

N. 05639/2011REG.PROV.COLL.  
N. 09636/2010 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 9636 del 2010, proposto da:

Proger S.p.a. e Musinet Engineering S.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, nonché ing. Ruggero Cozzi De Lauria, facenti parte del costituendo R.T.I. con capogruppo mandataria Proger s.p.a., rappresentati e difesi dagli avv. Marco Annoni e Andrea Segato, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Udine, n. 6;

*contro*

Provincia di Potenza, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Emanuela Luglio e Rocco A. Brienza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Raffaele Titomanlio, in Roma, via Terenzio n. 7;

*nei confronti di*

Laut Engineering S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo del costituendo R.T.I. con arch. Vincenzo Leonardo Fogliano e ing. Alberto Borghi, rappresentati e difesi dall'avv. Giuseppe Buscicchio, con domicilio eletto presso la

Segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, p.za Capo di Ferro, n. 13;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. Basilicata – Potenza, Sezione I, n. 00763/2010, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto contro il provvedimento n. 72 del 2010, di affidamento direzione lavori di costruzione e gli altri atti indicati nell'epigrafe del ricorso (e per il risarcimento del danno), nonché di declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale; inoltre per il risarcimento in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Potenza e di Laut Engineering S.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo del costituendo R.T.I. con l'arch. Vincenzo Leonardo Fogliano e ing. Alberto Borghi;

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

Vista la propria ordinanza 11 gennaio 2011 n. 49;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2011, il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Annoni, Segato e Buscicchio, in proprio e per delega dell' avv. Brienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in epigrafe indicato la Proger S.p.a., la Musinet Engineering S.p.a. e l'ing. Ruggero Cozzi De Lauria hanno chiesto l'annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale in primo luogo è stato respinto il ricorso proposto contro il provvedimento n. 72 del 2010 del Dirigente del Settore Viabilità della Provincia di Potenza (di affidamento al costituendo R.T.I. Laut Engineering S.r.l. dell'incarico di

direzione lavori, misurazione, contabilità e coordinamento della sicurezza relativamente ai lavori di costruzione di una strada e gli altri atti indicati nell'epigrafe del ricorso) e per il risarcimento del danno; in secondo luogo era stata dichiarata la improcedibilità del ricorso incidentale proposto dalla Laut Engineering s.r.l.. Inoltre le parti appellanti hanno chiesto il risarcimento in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Violazione e falsa applicazione del punto 7.I.1, lett. b) e c), 7.III, 13.1, lett. d), del disciplinare di gara, nonché degli art. 37, 39, 41 e 42 del d. lgs. n. 163/2006 e 66 del d.P.R. n. 554/1999. Violazione dei principi che tutelano la par condicio dei concorrenti nelle pubbliche gare, nonché del principio di perentorietà dei termini previsti per la produzione dei documenti nelle procedure di gara a corredo delle offerte. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà e falso presupposto.

Il T.A.R. ha erroneamente tenuto conto, ai fini della decisione, di documenti formati dopo la conclusione della gara, non prodotti nel corso della stessa e non richiesti, non acquisibili dall'Amministrazione ex art. 46 del d. lgs. n. 163/2006, oltre che inidonei a dimostrare il possesso dei richiesti requisiti.

2.- Violazione e falsa applicazione del punto 7.I.1, lett. b) e c), 7.III, 13.1, lett. d), del disciplinare di gara, nonché degli art. 37, 39, 41 e 42 del d. lgs. n. 163/2006 e 66 del d.P.R. n. 554/1999. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, falso presupposto. Difetto assoluto di motivazione.

Erroneamente il T.A.R. ha affermato che tutti gli appalti, identificati nella categoria 0G1 ed 0G3 ex allegato A al d. P.R. n. 34/2000 (per la costruzione di edifici di cemento armato e/o strutture antisismiche richiedenti speciale studio tecnico), rientravano nella classe I, categoria G ex art. 14 della l. n. 134/1949, relativamente ai lavori appartenenti alla

quale la "lex specialis" prevedeva l'avvenuto espletamento di servizi di direzione lavori, misurazione e contabilità.

La "lex specialis" era infatti chiara ed inequivoca nel richiedere ai concorrenti la prova dello svolgimento di attività di direzione lavori in riferimento alla classe da ultimo indicata.

3.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c), e comma 2, del d. lgs. n. 163/2006, nonché degli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000. Nullità delle dichiarazioni sostitutive rese con riguardo ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando.

Erroneamente il T.A.R. ha ritenuto irrilevante la mancata produzione da parte del R.T.I. Laut Engineering s.r.l. della dichiarazione sostitutiva in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 da parte dell'arch. Vincenzo Vianello e dell'arch. Claudio Boscolo Marchi, nonché ha respinto la censura di violazione dell'art. 38, comma 1, lettera c), del d. lgs. n. 163/2006, per mancata produzione, da parte di detto R.T.I., della dichiarazione relativa ai soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio.

4.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, nonché del punto 13.1, lett. e), del disciplinare di gara. Violazione dei principi in materia di partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese alle gare d'appalto.

La appellata sentenza si è limitata a definire destituita di fondamento la censura di violazione del punto 13.1, lett. e) del disciplinare di gara, senza considerare che nelle dichiarazioni rese dal R.T.I. ai sensi dell'art. 13.1, lett. a), del disciplinare, era indicato anche del personale tecnico aggiuntivo.

5.- Violazione e falsa applicazione del punto 14 del disciplinare di gara, nonché degli artt. 87 e ss. del d. lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

Contrariamente a quanto ritenuto dal Giudice di prime cure i chiarimenti forniti alla Commissione di gara in ordine al costo orario riportato nella scheda "C Giustificazione dell'offerta" non erano idonei a far ritenere valida l'offerta del R.T.I. Laut Engineering s.r.l., perché non comprovavano l'adeguatezza e la corrispondenza dei costi ivi indicati.

Con atto depositato l'1.12.2010 si è costituita in giudizio la Laut Engineering s.r.l., che ha eccepito la inammissibilità per genericità del primo motivo di appello, nonché ha dedotto la infondatezza del gravame. Inoltre ha riproposto, ex art. 101. comma 2, del c.p.a., i seguenti motivi dedotti con il ricorso incidentale dichiarati assorbiti in primo grado:

1.- Violazione dell'art. 17 della l. n. 68/1999 e successive modificazioni, nonché dell'art. 38, commi 1, lett. l), e 2, del d. lgs. n. 163/2006.

2.- Violazione del punto 12.I.1.) del disciplinare di gara.

Ha quindi concluso per la reiezione dell'appello e, in subordine, in accoglimento del ricorso incidentale, per la declaratoria di inammissibilità o di improcedibilità del ricorso di primo grado.

Con atto depositato il 16.12.2010 si è costituita in giudizio la Provincia di Potenza, che ha dedotto la infondatezza del gravame, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata l'8.1.2011 le parti appellanti hanno contestato le argomentazioni di controparte e dedotto la infondatezza dei motivi posti a base del ricorso incidentale, nonché hanno ribadito tesi e richieste.

Con ordinanza 11 gennaio 2011 n. 49 la Sezione ha accolto la istanza di sospensione della sentenza impugnata.

Con memoria depositata il 12.3.2011 le parti appellanti hanno ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 15.3.2011 il R.T.I. resistente ha replicato alle avverse argomentazioni.

Alla pubblica udienza del 29.3.2011 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

1.- Con il ricorso in appello in esame il R.T.I. con capogruppo mandataria Proger s.p.a. ha chiesto l'annullamento della sentenza, in epigrafe specificata, di reiezione del ricorso proposto contro il provvedimento n. 72 del 2010 di affidamento al costituendo R.T.I. Laut Engineering S.r.l. della direzione lavori di costruzione e gli altri atti indicati nell'epigrafe del ricorso (e per il risarcimento del danno), nonché di declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale; inoltre ha chiesto il risarcimento in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

2.- Con il primo motivo di gravame è stato dedotto che il T.A.R. ha erroneamente acquisito e tenuto conto, ai fini della decisione, di documenti formati dopo la conclusione della gara, non prodotti nel corso della stessa e non richiesti, né acquisibili, dall'Amministrazione ex art. 46 del d. lgs. n. 163/2006, anche perché non vi era nel bando o nel disciplinare alcuna equivocità idonea a giustificare la regolarizzazione della documentazione prodotta.

Comunque i nuovi certificati prodotti in giudizio non consentivano di ritenere dimostrato il possesso dei requisiti tecnici dichiarati dal R.T.I. Laut Engineering ed in particolare il requisito, di cui al punto 7.I.1 del disciplinare di gara, relativo allo svolgimento nel decennio antecedente la data di pubblicazione del bando di incarichi di direzione lavori ricompresi nella classe I, categoria g), perché essi erano relativi a lavori di importo inferiore a quello indicato in esso disciplinare.

2.1.- La Sezione, prescindendo dalla eccezione di genericità del motivo formulata dal R.T.I. resistente, ritiene lo stesso non suscettibile di condivisione.

2.1.1.- La "ratio" dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 è ravvisabile

nell'esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare di appalto (al fine di evitare che l'esito delle stesse 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.

Detta disposizione va, quindi, intesa nel senso che l'Amministrazione deve disporre la regolarizzazione quando gli atti, tempestivamente depositati, contengano elementi che possano costituire un indizio e rendano ragionevole ritenere sussistenti i requisiti di partecipazione: in sostanza, quando il documento è già stato presentato in sede di gara, anche se parzialmente, è consentita la sua regolarizzazione se la violazione è squisitamente formale ed il rimedio, in concreto, non altera la "par condicio" tra i concorrenti, secondo i principi di proporzionalità e del dovere dell'Amministrazione di ascoltare i privati prima di assumere decisioni.

Differente da detta attività amministrativa volta alla regolarizzazione degli atti è quella giurisdizionale volta, tramite istruttoria o acquisizione di atti, a verificare la fondatezza o meno delle censure mosse all'operato della Amministrazione, esperibile quando il giudicante ritenga di dover attivare i suoi poteri d'ufficio al superiore fine di decidere, solo dopo però che le parti abbiano delineato il tema del contendere.

Il Giudice può, dunque, approfondire aspetti che non appaiano convincenti o che siano controversi, ma la cui emersione sia avvenuta già nel procedimento, mentre egli non deve finire per integrare la mancante istruttoria.

Nel caso che occupa l'istruttoria svolta dal Giudice di primo grado e la accettata produzione documentale non appare, in base all'esame degli atti, volta ad operare una non consentita regolarizzazione degli atti che

avrebbero dovuto essere prodotti in sede di gara, ma solo ad attivare i suoi poteri istruttori in ordine a aspetti processuali controversi, già emersi nel corso del procedimento, ed in riferimento a requisiti già auto dichiarati in sede di presentazione delle offerte.

2.1.2.- Devesi inoltre rilevare che il possesso dei requisiti tecnici in questione non è stato ritenuto dal Giudice di primo grado, come da pagg. 19 – 25 della sentenza impugnata, solo sulla base della documentazione acquisita nel corso del giudizio, ma del complesso documentale agli atti, dal quale ha evinto che il costituendo R.T.I. Laut Engineering s.r.l. aveva dimostrato di aver eseguito nel periodo 22.12.1998 – 21.12.2008 servizi di direzione lavori, misurazione e contabilità relativi a lavori di classe I, categoria g), per un importo complessivo di € 24.088.441, 46, superiore a quello prescritto dal disciplinare di gara.

3.- Con il secondo motivo di appello è stato asserito che non poteva essere tenuto conto di certificati che, pur menzionando nell'oggetto una serie di attività, tra le quali anche quella di direzione lavori, attestavano che le prestazioni relative ad opere rientranti nella categoria I, classe G, riguardavano esclusivamente servizi di progettazione strutturale.

Non sarebbe stato, in particolare, valutabile il certificato rilasciato dal Comune di Padova in data 13.3.2009 all'ing. Borghi perché relativo a lavori rientranti nella categoria 0G1 del d. P.R. n. 34/2000.

Erroneamente il T.A.R. avrebbe affermato che tutti gli appalti, identificati nella categoria 0G1, ex allegato A al d. P.R. n. 34/2000 (relativo alla costruzione di edifici di cemento armato e/o strutture antisismiche richiedenti speciale studio tecnico) rientravano nella classe I, categoria G, ex art. 14 della l. n. 134/1949 (relativamente ai lavori appartenenti alla quale la "lex specialis" prevedeva la dimostrazione dell'avvenuto espletamento di servizi di direzione lavori, misurazione e contabilità).

La "lex specialis" sarebbe infatti stata chiara ed inequivoca nel richiedere ai



concorrenti la prova dello svolgimento di attività di direzione lavori in riferimento alla classe da ultimo indicata.

Comunque i lavori relativi alla costruzione dello stadio di calcio di Padova non avrebbero potuto essere presi in considerazione perché svolti per la maggior parte in un periodo precedente al decennio di riferimento e comunque solo la ridotta parte di essi svolta in detto periodo avrebbe potuto essere considerata.

La mandataria Laut Engineering s.r.l. non avrebbe prodotto alcuna certificazione attestante l'avvenuta esecuzione nel previsto decennio di direzione lavori, comprensivi di misurazione e contabilità per opere appartenenti alla classe VI, categoria b).

Il certificato rilasciato dal Comune di Padova il 13.3.2009 all'ing. Borghi (attestante l'esecuzione di lavori stradali rientranti nella categoria OG3 di cui all'allegato A al d. P.R. n. 34/2000) non conteneva alcun riferimento alla classe VI, categoria b), di cui all'art. 14 della l. n. 143/949, ed erroneamente il T.A.R. avrebbe ritenuto che gli appalti identificati nella prima di dette categorie (per la costruzione di strade e/o linee ferroviarie in montagna o con particolari difficoltà di studio) rientrassero nell'ambito della seconda classe (come desumibile dall'importo dei lavori di costruzione e dalla circostanza che trattavasi di raccordo tra strada statale ed autostrada), stante sia lo specifico riferimento a detta classe VI, categoria b), di cui all'art. 14 della l. n. 143/949 contenuto nel disciplinare, sia il fatto che tale valutazione non era contenuta nei verbali e sia la circostanza che l'opera non richiedeva particolare difficoltà di studio.

E' stato infine reiterato il primo motivo di appello.

3.1.- La Sezione non ritiene di poter condividere le sopra esposte censure.

3.1.1.- Dall'esame dei certificati in contestazione si evince infatti che essi contengono nell'oggetto la indicazione che i servizi prestati riguardavano pure l'attività di direzione lavori, a nulla valendo che nel concreto

contenuto di essi, in riferimento alle classi e categorie richiamate, è stata indicata la locuzione "progettazione", non potendo tanto smentire il chiaro contenuto dell'oggetto, che non avrebbe potuto contenere il riferimento alla direzione dei lavori se anche questa non fosse stata riferibile alla attività svolta e certificata.

3.1.2.- Quanto al sopra citato certificato rilasciato dal Comune di Padova all'ing. Borghi deve ritenersi che il suo contenuto sia ininfluenza ai fini del decidere, perché nella relazione acquisita in primo grado, a seguito di istruttoria, è evidenziato che esso non era stato preso in considerazione.

3.1.3.- Quanto alla affermazione, contenuta nella impugnata sentenza, che tutti gli appalti, identificati nella categoria 0G1, ex allegato A al d. P.R. n. 34/2000 (relativi alla costruzione di edifici di cemento armato e/o strutture antisismiche richiedenti speciale studio tecnico) rientravano nella classe I, categoria G, ex art. 14 della l. n. 134/1949, la Sezione osserva che essa appare pienamente condivisibile.

A nulla vale, infatti, che la "lex specialis" richiedesse specificamente ai concorrenti la prova dello svolgimento di attività di direzione lavori in riferimento a detta classe I, categoria G, atteso che nelle gare pubbliche il ricorso a strumenti equipollenti di certificazione della capacità economica delle gare pubbliche è consentito, purché non venga elusa la cogenza delle regole di gara.

Il principio che ravvisa nel rispetto puntuale delle formalità prescritte dalla "lex specialis" un efficace presidio a garanzia della "par condicio" tra i partecipanti può, invero, essere oggetto di temperamenti, perché del formalismo procedurale che sorregge il sistema delle gare d'appalto va scongiurata un'applicazione acritica e meramente meccanica che contraddica, alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto, la fondamentale ed immanente esigenza di ragionevolezza dell'attività amministrativa, finendo così per porsi in contrasto con le stesse finalità di

tutela alle quali sono preordinati i generali canoni applicativi delle regole della contrattualistica pubblica.

Nel caso che occupa la “ratio” della richiesta dimostrazione dello svolgimento della attività di cui trattasi non può che identificarsi nella esigenza della stazione appaltante di assicurarsi del possesso di adeguate capacità tecniche da parte dei concorrenti, che può ritenersi pienamente provato dal pregresso svolgimento di costruzione di opere richiedenti speciali studi tecnici.

3.1.4.- Anche la censura (secondo la quale certificato rilasciato dal Comune di Padova all'ing. Borghi, attestante l'esecuzione di lavori stradali rientranti nella categoria OG3 di cui all'allegato A al d. P.R. n. 34/2000, non conteneva alcun riferimento alla classe VI, categoria b), di cui all'art. 14 della l. n. 143/949) è da considerarsi non suscettibile di positiva valutazione.

Infatti, posto che, per i motivi in precedenza esposti, è irrilevante il riferimento a detta classe VI, categoria b), contenuto nel disciplinare, se è attestato lo svolgimento di lavori equivalenti, deve ritenersi che detto certificato non poteva contenere l'attestazione che le opere in questione fossero caratterizzate da particolare difficoltà di studio perché, rientrando le opere suddette nella categoria OG3, era impossibile distinguere tra quelle presentanti difficoltà di studio o meno, atteso che essa le contempla tutte. La Commissione di gara ha comunque provveduto a valutare esse come connotate da dette difficoltà di studio, avendole non illogicamente ritenute tali, nella sua discrezionalità, con conseguente dimostrazione del possesso dei requisiti previsti nel disciplinare.

Del resto, del fatto che lavori di realizzazione di un raccordo stradale ed autostradale come quelli di cui trattasi comportassero difficoltà di studio non può, per comune esperienza, dubitarsi.

3.1.5.- Quanto alla reiterata proposizione del primo motivo di gravame,

essa va disattesa per i medesimi motivi al riguardo in precedenza espressi.

4.- Con il terzo motivo di appello è stato dedotto che dall'esame dell'offerta formulata dal R.T.I. Laut Engineering s.r.l. risulterebbe non prodotta la dichiarazione sostitutiva in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 da parte dell'arch. Vincenzo Vianello, presidente del Consiglio di amministrazione munito di poteri di rappresentanza e del direttore tecnico, arch. Claudio Boscolo Marchi.

Il T.A.R. avrebbe erroneamente ritenuto irrilevante la circostanza nell'assunto che il disciplinare di gara prevedeva la produzione di una dichiarazione sostitutiva con la quale il legale rappresentante della società attestasse che anche gli amministratori muniti di rappresentanza e i direttori tecnici non versavano nelle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c), del d. lgs. n. 163/2006; infatti, non solo il legale rappresentante della Laut Engineering s.r.l. non aveva prodotto detta attestazione, limitandosi ad indicare i loro nominativi, ma l'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 trova applicazione anche se non recepito dalla legge di gara e sussisteva comunque l'obbligo di rendere in proprio detta dichiarazione da parte dei soggetti a tanto tenuti.

Erroneamente il primo Giudice avrebbe respinto la censura di violazione dell'art. 38, comma 1, lettera c), del d. lgs. n. 163/2006 (per mancata produzione da parte del R.T.I. aggiudicatario della dichiarazione relativa ai soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio, con precisazione della circostanza se in esso periodo si fossero verificate modificazioni nella composizione degli organi sociali) nell'assunto che la dichiarazione ai sensi di detta norma effettuata dal legale rappresentante del citato R.T.I. contemplava implicitamente anche detti ulteriori soggetti.

Costituiva infatti obbligo della P.A. la ricostruzione storica delle cariche sociali nell'ultimo triennio per consentire la verifica del possesso o meno del requisito generale di partecipazione di cui trattasi.

4.1.- Anche dette censure non appaiono alla Sezione dotate di condivisibile valenza.

4.1.1.- Il disciplinare di gara stabiliva infatti che, ai fini della partecipazione alla gara, fosse sufficiente una unica dichiarazione, riferita alla società e quindi ad i soggetti che nella stessa ricoprivano posizioni rilevanti ai fini che interessano, sul possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del d. lgs. n. 163/2006.

Deve invero preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara (piuttosto che quella che la ostacoli) e quella che sia meno favorevole alle formalità inutili, in caso di clausole equivoche o di dubbio significato (Consiglio Stato, sez. V, 04 marzo 2008, n. 874).

Nel caso che occupa il contrasto tra la "lex specialis" ed il disposto di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 deve ritenersi che avesse sicuramente comportato la sussistenza di clausola equivoca, in presenza della quale legittimamente è stato applicato il principio del "favor participationis", non escludendo il R.T.I. che comunque si era attenuto alle disposizioni contenute nella legge di gara.

4.1.3.- Quanto alla mancata produzione, da parte del R.T.I. aggiudicatario, della dichiarazione relativa ai soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio, con precisazione della circostanza se in esso periodo si fossero verificate modificazioni nella composizione degli organi sociali, va rilevato che in sede di ammissione delle imprese alla gara per l'affidamento di un pubblico appalto, la verifica delle dichiarazioni sul rispetto della disciplina sul diritto al lavoro dei disabili (art. 17 della L. 12 marzo 1999 n. 68 e art. 38 lett. 1 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163) deve essere condotta seguendo un approccio sostanzialistico e non formalistico.

In assenza di prova della insussistenza concreta di detti requisiti, la circostanza in esame è da considerare inidonea a comportare l'accoglimento del motivo.

5.- Con il quarto motivo di gravame è stato dedotto che la appellata sentenza si è limitata a definire destituita di fondamento (alla luce delle dichiarazioni di identico contenute rese dal R.T.I. Laut Engineering s.r.l.) la censura di violazione del punto 13.1, lett. e), del disciplinare di gara (che richiedeva alle imprese partecipanti al R.T.I. di specificare le parti del servizio che sarebbero state eseguite dai singoli operatori, in ottemperanza all'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006) senza considerare che nelle dichiarazioni rese dal R.T.I. ai sensi dell'art. 13.1, lett. a), del disciplinare, contenente l'elenco del gruppo di lavoro, era indicato anche del personale tecnico aggiuntivo per l'esecuzione di prestazioni di supporto, che non era possibile inquadrare tra le singole prestazioni rese dai componenti di detto R.T.I..

5.1.- La censura è, secondo la Sezione, insuscettibile di accoglimento.

5.1.1.- Nella dichiarazione espressa ai sensi dell'art. 37, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006 e ai sensi del punto 13.I. del disciplinare, il costituendo R.T.I. Laut Engineering s.r.l. ha infatti indicato le parti del servizio affidate all'ing. Alberto Voltolina, (direzione lavori e coordinamento sicurezza), all'ing. Alberto Borghi (direzione operativa), all'arch. Vincenzo L. Fogliano (direzione opere stradali) e agli ingegneri Massaro e Tellatin (ispettori, rispettivamente, di cantiere stradale e per le opere strutturali).

A nulla vale che la dichiarazione fosse di eguale contenuto rispetto a quella resa ai sensi dell'art. 13.I.a) del disciplinare di gara e che sia stato indicato del personale tecnico aggiuntivo, atteso che tale facoltà era prevista da detto disciplinare al punto 13.I., punto 3, che richiedeva, in relazione ad esso, solo la indicazione nominativa con specificazione della qualifica professionale e dei ruoli e funzioni, come in concreto avvenuto. Tanto non può quindi comportare alcuna violazione del punto 13.1, lett. e), del disciplinare di gara, che richiedeva alle imprese partecipanti al R.T.I. di specificare le parti del servizio che sarebbero state eseguite dai singoli

operatori e del relativo, analogo, disposto normativo, quanto meno in applicazione del prima richiamato principio del “favor participationis” applicabile in caso di equivocità della legge di gara dovuta a contrasto tra più disposizioni in essa contenute.

6.- Con il quinto motivo di appello è stato affermato che, contrariamente a quanto ritenuto dal Giudice di prime cure, i chiarimenti forniti alla Commissione di gara in ordine al costo orario riportato nella scheda “C Giustificazione dell’offerta” (dai quali si evincerebbe che per le figure del personale tecnico aggiuntivo erano stati indicati costi forfettari e che per tre professionisti erano stati omessi i corrispondenti costi) non sarebbero stati idonei a far ritenere valida l’offerta del R.T.I. Laut Engineering s.r.l., perché non comprovavano l’adeguatezza e la corrispondenza dei costi previsti dall’offerta.

6.1.- La censura non è condivisa dalla Sezione, atteso che, nelle giustificazioni presentate a corredo dell’offerta per il personale tecnico aggiuntivo, era previsto il numero di giorni di impiego ed il costo complessivo, non prevedendo il disciplinare di gara, come da punto 14.III, la obbligatorietà della indicazione per detto personale del costo orario; comunque, in esito a giustificazioni in proposito richieste dalla Commissione di gara sono state forniti i dati, anche se non richiesti, relativi al costo dei singoli componenti del personale tecnico aggiuntivo, tranne che per due dipendenti della Laut Engineering s.r.l. (che erano stipendiati da essa) e per il geologo Luigi Vignola, relativamente al quale il costo stimato era evincibile dalla sottrazione dal costo complessivo del costo degli altri componenti il personale tecnico aggiuntivo.

7.- La infondatezza dell’appello principale comporta l’assorbimento delle censure riproposte, ex art. 101. comma 2, del c.p.a., dal R.T.I. Laut Engineering s.r.l. in appello già dedotte con il ricorso incidentale dichiarato assorbito in primo grado, atteso che la reiezione dell’appello si risolve nella

conferma della prima sentenza che rimane efficace in tutte le sue statuizioni, compresa quella sull'assorbimento.

8.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione, con assorbimento delle censure poste a base del ricorso incidentale di primo grado, riproposte in appello.

9.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra la parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), assorbita ogni ulteriore questione, respinge l'appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA



Il 21/10/2011

IL SEGRETARIO

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