

Soglia di sbarramento fissata a 23 punti: l'offerta delle ricorrenti è stata quindi illegittimamente esclusa poiché, qualora l'Amministrazione avesse fissato una soglia di sbarramento ragionevole e proporzionata rispetto ai criteri di valutazione dell'elemento "valore tecnico ed estetico", tale offerta sarebbe stata, con buona probabilità, ammessa al prosieguo della gara

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo avverso un ricorso per < Violazione degli artt. 2, 53, 83 e 93 del D.Lgs. n. 163/06 nonché eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa, illogicità, violazione dei principi di proporzionalità e di concorrenza, nella parte in cui la lex specialis di gara prevedeva la soglia di ingresso di 23 punti su 43; soglia che deve considerarsi immotivatamente e irragionevolmente elevata>?se i lavori si trovano ad un notevole stato di avanzamento, tanto da far dubitare che la rinnovazione della gara e la sottoscrizione di un nuovo contratto per il completamento dell'opera sia ancora possibile - in atti risulta essere stato depositato il 3° SAL per l'importo di € 1.168.812,14 al 2.2.2009 su un importo contrattuale di € 4.405.777,24, allora il risarcimento del danno può essere solo per equivalente?

Nel merito la censura è fondata. Il Collegio osserva che se la previsione di una soglia di sbarramento, così formulata, può considerarsi astrattamente inclusa nei poteri della stazione appaltante di definizione della lex specialis di gara, la relativa legittimità deve essere valutata sul caso specifico e in relazione ai concreti effetti che detta soglia è in grado di produrre in relazione al legittimo obiettivo che l'amministrazione si prefigge di raggiungere. Nel caso in esame la concreta applicazione di una soglia di sbarramento pari a 23 punti su 46, unitamente alla struttura dei parametri di valutazione dell'offerta tecnica (Capo IV.2.1 punto 2, del bando) ha prodotto l'effetto di eliminare, a priori, ben 6 offerte su 8 (che corrispondono al 75% delle offerte pervenute alla stazione appaltante). Va inoltre osservato che due, tra le offerte non ammesse, non si discostavano di molto dalla soglia di sbarramento, avendo conseguito, rispettivamente, 20,38 e 20,63 punti. Va poi considerato che l'offerta aggiudicataria è risultata tale pur avendo conseguito un punteggio inferiore (pari a 24,25) nella valutazione dell'elemento in oggetto rispetto all'offerta dell'Impresa controinteressata (pari a 29,38), a dimostrazione che l'esito della gara dipendeva dalla combinazione di tutti 3 gli elementi valutativi previsti dal bando (prezzo, valore tecnico ed estetico, tempo di esecuzione dei lavori). Di conseguenza la soglia di sbarramento fissata a 23 punti deve considerarsi irragionevole, sproporzionata e immotivata rispetto all'esigenze di garantire la più ampia partecipazione possibile e, di conseguenza, l'effettivo confronto concorrenziale tra gli offerenti a tutto vantaggio dell'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta possibile (ossia economicamente più vantaggiosa per l'Amministrazione). In relazione proprio allo stato di avanzamento dei lavori il Collegio ritiene che anche l'aggiudicazione, qui auspicata dalla ricorrente, non risulti ormai essere possibile o comunque economicamente apprezzabile quale ristoro in forma specifica. Va inoltre considerato che sussistono dubbi e contrasti giurisprudenziali riguardo alla giurisdizione di questo giudice circa le statuizioni ripristinatorie consequenziali all'annullamento degli atti di gara in presenza di un contratto già sottoscritto tra le parti, tenuto conto che l'opera non pare riconducibile, sulla base della documentazione depositata in atti, alle fattispecie di cui l'art. 246 del D.Lgs. n. 163/06 (non trattandosi di opera infrastrutturale o attinente ad insediamenti produttivi). Di conseguenza ritiene che l'unica soddisfazione possibile, che le ricorrenti possono ricevere, allo stato, da questo giudice, sia il risarcimento del danno per equivalente monetario.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 219 del 15 aprile 2009, emessa dal Tar Marche, Ancona ed in particolare il seguente passaggio:

Con il III motivo di ricorso viene dedotta violazione dell'artt. 53 del D.Lgs. n. 163/06, violazione della lex specialis di gara nonché eccesso di potere sotto diversi profili. In particolare le ricorrenti deducono: a) che le offerte dell'impresa aggiudicataria e della seconda classificata devono considerarsi inammissibili perché in contrasto con le prescrizioni di valutazione dell'offerta tecnica riguardanti i sub-elementi B7

(strutture di fondazione – max punti 2) e B9 (attraversamento su strada provinciale – max p. 3) (motivo III.i del ricorso); b) l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché non ha prodotto gli elementi giustificativi del prezzo richiesti in sede di gara (motivo III.ii del ricorso).

La censura è chiaramente ammissibile tenuto conto di quanto osservato in precedenza.

Nel merito, tuttavia, non può essere condivisa.

Riguardo all'offerta, considerata migliorativa, concernente il sub-elemento B7 (strutture di fondazione – max punti 2), va osservato che la relativa specifica (allegato A al disciplinare di gara), prevedeva, a pena di esclusione, l'osservanza delle sole indicazioni tipologiche contenute negli elaborati grafici di progetto quali fattori minimi di qualità dell'opera.

A giudizio del Collegio, il numero dei pali di fondazione non può farsi rientrare nelle immutabili “indicazioni tipologiche” ma, più semplicemente, nei dettagli tecnico/esecutivi che riguardano la struttura di fondazione tipologicamente definita dal progetto posto a base di gara (c.d. fondazione su pali).

La proposta migliorativa formulata dalle controinteressate era quindi ammissibile poiché riconducibile all'ipotesi n. 2 delle specifiche. Tale ipotesi riguardava proprio l'implementazione di soluzioni atte ad ottimizzare la risposta sismica delle strutture; ottimizzazione che, ovviamente, non avrebbe potuto trascurare il numero e la dimensione dei pali di fondazione in forza del principio di efficienza e di efficacia delle scelte tecniche in rapporto ai risultati da raggiungere e alle relative (e limitate) risorse a disposizione.

Quanto alle dedotte carenze di sufficiente e qualificata documentazione tecnica a sostegno delle migliori proposte in sede di gara, va osservato che, come dedotto dalla controinteressata, l'acquisizione e la verifica di tutta la documentazione tecnico/esecutiva era rimandata ad una fase successiva alla sottoscrizione del contratto ai sensi dell'art. 3 comma 5 dello stesso.

Riguardo all'offerta, considerata migliorativa, concernente il sub-elemento B9 (attraversamento su strada provinciale – max p. 3, in ordine al quale, anziché una passerella, veniva proposto un tunnel sotterraneo), valgono le medesime considerazioni di cui sopra.

Va infatti osservato che la relativa specifica, contenuta nel disciplinare di gara, prevedeva espressamente la possibilità di proporre nuove soluzioni progettuali rispetto a quelle indicate nel progetto posto a base di gara (punto 2).

Va esclusa la fondatezza anche dell'ultima parte della censura in esame con cui si deduce che l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché non aveva prodotto gli elementi giustificativi del prezzo richiesti in sede di gara.

Il Collegio osserva, al riguardo, che per tali elementi giustificativi, pur essendo richiesti dalla lex specialis, la relativa mancata produzione in un momento antecedente l'avvio del procedimento di verifica di anomalia, non risultava essere espressamente sanzionata a pena di esclusione, né avrebbe potuto trovare applicazione la clausola generale di esclusione prevista al punto 5.d.3 parte prima del disciplinare di gara che fa esclusivo riferimento alla sola violazione di clausole essenziali (da considerarsi tali solo quelle “espressamente previste dal presente disciplinare, ancorché non indicate nel presente elenco”)>

In tema inoltre di risarcimento del danno:

L'entità dello stesso non è, tuttavia, oggettivamente valutabile poiché il Collegio non dispone di elementi per stimare l'effettiva chance di vittoria in capo alle ricorrenti.

Deve quindi trovare applicazione l'art. 35 comma 2 del D.Lgs. n. 80/98 che attribuisce al giudice amministrativo il potere di stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione dovrà proporre il pagamento di una somma a titolo risarcitorio.

Il Collegio ritiene di definire tali criteri come segue:

a) la stazione appaltante dovrà ricostituire la commissione di gara che procederà all'apertura della busta recante la dicitura “offerta per il miglioramento tecnico ed estetico dell'intervento” e alla valutazione del relativo contenuto, adottando le conseguenti determinazioni;

- b) qualora l'offerta delle ricorrenti venga considerata ammissibile, la commissione procederà con l'apertura della busta contenente l'offerta economico-temporale e l'attribuzione del relativo punteggio tenendo conto delle sole altre due offerte già ammesse alla gara;
- c) la commissione valuterà quindi, sulla base del punteggio già conseguito (eventualmente rettificato a seguito della valutazione dei documenti contenuti nella busta sub a), e dei punteggi conseguiti sub b), se sussistevano effettive chance di aggiudicazione in favore delle ricorrenti;
- e) sulla base delle eventuali ed effettive chance di cui sopra, l'amministrazione formulerà poi un'offerta risarcitoria proporzionata al mancato guadagno per effetto dell'illegittima esclusione dalla gara;
- f) l'offerta risarcitoria dovrà essere formulata entro 60 giorni dalla notifica della presente sentenza>

a cura di Sonia Lazzini

**N. 00219/2009 REG.SEN.**  
**N. 00456/2008 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 456 del 2008, proposto da: Impresa ALFA Costruzioni Spa, Consorzio ALFADUE Infrastrutture e Tecnologie, rappresentati e difesi dagli avv. Claudio Baleani, Andrea Calzolaio, con domicilio eletto presso Alessandra Moneta Avv. in Ancona, via Matteotti, 74;

***contro***

Comune di Cupramontana, rappresentato e difeso dall'avv. Ranieri Felici, con domicilio eletto presso Marche Segreteria T.A.R. in Ancona, via della Loggia, 24; Comune Cupra Montana Responsabile Ufficio Tecnico, Lavori Pubblici, Manutenzione e Urbanistica, Commissione Giudicatrice Gara Appalto Lavori ex Fornace;

*nei confronti di*

Ditta BETA Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Bruno Cimadomo, Antonio Mastri, con domicilio eletto presso Antonio Mastri Avv. in Ancona, corso Garibaldi, 124; Impresa Costruzioni F.Lli Rinaldi Srl;

*per l'annullamento*

degli atti della procedura aperta per l'aggiudicazione dei lavori di riqualificazione urbana della ex Fornace in Località Paganello e risarcimento dei danni.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cupramontana;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ditta BETA Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25/03/2009 il dott. Gianluca Morri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Le imprese ricorrenti, in RTI, partecipavano alla procedura aperta di gara per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana "ex fornace" in località Paganello, indetta dal Comune di Cupra Montana con determinazione 15.2.2008 n. 166.

La lex specialis prevedeva l'aggiudicazione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da valutare attraverso i seguenti elementi:

- "prezzo" per il quale era previsto un punteggio massimo di 50;
- "valore tecnico ed estetico" (ulteriormente scomposto in 16 sub-elementi) per il quale era previsto un punteggio massimo di 43;

- “tempo di esecuzione dei lavori” per il quale era previsto un punteggio massimo di 7.

Il disciplinare di gara prevedeva, nella Parte Prima, Punto 5, lett. d.5, sub. 5), l'esclusione delle offerte che non avessero raggiunto la soglia minima di 23 punti su 43 nella valutazione dell'elemento “valore tecnico ed estetico”.

L'offerta della ricorrente conseguiva, in relazione a detto elemento, un punteggio pari a 20,23 e veniva pertanto esclusa dalla gara.

La graduatoria finale era infine così formulata:

1. Aggiudicataria: Impresa BETA Srl con punti complessivi 79,48 (di cui p. 50 per l'offerta economica, p. 24,25 per l'offerta tecnica e p. 5,23 per l'offerta tempo);
2. Seconda classificata: Impresa Rinaldi costruzioni Srl con punti complessivi 77,11 (di cui p. 40,73 per l'offerta economica, p. 29,38 per l'offerta tecnica e p. 7 per l'offerta tempo).

Al riguardo vengono dedotte le seguenti censure:

1. Violazione degli artt. 2, 53 e 83 del D.Lgs. n. 163/06 nonché eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa, omessa valutazione di parte della documentazione di corredo dell'offerta e difetto di motivazione. In particolare le ricorrenti deducono di aver elaborato alcuni documenti illustrativi dell'offerta tecnica (migliorativi) su indicazione del RUP (cfr. lettera 18.3.2008 prot. 2404), che venivano inseriti in una III busta autonoma contenente la dicitura “offerta per il miglioramento tecnico ed estetico dell'intervento”; busta che, tuttavia, la commissione di gara decideva di non aprire, evitando così di disporre di documenti tecnici che avrebbero favorito la comprensione dell'offerta delle ricorrenti con possibilità di attribuirle un punteggio maggiore (motivo I del ricorso).
2. Violazione degli artt. 2, 53, 83 e 93 del D.Lgs. n. 163/06 nonché eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa, illogicità, violazione dei principi di proporzionalità e di concorrenza, nella parte in cui la lex specialis di gara prevedeva la soglia di ingresso di 23 punti su 43; soglia che deve considerarsi immotivatamente e irragionevolmente elevata (motivo II del ricorso).
3. Violazione dell'artt. 53 del D.Lgs. n. 163/06, violazione della lex specialis di gara nonché eccesso di potere sotto diversi profili. In particolare le ricorrenti deducono:  
a) che le offerte dell'impresa aggiudicataria e della seconda classificata devono considerarsi inammissibili perché in contrasto con le prescrizioni di valutazione dell'offerta tecnica riguardanti i sub-elementi B7 (strutture di fondazione – max

punti 2) e B9 (attraversamento su strada provinciale – max p. 3) (motivo III.i del ricorso); b) l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché non ha prodotto gli elementi giustificativi del prezzo richiesti in sede di gara (motivo III.ii del ricorso).

4. Violazione degli artt. 2, 53, 83 e 93 del D.Lgs. n. 163/06 nonché eccesso di potere sotto diversi profili. In particolare le ricorrenti deducono: a) che l'Amministrazione non avrebbe potuto scegliere il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ponendo a base di gara un progetto esecutivo con la possibilità di presentare varianti (motivo IV lett. A del ricorso); b) in ogni caso, in presenza di un progetto esecutivo, non avrebbero potuto essere considerate le varianti come elementi di qualità (al massimo si sarebbero potuto accettare proposte migliorative) (motivo IV lett. B del ricorso); c) in realtà il bando non ammette le varianti al progetto esecutivo (motivo IV lett. C del ricorso), d) la stazione appaltante non ha motivato la decisione di procedere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (motivo IV lett. D del ricorso); e) per l'ammissibilità delle varianti la stazione appaltante non ha previsto la sottoscrizione dei nuovi elaborati da parte di un tecnico abilitato e la loro elaborazione in base alle regole del progetto esecutivo (motivo IV lett. E del ricorso); f) è illogico attribuire solo 2 punti per le modifiche che riguardano le fondazioni mentre si attribuiscono 3 punti alle modifiche riguardanti le balaustre e 3,5 punti alle modifiche sugli elementi orizzontali (motivo IV lett. F del ricorso).

5. Violazione di legge ed eccesso di potere per vizi della procedura di gara. In particolare le ricorrenti deducono: a) che nella commissione era presente il segretario comunale (presidente), il quale non possiede la necessaria qualificazione, tecnica in violazione dell'art. 84 del D.Lgs. n. 163/06 (motivo V.i del ricorso); b) che non sono state verbalizzate le modalità di custodia dei plichi durante l'interruzione delle operazioni di valutazione dell'offerta tecnica. La commissione ha altresì omesso di siglare i documenti componenti l'offerta tecnica (motivo V.ii del ricorso); c) che, nell'espressione dei voti sui singoli parametri, ciascun componente avrebbe espresso l'identica votazione numerica. Questo non consentirebbe di comprendere i motivi dell'attribuzione del punteggio sul singolo parametro. Il voto del segretario comunale sui parametri tecnici (es. fondazioni) non è attendibile per carenza di professionalità tecnica (motivo V.iii del ricorso).

Le ricorrenti avanzano, inoltre, istanza di risarcimento dei danni che vengono richiesti nella forma specifica mediante il rinnovo delle operazioni di gara e la conseguente aggiudicazione dell'appalto alle ricorrenti stesse. In subordine chiedono il risarcimento per equivalente monetario da commisurare alla perdita chance quantificabile in una cifra pari al 10% del valore dell'appalto o in diversa misura che sarà ritenuta dovuta.

Si è costituito in giudizio il Comune di Cupra Montana. L'Amministrazione eccepisce l'inammissibilità e l'irricevibilità di alcuni motivi di ricorso. Nel merito contesta le deduzioni di parte ricorrente chiedendone il rigetto.

Si è inoltre costituita l'Impresa BETA Srl in qualità di controinteressata. La stessa eccepisce l'inammissibilità di alcuni motivi di ricorso. Nel merito contesta le deduzioni di parte ricorrente chiedendone il rigetto.

All'udienza del 25.3.2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Con il I motivo di ricorso viene dedotta violazione degli artt. 2, 53 e 83 del D.Lgs. n. 163/06 nonché eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa, omessa valutazione di parte della documentazione di corredo dell'offerta e difetto di motivazione. In particolare le ricorrenti deducono di avere elaborato alcuni documenti illustrativi dell'offerta tecnica (migliorativi) su indicazione del RUP (cfr. lettera 18.3.2008 prot. 2404), che venivano inseriti in una III busta autonoma contenente la dicitura “offerta per il miglioramento tecnico ed estetico dell'intervento”; busta che, tuttavia, la commissione di gara decideva di non aprire, evitando così di disporre di documenti tecnici che avrebbero favorito la comprensione dell'offerta delle ricorrenti con la possibilità di attribuirle un punteggio maggiore.

Il Collegio osserva che la censura è ammissibile poiché, contrariamente a quanto deduce l'Amministrazione resistente, essendo sconosciuto l'effettivo contenuto della busta in questione non è possibile valutare ora se lo stesso possa rilevare ai fini dell'ammissibilità o meno dell'offerta.

La censura merita poi condivisione nel merito.

In linea generale si può riconoscere che la presentazione di una III busta appaia irrituale rispetto alla disciplina della *lex specialis*. Questo, tuttavia, non giustifica il rigoroso comportamento della stazione appaltante che ha ritenuto di ignorarla.

Tale busta, recante “offerta per il miglioramento tecnico ed estetico dell'intervento”, conteneva presumibilmente documenti attinenti all'offerta tecnica che avrebbero potuto essere rilevanti ai fini della relativa valutazione. Qualora la commissione di gara avesse nutrito dei dubbi sull'effettivo contenuto di questa busta, avrebbe potuto chiedere chiarimenti al rappresentante dell'impresa presente alla prima seduta di gara del 27.3.2008 per poi determinarsi di conseguenza.

In ogni caso l'apertura della busta non avrebbe leso alcuna par condicio tra gli offerenti poiché non emerge quale effettivo pregiudizio essi avrebbero potuto subire. Allo stesso modo non avrebbe recato alcun pregiudizio al sollecito svolgimento della procedura di gara poiché, una volta aperta la busta, la commissione avrebbe poi trattato le relative conseguenze (rilevanza o irrilevanza dei documenti, ammissibilità o inammissibilità degli stessi documenti, ammissibilità o inammissibilità dell'intera offerta).

La procedura si è quindi svolta in maniera illegittima sotto questo profilo, sottraendo così alle ricorrenti la chance per una eventuale e più favorevole valutazione della relativa offerta tecnica.

2. Con il II motivo di ricorso viene dedotta violazione degli artt. 2, 53, 83 e 93 del D.Lgs. n. 163/06 nonché eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa, illogicità e violazione dei principi di proporzionalità e di concorrenza, nella parte in cui la lex specialis di gara prevedeva la soglia di ingresso di 23 punti su 43 relativamente all'elemento "valore tecnico ed estetico"; soglia che deve considerarsi immotivatamente e irragionevolmente elevata.

Anche questa censura deve considerarsi ammissibile e tempestiva, poiché l'effettiva portata lesiva di una soglia di sbarramento così articolata, poteva essere percepita solo in seguito alla valutazione dell'offerta tecnica e all'applicazione dei relativi criteri da parte della competente commissione di gara. In sostanza le ricorrenti non avrebbero potuto sostituire il loro giudizio valutativo a quello della commissione per stabilire, ex ante, se la relativa offerta avesse o meno superato detta soglia di sbarramento. Alla data di pubblicazione del bando e di presentazione dell'offerta difettava, pertanto, un concreto interesse ad agire.

Nel merito la censura è fondata.

Il Collegio osserva che se la previsione di una soglia di sbarramento, così formulata, può considerarsi astrattamente inclusa nei poteri della stazione appaltante di definizione della lex specialis di gara, la relativa legittimità deve essere valutata sul caso specifico e in relazione ai concreti effetti che detta soglia è in grado di produrre in relazione al legittimo obiettivo che l'amministrazione si prefigge di raggiungere.

Nel caso in esame la concreta applicazione di una soglia di sbarramento pari a 23 punti su 46, unitamente alla struttura dei parametri di valutazione dell'offerta tecnica (Capo IV.2.1 punto 2, del bando) ha prodotto l'effetto di eliminare, a priori, ben 6 offerte su 8 (che corrispondono al 75% delle offerte pervenute alla stazione appaltante).



Va inoltre osservato che due, tra le offerte non ammesse (quella della ricorrente e quella dell'Impresa Sardellini costruzioni Srl), non si discostavano di molto dalla soglia di sbarramento, avendo conseguito, rispettivamente, 20,38 e 20,63 punti.

Va poi considerato che l'offerta aggiudicataria è risultata tale pur avendo conseguito un punteggio inferiore (pari a 24,25) nella valutazione dell'elemento in oggetto rispetto all'offerta dell'Impresa Rinaldi (pari a 29,38), a dimostrazione che l'esito della gara dipendeva dalla combinazione di tutti 3 gli elementi valutativi previsti dal bando (prezzo, valore tecnico ed estetico, tempo di esecuzione dei lavori).

Di conseguenza la soglia di sbarramento fissata a 23 punti deve considerarsi irragionevole, sproporzionata e immotivata rispetto all'esigenze di garantire la più ampia partecipazione possibile e, di conseguenza, l'effettivo confronto concorrenziale tra gli offerenti a tutto vantaggio dell'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta possibile (ossia economicamente più vantaggiosa per l'Amministrazione).

L'offerta delle ricorrenti è stata quindi illegittimamente esclusa poiché, qualora l'Amministrazione avesse fissato una soglia di sbarramento ragionevole e proporzionata rispetto ai criteri di valutazione dell'elemento "valore tecnico ed estetico", tale offerta sarebbe stata, con buona probabilità, ammessa al prosieguo della gara.

3. Con il III motivo di ricorso viene dedotta violazione dell'artt. 53 del D.Lgs. n. 163/06, violazione della lex specialis di gara nonché eccesso di potere sotto diversi profili. In particolare le ricorrenti deducono: a) che le offerte dell'impresa aggiudicataria e della seconda classificata devono considerarsi inammissibili perché in contrasto con le prescrizioni di valutazione dell'offerta tecnica riguardanti i sub-elementi B7 (strutture di fondazione – max punti 2) e B9 (attraversamento su strada provinciale – max p. 3) (motivo III.i del ricorso); b) l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché non ha prodotto gli elementi giustificativi del prezzo richiesti in sede di gara (motivo III.ii del ricorso).

La censura è chiaramente ammissibile tenuto conto di quanto osservato in precedenza.

Nel merito, tuttavia, non può essere condivisa.

Riguardo all'offerta, considerata migliorativa, concernente il sub-elemento B7 (strutture di fondazione – max punti 2), va osservato che la relativa specifica (allegato A al disciplinare di gara), prevedeva, a pena di esclusione, l'osservanza

delle sole indicazioni tipologiche contenute negli elaborati grafici di progetto quali fattori minimi di qualità dell'opera.

A giudizio del Collegio, il numero dei pali di fondazione non può farsi rientrare nelle immodificabili “indicazioni tipologiche” ma, più semplicemente, nei dettagli tecnico/esecutivi che riguardano la struttura di fondazione tipologicamente definita dal progetto posto a base di gara (c.d. fondazione su pali).

La proposta migliorativa formulata dalle controinteressate era quindi ammissibile poiché riconducibile all'ipotesi n. 2 delle specifiche. Tale ipotesi riguardava proprio l'implementazione di soluzioni atte ad ottimizzare la risposta sismica delle strutture; ottimizzazione che, ovviamente, non avrebbe potuto trascurare il numero e la dimensione dei pali di fondazione in forza del principio di efficienza e di efficacia delle scelte tecniche in rapporto ai risultati da raggiungere e alle relative (e limitate) risorse a disposizione.

Quanto alle dedotte carenze di sufficiente e qualificata documentazione tecnica a sostegno delle migliorie proposte in sede di gara, va osservato che, come dedotto dalla controinteressata, l'acquisizione e la verifica di tutta la documentazione tecnico/esecutiva era rimandata ad una fase successiva alla sottoscrizione del contratto ai sensi dell'art. 3 comma 5 dello stesso.

Riguardo all'offerta, considerata migliorativa, concernente il sub-elemento B9 (attraversamento su strada provinciale – max p. 3, in ordine al quale, anziché una passerella, veniva proposto un tunnel sotterraneo), valgono le medesime considerazioni di cui sopra.

Va infatti osservato che la relativa specifica, contenuta nel disciplinare di gara, prevedeva espressamente la possibilità di proporre nuove soluzioni progettuali rispetto a quelle indicate nel progetto posto a base di gara (punto 2).

Va esclusa la fondatezza anche dell'ultima parte della censura in esame con cui si deduce che l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché non aveva prodotto gli elementi giustificativi del prezzo richiesti in sede di gara.

Il Collegio osserva, al riguardo, che per tali elementi giustificativi, pur essendo richiesti dalla lex specialis, la relativa mancata produzione in un momento antecedente l'avvio del procedimento di verifica di anomalia, non risultava essere espressamente sanzionata a pena di esclusione, né avrebbe potuto trovare applicazione la clausola generale di esclusione prevista al punto 5.d.3 parte prima del disciplinare di gara che fa esclusivo riferimento alla sola violazione di clausole essenziali (da considerarsi tali solo quelle “espressamente previste dal presente disciplinare, ancorché non indicate nel presente elenco”).

4. La fondatezza dei motivi di ricorso I e II, dedotti in ordine logico rispetto ai successivi motivi IV e V, assicurano la maggiore utilità auspicabile dalla ricorrente.

La stessa allega che la finalità principale dell'odierno ricorso è quella di conseguire l'ammissione alla gara e l'esclusione delle controinteressate al fine di ottenere, in ultima analisi, l'aggiudicazione dell'appalto (cfr. pag. 15 ricorso).

Di conseguenza il Collegio ritiene irrilevante la trattazione dei motivi IV e V poiché, anche in caso di loro accoglimento, la ricorrente potrebbe solo auspicare in una rinnovazione dell'intera gara, ma perdendo così qualsiasi margine di apprezzabile valutazione della relativa chance di vittoria (chance che si riduce ulteriormente in considerazione del fatto che i lavori si trovano ad un notevole stato di avanzamento, tanto da far dubitare che la rinnovazione della gara e la sottoscrizione di un nuovo contratto per il completamento dell'opera sia ancora possibile - in atti risulta essere stato depositato il 3° SAL per l'importo di € 1.168.812,14 al 2.2.2009 su un importo contrattuale di € 4.405.777,24).

In relazione proprio allo stato di avanzamento dei lavori il Collegio ritiene che anche l'aggiudicazione, qui auspicata dalla ricorrente, non risulti ormai essere possibile o comunque economicamente apprezzabile quale ristoro in forma specifica. Va inoltre considerato che sussistono dubbi e contrasti giurisprudenziali riguardo alla giurisdizione di questo giudice circa le statuizioni ripristinatorie consequenziali all'annullamento degli atti di gara in presenza di un contratto già sottoscritto tra le parti, tenuto conto che l'opera non pare riconducibile, sulla base della documentazione depositata in atti, alle fattispecie di cui l'art. 246 del D.Lgs. n. 163/06 (non trattandosi di opera infrastrutturale o attinente ad insediamenti produttivi).

Di conseguenza ritiene che l'unica soddisfazione possibile, che le ricorrenti possono ricevere, allo stato, da questo giudice, sia il risarcimento del danno per equivalente monetario.

5. L'entità dello stesso non è, tuttavia, oggettivamente valutabile poiché il Collegio non dispone di elementi per stimare l'effettiva chance di vittoria in capo alle ricorrenti.

Deve quindi trovare applicazione l'art. 35 comma 2 del D.Lgs. n. 80/98 che attribuisce al giudice amministrativo il potere di stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione dovrà proporre il pagamento di una somma a titolo risarcitorio.

Il Collegio ritiene di definire tali criteri come segue:

a) la stazione appaltante dovrà ricostituire la commissione di gara che procederà all'apertura della busta recante la dicitura "offerta per il miglioramento tecnico ed estetico dell'intervento" e alla valutazione del relativo contenuto, adottando le conseguenti determinazioni;

b) qualora l'offerta delle ricorrenti venga considerata ammissibile, la commissione procederà con l'apertura della busta contenente l'offerta economico-temporale e l'attribuzione del relativo punteggio tenendo conto delle sole altre due offerte già ammesse alla gara;

c) la commissione valuterà quindi, sulla base del punteggio già conseguito (eventualmente rettificato a seguito della valutazione dei documenti contenuti nella busta sub a), e dei punteggi conseguiti sub b), se sussistevano effettive chance di aggiudicazione in favore delle ricorrenti;

e) sulla base delle eventuali ed effettive chance di cui sopra, l'amministrazione formulerà poi un'offerta risarcitoria proporzionata al mancato guadagno per effetto dell'illegittima esclusione dalla gara;

f) l'offerta risarcitoria dovrà essere formulata entro 60 giorni dalla notifica della presente sentenza.

6. La complessità della controversia costituisce giusto motivo per disporre la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati e accoglie l'istanza risarcitoria nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Autorità amministrativa ed è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 25/03/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Giuseppe Daniele, Consigliere

Gianluca Morri, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/04/2009

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

IL SEGRETARIO