

Varianti al progetto o semplici modifiche progettuali migliorative? Già alla luce di tale dato istruttorio, ricavabile dalle modalità partecipative previste per la gara di che trattasi, risulta evidente che ai concorrenti non si poteva richiedere, in fase di offerta, una minuziosa e dettagliata indicazione di tutti i profili tecnici connessi alle loro proposte migliorative (il compiuto espletamento di un onere in tal senso avrebbe comportato la redazione di circostanziati e puntuali elaborati progettuali esplicativi e non di una semplice relazione descrittiva). D'altra parte tali indicazioni, nella strutturazione della gara di che trattasi, avrebbero dovuto trovare piena attuazione soltanto nell'ambito del progetto esecutivo, da redigere da parte dell'aggiudicatario dopo la stipula del contratto d'appalto.

Qual è il parere del Supremo Giudice Amministrativo avverso un ricorso basato sui seguenti presupposti :< Secondo la prospettazione del deducente in via incidentale, lungi dal rappresentare inammissibili varianti al progetto, quelle prodotte dalle ditte dianzi citate sarebbero semplici modifiche progettuali migliorative, direttamente incidenti sulla migliore funzionalità ed economicità dell'opera; dette modifiche, favorevolmente scrutinate dalla Commissione giudicatrice, giammai potrebbero essere sindacate nel merito in sede giurisdizionale, se non sotto i profili – in concreto non ricorrenti - della palese incongruità e irragionevolezza. In ogni caso, non sarebbe corretto il percorso argomentativo del primo giudicante che dalla qualificazione della offerta tecnica dei citati concorrenti avrebbe addirittura inferito il difetto dei presupposti partecipativi e non invece, in linea eventuale, una incidenza dei contenuti delle rispettive offerte limitata alla diversa gradazione del punteggio sulle offerte tecniche. Ancora, l'appellante incidentale contesta in fatto la fondatezza del rilievo inerente la pretesa carenza, nella documentazione di gara esibita dal Consorzio, delle giustificazioni relative a tutte le voci di prezzo, anch'esso elemento determinante, nel percorso argomentativo del giudice di primo grado, al fine di ravvisare la carenza del titolo partecipativo alla selezione di che trattasi>?

E' corretto affermare che, poiché il terreno valutativo sul quale è incentrato l'esame è nella specie quello tipico della discrezionalità tecnica, il giudice di primo grado avrebbe potuto in ipotesi ritenere, superando il diverso vaglio compiuto dalla commissione di gara, la inammissibilità delle offerte (per totale inaffidabilità delle soluzioni tecniche migliorative proposte) soltanto a fronte di evidenti incongruità delle stesse o di scelte tecniche palesemente illogiche o irragionevoli?

Il Collegio è persuaso, conformemente a quanto sul punto prospettato dal ricorrente incidentale, che non correttamente il Tar abbia ravvisato nelle proposte dei primi due soggetti graduati i tratti propri dell'inammissibile offerta in variante rispetto al progetto definitivo posto a base di gara. La draconiana conclusione cui giunge il giudice di prime cure circa la necessaria esclusione dalla competizione dei suddetti soggetti, all'esito della verifica della consistenza delle rispettive offerte tecniche, merita dunque completa rivisitazione, alla luce dei seguenti considerazioni. E' bene subito precisare che l'appalto di che trattasi, come correttamente puntualizza il primo giudice, contemplava espressamente (bando, punto II 1.9) la possibilità per gli offerenti di presentare varianti al progetto definitivo posto a base di gara (art. 76 d.lgs. 163/06). **Unico limite oggettuale a tale ius variandi riguardava (art. 5 punto 1 del CSA parte A) i lavori di deviazione della strada provinciale e dei due canali consortili di convogliamento delle acque, per i quali dovevano evidentemente rimanere ferme le scelte progettuali fatte proprie dagli enti interessati (Provincia e Consorzi di bonifica) in sede di rilascio della approvazione/autorizzazione sul progetto definitivo proposto dalla stazione appaltante. La circostanza non è di poco momento in quanto è già di per sé indicativa del grado di apertura che la stazione appaltante intendeva offrire agli apporti ideativi e progettuali degli offerenti in ordine alle migliori soluzioni tecniche da proporre per realizzare il prolungamento della pista aeroportuale e delle connesse opere di smaltimento delle acque meteoriche.** D'altra parte un segnale ancor più significativo nella direzione della apertura dello schema di gara agli apporti ideativi esterni lo si rinviene nella stessa scelta originaria della stazione appaltante di ricorrere alla figura dell'appalto integrato (art. 140 del DPR 554/99) nell'ambito del quale, ancor prima della realizzazione dell'opera, all'aggiudicatario viene affidato il compito di redigere il progetto esecutivo (e cioè di compiere tutte le scelte tecniche di dettaglio, sia pur nei limiti di quanto previsto nel progetto definitivo e con gli aggiustamenti dovuti alle eventuali proposte migliorative), salvo il potere

dell'Amministrazione di far proprio tale progetto a mezzo di espressa approvazione (pena, in caso contrario, la risoluzione del contratto per inadempimento dell'Appaltatore). **Ciò detto, la Sezione è del parere che nessuno degli elementi tecnici controversi rinvenibili nelle proposte dei primi due soggetti graduati potesse portare a sancire la esclusione dalla gara dei due concorrenti**_Ciò detto, non appare pertinente il giudizio negativo espresso dal Tar all'indirizzo delle due proposte de quibus e fondato sulle pretese manchevolezze o insufficienze progettuali inerenti le proposte modifiche migliorative; né a fortiori appare proporzionato e ragionevole l'effetto espulsivo che da dette pretese manchevolezze il primo giudice fa derivare in danno dei due citati concorrenti, sia pur ai limitati fini (stante la impossibilità, ex art. 246 d.lgs. 163/ 06 di ricollegare alla pronuncia effetti caducatori sul contratto già stipulato) del riconoscimento della tutela risarcitoria in favore delle odierne appellanti

Merita di essere segnalata la decisione numero 2202 del 9 aprile 2009, emessa dal Consiglio di Stato e della quale riportiamo alcuni passaggi significativi:

Il rilievo è anche sintomatico del fatto che nell'appalto all'esame la distinzione ontologica, che tanto ha impegnato gli scritti difensivi delle parti e lo stesso giudice di primo grado, tra variante progettuale e semplice proposta migliorativa non doveva assumere una valenza così decisiva nella ratio decidendi. Né va enfatizzato il valore interpretativo della nota del 5.10.2007 in cui, lungi dall'ammettere tout court (come erroneamente ritenuto dal Tar) varianti soltanto in sede di progettazione esecutiva (ciò che è invece consentito solo nei limiti di cui ai commi 2,3,4 dell'art. 140 del DPR 554/99) e dall'escluderle in sede di offerta, la stazione appaltante si è limitata a richiamare, oltre alla disciplina regolamentare in tema di appalto integrato, i già indicati limiti oggettuali (rinvenibili nel citato art. 5 punto 1 del CSA parte A) agli apporti migliorativi degli offerenti

Ma non solo

Ciò detto, la Sezione è del parere che nessuno degli elementi tecnici controversi rinvenibili nelle proposte dei primi due soggetti graduati potesse portare a sancire la esclusione dalla gara dei due concorrenti. In particolare, non appare irrimediabilmente incompatibile (come ritenuto dal primo giudicante), rispetto alle previsioni GAMMAi di gara dianzi brevemente richiamate, né l'opzione tecnica (contenuta nell'offerta BETA spa) di modificare il grado di inclinazione della pista (portandolo dallo 0,70 % del progetto definitivo allo 0,35% della proposta BETA) , né quella (contenuta nell'offerta del Consorzio) di abbassare (rispetto alle indicazioni planoaltimetriche rinvenibili nel progetto definitivo) il piano di posa del <rilevato>, quale conseguenza dell'abbassamento (di un metro circa) della cd livelletta, in funzione della captazione di un piano di fondazione più stabile e sicuro per la pista di volo. Si è già detto che nell'appalto di che trattasi, in cui il bando ammetteva espressamente (sia pur nei suindicati limiti) il ricorso a varianti da parte degli offerenti, l'argomento relativo al discrimen tra variante (ammessa solo se previsto dalla lex specialis di gara) e proposta migliorativa (ammessa sempre e comunque, e nella specie addirittura valorizzata con una quota di punteggio ad essa riferibile) non deve avere eccessivo spazio nella logica decisoria, atteso che non è sulla differenza nominalistica tra le due opzioni (entrambe astrattamente ammesse) che va individuata la soluzione del caso concreto .

Nondimeno, a voler applicare alla fattispecie tale ordine argomentativo, è a dirsi che, anche alla luce dei criteri-guida richiamati nella giurisprudenza citata dai primi giudici (in particolare, Cons. St.,V, 16 maggio 2008, n. 3481) ed utili ad operare il sudetto discrimen tra la variante alternativa al progetto posto a base di gara e la proposta migliorativa nessuna delle due proposte progettuali riferibili alle suindicate imprese concorrenti potrebbero qualificarsi alla stregua di inammissibili varianti, nelle parti in cui prospettano le riferite modifiche tecniche al progetto definitivo posto a base di gara.>

Ed ancora

E' pacifico infatti che le stesse non si traducono in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto (dato che riguardano pur sempre la realizzazione del prolungamento di 600 mt della medesima pista in testata 28 -est-) e che le stesse risultano giustificate da un consistente risparmio di spesa (conseguente, nella proposta BETA, al minor spessore del cd rilevato,) nonché da maggior efficienza e sicurezza (conseguente, nella proposta del Consorzio, alla intercettazione di un più solido piano di fondazione).>

Ed infine

Come messo correttamente in luce dal Tar, non risponde al vero, già in linea di fatto, che la commissione giudicatrice abbia omesso di specificare i criteri motivazionali cui attenersi, ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, in sede di valutazione delle offerte. Sul punto si rinvia ai contenuti del verbale n. 4 del 2 novembre 2007 (peraltro riprodotti nella gravata sentenza) dai quali si evince che, sia con riferimento alla relazione n. 1 che con riguardo alla relazione n. 2, la Commissione ha ulteriormente specificato i criteri già tracciati sinteticamente nel disciplinare di gara rendendo così ostensibile il meccanismo di valutazione, operato poi in concreto a mezzo del rigido punteggiamento previsto dal Regolamento n. 554/99 (all.A) in l'applicazione del metodo del confronto a coppie.>

A cura di Sonia Lazzini



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.2202/09

Reg.Dec.

N. 8970 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo 93/2009

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

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla impresa ALFA Renzo Costruzioni srl, in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con impresa Latino srl, ALFADUE. srl – Scavi Impianti Tecnologici e Forniture -, ALFATRE. srl, in persona del legale rappresentante pt, nonché autonomamente dalla impresa Latino srl, dalla ALFADUE. srl – Scavi Impianti Tecnologici e Forniture – e dalla ALFATRE. srl, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pt, tutte rappresentate e difese in giudizio dall'avv. Alfredo Gualtieri ed elettivamente domiciliate in Roma alla via Ovidio 10, presso la sig.ra Anna Bei dello Studio Rosati;

contro

la SACAL spa, - Società Aeroportuale Calabrese-, in persona del legale rappresentante pt, rappresentata e difesa in giudizio dagli avv.ti prof. Luisa Torchia e Vincenzo Arnò ed elettivamente domiciliata nello studio legale della prima, in Roma alla via Sannio n. 65;

e nei confronti

della BETA spa -, in persona del suo legale rappresentante pt, rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Mirigliani con domicilio eletto in Roma, presso il suo studio in via della Frezza n. 59;
del Consorzio GAMMA Costruzioni s.c.ar.l., in persona del legale rappresentante pt, rappresentato e difeso dagli avv. Erika Braido e Giuseppe Naccarato con domicilio eletto in Roma via di Val Fiorita n. 90, presso la prima;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo per la Calabria, sede di Catanzaro, sez.II, n. 1480/08;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle società intimato;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla camera di consiglio del 17 febbraio 2009 relatore il Consigliere Giulio Castriota Scanderbeg.

Uditi l'Avv. Gualtieri, l'Avv. Torchia, l'avv. Mirigliani e l'avv. Lilli, quest'ultimo in sostituzione dell'avv. Naccarato;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Le società ricorrenti hanno partecipato nella forma della associazione temporanea da costituirsi alla gara d'appalto indetta dalla Società Aeroportuale Calabrese (d'ora in poi SACAL), il cui oggetto viene così sinteticamente descritto nel bando di gara “ prolungamento della pista di 600

metri in testata 28 (est) con adeguamento della rete di raccolta acque meteoriche; nel tratto interessato dal prolungamento, realizzazione di una nuova recinzione aeroportuale e di strade perimetrali, spostamento di una strada provinciale e di due canali consortili”. All’esito della gara, aggiudicata con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, l’ATI tra le imprese ricorrenti si è classificata al terzo posto di graduatoria GAMMAe, essendo risultata prima graduata (e quindi aggiudicataria della gara) la società BETA spa e secondo in graduatoria il Consorzio GAMMA Costruzioni s.c.ar.l (d’ora in poi anche “Consorzio”).

Avverso l’aggiudicazione nonché avverso i verbali di gara che compendiano il procedimento di valutazione delle offerte, ha proposto ricorso avanti il Tar Calabria la impresa ALFA Renzo Costruzioni srl, in proprio e quale capogruppo dell’ATI tra le suindicate imprese, deducendo: 1) la illegittima mancata esclusione dalla gara della offerta della BETA, per essere detta offerta distonica rispetto al progetto definitivo posto a base di gara ed al postutto indeterminata; 2) la illegittima mancata esclusione dalla stessa selezione del Consorzio GAMMA Costruzioni, per le medesime ragioni indicate al punto precedente; 3) in via subordinata: a) la omessa predisposizione ad opera del seggio di gara di criteri sufficientemente dettagliati di valutazione delle offerte dei concorrenti; b) la violazione della procedura del confronto a coppie per mancata espressione dei voti da parte dei singoli commissari. Ha concluso la ricorrente in primo grado per l’aggiudicazione in suo favore della gara ovvero, in linea subordinata, per la caducazione dell’intero procedimento selettivo.

Con ordinanza cautelare n. 157/08 il Tar Calabria: a) ha qualificato l’opera oggetto d’appalto di preminente interesse nazionale ai sensi e per gli effetti dell’art. 246 del d.lgs. n. 163/06; b) per conseguenza, ha escluso forme di tutela delle posizioni azionate in ricorso diverse da quella del risarcimento del danno per equivalente; c) ha fissato l’udienza pubblica per la trattazione del merito.

A seguito di tale pronuncia, la ricorrente di primo grado, sempre nella ricordata duplice qualità, ha interposto motivi aggiunti ed ha domandato per tal via di essere tenuta indenne da tutti i

danni subiti in conseguenza della mancata aggiudicazione in suo favore della gara (e quindi sia del danno emergente che del lucro cessante) e in subordine, di essere risarcita per la perdita di *chances* nonché in ogni caso del danno da mancato arricchimento curriculare conseguente alla mancata esecuzione dell'appalto.

Con sentenza n. 1480 del 29 ottobre 2008 la seconda sezione del Tar Calabria ha accolto in parte il ricorso proposto, annullando i verbali di gara nn. 4,5 e 6 nonché l'aggiudicazione definitiva in favore di BETA spa e condannando la società SACAL (in parziale accoglimento dei motivi aggiunti) al risarcimento del danno in favore della ricorrente (nei limiti della sola voce del danno emergente) nella misura di Euro 33.365,38 oltre interessi e rivalutazione monetaria, ed al pagamento delle spese di consulenza tecnica.

Avverso tale decisione ha proposto appello avanti a questo Consiglio di Stato la epigrafata impresa ALFA, in proprio e nella qualità di capogruppo della associazione temporanea costituenda per chiedere, in parziale riforma della sentenza impugnata, la integrale riparazione del danno sofferto per effetto della mancata aggiudicazione, nella declinazione delle singole voci risarcitorie già prospettata al giudice di primo grado. L' impresa appellante ha altresì riproposto in questa sede i motivi ritenuti infondati dal primo giudicante e, in linea gradata, quei motivi di censura già articolati in prime cure in vista della caducazione dell'intera gara, incentrati sulla pretesa violazione dell'art. 83 comma 4 del d.lgs. n.163/06, per non aver fissato la Commissione giudicatrice i criteri motivazionali cui attenersi nella valutazione delle offerte tecniche nonché la violazione della procedura del confronto a coppie (di cui all'all. A del d.P.R. 554/99) per mancata espressione dei voti da parte dei singoli commissari.

2. Si è costituita in giudizio la SACAL per resistere al ricorso e per chiederne il rigetto; detta società aeroportuale ha altresì proposto appello incidentale, col quale ha domandato l'integrale rigetto del ricorso di primo grado, in riforma della sentenza impugnata. Si sono altresì costituite la società BETA spa ed il Consorzio GAMMA Costruzioni per chiedere la reiezione del gravame.

All'udienza pubblica del 17 febbraio 2009 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

3. Per evidenti ragioni di economia processuale giova muovere dall'esame dell'appello incidentale. La sua rilevata fondatezza, infatti, per le considerazioni che subito si esporranno, in uno alla rinnovazione, in via residuale, del giudizio (di infondatezza) sulle censure di ricorso principale, già negativamente esaminate dal primo giudicante, elidono ogni spazio all'azione risarcitoria proposta dalle odierne appellanti fin dal primo grado di giudizio; in tema di tutela risarcitoria degli interessi, il dato prioritario ed ineludibile da cui muovere, senza il quale la responsabilità civile della pubblica amministrazione non è neppure in astratto predicabile, è che sia ravvisabile quantomeno un illegittimo esercizio di funzione amministrativa.

3.1 Come anticipato, l'appello incidentale è fondato e va accolto.

Deduce l'appellante incidentale SACAL che la decisione di primo grado è censurabile, e perciò da riformare, nella parte in cui ha ravvisato inopinatamente la illegittima partecipazione alla gara delle imprese prime due graduate all'esito della valutazione delle offerte, e cioè l'ATI costituenda tra le odierne imprese appellanti (risultata aggiudicataria) ed il Consorzio GAMMA Costruzioni s.c.a r.l. (risultato secondo graduato).

In estrema sintesi, il primo giudice avrebbe errato, a dire dell'appellante incidentale, a qualificare alla stregua di una inammissibile e indeterminata variante rispetto al progetto definitivo posto a base di gara, anziché di una consentita proposta migliorativa, quella parte della offerta di BETA in cui si prevede un diverso grado della pendenza della pista (con il correlativo diverso meccanismo di smaltimento delle acque meteoriche di superficie) nonché la proposta del Consorzio afferente il diverso assetto planoaltimetrico della c.d. livelletta e, conseguentemente, del piano di posa del <rilevato> della pista da prolungare. Secondo la prospettazione del deducente in via incidentale, lungi dal rappresentare inammissibili varianti al progetto, quelle prodotte dalle ditte dianzi citate sarebbero semplici modifiche progettuali migliorative, direttamente incidenti sulla migliore funzionalità ed economicità dell'opera; dette modifiche, favorevolmente scrutinate dalla

Commissione giudicatrice, giammai potrebbero essere sindacate nel merito in sede giurisdizionale, se non sotto i profili – in concreto non ricorrenti - della palese incongruità e irragionevolezza. In ogni caso, non sarebbe corretto il percorso argomentativo del primo giudice che dalla qualificazione della offerta tecnica dei citati concorrenti avrebbe addirittura inferito il difetto dei presupposti partecipativi e non invece, in linea eventuale, una incidenza dei contenuti delle rispettive offerte limitata alla diversa gradazione del punteggio sulle offerte tecniche. Ancora, l'appellante incidentale contesta in fatto la fondatezza del rilievo inerente la pretesa carenza, nella documentazione di gara esibita dal Consorzio, delle giustificazioni relative a tutte le voci di prezzo, anch'esso elemento determinante, nel percorso argomentativo del giudice di primo grado, al fine di ravvisare la carenza del titolo partecipativo alla selezione di che trattasi. Da ultimo, la ricorrente incidentale opina, a confutazione del capo di sentenza recante la condanna al ristoro dei danni ed al pagamento delle spese di lite, che sia completamente mancata da parte del primo giudice ogni indagine, in sede di ricostruzione della fattispecie aquiliana, in ordine all'indefettibile presupposto della colpa, indispensabile per far discendere dalla ipotizzata illegittimità procedimentale una eventuale responsabilità civile dell'apparato amministrativo.

3.2 La rilevata fondatezza, per quel che subito si dirà, delle prime due censure dianzi brevemente richiamate esimo il Collegio dal soffermarsi anche sulla terza doglianza dedotta in via incidentale, involgente l'elemento psicologico della fattispecie di illecito civile ipotizzato a carico della stazione appaltante; tale ultima questione può pertanto ritenersi assorbita nella decisione di accoglimento dei profili censori anzidetti.

3.3 Il Collegio è persuaso, conformemente a quanto sul punto prospettato dal ricorrente incidentale, che non correttamente il Tar abbia ravvisato nelle proposte dei primi due soggetti graduati (BETA spa e Consorzio) i tratti propri dell'inammissibile offerta in variante rispetto al progetto definitivo posto a base di gara. La draconiana conclusione cui giunge il giudice di prime cure circa la necessaria esclusione dalla competizione dei suddetti soggetti, all'esito della verifica

della consistenza delle rispettive offerte tecniche, merita dunque completa rivisitazione, alla luce dei seguenti considerazioni.

E' bene subito precisare che l'appalto di che trattasi, come correttamente puntualizza il primo giudice, contemplava espressamente (bando, punto II 1.9) la possibilità per gli offerenti di presentare varianti al progetto definitivo posto a base di gara (art. 76 d.lgs. 163/06). Unico limite oggettuale a tale *ius variandi* riguardava (art. 5 punto 1 del CSA parte A) i lavori di deviazione della strada provinciale e dei due canali consortili di convogliamento delle acque, per i quali dovevano evidentemente rimanere ferme le scelte progettuali fatte proprie dagli enti interessati (Provincia e Consorzi di bonifica) in sede di rilascio della approvazione/autorizzazione sul progetto definitivo proposto dalla stazione appaltante.

La circostanza non è di poco momento in quanto è già di per sé indicativa del grado di apertura che la stazione appaltante intendeva offrire agli apporti ideativi e progettuali degli offerenti in ordine alle migliori soluzioni tecniche da proporre per realizzare il prolungamento della pista aeroportuale e delle connesse opere di smaltimento delle acque meteoriche. Non solo. Il rilievo è anche sintomatico del fatto che nell'appalto all'esame la distinzione ontologica, che tanto ha impegnato gli scritti difensivi delle parti e lo stesso giudice di primo grado, tra variante progettuale e semplice proposta migliorativa non doveva assumere una valenza così decisiva nella *ratio decidendi*. Né va enfatizzato il valore interpretativo della nota del 5.10.2007 in cui, lungi dall'ammettere *tout court* (come erroneamente ritenuto dal Tar) varianti soltanto in sede di progettazione esecutiva (ciò che è invece consentito solo nei limiti di cui ai commi 2,3,4 dell'art. 140 del DPR 554/99) e dall'escluderle in sede di offerta, la stazione appaltante si è limitata a richiamare, oltre alla disciplina regolamentare in tema di appalto integrato, i già indicati limiti oggettuali (rinvenibili nel citato art. 5 punto 1 del CSA parte A) agli apporti migliorativi degli offerenti.

D'altra parte un segnale ancor più significativo nella direzione della apertura dello schema di gara agli apporti ideativi esterni lo si rinviene nella stessa scelta originaria della stazione appaltante di ricorrere alla figura dell'appalto integrato (art. 140 del DPR 554/99) nell'ambito del quale, ancor prima della realizzazione dell'opera, all'aggiudicatario viene affidato il compito di redigere il progetto esecutivo (e cioè di compiere tutte le scelte tecniche di dettaglio, sia pur nei limiti di quanto previsto nel progetto definitivo e con gli aggiustamenti dovuti alle eventuali proposte migliorative), salvo il potere dell'Amministrazione di far proprio tale progetto a mezzo di espressa approvazione (pena, in caso contrario, la risoluzione del contratto per inadempimento dell'Appaltatore).

3.4 Ciò detto, la Sezione è del parere che nessuno degli elementi tecnici controversi rinvenibili nelle proposte dei primi due soggetti graduati potesse portare a sancire la esclusione dalla gara dei due concorrenti. In particolare, non appare irrimediabilmente incompatibile (come ritenuto dal primo giudice), rispetto alle previsioni GAMMAi di gara dianzi brevemente richiamate, né l'opzione tecnica (contenuta nell'offerta BETA spa) di modificare il grado di inclinazione della pista (portandolo dallo 0,70 % del progetto definitivo allo 0,35% della proposta BETA) , né quella (contenuta nell'offerta del Consorzio) di abbassare (rispetto alle indicazioni planoaltimetriche rinvenibili nel progetto definitivo) il piano di posa del <rilevato>, quale conseguenza dell'abbassamento (di un metro circa) della cd livelletta, in funzione della captazione di un piano di fondazione più stabile e sicuro per la pista di volo.

Si è già detto che nell'appalto di che trattasi, in cui il bando ammetteva espressamente (sia pur nei suindicati limiti) il ricorso a varianti da parte degli offerenti, l'argomento relativo al *discrimen* tra variante (ammessa solo se previsto dalla lex specialis di gara) e proposta migliorativa (ammessa sempre e comunque, e nella specie addirittura valorizzata con una quota di punteggio ad essa riferibile) non deve avere eccessivo spazio nella logica decisoria, atteso che non è sulla

differenza nominalistica tra le due opzioni (entrambe astrattamente ammesse) che va individuata la soluzione del caso concreto .

Nondimeno, a voler applicare alla fattispecie tale ordine argomentativo, è a dirsi che, anche alla luce dei criteri-guida richiamati nella giurisprudenza citata dai primi giudici (in particolare, Cons. St.,V, 16 maggio 2008, n. 3481) ed utili ad operare il sudetto *discrimen* tra la variante alternativa al progetto posto a base di gara e la proposta migliorativa nessuna delle due proposte progettuali riferibili alle suindicate imprese concorrenti potrebbero qualificarsi alla stregua di inammissibili varianti, nelle parti in cui prospettano le riferite modifiche tecniche al progetto definitivo posto a base di gara.

E' pacifico infatti che le stesse non si traducono in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto (dato che riguardano pur sempre la realizzazione del prolungamento di 600 mt della medesima pista in testata 28 -est-) e che le stesse risultano giustificate da un consistente risparmio di spesa (conseguente, nella proposta BETA, al minor spessore del cd rilevato,) nonché da maggior efficienza e sicurezza (conseguente, nella proposta del Consorzio, alla intercettazione di un più solido piano di fondazione).

Il giudice di primo grado ha ravvisato la inammissibilità delle due proposte in esame soprattutto in relazione alla mancanza di una completa spiegazione, rinvenibile nella documentazione di gara, di tutte le conseguenze operative connesse alle scelte tecniche proposte, in particolare con riguardo all'incidenza sul sistema di smaltimento delle acque meteoriche (nella proposta di BETA spa) e della sistemazione ad una quota più bassa della cd livelletta (nella proposta del Consorzio).

Osserva preliminarmente la Sezione che, come correttamente messo in luce dallo stesso consulente tecnico nominato dal giudice di primo grado (cfr. le conclusioni riportate alle pagg. 23-26 della relazione in atti), i concorrenti in sede di gara erano chiamati ad illustrare la loro offerta tecnica a mezzo di tre distinte relazioni e non già di una compiuta progettazione esecutiva; in

particolare, per quel che qui interessa, a parte la relazione tecnico-metodologica (n.1) sul metodo di lavoro proposto e quella (n.3) sul cronoprogramma e l'eventuale termine anticipato di ultimazione dei lavori, i concorrenti erano tenuti a redigere una relazione tecnico-metodologica di non più di 30 facciate in formato A4 “ *che illustri le caratteristiche qualitative e metodologiche di svolgimento dei lavori e le eventuali soluzioni tecniche migliorative proposte*”.

Già alla luce di tale dato istruttorio, ricavabile dalle modalità partecipative previste per la gara di che trattasi, risulta evidente che ai concorrenti non si poteva richiedere, in fase di offerta, una minuziosa e dettagliata indicazione di tutti i profili tecnici connessi alle loro proposte migliorative (il compiuto espletamento di un onere in tal senso avrebbe comportato la redazione di circostanziati e puntuali elaborati progettuali esplicativi e non di una semplice relazione descrittiva). D'altra parte tali indicazioni, nella strutturazione della gara di che trattasi, avrebbero dovuto trovare piena attuazione soltanto nell'ambito del progetto esecutivo, da redigere da parte dell'aggiudicatario dopo la stipula del contratto d'appalto. Ciò detto, non appare pertinente il giudizio negativo espresso dal Tar all'indirizzo delle due proposte *de quibus* e fondato sulle pretese manchevolezze o insufficienze progettuali inerenti le proposte modifiche migliorative; né *a fortiori* appare proporzionato e ragionevole l'effetto espulsivo che da dette pretese manchevolezze il primo giudice fa derivare in danno dei due citati concorrenti, sia pur ai limitati fini (stante la impossibilità, ex art. 246 d.lgs. 163/ 06 di ricollegare alla pronuncia effetti caducatori sul contratto già stipulato) del riconoscimento della tutela risarcitoria in favore delle odierne appellanti.

Premesso, infatti, che il terreno valutativo sul quale è incentrato l'esame è nella specie quello tipico della discrezionalità tecnica, il giudice di primo grado avrebbe potuto in ipotesi ritenere, superando il diverso vaglio compiuto dalla commissione di gara, la inammissibilità delle offerte (per totale inaffidabilità delle soluzioni tecniche migliorative proposte) soltanto a fronte di evidenti incongruità delle stesse o di scelte tecniche palesemente illogiche o irragionevoli. Nella specie, invece, emergeva a chiare lettere dagli atti di causa, ed in particolare dall'elaborato peritale

redatto dal prof. Antonio Cenedese, la piena compatibilità (quantomeno in astratto) delle opzioni tecniche suggerite dalle società in competizione con la esecuzione a regola d'arte delle opere. In ordine alla proposta BETA, il ctu conclude infatti affermando che “ *un adeguato dimensionamento della rete di drenaggio, da realizzare in fase di progetto esecutivo, consentirà un corretto smaltimento delle acque meteoriche anche in presenza di una diminuzione della pendenza del tratto terminale della pista*”. Quanto invece alla proposta del Consorzio il consulente del giudice conclude condivisibilmente affermando che “ *come già ricordato la relazione richiesta non si configura come un progetto e pertanto le modifiche proposte possono rimanere non completamente definite in termini qualitativi e quantitativi.*” Il che vale a confermare da un lato che la proposta deve trovare compiuto svolgimento in sede di redazione del progetto esecutivo e che, inoltre, nei limiti gnoseologici consentiti dall'esame della relazione prodotta in sede di gara dal concorrente, la stessa non evidenzia profili di palese inammissibilità.

Anche i profili censori che si appuntano sull'indeterminatezza delle proposte migliorative di che si tratta decolorano alla luce dei rilievi appena svolti, peraltro in parte fatti propri dal primo giudicante lì dove lo stesso, in altra parte della pronuncia, se ne è servito per superare i motivi di primo grado incentrati sulla mancata indicazione puntuale della incidenza economica delle proposte migliorative. Giova infatti ribadire che le imprese in gara non avrebbero potuto far altro che affidarsi alle relazioni previste dalla *lex specialis* per descrivere le loro offerte tecniche, senza tuttavia aggiungere elaborati progettuali o indicazioni economiche riguardo alle proposte migliorative (dato che nella fase della valutazione delle offerte tecniche ogni indicatore economico avrebbe potuto inquinare il meccanismo valutativo con elementi propri dell'ultima fase dello scrutinio delle offerte, deputata alla apertura delle buste contenenti l'offerta economica). Di tal che è affermazione non condivisibile quella che si legge nella gravata sentenza laddove si precisa che la insufficienza della diversa opzione tecnica proposta si ricava anche dalla mancanza di una sezione trasversale che dimostri visivamente il meccanismo di deflusso delle acque di superficie della pista,

atteso che risulta sicuramente eccessiva e non corretta la decisione di ritenere senz'altro inattendibile la proposta della società BETA spa a causa della assenza di un elaborato tecnico (non richiesto dalla *lex specialis* di gara), quando invece è plausibile ritenere che del meccanismo di smaltimento delle acque piovane sarebbe stata data compiuta esplicitazione in sede di redazione del progetto esecutivo.

3.5 Quanto al profilo afferente la pretesa carenza, nella documentazione di corredo della offerta economica prodotta in sede di gara dal Consorzio, della relazione di giustificazione dei prezzi, la circostanza è smentita *ex actis* (cfr. la esistenza di detta relazione, al n. 8 del foliaro del fascicolo SACAL) e non necessita di ulteriori notazioni argomentative.

4. Il compiuto esame dell'appello incidentale e le rassegnate considerazioni in ordine alla sua fondatezza non esauriscono tuttavia il *thema decidendum* del presente giudizio d'appello.

Restano da esaminare partitamente, infatti, i motivi di ricorso, espressamente riproposti in questo grado, oggetto di espressa pronuncia di rigetto da parte del Tar nonché gli ulteriori motivi che, avendo un effetto potenzialmente cadutorio sull'intera gara, non possono ritenersi assorbiti nella decisione di accoglimento dell'impugnativa incidentale (atteso che quest'ultima si è appuntata esclusivamente sul tema della legittima partecipazione alla gara delle imprese risultate prime due graduate).

4.1 Sul punto il Collegio condivide pienamente le considerazioni svolte dal primo giudice nella gravata sentenza, la quale pertanto merita conferma per questa parte.

4.2 Così, non appar fondato il motivo di gravame inerente la pretesa modifica, nella proposta della società BETA spa, degli strati di materiale sottostanti la strada provinciale SS 110. E' evidente che qui la impresa offerente, lungi dal prospettare inammissibili soluzioni diverse da quelle già oggetto di approvazione da parte del competente Ente provinciale, si è limitata ad integrare lacune ed omissioni nella proposta a base del progetto definitivo, con il palese intento di rendere il lavoro a perfetta regola d'arte. Anche in tal caso è in sede di progetto esecutivo che la stazione appaltante

compirà ogni opportuna verifica di dettaglio in ordine al diviso profilo, senza che un aspetto così marginale possa riverberare effetti (addirittura di tipo espulsivo, come prospettato dalle appellanti) in sede di selezione delle offerte.

4.3 Già si è detto delle condivisibili osservazioni del primo giudice in ordine alla prospettata inammissibilità delle proposte migliorative (sempre della società BETA spa e del Consorzio) per effetto della mancata indicazione di ogni parametro di incidenza economica delle stesse sull'economia complessiva dell'appalto. Si è pure detto che anche in tal caso non si tratta di una manchevolezza suscettibile di rilevare negativamente per le partecipanti, dato che per un verso l'offerta tecnica non può contenere indicazioni di tipo economico sulle lavorazioni oggetto di gara (attesa la già rilevata impossibilità di inquinare con dati economici la fase di verifica della offerta tecnica, fase nella quale ancora non si conoscono i dati economici delle offerte dei contendenti) e che in ogni caso i concorrenti restano obbligati al prezzo globale indicato nella offerta economica (determinato, ai sensi dell'art. 82 d.lgs. 163/06, mediante offerta a prezzi unitari).

4.4 Allo stesso modo, non colgono nel segno i rilievi censori dedotti dalle appellanti all'indirizzo delle scelte progettuali rinvenibili nella proposta del Consorzio, con particolare riguardo all'opzione mirante ad aumentare i varchi doganali ed a quella di effettuare in via cautelativa lo sminamento preventivo delle aree, a scongiurare la presenza in loco di residui bellici. Anche in tal caso, si tratta di profili minimali di divergenza della proposta in esame rispetto al progetto definitivo, in rapporto ai quali non si vede come possa farsene derivare una rilevanza causale addirittura sullo stesso titolo di partecipazione del soggetto alla selezione. Come correttamente osservato dai primi giudici, si tratta di modalità esecutive che si inscrivono in un miglioramento complessivo del progetto realizzativo, senza che possa inferirsene una incidenza negativa in relazione al fatto che l'apertura di nuovi varchi doganali di accesso postula il previo coinvolgimento delle autorità militari o che, per altro verso, la stazione appaltante, attingendo ai poteri di cui all'art. 140 DPR 554/99, potrebbe in ogni caso disporre d'ufficio che “ *l'appaltatore*

provveda all'effettuazione di studi o indagini di maggior dettaglio o verifica rispetto a quelli utilizzati per il progetto definitivo".

4.5 Considerazioni speculari a quelle svolte al precedente punto 4.3, che qui devono intendersi riprodotte, danno conto del superamento dei rilievi di censura incentrati sulla pretesa indeterminatezza dei costi riguardo all'impiego delle "reti metalliche a doppia torsione" come pure di "georeti e griglie metalliche".

4.6 Sorte non migliore merita la censura con la quale le appellanti lamentano la inammissibile diminuzione del livello prestazionale complessivo dell'opera, in relazione alla proposta del Consorzio di non realizzare il prolungamento del canale < sud > e di riversare direttamente nel fosso di guardia e di qui nel canale "Risaia" le acque pluviali di superficie. E' evidente che si tratta di scelta tecnica che ha superato il vaglio discrezionale della commissione giudicatrice e che non potrebbe ridondare in inammissibilità dell'intera proposta progettuale del Consorzio, se non dopo che se ne sia dimostrata la palese inappropriata tecnica. Nello specifico tale prova non è stata fornita, né sussistono elementi per ritenere implausibile una tale soluzione, che in ogni caso avrebbe dovuto superare (ove mai il Consorzio fosse rimasto aggiudicatario della gara) l'ulteriore sindacato della stazione appaltante proprio della fase di approvazione del progetto esecutivo.

5. Da ultimo non appaiono condivisibili i motivi di censura che mirano ad inficiare l'intera gara.

5.1 Come messo correttamente in luce dal Tar, non risponde al vero, già in linea di fatto, che la commissione giudicatrice abbia ommesso di specificare i criteri motivazionali cui attenersi, ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, in sede di valutazione delle offerte. Sul punto si rinvia ai contenuti del verbale n. 4 del 2 novembre 2007 (peraltro riprodotti nella gravata sentenza) dai quali si evince che, sia con riferimento alla relazione n. 1 che con riguardo alla relazione n. 2, la Commissione ha ulteriormente specificato i criteri già tracciati sinteticamente nel disciplinare di

gara rendendo così ostensibile il meccanismo di valutazione, operato poi in concreto a mezzo del rigido punteggiamento previsto dal Regolamento n. 554/99 (all.A) in l'applicazione del metodo del confronto a coppie.

5.2 Né merita condivisione, per concludere, la censura sulla supposta illegittimità procedimentale consistita nella pretesa obliterazione, nel confronto a coppie delle offerte, della prioritaria fase di attribuzione dei voti di preferenza su ciascuna coppia di offerte (o, meglio, su ciascuna coppia di elementi delle offerte a confronto) da parte di ciascun commissario. Le stesse appellanti danno conto che nel verbale di gara n. 4 del 2 novembre 2007 la Commissione giudicatrice ha precisato di aver pedissequamente proceduto nella valutazione delle offerte *“con il metodo del confronto a coppie secondo le modalità di cui all'allegato n. 1 al regolamento di attuazione della Merloni”*. Tale procedimento si sviluppa attraverso la espressione del voto di preferenza da parte di ciascun commissario sugli elementi che formano ciascuna coppia; dopo la conclusione del confronto delle coppie, si sommano i punti attribuiti ad ogni offerta da parte di tutti i commissari.

Ora, non appare corretto ritenere che la mancata exteriorizzazione nei verbali dei voti dati da ciascun commissario comporti la violazione del procedimento di gara per obliterazione di tale ineludibile fase, dato che – come correttamente rilevato dal Tar – il giudizio di preferenza espresso da ciascun commissario è destinato a dissolversi nella sommatoria dei punteggi finali, dei quali soltanto, ragionevolmente, dà conto il verbale.

6. In definitiva, alla luce delle considerazioni che precedono, va accolto l'appello incidentale e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va integralmente rigettata la domanda risarcitoria proposta dalla impresa ALFA Renzo Costruzioni srl; va altresì rigettato, sotto ogni ulteriore profilo censorio, l'appello principale .

Le spese di lite di entrambi i gradi, ivi comprese quelle occorse per l'espletamento della consulenza tecnica di primo grado, possono essere integralmente compensate tra le parti, ricorrendo giusti motivi.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, accoglie l'appello incidentale e per l'effetto rigetta la domanda risarcitoria proposta in primo ed in secondo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso a Roma, in palazzo Spada, oggi 17 febbraio 2009, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione sesta, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo	Presidente
Paolo Buonvino	Consigliere
Roberto Garofoli	Consigliere
Roberto Giovagnoli	Consigliere
Giulio Castriota Scanderbeg	Consigliere est

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere

GIULIO CASTRIOTA SCANDERBEG

Segretario

GIOVANNI CECI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 9/04/2009

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

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria