



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE**  
**PER IL LAZIO - SEZIONE TERZA**

**N. Reg.Sent.**  
**Anno 2006**  
**N. 2511 Reg.Ric.**  
**Anno 2006**

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 2511/06, proposto dalla Società Italiana per Condotte d'Acqua s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con le società Impregilo s.p.a. e Todini Costruzioni Generali s.p.a., ciascuna in persona del rispettivo rappresentante legale *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avv. ti Massimo Erolì, Mario Sanino e Angelo Clarizia e con questi elettivamente domiciliate in Roma, via Faleria n. 37, presso lo studio dell'avv. Erolì

**contro**

la soc. Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Annoni presso il cui studio in Roma, via Udine n. 6, è elettivamente domiciliata, nonché

**nei confronti**

dell'A.T.I. Consorzio Operae - Tecnologie e Sistemi Integrati di Costruzione, Toto s.p.a. ed Ergon Engineering ad Contracting Consorzio Stabile s.c.r.l., rappresentata dal consorzio mandatario Consorzio

Operae - Tecnologie e Sistemi Integrati di Costruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Vinti, Aldo Pezzana e Elia Barbieri e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via Emilia n. 88, presso lo studio dell'avv. Vinti,

**per l'annullamento, previa sospensiva,**

del verbale della seduta di gara del 19 gennaio 2006, nel corso della quale è stata redatta ed approvata la graduatoria finale della procedura e disposta l'aggiudicazione provvisoria a favore dell'A.T.I. Consorzio Operae; del verbale della seduta del 3 novembre 2005, relativo alle operazioni di apertura della busta A, alla verifica della documentazione ivi contenuta e delle condizioni di ammissibilità delle offerte alla gara, nella parte in cui la commissione giudicatrice ha ommesso di procedere all'esclusione dell'A.T.I. Consorzio Operae; dei verbali delle sedute di gara successive, verbali dell'8, 10, 16, 18, 24 e 25 novembre 2005, 6, 7, 13, 14 e 16 dicembre 2005, 3, 4 e 12 gennaio 2006, nella parte in cui la Commissione giudicatrice ha ommesso di procedere all'esclusione dell'A.T.I. Consorzio Operae dalla procedura di gara; della raccomandata A/R dell'Amministratore delegato Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a. del 23 gennaio 2006, recante comunicazione dell'esito della procedura; delle precedenti determinazioni della Commissione aggiudicatrice e della Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a., della stessa gara ed anche della fase di prequalifica in quanto si è ommesso di procedere all'esclusione dell'A.T.I. Consorzio Operae dalla procedura di gara e si è al contrario invitata

quest'ultima a partecipare e la si è collocata in graduatoria; dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva ove intervenuta; di ogni altro provvedimento antecedente, successivo o comunque connesso, nonché

**per la condanna**

al risarcimento dei danni subiti per effetto dell'illegittima aggiudicazione della gara all'A.T.I. Consorzio Operae.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata A.T.I. Consorzio Operae - Tecnologie e Sistemi Integrati di Costruzione, Toto s.p.a. ed Ergon Engineering ad Contracting Consorzio Stabile s.c.r.l.;

Visti i motivi aggiunti, notificati dalla ricorrente principale il 15 maggio 2006;

Visto il ricorso incidentale, notificato dall' A.T.I. Consorzio Operae - Tecnologie e Sistemi Integrati di Costruzione il 30 marzo 2006;

Visti i motivi aggiunti al suddetto ricorso incidentale, notificati in data 26 maggio 2006;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 7 giugno 2006 il magistrato dott.ssa Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in

causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

### **FATTO**

1. Con ricorso notificato in data 30 marzo 2006 l'A.T.I. Società Italiana per Condotte d'Acqua s.p.a. impugna gli atti in epigrafe indicati e ne chiede l'annullamento.

Espone, in fatto, di aver partecipato alla gara, indetta dalla Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a. per l'affidamento a contraente generale, ai sensi degli artt. 1, secondo comma, lett. f) L. n. 443 del 2001 e 9 D.L.vo n. 190 del 2002, della progettazione e realizzazione con qualsiasi mezzo del Maxi Lotto 2 del sistema Asse Viario Marche - Umbria e quadrilatero di penetrazione, consistente nei lavori di completamento della direttrice Perugia - Ancona tramite realizzazione del tratto Pianello - Valfabbrica della SS 318 di Valfabbrica, dei tratti Fossato di Vico - Cancelli e Albacina - Serra San Quirico della SS 76 Val d'Esino e della realizzazione della Pedemontana della Marche di Fabriano - Muccia - Sfercia, per l'importo complessivo di € 716.847.122,95, IVA esclusa.

L'aggiudicatario sarebbe stato scelto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 10 D.L.vo n. 190 del 2002, considerando i seguenti elementi: prezzo offerto, punti 40; valore tecnico e paesaggistico delle varianti nonché costo di utilizzazione e manutenzione, punti 40; maggiore entità percentuale di lavori e servizi che il contraente generale si impegna ad affidare ad imprese nominate in sede di offerta, punti 10; eventuale impegno del concor-

rente ad adottare due o più turni di lavoro, con assunzione contestuale dell'obbligo di ridurre i tempi di realizzazione previsti a base di affidamento entro i valori minimi e massimi indicati in sede di gara, punti 5; maggiore entità, rispetto a quella minima prevista dal bando, del prefinanziamento che il Contraente generale è in grado di offrire, punti 5.

Alla gara hanno partecipato, oltre alla ricorrente, l'A.T.I. Astaldi s.p.a. e l'A.T.I. Consorzio Stabile Operae. L'A.T.I. Astaldi ha successivamente rinunciato. Si è classificata prima in graduatoria l' A.T.I. Consorzio Stabile Operae, con 74,699 punti (34,699 per l'offerta tecnica e 40,00 per quella economica); seconda la ricorrente con 65,530 punti (38,992 per l'offerta tecnica e 26,538 per quella economica). Pur avendo la controinteressata presentato un ribasso del 15,38923% (a fronte del ribasso presentato dalla ricorrente del 10,21014%) la commissione non ha proceduto alla verifica dell'anomalia dell'offerta e le ha aggiudicato in via provvisoria la gara.

2. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducendo:

*a) Violazione e falsa applicazione art. 3 della direttiva 93/37/CE - Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, con particolare riferimento al punto III. 2 del bando e al punto 9.1 della lettera di invito - Eccesso di potere per difetto di istruttoria e violazione del principio della par condicio dei concorrenti - Eccesso di potere per difetto dei presupposti ed illogicità.* L'A.T.I. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché la mandante Consorzio Operae ha dichiarato di non trovarsi in situazioni di controllo con altre imprese

ex art. 2359 cod. civ. ma non anche in ipotesi di collegamento di cui all'art. 3, sesto comma, della direttiva 93/907/CE, così come richiesto, a pena di esclusione, dalla *lex specialis* di gara.

b) *Violazione e falsa applicazione art. 19 della direttiva 93/37/CE - Violazione e falsa applicazione art. 9, quinto comma, D.L.vo n. 190 del 2002 - Violazione e falsa applicazione della lettera di invito, con particolare riferimento al punto 6 (Offerta tecnico organizzativa) - Eccesso di potere per violazione dei principi generali in materia di varianti progettuali - Eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione - Sviamento.* L'A.T.I. Consorzio Operae avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato un'offerta tecnica in variante al tracciato e all'andamento planoaltimetrico, in palese violazione del punto 6 della lettera di invito. Nel progetto offerta non è inoltre presente alcuna variante che integri il progetto a base di gara e le varianti presentate sono state sviluppate modificando solo alcuni disegni generali del progetto a base di gara e presentando dei tipologici senza riproporre tutti i disegni, presentati invece nel progetto a base di gara, necessari all'individuazione tecnico-economica della variante stessa.

c) *Violazione e falsa applicazione art. 30, quarto comma, della direttiva 93/37/CE - Violazione e falsa applicazione della lettera di invito con particolare riferimento alle pagg. 16 e 17, riferite alle modalità di presentazione dell'offerta economica - Eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione - Eccesso di potere per difetto dei presupposti, contraddittorietà ed illogicità.* L'offerta economica presen-

tata dall'A.T.I. aggiudicataria avrebbe dovuto essere sottoposta a verifica di anomalia, presentando un ribasso eccessivamente alto (pari al 15,38923%, a fronte del ribasso presentato dalla ricorrente del 10,21014%). Illegittimamente, inoltre, la Commissione ha omesso di accertare una serie di carenze ed incongruenze della predetta offerta economica, tali da pregiudicarne irrimediabilmente l'attendibilità e la congruità.

d) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 24 direttiva 93/37/CE - Violazione e falsa applicazione dell'art. 75, primo comma, lett. f), D.P.R. n. 554 del 1999 - Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, con particolare riferimento al punto III. 2, lett. a), del bando e al punto 10 della lettera di invito - Eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione - Sviamento.* L'A.T.I. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara ex art. 75, primo comma, lett. f), D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554. Ciò in quanto, con decreti del 3 e del 16 novembre 2005 il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha disposto l'esecuzione in danno di due contratti per l'esecuzione della scuola Marescialli e Brigadieri dell'Arma dei Carabinieri in Firenze, località Castello (lotto A e B), sottoscritti dalla soc. Baldassini Tognozzi s.p.a., una delle imprese, con percentuale maggioritaria, che costituiscono il mandatario Consorzio Operae. Né rileva, in senso contrario, che la stazione appaltante fosse il Ministero delle infrastrutture e non la Quadrilatero s.p.a., stante lo stretto collegamento tra la Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a. ed il predetto Ministero. Peraltro la soc. Baldassini Tognozzi il 22 ottobre 2005 è stata

destinataria di un altro provvedimento di risoluzione per inadempimento, seppure adottato dalla stazione appaltante Comunità Montana del Savuto con riferimento ai lavori di “costruzione Strada Medio Savuto - Piano Lago, lotto 1”.

e) *Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, con particolare riferimento al punto III. 2 del bando e al punto 9.1 della lettera di invito - Eccesso di potere per difetto di istruttoria e violazione del principio della par condicio dei concorrenti - Eccesso di potere per difetto dei presupposti ed illogicità.* L'A.T.I. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché le dichiarazioni previste nelle lett. a) - l) del bando sono state presentate solo dal Consorzio Stabile e non anche dai singoli consorziati Operae e Ergon.

f) *Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, con particolare riferimento al punto III. 2 del bando e al punto 9.1 della lettera di invito - Eccesso di potere per difetto di istruttoria e violazione del principio della par condicio dei concorrenti - Eccesso di potere per difetto dei presupposti ed illogicità.* L'A.T.I. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché non ha prodotto, in sede di offerta, alcuna documentazione atta a dimostrare il possesso di linee di credito mediante conformi dichiarazioni di uno o più istituti di credito.

3. La ricorrente chiede altresì il risarcimento dei danni subiti per effetto dell'illegittima aggiudicazione della gara all'A.T.I. Consorzio Operae.

4. Con motivi aggiunti, notificati il 15 maggio 2006, la ricorrente A.T.I.

Società Italiana per Condotte d'Acqua impugna, oltre ai provvedimenti già impugnati con l'atto introduttivo del giudizio, l'aggiudicazione definitiva, disposta il 10 maggio 2006, la precedente nota n. 823 del 17 marzo 2006, con la quale la stazione appaltante aveva chiesto al Consorzio Operae di fornire chiarimenti in merito all'importo offerto per il sublotto 2.1; la nota del 21 marzo 2006 dell'A.T.I. Consorzio Operae, di riscontro alla richiesta di chiarimenti. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducendo, oltre ai motivi già proposti nell'atto introduttivo del giudizio:

a) *Violazione e falsa applicazione art. 3 L. n. 241 del 1990 - Eccesso di potere per tutte le sue figure sintomatiche, in particolare difetto di motivazione, contraddittorietà e difetto di istruttoria.* L'aggiudicazione definitiva è illegittima per difetto assoluto di motivazione, tanto più necessaria in quanto la stessa Commissione aveva chiesto all'A.T.I. Consorzio Operae chiarimenti in ordine all'offerta presentata per il sub lotto 2.1.

b) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 30, quarto comma, direttiva 93/37/CE - Violazione e falsa applicazione della lettera di inviti con particolare riferimento al par. 7 - Offerta economica - Eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione - Eccesso di potere per difetto dei presupposti, contraddittorietà ed illogicità - Sviamento.* L'A.T.I. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara avendo offerto, con riferimento al sub lotto 2.1, un importo in aumento (€ 81.703.389,41 a fronte dell'importo di € 77.737.671,03 posto a base di gara) del 5.101,41%, percentuale, quest'ultima, indicata anche

come ribasso. Il controinteressato raggruppamento, a seguito della richiesta di chiarimenti, ha invece spiegato che il prezzo offerto con riferimento al predetto *sub* lotto corrispondeva a quello derivante dall'applicazione del ribasso del 5.101,41% sull'importo a base d'asta ed è pari ad € 73.771.953,71. In realtà, invece, la controinteressata aveva offerto un prezzo pari ad € 81.703.389,41, quindi con un aumento del 5.101,41%. In altri termini, il raggruppamento ha preteso di invertire il meccanismo applicando la percentuale del 5.101,41%, che scaturiva automaticamente dal prezzo iniziale offerto ed era una percentuale in aumento rispetto all'importo a base d'asta, ricavandone un importo nuovo ed inferiore rispetto a quest'ultimo, cancellando così l'insanabile vizio che inficiava l'offerta in aumento formulata in sede di gara.

5. Si è costituita in giudizio la Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a., che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

6. Si è costituita in giudizio la controinteressata A.T.I. Consorzio Operae - Tecnologie e Sistemi Integrati di Costruzione, Toto s.p.a. ed Ergon Engineering ad Contracting Consorzio Stabile s.c.r.l., che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

7. Con ricorso incidentale, notificato il 30 marzo 2006, la controinteressata A.T.I. Consorzio Operae - Tecnologie e Sistemi Integrati di Costruzione deduce:

*a) Violazione e falsa applicazione punto III. 2, lett. a), del bando di gara e punto 5, lett. a), della lettera di invito - Violazione e falsa applicazione art. 75, primo comma, e 24 della direttiva CE 93/37 - Ec-*

*cesso di potere per carenza di istruttoria, falso presupposto, travisamento, disparità di trattamento.* La ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per mancata presentazione delle dichiarazioni ex art. 75 D.P.R. n. 554 del 1999 di alcuni dei direttori tecnici (sig.ri Raffaele Coraggio, Pierpaolo Tommasini, Antonio Picca e Andrea Ottolin) e dei procuratori muniti del potere di rappresentanza (sig.ri Alfonso Parrilli, Matteo Basile e Ali Mohammad Sangelaji), quali risultanti dal certificato della Camera di commercio e qualificati in taluni casi da poteri amplissimi di rappresentanza all'esterno della società.

b) *Violazione e falsa applicazione del punto 5, lett. c), e del punto 9.1, lett. e) della lettera di invito - Eccesso di potere per travisamento, illogicità e disparità di trattamento.* La ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato una cauzione provvisoria non regolare. La polizza cauzionale risultava infatti costituita da un contratto e da un allegato, contenente pattuizioni contrattuali indispensabili al soddisfacimento dei requisiti cauzionali prescritti dalla *lex* di gara, senza l'autentica della firma del funzionario garante. Detto allegato era redatto su un foglio autonomo, privo di data e dei timbri notarili attestanti il suo inscindibile collegamento al contratto principale.

c) *Violazione e falsa applicazione del punto 6 della lettera di invito - Eccesso di potere per carenza di istruttoria, falso presupposto, travisamento, illogicità e disparità di trattamento.* La ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver presentato gli e-

laborati variati e quelli di progetto dei quattro *sub* lotti senza la sottoscrizione del concorrente sulla copertina ed in alcuna altra parte dei documenti. L'unica firma rinvenibile è quella del progettista appartenente ad una società (la S.T.E. s.r.l.) avente nell'associazione di progettisti indicata dal concorrente solo il ruolo di mandante, e quindi, di un soggetto non titolato.

d) *Violazione e falsa applicazione del punto 7 della lettera di invito - Eccesso di potere per irragionevolezza, per carenza di istruttoria, falso presupposto, travisamento, disparità di trattamento.* La ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver omesso di allegare all'offerta economica l'effettiva lista delle categorie relativa al *sub* lotto 2.1, non avendo indicato e, quindi, computato economicamente le nuove lavorazioni derivanti dalle modifiche in varianti apportate al progetto ed indicate nel relativo computo metrico, e perché il prezzo offerto era in aumento rispetto alla base d'asta.

e) *Violazione e falsa applicazione del punto 6 della lettera di invito - Eccesso di potere per carenza di istruttoria, falso presupposto, travisamento, disparità di trattamento.* La ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver presentato un'offerta progettuale inosservante delle vincolanti prescrizioni formulate dal C.I.P.E. per il soddisfacimento di superiori interessi ambientali e per la migliore funzionalità dell'opera.

f) *Violazione e falsa applicazione del punto 7.2 della lettera di invito - Eccesso di potere per carenza di istruttoria, falso presupposto, travisamento, disparità di trattamento.* La ricorrente principale avrebbe

dovuto essere esclusa dalla gara perché sia la lista delle categorie sia l'elenco dei prezzi, entrambi costituenti documenti essenziali dell'offerta economica, presentavano numerose correzioni, oltre a carenze e irregolarità di vario genere, non controfirmate e, quindi, idonee a rappresentare univocamente l'articolazione economica dell'offerta.

g) *Violazione e falsa applicazione del punto 6 della lettera di invito - Violazione e falsa applicazione art. 90, quinto comma, D.P.R. n. 554 del 1999 - Eccesso di potere per carenza di istruttoria, falso presupposto, travisamento, disparità di trattamento.* La ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver presentato la dichiarazione prevista dal punto 6 della lettera di invito.

h) *Violazione e falsa applicazione del punto III. 2, lett. a) del bando - Violazione e falsa applicazione art. 24 della direttiva 93/37 - Violazione e falsa applicazione art. 75, primo comma, lett. f), D.P.R. n. 554 del 1999 - Eccesso di potere per carenza di istruttoria, falso presupposto, travisamento, disparità di trattamento.* In sede di prequalifica il raggruppamento guidato dalla Condotte d'Acqua s.p.a. aveva presentato domanda di ammissione alla gara con una diversa compagine, comprendente tra le altre associate anche la soc. So.co.stra.mo. Detta società, in qualità di mandante, avrebbe dovuto attestare la propria idoneità morale e professionale e l'inesistenza di errore grave nell'esecuzione di lavori ad essa affidati dalla stazione appaltante. La società si era invece resa gravemente inadempiente nell'esecuzione di un contratto d'appalto in essere con il Consorzio di

Bonifica Stornara e Tara, con la conseguenza che la candidatura del raggruppamento di cui faceva parte avrebbe dovuto essere immediatamente respinta e, dunque, non invitata alla successiva procedura.

8. Con motivi aggiunti al ricorso incidentale, notificati a seguito dell'esame della documentazione prodotta dalla Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a. il 26 maggio 2006 in esito all'interlocutoria disposta da questo Tribunale con ordinanza n. 437 del 6 aprile 2006, l'A.T.I. Consorzio Operae deduce:

a) *Violazione e falsa applicazione dei principi generali in materia di concorrenza nelle pubbliche gare e di partecipazione, con particolare riferimento al principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti, di segretezza delle offerte e di divieto di reciproci accordi - Violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost. - Violazione della par condicio, eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia.* Tra i soggetti che avevano presentato domanda di partecipazione alla gara vi era la Impregilo s.p.a., che aveva formulato individualmente la propria candidatura e si era quindi prequalificata in veste di concorrente singola. Peraltro, invece di partecipare nella stessa veste con cui aveva manifestato il proprio interesse in sede di prequalifica, si è aggregata alla compagine associativa guidata dalla Condotte d'Acqua s.p.a., a sua volta prequalificata ed invitata quale ulteriore e diversa concorrente, in raggruppamento con il Consorzio Risalto e la So.co.stra.mo. Ha quindi presentato l'offerta in qualità di mandante dell'associazione temporanea facente capo a Condotte d'Acqua, che a sua volta aveva mutato l'originaria compo-

sizione, essendo usciti dal gruppo il Consorzio Risalto e la So.co.stra.mo.. Questo mutamento di compagine tra la fase della prequalifica e quella di qualifica ha viziato irrimediabilmente la partecipazione alla gara dell'A.T.I. ricorrente principale.

b) *Violazione e falsa applicazione del punto III. 2, lett. a) del bando e del punto 5, lett. a) della lettera di invito - Violazione e falsa applicazione artt. 75, primo comma, lett. c) e 24 della direttiva CE 93/37 - Eccesso di potere per carenza di istruttoria, falso presupposto, travisamento, disparità di trattamento.* La ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa per non essere stata presentata la dichiarazione dell'ing. Riccardo Rabagliati, già direttore tecnico della Todini s.p.a. e poi divenuto, dal 15 settembre 2005, procuratore speciale della soc. Condotte s.p.a., designato quale mandatario per il compimento di tutti gli atti e gli incumbenti necessari, compreso quello di presentare offerta.

c) *Violazione e falsa applicazione dei punti 6, 7 e 9.1 della lettera di invito - Eccesso di potere per irragionevolezza, per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, falso presupposto, travisamento, disparità di trattamento.* La ricorrente principale non ha incluso la relazione illustrativa relativa al *sub* lotto 2.1 ed ha allegato una relazione parziale per il *sub* lotto 2.2 (mancano infatti le pagg. 63 - 77).

d) *Violazione e falsa applicazione del punto 6 della lettera di invito per ulteriore carenza documentale dell'offerta tecnica dell'A.T.I. Condotte - Eccesso di potere per irragionevolezza, per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, falso presupposto, travisamento, dispari-*

*tà di trattamento.* La ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa per non aver allegato all'offerta tecnica tutti gli elaborati, necessari per il compiuto apprezzamento delle varianti apportate alle opere in galleria.

*e) Violazione e falsa applicazione del punto 6 della lettera di invito anche con riguardo alle prescrizioni impartite dal C.I.P.E. con la delibera di approvazione n. 13 del 2004 - Violazione e falsa applicazione D.M. 5 novembre 2001 - Violazione e falsa applicazione della normativa antisismica vigente - Eccesso di potere per carenza di istruttoria, falso presupposto, travisamento, disparità di trattamento.* In palese violazione del punto 6 della lettera di invito la ricorrente principale ha presentato varianti che implicano modifiche planoaltimetriche del tracciato, violano precise prescrizioni impartite dal C.I.P.E. in sede di approvazione dei progetti, la normativa tecnica e quella sismica, vengono supportate con documentazione carente e, in ogni caso, insufficiente ai fini di una compiuta valutazione delle implicazioni delle stesse sulla qualità e sui costi dell'opera nel suo complesso e richiedono autorizzazioni amministrative e insistono su aree non ricadenti nelle fasce di esproprio.

9. In occasione della presentazione dei motivi aggiunti la ricorrente incidentale ha dichiarato di rinunciare al terzo motivo del ricorso incidentale perché assume a proprio fondamento una circostanza di fatto risultata smentita dall'esame della documentazione versata in atti dalla stazione appaltante.

10. Con ordinanza n. 437 del 6 aprile 2006 sono stati disposti incom-

benti istruttori.

11. All'udienza del 7 giugno 2006 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## **DIRITTO**

1. Come esposto in narrativa, oggetto del gravame è la procedura di gara indetta dalla Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a. per l'affidamento a contraente generale, ai sensi degli artt. 1, secondo comma, lett. f) L. 21 dicembre 2001 n. 443 e 9 D.L.vo 20 agosto 2002 n. 190, della progettazione e realizzazione con qualsiasi mezzo del Maxi Lotto 2 (suddiviso in due lotti, a loro volta suddivisi in due *sub* lotti) del sistema Asse Viario Marche - Umbria e quadrilatero di penetrazione, consistente nei lavori di completamento della direttrice Perugia - Ancona, tramite realizzazione del tratto Pianello - Valfabbrica della SS 318 di Valfabbrica, dei tratti Fossato di Vico - Cancelli e Albacina - Serra San Quirico della SS 76 Val d'Esino e della realizzazione della Pedemontana della Marche di Fabriano - Muccia - Sfercia, per l'importo complessivo di € 716.847.122,95, IVA esclusa.

A conclusione della procedura sono rimaste in gara solo due concorrenti: l'A.T.I. Consorzio Stabile Operae (costituita dalla mandataria Consorzio Stabile Operae - Tecnologie e Sistemi Integrati di Costruzione e dalle mandanti Toto s.p.a., Ergon Engineering and Contracting Consorzio Stabile s.c.r.l.), risultata aggiudicataria con 74,699 punti (34,699 per l'offerta tecnica e 40,000 per quella economica) e l'A.T.I. Società Italiana per Condotte d'Acqua (costituita dalla mandataria Società Italiana per Condotte d'Acqua e dalle mandanti Impregi-

lo s.p.a. e Todini Costruzioni s.p.a.), con 65,530 punti (38,992 per l'offerta tecnica e 26,538 per quella economica).

Ciò induce il Collegio a valutare, in via prioritaria, il ricorso principale, anche se il ricorso incidentale è stato proposto anzitutto per contestare l'ammissione alla selezione del ricorrente principale. Come la più recente giurisprudenza (Cons.Stato, V Sez., 23 agosto 2004 n. 5583; 8 maggio 2002 n. 2468; T.A.R. Milano 13 aprile 2004 n. 1453; T.A.R. Lecce 3 luglio 2003 n. 4601; T.A.R. Basilicata 4 ottobre 2002 n. 620) ha infatti avvertito, nell'ipotesi di partecipazione alla gara di due soli concorrenti, appare corretta una decisione che, in caso di fondatezza sia del ricorso principale e sia di quello incidentale, disponendo l'annullamento degli atti contestati, determini il rinnovo delle operazioni concorsuali. Ciò in quanto il ricorrente principale vanta comunque, nell'ipotesi di fondatezza dell'impugnazione incidentale, un interesse strumentale al rinnovo delle operazioni concorsuali ed il ricorrente incidentale, con l'accoglimento della propria domanda, otterrebbe comunque un risultato utile, consistente nella possibilità di partecipare al procedimento rinnovato dalla stazione appaltante. Diversamente, nel caso in cui alla procedura concorsuale partecipano altri soggetti, oltre al ricorrente principale ed al controinteressato ricorrente incidentale, l'accoglimento contestuale del ricorso principale e del ricorso incidentale non può risolversi in un annullamento di entrambi gli atti di ammissione, perché ciò determinerebbe un esito privo di utilità per entrambe le parti e vantaggioso per un soggetto terzo. Solo in tale ultima ipotesi, caratterizzata dalla partecipazione alla

gara di più di due concorrenti, assume priorità logica l'esame del ricorso incidentale diretto a contestare l'ammissione alla procedura selettiva.

2. Ciò chiarito, e passando alla disamina del ricorso principale, con il primo motivo l'A.T.I. Società Italiana Condotte d'Acqua afferma che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché la mandante Consorzio Operae ha dichiarato di non trovarsi in situazioni di controllo con altre imprese ex art. 2359 cod. civ. ma non anche in ipotesi di collegamento di cui all'art. 3, sesto comma, della direttiva 93/907/CE, così come richiesto, a pena di esclusione, dalla *lex specialis* di gara.

Il motivo è privo di pregio, in punto di fatto.

Ai sensi del punto III. 2, lett. i), del bando di gara la concorrente deve dichiarare, a pena di esclusione, "l'inesistenza di situazioni di *controllo* di cui all'art. 2359 cod. civ. e/o di *collegamento* di cui all'art. 3, sesto comma della direttiva 93/37/CEE con altre imprese partecipanti in via autonoma alla gara". Nel caso di riunioni di imprese la dichiarazione deve essere resa da ciascuna delle imprese riunite. Nella dichiarazione resa dal legale rappresentante del Consorzio Stabile Operae è detto che "il Consorzio Stabile Operae non controlla nessuna società e non è collegato con nessuna altra impresa diversa dalle Società costituenti lo stesso Consorzio Stabile Operae". La concorrente ha quindi reso la dichiarazione in conformità a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara, avendo dichiarato di non trovarsi in posizione di collegamento e di controllo con alcuna altra impresa par-

tecipante alla procedura.

3. Con la prima censura del secondo motivo la ricorrente principale afferma che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver presentato un'offerta tecnica in variante al tracciato e all'andamento planoaltimetrico, in palese violazione del punto 6 della lettera di invito. In particolare, sempre secondo la ricorrente:

a) le varianti progettuali relative alle gallerie Collalto e Le Silve e allo svincolo di Valtreara di cui al *sub* lotto 1.1. presuppongono l'acquisizione di vaste aree non previste nel piano degli espropri del progetto posto a base di gara, con conseguente modifica del progetto posto a base di gara ed approvato dal C.I.P.E. ;

b) è prevista la modifica planimetrica dell'asse principale del *sub* lotto 2.2. e l'accorpamento degli svincoli di Matelica Sud e Castelraimondo Sud, posti a circa 2 Km l'uno dall'altro, con la realizzazione di un unico svincolo posto in area baricentrica, con conseguente modifica della localizzazione approvata dal C.I.P.E.;

c) le varianti proposte, che prevedono la realizzazione delle opere viarie con lunghi tratti all'aperto in sostituzione di quelli in galleria stabiliti dalla stazione appaltante nel progetto posto a base di gara, con la necessità anche di costruire un ponte, in corrispondenza del "Fosso di Valle" in luogo del passaggio in sotterraneo deciso dalla Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a., devono essere sottoposte a nuova valutazione di impatto ambientale.

La censura è priva di pregio.

Rileva il Collegio che il punto 6 della lettera di invito, contenente *Of-*

*ferita tecnico - organizzativa*, ha espressamente previsto la possibilità per le concorrenti di proporre varianti al progetto posto a base di gara, alle quali è anzi prevista l'attribuzione di un punteggio, che va da 0 a 14 per le varianti che riducono il valore tecnico e paesaggistico e/o aumentino i costi di utilizzazione e manutenzione dell'opera rispetto al progetto a base di gara, e da 16 a 40 per le varianti che migliorino il valore tecnico e paesaggistico e/o diminuiscano i costi di utilizzazione e manutenzione dell'opera rispetto al suddetto progetto. Unico limite che dovrà essere rispettato dai concorrenti, pena l'esclusione dalla gara, è rappresentato dal fatto che le varianti non dovranno comportare nuove autorizzazioni amministrative né modificare il tracciato, l'andamento piano - volumetrico generale delle opere viarie e le prescrizioni impartite dal C.I.P.E. con la delibera di approvazione n. 13 del 2004.

Con nota n. 493 dell'8 agosto 2005, indirizzata a tutti i concorrenti, la Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a. ha spiegato che "la possibilità di allargamento delle fasce di esproprio per ulteriori interventi di compensazione e di raccordo morfologico e vegetazionale deve intendersi riferita solo ai *sub* lotti 2.1. e 2.2. per i quali sono stati posti a base di gara i progetti definitivi non ancora approvati dal C.I.P.E.. Viceversa, ogni allargamento delle fasce di esproprio riferito ad un progetto definitivo approvato (per il quale è sancita la pubblica utilità dell'opera) richiederebbe nuove autorizzazioni amministrative, come previsto dagli artt. 4 e/o 16 D.L.vo n. 190 del 2002". Da questa premessa la stazione appaltante ha fatto conseguire che: a) saranno

passibili di esclusione le proposte di variante sui progetti definitivi dei *sub* lotti 2.1 e 2.2, non ancora approvati dal C.I.P.E., che alterino l'andamento plano-altimetrico generale delle opere viarie, la cui localizzazione è stata approvata dal C.I.P.E., a conclusione della procedura ex art. 3 D.L.vo n. 190 del 2002; b) non saranno ammesse varianti di tracciato per gli interventi con progetto definitivo approvato; c) potranno essere ammesse varianti di tracciato a carattere locale (con maggiore tolleranza per le variazioni altimetriche rispetto alle variazioni planimetriche) sui soli progetti definitivi non ancora approvati dal C.I.P.E.; d) varianti diverse da quelle di tracciato potranno essere ammesse purché non richiedano il rilascio di nuove autorizzazioni amministrative e risultino conformi alla normativa vigente e alle disposizioni del procedimento concorsuale.

La *ratio* di tali prescrizioni sembra evidente. L'urgenza di realizzare l'opera non consente di attendere la conclusione della procedura prevista per l'approvazione delle varianti ai progetti relativi ad opere strategiche.

Ricorda peraltro il Collegio che nelle more della procedura di gara, quando erano ancora aperti i termini per presentare le offerte (il termine ultimo, dapprima fissato nel 6 ottobre 2005, è stato poi differito al 24 ottobre 2005), è entrato in vigore l'art. 4 *quater* D.L.vo 20 agosto 2002 n. 190, introdotto dall'art. 1 D.L.vo 17 agosto 2005 n. 189, che al terzo comma ha previsto che "le varianti da apportare al progetto definitivo approvato dal C.I.P.E., sia in sede di redazione del progetto esecutivo sia in fase di realizzazione delle opere, sono ap-

provate esclusivamente dal soggetto aggiudicatore ove non assumano rilievo sotto l'aspetto localizzativo, né comportino altre sostanziali modificazioni rispetto al progetto approvato e non richiedano la attribuzione di nuovi finanziamenti a carico dei fondi; in caso contrario sono approvate dal CIPE. Le varianti rilevanti sotto l'aspetto localizzativo sono approvate con il consenso dei presidenti delle regioni e province autonome interessate, espresso con la procedura di cui al quinto comma dell'art. 3. Per le opere il cui finanziamento è stato assegnato su presentazione del piano economico finanziario la richiesta di nuovi finanziamenti comporta la revisione dello stesso. Non assumono rilievo localizzativo le varianti di tracciato delle opere lineari contenute nell'ambito del corridoio individuato in sede di approvazione del progetto ai fini urbanistici; in mancanza di diversa individuazione costituiscono corridoio di riferimento a fini urbanistici le zone di rispetto previste dall'art. 14, secondo comma, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, di cui al D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 ....”.

Detta norma, nella parte in cui non contrasta con espressa, diversa disciplina dettata dalla *lex specialis* di gara, deve ritenersi immediatamente applicabile alla procedura *de qua*, essendo comune ad entrambe un intento acceleratorio. Se la Quadrilatero ha ritenuto ammissibili solo le varianti che non comportino la reiterazione del procedimento dinanzi al C.I.P.E. o, comunque, il rilascio di nuove autorizzazioni, devono parimenti ritenersi possibili le varianti per le quali è sufficiente, in applicazione della nuova procedura introdotta dal cit.

art. 4 *quater* D.L.vo n. 190 del 2002, la sola approvazione della Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a..

Fatta questa breve precisazione e passando all'esame della copiosa documentazione versata in atti, si rileva che:

a) le varianti progettuali relative alle gallerie Collalto e Le Silve e allo svincolo di Valtreara di cui al *sub* lotto 1.1. si sono rese necessarie in considerazione della condizione franosa del territorio, riscontrata in occasione degli accertamenti eseguiti *in loco* dall'offerente, e per adeguarsi alle prescrizioni dettate dal C.I.P.E. in sede di approvazione dei progetti. "Il progetto di variante, considerate le condizioni geomorfologiche e geologiche sopra esposte, prevede quindi lo spostamento dell'imbocco dell'ambito del versante in cui si ha l'affioramento della Scaglia rissa, *nell'ambito dello spazio vincolato dai limiti di esproprio*, in un tratto in cui la geometria di scavo si raccorda nel modo migliore possibile con la morfologia del versante. Inoltre, sulla base delle indagini geognostiche eseguite (S.I.1 e S.1.A), si rileva che lo scavo previsto in variante, come del resto anche quello in gara, procede al di sotto della superficie della grande frana di crollo che mostra, in corrispondenza del tracciato in variante, una quota altimetrica pari a circa 570 - 565 m. s.l.m.; questa quota assicura una copertura in calotta superiore a circa 20 m.. La soluzione è stata poi condizionata dalla necessità di mantenersi nell'ambito della fascia di esproprio; pertanto si è cercato di insistere ove possibile sul sedime attuale che si presenta in ottime condizioni e facilmente adeguabile Dal punto di vista planimetrico e di dinamica

è stato garantito il rispetto delle norme CNR 60 adottate dal progetto base. A questa modifica si sovrappone quella relativa alla prescrizione C.I.P.E., per il Fosso Rigo, trattata nel capitolo F della presente relazione” (relazione descrittiva del *sub* lotto 1.1., elaborato N00-RG-001);

b) la modifica planimetrica dell’asse principale del *sub* lotto 2.2. e l’accorpamento degli svincoli di Matelica Sud e Castelraimondo Sud sono possibili perché il progetto definitivo del *sub* lotto 2.2 non era stato ancora approvato, con la conseguenza che la variante in questione, che ha natura locale (si tratta infatti di due svincoli posti a circa 2 Km di distanza l’uno dall’altro), rientra tra quelle che la stessa stazione appaltante ha ritenuto ammissibili;

c) non sono previste opere viarie con lunghi tratti all’aperto in sostituzione di quelli in galleria stabiliti dalla stazione appaltante nel progetto posto a base di gara, con la conseguenza che non occorre procedere ad una nuova valutazione di impatto ambientale. Questo in punto di fatto. In punto di diritto occorre precisare che ai sensi dell’art. 4 *quater* D.L.vo n. 190 del 2002 queste varianti, non apportando modificazioni significative del progetto, sono ammissibili perché approvabili direttamente dalla stazione appaltante.

4. Con la seconda censura del secondo motivo la ricorrente afferma che illegittimamente nel progetto offerto non è presente alcuna variante che *integri* il progetto a base di gara, le varianti presentate sono state sviluppate modificando solo alcuni disegni generali del progetto a base di gara e presentando tipologici senza riproporre tutti i

disegni del progetto a base di gara, come sarebbe stato necessario per l'individuazione tecnico-economica della variante stessa.

Anche questa censura è priva di pregio, atteso che la lettera di invito, nel precisare (punto 6) che "l'offerta tecnico - organizzativa dovrà contenere, per ogni *sub* lotto, il progetto a base di gara, fatto proprio dal concorrente, *integrato* da eventuali proposte di varianti", non richiede necessariamente che il progetto di variante sia cartolarmente distinto dal progetto a base di gara. Ciò che importa è che risultino con chiara evidenza le modifiche apportate al progetto predisposto dalla stazione appaltante, per dare modo a questa di valutarle. A tal fine sono dunque sufficienti anche gli interventi sul disegno originario predisposto dalla Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a., purché apportati in modo tale da raggiungere lo scopo ed accompagnati da un'adeguata relazione illustrativa.

5. Infondata, in punto di fatto, è la terza censura del secondo motivo, con la quale si afferma, peraltro genericamente, che i risparmi evidenziati dall'aggiudicataria in relazione ai costi di esercizio e manutenzione di ciascuna variante sono arbitrari perché privi di analisi e documentazione tecnica, essendo gli stessi evincibili dalla documentazione allegata all'offerta (N10 IM-003, N02 IM-003, N03 IM-002).

6. Con la prima censura del terzo motivo la ricorrente principale afferma che illegittimamente la Commissione di gara non ha sottoposto a verifica di anomalia l'offerta dell'A.T.I. Consorzio Operae, avendo questa offerto un ribasso pari a 15,38%, certamente eccessivo se si considerano i costi oggettivi dell'imponente opera da realizzare.

La censura è priva di pregio.

Il bando di gara e la lettera di invito specificavano che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Non era stata prevista nella *lex specialis* di gara una soglia di anomalia dell'offerta né, tanto meno, che sarebbero state attivate procedure di verifica dell'anomalia.

Ciò stante, trova applicazione il regime ordinario dettato dalla normativa di settore e, in particolare, l'art. 64, sesto comma, D.P.R. 21 settembre 1999 n. 554, secondo il quale negli appalti di opere pubbliche da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa le stazioni appaltanti possono prevedere nel bando la procedura di verifica della congruità dell'offerta economicamente più vantaggiosa qualora i punti relativi al prezzo e la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione sono pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

In base a detta norma, dunque, l'anomalia è ravvisabile ove il punteggio attribuito all'offerta sia pari o superiore ai corrispondenti quattro quinti dei punti massimi previsti dalla *lex specialis* di gara, condizione questa che non si è verificata nel caso in esame avendo la ricorrente conseguito 74,699 punti, inferiori quindi al massimo assegnabile (80, pari ai quattro quinti di 100). Stante la mancanza di un obbligo di sottoporre a verifica di anomalia tutte le offerte, non sussisteva alcun obbligo di motivare la decisione di non avviare il subprocedimento di esame dell'offerta.

Non contrasta con questa conclusione il dettato dell'art. 30, quarto

comma, della direttiva comunitaria 14 giugno 1993 n. 37, richiamato dalla ricorrente a supporto della propria tesi difensiva. Ed invero, anche detta norma impone l'obbligo dell'Amministrazione di sottoporre a verifica non tutte le offerte ma solo quelle anomale, presupposto, quest'ultimo, che non sussiste nel caso in esame in cui, come già precisato, il punteggio totale conseguito dall'aggiudicataria è al di sotto della soglia di anomalia normativamente prevista.

7. Con la seconda censura del terzo motivo l'A.T.I. Condotte d'Acqua afferma che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché, nel predisporre le analisi giustificative delle spese generali e degli utili di impresa, non ha tenuto conto delle percentuali fissate dalla stazione appaltante, rispettivamente nel 13% e nel 10%, ma ha esposto percentuali diverse, pari al 12% e al 4%. Sempre ad avviso della ricorrente, se detta circostanza non fosse tale da comportare l'esclusione dalla gara dell'A.T.I. Consorzio Operae, avrebbe dovuto quanto meno comportare la variazione delle percentuali indicate e, quindi, del ribasso offerto.

La censura è priva di pregio.

Il punto B) del par. 7 della lettera di invito prevede che nella busta n. 3 (offerta economica) deve essere incluso "l'elenco delle voci di prezzo della Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a. (allegato NG13 al Capitolato speciale), debitamente completato con l'indicazione, per ciascuna voce, del prezzo unitario offerto, espresso in cifre e in lettere, eventualmente integrato con l'introduzione di nuovi prezzi offerti. I nuovi prezzi eventualmente offerti andranno ad integrare l'elenco del-

le voci di prezzo a base di gara e dovranno essere predisposti conformemente a quanto riportato nell'allegato NG22 al Capitolato Speciale d'affidamento". L'allegato NG22 "schema di strutturazione delle analisi di prezzo" individua le tre maxi voci (noli, materiali e manodopera) nell'ambito delle quali la concorrente può introdurre nuove voci ed i relativi prezzi. Individua poi la percentuale delle spese generali e degli utili di impresa, pari, rispettivamente, al 13% ed al 10%.

Ritiene il Collegio che nel silenzio della *lex specialis* di gara dette percentuali individuino il limite massimo entro il quale spese e utili devono essere contenuti e sono pertanto derogabili *in minus*. Si tratta, del resto, di conclusione coerente con le regole che presiedono il libero mercato. Ed invero, in sede di presentazione della propria offerta ogni concorrente ad una gara pubblica può decidere, sulla base di un proprio calcolo di convenienza, di rinunciare ad una parte degli utili e al rimborso di una parte delle spese generali, salvo il rispetto del duplice limite costituito dai massimali fissati dalla *lex specialis* e dalla necessità che l'offerta non risulti anormalmente bassa. E' stato sul punto precisato che in una gara d'appalto di lavori pubblici, economie di scala, consentite da diversi fattori, quali l'espletamento di altri appalti nella zona, possono costituire condizioni favorevoli, giustificative di una limitazione delle spese generali e degli utili d'impresa (Cons.Stato, VI Sez., 3 maggio 2002 n. 2334).

8. Ancora di minore pregio giuridico è la tesi, prospettata in via graduata, secondo cui la Commissione avrebbe dovuto in ogni caso sostituire alle percentuali offerte dalla concorrente (12% e 4%) quelle in-

dicate nell'allegato NG22 (13% e 10%). In nessun caso, infatti, è consentito alla commissione di gara di modificare il contenuto delle offerte presentate dalle imprese concorrenti, essendo esse manifestazione della loro libertà contrattuale. Sono al più ammissibili (art. 90, secondo e settimo comma, D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554) correzioni di errori materiali nella compilazione dell'offerta, *ictu oculi* rilevabili ma mai modifiche sostanziali della stessa.

9. Di maggiore spessore è la terza censura del terzo motivo - riproposta con ulteriori argomentazioni con le censure dedotte nella via dei motivi aggiunti che, per ragioni di ordine logico, possono essere esaminate congiuntamente alla predetta terza censura - con le quali la ricorrente principale afferma che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato, in relazione al *sub* lotto 2.1, un importo con un aumento pari a + 5,101.41%, in palese violazione alla lettera di invito che esclude offerte in aumento.

Precisa il Collegio che detta circostanza aveva indotto la stazione appaltante a chiedere, in data 17 marzo 2006, chiarimenti al Consorzio Stabile Operae, in qualità di mandataria del costituito raggruppamento temporaneo di imprese con Toto s.p.a e Ergon Consorzio Stabile s.c.ar.l., che aveva puntualmente risposto in data 22 marzo 2006. La mandataria aveva in quell'occasione chiarito che "il prezzo relativo al *sub* lotto 2.1 è quello risultante dall'applicazione del ribasso rispetto alla base d'asta, in accordo con quanto previsto anche dall'art. 90 D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554. Il prezzo complessivo offerto, quale mera sommatoria dei prezzi relativi ai *sub* lotti, dovrà

pertanto tener conto della suddetta correzione”.

Dalla copiosa documentazione versata in atti è possibile rilevare che l'aggiudicataria aveva offerto un importo pari ad € 81.703.389,41 (a fronte dell'importo di € 77.737.671,03 posto dalla stazione appaltante a base d'asta per il *sub* lotto 2.1), “pari ad un ribasso del 5,101.41%”. Nella delibera di aggiudicazione n. 930 del 10 maggio 2006 l'Amministratore delegato ha motivatamente chiarito di aver dato applicazione all'art. 90, secondo e settimo comma, D.P.R. n. 554 del 1999.

Il Collegio ritiene che il *modus operandi* seguito dalla stazione appaltante sia corretto.

Assume rilievo dirimente sul punto la disciplina del procedimento dettata dall'art. 90 D.P.R. n. 554 del 1999. Quest'ultima norma - che opera in materia delegificata dall'art. 3, primo comma 1, lett. b) L. n. 109 del 1994 - prevede un sistema concluso, volto a risolvere, nell'ottica della certezza e della trasparenza delle operazioni di affidamento degli appalti, ogni incertezza che possa insorgere in un'offerta articolata quale quella per prezzi unitari, in modo da prevenire contestazioni circa l'effettiva volontà della parte privata, in caso di discordanze fra le diverse componenti dell'offerta stessa. In sede regolamentare, il legislatore, anziché sanzionare con l'esclusione le offerte contenenti dati non congruenti fra loro, ha preferito privilegiare, per quanto possibile, la loro conservazione, risolvendo le ipotesi di ambiguità della manifestazione di volontà non attraverso una sempre controvertibile ricostruzione dell'effettiva volontà

dell'offerente, ma attribuendo alla dichiarazione equivoca un contenuto legalmente sostitutivo, maggiormente idoneo, per il suo carattere predeterminato e obiettivo, a garantire la trasparenza della procedura e la connessa *par condicio* dei concorrenti. A tal fine è preordinato il settimo comma dell'art. 90, il quale dispone che «La stazione appaltante, dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto, procede alla verifica dei conteggi presentati dall'aggiudicatario tenendo per validi e immutabili i prezzi unitari e correggendo, ove si riscontrino errori di calcolo, i prodotti o la somma di cui al secondo comma. In caso di discordanza fra il prezzo complessivo risultante da tale verifica e quello dipendente dal ribasso percentuale offerto tutti i prezzi unitari sono corretti in modo costante in base alla percentuale di discordanza. I prezzi unitari offerti, eventualmente corretti, costituiscono l'elenco dei prezzi unitari contrattuali». Detto comma, seppur espressamente riferito all'eventuale correzione dell'offerta presentata dall'impresa aggiudicataria, letto unitamente al precedente secondo comma, porta all'affermazione del principio, di valenza generale, secondo cui l'elemento dell'offerta che assume carattere vincolante per la stazione appaltante è il ribasso percentuale.

Il Collegio ritiene di poter escludere, a fronte di tale chiara indicazione, che l'oggetto della previsione normativa sia limitata alle sole ipotesi di discordanza fra l'indicazione in cifre e quella in lettere, nell'ambito di ciascuna voce (prezzo e ribasso). E' sufficiente, infatti, osservare che l'espressione "in caso di discordanza prevale il ribasso

percentuale indicato in lettere", collocata immediatamente dopo quella "il prezzo complessivo ed il ribasso sono indicati in cifre ed in lettere", ove avesse inteso riferirsi alla sola non congruenza interna a ciascuna voce, risulterebbe formulata in modo quanto meno inadeguato giacché, per esprimere tale significato, sarebbe stato sufficiente che affermasse "prevale l'indicazione in lettere" ovvero, ove si fosse voluta conservare l'analiticità, "prevalgono rispettivamente il prezzo complessivo o il ribasso percentuale indicato in lettere". La semplice lettura della norma, condotta secondo il suo significato letterale e le sue concordanze sintattiche, porta alla piana conclusione che con essa si è posto un criterio di chiusura, volto a dare prevalenza, in tutti i casi di discordanza fra i dati indicati in calce al modulo di offerta, riferiti sia al prezzo sia alla percentuale di ribasso, al ribasso percentuale indicato in lettere (Cons.Stato, V Sez., 30 ottobre 2003 n. 6767; T.A.R. Veneto 20 ottobre 2004 n. 3740; T.A.R. Basilicata 30 dicembre 2002 n. 1047). Ha ancora chiarito sul punto il Cons.Stato (VI Sez., 11 luglio 2003 n. 4145) che, poiché i criteri dettati dal secondo comma dell'art. 90 D.P.R. n. 554 del 1999 sono preordinati esclusivamente a risolvere le ambiguità ai fini dell'individuazione dell'offerta aggiudicataria, ma non eliminano dette ambiguità dal corpo dell'offerta stessa, il settimo comma dello stesso art. 90 si occupa della "chiusura" del sistema, attraverso la rimozione delle incongruenze, in modo da definire esattamente i contenuti dell'offerta, ai fini dell'esecuzione del contratto. Tale operazione - che è affidata alla stazione appaltante e si svolge in un momento successivo all'aggiudicazione definitiva e

prima della stipulazione del contratto - è disciplinata anch'essa analiticamente con criteri coerenti con quelli indicati al secondo comma. In particolare, dopo aver proceduto alla verifica dell'esattezza dei calcoli dei prezzi unitari, l'Amministrazione, ove riscontri una discordanza fra il prezzo complessivo e quello corrispondente al ribasso percentuale offerto, deve provvedere a correggere tutti i prezzi unitari "in modo costante in base alla percentuale di discordanza". Infine, i prezzi così corretti costituiscono "l'elenco dei prezzi unitari contrattuali", da valere in sede di esecuzione dell'appalto. Detta previsione regolamentare, attraverso l'espressa abrogazione della precedente disciplina introdotta dall'art. 5 L. 2 febbraio 1973 n. 14, ha mostrato di privilegiare il perseguimento della finalità di dare certezza alla procedura di aggiudicazione, sottraendola, per quanto possibile, da un lato, alla discrezionalità della stazione appaltante nell'individuazione della volontà dell'offerente e, dall'altro, alle contestazioni di quest'ultimo e degli altri partecipanti alla gara circa l'effettivo contenuto delle offerte.

Tutto ciò premesso, ritiene il Collegio che legittimamente la "stazione appaltante abbia dato applicazione all'art. 90, secondo e settimo comma, D.P.R. n. 554 del 1999 in relazione al *sub* lotto 2.1. All'esito di tale applicazione l'importo totale per i lavoro del medesimo sub lotto 2.1 risulta pertanto essere pari a € 73.771.953,71 anziché 81.703.389,41 e, conseguentemente, l'importo netto totale di aggiudicazione per i lavori ammonta ad € 546.950.931,50 anziché € 554.882.362,20" ( delibera dell'Amministratore delegato della Quadri-

latero Marche - Umbria s.p.a. n. 930 del 10 maggio 2006).

10. Con il quarto motivo la ricorrente principale sostiene che l'A.T.I. Consorzio Operae avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti aveva disposto a carico della soc. Baldassini Tognozzi s.p.a. (impresa facente parte del mandatario Consorzio Operae) l'esecuzione in danno di due contratti per l'esecuzione della scuola Marescialli e Brigadieri dell'Arma dei Carabinieri in Firenze, località Castello (lotto A e B).

La censura è priva di pregio.

L'art. 75, primo comma, lett. f), D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 dispone che devono essere esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori ad essi già affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara.

In effetti, contrariamente a quanto affermato dalla controinteressata nella propria memoria difensiva, la causa di esclusione prevista dalla cit. lett. f) del primo comma dell'art. 75 opera anche se la risoluzione è *sub judice* (nella specie pende procedimento arbitrale attivato dalla soc. Baldassini Tognozzi perché venga dichiarata la risoluzione di diritto per colpa del Ministero delle infrastrutture). Ciò in quanto detta previsione non ha carattere sanzionatorio ma è prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico. Non presuppone quindi il necessario accertamento in sede giurisdizionale del compor-

tamento di grave negligenza o malafede tenuto dall'aspirante partecipante, essendo sufficiente la valutazione che la stessa Amministrazione abbia fatto, in sede per l'appunto amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare ad una nuova procedura selettiva (T.A.R. Liguria, II Sez., 4 febbraio 2005 n. 158; T.A.R. Lazio, III Sez., 18 gennaio 2005 n. 342).

Invece, a riprova dell'infondatezza della censura, è assorbente il rilievo che presupposto ineludibile perché possa procedersi all'esclusione dell'impresa è che i casi di errori gravi o inadempienza ad essa imputati afferiscono a pregressi rapporti intervenuti con la medesima stazione appaltante (Cons.Stato, V Sez., 20 ottobre 2005 n. 5892). Detto requisito manca nel caso in esame: la risoluzione dei due contratti di cui era parte la soc. Baldassini - Tognozzi è stata disposta dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, mentre la stazione appaltante della gara in esame è la Quadrilatero Marche - Umbria s.p.a.. Si tratta di due soggetti diversi, a nulla rilevando che la seconda sia una società per azioni costituita da A.N.A.S. s.p.a. (con il 51% del pacchetto azionario) oltre che da Sviluppo Italia (con il 49%) e che l'A.N.A.S. s.p.a. sia a sua volta controllata dal Ministero delle infrastrutture, non essendo detta circostanza sufficiente a qualificare quest'ultimo come stazione appaltante della gara in esame.

11. Con il quinto motivo la ricorrente principale afferma che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché le dichiarazioni previste nelle lett. a) - l) del punto III. 2 del bando sono

state presentate solo dal consorzio e non anche dai singoli consorziati Operae e Ergon.

Il motivo è privo di pregio.

Ai sensi dell'art. 12, primo comma, L. 11 febbraio 1994 n. 109, il consorzio stabile - e tale è senza contestazione quello facente parte del raggruppamento aggiudicatario della gara - è un soggetto giuridico autonomo (Cons.Stato, V Sez., 24 marzo 2006 n. 1529), i cui requisiti sono dettagliatamente indicati dall'art. 12, che opera sulla base di un rapporto organico con le singole consorziate. Esso costituendo, quindi, un soggetto giuridico distinto dai consorziati, è l'unica controparte nell'ambito del rapporto di appalto, l'unico interlocutore dell'Amministrazione sia nella fase della procedura concorsuale che in quella successiva di esecuzione del contratto. Detto elemento differenzia il consorzio stabile dalle riunioni temporanee di imprese, nelle quali le società riunite realizzano una semplice contitolarità del rapporto obbligatorio scaturente dalla stipula del contratto di appalto con l'ente committente. Segue da questa premessa, come logico corollario, che le dichiarazioni previste dalle lett. a) - l) del punto III. 2 del bando devono essere presentate, in caso di consorzio stabile, dal solo consorzio a mezzo del suo rappresentante legale e non anche dalle consorziate.

Né sarebbe sostenibile, valorizzando il testo letterale non inequivoco della *lex specialis* di gara, che nel caso in esame quest'ultima dettava una diversa disciplina alla quale sia la stazione appaltante che i concorrenti erano tenuti ad attenersi. Ed invero, il bando, nel richie-

dere (punto III. 2) che “in caso di riunioni di imprese (ATI, consorzi, Geie) le dichiarazioni di cui alle precedenti lettere a), b), c), d), e), f), i), j), k), l), dovranno essere rese da ciascuna delle imprese riunite”, non può che riferirsi agli altri tipi di consorzi di cui all’art. 2602 cod. civ., ai quali fa richiamo l’art. 10, primo comma, lett. e), L. n. 109 del 1994 che, a differenza dei consorzi stabili, ben possono essere ricompresi nell’ambito della dizione “riunioni di imprese”, posto che in tale ipotesi viene in rilievo un raggruppamento di forze funzionali alla partecipazione ad una procedura di appalto, con correlativa applicazione della disciplina sulle associazioni temporanee ai sensi dell’art. 13 L. n. 109 del 1994, al quale il cit. art. 10, primo comma, lett. e), della stessa L. n. 109 rinvia. Prova della correttezza di questa conclusione è nel fatto che lo stesso bando ha puntualmente indicato, con esclusivo riferimento ai consorzi stabili, alcune modalità che gli stessi avrebbero dovuto seguire per partecipare alla gara, quale, ad es., l’indicazione delle consorziate per le quali concorrono. E’ del resto noto il principio, elaborato dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, che le clausole dubbie del bando di gara o della lettera di invito devono essere interpretate nel senso di dare la prevalenza al significato conforme al dettato di legge (T.A.R. Piemonte, II Sez., 18 dicembre 1998 n. 600).

12. Frutto di una non corretta lettura della *lex specialis* di gara è il sesto ed ultimo motivo dell’atto introduttivo del giudizio con il quale si afferma che l’A.T.I. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver prodotto, in sede di offerta, alcuna documen-

tazione atta a dimostrare il possesso di linee di credito mediante la produzione di conformi dichiarazioni di uno o più istituti di credito.

Ed invero, il punto 10.1 della lettera di invito elencava i “documenti da produrre a riprova dei requisiti *dichiarati* in sede di gara”. Tra questi, alla lett. e), indicava “idonea documentazione comprovante tutti i requisiti richiesti nella sezione III del bando di gara, già oggetto di dichiarazione in sede di prequalifica”. Correttamente quindi l’A.T.I. Consorzio Operae, che in prequalifica aveva prodotto idonea documentazione atta a dimostrare le disponibilità delle linee di credito, in sede di gara si è legittimamente limitata a dichiarare il persistente possesso del predetto requisito, che avrebbe poi materialmente provato ove fosse risultata aggiudicataria della gara.

13. Deve essere ora esaminato il ricorso incidentale, essendo stato proposto in modo non condizionato all’accoglimento del ricorso principale.

Il Collegio decide di esaminare, stante la manifesta fondatezza di un motivo del ricorso incidentale, che ha carattere assorbente di ogni altra doglianza.

14. Con il secondo motivo del ricorso incidentale l’A.T.I. Consorzio Operae afferma che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato una cauzione provvisoria non regolare. La polizza cauzionale risultava infatti costituita dalla polizza e da un allegato, contenente pattuizioni contrattuali derogatorie e integrative di quelle generali fissate nella prima, e indispensabili al soddisfacimento dei requisiti cauzionali prescritti dalla *lex* di gara, ma con la

firma del funzionario garante non autenticata, come invece da questa prevista a pena di esclusione. Detto allegato era costituito da un foglio autonomo, privo di data e dei timbri notarili attestanti il suo inscindibile collegamento al contratto principale.

Il motivo è fondato.

Il punto 5, lett. c), della lettera di invito prescrive che la firma dell'istituto fideiussore deve essere autenticata in forma notarile. Il successivo punto 9.1, lett. e), prevede che costituisce causa di esclusione la presentazione di una cauzione provvisoria incompleta o difforme rispetto a quanto richiesto nel precedente punto 5, lett. c).

La fidejussione assicurativa presentata dalla ricorrente principale è costituita da un contratto principale al quale è allegata l'autentica notarile della firma dell'Amministratore *pro tempore* della compagnia assicuratrice. In particolare, il notaio ha attestato che il predetto Amministratore ha firmato *l'atto che precede*. Nessun dubbio, quindi, che l'autentica non si riferisca anche alla firma dell'allegato al contratto, recante le condizioni particolari, introdotte "a parziale modifica e integrazione di quanto previsto dalle condizioni generali di assicurazione" e costituente atto negoziale distinto e successivo a quella al quale il notaio ha fatto esplicito riferimento. Detta circostanza avrebbe dovuto determinare l'esclusione della concorrente dalla procedura, essendo stata la cauzione provvisoria presentata in modo difforme a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara. Né sarebbe possibile considerare valida la polizza regolarmente rilasciata, espungendo dalla stessa le condizioni particolari allegate. Queste ultime, infatti,

contengono la precisazione - espressamente richiesta dal punto 5, lett. c), della lettera di invito - che "l'Assitalia si impegna a versare l'importo garantito entro 15 giorni dalla semplice richiesta scritta della stazione appaltante", a modifica delle condizioni generali, che invece prevedeva (art. 4) il pagamento entro il termine massimo di trenta giorni.

Contrariamente a quanto affermato dal ricorrente principale nella memoria depositata alla vigilia dell'udienza di discussione la mancata o incompleta o irregolare presentazione, entro i termini previsti dal bando, della polizza fidejussoria non costituisce mera irregolarità sanabile mediante una successiva integrazione documentale. (T.A.R. Bari 24 maggio 2004 n. 2276).

A detta considerazione se ne aggiunge un'altra, di carattere assorbente.

E' stato precisato (T.A.R. Umbria 22 febbraio 2005 n. 53) che la polizza fidejussoria di cui si discute non è un semplice documento, ma piuttosto uno strumento contrattuale. Non si tratta, cioè, di una dichiarazione di scienza, bensì di una dichiarazione di volontà, di effetto costitutivo, con la quale il fidejussore si obbliga a pagare al creditore garantito (la stazione appaltante), qualora se ne verificano i presupposti, una somma di denaro determinata. Non è, dunque, pertinente il richiamo alla problematica relativa alla eventualità che in corso di procedimento si rettifichino o integrino le carenze o gli errori del materiale documentale prodotto. Non sarebbe neppure pertinente il richiamo alla disciplina civilistica dell'errore negoziale (artt. 1427-

1446 cod. civ.) per aver indicato nella cauzione definitiva un importo inferiore a quello dovuto, ove pure si accedesse all'ipotesi (peraltro, da escludere) che la cauzione ex art. 11, primo comma, L. n. 285 del 2000 costituisca un *unicum* con la cauzione ex art. 30, secondo comma, L. n. 109 del 1994. Nella suddetta normativa civilistica, infatti, l'errore viene in rilievo esclusivamente quale presupposto dell'azione di annullamento che, nel proprio interesse, può esperire chi abbia emesso una dichiarazione negoziale errata a proprio danno. Con riferimento al contratto di fidejussione, potrà dunque giovare di questa disciplina il fidejussore che, per errore, abbia dichiarato di obbligarsi per un importo maggiore di quello voluto. Ma se l'errore è consistito nell'obbligarsi per un importo minore di quello voluto - e dunque il fidejussore ancorché in buona fede ha errato a proprio vantaggio e non a proprio danno - la sua controparte contrattuale (il debitore principale) non può giovare della disciplina degli artt. 1427 e ss. cod. civ.. Tanto meno può giovarsene il terzo, estraneo al rapporto contrattuale, e cioè il creditore. Questi può solo prendere atto del fatto che il debitore ha costituito la garanzia per un importo minore di quello del debito, e determinarsi di conseguenza. Un creditore privato è libero di considerare ugualmente accettabile la garanzia, ma non può essere costretto a farlo. L'ente pubblico non solo può ma deve rifiutarla, quanto meno nell'ambito di un procedimento di gara ad evidenza pubblica, dominato dal principio della *par condicio*.

15. Per le ragioni che precedono il ricorso deve essere respinto, mentre il ricorso incidentale deve essere accolto.



L' ESTENSORE

SEGRETARIO