

N. 05497/2014REG.PROV.COLL.
N. 00721/2014 REG.RIC.
N. 00805/2014 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 721 del 2014, proposto da:
Strabag Ag Sede Secondaria Italiana in proprio e quale Mandataria
del Costituito Rti, Rti-Grandi Lavori Fincosit Spa, Rti-Impresa
Costruzioni Giuseppe Maltauro Spa, Rti-Strabag Spa, in persona del
legale rappresentante in carica rappresentati e difesi dall'avv.
Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino
in Roma, corso del Rinascimento, 11;

contro

Consorzio Pedelombarda 2, in persona del legale rappresentante in
carica rappresentato e difeso dagli avv. Marco Annoni, Pier
Giuseppe Torrani, con domicilio eletto presso Marco Annoni in
Roma, via Udine N. 6;

nei confronti di

Autostrada Pedemontana Lombarda Spa, in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dagli avv. Franco Gaetano Scoca, Stefano Salvatore Scoca, Fabio Giuseppe Angelini, con domicilio eletto presso Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello 55;

sul ricorso numero di registro generale 805 del 2014, proposto da:

Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dagli avv. Franco Gaetano Scoca, Stefano Salvatore Scoca, Fabio Giuseppe Angelini, con domicilio eletto presso Franco Gaetano Scoca in Roma, via G.Paisiello, 55;

contro

Consorzio Pedelombarda 2, in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dagli avv. Pier Giuseppe Torrani, Marco Annoni, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, via Udine N. 6;

nei confronti di

Strabag Ag Sede Secondaria Italiana in proprio e quale Capogruppo Mandataria Rti, in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11;

Rti - Grandi Lavori Fincosit Spa, Rti - Impresa Costruzioni

Giuseppe Maltauro Spa, Rti - Adanti Spa;

per la riforma

quanto al ricorso n. 721 del 2014:

della sentenza del T.A.R. della Lombardia – Sede di Milano- Sezione III n. 02681/2013, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per la progettazione esecutiva ed i lavori relativi alle tratte b1,b2,c e d del collegamento autostradale Dalmine-Como-Varese-Valico del Gaggiolo

quanto al ricorso n. 805 del 2014:

della sentenza del T.A.R. della Lombardia –Sede di Milano- Sezione III n. 02681/2013, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per la progettazione esecutiva ed i lavori relativi alle tratte b1,b2,c e d del collegamento autostradale Dalmine-Como-Varese-Valico del Gaggiolo

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Pedelombarda 2 e di Autostrada Pedemontana Lombarda Spa e di Consorzio Pedelombarda 2 e di Strabag Ag Sede Secondaria Italiana in proprio e quale Capogruppo Mandataria Rti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2014 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli avvocati Franco Gaetano Scoca, Pellegrino, Annoni e Torrani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe appellata il Tribunale amministrativo regionale della Lombardia – sede di Milano - ha deciso il ricorso di primo grado n. 2775 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da Consorzio Pedelombarda 2, volto ad ottenere l'annullamento (quanto al ricorso principale depositato in data 13 ottobre 2011) del provvedimento di aggiudicazione provvisoria adottato dalla Commissione di gara nella seduta del 28.07.2011, del verbale della seconda seduta della Commissione di gara del 03.08.2010 nella parte in cui ha ammesso alla gara il costituendo RTI Strabag, della nota della stazione appaltante datata 06.09.2011 del bando di gara e del disciplinare di gara in parte qua e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Con il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 29 dicembre 2011 era stato chiesto, invece, l'annullamento del provvedimento con il quale la stazione appaltante aveva disposto l'aggiudicazione definitiva, dei verbali della Commissione giudicatrice relativi alle sedute pubbliche del 1° febbraio 2011, del 2 febbraio 2011, dell'8 aprile 2011, del 28 luglio 2011, dei verbali relativi a tutte le sedute riservate della commissione giudicatrice e la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Con il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 08 febbraio 2012 Consorzio Pedelombarda 2, aveva gravato il silenzio a valere

come diniego di autotutela opposto dalla stazione appaltante all'informativa ex art. 243 bis del d.L.vo 2006 n. 163 e chiesto la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

In punto di fatto era accaduto che con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. n. 73, del 28 giugno 2010, Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a., in quanto titolare della relativa concessione autostradale, aveva indetto una gara avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori relativi alle tratte B1, B2, C e D ed opere di compensazione del collegamento autostradale Dalmine – Como – Varese – Valico del Gaggiolo ed opere ad esso connesse.

Il bando di gara aveva stabilito che l'aggiudicazione dovesse avere luogo secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con previsione di proposte migliorative al progetto definitivo approvato con delibera del C.I.P.E. n. 97, del 6 novembre 2009, pubblicata sulla G.U. n. 40, del 18 febbraio 2010, trattandosi di lavori integranti un'infrastruttura strategica ai sensi degli artt. 161 e seg. ti del d.l.vo 2006, n. 163.

La lettera di invito aveva contemplato, con riferimento ai contenuti dell'offerta tecnica, la possibilità di presentare proposte migliorative, individuate in una tabella compresa nel capo 3, punto 3.1, della lettera di invito, prevedendo che tali proposte potessero riguardare solo determinati elementi e sub elementi, tra i quali erano stati indicati alla voce 2 la “Cantierizzazione e mitigazione degli impatti

correlati”, con articolazione in “2.1 realizzazione delle opere in sotterraneo - 2.2 esecuzione di opere in trincea - 2.3 esecuzione del ponte sul fiume Adda”.

La lettera di invito aveva precisato, da un lato, che le proposte migliorative dovessero essere avanzate “con esclusione di qualsiasi variante plano-altimetrica dei tracciati”, dall’altro, che “le proposte migliorative non potessero interessare aree non comprese nel piano particellare di esproprio, né contrastare con gli strumenti di pianificazione urbanistica, territoriale e paesistica e con qualsiasi altro strumento di programmazione e pianificazione territoriale di tipo prescrittivo, né apportare modifiche a quanto disposto nella procedura di VIA o nelle prescrizioni dettate dal CIPE ...”. Inoltre, con riferimento alle modalità di illustrazione delle proposte migliorative, la lettera di invito aveva richiesto - punto 3.2 lett. b) - per la parte relativa alla cantierizzazione e mitigazione degli impatti correlati, la presentazione di “una relazione nella quale l’offerente dovrà fornire una descrizione dettagliata – nel rispetto dei vincoli territoriali e ambientali esistenti – dei criteri e delle modalità di organizzazione e gestione dei cantieri che intende adottare, con particolare riferimento alla realizzazione delle opere in sotterraneo, all’esecuzione delle opere in trincea e all’esecuzione del ponte sul fiume Adda. Deve inoltre illustrare le misure che si intendono adottare per la mitigazione degli impatti correlati. L’Offerente deve formulare proposte migliorative che tengano conto di misure,

modalità organizzative e apprestamenti di cantiere che meglio consentano la riduzione del disturbo e del disagio che può determinarsi sulle aree urbanizzate, fatta salva, in ogni caso, ogni misura prevista nel progetto definitivo approvato...”.

All'esito delle operazioni di gara, l'appalto era stato aggiudicato, prima in via provvisoria, poi in via definitiva, al costituendo R.T.I. Strabag AG, collocatosi al primo posto della graduatoria, ed originario ricorrente incidentale in primo grado, mentre il Consorzio Pedelombarda 2 originario ricorrente di primo grado, si era collocato al secondo posto.

In particolare, il R.T.I. Strabag aveva ottenuto punti 41,040 per l'offerta tecnica e punti 38,864 per l'offerta economica, avendo indicato un ribasso percentuale del 27%, con conseguente punteggio finale di 79,904 punti; il Consorzio Pedelombarda 2 aveva realizzato punti 28,816 per l'offerta tecnica e punti 50 per l'offerta economica, avendo indicato un ribasso percentuale del 32%, con conseguente punteggio finale di 78,816 punti.

Il Tar ha in primo luogo scrutinato i ricorsi incidentali presentati dall'aggiudicataria Strabag AG sede secondaria italiana (ricorso incidentale depositato in data 18 novembre 2011; secondo ricorso incidentale depositato in data 26 gennaio 2012; ricorso per motivi aggiunti rispetto ai ricorsi incidentali depositato in data 6 febbraio 2012).

Ha quindi in primo luogo affermato la infondatezza dei tre motivi

contenuti nel ricorso incidentale depositato in data 18 novembre 2011 (pagg. 7-14 della sentenza gravata).

Quanto al ricorso incidentale depositato in data 26 gennaio 2012 il Tar ha sostenuto che i primi tre motivi ivi contenuti erano identici a quelli contenuti nel ricorso incidentale depositato in data 18 novembre 2011 prima scrutinato, ed anche di essi doveva essere dichiarata la infondatezza: quanto invece agli ulteriori cinque motivi ivi contenuti, ed al ricorso per motivi aggiunti rispetto ai ricorsi incidentali depositato in data 6 febbraio 2012, ne doveva essere dichiarata la inammissibilità.

Ciò in quanto contenenti censure “nuove” ed intempestive, laddove si fosse considerato che esse prospettavano ragioni di inammissibilità relative alla posizione dell’appellante principale non tempestivamente dedotte in sede di primo ricorso incidentale volto a contrastare il mezzo introduttivo del giudizio diretto contro l’aggiudicazione provvisoria.

Il Tar ha in proposito applicato al ricorso incidentale la speculare giurisprudenza formatasi con riguardo ai rapporti tra impugnazione dell’aggiudicazione provvisoria ed impugnazione dell’aggiudicazione definitiva.

La impugnazione principale dell’aggiudicazione provvisoria, sebbene facoltativa, ove proposta cristallizzava irrimediabilmente il thema decidendi precludendo la proposizione di censure “nuove” avverso l’aggiudicazione definitiva (ove non fondate su motivi autonomi

attingenti soltanto quest'ultima, ovvero su fatti nuovi prima non conosciuti).

La controimpugnazione incidentale doveva quindi seguire la stessa sorte: il “nuovo” ricorso principale avverso l'aggiudicazione definitiva non poteva essere paralizzato da eccezioni che dovevano essere tempestivamente proposte avverso il ricorso principale.

Il mezzo depositato in data 26 gennaio 2012 –e il ricorso per motivi aggiunti del 7.2.2012 sono stati pertanto dichiarati inammissibili (pagg. 15-20 della sentenza gravata).

A questo punto, il Tar ha preso in esame i tre motivi di censura proposti dalla originaria ricorrente nell'ambito del proprio ricorso principale teso a gravare l'aggiudicazione provvisoria, e li ha respinti (pagg. 21-28 della gravata decisione).

Ha quindi preso in esame il quarto motivo di impugnazione proposto dalla originaria ricorrente principale mediante il primo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 29.12.2011.

A tal proposito, il primo giudice ha rammentato che ivi il Consorzio Pedelombarda 2 aveva dedotto, anche in termini di violazione del bando e del disciplinare di gara, l'inammissibilità dell'offerta presentata dall'Ati Strabag, in quanto recante delle varianti sostanziali al progetto posto a base di gara.

Ed ha rievocato la circostanza era stata sul punto disposta una consulenza tecnica d'ufficio: ciò in quanto era stato sostenuto dalla originaria ricorrente principale che, mentre la lettera di invito

ammetteva solo proposte migliorative inerenti, tra l'altro, alla cantierizzazione e alla mitigazione degli impatti correlati, al contrario, il progetto presentato dall'Ati Strabag aveva introdotto delle non consentite varianti strutturali con riferimento alle opere previste dal progetto posto a base di gara, quali: le gallerie, i viadotti e i ponti.

Più in particolare, era stato ipotizzato che le (vietate) quattro varianti strutturali al progetto posto a base di gara, fossero relative alla struttura delle gallerie, del ponte sul fiume Adda, nonché delle opere in trincea e consistenti in: a) sostituzione dei diaframmi laterali continui previsti dal progetto posto a base di gara con un sistema alternativo di contenimento laterale del terreno mediante pali ad elica; b) eliminazione nelle gallerie artificiali delle solette di fondo in cemento armato e conseguente modificazione radicale della statica dei manufatti con la previsione di fondazioni soggette a cedimenti differenziali in quanto impostate su appoggi isolati ed indipendenti anziché continui; c) realizzazione - nelle gallerie artificiali - di un solettone di copertura alleggerito in cemento armato precompresso; d) riduzione del 18% del peso del ponte sul fiume Adda.

Ciò premesso, e prima di illustrare l'esito della disposta CTU, il primo giudice ha espresso il proprio convincimento sulla tematica giuridica sottesa all'incombente istruttorio.

Più in particolare, si è interrogato in ordine alla fondatezza della tesi per cui il Progetto posto a base di gara non ammettesse varianti.

Richiamato il quadro normativo (artt. 196 e 76 del d.Lgs. n.

163/2006), ha rievocato le prescrizioni contenute nella lex specialis della gara ed ha espresso il convincimento per cui il paragrafo II.1.9 del bando di gara escludesse espressamente l'ammissibilità di varianti. Il disciplinare invece, ad avviso del Tar, tale tematica non disciplinava, limitandosi a prevedere, tra i criteri qualitativi da porre a base della valutazione, quello della "cantierizzazione e mitigazione degli impatti correlati", per il quale si consentiva l'attribuzione al massimo di 11 punti, articolati in 4 punti per il sub elemento "realizzazione delle opere in sotterraneo", 3 punti per il sub elemento "esecuzione delle opere in trincea" e 4 punti per il sub elemento "esecuzione del ponte sul fiume Adda".

Quanto al capo III della lettera di invito, ivi era stata disciplinata, al punto 3.1 lett. a), la possibilità di presentare proposte migliorative, individuate in un'apposita tabella, prevedendo che tali proposte potessero riguardare solo determinati elementi e sub elementi, tra i quali venivano indicati, alla voce 2, la "cantierizzazione e mitigazione degli impatti correlati", con articolazione di tale voce in "2.1 realizzazione delle opere in sotterraneo - 2.2 esecuzione di opere in trincea - 2.3 esecuzione del ponte sul fiume Adda" e per le singole voci venivano ribaditi i punteggi massimi già stabiliti dal bando.

Ivi si era precisato, da un lato, che le proposte migliorative dovessero essere avanzate "con esclusione di qualsiasi variante plano-altimetrica dei tracciati", dall'altro, che "le proposte migliorative non potessero interessare aree non comprese nel piano particellare di esproprio, né

contrastare con gli strumenti di pianificazione urbanistica, territoriale e paesistica e con qualsiasi altro strumento di programmazione e pianificazione territoriale di tipo prescrittivo, né apportare modifiche a quanto disposto nella procedura di VIA o nelle prescrizioni dettate dal CIPE ...”.

Con riferimento alle modalità di illustrazione delle proposte migliorative, la lettera di invito richiedeva, poi, - punto 3.2 lett. b) - per la parte relativa alla cantierizzazione e mitigazione degli impatti correlati, la presentazione di “una relazione nella quale l’offerente dovrà fornire una descrizione dettagliata – nel rispetto dei vincoli territoriali e ambientali esistenti – dei criteri e delle modalità di organizzazione e gestione dei cantieri che intende adottare, con particolare riferimento alla realizzazione delle opere in sotterraneo, all’esecuzione delle opere in trincea e all’esecuzione del ponte sul fiume Adda. Deve inoltre illustrare le misure che si intendono adottare per la mitigazione degli impatti correlati. L’Offerente deve formulare proposte migliorative che tengano conto di misure, modalità organizzative e apprestamenti di cantiere che meglio consentano la riduzione del disturbo e del disagio che può determinarsi sulle aree urbanizzate, fatta salva, in ogni caso, ogni misura prevista nel progetto definitivo approvato...”.

Da tale composito insieme di fonti, il Tar ha ricavato il convincimento per cui la lex specialis di gara non consentisse la proposizione di varianti in senso proprio, (ossia tali da modificare

profili strutturali, qualitativi, prestazionali o funzionali dell'opera, come definiti nel progetto posto a base di gara), ammettendo solo proposte migliorative limitate ai profili espressamente predefiniti dalla stazione appaltante (profilo della cantierizzazione e solo in funzione della mitigazione degli impatti ad essa correlati)

Muovendo quindi dal punto fermo per cui la *lex specialis* di gara non consentisse la presentazione di offerte che modificassero il progetto posto a base di gara in ordine a profili strutturali o qualitativi delle opere da realizzare, in quanto le modificazioni consentite attenevano solo alla cantierizzazione, ossia all'organizzazione e alla gestione dei cantieri, nonché all'attenuazione degli impatti che esse comportavano rispetto alle opere da realizzare in sotterraneo (ad es. le gallerie), in trincea e rispetto alla costruzione del ponte sull'Adda, il Tar è passato ad illustrare gli esiti della disposta CTU.

Ed ha in proposito affermato che, a suo avviso, ivi era stata resa una significativa conferma della tesi della impresa originaria ricorrente secondo cui il R.T.I. aggiudicatario aveva apportato varianti sostanziali al progetto posto a base di gara (anziché limitarsi ad introdurre proposte migliorative in relazione agli aspetti della cantierizzazione appena ricordati).

Richiamati in parte qua ampi stralci della relazione depositata dal CTU (pagg. 35-44 della gravata decisione) ha quindi affermato la fondatezza del mezzo (l'offerta presentata dall'aggiudicataria non era coerente con il p.b.g., perché introduceva delle modificazioni

eccedenti l'ambito consentito dalla *lex specialis*) con assorbimento delle ulteriori doglianze proposte dalla originaria ricorrente.

Le successive pagg. 45 e segg. della motivazione sono dedicate alla disamina delle domande proposte dalla originaria ricorrente principale discendenti dall'avvenuto accoglimento della tesi per cui l'aggiudicataria avrebbe dovuta essere esclusa dalla gara.

Ad avviso del Tar la domanda volta a conseguire l'aggiudicazione e la stipula del contratto non era accoglibile.

In disparte le problematiche di qualificazione della stessa (ad avviso del Tar non poteva essere definita nei termini indicati dall'odierna appellante incidentale qual "domanda di risarcimento specifico"), anche a volere valutare il *petitum ex artt.* 121 e 124 del cpa non sussistevano le condizioni per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato dall'Amministrazione odierna appellante con l'aggiudicataria Strabag.

La stessa ricorrente principale non aveva infatti dedotto la sussistenza di vizi ex art. 121 del cpa rilevanti ai sensi del successivo art. 125 del cpa (trattavasi di infrastruttura strategica): non era quindi possibile alcuna reintegrazione specifica (il contratto era stato sottoscritto in data 17 febbraio 2012, il giorno stesso del deposito dell'ordinanza del Tar del Lazio n. 238/2012 e poche ore prima della emissione da parte del Presidente di questa Sezione del Consiglio di Stato del decreto cautelare monocratico che, in accoglimento della domanda della originaria ricorrente principale inibiva la

sottoscrizione del contratto medesimo).

Ha quindi vagliato (pagg. 49 e segg. della sentenza) la domanda risarcitoria per equivalente, accogliendola soltanto in parte (la originaria ricorrente aveva provveduto a quantificare il danno asseritamente subito in conseguenza dell'illegittima aggiudicazione dell'appalto al raggruppamento Strabag AG individuandolo nella perdita dell'utile che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto, quantificato nel 10% del valore dell'appalto, ossia in 230.000.000,00 di Euro, nonché nel danno curriculare, quantificato nella misura del 3% del valore dell'appalto, ossia in 69.000.000,00 di Euro).

Il Tar, interrogandosi sull'an della attribuibilità della tutela risarcitoria, ha premesso al proprio esame che la sussistenza del nesso eziologico tra condotta e danno non era dubitabile, e che non v'era ragione di soffermarsi in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo stante i noti principi elaborati in materia di appalti dalla Corte di Giustizia UE a tenore dei quali era indifferente la sussistenza dell'elemento del dolo o della colpa in capo all'Amministrazione.

Ha quindi scrutinato (pagg.52-56) la complessa eccezione prospettata dall'amministrazione aggiudicatrice, secondo cui giammai la originaria ricorrente avrebbe potuto aggiudicarsi la gara (e quindi nessuna tutela risarcitoria le sarebbe spettata non sussistendo alcuna certezza in ordine alla spettanza dell'aggiudicazione e del contratto) in quanto essa era incorsa nelle stesse illegittimità contestate

all'aggiudicataria Strabag e positivamente scrutinate dal Tar.

In particolare, la contestazione si appuntava sulle modalità di esecuzione del ponte sul fiume Adda previste nell'offerta presentata dal Consorzio Pedelombarda 2, che secondo la stazione appaltante (memoria depositata in data 10 maggio 2013) avrebbe comportato l'introduzione di varianti non ammesse sicché il Consorzio originario ricorrente non poteva risultare aggiudicatario dell'appalto.

In contrario senso, il Tar ha richiamato le deduzioni contenute nell'elaborato di CTU (erano stati sottoposti specifici quesiti al C.T.U., tanto in relazione alle modalità di esecuzione del ponte previste da Strabag, quanto rispetto a quelle proposte dal Consorzio ricorrente).

Ivi era emerso che le soluzioni proposte in tema di esecuzione del ponte da Strabag e dal Consorzio Pedelombarda 2 si diversificavano, sia tra loro, sia rispetto al p.b.g., per le modalità di montaggio della struttura (il p.b.g. prevedeva l'esecuzione mediante la predisposizione di opere provvisorie costituite da: 1) un ponte provvisorio sul fiume Adda; 2) cinque pile provvisorie da posizionare in alveo al corso d'acqua per il sollevamento dell'arco; 3) la creazione di accessi alle aree golenali ed all'alveo, indispensabili per fare arrivare gli elementi dell'arco fin sotto le strutture provvisorie indispensabili al montaggio).

Senonchè, non poteva affermarsi che le modificazioni previste dal Consorzio Pedelombarda 2, quanto alle modalità di esecuzione del

ponte, integrassero delle inammissibili varianti: esse si collocavano invece unicamente nel novero delle (ammissibili) proposte migliorative della cantierizzazione, in quanto dirette a limitarne gli impatti rispetto all'esecuzione del ponte sull'Adda.

Ne conseguiva pertanto l'infondatezza dell'eccezione in esame: e posto che, nel corso della procedura la stazione appaltante non aveva evidenziato altri profili, tali da incidere sulla valutazione di spettanza del bene della vita emergeva la circostanza che il Consorzio originario ricorrente si era definitivamente collocato in seconda posizione nella graduatoria finale: caducata l'aggiudicazione in favore del primo classificato, doveva di conseguenza essere valutata in termini di certezza la spettanza al Consorzio medesimo del bene della vita preteso.

In relazione alla quantificazione dell'importo risarcitorio, il Tar – quanto al profilo della mancata percezione dell'utile- ha disatteso l'affermazione secondo cui esso poteva essere determinato nella misura del 10% del valore dell'appalto (ossia in 230.000.000,00 di Euro).

La misura equitativa del 10% (in passato talvolta applicata dalla giurisprudenza) era infatti un criterio desunto in via analogica dall'art. 345 della legge n. 2248/1865, all. F, che, però, riguardava un'ipotesi diversa (caso del recesso “ad nutum” della stazione appaltante nella fase di esecuzione del contratto).

Esso non si prestava ad un'applicazione automatica, ma integrava

solo un parametro di riferimento, nel quadro della liquidazione equitativa del danno, ex art. 1226 c.c., della percentuale di utile che l'operatore economico danneggiato avrebbe verosimilmente conseguito se fosse risultato aggiudicatario e se avesse concretamente eseguito il contratto (arg. ex art. 124 c.p.a., ove si afferma il principio che il danno subito, debba anche essere "provato").

Doveva invece essere valutata, in concreto, l'offerta presentata dall'originaria parte ricorrente per comprendere quale utile essa ipotizzasse di conseguire (per costante giurisprudenza in punto di valutazione dell'anomalia dell'offerta risultava ingiustificabile solo un utile pari a zero, ben potendo, per il resto, l'impresa modulare tale previsione con riferimento a molteplici fattori) .

E proprio muovendo in concreto da tale esame, il Tar ha escluso che l'utile concretamente fosse pari al 10% del valore dell'offerta.

Infatti per l'esecuzione dei lavori, il Consorzio originario ricorrente aveva offerto un prezzo pari a 1.437.094.804,14 euro, corrispondente ad un ribasso del 32% sull'importo a base d'asta fissato in 2.132.188.136,70 euro, mentre per i servizi di progettazione ha offerto il prezzo di 26.529.619,82 euro rispetto all'importo a base d'asta di 39.361.453,74 euro

La presentazione di un'offerta connotata da un ribasso così marcato, non solo in valore percentuale, ma anche in valore assoluto – determinando un minor costo complessivo di circa 120.000.000,00 di euro – sottendeva una scelta imprenditoriale tesa a far prevalere

L'obiettivo del conseguimento dell'aggiudicazione su quello della massimizzazione dell'utile.

Da ciò il Tar ha fatto discendere che, l'utile ragionevolmente conseguibile dalla seconda classificata non potesse eccedere la soglia equitativa del 5% del valore dell'offerta.

Detta offerta non risultava tale da realizzare un'adeguata copertura del rischio di impresa verosimilmente sopportato dall'appaltatore: alla stregua di tale opinione il primo giudice ha ritenuto che la percentuale di utile individuata nel 5% del valore dell'offerta dovesse essere, in sede di quantificazione equitativa del danno, ridotta di 1 punto percentuale, in ragione dell'elevato rischio di impresa concretamente sussistente nella fattispecie in esame.

Alla stregua di tale considerazione il parametro di riferimento è stato ridotto al 4% dell'offerta.

Posto inoltre che il danneggiato non aveva dimostrato l'impossibilità di utilizzare diversamente gli strumenti d'impresa, si doveva ritenere che egli avesse potuto utilizzare altrimenti il proprio complesso aziendale: il Tar in sede di valutazione equitativa ha effettuato un'ulteriore decurtazione di 2 punti sulla percentuale del 4% come prima determinata.

In considerazione poi che la gara in esame riguardava l'aggiudicazione di opere di rilevanza strategica, rispetto alle quali l'art. 124 c.p.a. escludeva espressamente la possibilità per il giudice amministrativo, salve le ipotesi previste dall'art. 121 c.p.a., (non

dedotte e, comunque, non sussistenti, di intervenire sull'efficacia del contratto) appariva del tutto inverosimile che l'originario ricorrente principale avesse paralizzato il complesso aziendale dell'esito del giudizio: la percentuale prima indicata, è stata ridotta di 1 ulteriore punto percentuale.

A conclusione di tale articolata e progressiva valutazione, il Tar è pervenuto al convincimento per cui il valore percentuale da applicare per la determinazione del danno dovesse essere pari all' 1%.

Passando ad affrontare il connesso e speculare profilo del valore di riferimento cui detta percentuale doveva essere rapportata, il primo giudice ha richiamato la tesi giurisprudenziale a tenore della quale il valore non dovesse essere quello relativo al prezzo posto a base di gara (valore che, come è noto, è oggetto di ribasso e nel caso di specie era pari a circa 2.300.000.000,00 euro), ma relativo all'importo concretamente offerto dal danneggiato (che nel caso di specie risultava pari alla somma tra 1.437.094.804,14 euro -offerta economica per i lavori- e 26.529.619,82 euro -offerta economica per i servizi-, corrispondente a complessivi 1.463.624.423,96).

Quanto al danno curriculare (richiesto dalla originaria ricorrente quantificandolo nella misura del 3% prezzo posto a base di gara e quindi pari a 69.000.000,00 euro) il Tar ha stabilito che lo stesso, pur esistente, potesse essere contenuto nella percentuale dello 0,5% (sempre rapportata all'importo dell'offerta presentata).

Conclusivamente, il Tar ha quantificato il danno complessivo subito

dalla originaria ricorrente (a titolo di mancato conseguimento dell'utile derivante dall'esecuzione del contratto e di pregiudizio curriculare) nella percentuale complessiva dell'1,5% dell'importo offerto e pari a complessivi euro 1.463.624.423,96.

La stazione appaltante è stata quindi condannata a risarcire la somma di euro 21.954.366,35, da intendersi come calcolata con riferimento ai valori attuali, ossia tenendo conto della svalutazione intervenuta nel periodo di riferimento.

Sulla somma così determinata ai valori attuali e con riferimento al periodo decorrente dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione e sino al deposito della sentenza non spettavano gli interessi compensativi, quale criterio equitativo di liquidazione del pregiudizio subito dal creditore per il ritardo nell'utilizzazione dell'equivalente monetario (atteso che diversamente si sarebbe determinato un ingiusto arricchimento, facendo conseguire all'originario ricorrente più di quanto avrebbe ottenuto nel caso di assegnazione dell'appalto).

Considerato poi che con la liquidazione giudiziale il debito di valore si trasformava in debito di valuta, sulla somma sopra individuata è stato stabilito che venissero corrisposti gli interessi nella misura legale, con decorrenza dalla data di pubblicazione della sentenza e fino all'effettiva soddisfazione del credito risarcitorio.

Ricorso n. 721/2014;

L'aggiudicataria Strabag controinteressata resistente rimasta

soccombente nel giudizio di prime cure ha proposto una articolata critica alla sentenza in epigrafe chiedendo la riforma dell'appellata decisione.

Riepilogate le principali tappe infraprocedimentali della gara e l'iter del contenzioso, l'appellante ha criticato l'approdo cui era giunto il Tar sotto una pluralità di profili.

Con la prima censura ha sostenuto che era stato violato il combinato-disposto degli artt. 125 c.III e 34 c.III del cpa in quanto - posto che l'annullamento non risultava più utile- il Tar avrebbe dovuto limitarsi ad accertare l'illegittimità in chiave risarcitoria.

Secondariamente, la statuizione era errata non soltanto per avere omesso di esaminare le censure proposte da Strabag con il secondo ricorso incidentale e con il ricorso per motivi aggiunti, ma anche perché, comunque, avrebbe dovuto accertare dette circostanze ivi evidenziate ai fini della delibabilità del profilo relativo alla "spettanza del bene della vita" necessario per l'attribuzione della tutela risarcitoria.

Ha in proposito sostenuto la piena ammissibilità delle proprie doglianze incidentalmente proposte, posto che il Tar non si era avveduto che essa aveva in detta sede proposto motivi attingenti l'offerta tecnica proposta dall'appellata originaria ricorrente principale di primo grado, che non avrebbe potuto prima proporre.

Pertanto ha riproposto i motivi di ricorso incidentale (esaminati dal Tar in quanto dichiarati ammissibili, e pur tuttavia) dichiarati

infondati nel merito, sostenendo la erroneità della pronuncia reiettiva del Tar.

Ha poi riproposto i motivi del ricorso incidentale di primo grado e quelli contenuti nel ricorso per motivi aggiunti, chiedendone l'accoglimento, previa declaratoria di ammissibilità e, nell'ultima parte del ricorso ha sostenuto che la statuizione del Tar era errata laddove aveva sostenuto la inammissibilità di offerte recanti varianti al progetto posto a base di gara.

L'appellato Consorzio Pedelombarda 2 ha proposto un appello incidentale teso ad ottenere la riforma della gravata decisione strutturato su due versanti.

Riepilogato l'andamento –anche infraprocedimentale – della controversia nella prima parte dell'appello incidentale, ha riproposto i primi due motivi del mezzo principale di primo grado tesi ad ottenere la declaratoria di irregolarità della offerta presentata dall'aggiudicataria Strabag espressamente disattesi dal Tar e (quest'ultimo espressamente in via subordinata) il terzo motivo di censura, parimenti disatteso dal Tar, incentrato sulla illogicità della prescrizione del disciplinare di gara laddove era stato assegnato un punteggio asseritamente abnorme (11 punti) all'elemento “cantierizzazione e mitigazione degli importi correlati.

Nella seconda parte del mezzo incidentale ha proposto critiche alla quantificazione risarcitoria resa dal Tar, in quanto incoerente e riduttiva.

Più in particolare, quanto alla prima parte dell'appello incidentale, è stato riproposto il motivo di doglianza incentrato sull'asserito malgoverno del paragrafo III.2.3) del bando di gara lettere a bis) e b) e sull'art. 37 del ccp e sul Capo 2.2 del disciplinare di gara, in relazione all'asserito mancato possesso della cifra d'affari richiesta dal disciplinare di gara da parte della società Grandi Lavori Fincosit s.p.a. (GLS), partecipante come mandante all'Ati Strabag.

Il riproposto motivo di censura è stato strutturato bi-univocamente. Ivi infatti, da un lato si è contestata la tesi del Tar secondo cui, trattandosi di consorzio ordinario orizzontale tale requisito doveva essere posseduto dalla mandataria o capogruppo nella misura minima del 40%, mentre la restante percentuale doveva essere posseduta cumulativamente dalle mandanti, ciascuna nella misura minima del 10% (e quindi, in concreto, pari al solo 10% dell'importo complessivo pari a 6.781.915.638,78 euro prevista dal bando) e si ribadisce invece che, posto che Grandi Lavori Fincosit partecipava al raggruppamento Strabag in misura pari al 26%, doveva possedere una cifra d'affari pari a 1.763.298.065,88 euro (id est: il 26% dell'importo complessivo pari a 6.781.915.638,78 euro e non già soltanto il 10% di detto importo, pari a circa 678 milioni di Euro).

Secondariamente, si è sostenuto che la predetta Grandi Lavori Fincosit non possedeva in realtà una cifra d'affari pari a 1.763.298.065,88 euro in quanto la detta società possedeva la cifra (di poco superiore) pari ad Euro 1.763.740.120//00, ma la detta società

avrebbe compreso in essa oltre 34 milioni di euro provenienti da “altri ricavi e proventi”, attinenti a prestazioni diverse dall’esecuzione dei lavori, senza limitarsi a valorizzare “l’attività diretta e indiretta”.

Ne conseguiva, il malgoverno del disposto di cui all’art. 37 del ccp (siccome ancora di recente interpretato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7/2014) il travisamento del richiamo all’art. 95 commi 2 e 3 del dPR n. 554/1999 e la necessità che l’impresa aggiudicataria venisse esclusa.

Con il secondo motivo di appello incidentale si è ribadita l’inesattezza dell’approdo del Tar laddove questi aveva ritenuto che la lettura coordinata dell’art. 38, lett. d), del d.Lvo n. 163 del 2006 dell’art. 17, comma 3, della legge n. 55/90 e dell’art.1, comma primo, del d.p.c.m. n. 187/91, conducesse a ritenere che la dichiarazione riguardante la partecipazione azionaria da parte di società fiduciarie, autorizzate ai sensi della legge n. 1966/39, non deve essere effettuata dal concorrente in sede di presentazione dell’offerta, ma dal concorrente che abbia conseguito l’aggiudicazione e a seguito di richiesta della stazione appaltante in sede di controllo dei requisiti.

GLF aveva (non soltanto non comunicato la sussistenza di intestazione fiduciarie relativa alla holding che la controllava al 99% Italholding Srl, ma anche) reso una dichiarazione falsa allorchè aveva dichiarato la inesistenza di intestazioni fiduciarie.

Con il terzo –ed espressamente subordinato- motivo di appello incidentale è stata censurata la tesi del Tar secondo cui non era

illogica la prescrizione del disciplinare di gara nella parte in cui aveva attribuito la (asseritamente abnorme) cifra di 11 punti al sub elemento di valutazione n. 2 “cantierizzazione e mitigazione degli importi correlati”.

Tale cifra era –ad avviso dell’appellante – collidente con il precetto generale di cui all’art. 2 comma 2 ccp (secondo il quale le stazioni appaltanti potevano derogare al principio di economicità soltanto in presenza di motivate e tassative esigenze, certamente non ricorrenti nel caso di specie): addirittura il punteggio previsto era superiore a quello massimo (10 punti) attribuibile all’elemento relativo alla riduzione dei tempi di esecuzione e ciò ne chiariva l’abnormità, non dequotabile attraverso richiami alla lata discrezionalità dell’Amministrazione.

Nella seconda parte dell’appello incidentale sono state illustrate le ragioni dimostrative della erroneità della porzione di sentenza nella quale era stato liquidato l’importo risarcitorio ex art. 1226 CC.

Si è rilevato in proposito che –quanto al danno curricolare- esso era stato quantificato dal Consorzio nel 3% del valore dell’opera.

Il Tar dopo avere constatato che l’offerta dell’appellante incidentale era stata particolarmente “aggressiva” sotto il profilo economico, ed avere quindi implicitamente ammesso che l’offerta mira maggiormente alla acquisizione della commessa rispetto alla massimizzazione dell’utile, aveva irragionevolmente ridotto l’importo allo 0,50% dell’importo contrattuale, sull’apodittico presupposto che

il Consorzio possedesse già una rilevante qualificazione.

Ha pertanto chiesto che esso venisse rideterminato in appello nella misura del 3% ovvero in quella del 2% recentemente fissato dalla giurisprudenza (sent. n. 802/2014).

Anche la quantificazione del danno da mancato utile contenuta nella misura modestissima dell'1% era errata: il dato di partenza doveva essere quello del 10% sia ex art.345 della legge n. 2248/1865 All. F che ai sensi dell' art. 32 comma 2 del dPR n. 207/2010.

Ricorso n. 805/2014;

L'amministrazione odierna parte appellante, già resistente rimasta soccombente nel giudizio di prime cure ha proposto una articolata critica alla sentenza in epigrafe chiedendo la riforma dell'appellata decisione.

Riepilogate le principali tappe infraprocedimentali della gara e l'iter del contenzioso, l'appellante ha criticato l'approdo cui era giunto il Tar sotto una pluralità di profili.

Con la prima censura ha anzitutto sostenuto che il primo giudice aveva errato nell'affermare che la lex specialis non prevedeva la possibilità di presentare varianti.

La lex specialis doveva essere interpretata complessivamente, e non invece arrendendosi al dato rappresentato dal solo bando di gara, ove si prevedeva che (paragrafo II.1.9) alla voce "ammissibilità di varianti" fosse barrata la casella NO.

Il Capo 3 punto 3.1 della lettera invito, invece, escludendo taluni tipi

di varianti, all'evidenza ne consentiva altre (vedasi anche punto 4.1.1. "offerta prezzo sull'importo dei lavori").

Ne conseguiva che dovevano ritenersi vietate soltanto le varianti piano altimetriche dei tracciati..e le proposte contenenti le variazioni di cui al detto 3 punto 3.1 .

E ne conseguiva di converso che in relazione all'elemento "cantierizzazione e mitigazione degli aspetti correlati" dovevano ritenersi ammesse proposte progettuali e costruttive migliorative del pbg.

Con la seconda censura (logicamente subordinata rispetto alla prima) ha sostenuto la tesi per cui le modifiche presentate dall'aggiudicataria non potessero inquadrarsi nel concetto di "variante" e che l'errore in cui era incorso il Tar era ascrivibile all'errato approccio del CTU che non aveva tenuto conto, in parte qua, degli scritti tecnici di parte appellante principale, chiedendo che in appello venisse disposta una nuova consulenza tecnica di parte.

Con la terza doglianza l'appellante ha sostenuto che, in ogni caso, la sentenza era errata anche nella parte in cui non aveva colto che la società appellata –applicando alla stessa il medesimo metro di giudizio praticato dal Ctu nei confronti dell'aggiudicataria- aveva a propria volta proposto una (asseritamente non ammessa) "variante" con riferimento alle proposte migliorative dalla stessa presentate quanto alla realizzazione del c.d. "Ponte sull'Adda".

In ultimo, ha criticato la sentenza anche quanto all'entità del disposto

risarcimento, riservando ad ulteriori scritti difensivi la illustrazione della tematica relativa, a tutto concedere, alla abnormità della misura risarcitoria disposta.

L'appellata ha depositato una articolata memoria chiedendo la reiezione dell'appello principale perché infondato, e preannunciando invece la presentazione di un appello incidentale in ordine alla quantificazione del danno, teso a dimostrare che il Tar aveva errato a ridurre in maniera sì evidente l'importo risarcitorio liquidato.

In seno alla memoria ha riproposto i cinque motivi di impugnazione, proposti mediante il primo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 29.12.2011 rimasti assorbiti dalla sentenza del Tar.

Ha poi proposto un appello incidentale identico a quello proposto in seno al suindicato appello principale n. 721/2014.

All'adunanza camerale del 18 febbraio 2014 fissata per la delibazione della domanda di sospensione dell'esecutività della gravata decisione la controversia su richiesta delle parti è stata rinviata al merito.

Tutte le parti processuali, in vista della odierna udienza pubblica, hanno depositato scritti difensivi tesi a puntualizzare le rispettive censure ed eccezioni.

Alla odierna pubblica udienza del'8 luglio 2014 la causa è stata posta in decisione dal Collegio

DIRITTO

1. Entrambi gli appelli suindicati devono essere riuniti in quanto diretti a gravare la medesima sentenza.

1.1. In via preliminare rispetto alla disamina del merito delle censure prospettate e nella pacifica considerazione che, *ratione temporis*, il presente procedimento non risente delle modifiche recentemente apportate all'art. 120 del cpa dal d.L. in corso di conversione n. 90/14 (cfr art. comma II: “le disposizioni di cui al comma 1 si applicano ai giudizi introdotti con ricorso depositato, in primo grado o in grado di appello, in data successiva alla data di entrata in vigore del presente decreto) e che peraltro trattasi di controversia, (ormai) avente natura esclusivamente risarcitoria preme al Collegio, riepilogare quali siano le (in parte contrapposte) richieste formulate dalle parti appellanti principali e dalla parte appellante incidentale e, secondariamente, individuare quali siano le doglianze esaminabili al fine di perimetrare il *thema decidendi*.

1.1.1. Sintetizzando per comodità espositiva la illustrazione già parzialmente contenuta nella parte “in fatto” della presente esposizione, in relazione al primo profilo si evidenzia quanto di seguito.

L'amministrazione appellante principale nell'ambito del procedimento n. 805/2014 non ha proposto appello avverso il capo di sentenza che ha quantificato il danno risarcibile da erogare alla seconda graduata ed appellante; con memoria del 20 giugno 2014 depositata nell'ambito del procedimento n. 721/2014 (appello proposto da Strabag) ha chiesto che:

a) venissero dichiarati inammissibili od infondati e tre motivi

dell'appello principale proposti da Strabag e volti ad avversare la sentenza di primo grado nella parte in cui ha esaminato –e respinto- i motivi incidentali di primo grado ritenuti ammissibili;

b) quanto ai motivi del secondo ricorso incidentale di primo grado ed ai motivi aggiunti a quest'ultimo, dichiarati inammissibili in primo grado e riproposti da Strabag (previa richiesta di rimozione della statuizione di inammissibilità resa in prime cure) la Stazione appaltante ha chiesto (peraltro utilizzando formule dubitative):

di dichiarare infondati il quarto ed il sesto motivo del ricorso incidentale di primo grado, ed il ricorso incidentale per motivi aggiunti di primo grado, mentre ha ipotizzato la possibile fondatezza del quinto, settimo ed ottavo motivo del ricorso incidentale di primo grado.

L'Amministrazione ha altresì chiesto di dichiarare infondati tutti e quattro i motivi di appello incidentale proposto dalla odierna appellata Consorzio Pedemontana Lombarda 2.

Tale esposizione, per il vero, mal si coniuga con la indicazione finale contenuta nella predetta memoria (ove si chiede, omnicomprensivamente, di ritenere infondato il mezzo principale proposto da Strabag –senza distinzione alcuna- ed il mezzo incidentale), ma pare al Collegio che la affermazione contenuta nelle conclusioni e da ultimo citata sia un mero refuso

L'aggiudicataria Strabag appellante principale nel procedimento n. 721/2014 ha chiesto di esaminare le censure proposte in primo

grado g con il ricorso incidentale e con il ricorso per motivi aggiunti (erroneamente, a suo dire, dichiarati inammissibili). E comunque, di accertare detti dati ai fine della delibabilità del profilo relativo alla “spettanza del bene della vita” in capo alla seconda graduata.

Ha altresì chiesto di respingere l’appello incidentale proposto dalla odierna appellata Consorzio Pedemontana Lombarda 2 e teso a prospettare ulteriori motivi di irregolarità dell’offerta presentata dall’aggiudicataria Strabag.

La odierna appellata Consorzio Pedemontana Lombarda 2 - che non ha censurato il capo di sentenza che aveva escluso la possibilità di disporre la reintegrazione in forma specifica - ha proposto le censure incidentali strutturandole su due versanti.

Da un canto, ha mosso serrate critiche alla sentenza del Tar che, a suo dire, aveva contenuto al minimo la condanna risarcitoria. Dall’altro ha nuovamente prospettato ulteriori motivi di irregolarità dell’offerta presentata dall’aggiudicataria Strabag, già incidentalmente proposti in primo grado e disattesi dal Tar.

Così sintetizzate le posizioni delle parti processuali, e rilevata la non simmetrica coincidenza delle posizioni delle appellanti principali, può passarsi alla disamina di quali siano, ad avviso del Collegio, gli argomenti critici ammissibili nel presente giudizio di appello.

1.2. A tal riguardo, vengono immediatamente in rilievo le censure proposte dall’aggiudicataria controinteressata Strabag nell’ambito del primo motivo d’appello (ric. 721/2014) che muovono critiche di

ordine metodologico all'impostazione della sentenza.

Essa saranno separatamente ed immediatamente scrutinate, nella premessa che non del tutto a torto l'appellata dubita (come ribadito anche nel corso della discussione all'odierna udienza pubblica) della legittimazione di Strabag a riproporre dette censure.

L'aggiudicazione della gara in favore di quest'ultima è rimasta intangibile (a cagione della rapidissima sottoscrizione del contratto antecedentemente al decreto cautelare sospensivo reso dal Presidente della Sezione) ed essa non è stata destinataria della statuizione condannatoria. In contrario senso può considerarsi che la stessa è rimasta soccombente nel giudizio di primo grado ed è stata condannata alle spese ed ha l'interesse materiale a gravare la sentenza.

Nessun interesse, invece, la stessa avrebbe sotto il profilo morale: la stessa infatti potrebbe vantare l'interesse morale ad ottenere una pronuncia accertativa del proprio buon diritto ad aggiudicarsi la gara, ma non certo quello a vedere anche escludere la controinteressata (chè a ciò sono finalizzate le censure incidentali).

La infondatezza delle doglianze però consente di prescindere dall'approfondimento di tale delicata questione.

1.2.1. Ciò sottolineato, va immediatamente evidenziata la infondatezza (quando non anche la perplessità) della denunciata violazione degli artt. 125 comma 3 e 34 comma 3 del cpa: non è agevolmente comprensibile per il vero neppure quale sia l'interesse

dell'appellante ad articolare la censura. Premesso che la stipula del contratto con la stazione appaltante non è stata intaccata, e che dell'appellante principale non è stata affermata alcuna responsabilità risarcitoria, il Tar ha proprio parenteticamente accertato la legittimità dell'azione amministrativa nell'ottica della individuazione dei presupposti per l'attribuzione –o meno- della tutela risarcitoria per equivalente.

Né ciò avrebbe potuto fare prescindendo dalla disamina delle tesi che sostenevano che la posizione dall'aggiudicataria controinteressata Strabag fosse viziata: davvero non è dato individuare alcuna illegittimità nell'operato del Tar, in parte qua. D'altro canto, la tesi esposta dall'appellante Strabag approda a conclusioni palesemente non condivisibili allorchè (come nel caso di specie) si controverta in ordine alla legittimità – o meno- del dipanarsi di una procedura evidenziale relativa alle c.d. “infrastrutture strategiche” artt. 161 e seg. ti del d.L.vo 2006, n. 163.

posto che, in simili fattispecie, si farebbe dipendere dalla circostanza relativa alla avvenuta – o meno- stipula del contratto un compiuto accertamento dei vizi lamentati.

La censura va quindi decisamente disattesa.

1.3. Più articolate considerazioni merita la disamina del mezzo dell'appello principale proposto da Strabag, mercè il quale si sostiene la illegittimità della statuizione del Tar declaratoria della inammissibilità delle censure proposte da Strabag con il ricorso

incidentale depositato in data 26 gennaio 2012, e con il successivo ricorso per motivi aggiunti al detto ricorso incidentale. Unitamente a tale tematica, verrà sottoposta a scrutinio la (subordinata ma connessa) tesi secondo cui, a tutto concedere, gli argomenti critici introdotti da Strabag con i motivi del mezzo incidentale di primo grado dichiarati inammissibili avrebbero comunque dovuto essere parenteticamente vagliati dal Tar al fine di escludere (ove taluno di essi fosse stato ritenuto fondato) l'an della tutela risarcitoria .

1.3.1. Quanto al primo segmento della doglianza, esso non appare fondato.

Il Tar ha fatto buongoverno del principio della parità delle parti.

Si ricorda infatti che Strabag ha proposto un primo ricorso incidentale, volto a paralizzare le censure proposte dalla originaria ricorrente allorchè questa avversò l'aggiudicazione provvisoria. Ed i tre motivi di ricorso incidentale proposti da Strabag furono analiticamente esaminati dal Tar (seppur disattesi nel merito).

Fermandosi per un attimo a “fotografare” tale momento processuale (ed anche per dar conto di connessi argomenti critici prospettati da Strabag) occorre rispondere innanzitutto a tre quesiti.

Il primo di essi è il seguente: il ricorso di primo grado proposto dal Consorzio Pedelombarda 2 avverso l'aggiudicazione provvisoria era ammissibile?

La risposta è certamente positiva: la giurisprudenza ha sin da epoca risalente (ex aliis Cons. Stato Sez. V Sent., 08-09-2008, n. 4241)

affermato la ammissibilità del ricorso contro l' aggiudicazione provvisoria, (ma anche la facoltatività della impugnazione dato il carattere endoprocedimentale di detto atto).

Dalla facoltatività della impugnazione, emerge che il mezzo divenga improcedibile ove poi ci si trovi al cospetto omessa impugnazione dell' aggiudicazione definitiva, perché solo con questa si conclude il sub procedimento (ex aliis T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 05-04-2006, n. 1837).

Il secondo quesito cui occorre rispondere è il seguente: una volta che il ricorrente di primo grado abbia deciso di seguire la (facoltativa, lo si ripete) strada di gravare l'aggiudicazione provvisoria, “doppiando” poi l'impugnazione avverso quella definitiva, quali rapporti sussistono tra i detti due mezzi in punto di proponibilità delle censure?

Per meglio chiarire: era rimessa alla sua esclusiva volontà decidere quali e quante censure articolare in sede di impugnazione della aggiudicazione provvisoria potendo essa differire la proposizione di altre censure (sia pur dalla stessa già conosciute al momento della impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria) al momento in cui avrebbe impugnato l'aggiudicazione definitiva?

Ovvero essa era obbligata a proporre in seno al gravame avverso la aggiudicazione provvisoria tutte le censure conosciute/conoscibili in quel momento?

Posto che la regola generale del processo amministrativo è quella in

ultimo enunciata, una eccezione in tal senso sarebbe stata giustificabile soltanto a cagione della “facoltatività” della proposizione del gravame avverso la aggiudicazione provvisoria.

Come è noto – e come correttamente colto dal Tar- la delicata questione è stata in passato scandagliata dalla giurisprudenza, che è pervenuta al condivisibile principio per cui (Cons. Giust. Amm. Sic., Sent., 28-07-2011, n. 519) “la parte che sceglie la via dell'immediata contestazione dell'aggiudicazione provvisoria è comunque tenuta a rispettare il termine perentorio di impugnativa e, pertanto, ha l'onere di dedurre, nei confronti degli atti conosciuti al momento della proposizione del ricorso diretto contro l'aggiudicazione provvisoria, tutti i motivi di doglianza. Da ciò discende che, in occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte ricorrente non potrà dedurre contro gli atti indittivi ulteriori motivi che avrebbe potuto proporre in precedenza.

Il perimetro delle censure indirizzabili contro l'aggiudicazione definitiva - quando, si ribadisce, sia stata già impugnata quella provvisoria - si riduce pertanto agli eventuali vizi propri di detto ultimo atto o, al più, ai vizi di diversi atti del procedimento sopravvenuti all'aggiudicazione provvisoria. In occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte che abbia già proposto ricorso contro quella provvisoria potrà inoltre dedurre anche motivi relativi agli atti già avversati, ma alla sola condizione che siffatti ulteriori motivi trovino giustificazione e fondamento in

circostanze non precedentemente conosciute.”.

Tale condivisibile principio tende ad evitare strategie defensionali dilatorie, miranti a parcellizzare le impugnazioni proponendo in via differita motivi di censura che avrebbero potuto essere prospettati immediatamente, e nasce dalla constatazione che, eletta la (facoltativa) via di gravare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, non v'è ragione alcuna di consentire all'impugnante la possibilità di postergare ad un momento successivo (quello dei motivi aggiunti volti a gravare l'aggiudicazione definitiva censure già precedentemente proponibili).

In sintesi: la facoltatività riguarda l'an della proposizione del gravame avverso l'aggiudicazione provvisoria.

Eletta detta via, l'impugnazione non si sottrae agli ordinari principi e la parte impugnante deve proporre in detta sede tutte le censure conosciute/conoscibili, non potendo differirne la proposizione al successivo momento del gravame avversante l'aggiudicazione definitiva.

Nell'ambito del presente procedimento la seconda graduata ed originaria ricorrente principale si attenne a tale schema: propose il ricorso introduttivo; esercitò l'accesso; venne a conoscenza di ulteriori –asseriti- vizi; propose ricorso per motivi aggiunti nei tempi previsti dal codice.

Ma se così è – e quanto sinora affermato costituisce un primo punto fermo dal quale il Collegio non ravvisa motivi per recedere- va data

risposta ad un ulteriore quesito.

Quale è la posizione del concorrente che voglia proporre ricorso incidentale teso a paralizzare il ricorso principale gravante l'aggiudicazione provvisoria?

Deve immediatamente attivarsi per proporre in via incidentale tutte le censure conosciute/conoscibili volte a paralizzare la proposizione del mezzo principale, ovvero potrebbe rimanere inerte e “rinviare” al momento della proposizione del mezzo teso a gravare l'aggiudicazione definitiva le proprie doglianze incidentali?

E ove ciò si ritenesse, potrebbe affermarsi che una tale tesi salvaguardi il principio di parità delle parti, ovvero dovrebbe affermarsi che essa introdurrebbe una ingiusta discriminazione tra la posizione del ricorrente principale (tenuto a prospettare subito tutti i motivi di censura, salvi i nuovi che non abbia potuto prima proporre perché sconosciuti, e quelli “nuovi” in quanto direttamente attingenti l'aggiudicazione definitiva “in proprio”) e quella del ricorrente incidentale?

La risposta appare scontata: le stesse ragioni prima esposte, e la necessaria simmetria della posizione delle parti processuali scoraggiano la tesi dell'appellante volta a prospettare la praticabilità di una simile opzione ermeneutica (si veda pag. 21 dell'appello Strabag ove lealmente si prospetta tale opzione a salvaguardia della “migliore strategia difensiva”).

Il principio è quello per cui, il destinatario del ricorso principale che

voglia proporre una controimpugnazione paralizzante deve immediatamente attivarsi per proporre in via incidentale tutte le censure conosciute/conoscibili senza potere rinviare la proposizione di tutte o anche di alcune di esse alla fase della controimpugnativa dell'aggiudicazione definitiva.

1.3.2. E quid iuris ove, in quel momento, non abbia ancora contezza di tutti gli elementi e ne venga a conoscenza successivamente, una volta proposto l'accesso? Il regime di proponibilità delle censure è quello "ordinario" strutturato attraverso la possibilità di proporre motivi aggiunti nel termine perentorio di legge al ricorso incidentale già proposto e contenente soltanto le censure relative a profili conosciuti", ovvero si "riapre" una fase "diversa", condizionata dalla proposizione da parte del ricorrente principale di motivi aggiunti, "paralizzabili" attraverso nuovo ricorso incidentale?

La prima opzione ermeneutica si impone ex art. 120 e 41 c II del cpa e 79 del ccp: né alcuna altra possibilità sarebbe praticabile.

Posto che l'aggiudicataria aveva esercitato l'accesso alla offerta della seconda graduata il 28 novembre 2011, avrebbe dovuto proporre il ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale già proposto nei trenta giorni successivi.

Essa ha invece proposto le censure avversanti l'offerta tecnica presentata dalla odierna appellata Consorzio Pedemontana Lombarda 2 in data 25 gennaio 2012 e 30.1.2012 e quindi ben oltre il termine di trenta giorni.

Sostanzialmente, Strabag ha disancorato la propria impugnazione rispetto al (primo) ricorso incidentale già proposto; ha ommesso di proporre motivi aggiunti nel termine decorrente dalla cognizione degli ulteriori vizi discendente dall'accesso ed ha "legato" la propria impugnazione incidentale al ricorso per motivi aggiunti della originaria ricorrente principale depositato in data 29 dicembre 2011: tale modus procedendi parcellizza l'impugnazione e tende a conservare in capo all'appellante incidentale il "vantaggio" discendente dal potere di paralizzare l'impugnazione principale, ma non si armonizza (ed anzi contraddice) il principio di parità delle parti.

Il Collegio non dubita della tardività del secondo ricorso incidentale di primo grado e dei successivi motivi aggiunti proposti da Strabag, e, quindi, ritiene esatto e condivisibile l'approdo del Tar.

1.3.3. Va condivisa, quindi, la tesi del Tar: in concreto occorre completare l'esame interrogandosi sulla "qualità" delle censure contenute nel secondo ricorso incidentale e nei motivi aggiunti proposti in primo grado dall'odierna appellante.

Esse sono compendiate alle pagg. 33 e 53 dell'appello proposto da Strabag; erano dirette ad ottenere l'esclusione della odierna appellata dalla gara; l'appellante principale non ha documentato, ma neppure affermato, per il vero, che la conoscenza di esse fosse stata conseguita in un momento successivo a quello coincidente con la proposizione della domanda di accesso successiva al primo ricorso

incidentale, e neppure che con le stesse si censurino vizi “propri” dell’aggiudicazione definitiva, o “nuovi”: ne discende la certa inammissibilità delle doglianze predette, in quanto tardive.

La statuizione del Tar va pertanto confermata e tutte le considerazioni in punto di asserita violazione del principio della parità delle parti “in concreto” appaiono in realtà un abile espediente sfornito di aderenza alla realtà: il Tar non ha mai affermato –né poteva- che il ricorrente incidentale possa soltanto proporre le censure a sua conoscenza dopo la notifica del mezzo principale senza potere più interloquire.

Ha soltanto affermato che, impugnata l’aggiudicazione provvisoria, chi voglia proporre ricorso incidentale deve proporlo nei termini di legge ed ivi debba veicolare tutte le censure.

Ove non le conosca, è tenuto ad attivarsi richiedendo l’accesso, e dal momento della conoscenza dei “nuovi” elementi di fatto che costituiscono il presupposto delle “nuove” censure incidentali decorre un termine: esso è quello di trenta giorni per proporre i motivi aggiunti. Null’altro (e nel caso in esame è pacifico che il detto termine sia stato ampiamente sforato).

E tale profilo della sentenza appare inattaccabile, mentre la pretesa dell’appellante principale di “ricominciare il giro”, aspettando nuove censure principali da paralizzare incidentalmente nei termini decorrenti dal mezzo aggiunto principale, porta ad una parcellizzazione dell’impugnazione e ad una dilatazione della

tempistica incompatibile con i tempi contingentati ed accelerati per la impugnazione dei provvedimenti in materia evidenziale (cfr art. 79 comma 5quater del ccp, che scolpisce termini ristrettissimi per l'accesso agli atti, onde evitare che tardive risposte dell'amministrazione o ritardate richieste delle offerenti procrastinino sine die il termine di proposizione delle possibili impugnazioni: “ fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio”).

1.4. L'appellante prospetta però una tesi ulteriore, secondo cui – anche ove dichiarate inammissibili- le dette doglianze incidentali avrebbero dovuto essere parenteticamente vagliate dal Tar in sede di disamina del petitum risarcitorio: posto che la concedibilità di quest'ultimo muove dalla riconosciuta spettanza del bene della vita, e

posto che l'eventuale accoglimento anche di una sola di dette censure avrebbe avuto il pratico significato di escludere la spettanza del bene della vita in capo all'appellata (chè essa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara) ne discendeva che, sebbene fossero stati dichiarati inammissibili, gli argomenti contenuti nei detti motivi avrebbero dovuto essere comunque scrutinati e, ove riconosciuti fondati, avrebbero dovuto impedire l'attribuzione della tutela risarcitoria essendo carente l'an della medesima (id est: aggiudicabilità della gara all'appellata).

1.5.1 La suggestiva tesi, prospettata in via subordinata dall'appellante, non persuade il Collegio.

1.5.2. In via di principio – e senza volere reiterare considerazioni già rese- vi sarebbe già da dubitare dell'interesse dell'appellante Strabag a prospettare una simile questione: essa non è direttamente incisa dalla statuizione in punto di risarcimento del danno, e non si vede che diretto interesse abbia a prospettare circostanze atte ad escludere che lo stesso possa essere attribuita all'appellata. Si potrebbe per il vero utilmente soffermare l'attenzione ad un interesse morale ad affermare che l'appellata era a propria volta incorsa in irregolarità: ma una volta che l'odierna appellante principale Strabag (la cui aggiudicazione è stata fatta salva, lo si ripete) abbia introdotto detti argomenti nel processo e gli stessi siano stati dichiarati inammissibili, non pare che un simile interesse possa per altra via essere coltivato in sede di delibazione sul risarcimento.

1.6. Ma anche tenendo in disparte dette considerazioni, ed interrogandosi in ordine alla eventualità che i detti argomenti di critica introdotti mercè impugnazione incidentale – e dichiarati inammissibili dal Tar con statuizione confermata da questo Collegio d'appello- possano essere esaminati comunque, in chiave di delibazione della spettanza risarcitoria (su istanza della parte che li aveva proposti in primo grado, o, al limite, anche d'ufficio dal Giudice) non pare al Collegio che la prospettazione dell'appellante meriti positiva delibazione.

1.6.1. Come è noto, la favorevole delibazione della domanda di risarcimento del danno cagionato per effetto di un provvedimento o comportamento lesivo di interesse legittimo, richiede la concorrenza dei presupposti della lesione dell'interesse legittimo e della lesione di un bene della vita. È necessario quindi non solo che il provvedimento sia illegittimo ma anche che sia produttivo di un danno eziologicamente riconducibile in via diretta e immediata, ex art. 1223 c.c., all'esercizio del potere pubblicistico. L'esigenza di verificare la lesione del bene della vita non ricorre solo nel caso di provvedimento lesivo di interessi legittimi pretensivi ma anche laddove venga in rilievo un'azione amministrativa negativamente incidente su interessi legittimi di matrice oppositiva.

La giurisprudenza ha anche affermato che il danno, per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile e

ciò è quello che "distingue la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile". Il risarcimento del danno c.d. "da perdita di chance" è ancorato a indefettibili presupposti di certezza dello stesso, escludendo il caso in cui l'atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una "eventualità" di conseguimento del bene della vita (Cons. Stato Sez. V, 28-04-2014, n. 2187 Cons. Stato Sez. IV, 12-02-2014, n. 674).

Numerose recenti pronunce poi, muovendo dall'approdo giurisprudenziale secondo cui dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo – incombe sull'amministrazione l'obbligo di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati, hanno sostenuto la tesi per cui, laddove detta rieffusione non sia possibile o utile (ad esempio perché, come nel caso di specie, il bene della vita non sia più attribuibile all'istante) comunque, in via parentetica di vaglio sul petitum risarcitorio, l'Amministrazione potesse evidenziare le ragioni militanti per la non attribuibilità del bene della vita (e, quindi, della tutela risarcitoria).

Ove dette ragioni venissero giudicate fondate, dovrebbe essere esclusa la favorevole delibabilità del petitum ex art. 2043 cc, per carenza della premessa maggiore dell'an: la possibilità di attribuire al

richiedente il bene della vita richiesto.

A ben guardare, la tesi dell'appellante muove da tali presupposti di fatto, e per questa ragione ritiene che le censure dalla stessa prospettate con i motivi incidentali di primo grado dichiarati inammissibili possano (e dovessero già in primo grado) essere utilmente valutabili in chiave di verifica della possibile spettanza del bene della vita e, ove dichiarati fondati, potessero quindi escludere l'an della tutela risarcitoria.

1.6.2. La tesi dell'appellante muove da premesse condivisibili, ma approda a conclusioni che non possono essere favorevolmente deliberate.

Essa infatti, oblia il principio processuale secondo il quale, se il giudicato non si forma sui motivi assorbiti, esso invece si forma sulle censure dichiarate inammissibili.

Si è detto in proposito, che (Cons. Stato Sez. VI, 11-09-2013, n. 4493) “l'impugnazione parziale di una sentenza comporta, per acquiescenza, la formazione del giudicato sulle parti non impugnate, atteso anche il principio di consumazione dell'impugnazione sancito dagli artt. 358 e 387 c.p.c. che consentono la proposizione di un ulteriore appello solo nel particolare caso in cui debba procedersi alla tempestiva rinnovazione di un atto integralmente nullo e sempre che non sia intervenuta declaratoria di inammissibilità o improcedibilità, così implicitamente escludendosi, in via generale la possibilità di una rinnovazione o integrazione del gravame già proposto

In ossequio al detto principio è stato puntualmente osservato che Cons. Stato Sez. IV, 12-06-2013, n. 3255.

nel giudizio amministrativo l'accertamento negativo tanto dei presupposti processuali, quanto delle condizioni dell'azione, conduce a pronuncia parimenti processuale d' inammissibilità o d'improcedibilità del ricorso, con l'effetto che anche la decisione processuale, la quale investe l'accertamento sul fondamento di una domanda o soltanto di una questione sostanziale necessariamente pregiudiziale - dedotta dalle parti o esaminata d'ufficio - può condurre alla formazione del giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c., con effetti eteroprocessuali sulle situazioni sostanziali delle parti

Nella pronuncia in ultimo richiamata poi, interrogandosi su una questione (solo logicamente, però) assimilabile a quella oggetto di scrutinio è stato richiamato il principio per cui è precluso al giudice di appello la conoscenza, di propria iniziativa, dei motivi di ricorso di primo grado dichiarati assorbiti e non riproposti, pena il vizio di ultrapetizione della pronunzia."(si veda anche Cons. Stato Sez. IV, 06-12-2011, n. 6401) e ciò anche laddove si trattasse di profili processuali in via di principio esaminabili dal giudice anche ex officio.

1.6.3. Le tematiche contenute nei motivi incidentali di primo grado dichiarate inammissibili e riproposte in appello, non possono quindi (ove, come avvenuto nel caso di specie, la statuizione di inammissibilità di dette censure sia stata confermata) essere

esaminate ugualmente dal Giudice, sia pure in chiave di delibazione della domanda risarcitoria, posto che detti argomenti sono stati definitivamente espunti dal processo.

Una contraria interpretazione violerebbe l'art. 112 cpc e condurrebbe alla conclusione di dequotare integralmente la disciplina processuale che impone una stringente tempistica per la prospettazione dei mezzi di gravame e delle eccezioni, a pena di inammissibilità.

La stessa, poi, condurrebbe alla conseguenze del tutto non condivisibili in una controversia quale è quella in esame: se si pone mente locale alla disposizione di cui all'art. 125 comma 3 del cpa (pacificamente applicabile alla controversia in oggetto) discenderebbe da una simile tesi che la tutela risarcitoria per equivalente (unica alla quale l'originario ricorrente può aspirare ove il contratto sia già stato stipulato) potrebbe essere condizionata dalla introduzione in sede processuale di argomenti oppositivi, slegati dal rispetto di qualsivoglia tempistica processuale, che neppure risentirebbero di già dichiarate preclusioni processuali.

D'altro canto, e con più stretta aderenza alle tematiche relative alle procedure evidenziali giammai è stato affermato in passato che, accertata la erroneità della statuizione espulsiva di una Ditta, resa dalla Stazione appaltante per un certo motivo, la Stazione appaltante possa, se non ritualmente ed in corso di giudizio, adombrare ulteriori possibili irregolarità della domanda partecipativa tali da potere, per altra via, giustificare la statuizione espulsiva, ovvero che tale modus

procedendi possa essere predicato in sede di esame della domanda risarcitoria.

Men che meno ciò potrebbe fare il Giudice (ex officio, nella sostanza) allorchè i motivi incidentali volti a rappresentare simili irregolarità fossero stati dichiarati inammissibili.

Una simile opzione è del tutto impercorribile, salvo volere stravolgere l'ordinamento processuale amministrativo e, pertanto, l'argomento critico va recisamente disatteso.

Ritiene il Collegio che, se soltanto si valuta serenamente l'iter motivo della gravata decisione, si perviene al convincimento che il primo giudice ha fatto buongoverno di tali principi.

Invero, la Stazione appaltante resistente nel corso del processo di primo grado aveva sollevato una –ed una sola- sola “obiezione” attingente l'offerta della seconda graduata: essa riguardava le soluzioni progettuali elaborate dalla medesima in riferimento alle modalità di realizzazione del ponte sul fiume Adda.

Essa non aveva mai neppure “fatte proprie” le obiezioni mosse dalla ricorrente incidentale di primo grado Strabag con il ricorso incidentale ed i motivi aggiunti dichiarati inammissibili e tesi ad affermare ulteriori irregolarità della partecipazione del Consorzio Pedelombarda 2 alla gara (ed ancora in grado di appello, con semplice memoria, ed in formula dubitativa, ha fatto proprie soltanto alcune di dette riproposte censure, comunque incorrendo nel vizio di cui all'art. 104 cpa).

L' unica eccezione di merito formulata dalla Stazione appaltante resistente (ma il tema costituirà oggetto di partita disamina nel prosieguo del presente elaborato) era improntata sul seguente sillogismo: la stazione appaltante ritiene che le varianti fossero ammesse (e che quindi l'offerta dell'aggiudicataria fosse regolare); ritiene altresì ed in ogni caso che, anche a volere argomentare in senso contrario ed affermare che le varianti non fossero ammesse dalla *lex specialis*, le modifiche progettuali proposte dall'aggiudicataria Strabag non ricadessero nel concetto di (vietata) variante; a tutto concedere però, se si fosse ritenuto che le modifiche progettuali proposte dall'aggiudicataria Strabag ricadessero nel concetto di (vietata) variante allora anche quelle proposte dalla seconda graduata in riferimento alle modalità di realizzazione del ponte sul fiume Adda integravano variante vietata e quest'ultima, non potendo in ogni caso aggiudicarsi la gara (in quanto la propria offerta avrebbe dovuto essere esclusa) non poteva essere attributaria della tutela risarcitoria.

Orbene: il primo giudice ha puntualmente esaminato e vagliato detto argomento nel merito.

Ciò in quanto detto argomento era l'unico, ammissibile secondo le regole processuali, veicolato correttamente nel processo.

Gli altri argomenti (quelli contenuti nel secondo ricorso incidentale, e nei motivi aggiunti a questo proposti da Strabag in primo grado) sono stati dichiarati inammissibili con statuizione confermata da

questo Collegio: essi non potrebbero essere vagliati al fine di delibare sulla domanda risarcitoria.

Ad abundantiam si rileva che tali argomenti neppure erano stati fatti propri dalla stazione appaltante in primo grado, per cui a nulla rileva la condivisione di alcuni dei medesimi contenuti nella memoria della stazione appaltante in ultimo depositata e datata 20 giugno (essi, valutati in relazione alla posizione della stazione appaltante costituiscono argomenti “nuovi” inammissibili ex art. 104 del cpa).

1.7. Conclusivamente: la decisione del Tar di dichiarare inammissibili le censure di cui al secondo ricorso incidentale di primo grado ed ai motivi aggiunti proposti dall'aggiudicataria Strabag appare ineccepibile perche detti atti erano tardivi. Tale dichiarazione di inammissibilità preclude la disamina degli stessi anche nella diversa chiave volta a negare alla originaria ricorrente la tutela risarcitoria; detti argomenti critici, in primo grado, non furono mai fatti propri della stazione appaltante che non li articolò in forma di eccezione; essa neppure li ha in proprio sollevati nell'atto di appello dalla stessa proposto (e comunque, proprio perché non eccepiti in primo grado ciò sarebbe stato collidente con il regime di cui all'art. 104 comma 1 del cpa) e ne ha patrocinato alcuni soltanto con la memoria conclusionale in ultimo depositata. Alla stregua di tali convergenti circostanze ne è preclusa l'esaminabilità anche in grado di appello.

2.Ciò posto, ribadita la non delibabilità delle (riproposte) censure di cui al mezzo incidentale di primo grado proposto dalla Strabag e

depositato in data 26 gennaio 2012, ed al ricorso per motivi aggiunti di primo grado di Strabag (pagg. 34-55 dell'appello Strabag) possono essere esaminate le doglianze di merito.

2.3. Esse, sostanzialmente, si strutturano in una duplice direttrice.

La prima di esse – meritevole di un esame pregiudiziale, sotto il profilo logico - è stata riproposta da Strabag nell'odierno grado di appello e riposa nella critica alla sentenza di primo grado (capi II e III) laddove questa ha esaminato e respinto le censure contenute nel primo ricorso incidentale di primo grado (quest'ultimo correttamente dichiarato ammissibile dal Tar). Ivi si sostiene e si ribadisce (pagg. 24 -33 dell'atto di appello) che l'odierna appellata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la propria domanda partecipativa era affetta da irregolarità (riproposizione dei motivi del ricorso incidentale di primo grado depositato in data 18.11.2011).

Il secondo versante critico (ultimo motivo dell'appello proposto da Strabag, ed atto di appello proposto dalla Stazione Appaltante) attinge invece più direttamente il merito della decisione.

Ivi si afferma infatti che la sentenza del Tar era errata laddove aveva interpretato il bando traendone la conclusione che non erano ammissibili varianti (motivo III dell'appello proposto da Strabag, e I motivo dell'appello di Autostrada Pedemontana Lombarda spa), e subordinatamente (II motivo dell'appello di Autostrada Pedemontana Lombarda spa) che le modifiche introdotte da Strabag non potevano rientrare nel concetto di variante.

Di seguito (III motivo dell'appello di Autostrada Pedemontana Lombarda spa) si è sostenuto che ove il Tar avesse applicato all'appellata lo stesso metro di giudizio seguito nel valutare l'offerta dell'aggiudicataria, quanto al profilo "varianti", anche l'offerta dell'appellata avrebbe dovuto essere esclusa).

2.4. Alla stregua della esposizione sinora svolta, appare evidente che il primo nodo pregiudiziale da sciogliere riposa nella verifica della regolarità dell'offerta proposta dall'appellata e, quindi, nella disamina dei (riproposti da Strabag) motivi incidentali di primo grado dichiarati ammissibili ed espressamente disattesi dal Tar.

2.5. Quanto al primo di essi, (investente le dichiarazioni della Cooperativa Muratori e Cementisti compresa nel Consorzio appellato relative al Sig. Francesco Giuffrida direttore tecnico, cessato dalla carica il 04.01.2008 e le dichiarazioni della Coopsette relative ai Sig. Caggiati Dino e Bolondi Paolo) è errata la censura incentrata sul malgoverno della disposizione di cui all'art. 38 del Codice degli appalti.

La giurisprudenza amministrativa ha già da tempo chiarito che (ex aliis ancora di recente T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 07-06-2013, n. 472) "in sede di gara d'appalto, laddove le necessarie dichiarazioni rese ex art. 38 d.lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti) siano presenti, la relativa rilevanza non può reputarsi incisa dalla mera presenza della precisazione "per quanto a sua conoscenza ", in quanto se la dichiarazione assume tutti i connotati necessari ai sensi

dell'art. 38 cit., l'inciso predetto, all'evidenza, non fa che ribadire, in termini tanto informali quanto comunque irrilevanti ai fini di contestazione giurisdizionale, ciò che è proprio di ogni dichiarazione resa da un soggetto, il quale riferisce ciò che è a propria conoscenza.”.

Tale principio generale consente di ritenere esatta la valutazione di equivalenza formulata dal Tar: le dichiarazioni sono state rese “sino alla data di cessazione della carica”, perché – come è logico- sino a quel momento il dichiarante poteva ed era tenuto a conoscere le vicende relative ai detti soggetti cessati.

Ad avviso dell'appellante la ratio della prescrizione (ed anche la *lex specialis*) avrebbe richiesto che la dichiarazione fosse resa “sino ad oggi” (cioè sino al momento di presentazione della domanda partecipativa).

Ma tale formula dichiarativa, ove anche fosse stata utilizzata, non avrebbe in nulla spostato l'ambito e la portata della dichiarazione resa, posto che il dichiarante (trattandosi, lo si ripete, di soggetti cessati) non avrebbe fatto altro che dichiarare dati rientranti nella diretta sfera di conoscenza (e non altri era tenuto a conoscere, non rilevando certo la eventuale conoscenza di altri dati aliunde ottenuta).

Ne consegue che le dichiarazioni rese non appaiono inficiate da alcuna delle lamentate irregolarità; soddisfano esattamente gli oneri discendenti dalla *lex specialis* e dalla disposizione di cui all'art. 38 del TUAppalti.

Si rammenta in proposito la condivisibile giurisprudenza a tenore della quale "la dichiarazione sostitutiva (autocertificazione) richiesta dall'art. 38, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 al legale rappresentante delle imprese concorrenti alle gare per l'affidamento di appalti pubblici, relativamente ai soggetti cessati dalle cariche sociali, previste dal medesimo art. 38, nel triennio antecedente (e concernente l'assenza di atti o fatti impeditivi espressamente indicati dalla medesima disposizione) deve sicuramente indicare tutti tali soggetti, identificandoli compiutamente, e tuttavia, in quanto concernente stati, fatti e qualità riguardanti terzi, e non il medesimo dichiarante, non può che essere resa, ai sensi dell'art. 47, t.u. 28 dicembre 2000 n. 445 "per quanto a conoscenza" del dichiarante medesimo, senza che questi sia neppure tenuto (né l'eventuale omissione può costituire causa di esclusione dalla gara) a indicare le ragioni per le quali non ha potuto produrre dichiarazioni dei diretti interessati, ben potendo, invece, l'amministrazione - a fronte di una compiuta identificazione di questi ultimi - procedere essa alle opportune verifiche, anche attraverso il casellario giudiziale e altri archivi pubblici ai quali la stessa, a differenza del dichiarante, ha accesso; inoltre gli obblighi gravanti sul legale rappresentante vanno valutati in termini di buona fede quando i fatti da attestare riguardano soggetti cessati dalla carica, e dunque ormai terzi rispetto alla società dichiarante" (Consiglio di Stato, sez. IV, 22 marzo 2012, n. 1646; in senso conforme, Consiglio di Stato, sez. V, 20 giugno

2011, n. 3686).

E proprio nella espressione contenuta nella decisione 22 marzo 2012, n. 1646 in ultimo citata, si rinviene la ratio del superiore orientamento, che consente di ritenere infondata la censura: posto che il dichiarante non potrebbe che attestare fatti a propria diretta conoscenza, una eventuale dichiarazione priva di tale limite (o dell'identico limite riposante nella data di cessazione dalla carica) sarebbe, ontologicamente, inutiliter data per la porzione temporale esuberante la data di cessazione della carica.

Da qualsivoglia angolo prospettico venga valutata, la doglianza è infondata.

2.5.1. Neppure la seconda articolazione della doglianza appare persuasiva: ad avviso dell'appellante Strabag sarebbe stata irregolare la dichiarazione ex art. 38 resa dalla mandante Pizzarotti rispetto alla posizione dell'ing. Pellinghelli – cessato dalla carica - in quanto detta dichiarazione era stata resa non dal legale rappresentante, ma dal procuratore speciale ing. Carlo Salomoni.

In contrario senso si osserva che non è affatto condivisibile il presupposto da cui muove la censura, riposante nella asserita eccezionalità della previsione ex art. 38 comma 2 e 47 comma 2 del DPR n. 445/2000 secondo cui, incombendo l'onere sul soggetto tenuto a rendere le dichiarazioni e, soltanto in seconda battuta, sul rappresentante legale dell'impresa in vece del primo, detto onere incidente sul legale rappresentante non sarebbe stato traslabile.

In senso contrario a quanto dedotto dall'aggiudicataria appellante, rileva che nessuna disposizione di legge – né generale, né speciale – impedisce al legale rappresentante di delegare i propri compiti.

Si ricorda che in passato, nella operatività dell'articolo 81 del regolamento di contabilità dello Stato emanato con regio decreto 23 maggio 1924 n. 827, secondo cui "i mandati di procura generale non sono validi per l'ammissione alle aste", la giurisprudenza si era posta la problematica relativa alla qualificazione ed all'inquadramento della procura alla presentazione di offerte nelle gare per i pubblici appalti, pervenendo al condivisibile approdo per cui quest'ultima dovesse essere espressamente menzionata tra gli atti rientranti nel "fuoco" della procura.

Posto che, nel caso di specie, non può dubitarsi che la procura rilasciata consentisse al Salomoni di sottoscrivere la domanda di partecipazione non può dubitarsi, ad avviso del Collegio, che essa ricomprendesse gli atti "minori" e strumentali alla presentazione della domanda partecipativa, tra cui, appunto, le dichiarazioni ex art. 38 del ccp.

Ad abundantiam, peraltro, si rammenta che il disciplinare autorizzava la possibilità che dette dichiarazioni venissero rese dal procuratore speciale (punto 2.1. "...o altro soggetto dotato del potere di impegnare contrattualmente il candidato stesso).

Anche la detta censura appare priva di spessore e, come tale, inaccoglibile. E ulteriore argomento deduttivo contrario può trarsi

dalla prescrizione contenuta sub art. 3.3. del bando, che ammetteva che financo le relazioni relative alle proposte migliorative ammissibili (finalizzate ad ottenere incrementi di punteggi) potessero essere sottoscritte, oltre che da parte del legale rappresentante da altro, soggetto purchè munito di poteri idonei.

2.6. Quanto alla seconda censura incidentale di primo grado riproposta dall'appellante Strabag, il Tar ha chiarito che, in relazione alle categorie di lavori scorporabili OS01, OS10, OS12, OS24 e OS34, non comprese tra quelle a subappalto obbligatorio la prescrizione del disciplinare (capo 2 lett. e) aveva distinto dette ultime categorie da quelle categorie scorporabili OG1, OG4, OG6, OG11, OS11, OS13, OS18, OS21, (per le quali il concorrente privo della relativa qualificazione doveva obbligatoriamente ricorrere al subappalto).

In ordine alle prime, il disciplinare prevedeva che l'offerente che avesse voluto utilizzare il subappalto avrebbe dovuto rendere una dichiarazione con la quale indicare "quali ulteriori lavori intende subappaltare e, se del caso, in quale quota".

L'inciso "se del caso", si riferisce alla eventualità di utilizzare il subappalto tout court: l'interpretazione patrocinata dall'appellante, secondo cui la detta locuzione ipotetica avrebbe significato che, in ipotesi di subappalto non totalitario l'offerente avrebbe dovuto sin da subito specificare la quota non corrisponde affatto al tenore letterale della clausola predetta.

L'appellante richiama arresti giurisprudenziali che si riferiscono alla diversa ipotesi in cui mancava una prescrizione del bando "facultizzante" quale quella prima indicata, volta a rimettere a ciascun concorrente la scelta tra l'indicazione immediata e l'indicazione successiva della percentuale di opere da subappaltare.

Ad avviso del Collegio – che in parte qua concorda con la tesi espressa dal Tar- il disciplinare di gara rendeva legittima la dichiarazione di utilizzare il subappalto "sino al 100%", per le categorie di lavori diverse da quelle a subappalto obbligatorio e proprio la riscontrata dicotomia tra opere a subappalto obbligatorio e facoltativo, consente di non ritenere la prescrizione di cui all'art. b5 del Capo V del disciplinare di gara (invocata a sostegno delle proprie ragioni dall'appellante) ostativa a tale considerazione.

2.7. Quanto alla terza ed ultima doglianza, essa si incentra sulla tesi secondo la quale l'offerta al ribasso sul termine di esecuzione dei lavori doveva, comunque, rispettare i termini previsti per la risoluzione delle interferenze.

E che, soprattutto, questi ultimi dovevano essere intesi come limiti temporali minimi intangibili, (in quanto termini diversi, riguardanti differenti attività, da tenere distinte in sede di offerta sul tempo di esecuzione dei lavori).

La arguta ricostruzione dell'appellante si scontra con un dato di fatto, però, che milita in senso troncante per la reiezione della censura.

Come la stessa parte appellante ammette nel corpo dell'atto di

appello, infatti, (pag.33), da un canto il progetto definitivo posto a base di gara non prevedeva un termine minimo per l'esecuzione dei lavori rispetto al termine massimo di 1140 giorni e, per altro verso, nell'elenco dei termini concorrenti a determinare il termine massimo di esecuzione dei lavori non era annoverato il termine di "risoluzione delle interferenze".

2.7.1 Ne consegue di necessità la rievocazione anche di questa censura e, conclusivamente, può affermarsi che, in riferimento alle doglianze già dedotte incidentalmente dall'aggiudicataria in primo grado dichiarate ammissibili e respinte dal Tar e riproposte in appello, la domanda di partecipazione dell'appellata era immune dalle denunciate mende.

3. A questo punto della esposizione, dovrebbero essere vagliati i (riproposti) motivi di ricorso principale di primo grado già sollevati dalla seconda graduata e disattesi dal Tar volti ad affermare che la offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in quanto affetta da irregolarità (il Tar ha disatteso i detti motivi del ricorso principale ed ha invece accolto il quarto motivo di impugnazione, contenuto nel primo ricorso per motivi aggiunti proposto dal Consorzio Pedelombarda2).

Senonchè, ritiene il Collegio più utile procedere alla disamina delle censure di merito, siccome sinteticamente elencate dianzi, il che consente di affrontare immediatamente il merito della controversia: soltanto ove la statuizione del Tar accoglitiva in parte qua del mezzo

di primo grado venisse riformata, sorgerebbe l'onere di valutare i detti riproposti motivi di censura di primo grado espressamente disattesi che, altrimenti dovrebbero essere dichiarati improcedibili.

3.1. A tal proposito, si ribadisce che la prima e più radicale critica mossa dall'appellante amministrazione e dall'aggiudicataria alla sentenza gravata riposa nella censura volta a sostenere la non condivisibilità della gravata decisione allorchè ivi –esaminato il quadro normativo e la *lex specialis* di gara –il Tar ha sostenuto che non erano ammissibili varianti.

3.2. Ritiene il Collegio che tale critica sia infondata.

3.2.1. In ordine alla circostanza che l'art. 169 del TU Contratti non chiarisca quali varianti siano o meno ammesse limitandosi a prevedere le modalità di approvazione delle varianti (ed i soggetti cui è demandata tale valutazione) in base al loro contenuto non v'è da dubitare; e parimenti non può essere messo in dubbio che, quanto alla distinta problematica della ammissibilità o meno di varianti anche in procedure evidenziali riguardanti le infrastrutture strategiche operi l'art. 76 del citato testo normativo.

Di tale norma appare utile al Collegio riportare integralmente il testo, che così dispone:

“1. Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti possono autorizzare gli offerenti a presentare varianti.

2. Le stazioni appaltanti precisano nel bando di gara se autorizzano o

meno le varianti; in mancanza di indicazione, le varianti non sono autorizzate.

3. Le stazioni appaltanti che autorizzano le varianti menzionano nel capitolato d'oneri i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione.

4. Esse prendono in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti minimi da esse prescritti.

5. Nelle procedure di affidamento di contratti relativi a servizi o forniture, le stazioni appaltanti che abbiano autorizzato varianti non possono respingere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi.”.

A fronte dell'alternativa concessagli dalla norma, nel bando di gara la stazione appaltante barrò la casella “No”: la indicazione secca che da tale dato si trae è quella per cui (per legittima scelta dalla stazione appaltante, a ciò facultizzata dalla legge) nella procedura de quo non erano ammesse varianti.

Ed a tale approdo è giunto il Tar.

L'appellante, muovendo dalla dizione dell'ultima parte del comma 2 della suindicata norma (“in mancanza di indicazione, le varianti non sono autorizzate”) e tenuto conto del fatto che ove essa nulla avesse indicato si sarebbe prodotto l'effetto per cui le varianti non dovevano ritenersi ammesse, si spinge a sostenere che la indicazione

“no” potesse essere intesa anche in senso opposto, o quantomeno, non così tassativo.

Ed “accompagna” detta tesi – in verità assai ardita- con ulteriori argomenti, incentrati su alcune prescrizioni della lettera di invito richiede (punto 3.1. punto 3.2 lett. b, punto 4.1.1.) .

La sintesi che può trarsi da tale complesso ragionamento è quella per cui dovesse ritenersi che in realtà la complessiva interpretazione della lex specialis conducesse ad una tesi opposta rispetto a quella patrocinata dal primo Giudice e che, appunto, le varianti fossero ammesse, ad esclusione di quelle di cui al capo 3 punto 3.1. lett. a e b della lettera-invito.

3.2.2. Il Collegio non concorda con tale argomentare.

E' ben vero che ove la stazione appaltante nulla avesse indicato nel bando, l'effetto sarebbe stato quello di negare la possibilità di apportare varianti al pbg: pur tuttavia, però, costituisce salto logico non agevolmente spiegabile come si possa sostenere che, una volta che la indicazione espressa sia stata in senso negativo, a cagione della richiamata disposizione di cui al comma 76 del TU si possa affermare che...la detta indicazione negativa vada in realtà intesa in senso, almeno parzialmente, positivo e ritenere quindi che le varianti fossero in realtà ammissibili.

Peraltro i commi 3 e 4 della detta norma consentono di affermare che la indicazione di ammettere le varianti possa e debba essere perimetrata dalla stazione appaltante

(“3. Le stazioni appaltanti che autorizzano le varianti menzionano nel capitolato d'oneri i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione.

4. Esse prendono in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti minimi da esse prescritti.”) di guisa che, anche in ipotesi di indicazione positiva essa possa indicare quali varianti si inquadrino nella detta indicazione positiva.

Insomma: ove avesse voluto ammettere le varianti sarebbe stato onere della Stazione appaltante quello di indicare/barrare la casella sì del modulo e perimetrare il novero di quelle ammissibili.

L'esigenza indicata dall'appellante amministrazione sarebbe stata agevolmente soddisfatta attraverso tale *modus procedendi*.

Invece, lo si ripete, il punto II.1.9. del bando pubblicato reca: “ammissibilità di varianti” e la casella “No” è ivi barrata.

Ritiene poi il Collegio che a fronte della chiarissima indicazione della fonte sovraordinata della *lex specialis* non rivestano pregio gli argomenti incentrati sulle letterali prescrizioni contenute nella lettera di invito.

Si pone in luce in proposito che, per consolidato ed inattaccabile orientamento giurisprudenziale, che costituisce *jus receptum*, (ex aliis Cons. Stato Sez. IV, 28-11-2012, n. 6026 e ancora di recente Cons. Stato Sez. IV n. 1243/2014) “nelle gare pubbliche, in caso di contrasto tra bando di gara e lettera d'invito, prevalgono le disposizioni del primo. Tale principio va inteso non solo nel senso

dell'impossibilità che la lettera possa derogare alle previsioni del bando, che costituisce la *lex specialis* della procedura selettiva, ma anche nel senso dell'impossibilità - specie in un sistema dominato dalla tassatività ed eccezionalità delle previsioni di esclusione - che attraverso la lettera d' invito possano essere introdotte ipotesi di esclusione ulteriori o più rigorose rispetto a quelle contenute nel bando.”.

La lettera invito, quindi, ha funzione meramente integratrice/specificatrice rispetto al bando, ma non potrebbe utilmente contraddire e sconfessare le prescrizioni contenute in quest'ultimo (è rimasta minoritaria, in giurisprudenza, la tesi in passato talvolta sostenuta –ex multis si veda T.A.R. Sardegna, 30-12-1996, n. 1908 – secondo la quale “la regolamentazione della gara di aggiudicazione di appalto deve desumersi dall'insieme delle disposizioni ricavabili dal bando e dalla lettera di invito non sussistendo, tra le due fonti, un rapporto di gerarchia che consenta di ritenere l'una prevalente rispetto all'altra”).

La tassativa e categorica indicazione contenuta nel bando non era quindi “correggibile” in sede di lettera invito: se questa era la volontà della Stazione appaltante (e non trattasi quindi di un acuto ma inaccoglibile espediente defensionale) la “traduzione” nella *lex specialis* ne ha tradito la ratio, e costituendo il bando autovincolo per l'amministrazione medesima, essa non avrebbe comunque potuto disattenderlo ma, unicamente, valutare se ritirarlo ed emanarne un

altro, aderente, questa volta, ai propri desiderata.

Che comunque in parte qua il contenuto della lex specialis sia esattamente quello correttamente individuato dal Tar non costituisce, a parere del Collegio, circostanza dubitabile.

La detta censura va quindi disattesa, e ciò consente altresì di rilevare la inaccogliabilità della richiesta della stazione appaltante (in ultimo formulata anche nel corso della odierna discussione pubblica) volta a sollecitare il Collegio a disporre una verifica presso il CIPE per chiarire se le varianti proposte da Strabag sarebbero state accettate.

Una tale richiesta, si lega strettamente (e si giustifica esclusivamente) laddove si ritenga fondata la tesi principale, per cui in realtà varianti strutturali erano ammissibili: esclusa l'accogliabilità di tale premessa maggiore detta richiesta di approfondimento istruttorio sarebbe priva di giustificazione logica (e ciò in disparte le considerazioni che seguiranno in punto di esaustività e completezza della disposta CTU).

3.2.3. Nel disattendere la detta censura, poi, il Collegio ritiene immediatamente di manifestare il proprio convincimento circa l'esattezza del corollario che il Tar ne ha fatto seguire, allorchè ha esaminato gli esiti della consulenza tecnica disposta in primo grado.

Invero il primo giudice non ha mai disconosciuto che la lettera di invito (capo 3 Contenuto della seconda busta interna B offerta tecnica) aveva espressamente previsto, con riferimento ai contenuti dell'offerta tecnica, la possibilità di presentare proposte migliorative,

individuate nella tabella compresa nel capo 3, punto 3.1, della lettera di invito, prevedendo che tali proposte potessero riguardare solo determinati elementi e sub elementi, tra i quali erano stati indicati alla voce 2 la “Cantierizzazione e mitigazione degli impatti correlati”, con articolazione in “2.1 realizzazione delle opere in sotterraneo - 2.2 esecuzione di opere in trincea - 2.3 esecuzione del ponte sul fiume Adda”.

Nella detta porzione della lettera di invito era stato precisato, che le proposte migliorative dovessero essere connotate dalla “esclusione di qualsiasi variante plano-altimetrica dei tracciati”, e che “le proposte migliorative non possono interessare aree non comprese nel piano particellare di esproprio, né contrastare con gli strumenti di pianificazione urbanistica, territoriale e paesistica e con qualsiasi altro strumento di programmazione e pianificazione territoriale di tipo prescrittivo, né apportare modifiche a quanto disposto nella procedura di VIA o nelle prescrizioni dettate dal CIPE ...”. Con riferimento alle modalità di illustrazione delle proposte migliorative, la lettera di invito aveva richiesto - punto 3.2 lett. b) - per la parte relativa alla cantierizzazione e mitigazione degli impatti correlati, la presentazione di “una relazione nella quale l’offerente dovrà fornire una descrizione dettagliata – nel rispetto dei vincoli territoriali e ambientali esistenti – dei criteri e delle modalità di organizzazione e gestione dei cantieri che intende adottare, con particolare riferimento alla realizzazione delle opere in sotterraneo, all’esecuzione delle

opere in trincea e all'esecuzione del ponte sul fiume Adda. Deve inoltre illustrare le misure che si intendono adottare per la mitigazione degli impatti correlati. L'Offerente deve formulare proposte migliorative che tengano conto di misure, modalità organizzative e apprestamenti di cantiere che meglio consentano la riduzione del disturbo e del disagio che può determinarsi sulle aree urbanizzate, fatta salva, in ogni caso, ogni misura prevista nel progetto definitivo approvato...”.

3.2.4. Tuttavia, proprio in relazione alla tassativa prescrizione del bando di cui al punto II.1.9. (“ammissibilità di varianti” e casella “No” ivi barrata), il Tar ha ricostruito il rapporto tra le due prescrizioni suddette, in termini di compatibilità tra le medesime, facendo presente che la specifica disciplina di gara non poteva consentire di apportare modifiche al progetto posto a base di gara se non in relazione alla cantierizzazione e solo per limitarne gli impatti ambientali.

Il Collegio concorda con tal ricostruzione, inesattamente censurata dalla Stazione appaltante.

In sintesi può dirsi che il rapporto tra divieto di variante e ammissibilità di modifiche in relazione alla cantierizzazione e al fine di limitarne gli impatti ambientali è ricostruibile in termini non dissimili da cerchi intersecantisi: deve essere esclusa la legittimità di qualunque variante incidente sulle opere da realizzare, sia che si tratti di una modificazione strutturale, sia che si tratti di una modificazione

funzionale, qualitativa o prestazionale delle opere medesime, e le modifiche in relazione alla cantierizzazione sono ammesse se, ed in quanto, non producano i (vietati effetti richiamati).

In altre parole: non potrebbe dirsi che modificazioni strutturali, funzionali, qualitative o prestazionali delle opere in quanto produttive (anche) di effetti in punto di cantierizzazione finalizzati a limitare l'impatto ambientale (ed effettivamente produttive di simile effetto) potessero per ciò solo essere ammissibili.

Ciò in relazione alla tassativa prescrizione a più riprese richiamata ed individuabile sub al punto II.1.9.

Merita convinta adesione, da parte del Collegio, il seguente passaggio della decisione di primo grado, che per comodità espositiva si riporta in sintesi: il bando “consente solo proposte migliorative in ordine alla cantierizzazione funzionale alla realizzazione delle gallerie e all'esecuzione delle opere in trincea e del ponte sul fiume Adda.Ciò significa che l'offerta deve recare proposte migliorative in tema di “gestione e organizzazione dei cantieri” (capo 3.2 lett. b della lettera di invito) strumentali alla realizzazione delle opere suindicate e non che l'obiettivo della riduzione dell'impatto ambientale dei cantieri può giustificare varianti di tipo strutturale. Diversamente opinando si finisce col rovesciare radicalmente l'impostazione della disciplina di gara, ammettendo modificazioni strutturali e prestazionali delle opere previste dal p.b.g., in palese violazione del divieto di varianti posto dal bando di gara e del preciso ambito che la lettera di invito ritaglia

alle proposte migliorative. ”.

3.3. Chiarito detto profilo, occorre adesso interrogarsi sulla (connessa e logicamente subordinata) seconda doglianza prospettata dall'appellante amministrazione.

Ivi l'Amministrazione sostiene che - laddove anche si fosse voluto aderire alla tesi del Tar, e ritenere che la lex specialis di gara non ammettesse la presentazione di varianti - ugualmente la decisione del primo giudice era errata.

Ciò in quanto le proposte migliorative elaborate dall'aggiudicataria Strabag non potevano ricondursi al concetto di “variante” in senso tecnico: erroneamente il Tar aveva acriticamente recepito la detta conclusione, contenuta nella perizia definitiva versata in atti.

3.3.1. Il complesso delle argomentazioni sulle quali detta affermazione critica si fonda, impone al Collegio un analitico esame dell'elaborato di CTU ed una disamina del convincimento che da esso il primo giudice ha tratto

Ed a tal proposito, al fine di sgombrare il campo da affermazioni manifestamente infondate per concentrarsi, poi, sulla disamina delle problematiche sostanziali, va evidenziato che il Collegio non condivide le serrate critiche di ordine metodologico rivolte all'elaborato peritale, laddove si sostiene che quest'ultimo fosse viziato per non avere preso in esame le controdeduzioni mosse dai consulenti della stazione appaltante (capo 2.3. dell'appello proposto dall'Amministrazione).

Pare invece al Collegio che – in disparte la disamina delle argomentazioni sostanziali che seguirà - l’elaborato peritale sia stato particolarmente accurato ed attento nell’esaminare tutte le contro obiezioni allo “schema di perizia” articolate dai consulenti delle parti processuali.

A prescindere dalla sussistenza – o meno- di un simile dovere in capo al CTU, quel che è certo è che l’elaborato si presenta rispettoso delle garanzie anche sostanziali del contraddittorio, per cui le critiche mosse alle pagg. 30 e 31 dell’appello sono destituite di fondamento.

Solo che si compulsi l’incartamento processuale è agevole riscontrare che su tutte le osservazioni di parte il CTU nominato Ing. Maiorana ha fornito partita risposta.

Di tali risposte è perfettamente legittimo (e financo “doveroso”, per le difese appellanti) criticare il merito: è inesatto dolersi del modus procedendi e sollevare problematiche di omesso rispetto del contraddittorio tecnico e processuale.

Al contempo, non pare affatto, al Collegio, che il CTU abbia travalicato rispetto al mandato attribuitogli: avuto riguardo alle censure sollevate dalla seconda graduata ed attingenti l’offerta tecnica presentata da Strabag, i quesiti formulati dal Tar contenevano anche (soprattutto il quarto) una necessità di fornire risposta ai rapporti intercorrenti tra soluzioni tecniche fornite e progetto posto a base di gara.

Il CTU (come meglio si chiarirà di seguito) non ha esuberato da tale

mandato: semmai dalle risposte fornite il Tar ha ricavato il convincimento espresso in sentenza e censurato.

3.3.2. Quanto alle argomentazioni sostanziali, rammenta il Collegio che in sede di formulazione dei quesiti il Tar demandò al CTU una disamina complessiva, incentrata anche su argomenti critici sollevati dall'aggiudicataria nel mezzo incidentale di primo grado e nel mezzo per motivi aggiunti a questo accessivo poi dichiarati inammissibili.

Delle conseguenze della inammissibilità si è già detto. Costituisce dato meramente "storico" quello per cui neppure vagliando tali argomenti si sia ravvisata nella offerta della seconda graduata alcuna irregolarità.

E' ben più di interesse per l'odierno processo, invece, rilevare che il CTU ha fornito risposta al quesito comune alla stazione appaltante ed alla aggiudicataria, relativo alla possibilità che anche la seconda graduata, con riferimento alla erezione del Ponte sull'Adda, avesse proposto una offerta tecnica contenente una (inammissibile) variante al progetto posto a base di gara.

Anche tale profilo formerà oggetto di partito esame da parte del Collegio.

4.Ciò posto, si rammenta che il Consorzio originario ricorrente aveva in primo grado sostenuto che l'aggiudicataria Strabag aveva introdotto quattro varianti strutturali al progetto posto a base di gara, relativamente alla struttura delle gallerie, del ponte sul fiume Adda, nonché delle opere in trincea.

Esse –nella prospettazione della originaria ricorrente- riposavano nella: a) sostituzione dei diaframmi laterali continui previsti dal progetto posto a base di gara con un sistema alternativo di contenimento laterale del terreno mediante pali ad elica; b) eliminazione nelle gallerie artificiali delle solette di fondo in cemento armato e conseguente modificazione radicale della statica dei manufatti con la previsione di fondazioni soggette a cedimenti differenziali in quanto impostate su appoggi isolati ed indipendenti anziché continui; c) realizzazione - nelle gallerie artificiali – di un solettone di copertura alleggerito in cemento armato precompresso; d) riduzione del 18% del peso del ponte sul fiume Adda.

A fronte di tale denuncia di modifiche incompatibili con la lex specialis della selezione evidenziale il Tar aveva prospettato i seguenti quesiti: “1. illustri il Consulente in che cosa consistono le seguenti soluzioni progettuali proposte dall’ATI Sarbag: a) sostituzione dei diaframmi laterali continui previsti dal progetto definitivo a base di gara (d’ora innanzi anche “PBG”) con un sistema alternativo di contenimento laterale del terreno mediante pali ad elica; b) eliminazione nella gallerie artificiali del solettone di fondo in cemento armato previsto dal PBG con fondazioni soggette a cedimenti differenziali; c) realizzazione nelle gallerie artificiali di un solettone in cemento di copertura alleggerito in cemento armato. Effettui quindi il consulente un confronto fra le suddette soluzioni e quelle previste nel PBG; 2. Illustri il Consulente in quale modo è

stata ottenuta una riduzione del peso del ponte sul fiume Adda pari al 18% rispetto al peso che avrebbe avuto in base alla soluzione progettuale di cui al PBG. Effettui quindi il consulente un confronto fra le suddette soluzioni e quelle previste nel PBG. Confronti infine il Consulente la soluzione progettuale proposta dall'ATI Strabag (sempre relativa al suddetto ponte) con quella proposta dal ricorrente, illustrandone affinità e differenze; 3. Dica il Consulente se le suindicate soluzioni, ai fini della dimostrazione della loro fattibilità, necessitassero di studi e verifiche particolari; 4. Illustri il Consulente quale sia il rapporto fra le suindicate soluzioni progettuali e quelle previste nel PBG. 5. Confronti il consulente le soluzioni adottate dall'ATI Strabag in ordine alla cantierizzazione delle opere (riduzione a 6 cantieri rispetto ai 24 previsti nel PBG e previsione di due impianti di produzione di conglomerati bituminosi non contemplati nel PBG) con le soluzioni proposte in sede di valutazione di impatto ambientale, ed esprima il suo giudizio in merito all'impatto delle prime sull'ambiente".

4.1. Il Tar ha preso in esame le "risposte" partitamente rese dal CTU ai quesiti dianzi riepilogati, e da tali risposte ha ricavato un convincimento.

4.2. Ritiene immediatamente di evidenziare il Collegio che nessuna delle due parti appellanti ha singolarmente e specificatamente criticato le valutazioni del CTU (e, a cascata, del Collegio di primo grado) in ordine all'approfondimento della problematica relativa al

primo quesito sottopostogli (schematicamente: alla tematica “gallerie”).

4.2.1. La stazione appaltante, in particolare, muove critiche al procedimento seguito dal CTU, alla asserita omessa “risposta” alle obiezioni poste dal CTP, spingendosi sino a chiedere la rinnovazione della Consulenza tecnica nel presente grado di giudizio e per altro verso, reitera il l’argomento per cui (punto 2.3. dell’appello) non sarebbe possibile qualificare come “variante” una “proposta migliorativa relativa alla realizzazione delle gallerie artificiali sulla base di una valutazione tecnica dei fatti di causa erronea, già smentita dal CTP da essa nominato, e non contraddetta in sede di redazione della perizia definitiva “ (così, testualmente pag. 30 dell’appello).

4.2.2. La critica appellatoria, oltre che generica, sconta un vizio d’origine e muove da un evidente fraintendimento. Il vizio è quello, prima sottolineato, secondo cui ogni modifica, purchè impattante (anche) sulla cantierizzazione, fosse consentita.

E già si è chiarito perché il Collegio –avuto riguardo al tenore del bando di gara- non possa concordare con tale affermazione.

Il fraintendimento, e la evidente forzatura, riposa nell’aver ritenuto che il decisum del Tar si fondi esclusivamente sul segnalato rischio paventato dal CTU che la riduzione –ed in taluni casi la radicale eliminazione del solettone in c.a.- potesse portare a cedimenti strutturali della carreggiata. Non a caso l’intera (ed unica) critica di merito alla sentenza di primo grado, in parte qua, si incentra sul

tentativo di dimostrare l'inesistenza di tale paventato pericolo e rammenta la circostanza che l'Ati Strabag (pag. 32 dell'appello) aveva previsto la realizzazione di uno strato di terreno cementato sotto la pavimentazione stradale in conglomerato bituminoso atto ad irrigidirne la consistenza e, quindi, a scongiurare il rischio di cedimenti strutturali della carreggiata.

4.2.3. La semplice lettura della sentenza rende palese che, ad avviso del Collegio, già in termini espositivi il ragionamento seguito dal Tar era in realtà più ampio.

Innanzitutto (e sul punto non v'è né potrebbe esservi alcuna censura) il Tar ha rilevato che, “rispetto alle gallerie da realizzare con “metodo Milano”, il p.b.g. prevede la esecuzione di pareti laterali mediante diaframmi in cemento armato, mentre Strabag ne propone la realizzazione mediante pali ad elica, utilizzando così una tecnologia diversa da quella prevista dal p.b.g.”.

Secondariamente, il Tar ha posto in luce che il p.b.g. ne prevede la costruzione mediante la realizzazione di un solettone di fondo in cemento armato, mentre Strabag propone, tanto per le gallerie artificiali tipo “Milano”, quanto per quelle tipo “scatolare” con scavi non sostenuti, la sostituzione del solettone di fondo con fondazioni soggette a cedimenti differenziali, precisando che nelle gallerie di tipo “scatolare” Strabag propone non l'integrale eliminazione del solettone, ma “una riduzione dello stesso”, mentre nelle gallerie tipo “Milano” prevede la radicale eliminazione del solettone.

Inoltre, il Tar ha posto in luce che “anche rispetto alle modalità di realizzazione della copertura delle gallerie artificiali, il Consulente d’ufficio evidenzia che l’offerta di Strabag modifica il p.b.g, atteso che quest’ultimo prevede la realizzazione di un solettone, da eseguire in taluni casi in getto pieno e in altri utilizzando un manufatto prefabbricato con sovrastante getto di completamento, mentre Strabag propone solo per alcune gallerie di tipo scatolare un solettone di copertura a getto pieno, mentre per altre gallerie di tipo scatolare, nonché per tutte le gallerie tipo Milano, Strabag prevede la realizzazione di un solettone di copertura alleggerito e precompresso, con geometrie diverse dal solettone di cui al p.b.g.”.

Il tutto, senza disconoscere che come già sottolineato dal CTU “le modifiche progettuali sinora esaminate possono incidere positivamente sulla cantierizzazione e sugli impatti correlati”.

La problematica del possibile cedimento strutturale della carreggiata, era pertanto solo una delle criticità ravvisate, intendendo per tale non semplicemente la presenza di rischi aggiuntivi e/o inconvenienti realizzativi, ma la portata della modifica discostantesi dal progetto posto a base di gara, sempre sul presupposto –dal Collegio ritenuto pienamente corretto, come si è a più riprese chiarito in precedenza– che la *lex specialis* non autorizzasse la presentazione di varianti.

4.2.4. La equivalenza proposta dalla Stazione appaltante nel proprio appello pare esser quella variante/modifica peggiorativa.

Ma, invece, interrogandosi sul concetto di variante sul quale a più

riprese, in passato, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di soffermarsi, la giurisprudenza nazionale ha elaborato alcuni criteri guida relativi alle varianti in sede di offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2003, n. 923; sez. V, 9 febbraio 2001, n. 578; sez. IV, 2 aprile 1997, n. 309) nell'ipotesi – diversa da quella oggetto della odierna deliberazione- in cui il bando non neghi tale possibilità.

Si è detto pertanto che, sempre se il bando ciò non neghi (Cons. Stato. n. 3481/2008) “si ammettono varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla p.a. e, peraltro risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della p.a. sottese alla prescrizione variata.”.

Laddove però tale spazio non sia dal bando permesso, e sia consentita soltanto una modifica minore si rientra nel novero delle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purchè non alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la par condicio (Consiglio di Stato, sezione IV, 11 febbraio 1999, n. 149).

Ora, nel caso di specie, correttamente dal raffronto progetto posto a

base di gara/modificazioni proposte, emerge con chiarezza che si è ben lungi dalla semplice modifica migliorativa finalizzata alla riduzione dell'impatto ambientale della cantierizzazione.

Il CTU si esprime categoricamente, in proposito, ed in particolare, a proposito delle gallerie, fa riferimento ad una espressione inequivocabile (pagg. 92 e 94) :“le modifiche progettuali proposte da Strabag..hanno comportato una modifica dello schema statico della struttura.. ” che invano è stato contestato dalla Stazione appaltante.

Come emerge dalla CTU e dalla sentenza di primo grado allorchè si fa riferimento alle gallerie, ed alle problematiche riposanti nella eliminazione del solettone la modifica progettuale consente di ritenere il “prodotto che verrà consegnato” diverso strutturalmente da quello previsto nel progetto posto a base di gara.

Non si tratta di modifiche prodromiche del quomodo costruttivo: è diverso il prodotto finale da erigere, rispetto a quello previsto nel progetto posto a base di gara.

Tanto è sufficiente a respingere la censura avanzata dall'appellante principale e a dichiarare improcedibili gli ulteriori tre motivi di censura prospettati dall'appellante incidentale e volti ad affermare la sussistenza di ulteriori motivi di illegittimità dell'offerta dell'aggiudicataria.

4.3. Quanto sinora affermato consente di ritenere corretta ed immune da mende la valutazione del Tar relativa alla esistenza della offerta dell'impresa resasi aggiudicataria di varianti, inammissibili

avuto riguardo alla *lex specialis*, ma non esaurisce il compito demandato al Collegio.

4.3.1. La Consulenza tecnica d'ufficio ha scandagliato, su espressa sollecitazione della stazione appaltante le modalità di esecuzione del ponte sul fiume Adda previste nell'offerta presentata dal Consorzio Pedelombarda 2, in quanto anche quest'ultima avrebbe determinato l'introduzione di varianti non ammesse (il che avrebbe comportato, ove positivamente accertato la non attribuibilità della richiesta tutela risarcitoria).

4.3.2. Il metodo di verifica di tale profilo di indagine è stato, ad avviso del Collegio, particolarmente accorto ed attento avendo comportato una triplice sinergica disamina: quella incentrata sul dato discendente dal progetto a base di gara, e quella volta ad approfondire le modifiche prospettate sia dall'aggiudicataria che dal Consorzio originario ricorrente di primo grado.

Nella sentenza di primo grado si è dato atto che il progetto posto a base di gara si strutturava nella esecuzione del detto ponte mediante la predisposizione di opere provvisorie costituite da: 1) un ponte provvisorio sul fiume Adda; 2) cinque pile provvisorie da posizionare in alveo al corso d'acqua per il sollevamento dell'arco; 3) la creazione di accessi alle aree golenali ed all'alveo, indispensabili per fare arrivare gli elementi dell'arco fin sotto le strutture provvisorie indispensabili al montaggio.

Il Tar ha rilevato che la consulenza tecnica aveva accertato che sia il

progetto presentato dall'aggiudicataria che quello sottoposto all'attenzione della Stazione appaltante dalla seconda graduata ed originaria ricorrente avevano in comune la differenziazione rispetto al detto progetto in relazione alla seconda fase, siccome dianzi individuata.

Strabag con riguardo alle modalità di montaggio dell'arco "introduceva sostanziali modifiche alla fase 2, riducendo sensibilmente l'invasione delle zone golenali ed eliminando completamente l'interferenza con l'alveo"; la soluzione proposta dal Consorzio "porta sostanziali modifiche alla fase 2 del p.b.g. riducendo l'invasione delle zone golenali ed eliminando l'occupazione dell'alveo".

Il modo attraverso il quale il detto scopo era perseguito era, sensibilmente diverso, entrambe presentavano il pregio di ridurre l'interferenza dell'alveo del fiume.

Inoltre, la CTU aveva chiarito che quanto al c.d. "concept strutturale" (id est: la struttura struttura finita) era eguale in tutte e tre le proposte (ciò che variava riposava nelle modalità costruttive che sono molto diverse le une dalle altre).

Da tale approdo il Tar non si è discostato, ed ha ritenuto, armonicamente alle valutazioni espresse dal CTU che le speculari critiche sollevate dalle parti processuali private in ordine alla fattibilità dell'intervento, come proposto dall'una e dall'altra parte, erano ascrivibili al fatto che le proposte non coincidevano con

progetti esecutivi che implicassero la redazione di un calcolo e delle verifiche “sicché dette critiche riguardano aspetti che devono e possono trovare risoluzione nella successiva fase di redazione del progetto esecutivo”.

4.3.3. Premesso che tale “rinvio” alla fase della progettazione esecutiva era comune anche al capo dell’elaborato di consulenza che si è prima esaminato (quello, cioè, relativo alle osservazioni del CTU relative alla progettazione delle gallerie ad opera di Strabag) il Tar ha escluso che si potesse riscontrare alcuna violazione alla disciplina di gara laddove quest’ultima non consentiva la presentazione di offerte che contenessero varianti (id est: modificative di profili strutturali, qualitativi, prestazionali o funzionali delle opere).

Sia il progetto ascrivibile a Strabag che quello della seconda graduata, infatti, l’innovazione rispetto al p.b.g. atteneva soltanto alle modalità di montaggio della struttura.

E di converso, nessuna modificazione atteneva alla struttura finita dell’opera, variando solo le modalità costruttive incidenti sulle modalità di montaggio del ponte.

Erano quindi investiti aspetti meramente operativi, tali da rientrare nella nozione di cantierizzazione, in coerenza con il limite che la lex specialis pone alla possibilità di presentare proposte migliorative.

4.3.4. La critica della stazione appaltante (pagg. 35 e 36 del ricorso in appello) non si incentra su tale ultima porzione del ragionamento del Tar, ma attinge quella immediatamente precedente: quella cioè,

laddove si è ritenuto che le criticità rilevate dal CTU fossero superabili in quanto innanzitutto non ne escludevano realizzabilità, e, poi, “riguardavano aspetti che devono e possono trovare risoluzione nella successiva fase di redazione del progetto esecutivo”.

Proprio in riferimento a tal profilo, la stazione appaltante non negando che l’opus finale sia identico a quello previsto nel progetto, sostiene che nella fase provvisoria le lamiera di rinforzo del ponte si trovino soggette ad una sollecitazione assai rilevante, e paventa che, nella fase di rimozione delle stesse (rimozione necessaria per rendere il “prodotto finale” identico e conforme a quello previsto nel progetto posto a base di gara) si possano verificare squilibri interni e deformazioni anomale difficilmente controllabili e che per prevenire tale possibilità si renderebbero necessarie modifiche strutturali, a loro volta riconducibili al concetto di “variante”.

4.3.5. In ordine a tali osservazioni rileva il Collegio quanto segue.

La circostanza che “in potenza” non ci si trovi al cospetto di alcuna variante pare essere dato incontestato, nella sostanza coperto da giudicato, posto che sulla premessa maggiore del ragionamento del Tar non sono state articolate censure.

Le doglianze si appuntano, in via ipotetica, sulle possibili conseguenze della rimozione delle lamiera di rinforzo del ponte.

La consulenza tecnica ha approfondito tale profilo, ed ha escluso il rilievo delle prospettate criticità. La prospettazione della stazione appaltante, articolata in via meramente ipotetica ed eventuale e non

supportata da alcun dato scientifico, non vale ad intaccare il rigore delle conclusioni contrarie, espresse nella CTU (che, sul punto, “doppia” speculari considerazioni rese nella risposta al quesito n. 4, la cui importanza nodale ai fini della decisione della presente controversia si già sottolineata).

E l'accuratezza del vaglio, sia detto per incidens, consente di percepire senza ricorrere ad articolate espressioni tecniche, una immediata e rilevante conseguenza: con riguardo al ponte sull'Adda tutte le partecipanti avevano incentrato gli sforzi di miglioria sul segmento “montaggio” e nessuna si era ripromessa di consegnare un opus differente dal progetto posto a base di gara.

La differenza rispetto alla tematica “gallerie” relativa all'offerta di Strabag è immediata: lì l'opera finale non è identica, vi sono differenze strutturali (i diaframmi laterali continui previsti dal progetto definitivo a base di gara sono stati sostituiti con un sistema alternativo di contenimento laterale del terreno mediante pali ad elica e parimenti si ha eliminazione nelle gallerie artificiali delle solette di fondo in cemento armato): muta il concept strutturale dell'opera. Id est si ha una variante.

4.4. Anche tale capo di decisione va pertanto confermato.

Alla reiezione dei riuniti appelli sul punto - come si è prima rilevato - consegue la improcedibilità delle ulteriori censure, riproposte in via incidentale da parte appellata, tese a gravare i capi di sentenza che hanno dichiarato infondati i primi tre motivi del mezzo principale di

primo grado, laddove si era sostenuto che la offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto affetta da irregolarità.

5. Accertato che la offerta della originaria ricorrente di primo grado e seconda graduata non avrebbe dovuto essere esclusa, nessun dubbio può residuare sulla esattezza –quanto al riconoscimento nell'an- della statuizione del Tar che ha attribuito a quest'ultima la tutela risarcitoria per equivalente.

5.1. Come rilevato nell'incipit della presente decisione, le uniche censure avverso tali capi della sentenza di primo grado sono state articolate in via incidentale dall'appellata (appello incidentale da questa proposto nell'ambito del ricorso in appello n. 72172014) che si duole della esigua entità della somma riconosciuta. La stazione appaltante, che a pag. 38 dell'appello principale aveva “preannunciato” la proposizione di appositi motivi di censura in ordine a tale tematica “quantizzata” non ha dato seguito a tale intenzione.

Né su tale aspetto della problematica alcuna censura, di alcun genere, è stata articolata dall'aggiudicataria Strabag.

Pertanto questo Collegio giammai potrebbe diminuire l'importo della quantificazione risarcitoria resa dal Tar, senza con ciò violare l'art. 112 cpc: la quantificazione contenuta nella sentenza gravata, in assenza di alcuna, sia pure embrionale censura in proposito, è immodificabile in pejus, dovendosi soltanto tenere conto delle

censure dell' appellante incidentale.

5.2. Ed a tale proposito, si rileva immediatamente che l'appellata – che lealmente conviene con il Tar in ordine alla circostanza che la base di calcolo dovesse riposare nell'importo dell'offerta e non sul quello posto a base d'asta- si duole della asserita contraddittorietà della decisione del Tar essenzialmente per due ragioni: essa aveva richiesto la liquidazione sia del danno da mancato utile che di quello curricolare, e le era stata liquidata per entrambe le voci una somma inferiore a quella spettante.

Quanto al danno curricolare, il Tar- dopo avere osservato che l'offerta da essa proposta era connotata da una consistente riduzione del margine di utile, in quanto evidentemente finalizzata ad acquisire la commessa- aveva liquidato la percentuale dello 0,5% dell'offerta (ben inferiore quindi al 3% richiesto, anche al 2% predicato dalla giurisprudenza).

Tale riduzione era stata motivata con riferimento alla elevata qualificazione già posseduta dal Consorzio.

Anche la quantificazione del mancato utile nella misura dell'1% era errata e fondata su elementi presuntivi inconsistenti.

5.3. Il Collegio non concorda con dette argomentazioni.

5.3.1. Quanto al primo profilo, non è necessaria una articolata disquisizione, per chiarire che l'appellante incidentale sottovaluta la funzione essenziale del riconoscimento della tutela risarcitoria, che riposa, prima di tutto, nella riparazione di un pregiudizio di natura

oggettiva.

Come chiarito da autorevole dottrina nel sistema civilistico la funzione “punitiva” della responsabilità risarcitoria resta sullo sfondo, e la finalizzazione è quella del “riequilibrio dei patrimoni”.

A tale principio si è condivisibilmente attenuto il Tar: è ben vero che l'appellante aveva incentrato la propria offerta “aggressiva” all’acquisizione della commessa: ma valutando le conseguenze dell’illecito, esattamente il Tar ha valutato l’utilità marginale arrecabile in termini di qualificazione al Consorzio, in ipotesi di positivo verificarsi dell’aggiudicazione in capo al predetto

E tale utilità marginale non è così elevata da giustificare il riconoscimento della percentuale (3%) richiesta, perché è incontestato ed incontestabile l’altissimo livello di qualificazione già posseduto dal Consorzio (e già richiesto per partecipare alla gara).

Tale presupposto di fatto non è neppure messo in dubbio dall’appello incidentale: ma se così è, il riconoscimento di una percentuale superiore, in realtà, non sarebbe giustificato da alcun profilo oggettivo, ed avrebbe la funzione di restaurare l’appellante incidentale dal mancato raggiungimento di un obiettivo soggettivamente prefissosi (l’aggiudicazione della gara) che ben ridotta utilità, sotto tal profilo avrebbe potuto arrecargli.

Pare al Collegio che in primo grado si sia fatta corretta applicazione dei principi in passato affermati dalla giurisprudenza amministrativa riducendo al minimo la quantificazione del c.d. “danno

curricolare” (e si è già chiarito che non potrebbe questo Collegio, se non violando il precetto di cui all’art. 112 cpc riformare in peius la sentenza escludendone del tutto la spettanza).

La giurisprudenza amministrativa, infatti, ha costantemente riconosciuto che l’impresa ingiustamente privata dell’esecuzione di un appalto pubblico può rivendicare, a titolo di lucro cessante, anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell’incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare.

Si è conseguentemente rilevato che il danno curricolare, inteso qual specificazione del danno da lesione dell’interesse positivo si compone di due elementi: a) la perdita di un livello di qualificazione già posseduta ovvero la mancata acquisizione di un livello superiore, quale conseguenze immediate e dirette della mancata aggiudicazione ; b) la mancata acquisizione di un elemento costitutivo della specifica idoneità tecnica richiesta dal bando oltre la qualificazione SOA.

La giurisprudenza ha poi precisato che entrambe tali voci di danno vanno comprovate, secondo i principi in tema di responsabilità extracontrattuale della P. A. (ex aliis Cons. Stato Sez. IV, 27-11-2010, n. 8253).

Traendo le conseguenze da tali condivisibili principi, può osservarci che, da un canto, l’altissima qualificazione posseduta dal Consorzio

impedisce di accogliere qualsiasi richiesta di incremento della liquidazione riconosciuta dal Tar; per altro verso, sotto il profilo morale, il riconoscimento contenuto nella sentenza di primo grado (e confermato da questo Collegio d'appello) che l'appellante incidentale avrebbe dovuto aggiudicarsi la gara è certamente sufficiente a restaurare il detto pregiudizio (e, per altro verso, l'appellante incidentale non ha articolato considerazioni opposte, sotto lo specifico profilo della restaurazione del danno morale).

Pare al Collegio che tale articolazione della doglianza incidentalmente proposta vada disattesa.

5.3.2. Quanto al secondo profilo, la giurisprudenza ha già a più riprese chiarito che la percentuale del 10% -quale criterio equitativo per la liquidazione del mancato utile- integra unicamente indicazione tendenziale (anche ex art. 32 del DPR n. 207/2010 che, infatti, fa riferimento al concetto di “normalità”).

I criteri riduttivi seguiti ed applicabili dal Tar (certamente non abnormi, il che rileva in punto di sindacato della valutazione resa ex art. 1226 CC) non possono essere revocati in dubbio a cagione della circostanza che l'appellante incidentale stava ultimando altra parte dell'autostrada, né l'elevato rischio di impresa appare elemento misconoscibile.

Che poi la stessa Amministrazione avesse paventato - in un proprio scritto difensivo depositato in vista dell'incidente cautelare sull'ordinanza n. 238/2012 – il pericolo rappresentato da un esborso

di una percentuale pari al valore del 10% non può certo costituire riconoscimento di alcunché, e neppure può assumere portata confessoria, ovvero limitare e/o vincolare il potere equitativo giudiziale.

I quattro sottocriteri riduttivi applicati dal Tar non sono contestabili (massime: la rilevante contrazione dell'utile già in sede di offerta, e l'elevato rischio) mentre proprio dalla altissima qualificazione del Consorzio discende la esattezza del ragionamento presuntivo in punto di conseguenze della omessa prova della impossibilità di reimpiego dei mezzi e delle maestranze. Per altro verso costituisce semplice applicazione di un criterio di buon senso difficilmente contestabile (e per il vero, infatti, non specificamente contestata) che avuta notizia dell'avvenuta stipulazione del contratto tra la stazione appaltante e la prima graduata, una volta che l'odierna appellante incidentale si era resa conto che non v'erano elementi ex art. 121 del cpa prospettabili (ed in effetti nulla è stato mai adombrato in tal senso, neppure in primo grado) la immobilizzazione di mezzi e maestranze era del tutto priva di giustificazione logica.

A tali elementi l'appellante incidentale oppone, sotto il profilo presuntivo, una circostanza che pare al Collegio in realtà neutra (il fatto, cioè, che essa stesse seguendo lavori in un area limitrofa, in quanto aggiudicataria di altra tranche della medesima opera) che non pare riverberarsi in termini decisivi per un incremento del quantum risarcitorio.

Il vero è che, se si prescinde da suggestive istanze formulate in chiave “punitiva” la assai consistente somma riconosciuta a parte appellante incidentale appare certamente non inadeguata a risarcirle il pregiudizio arrecato e conseguentemente, l’ appello incidentale deve essere disatteso.

6. Conclusivamente pronunciando sui riuniti appelli, il Collegio respinge gli appelli principali nei termini di cui alla motivazione che precede ed in parte dichiara improcedibile ed in parte respinge l’appello incidentale proposto dalla originaria ricorrente di primo grado.

7. La reciproca soccombenza e la particolare complessità giuridica e fattuale della controversia legittimano la integrale compensazione tra le parti delle spese processuali del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sui riuniti appelli, come in epigrafe proposti, respinge gli appelli principali nei termini di cui alla motivazione che precede ed in parte dichiara improcedibile ed in parte respinge l’appello incidentale proposto dalla originaria ricorrente di primo grado.

Spese processuali del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 luglio

2014 con l'intervento dei magistrati:

Goffredo Zaccardi, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Diego Sabatino, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/11/2014

IL SEGRETARIO

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