

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 8361 del 2006, proposto dal Comune di Lugo, in persona del sindaco, legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudio Cristoni e Gian Alberto Ferrerio ed elettivamente domiciliato presso lo studio del dott. Alfredo e Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

contro

la società Green Life s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio L. Deramo ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Tania Cassandro, in Roma, via Bruxelles n. 59;

e nei confronti di

Olimpia Costruzioni s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, con costituitasi in giudizio.

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia Romagna - Bologna Sezione II n. 1272 del 4 luglio 2006 che ha accolto il ricorso n. 372/2006 ed i motivi aggiunti della società Green Life avverso i seguenti provvedimenti:

- bando di gara per l'appalto relativo agli interventi di ristrutturazione dello stadio comunale - Anno 2005, CUP B&J05000020005, in pubblicazione all'Albo pretorio del Comune di Lugo dal 26.01.2006 al 28.02.2006, in particolare nella parte in cui individua la Categoria Prevalente dei lavori da appaltare nella Categoria OS26;
- capitolato speciale d'appalto, recante il progetto esecutivo relativo agli "Interventi di ristrutturazione dello stadio comunale anno 2004", nella parte in cui, per i lavori oggetto dell'appalto, viene erroneamente prevista come categoria prevalente, e conseguentemente richiesta la relativa iscrizione quale imprescindibile requisito, la categoria OS 26, ai sensi del DPR n. 34/2000;
- nota prot. n. 4643 del 20.02.2006, a firma del Dirigente del Settore dei Lavori Pubblici dott. ing. Paolo Nobile e del Responsabile del Procedimento, dott. ing. Augusto Bacchini, nella parte in cui "L'attribuzione della categoria OS26 si ritiene corretta";
- verbale relativo alle sedute di espletamento della gara *de qua*;
- determinazione dirigenziale n. 348 del 14.03.06 recante "Aggiudicazione definitiva degli interventi di ristrutturazione dello stadio comunale –anno 2005 CUP B62J50000200005";
- determina Dirigenziale n. 53 del 25.01.2006;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Green Life;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 12 febbraio 2008, il consigliere Cesare Lamberti ed uditi, altresì, gli avvocati Ferrerio e Notarnicola, quest'ultimo per delega di Deramo, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determina n. 2092 in data 28 dicembre 2005, il Comune di Lugo ha approvato il progetto esecutivo degli interventi di ristrutturazione dello Stadio Comunale - finanziati ex lege n. 65/87, art. 1, comma 1 lett. b), con un mutuo della Cassa D.D.P.P. ed assistito da contributo regionale ai sensi della delibera del Consiglio Regionale n. 522 in data 5/11/02 - per un importo di €185.000,00 di cui €161.526,50 oltre IVA a base d'asta e di €500,00 oltre IVA ed oneri di sicurezza.

2. Per l'esecuzione dei lavori è stato previsto l'esperimento dell'asta pubblica *ex lege* n. 109/94 con il criterio del prezzo più basso determinato mediante massimo ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara.

3. Con determina n. 53 del 25 gennaio 2006, è stato approvato il bando di gara e relativo disciplinare per l'affidamento dell'appalto dei lavori. Nel bando era previsto che i lavori oggetto dell'appalto, ai sensi del D.P.R. n. 34/2000 erano compresi nella categoria

ria OS 26 (pavimentazioni e sovrastrutture speciali) categoria questa considerata prevalente per l'intero ammontare dell'appalto (classifica I fino ad €258.228,00).

3.1. Fra le condizioni minime che i concorrenti all'atto dell'offerta dovevano possedere, il bando prescriveva l'attestazione sul possesso della qualificazione nella categoria e nella classifica adeguata ai lavori da assumere, rilasciata da società di attestazione di cui al DPR n. 34/2000, debitamente autorizzata, in corso di validità alla data di apertura delle offerte. Nel disciplinare era disposto che tale attestazione dovesse essere ricompresa tra i documenti da allegare, a pena di esclusione.

4. L'impresa Green Life ha partecipato alla gara, pur essendo in possesso di attestazione per categoria OS 6. La società aveva in precedenza contestato che i lavori da appaltare rientrassero nella categoria OS 26.

5. All'esito delle operazioni di gara, con verbale del 1° marzo 2006, è stata dichiarata aggiudicataria la Ditta Olimpia Costruzioni s.r.l. ed esclusa la società Green Life perché priva dell'attestazione per la categoria OS 26.

6. Con determina n. 348 del 14 marzo 2006 l'appalto è stato definitivamente aggiudicato in favore della ditta Olimpia Costruzioni s.r.l., risultata in possesso anche della categoria OS classifica III.

7. Avverso la sequenza provvedimento sopra descritta, la società Green Life ha interposto il ricorso n. 372/06 al Tar di Bologna.

In aggiunta al bando e al capitolato speciale nella parte in cui prevedeva l'iscrizione alla Categoria OS 26, erano impugnati la nota prot. n. 4643 del 20.02.2006, nella parte in cui ritenevano corretta l'attribuzione della categoria OS 26, il verbale relativo alle sedute di espletamento della gara e la Determinazione dirigenziale n. 348 del 14.03.06 di aggiudicazione definitiva degli interventi di ristrutturazione dello stadio comunale. Era altresì impugnata la Determina Dirigenziale n. 53 del 25.01.2006.

7.1. Con apposito atto di motivi aggiunti, la società Green Life ha impugnato, oltre al bando e agli altri provvedimenti relativi alla gara, l'esclusione della ricorrente dalla stessa, comunicata il 2 marzo 2006.

8. Innanzi al Tar dell'Emilia Romagna si è costituito il Comune, che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, per omessa impugnativa sin dal ricorso introduttivo, del provvedimento di esclusione dalla gara della società Green Life. La società impugnava con motivi aggiunti tutti i summenzionati provvedimenti fra cui l'esclusione comunicata dopo la domanda di accesso.

9. Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale Amministrativo per l'Emilia Romagna, riuniti i ricorsi, ha rigettato l'eccezione di tardività dei motivi aggiunti e d'inammissibilità del ricorso per omessa previa impugnativa dell'esclusione e nel merito ha accolto i motivi aggiunti, ad eccezione della nota dirigenziale 20 febbraio 2006 per il suo carattere endoprocedimentale, ritenuta l'erronea

individuazione della categoria OS 26 per partecipare alla gara.

9.1. In conseguenza dell'accoglimento, la sentenza ha annullato, la *lex specialis* della gara (bando e CSA, e relativi atti dirigenziali approvativi) nelle parti (rispettivo par 3.5. del bando e ultimo capoverso di pag. 3 del CSA) in cui viene immotivatamente indicata, quale categoria prevalente, l'OS 26. Ha, poi, annullato, in via derivata, tutti gli atti ulteriori della procedura concorsuale a contenuto lesivo della sfera giuridica della ricorrente (sua esclusione dalla gara; aggiudicazione della stessa alla controinteressata). Ha, infine, assorbito, le ulteriori censure svolte con il ricorso introduttivo.

10. Avverso la sentenza muove appello il Comune di Lugo. Si è costituita la società Green Life, chiedendo il rigetto del ricorso.

DIRITTO

1. La sentenza impugnata ha accolto il ricorso della società Green Life avverso l'esclusione dalla gara indetta dal Comune di Lugo per l'aggiudicazione dell'appalto relativo agli interventi di ristrutturazione dello stadio comunale - Anno 2005, in quanto la partecipante non era in possesso della Categoria OS 26 di cui al DPR n. 34/2000 per la categoria prevalente dei lavori da appaltare.

2. Dei motivi di appello avverso la decisione, va prioritariamente esaminato il primo, che ripropone l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa tempestiva impugnazione dell'esclusione dalla gara della società Gree Life, in quanto non

in possesso della categoria prevalente, la OS 26, ex DPR n. 34/2000, richiesta quale imprescindibile requisito di partecipazione.

2.1. L'eccezione è fondata.

2.2. Nel ricorso originario n. 372/06 non era espressamente impugnata l'esclusione dalla gara, pronunciata dalla Commissione aggiudicatrice durante la seduta del 1° marzo 2006, nella quale era presente il sig. Stefano Rampinelli, per la società Green Life. L'esclusione è stata poi comunicata alla ricorrente il 2 marzo 2006 ed espressamente impugnata con l'atto di motivi aggiunti. Il Tar ha ritenuto tempestiva la notifica dei motivi aggiunti ed ha accolto il ricorso annullando anche l'esclusione della società Green Life s.n.c..

2.3. Nell'appello, il Comune afferma che l'esclusione era nota sin dal 1° marzo 2006 al rappresentante della società Green Life, perché espressamente comunicata dalla Commissione di gara, nel corso della seduta di aggiudicazione. Da quella data decorreva il termine per impugnare l'esclusione e non dalla conoscenza della determina di aggiudicazione alla controinteressata Olimpia Costruzioni avvenuta in data 22 marzo 2006. L'esclusione non era stata fatta segno di espressa impugnazione nell'atto introduttivo, ma solo nei motivi aggiunti, proposti a seguito del verbale ricevuto il data 22 marzo 2006. Il Comune ribadisce, perciò, che il ricorso introduttivo doveva considerarsi tardivo o inammissibile,

non avendo la società alcun motivo per impugnare l'aggiudicazione al altra concorrente, non essendosi doluta tempestivamente avverso l'esclusione.

3. Nella giurisprudenza di questo Consiglio l'esclusione del concorrente determina quell'arresto procedimentale che giustifica, sul piano dei principi che governano la materia, l'impugnazione dell'atto prodromico, ferma in ogni caso la necessità di impugnare, anche l'aggiudicazione definitiva sopravvenuta. Ai fini della decorrenza del termine, la piena conoscenza, da cui deriva l'onere di immediata impugnazione è ricondotta alla presenza del rappresentante della ditta partecipante alla gara di appalto nella riunione nella quale la Commissione giudicatrice ha escluso la ditta stessa dalla competizione ed ha effettuato l'aggiudicazione provvisoria, qualora risulti che il rappresentante de quo rivestiva una specifica carica sociale, per cui la conoscenza avuta dal medesimo, doveva ritenersi riferibile alla società concorrente (per il socio accomandatario, cfr. Cons. Stato, V, 2 ottobre 2006 , n. 5728; per il mandato *ad hoc*, cfr. Cons. Stato, V, 27 settembre 2004 , n. 6319). La giurisprudenza di questo Consiglio ha escluso che la presenza di un rappresentante della ditta partecipante alla gara di appalto nella riunione nella quale la commissione giudicatrice ha estromesso la ditta stessa dalla competizione non comporta *ex se* la piena conoscenza dell'atto ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione, solo se non risulti che il rappresentante stesso fosse

munito di mandato *ad hoc*, oppure fosse investito di una specifica carica sociale, per cui la conoscenza avuta dal medesimo dovesse ritenersi riferibile alla società concorrente (Cons. Stato, VI, 20 ottobre 1999 , n. 1483).

4. Dal verbale del 1° marzo 2006 risulta che il sig. Stefano Rampinelli, presente all'aggiudicazione, era amministratore e legale rappresentante della ditta Green Life. In tale qualità egli ha richiesto che fosse messa a verbale la dichiarazione in merito all'illegittimità della propria esclusione (cfr. pag. 6 del verbale, dep. 14 aprile 2006).

4.1. Il ricorso introduttivo di primo grado notificato il 27 marzo 2006, risulta proposto, tra l'altro, avverso ... “il verbale relativo all'esperimento della gara *de qua* il cui contenuto, allo stato è stato unicamente anticipato a mezzo fax in data 23.03.2006, nonostante formale istanza di accesso agli atti”. I motivi aggiunti in primo grado notificati in data 2 maggio 2006, risultano proposti, tra l'altro, avverso ... il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara in parola, contenuto nel verbale relativo all'esperimento della gara *de qua* (già impugnato con ricorso introduttivo) verbale ricevuto solo in data 22.03.2006, (a seguito di istanza di accesso) nonché della nota prot. n. 5907 del 02.03.2006 con la quale si anticipava a mezzo fax, l'avvenuta predetta esclusione”.

5. Rispetto alla data del 1° marzo 2006, nella quale il sig. Rampi-

nelli, presente all'aggiudicazione nella qualità di amministratore e legale rappresentante della ditta Green Life ha avuto conoscenza dell'esclusione, il ricorso introduttivo è stato notificato tempestivamente (il 27 marzo 2006, dopo ventisei giorni) e i motivi aggiunti tardivamente (il 2 maggio 2006, dopo sessantuno giorni).

5.1. Nel ricorso introduttivo, nessuna delle due censure proposte è rivolta, esplicitamente o implicitamente, avverso l'esclusione. Nella prima, di violazione dei principi generali in tema di appalti, dell'art. 97 cost. e del D.P.R. n. 34 del 2000 si afferma l'inosservanza della determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui LL.PP. n. 29 del 6 novembre 2002, secondo cui le pavimentazioni sportive rientrano nella categoria specializzata OS6. Nella seconda, di violazione dell'art. 13, comma 7 legge n. 109/94, eccesso di potere per contraddittorietà, si contesta l'accettazione, in seduta di gara, della dichiarazione di subappalto di tutti i lavori, resa dalla controinteressata-aggiudicataria.

6. Ad avviso del Collegio nessuna delle due censure è tale da poter considerarsi riferita nei confronti dell'esclusione dalla gara, pronunciata dalla Commissione nel corso della seduta del 1° marzo 2006, cui era presente il sig. Rampinelli, nella qualità di amministratore e legale rappresentante della ditta Green Life e che, con tale qualità, aveva formulato la richiesta di verbalizzazione del dissenso alla propria esclusione.

6.1. Correttamente il comune afferma nell'appello la tardività dei

motivi aggiunti proposti in primo grado nei confronti dell'esclusione dalla gara della ricorrente Green Life s.n.c. in quanto il relativo provvedimento avrebbe dovuto essere tempestivamente impugnato con il ricorso introduttivo, che a sua volta nulla adduce in proposito.

6.2. Non è sufficiente affermare che in tale ultima sede è anche impugnato il verbale relativo all'esperimento della gara *de qua*. Avverso il suddetto verbale non è stata formulata alcuna espressa censura concernente l'esclusione. Né per la piena ed integrale conoscenza del contenuto del citato verbale era necessaria la formale istanza di accesso agli atti, essendo la sua efficacia lesiva pienamente conoscibile e conosciuta dalla ditta ricorrente sin da quando l'esclusione è stata decretata dalla Commissione, in quanto la ditta Green Life presenziava alla seduta di aggiudicazione tramite il proprio legale rappresentante, sig. Rampinelli che aveva preso conoscenza dell'esclusione e ne aveva espressamente dissentito.

7. Il motivo di appello che riprende l'eccezione del Comune in primo grado, è pertanto fondata. Essendo il sig. Rampinelli, presente alla seduta del 1 marzo 2006, nelle funzioni di amministratore e legale rappresentante della società Green Life, quest'ultima era sin da allora a piena conoscenza dell'esclusione, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione, giusta il principio secondo cui la conoscenza dell'atto di esclusione avuta dal rappre-

sentante della ditta doveva ritenersi riferibile alla stessa concorrente (Cons Stato, VI, 20 ottobre 1999 , n. 1483).

7.1. I successivi atti non erano idonei a produrre il decorso del predetto termine: la comunicazione a mezzo fax in data del 2 marzo 2006, di non ammissione alla gara è soltanto confermativa della determinazione adottata nel corso della seduta del 1° marzo 2006 e la ricezione del verbale relativo della gara, in data 22 marzo 2006, rappresenta mero adempimento della istanza di accesso, inidonea a produrre in capo alla ditta Green Life una lesione diversa da quella già determinatasi in data 1 marzo 2006 con la conoscenza dell'esclusione da parte del rappresentante legale, dalla quale decorreva il termine di impugnazione.

8. Dalla tardività, rispetto all'intervenuta conoscenza, dell'impugnazione dell'esclusione, avvenuta per la prima volta con i motivi aggiunti, consegue la fondatezza dell'appello del Comune di Fugo e la riforma della sentenza impugnata che ha respinto l'eccezione d'inammissibilità dei motivi aggiunti, una volta divenuta irrevocabile l'esclusione perché non tempestivamente impugnata ed ha accolto il ricorso della società Green Line s.n.c. avverso l'esclusione dalla gara.

8.1. In riforma della sentenza impugnata deve essere conclusivamente dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado.

8.2. Sussistono giustificati motivi, data la singolarità della fattispecie, per compensare integralmente tra le parti le spese proces-

suale relative al presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello del Comune di Lugo e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado.

Spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 12 febbraio 2008, con l'intervento dei Signori:

Sergio Santoro	Presidente
Cesare Lamberti rel. est	Consigliere
Claudio Marchitiello	Consigliere
Michele Corradino	Consigliere
Giancarlo Giambartolomei	Consigliere

L'Estensore

Il Presidente

f.to Cesare Lamberti

f.to Sergio Santoro

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 9/06/08

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale