

N. 01062/2012REG.PROV.COLL.
N. 02117/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2117 del 2010, proposto da Dedalus s.p.a. , in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dagli avvocati Dover Scalera e Gabriele Di Paolo, con domicilio eletto presso il primo in Roma, viale Liegi, 35/B;

contro

Webred spa, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Marcucci e Antonio Campagnola, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Lutezia n. 8;

nei confronti di

Telecom Italia spa, rappresentata e difesa dall'avv. Franco Giuseppe Ferrari, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via di Ripetta, 142;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. UMBRIA – PERUGIA, SEZIONE I, n. 146/2010, resa tra le parti, concernente affidamento di fornitura per il sistema informativo di anatomie patologiche della Regione Umbria e relativo servizio di manutenzione.

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Webred spa e di Telecom Italia spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa, compresa l'ordinanza della sezione n. 1779 del 2010 di rigetto della istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata;

Relatore nell'udienza pubblica del 29 novembre 2011 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Di Paolo, Campagnola e Ferrari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1.- Con la sentenza in epigrafe il TAR Umbria ha respinto il ricorso proposto dalla s.p.a. Dedalus - che con atti di fusione del 17 e del 29.12.2009 ha incorporato l'allora partecipante alla gara s.p.a. Metafora Informatica- contro: a) il provvedimento adottato dalla commissione di gara in data 4.12.2009 di esclusione di Metafora Informatica dalla

procedura aperta indetta dalla s.p.a. Webred –centrale di committenza- per la fornitura di un “sistema informativo delle anatomie patologiche della Regione Umbria e relativo servizio di manutenzione” , per avere la concorrente offerto un costo per il servizio di manutenzione e assistenza post garanzia di € 18.000, superiore al limite massimo del 15 % del costo della licenza d’uso del software, in violazione del p. 6.9.3. del capitolato tecnico; b) l’atto di aggiudicazione della gara a Telecom Italia e c) l’art. 6.9.3. del capitolato tecnico di gara, nella parte in cui è previsto che “l’importo del canone di manutenzione di cui al precedente punto 1. non dovrà peraltro, pena l’esclusione, superare un importo pari al 15% della licenza d’uso del software applicativo offerto”. Dedalus aveva inoltre chiesto al TAR la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

1.2.-Con ricorso in appello notificato il 15.3.2010 e tempestivamente depositato in segreteria Dedalus ha rilevato la erroneità della sentenza formulando quattro motivi di appello (da A.1) ad A.4) , v. pagine da 12 a 22 ric. app.), riproponendo quindi le censure fatte valere in primo grado (da pag. 22 a 29 ric. app.) e reiterando la domanda risarcitoria.

1.3.-Stazione appaltante e Telecom Italia si sono costituite, hanno eccepito la irricevibilità per tardività del ricorso di primo grado e la inammissibilità dello stesso per difetto di legittimazione ad agire di Dedalus e per nullità della notifica del ricorso medesimo, e hanno quindi controdedotto nel merito concludendo per il rigetto del gravame.

1.4.- L’istanza di sospensione dell’esecutività della sentenza è stata respinta e all’udienza del 29.11.2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2.1.- Nel settembre del 2009 la Webred s.p.a. – società in house della Regione e delle Aziende Sanitarie dell’Umbria e per esse centrale di committenza ai sensi dell’articolo 8 della l. reg. n. 8/2007 – ha indetto una procedura aperta, sotto soglia comunitaria, con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura di un “Sistema

informativo delle Anatomie Patologiche della Regione Umbria e del relativo servizio di manutenzione”.

L'importo a base d'asta era di € 175.000, IVA esclusa, per l'intera fornitura, da completare entro 180 giorni dalla sottoscrizione del contratto, comprensiva non solo della realizzazione del sistema informativo, ma anche della fornitura delle integrazioni di quest'ultimo con i sistemi informativi esistenti, dei servizi di avviamento e formazione, e del servizio di manutenzione da prestare durante il periodo di garanzia del sistema previsto per 12 mesi.

In base a quanto disposto all'art. 1 del disciplinare di gara, la procedura era regolata dal bando di gara, dal disciplinare che ne forma parte integrante e sostanziale e, per quanto in questa sede più rileva, “dal Capitolato Tecnico di gara” . Il capitolato tecnico faceva dunque parte integrante della “lex specialis” di gara e della documentazione di gara, al pari del disciplinare.

La sommatoria dei punteggi tecnico ed economico ottenuti da Metafora la collocavano al primo posto della graduatoria, seguita dalla offerta di Telecom Italia.

Senonché, la stazione appaltante ha escluso Metafora Informatica dalla procedura per avere, quest'ultima, nel formulare la propria offerta, indicato un prezzo, a titolo di canone annuo del servizio di manutenzione e assistenza post garanzia, di € 18.000, superiore al limite massimo del 15 % del costo della licenza d'uso del software (pari a 103.000 €, con un rapporto percentuale tra i due importi del 17,47 %) , in violazione di una disposizione di gara prevista esplicitamente a pena di esclusione. A questo proposito il capitolato tecnico -che Dedalus ha impugnato limitatamente al p. 6.9.3. - , oltre a prevedere il peso relativo dell'offerta tecnica (60/100) e di quella economica (40/100) , e dei “parametri” in cui era suddivisa l'offerta tecnica (“rispondenza ai requisiti funzionali”, “rispondenza ai requisiti tecnologici”, “capacità tecnica” - il primo e il terzo dei quali a loro volta ripartiti in sotto-parametri, e per ciascuno dei parametri e sotto-parametri i “criteri di massima” che la commissione avrebbe seguito nell'attribuzione

dei punteggi alle offerte) stabiliva, al p. 6.9.3. , per ciò che qui più interessa ai fini del decidere, sul “servizio di manutenzione ed assistenza post garanzia”, che “la ditta concorrente deve presentare la propria proposta di servizio di manutenzione ed assistenza post garanzia con le stesse caratteristiche minime indicate per tale servizio nel periodo di garanzia”. Di tale servizio veniva richiesta la “valutazione economica” (in buona sostanza, il prezzo) in relazione a due diverse ipotesi di copertura, vale a dire per i giorni lavorativi durante il normale orario di lavoro – punto 1. – o per la copertura del servizio 7 giorni su 7 -h 24 – punto 2. , con le ulteriori precisazioni che :

- «la valutazione economica del servizio (...) è da indicare nell’offerta economica ai soli fini di conoscenza del valore; tale valutazione economica non parteciperà quindi alla composizione del prezzo»; e
- «l’importo del canone di manutenzione di cui al precedente punto 1 non dovrà peraltro, pena l’esclusione, superare un importo pari al 15% della licenza d’uso del software applicativo offerto».

A seguito di istanza di annullamento in autotutela della citata esclusione Webred, con nota del 21.12.2009, ha comunicato di non poter accogliere la richiesta e ha confermato l’esclusione di Metafora Informatica dalla procedura.

L’aggiudicazione è stata quindi disposta in favore di Telecom Italia.

Con l’impugnata sentenza in forma semplificata il TAR Umbria ha respinto le censure di Dedalus.

2.2.- Il Collegio, attesa la infondatezza nel merito dei motivi d’appello proposti, può fare a meno di prendere posizione sulle eccezioni di irricevibilità per tardività e di inammissibilità del ricorso di primo grado sollevate dalle difese di Webred e di Telecom.

2.2.1.- Con il motivo sub A.1) Dedalus rileva la erroneità della sentenza impugnata per travisamento dei presupposti di fatto, illogicità e violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Il TAR avrebbe omesso di pronunciarsi sugli effetti illogici e paradossali prodotti dalla applicazione della impugnata clausola di cui al p. 6.9.3. del

capitolato tecnico. Clausola che ha determinato il duplice effetto di azzerare l'operato della commissione di valutazione e la graduatoria dalla stessa compilata applicando i criteri indicati dalla "lex specialis", e di determinare un maggiore esborso, per la stazione appaltante, di 59.000 € , pari alla differenza tra l'offerta della ricorrente e quella di Telecom, escludendo dalla procedura l'operatore economico che aveva presentato l'offerta più conveniente.

Diversamente da quanto ritiene Dedalus, come si ricava dalla lettura della sentenza impugnata (si veda, in particolare, il p. 6.2.), il Giudice di primo grado si è fatto carico di esaminare la clausola oggetto di impugnazione, vale a dire il p. 6.9.3. del capitolato tecnico, e di valutare le conseguenze derivanti dalla applicazione della clausola medesima alla procedura "de qua", ritenendo di non poter accogliere la tesi difensiva di Dedalus.

Il TAR, con motivazione sufficiente e logica, ha affermato che la prescrizione di cui al p. 6.9.3. del capitolato tecnico, che indubbiamente fa parte della "lex specialis" di gara e come tale va applicata (su questo aspetto v. "infra", p. 2.2.2.) , è univoca nel contenuto e nella comminatoria dell'esclusione per l'ipotesi di un suo mancato rispetto, e che non possono assumere rilievo "considerazioni relative alla marginale incidenza quantitativa del prezzo del servizio post garanzia sul valore dell'appalto, o alla modestia dello scostamento relativo alla soglia massima stabilita per tale prezzo; o, infine, alla circostanza che, all'origine dello scostamento, vi sia una componente di costo dovuta alle prestazioni di supporto da parte di un soggetto terzo ..." , la valutazione della convenienza della offerta non potendo essere effettuata se non alla luce delle prescrizioni approvate per lo svolgimento della procedura (conf. sent. TAR Umbria, al p. 6.2. , "in finem", là dove ribadisce che "può dirsi offerta più vantaggiosa soltanto quella della quale sia stata apprezzata la convenienza applicando le previsioni della gara"). Del resto, come condivisibilmente osserva la difesa dell'appellata, se fosse consentito al Giudice amministrativo sindacare la bontà delle valutazioni di convenienza economica delle singole offerte in applicazione di regole e di criteri diversi da quelli fissati nella "lex specialis" di gara,

si aprirebbe il varco a un sindacato non di mera legittimità sull'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante, nei limiti della manifesta illogicità o irrazionalità, o dell'errore sui fatti, come ammesso dalla giurisprudenza costante, ma esteso al merito delle valutazioni effettuate e alla stessa formulazione delle regole che debbono governare lo svolgimento della singola gara, il che non può ammettersi.

2.2.2.- Con il motivo sub A.2) Dedalus censura la sentenza nella parte in cui il TAR ha ommesso di tenere in considerazione la distinzione tra capitolato speciale e capitolato tecnico. Secondo l'appellante, solo il bando, il disciplinare di gara e/o il capitolato speciale possono contenere le regole della gara e prevedere i casi di esclusione di un concorrente dalla procedura. Il capitolato tecnico, o prestazionale, è un elaborato di carattere progettuale e non contiene prescrizioni in ordine alla formulazione delle offerte di gara. Inoltre, nella specie la clausola di esclusione, inserita nel capitolato tecnico, non è stata riprodotta, né richiamata, nella "lex specialis" propriamente intesa, composta da bando e disciplinare di gara.

Per rigettare il motivo sopra riassunto va rilevato, in primo luogo, che, per giurisprudenza pacifica, il che esime il Collegio da citazioni specifiche, nell'interpretare l'atto amministrativo ai fini della sua qualificazione occorre tenere conto non già del "nomen juris" che l'autorità emanante ha assegnato all'atto medesimo, ma del suo contenuto effettivo e del potere che l'Amministrazione ha inteso esercitare in concreto.

Nel caso in esame, come correttamente osservato dal TAR (v. p. 6.1.1.) , il capitolato tecnico non si limitava a individuare le specifiche delle prestazioni da eseguire ma, all'art. 7, prevedeva anche i criteri relativi all'esame delle offerte, inclusi pesi, parametri e sotto-parametri (v. pagg. 17 e seguenti cap. tec. cit.).

E' ben vero che, normalmente, in tema di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, le prescrizioni poste a pena di inammissibilità dell'offerta sono contenute nel bando di gara. Peraltro, le prescrizioni stesse possono altresì trovare

ingresso nel capitolato speciale, e in questo caso le stesse, al fine di evitare possibili discriminazioni tra i potenziali partecipanti, assumono la medesima portata precettiva e, pertanto, dal mancato rispetto deriva l'esclusione dalla gara. Nella specie, considerata la idoneità del documento denominato “capitolato tecnico” a contenere le regole di gara, a concorrere cioè alla integrazione e al completamento della “lex specialis” , va condivisa la conclusione alla quale è giunto il TAR in ordine al fatto che la prescrizione di cui al punto 6.9.3. del capitolato medesimo faceva parte della “lex specialis” della gara e poteva (doveva) essere applicata.

Quanto poi allo specifico profilo di censura in base al quale la clausola di esclusione di cui al p. 6.9.3. cap. tec. cit. non faceva parte della “lex specialis” propriamente intesa in quanto non riprodotta o richiamata nel bando o nel disciplinare, appare sufficiente rimarcare, con il TAR (v. p. 6.1.1. sent.) e con le difese di Webred e Telecom, che il disciplinare di gara, all’art. 1, ultima parte, statuiva che “la presente procedura è regolata dal bando di gara, dal presente disciplinare che ne forma parte integrante e sostanziale, dal Capitolato Tecnico di gara, dalle dichiarazioni richieste al successivo art. 3 e dallo schema di offerta economica” . Il disciplinare richiamava le prescrizioni del capitolato “per relationem”, recependone il contenuto e chiarendo in modo esplicito come lo stesso concorresse a disciplinare la procedura. Non pare inutile aggiungere che il disciplinare richiamava il capitolato tecnico anche là dove, all’art. 1, decimo periodo, specificava che «la gara sarà aggiudicata in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 83 del d. lgs. n 163/2006, sulla base dei criteri e parametri di valutazione e relativi punteggi specificati nel Capitolato Tecnico allegato alla presente» (prima si è precisato che i parametri e i criteri di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa erano contenuti proprio nel capitolato tecnico, soprattutto al punto 7. Va adesso sottolineato che il capitolato tecnico era esplicitamente qualificato, nel disciplinare di gara, come un allegato di tale documento).

Risulta insomma erronea in fatto l'affermazione dell'appellante secondo la quale la clausola escludente del capitolato tecnico era formulata fuori della "sedes materiae" sua propria, con la conseguenza che il Giudice di primo grado avrebbe dovuto accogliere la censura di Dedalus considerando valutabili le offerte di gara a prescindere dalla prescrizione di cui al citato p. 6.9.3. .

Come fondatamente osserva la difesa di Webred, Metafora Informativa , essendo stata previamente edotta che le regole di gara erano contenute non solo nel bando e nel disciplinare, ma anche nel capitolato tecnico, aveva l'onere di procedere a una lettura globale delle regole di gara medesime, al pari degli altri concorrenti che, stando a ciò che afferma la difesa della stazione appaltante, in sede di formulazione delle offerte hanno rispettato il limite del 15 % previsto al p. 6.9.3. del capitolato. Nessun affidamento poteva ingenerarsi, in capo alla concorrente, sulla assenza di portata precettiva della citata prescrizione della "lex specialis".

Dedalus richiama poi Cons. St. , VI, n. 4235 del 2009, a sostegno della tesi per cui il capitolato tecnico, a differenza del disciplinare di gara, non contiene prescrizioni concernenti la formulazione delle offerte in gara, ma racchiude solo prescrizioni in ordine al corretto adempimento del contratto dopo la sua stipulazione.

Il richiamo non è pertinente poiché con la sentenza n. 4235/09 la sesta sezione di questo Consiglio si è limitata a rilevare che, nella fattispecie oggetto di cognizione da parte del Collegio, quel particolare capitolato speciale relativo alla procedura sottoposta al vaglio del Giudice non conteneva prescrizioni sulla formulazione delle offerte di gara, ma solo elementi tecnici riguardanti la corretta esecuzione del contratto dopo la sua stipulazione (cfr. p. 9.3. ss. dec. cit.) .

2.2.3.- Con il motivo sub A.3) l'appellante contesta, anzitutto, l'affermazione del TAR secondo cui Dedalus, quale ricorrente in primo grado, avrebbe omesso di formulare specifiche censure nei confronti della "costruzione della gara", ossia in relazione alla scelta della stazione appaltante di non comprendere, tra i requisiti della offerta economica

soggetta a valutazione e ad attribuzione di punteggio ai fini della graduatoria, “il prezzo (canone) offerto per la manutenzione ed assistenza” post garanzia, salvo poi collegare a quest’ultimo elemento, in maniera contraddittoria e illogica, un effetto escludente, attribuendo, il capitolato tecnico, valore decisivo, per la permanenza in gara, a un elemento non rilevante al fine della attribuzione del punteggio. L’appellante riproduce e valorizza, in particolare, la seguente proposizione, contenuta a pagina 10 del ricorso di primo grado: “la stazione appaltante avrebbe dovuto inserire nel disciplinare di gara l’offerta post manutenzione quale elemento di valutazione con attribuzione del relativo punteggio tale da incidere sulla graduatoria e non, invece, tradurlo in una clausola di esclusione”.

A questo riguardo, come condivisibilmente osserva la difesa di Telecom, in primo luogo è da ritenere che il TAR abbia soltanto inteso segnalare, in modo non implausibile, come Dedalus si fosse limitata a addurre in maniera generica l’irragionevolezza di una simile impostazione della procedura di gara, senza argomentare nello specifico (“...nei confronti di una simile costruzione della gara la ricorrente non ha sollevato specifiche censure...”) sul perché Webred avrebbe dovuto inserire l’elemento suindicato tra i parametri di attribuzione di punteggi.

In secondo luogo, anche ipotizzando che, diversamente da quanto affermato dal TAR sul punto (in termini, lo si ripete, condivisibili), la sopra trascritta asserzione di Dedalus avesse potuto essere qualificata, “ex se”, come censura in senso proprio, la stessa non sarebbe potuta sfuggire a una dichiarazione di inammissibilità da parte del Giudice, puntando la ricorrente, con l’affermazione sopra riprodotta, a richiedere al Giudice di sostituirsi alla stazione appaltante sovrapponendo proprie valutazioni a quelle rientranti nelle competenze riservate alla stazione appaltante medesima.

Circa la seconda parte del motivo, la denunciata contraddittorietà e illogicità non sussiste giacché:

-primo, in presenza di una esplicita comminatoria di esclusione da una procedura di gara in conseguenza del mancato

rispetto di determinate prescrizioni, non è consentito al Giudice amministrativo sovrapporre le proprie valutazioni a quelle dell'Amministrazione, dato che il criterio c. d. teleologico ha un valore esclusivamente suppletivo rispetto a quello formale, nel senso che può essere utilizzato solo nel caso in cui una determinata formalità non sia prevista espressamente a pena di esclusione (giurisprudenza consolidata: v. , di recente, Cons. St. , sez. V, nn. 8042 e 2459 del 2010);

-secondo, il TAR ha argomentato in modo convincente sulla ragionevolezza e non contraddittorietà della disciplina di gara “escludente” “in parte qua” , in particolare là dove ha osservato che “la fissazione di una percentuale massima per il prezzo del servizio post garanzia risponde ... all’esigenza di contenere l’onere per un servizio che l’Amministrazione potrà decidere se attivare o meno, preconstituendosi fin d’ora la possibilità di fruirne a condizioni economiche accettabili. Si tratta ... di una previsione che ha un valore sostanziale ed è volta ad orientare una componente dell’offerta che, seppur non direttamente rilevante ai fini del punteggio, consegue ad una scelta imprenditoriale di convenienza economica complessiva ed incide sul confronto concorrenziale”.

Alle osservazioni sopra svolte si può aggiungere, accogliendo i rilievi difensivi di Telecom (ma v. anche la difesa di Webred e il richiamo alla nota Webred 21.12.2009) , che non appare irragionevole consentire alla P. A. di selezionare un’offerta che contemperi l’esigenza di economicità attuale con la necessità di garantire che le prestazioni connesse allo svolgimento del servizio accessorio –quale è, per l’appunto, quello di manutenzione e assistenza post garanzia- non si rivelino, a distanza di tempo, sproporzionate rispetto all’importo riconosciuto per il compimento del servizio principale. La fissazione di una soglia percentuale massima dell’importo del canone di manutenzione e assistenza post garanzia –a pena di esclusione- appare rivolta a perseguire uno scopo di equilibrio e calmieramento, funzionale alla realizzazione di interessi pubblici, essendo diretta a evitare che il canone post garanzia possa fungere da “valvola di

compensazione” consentendo alle imprese partecipanti di “recuperare” il ribasso proposto in sede di offerta per la prestazione principale posta a base di gara attraverso l’indicazione di un importo sproporzionato per lo svolgimento di un servizio che, quantunque non incidente sulla composizione del prezzo, l’impresa aggiudicataria è chiamata a eseguire, in base a quanto prevede la “lex specialis”, con le stesse caratteristiche minime indicate per la prestazione fornita nel periodo di garanzia.

Senza dimenticare, concludendo sul punto, che si rientra in una materia nella quale l’Amministrazione dispone di un potere di scelta ampiamente discrezionale, sindacabile dal Giudice amministrativo esclusivamente entro i limiti della non manifesta illogicità e dell’errore decisivo di fatto, essendo precluso al Giudice di entrare nel merito di apprezzamenti riservati alla P. A. .

2.2.4.- Sub A.4), infine, Dedalus critica la sentenza nella parte in cui è stato respinto il secondo motivo di impugnazione, concernente la violazione dell’art. 5 del disciplinare di gara, e dell’articolo 46 del d.lgs. n. 163/06, anche in relazione al principio secondo il quale la “lex specialis” deve essere interpretata nel senso della più ampia partecipazione alla procedura.

Dedalus afferma che la commissione di gara avrebbe dovuto avvalersi della «facoltà di richiedere la regolarizzazione della documentazione e la presentazione di informazioni e chiarimenti assegnando ai concorrenti un termine perentorio», così come previsto dalla norma su citata.

Ora, indipendentemente dalla più che dubbia ammissibilità della censura, giacchè in primo grado (v. pag. 15 ric.) Dedalus aveva sostenuto che i chiarimenti, illegittimamente non richiesti, l’avrebbero messa in condizione di evidenziare che, sottraendo dal canone il costo del servizio di supporto richiesto dalla Noema LIFE, il costo della manutenzione post garanzia rientrava nel 15% richiesto dal punto 6.9.3. del Capitolato, mentre in appello Dedalus

pone in risalto che la richiesta di chiarimenti aveva lo scopo di “assumere il valore del canone post garanzia quale riferimento della successiva contrattazione negoziale” (v. pag. 22 ric. app.), con un mutamento evidente di argomentazioni difensive poste a fondamento della pretesa fatta valere; indipendentemente da ciò va condiviso il percorso motivazionale –succinto ma corretto- con cui il TAR asserisce che “la previsione dell’articolo 5 del Disciplinare ...e quella dell’articolo 46 – “Documenti e informazioni complementari” - del Codice dei contratti pubblici (secondo cui «Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati»), di cui la ricorrente invoca l’applicazione, ... riguardano ... la possibilità di completare documenti o di chiarirne la portata, mentre nel caso in esame non c’era alcuna oscurità o lacuna, bensì un’offerta della ricorrente del tutto chiara (ancorché non rilevante ai fini dell’attribuzione del punteggio), ed oggettivamente contrastante con una previsione di gara, (essendo) evidente che l’esercizio del potere previsto dall’articolo 46 postula che il concorrente abbia soddisfatto gli oneri partecipativi imposti dalla lex specialis”.

Poiché nella specie non risultano esservi né irregolarità formali, né ambiguità nella formulazione della “lex specialis”, la statuizione del TAR sul punto appare inattaccabile. Senza considerare che, diversamente opinando, e accettando l’impostazione dell’appellante, consentendo a un concorrente di rimanere in gara si finirebbe con il non rispettare il principio di “par condicio” tra le imprese partecipanti.

Le considerazioni su esposte consentono di superare anche i motivi di impugnazione proposti in primo grado e riproposti nel ricorso in appello (v. pagine da 22 a 29 ric. app.).

Dal rigetto dei motivi d’appello consegue la reiezione anche della istanza di risarcimento del danno. Il richiamo all’art. 1337 cod. civ. è del tutto improprio.

Le peculiarità della controversia inducono il Collegio a disporre la compensazione integrale delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate..

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

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

Marzio Branca, Presidente

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/02/2012

IL SEGRETARIO

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