione giudicatrice prendendo atto che diverse ditte offerenti hanno ommesso di allegare il documento DURC come previsto dall' 15 lettera "s" del bando integrale di gara, stabilisce nel rispetto del principio generale di favorire la massima competizione di non escludere dalla gara le offerte che portino come unico difetto l'omissione di detto documento"). Infine per la condanna del Consorzio della Bonifica Renana al risarcimento del danno patito dalla ricorrente. Con il ricorso in appello è stato anche chiesto che siano disposti l'aggiudicazione e subentro in detta gara d'appalto ed il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 245 quinquies del d. lgs. n. 163/2006.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Erroneità della ricostruzione dei fatti, con conseguente violazione di legge ed errore di diritto.

Le osservazioni contenute in sentenza sotto la lettera C) non possono essere condivise, perché della lettera di invito non doveva tenersi conto, in quanto essa non poteva porsi contro le previsioni del bando; inoltre al punto D) non è stata stigmatizzata la scelta del Consorzio della Bonifica Renana di sospendere le operazioni di gara e di invitare tutti i concorrenti inadempienti alla prescrizione del bando a depositare il DURC.

2.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006. Errore nella interpretazione (in quanto non conforme al diritto comunitario), motivazione apodittica e incompleta, contraddittorietà nella

motivazione medesima.

L'interpretazione che il Giudice di primo grado ha dato della norma in epigrafe indicata è inidonea a superare la circostanza che il bando di gara richiedeva comunque, a pena di esclusione, la produzione del DURC e che quindi la sua omissione non era suffragabile da autodichiarazioni, considerato che non è la lettera di invito ma il bando a costituire l'unica "lex specialis" della gara.

3.- Violazione dei principi e delle regole comunitarie sui rapporti tra bando di gara e lettera di invito; violazione in iudicando, violazione del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i..

La lettera di invito può solo specificare i requisiti di partecipazione astrattamente previsti dalla direttiva comunitaria e dal codice dei contratti, ma non può modificare i requisiti richiesti dal bando a pena di esclusione.

4.- Violazione per erronea applicazione e interpretazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 6, comma 1, lettera b), della l. n. 241/1990. Error in iudicando, equivocità e perplessità della motivazione; violazione della direttiva 18/2004 e dei principi generali.

Il Giudice di prime cure ha ommesso di precisare come sia possibile conciliare l'esistenza di una specifica previsione del bando stabilita a pena di esclusione e la semplice possibilità di chiarire ed integrare una documentazione parzialmente consegnata propria della lettera di invito.

5.- Quanto alla domanda di risarcimento del danno deduce l'appellante in primo luogo che è ammessa dal d. lgs. n. 163/2006 e che, essendosi esso classificato al secondo posto in graduatoria, avrebbe avuto diritto all'automatica aggiudicazione dell'appalto a seguito della esclusione dell'aggiudicatario; in secondo luogo che, comunque, posto che il danno subito proviene da fatto illecito (ed è di per sé ingiusto) e che sussiste il nesso eziologico con la stazione appaltante, avrebbe comunque diritto al risarcimento per equivalente, il cui quantum va calcolato in relazione

all'intero utile nella percentuale del 10% o 15%.

Con memoria depositata il 14.7.2010 si è costituito in giudizio il Consorzio della Bonifica Renana, che ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 23.7.2010 si è costituita in giudizio la C.E.S.I. Cooperativa Edil - Strade Imolese Soc. Coop., che ha eccepito la irricevibilità, la inammissibilità e la improcedibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto la infondatezza.

Con atto notificato il 21.7.2010 e depositato il 23.7.2010 ha proposto appello incidentale detta società cooperativa ed ha chiesto la riforma della sentenza de qua nella parte in cui ha dichiarato la improcedibilità del ricorso incidentale da essa proposto per l'annullamento del punto 15 "Altre informazioni", lettera s) del bando di gara.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Illegittimità della sentenza appellata "in parte qua" per violazione dei principi che regolano il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale. Violazione dei principi di economia processuale e di logicità. Carezza assoluta di motivazione.

Il ricorso incidentale aveva portata interdittiva ed avrebbe dovuto essere trattato prioritariamente.

2.- Sono state riproposte tutte le censure dedotte con il ricorso incidentale: Violazione dell'art. 64 dell'allegato IX al d. lgs. n. 163/2006, dell'art. 2 del d.l. 210/2002 e dell'art. 38 di detto d. lgs.. Irragionevolezza della prescrizione del bando di gara impugnata in rapporto all'art. 55 del d. lgs. n. 163/2006. Violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, della più ampia partecipazione e della concorrenzialità, nonché dei principi di efficacia, efficienza e speditezza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per travisamento ed illogicità grave e manifesta.

Con memoria difensiva depositata il 30.8.2010 la C.E.S.I. Cooperativa Edil

- Strade Imolese Soc. Coop. ha ribadito tesi e richieste.

Con memorie depositate il 21.1.2011 la SO.GE.CO. s.p.a., il Consorzio Bonifica Renana e la C.E.S.I. Cooperativa Edil - Strade Imolese Soc. Coop. hanno ribadito le rispettive tesi e richieste.

Dette parti, con memorie rispettivamente depositate il 25.1.2011, il 26.1.2011 ed il 28.1.2011 hanno replicato alle avverse argomentazioni e difese.

Alla pubblica udienza dell'8.2.2011 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

Con il ricorso in appello in esame la SO.GE.CO. s.p.a. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe specificata, di reiezione del ricorso principale (con declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale) proposto per l'annullamento del provvedimento del Consorzio della Bonifica Renana di aggiudicazione definitiva della gara d'appalto per l'affidamento dei lavori per il completamento della rete di distribuzione primaria delle acque del C.E.R. e degli atti presupposti, nonché per la condanna del Consorzio della Bonifica Renana al risarcimento del danno patito dalla ricorrente. Inoltre ha chiesto l'aggiudicazione e il subentro in detta gara d'appalto, nonché il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 245 quinquies del d. lgs. n. 163/2006.

Con appello incidentale la C.E.S.I. Cooperativa Edil - Strade Imolese Soc. Coop. ha chiesto la riforma di detta sentenza nella parte in cui ha dichiarato la improcedibilità del ricorso incidentale da essa proposto per l'annullamento del punto 15 "Altre informazioni", lettera s), del bando di gara.

2.- Innanzi tutto la Sezione deve valutare la fondatezza dell'appello incidentale proposto dalla C.E.S.I. Cooperativa Edil - Strade Imolese Soc.

Coop. nella parte in cui ha contestato la fondatezza della impugnata sentenza per violazione dei principi che regolano il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale e dei principi di economia processuale e di logicità, nonché per carenza assoluta di motivazione, nell'assunto che il ricorso incidentale aveva portata interdittiva ed avrebbe dovuto essere trattato prioritariamente.

Va osservato al riguardo che il ricorso incidentale, c.d. proprio o subordinato, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura ed indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente; l'esame prioritario del ricorso principale è tuttavia ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza (Consiglio Stato, a. plen., 07 aprile 2011, n. 4) per ragioni di economia processuale, non potendo essere negata al Giudice la facoltà, in concreto, di ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale, quanto meno nei casi in cui esso sia palesemente infondato, inammissibile, improcedibile o irricevibile (Consiglio Stato, sez. III, 05 maggio 2011, n. 2695).

Nel caso che occupa il T.A.R. ha riconosciuto infondato il ricorso principale e conseguentemente dichiarato improcedibile il ricorso incidentale interdittivo, con decisione, in base ad i principi sopra indicati e condivisi, insuscettibile di censura e conseguente reiezione del gravame proposto con l'appello incidentale, al quale comunque l'appellante incidentale non ha interesse, essendo da ritenere infondato l'appello principale in esame.

3.- Con il primo motivo dell'appello principale è stato dedotto che le osservazioni contenute in sentenza sotto la lettera C) non possono essere condivise, perché della lettera di invito non doveva tenersi conto, in quanto,

ai sensi delle direttive comunitarie 17/2004 e 18/2004, essa non poteva porsi contro le previsioni del bando, che costituisce la "lex specialis" della gara.

Il T.A.R. avrebbe al riguardo adottato una motivazione fuorviante basata su una erronea tesi di effettività della concorrenza.

Inoltre al punto D) detto Giudice avrebbe omesso di stigmatizzare la scelta del Consorzio della Bonifica Renana di sospendere le operazioni di gara e di invitare tutti i concorrenti inadempienti alla prescrizione del bando a depositare il DURC.

3.1.- Osserva in punto di fatto la Sezione che l'art. 15, lettera s), del bando di gara di cui trattasi prescriveva che le imprese ammesse alla gara, in sede di offerta, erano tenute a presentare, a pena di esclusione, il DURC.

La lettera di invito, tra la documentazione che a pena di esclusione doveva essere contenuta nelle varie buste costituenti l'offerta, indicava invece: 1) una dichiarazione sostitutiva ai sensi del DPR n. 445/2000 con la quale il concorrente, assumendosene la piena responsabilità, confermava quanto affermato e indicato nella dichiarazione sostitutiva presentata in sede di domanda di partecipazione alla gara e tra l'altro, si impegnava, in caso di aggiudicazione, a produrre il DURC.

La lettera di invito non riproponeva tuttavia la prescrizione del bando che a pena di esclusione richiedeva la produzione del DURC già al momento della presentazione dell'offerta, richiedendolo solo in caso di aggiudicazione.

Alle indicazioni della lettera d'invito si è attenuta la maggioranza dei concorrenti, sicché il Consorzio di Bonifica, preso atto del contrasto fra le prescrizioni del bando e quelle della lettera di invito, ha ritenuto - in ossequio al principio del favor participationis - di sospendere le operazioni di gara e di invitare tutti i concorrenti inadempienti alla prescrizione del bando a depositare il DURC entro un termine prefissato.

Scaduto detto termine, a seguito della produzione del DURC da parte di essi concorrenti, il Consorzio ha proceduto alla apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica e quella economica e all'aggiudicazione della gara a favore della C.E.S.I. Cooperativa Edil - Strade Imolese Soc. Coop..

Tanto premesso in fatto va osservato in primo luogo che è pacifico in giurisprudenza che le prescrizioni della lettera di invito non possono derogare al bando di gara, con la conseguenza che, in caso di contrasto, prevalgono le disposizioni di quest'ultimo.

Peraltro tutte le disposizioni che regolano lo svolgimento della gara per la scelta del contraente, contenute nel bando, nella lettera di invito, nel capitolato o nei chiarimenti comunicati con le medesime modalità degli atti di gara, concorrono a formarne la disciplina speciale, sicché, in caso di equivocità delle e tra le stesse, in ossequio ai principi di buon andamento dell'azione amministrativa, di imparzialità e di buona fede, deve essere tutelato l'affidamento degli interessati in buona fede mediante una interpretazione di esse disposizioni che favorisca la massima partecipazione alla gara e che sia conforme all'intento dell'Amministrazione di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi (Consiglio Stato, sez. V, 01 aprile 2011, n. 2021), nel rispetto della "par condicio" di tutti i concorrenti.

Può quindi ammettersi che in detta ipotesi le relative prescrizioni possano essere oggetto di una interpretazione idonea ad assicurare un ragionevole ed effettivo adempimento dei loro contenuti.

D'altra parte la Pubblica amministrazione non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in cui è compresa la lettera di invito, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'art. 97 della Costituzione (Consiglio Stato, sez. V, 22 marzo 2010, n. 1652).

Aggiungasi che nelle procedure per l'affidamento di appalti pubblici,

quando sussista un'effettiva incertezza interpretativa, l'inosservanza di una determinata prescrizione del bando di gara o della lettera d'invito circa le modalità di presentazione dell'offerta implica l'esclusione del concorrente solo quando si tratta di clausole rispondenti ad un particolare interesse dell'Amministrazione appaltante o poste a garanzia della par condicio tra i concorrenti e del correlato principio della segretezza delle offerte, perché tra più interpretazioni delle norme di gara è da preferire quella che conduca alla partecipazione del maggior numero possibile di aspiranti, al fine di consentire, nell'interesse pubblico, una selezione più accurata tra un ventaglio più ampio di offerte.

L'esclusione di un concorrente da una gara di appalto per inadempimento delle prescrizioni formali di gara è doverosa quindi soltanto quando tali prescrizioni formali risultano indicate, nel bando o nella lettera di invito o anche nel capitolato speciale di appalto, in modo del tutto chiaro; non, invece, quando le stesse prescrizioni formali siano state formulate in modo impreciso ed equivoco (Consiglio Stato, sez. V, 11 gennaio 2011, n. 78).

Tale carattere equivoco deve essere riconosciuto nel caso di specie in cui sussisteva incompatibilità tra bando e lettera di invito, che, come si è detto, non riproponeva la prescrizione del bando, che a pena di esclusione richiedeva la produzione del DURC già al momento della presentazione dell'offerta, richiedendola solo in caso di aggiudicazione.

Legittimamente quindi la commissione di gara ha sospeso le operazioni di gara e ha invitato tutti i concorrenti inadempienti alla prescrizione del bando a depositare il DURC.

4.- Con il secondo motivo di gravame è stata censurata l'interpretazione che il Giudice di primo grado ha dato dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, perché essa sarebbe inidonea a superare la circostanza che il bando di gara richiedeva comunque, a pena di esclusione, la produzione del DURC, non suffragabile da autodichiarazioni. Il rapporto tra codice dei contratti e

bando di gara non sarebbe stato individuato secondo una interpretazione orientata in ossequio alle regole e principi del diritto europeo (per il quale rientra nell'esclusivo potere decisorio delle stazioni appaltanti graduare nel bando di gara i requisiti astrattamente richiesti dal diritto comunitario e dalla legislazioni nazionali di recepimento) e non sarebbe stato adeguatamente considerato che non è la lettera di invito ma il bando a costituire l'unica "lex specialis" della gara, perché esso, a differenza della lettera di invito, viene pubblicato a garanzia dei principi di trasparenza, pubblicità, concorrenza e par condicio tra le imprese partecipanti.

4.1.- Il T.A.R. ha al riguardo affermato che il requisito della regolarità contributiva è requisito indispensabile non solo per la stipulazione del contratto, bensì per la stessa partecipazione alla gara: è conseguentemente necessario che l'impresa sia in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e che conservi tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura, essendo tale requisito indice rivelatore della correttezza dell'impresa nei rapporti con le proprie maestranze.

Ha perciò ritenuto che, a fronte della dichiarazione di essere in regola con i relativi adempimenti in materia di contributi (come dal bando, punto 13.1, lettera b) resa dai concorrenti in sede di richiesta di partecipazione alla gara e in presenza dell'impegno a produrre il DURC all'atto dell'aggiudicazione, la mancata allegazione del DURC all'offerta non potesse costituire legittima causa di esclusione.

4.2.- Concorde la Sezione con la tesi che il requisito della regolarità contributiva rientra tra i requisiti di natura formale relativi alla corretta gestione delle imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico anche economico, che come tali devono essere posseduti, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, dalle imprese concorrenti ad una gara d'appalto con la P.A., ai fini dell'ammissione alla stessa.

La formulazione di dichiarazione circa la regolarità contributiva da parte dei concorrenti all'atto della presentazione della domanda di partecipazione, con impegno a produrre il DURC in caso di aggiudicazione, secondo quanto previsto dalla lettera di invito, consentiva comunque al Consorzio di cui trattasi la verifica del possesso del requisito di cui trattasi già in fase di ammissione.

Pertanto l'avvenuta sospensione delle operazioni di gara e l'invito formulato a tutti i concorrenti inadempienti alla prescrizione del bando a depositare il DURC entro un certo termine appaiono al Collegio circostanze idonee a superare la discrasia con la necessità di presentazione, prevista dal bando, a pena di esclusione, di esso documento unitamente alla domanda di partecipazione, senza violazione degli interessi che la previsione della immediata presentazione del DURC è sottesa a tutelare, né della tutela dell'affidamento degli interessati in buona fede (mediante l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara e che sia conforme all'intento dell'Amministrazione di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi).

5.- Con il terzo motivo di appello è stato dedotto che la lettera di invito può solo specificare i requisiti di partecipazione astrattamente previsti dalla direttiva comunitaria e dal codice dei contratti, ma non può modificare i requisiti richiesti dal bando a pena di esclusione, perché il bando detta le condizioni di gara a tutela della concorrenza, mentre la lettera di invito è indirizzata solo alle imprese che hanno manifestato l'interesse o che siano state invitate a partecipare alla gara, sicché non potrebbe intervenire sulle regole poste a garanzia di tutti gli operatori del settore.

5.1.- La Sezione concorda con quanto affermato in via di principio generale con la censura in esame, atteso che è principio pacifico che le previsioni contenute nel bando prevalgono su quelle contenute nella lettera di invito, ma deve tuttavia ribadire che, allorché la discrasia tra le previsioni del

bando e della lettera di invito abbia comportato violazione dell'affidamento dei concorrenti destinatari della lettera stessa (ai quali abbia dettato specifiche prescrizioni, in parte diverse da quanto contenuto nel bando che indica in via generale quali siano i requisiti da possedere a pena di esclusione) e nell'ipotesi, come nel caso che occupa, che le prescrizioni contenute nella lettera di invito non siano tali da comportare violazioni della par condicio o lesione di interessi sostanziali della stazione appaltante, legittimamente l'Amministrazione non può disporre l'esclusione delle imprese che si sono attenute fedelmente alle prescrizioni contenute nella lettera di invito, disponendo l'integrazione della documentazione prescritta a pena di esclusione dal bando di gara.

6.- Con il quarto motivo di gravame è stata dedotta violazione per erronea applicazione e interpretazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 6, comma 1, lettera b), della l. n. 241/1990, nonché "error in iudicando", equivocità e perplessità della motivazione, violazione della direttiva 18/2004 e dei principi generali.

Il Giudice di prime cure avrebbe omesso di precisare come sia possibile conciliare l'esistenza di una specifica previsione del bando stabilita a pena di esclusione e la possibilità di chiarire ed integrare una documentazione parzialmente consegnata, né ha seguito i principi di diritto comunitario per i quali il chiarimento non deve incidere sulla dimostrazione del possesso dei requisiti, il cui possesso deve essere idoneamente dimostrato e non solo dichiarato.

6.1.- Osserva la Sezione che ai sensi dell'art. 46, del d.lgs. n. 163/2006, alla stazione appaltante è precluso di sopperire, con l'integrazione, alla totale mancanza di un documento, in quanto, di norma, i criteri esposti ai fini dell'integrazione documentale riguardano semplici chiarimenti di un documento incompleto, cosicché l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla

stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali; ciò purché non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara.

Invero l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi deve essere conciliata con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, sicché l'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006, laddove prescrive che le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, per dimostrare il possesso dei requisiti di ammissione, è da ritenersi applicabile anche alle dichiarazioni circa il possesso dei requisiti effettuate nel caso che occupa.

Il fine di evitare che l'esito delle gare possa essere alterato da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei requisiti dei partecipanti, in un'ottica intesa al contemperamento di principi (talvolta in antitesi), come quello del "favor participationis" e quello della "par condicio" tra i concorrenti, la norma in esame ha inteso cercare un punto di equilibrio, individuato nella distinzione tra il concetto di regolarizzazione (consentito) e quello di integrazione documentale (non consentito).

Detta disposizione va, dunque, intesa nel senso che l'Amministrazione può disporre la regolarizzazione anche quando gli atti depositati in base a norme della "lex specialis" contraddittorie e non univoche, contengano elementi che possano costituire un indizio del possesso del requisito richiesto a pena di esclusione e rendano ragionevole ritenere sussistente esso requisito di partecipazione, posto che, in tale caso, le esigenze di correttezza sostanziale della partecipazione devono prevalere sulla forma, essendo detto strumento normativo inteso a far valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma (o sul formalismo), nell'esibizione della

documentazione ai fini della procedura selettiva, onde non sacrificare l'esigenza della più ampia partecipazione per carenze meramente formali nella documentazione (Consiglio Stato, sez. V, 27 marzo 2009, n. 1840).

In una gara di appalto pubblico l'amministrazione appaltante non può quindi formulare la richiesta di integrazione della documentazione solo qualora si tratti di documenti univocamente previsti dal bando o dalla lettera d'invito a pena di esclusione (Consiglio Stato, sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254), che deve conseguentemente ritenersi consentita quando le previsioni siano da considerare, come nel caso di specie, equivoche.

7.- Quanto alla domanda di risarcimento del danno è stato dedotto con l'atto di appello innanzi tutto che essa è ammessa dal d. lgs. n. 163/2006 e, essendosi l'appellante classificato al secondo posto, avrebbe avuto diritto all'automatica aggiudicazione dell'appalto se fosse stato escluso l'aggiudicatario; in secondo luogo che, comunque, posto che il danno subito proviene da fatto illecito (ed è di per sé ingiusto) e che sussiste il nesso eziologico con la stazione appaltante, avrebbe comunque diritto al risarcimento per equivalente, il cui quantum va calcolato in relazione all'intero utile nella percentuale del 10% o 15%.

7.1.- Osserva al riguardo la Sezione che alla infondatezza dei motivi di gravame consegue la inaccoglibilità della domanda di risarcimento danni, non essendo stato dimostrato il nesso di causalità tra i danni lamentati dalla parte ricorrente e l'attività illegittima della stazione appaltante, considerato che l'illegittimità del provvedimento impugnato è, comunque, secondo condivisa giurisprudenza, condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per accordare il risarcimento del danno, sicché l'infondatezza della domanda di annullamento comporta inevitabilmente il rigetto di quella risarcitoria (Consiglio Stato, sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4702).

8.- L'appello principale e l'appello incidentale, al quale, comunque, la C.E.S.I. Cooperativa Edil - Strade Imolese Soc. Coop. non ha interesse

stante l'infondatezza dell'appello principale, devono essere conclusivamente respinti e deve essere confermata la prima decisione.

9.- Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio vanno compensati nei confronti della C.E.S.I. Cooperativa Edil - Strade Imolese Soc. Coop., stante la sua parziale soccombenza per la reiezione dell'appello incidentale, mentre nei confronti del Consorzio della Bonifica Renana seguono la soccombenza e vanno liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo respinge l'appello principale e l'appello incidentale in esame.

Pone a carico dell'appellante principale le spese e gli onorari del presente grado di giudizio, liquidate a favore del resistente Consorzio della Bonifica Renana nella misura di € 3.000,00 (tremila/00), di cui € 1.000,00 (mille/00) per esborsi, oltre ai dovuti accessori di legge (I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/09/2011

IL SEGRETARIO

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