

N. 02553/2009 REG.SEN.  
N. 00390/2009 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 390 del 2009, proposto da:

A C Group S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Walter Giuffrida, Bianca Pellegrino, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Dal Piaz in Torino, via S. Agostino, 12;

***contro***

Provincia di Torino, rappresentata e difesa dagli avv. Luisa Bartolini, Silvana Gallo, Anna Lisa Di Cuia, con domicilio eletto presso l'avv. Luisa Bartolini in Torino, corso Inghilterra, 7/9;

***nei confronti di***

L.E.S. (Lavori Edili Stradali) S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Merani, Lisa Grossi, con domicilio eletto presso il primo in Torino, via Pietro Micca, 21; Castaldo S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Fabio Acampora, Elivia Lobera, Monica Mazziotti, con domicilio eletto presso l'avv. Elivia Lobera in Torino, via Barbaroux, 25;

*per l'annullamento*

*previa sospensione dell'efficacia,*

della determinazione dirigenziale n. 158-63188 del 24.12.2008 (il cui contenuto è sconosciuto) di aggiudicazione definitiva dei lavori di adeguamento funzionale tratto Caselletto - Borgone Susa - Stralcio B - Progetto strategico rete stradale ex Anas Ex SS 24; di tutti i verbali di gara redatti dall'Amministrazione provinciale, conosciuti a seguito dell'accesso pervenuti in data 3.2.2009, ivi compresi la nota "visto sull'opportunità e convenienza di procedere all'aggiudicazione" e l'allegata relazione finale predisposta a seguito delle giustificazioni presentate dalla L.E.S. s.r.l. con cui il RUP "ritiene di dovere accettare l'offerta relativa all'appalto in oggetto, presentata dall'impresa L.E.S.", il verbale di congruità dell'offerta redatto in data 28.10.08; nonché per il risarcimento dei danni conseguenti alla mancata aggiudicazione in favore dell'odierna ricorrente...

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Torino;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di L.E.S. (Lavori Edili Stradali) S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Castaldo S.p.A.;

Esaminate le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 8/10/2009 il referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

**FATTO e DIRITTO**

1.1. Con il ricorso in epigrafe l'impresa A.C. Group S.p.A., terza classificata nella gara d'appalto con procedura aperta al prezzo più basso per l'affidamento di lavori di adeguamento funzionale del tratto della strada statale SS 24 ex Anas - Stralcio B per un importo a base d'asta di € 1.610.501,49 oltre IVA, indetta dalla Provincia di Torino con determinazione del 30.5.2008, impugna l'aggiudicazione disposta a favore della L.F.S. s.r.l con determina dirigenziale del 24.12.2008, n. 158-63188, nonché tutti i verbali di gara presupposti, compreso quello, in data 28.10.2008, di accertamento della congruità dell'offerta di quest'ultima.

Alla gara all'esame concorrevano e venivano ammesse cinque imprese, tra le quali l'aggiudicataria offriva il ribasso del 38%, la seconda, Castaldo s.p.a. quello del 33,6690% e la ricorrente quello del 22,7227%.

In esito al calcolo della soglia di anomalia ex art. 86, comma 1 del d.lgs. n. 193/2002 la stessa era individuata nella stessa percentuale di ribasso offerta dalla seconda classificata, per cui l'offerta della L.F.S., risultando anomala, veniva sottoposta, previa richiesta di giustificazioni integrative con nota del R.U.P. del 3.9.2008, alla verifica di congruità, a seguito della quale, con verbale del 28.10.2008 redatto in contraddittorio con un rappresentante dell'offerente e coeva relazione finale del R.U.P., l'offerta dell'aggiudicataria veniva giudicata congrua e ad essa veniva aggiudicata in via definitiva la gara oppugnata col ricorso in decisione con cui la ricorrente deduce tre motivi, a sua volta articolati, il primo, in due sub censure e il terzo in diverse altre, censure che verranno illustrate nell'esposizione in diritto contestualmente al loro scrutinio.

Con il primo motivo è rubricata violazione e mancata applicazione dell'art. 82, d.lgs. n. 163/2006, violazione delle condizioni generali allegate al bando di gara, eccesso di potere per illogicità manifesta, violazione dell'art. 89,

D.P.R. n. 554/1999 in combinato disposto col principio dell'esclusione automatica delle offerte anomale; difetto assoluto di motivazione, ingiustizia manifesta, violazione dei principi di trasparenza e imparzialità.

Con il secondo mezzo, violazione ed erronea applicazione dell'art. 88 del Codice dei contratti, eccesso di potere, mancata richiesta di giustificazioni, violazione della par condicio e difetto assoluto di motivazione.

Con il terzo motivo si denuncia mancata applicazione degli artt. 87 e 89 e violazione dell'art. 88, co. 6 del d.lgs. n. 163/2006, difetto assoluto di motivazione, illogicità, errore sul presupposto, ingiustizia manifesta, violazione dei principi di trasparenza e imparzialità, par condicio tra i concorrenti e violazione dell'art. 129, D.P.R. n. 554/199 e delle condizioni generali di contratto.

Il ricorso contiene anche la domanda risarcitoria ex artt. 34 e 35 dl.gs. n. 80/1998 formulata per l'ipotesi in cui il servizio dovesse essere portato ad esecuzione nelle more del giudizio.

1.2. Si costituiva l'Amministrazione provinciale con memoria depositata il 5.5.2006 e contestuale produzione documentale, producendo ulteriori memorie il 19.6.2009 e il 2.10.2009 e documenti l'11.6.2009 e il 26.9.2009.

Si costituiva anche la controinteressata con memoria formale il 5.5.2009 poi depositando memoria difensiva il 6.5.2009 e ulteriori memorie il 20.5.2009 e il 17.6.2009.

L'impresa Castaldo s.p.a, seconda classificata nella graduatoria di gara, interponeva gravame incidentale e memoria difensiva e fascicolo di documenti, depositando il 4.5.2009. Con gli scritti difensivi, peraltro, sosteneva le ragioni della ricorrente principale.

Dal canto suo la ricorrente depositava ulteriori memorie il 20 maggio, il 25 giugno e il 2 ottobre 2009.

1.2. Alla Camera di Consiglio del 21.5.2009 la Sezione, con Ordinanza n. 404 del 23.5.2009 accoglieva la domanda cautelare individuando, nell'ambito della censura di cui al primo motivo, di illegittima aggiudicazione alla L.E.S. per aver presentato un'offerta in variante progettuale – malgrado l'espressa sanzione di inammissibilità di tali varianti recata dal bando di gara - adeguati profili di fumus boni iuris limitatamente alla lamentata ridotta consistenza del coefficiente di resistenza del calcestruzzo di cui era previsto l'impiego per la realizzazione del ponte sul torrente Vangeirone e offerto con valori di 40 e 35 Mpa contro 45 e 50 Mpa apparsi prescritti dall'elenco prezzi allegato al progetto per effetto di quella che in corso di causa è invece risultata un'autoconfezione ad opera della ricorrente della voce 28 del predetto elenco prezzi.

1.3. Onde acclarare l'esatta portata dispositiva delle apposite norme della lex specialis, anche a seguito delle deduzioni e produzioni delle parti resistente e controinteressata, la Sezione, con Ordinanza collegiale istruttoria n. 75 del 22.7.2009, disponeva farsi luogo all'incombente istruttorio dei documentati chiarimenti, mediante diretta audizione dei patroni delle parti assistite dai rispettivi tecnici di fiducia, da svolgersi nella Camera di Consiglio del 24.9.2004 là dove il mezzo aveva regolarmente luogo consentendo al Collegio di acquisire elementi di giudizio rivelatisi dirimenti ai fini della decisione di merito sul gravame.

1.4. Al ché, alla pubblica Udienza del 8.10.2009 fissata per la trattazione del merito con l'Ordinanza collegiale citata, il complessivo materiale di causa veniva introitato per la definitiva decisione e il ricorso veniva trattenuto a sentenza.

2.1. Deve preliminarmente il Collegio farsi carico dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse

2.2. Ritiene la Sezione che in subjecta materia debba essere necessariamente operato un distinguo. Orbene, nelle fattispecie ordinarie, nelle quali a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione disposta a favore della prima classificata l'attività rinnovatoria dell'Amministrazione configuri in termini di certezza l'aggiudicazione alla seconda classificata, conseguenza che si presenta dunque come automatica ove non residuino margini di apprezzamento alcuno in capo alla stazione appaltante, intuitivamente l'impresa classificata terza non ha interesse a ricorrere per ottenere dal Giudice l'annullamento dell'aggiudicazione alla prima classificata, non potendo, in forza della personalità dell'azione giurisdizionale e dell'interesse, presentare e coltivare un ricorso nell'interesse di terzi, ossia dell'impresa posizionatasi seconda in graduatoria..

A più articolata conclusione deve invece approdarsi nelle ipotesi, come in quella all'esame, nelle quali all'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione non consegua in termini di certezza l'automatico effetto dell'affidamento dell'appalto all'impresa seconda classificata, di talché l'attività rinnovatoria dell'amministrazione, conseguenziale al giudicato demolitorio dell'aggiudicazione, configuri in termini di eventualità, ovvero di non certezza la nuova aggiudicazione a favore della seconda impresa graduata.

Il che è a predicarsi nella fattispecie al vaglio del Collegio, posto che non è automatico e certo che in caso di accoglimento del ricorso in epigrafe e quindi di annullamento dell'aggiudicazione pronunciata a favore della L.E.S., la Provincia di Torino sia tenuta a disporre la nuova a aggiudicazione a beneficio della Castaldo s.p.a, seconda classificata. Siffatta conseguenza si prospetta come meramente eventuale, atteso che, come la

stessa Amministrazione che ha sollevato l'eccezione in scrutinio dà lealmente atto, l'Amministrazione dovrà "prioritariamente procedere alla verifica dell'offerta anomala proposta dalla ditta Castaldo, posizionatasi al secondo posto"(memoria Amministrazione del 5.5.2009, pag. 4). Detta impresa come accennato in narrativa ha infatti offerto un prezzo coincidente con la soglia di anomalia e pertanto sarà da assoggettare alla verifica di congruità.

E' va senza dirlo che siffatto sub procedimento non è certo che si concluda positivamente per la predetta impresa, ciò che rende incerta la futura neo aggiudicazione in suo favore.

Ulteriore elemento di alea può anche prefigurarsi per via dell'operare del meccanismo e del sistema del controllo del possesso dei requisiti di idoneità tecnico economica autocertificati, ai sensi dell'art. 48, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006, il quale dispone che solo la richiesta di comprova dei requisiti di ordine speciale deve essere inoltrata all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, il quale ultimo more solito viene assoggettato al riscontro della documentazione prodotta nel termine di dieci giorni dalla richiesta della P.A., solo ove il controllo sull'aggiudicatario sortisca esito negativo.

Allo stato degli atti non sussiste prova che la Castaldo s.p.a sia stata assoggettata alla verifica dei requisiti dichiarati, né, tanto meno che l'abbia superata con esito positivo.

2.3.1. Opina, dunque, la Sezione di dover affermare il principio per cui l'impresa terza classificata ad una gara d'appalto ha interesse a ricorrere contro l'aggiudicazione alla prima graduata in tutte le ipotesi nelle quali all'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione con conseguenza in termini di certezza l'effetto dell'automatico affidamento dell'appalto

all'impresa seconda classificata, di talché l'attività rinnovatoria dell'Amministrazione, conseguenziale al giudicato demolitorio dell'aggiudicazione, configuri in termini di mera eventualità la nuova aggiudicazione a favore della seconda in graduatoria come accade quando l'offerta della seconda sia pari o superiore alla soglia di anomalia e l'Amministrazione debba quindi proseguire, in forza dell'art. 88, comma 7 del d.lgs. n. 163/2006, nel procedimento di verifica di congruità ovvero anche quando la seconda classificata non sia stata assoggettata al sub procedimento di verifica del possesso dei requisiti di ordine speciale autocertificati o non abbia superato la stessa.

In tutte queste ipotesi, nelle quali tra l'annullamento dell'aggiudicazione all'impresa collocatasi prima e l'aggiudicazione alla seconda classificata si inserisce un elemento di alea, l'impresa terza classificata agisce a tutela di un interesse strumentale, riguardato nell'ottica di una qualificata chance di conseguire l'aggiudicazione.

2.3.2. Interesse che non ha consistenza e dignità minori di quello ancor più generico e aleatorio, che vanta qualunque impresa che abbia partecipato alla gara quando impugni l'aggiudicazione ad altri ma le stesse regole della gara o la loro intervenuta applicazione, al fine di ottenere l'annullamento integrale della competizione e la sua rinnovazione, attraverso la quale potrà, partecipando alla nuova gara, godere di una mera chance di esito favorevole.

Segnala in proposito il Collegio che di recente il Consiglio di Stato ha statuito sussistere l'interesse a ricorrere dell'impresa terza classificata, non solo nel caso ultimo appena ricordato, in cui la ricorrente miri ad ottenere che l'amministrazione espleti una nuova gara (interesse strumentale allo stato puro, posseduto da qualunque concorrente), ma anche nelle ipotesi

in cui le censure della ricorrente terza classificata siano preordinate ad ottenere la rinnovazione delle sole operazioni di gara residue alla pronuncia di annullamento degli atti finali della procedura, la quale peraltro sopravviva nella sua essenza primigenia. In siffatte evenienze, nelle quali sicuramente si colloca la posizione sostanzial – processuale della A.C. Group, poiché a seguito dell'accoglimento del ricorso la gara persiste e dovranno essere rinnovate solo le operazioni terminali, ossia la verifica di congruità dell'offerta anomala della Castaldo s.p.a., il Giudice d'appello ha sancito che “è evidente che sussista l'interesse (c.d. strumentale) della ricorrente in prime cure all'integrale esame del proprio ricorso: sia per ottenere una nuova valutazione di tutte le offerte alla stregua di nuovi o più precisi criteri, e dunque con esiti allo stato imprevedibili e perciò potenzialmente a sé favorevoli; sia per chiedere (con l'appello incidentale) che da detta rinnovazione venga escluso il concorrente di cui assume l'illegittima ammissione in gara, cui ha interesse per la maggior probabilità di vittoria che ne seguirebbe”.(Consiglio di Stato, Sez. V, 25.2.2009 n. 1134).

L'eccezione in analisi è dunque infondata e va respinta.

3.1. Venendo al merito del ricorso va premesso che con il primo motivo parte ricorrente lamenta che l'offerta della L.E.S. dovesse essere esclusa dalla gara per aver tale impresa presentato un' offerta recante varianti sostanziali rispetto alle previsioni della lex specialis, la quale, nel paragrafo “condizioni generali” (come ha poi precisato il Collegio individuando la norma non precisamente indicata dalla ricorrente) recava la prescrizione, scritta addirittura con caratteri in grassetto, in ossequio alla quale “Non sono ammesse varianti progettuali in sede di offerta (Bando di gara, doc. 4 produzione Amministrazione del 5.5.2009, pag. 17).

Ciò posto, va subito avvertito che i termini della quaestio iuris che il Tribunale è chiamato a dipanare debbono di necessità traslare, rispetto a quanto prima facie appariva in sede cautelare sottendendo l'ordinanza di sospensione n. 404 del 23.5.2009, su di un altro sostanziale profilo, appuntato sulla pretesa natura di offerta in variante della proposta della L.E.S., sempre relativamente al ponte sul torrente Vangeirone. Detto profilo è emerso in sede di approfondimento istruttorio in esito alla Camera di Consiglio del 24.9.2009 celebrata per l'espletamento dell'incombente dell'acquisizione di documentati chiarimenti, ex art. 48 R.D. 1054/1924, da conseguire mediante audizione del R.U.P e presidente della Commissione di gara e dei difensori della parti con facoltà di farsi assistere da tecnici di fiducia.

3.2. Ebbene, mentre nella sede deliberativa cautelare la censura, componente la prima parte del primo motivo, di violazione delle condizioni generali fissate nel bando di gara per avere la controinteressata L.E.S. formulato un'offerta in variante rispetto alle previsioni del progetto predisposto dalla Provincia, era stata dal Collegio ritenuta fondata limitatamente alla dedotta difformità dell'offerta di posa del ponte proposto con le stesse dimensioni, posizione piano – altimetrica e materiale ma con “un coefficiente di resistenza di soli Mpa, e i giunti tra gli elementi, addirittura con malta avente coefficiente di resistenza di soli 35 Mpa (...) contro i 45 Mpa e 50 Mpa per le travi precomprese, richieste nelle declaratorie dell'elenco prezzi (doc. 2 ricorr., pag. 4)” le difese della controinteressata (in particolare la relativa memoria depositata il 17.6.2009) e la produzione documentale dell'Amministrazione del 11.6.2009 hanno consentito di acclarare che i suindicati coefficienti di resistenza del calcestruzzo alla pressione (Mpa 45 e 50) non erano affatto prescritti dalla legge di gara. L'elenco prezzi unitari,

necessario allegato, com'è noto, del progetto esecutivo, predisposto dall'Amministrazione provinciale e da essa prodotto in copia autentica in data 11.6.2009, alla voce 28 dedicata agli impalcati da ponte non contiene, infatti, alcuna specifica tecnica in ordine al valore del coefficiente di resistenza, essendo detta voce 28 composta da sole quattro righe, culminanti con la locuzione "Luci da ml 10,01 a ml 12".

La prescrizione in ordine ai riportati due coefficienti di resistenza Mpa 45 e 50 figura quindi unicamente nell'elenco prezzi unitari compilato dall'Impresa A.C. Group ricorrente e prodotto in sede di gara quale componente della propria offerta: il doc. 2 produzione di parte ricorrente, su cui era stata ancorata la delibazione cautelare, raffigura alla voce 28 un riquadro notevolmente più esteso di quello costituente la voce 28 dell'elenco prezzi di cui al doc. 20 dell'Amministrazione, contenendo una notevole quantità di prescrizioni tecniche del tutto assenti nell'elenco prezzi ufficiale predisposto dalla Provincia.

3.3. La ricorrente ha quindi invocato una norma inesistente nella legge di gara, e composta di prescrizioni e specifiche tecniche tratte da una voce 28 che essa stessa ha confezionato, presumibilmente desumendole da altre fonti.

Solo nel corso della audizione del tecnico dei legali della ricorrente è stato chiarito al Collegio che quelle prescrizioni e specifiche avevano fonte nei prezzari regionali correnti e ad avviso del professionista sarebbero implicite e da ritenersi tacitamente richiamate ogni qualvolta una data voce di elenco prezzi, della quale sia definita l'identificazione numerica corrispondente ad una usuale nomenclatura tecnica (nella specie 25.A10.A25005, voce 28), non sia completamente esplicitativa ed esaustivamente descrittiva, come si riscontrerebbe nel caso all'esame, caratterizzato dalla laconicità e sinteticità

inesaustiva della declaratoria della predetta voce 28 riportata nell'elenco prezzi ufficiale allestito dalla P.A.

3.4. La difesa della controinteressata, dal canto suo, ha confutato la delineata linea interpretativa: se non è stata espressamente richiamata, la più completa congerie di prescrizioni e specifiche tecniche, pur rinvenibili in altre fonti, quali i prezzari regionali, non può ritenersi aver integrato la disciplina della *lex specialis*.

Condivide sul punto il Collegio l'assunto esegetico della difesa della LES circa l'impossibilità di predicare un'implicita integrazione delle prescrizioni tecniche in argomento. E ciò in ossequio a un canone di tassatività e al "clare loqui" che deve ispirare la tecnica redattiva delle regole di gara che le stazioni appaltanti predispongono e proprio in omaggio al quale, del resto, apprestano per i concorrenti e mettono loro a disposizione modelli prestampati e preconfezionati di documenti di gara (moduli per la formulazione dell'offerta, per la redazione di autocertificazioni, disciplinari ed allegati tecnici ai progetti, etc.). Ed anche in ossequio al principio dell'affidamento, che impone che le regole della gara siano rese note in maniera chiara e intellegibile a tutti i partecipanti o gli interessati alla gara.

3.5. 1. Di talché non può giuridicamente sostenersi e predicarsi una sorta di automatico tacito o implicito richiamo integrativo delle singole prescrizioni regolanti una gara, ad altre eterogenee e disparate fonti, da cui possano ricavarsi prescrizioni tecniche, ancorché di uso e conoscenza comune agli addetti ai lavori.

3.5.2. Non può peraltro esimersi la Sezione dallo stigmatizzare il contegno di chi ha redatto nel descritto modo ampliativo la voce 28 dell'elenco prezzi – dilatandone cioè la portata precettiva – e di chi ha poi posto siffatta voce 28 a fondamento di una specifica censura in sede processuale.

Un simile modus operandi, quanto meno poco ortodosso sul piano della deontologia, ha rivelato e spiegato in seno al presente giudizio la sua attitudine fallace nei riguardi del giudicante, avendo orientato in senso favorevole alla ricorrente la decisione assunta con l'Ordinanza cautelare.

La buona sorte processuale ha peraltro fatto sì che quella delibazione di fondatezza dovesse tuttavia essere confermata nella presente fase di piena cognitio, quantunque per altro ma non meno conducente profilo sostanziale.

3.6. Il giudizio che la Sezione è chiamata a formulare in ordine alla natura di variante della proposta ideativa e costruttiva del ponte in questione, lamentata da parte ricorrente, deve pertanto di necessità, come sopra avvertito, traslare su differenti ma non meno rilevanti linee di indagine.

Al riguardo, giova rammentare che attraverso il primo motivo di gravame è stato dato ingresso da parte ricorrente nel ricorso in epigrafe alla censura secondo la quale nonostante il bando della gara per cui è causa stabilisse espressamente che “non sono ammesse varianti progettuali in sede di offerta”. Precetto da cui la deducente fa derivare che l'offerta andava formulata “sulla base del progetto predisposto dalla P.A. ed allegato al bando” ma che “paradossalmente, tuttavia, l'aggiudicataria eseguirà un'opera pubblica che presenta variazioni progettuali di natura sostanziale (...) un'opera strutturale diametralmente opposta a quella prevista dal progetto da eseguirsi” (ricorso introduttivo, pag. 5), come sarebbe emerso dalla disamina delle documentazione versata in gara in occasione della produzione delle giustificazioni dei prezzi ai fini dell'analisi dell'anomalia dell'offerta. La censura è, in ricorso e nelle successive memorie (tranne che nell'ultima), puntualizzata sulla pretesa difformità delle modalità realizzativo-strutturali del ponte de quo in rapporto alle asserite

prescrizioni della presunta voce 28 dell'elenco prezzi (soletta e traversi gettati in opera su casseforme esterne, da appoggiare su travi prefabbricate a doppia T con altezza pari ad 1/20 circa della luce da varare in opera; soletta di spessore non inferiore a c. 25; calcestruzzo di classe terza con resistenza non inferiore a 45 Mpa, etc.) risultata poi, come sopra chiarito, difforme da quella ufficiale contenuta nell'elenco prezzi allegato al progetto esecutivo posto in gara e quindi la sola idonea a vincolare i contenuti dell'offerta delle imprese concorrenti.

La prescrizione in questione, su cui si fonda l'intelaiatura delle censure della ricorrente così come specificamente puntualizzate nei suindicati termini, è risultata inesistente nella legge di gara, conseguendone che, per i ridetti profili di pretesa difformità contenutistico – realizzativa della proposta contrattuale della L.E.S., la doglianza va respinta, stante la illustrata inesistenza, nella voce 28 ufficiale e costituente la *lex specialis*, di prescrizioni così come dettagliate alla voce 28 confezionata motu proprio dalla ricorrente e considerata, secondo quanto sopra rimarcato, l'insostenibilità della tesi circa una possibile implicita o tacita integrazione del disposto della voce 28 mediante rinvio ai dettagliati contenuti prescrittivi tecnici della medesima voce, recati dalle declaratorie della stessa presenti in altre fonti o normative tecniche, quali ad esempio i prezzari regionali o di altro livello.

3.7. Ciononostante il Collegio, ferma restando la ritualità della censura poc'anzi riportata, secondo cui – giova ripetere - “l'aggiudicataria eseguirà un'opera pubblica che presenta variazioni progettuali di natura sostanziale” (pag. 5 ricorso) e “la modifica proposta dalla L.E.S. (...) comporta variazioni sostanziali che attengono alla natura dell'edificando ponte (cfr.doc.7d cit.)”, ha ritenuto di dover approfondire i contenuti dell'offerta

della I..E.S., indagando anche ulteriori termini di raffronto della stessa con i dettami del progetto esecutivo allestito dalla P.A..

Il Tribunale è stato mosso a siffatto approfondimento anche dai chiarimenti tecnici attinti nella Camera di Consiglio istruttoria del 24.9.2009, nella quale sono stati ammessi a partecipare, con Ordinanza Collegiale n. 75 del 22.7.2009, i tecnici di fiducia dei patroni delle parti litiganti, dei quali il consulente della difesa della ricorrente nonché quello della ricorrente incidentale hanno accresciuto nel Collegio un dubbio già sorto dalla visione del secondo grafico allegato al preventivo Tensiter S.p.A. prodotto in gara dalla controinteressata (doc. 7d produz. ricorr.).

3.8.1. Orbene, detto grafico reca al margine superiore sinistro la didascalia “010377 – Gara Prov. Torino – Ponte sul torrente Vangeirone, Località Caselette (TO)” e a quello destro la dicitura “Soluzione B senza massicciata” e raffigura una sezione del ponte in questione e, in particolare, la relativa fondazione, come si evince dalla dicitura al lato inferiore destro “Fondazione in c.a.”. Sormontano i due blocchi interrati, quello di destra cui è riferita la riportata dicitura e quello del lato opposto sinistro, le relative pile (o spalle), collegate superiormente da elemento orizzontali, verosimilmente costituenti le travi, sui quali è raffigurata e indicata una “soletta di copertura”.

Nella parte inferiore del ponte, rectius nella fondazione, non è raffigurato un cordolo di collegamento tra i due blocchi laterali interrati sormontati dai relativi piloni: invero, il disegno in analisi, proposto dalla Tensiter fornitrice della I.E.S., riporta coerentemente la scritta, accompagnata dalla linea che indica detta parte della fondazione, “Fondo alveo”.

Rileva il Collegio che il documento che si sta illustrando è identico a quello versato al doc. 14 della produzione dell'Amministrazione in data 5.5.2009 e

definito nel relativo elenco come “proposte L.E.S. sulla costruzione del ponte”.

Ne consegue che il grafico appena illustrato, che, come detto, è in tutto conforme a quello prodotto dalla Provincia al doc. 14, riporta esattamente l'offerta progettuale della aggiudicataria relativamente alla realizzazione del ponte in questione.

Deve pertanto il Collegio raffrontare siffatta proposta e il relativo grafico con il dettaglio di progetto, concernente appunto il ponte stesso, contenuto nella lex specialis della competizione e, in particolare, nel progetto esecutivo posto a base di gara.

A tal fine vengono confrontati sinotticamente l'illustrato disegno costituente la proposta della L.E.S. per la realizzazione del ponte e il “progetto esecutivo – opere strutturali” dei lavori per cui è controversia, versato dall'Amministrazione provinciale al doc. 13 della medesima produzione del 5.5.2009.

3.8.2. Orbene, osserva il Collegio che nel relativo grafico di cui alla “Sez. L-L – tratto EF” in scala 1:100 l'Amministrazione appaltante aveva contemplato e richiesto, per la realizzazione della fondazione del ponte sul torrente Vangeirone, un cordolo o trave di collegamento orizzontale tra le due rispettive parti interrate, più sopra definiti blocchi di fondazione, su cui poggiano i due piloni del ponte.

Viceversa, come poc'anzi illustrato descrivendo il grafico di cui ai docc. 7d ricorrente e 13 Provincia di Torino, riportanti la proposta della L.E.S. per la realizzazione del ponte, in tale grafico difetta la previsione della predetta trave o cordolo di collegamento, in luogo della quale nel disegno compare il “fondo alveo”.

Siffatta proposta differisce, dunque, per un elemento strutturale, dalla

previsione recata dal progetto esecutivo predisposto dalla stazione appaltante, la quale aveva prescritto per la realizzazione della fondazione del costruendo ponte, una platea di fondazione che invece manca nella proposta della L.E.S. che risulta pertanto in variante progettuale rispetto alla previsione – prescrizione di progetto esecutivo allestita dall'Amministrazione.

3.8.3. Al riguardo la ricorrente nella memoria per l'Udienza pubblica depositata il 2.10.2009 ha sviluppato la doglianza già dedotta in ricorso e più sopra riportata, precisandola con specifico riferimento alla delineata difformità progettuale tra la proposta della L.E.S. e la prescrizione di progetto esecutivo e arricchendola di particolari descrittivi di natura tecnica – presumibilmente introdotti con l'ausilio del consulente – che, peraltro, nulla di rilevante aggiungono alla conclusione cui il Collegio è pervenuto e che si è appena illustrata.

Conclude la difesa della ricorrente nel senso che il sistema proposto dalla controinteressata è una variante a tutti gli effetti della progettazione a base di gara, discostandosi “da quanto prefigurato progettualmente” dall'Amministrazione e cambiando radicalmente le prescrizioni attinenti alle fondazioni rilevabili dalla relazione progettuale (memoria ricorr. 2.10.2009, pag. 6).

La linea difensiva dell'Amministrazione e dell'impresa controinteressata oppone invece la ridotta rilevanza in termini economici – e quindi l'impossibilità di escludere dalla gara la L.E.S. - del costo del ponte in questione rispetto all'importo complessivo dell'appalto, la difesa della controinteressata affermando che detto costo ammonta a soli € 30.183,75 incidendo quindi in misura assolutamente irrilevante sull'importo globale dei lavori di circa € 1.610.000 (memoria L.E.S. del 17.6.2009, pag. 8) e

l'Avvocatura provinciale che il manufatto in controversia incide per materiale e posa in opera per € 34.899,29, pari al 2,25 dell'importo complessivo dell'appalto (memoria Amministrazione depositata il 2.10.2009, pag.6).

Dal canto suo la difesa della ricorrente sostiene invece che il ponte rientra nell'intervento 2, che ha un corpo di circa € 981.000, dei quali € 124.000 circa per le strutture, per cui il corpo progettuale di cui esso è parte, autonomo, concorre alla formazione di quello strutturale n. 2 con un'incidenza del 12% dell'importo globale dell'appalto (memoria ricorrente del 2.10.2009, pag. 5).

4.1. Ritiene sul punto il Collegio che laddove una norma della *lex specialis* di una gara vieti *sic et simpliciter* le varianti progettuali, senza aggiungere altra specificazione o precisazione, non è consentito all'Amministrazione appaltante operare alcun giudizio di valutazione di incidenza economica percentuale, sull'importo complessivo, della parte di opera per la quale un'impresa abbia prospettato una proposta, formulando la relativa offerta, che si configuri con grafica evidenza come variante progettuale rispetto alla tassativa raffigurazione e previsione contenuta nel progetto posto a base di gara. Né, a fronte di una tassativa prescrizione di divieto di varianti progettuali, è correlativamente consentito al Giudice alcun apprezzabile margine di sindacato o di valutazione circa il rilievo della prospettata variante progettuale in termini economici, come invece preteso dalle parti resistente e controinteressata.

Ciò per la decisiva considerazione che è stata la stessa Amministrazione appaltante ad auto vincolarsi, compiendo *ex ante* una valutazione di assoluta necessità che l'opera venga realizzata con le precise caratteristiche definite in occasione della progettazione esecutiva e per l'effetto ponendo

la tassativa norma di gara in forza della quale “non sono ammesse varianti progettuali in sede di offerta”.

4.2. A fronte di una norma di siffatto chiaro e imperativo tenore, nel caso in cui l’offerta di un concorrente si atteggi con caratteri ed elementi di difformità progettuale rispetto ai dettagli di progetto definiti in sede di progettazione esecutiva, ritiene il Collegio che non residui in capo all’Amministrazione alcuno spazio di discrezionalità che consenta di formulare un giudizio di rilevanza o meno in termini economici della variazione progettuale prospettata dal concorrente rispetto all’importo complessivo dei lavori, dovendosi escludere dalla competizione l’impresa che ha offerto la soluzione progettuale in variante rispetto al dettaglio di progetto esecutivo, posto che la discrezionalità dell’Amministrazione si è già dispiegata ed anche esaurita nel momento in cui l’Ente ha predisposto le regole della gara.

Ammettere che l’Amministrazione possa derogare ex post ad una regola prestabilita ex ante e che le sia consentito formulare il delineato giudizio di incidenza equivarrebbe a consentire un’inammissibile violazione del principio dell’affidamento e della par condicio, avuto riguardo ai concorrenti che invece si sono attenuti alla tassativa prescrizione di gara formulando un’offerta conforme alle previsioni di progetto esecutivo.

4.3. Nel caso all’esame il bando di gara, avviso di procedura aperta (doc. 4 produzione Amministrazione del 5.5.2009) reca a pag. 17, nel paragrafo “Condizioni generali”, la norma secondo cui “non sono ammesse varianti progettuali in sede di offerta”. La portata imperativa di tale disposizione è, tra l’altro, confermata anche dal dato della sua espressione con caratteri in grassetto.

4.4. Per variante progettuale occorre intendere, ad avviso del Collegio,

qualunque variazione dei grafici di progetto esecutivo, costituente il livello più dettagliato della progettazione, che implichi che una determinata parte dell'opera complessiva oggetto dell'appalto venga proposta con diverse caratteristiche esteriori, le quali more solito peraltro, ridondano anche in diversità sostanziali, atteso che la raffigurazione grafica di un progetto è l'esternazione di ben definiti elementi ontologici o sostanziali.

Invero, il ponte diversamente raffigurato è tale, cioè diverso, anche sul piano sostanziale, mancando la platea di fondazione, il che comporta che il peso grava solo sulle parti interrate dei piloni, ciò che discende da un'osservazione di comune intuizione.

Sottolinea al riguardo il Collegio come l'aver progettato un ponte con quella specifica tipologia di fondazione corrisponde ad un altrettanto ben definito intento e considerazione dell'Amministrazione, espressi in sede di relazione illustrativa al progetto esecutivo. Detta relazione, non prodotta dall'Amministrazione in allegato al doc 13 contenente il progetto esecutivo ma annessa in copia sub All.1 alla relazione di consulenza tecnica di parte a firma del Geom. G. Pennetta, consulente della difesa della ricorrente incidentale Castaldo s.p.a. e depositata nella Camera di Consiglio istruttoria del 24.9.2009 oltre che in Segreteria nei giorni precedenti, al par. 1.1. "Descrizione generale dell'opera – ponte stradale ex ss24 su torrente Vangeirone", espressamente recita: "FONDAZIONI: Platea. Tale soluzione strutturale si è adottata in quanto le caratteristiche geomeccaniche del terreno di fondazione sono da ritenersi abbastanza scarse (vedi relazione geotecnica), quindi si è optato per distribuire i carichi su una superficie maggiore, riducendo così le pressioni sul terreno".

Non è chi non veda come la riportata affermazione tradisce un interesse e un'esigenza chiari che l'Amministrazione ha a cuore, ossia ottenere la

realizzazione di una fondazione a platea, più ampia ed estesa di una fondazione bilaterale con due plinti autonomi e tra loro non collegati, onde conseguire una particolare, ossia più estesa ed omogenea, ripartizione del peso sul terreno, “per distribuire i carichi su una superficie maggiore, riducendo così le pressioni sul terreno”.

La proposta di realizzazione del ponte formulata dalla L.E.S. con la diversa prospettata fondazione, vulnera la descritta esigenza tecnica chiaramente espressa dall'Amministrazione nella relazione illustrativa al progetto esecutivo, del quale costituisce specifico allegato, costituente parte della *lex specialis* della gara.

Anche sotto tale profilo, che in realtà non fa che rafforzare il convincimento del Collegio circa la natura di variante progettuale della proposta della L.E.S., fungendo da ausilio nell'interpretazione del progetto esecutivo posto in gara, l'offerta della controinteressata viola una specifica prescrizione di gara e doveva pertanto essere esclusa.

Per tutte le illustrate ragioni la censura svolta al primo motivo di ricorso va pertanto accolta.

5.1. Per completezza di esposizione sull'argomento va precisato che a fronte di un espresso divieto di apportare nell'offerta varianti progettuali, non possono, all'evidenza, trovare applicazione al caso al vaglio del Collegio i principi giurisprudenziali sui limiti di ammissibilità delle varianti migliorative, i quali sono stati delineati nelle fattispecie in cui difetta nella *lex specialis* un espresso divieto di apportare varianti all'offerta.

Rammenta al riguardo, in chiave ricostruttiva la Sezione che la giurisprudenza ha attinto il principio per cui non sussiste, in generale in siffatte evenienze, un generalizzato divieto di varianti migliorative ove la gara venga espletata secondo il criterio di selezione dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, dovendo “ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, la possibilità per le imprese di proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis onde non ledere la par condicio”.(Consiglio di Stato, Sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481; T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, 17 aprile 2007, n. 1774).

Sempre in tema di limiti all'introduzione di varianti migliorative, si è attentamente e condivisibilmente precisato che “le varianti progettuali migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio sono ammesse, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla p.a., 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 prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della p.a. sottese alla prescrizione variata”.( T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. II, 29 ottobre 2008, n. 1480).

Anche il Tribunale ha avuto occasione di pronunciarsi in argomento, precisando che “allorché il bando di una gara d'appalto consenta, senza esigerla, la presentazione di proposte modificative rispetto al progetto posto a base della gara stessa, il limite a tale possibilità è costituito dalla compatibilità, a giudizio dell'amministrazione, di tali varianti rispetto al progetto stesso.”( T.A.R. Piemonte, Sez. II, 22 ottobre 2004, n. 2629).

5.2. Rimarca comunque il Collegio, aderendo alla rassegnata esegesi del Giudice amministrativo, che pur nei casi in cui la lex specialis non escluda

espressamente l'ammissibilità di offerte in variante progettuale, il limite di fondo, intrinseco e inteso a non vanificare le esigenze di interesse pubblico che la P.A. intende perseguire in concreto con la specifica opera da realizzare, va individuato sia nell'impossibilità di configurare una differente ideazione dell'oggetto del contratto, sia nella compatibilità della variante volta a volta proposta con le linee progettuali fondanti, generali o, se specifiche, involgenti corpo o parte dell'opera complessiva che si atteggi a caratterizzante l'insieme progettuale globalmente considerato. Valutazioni queste ultime due che possono essere talora agevolmente condotte attraverso l'analisi della relazione illustrativa costituente a norma dell'art. 19 del D.P.R. 24.12.1999, n. 554, altro specifico allegato al progetto esecutivo.

5.3. Viceversa, qualora, come nella specie, sussista un'espressa disposizione di bando o di disciplinare di gara che interdica agli offerenti di presentare offerte in variante progettuale, espressamente qualificate come non ammesse, l'avvenuto riscontro di una differenza non di mero dettaglio, tra l'offerta di cui trattasi e la raffigurazione grafica di progetto definita negli elaborati costituenti il progetto esecutivo, non consente, come più sopra spiegato, alcun margine di valutazione discrezionale a posteriori, essendosi la discrezionalità già consumata ex ante, mercé l'autovincolo che l'Amministrazione si è data sancendo nella lex specialis l'inammissibilità di varianti progettuali in sede di offerta.

Né può ragionevolmente sostenersi che in presenza di offerte in variante progettuale, che appaiano limitate alle linee grafiche o di disegno, si è al cospetto di variazioni di pura forma e non di varianti sostanziali, posto che per lo più a differenze di disegni e forme corrispondono differenze sostanziali e strutturali dell'opera realizzanda.

Il che è quanto è dato apprezzare nel caso all'esame, nel quale la differenza

tra le fondazioni indipendenti ed autonome proposto dalla I.E.S. e la fondazione con platea o travata di collegamento tra i due plinti laterali non si arresta ad un piano di linee geometriche o di meri disegni ma ridonda in una diversità di sostanza, atteso che nella proposta di variante della controinteressata viene a mancare la fondazione unitaria e collegata, con la conseguente differente distribuzione del carico ponderale del manufatto poggiante sulle fondamenta e in ultima analisi sul terreno. Aspetto che può avere non indifferente rilevanza in presenza di suolo di scarsa o ridotta consistenza.

Una variante progettuale trasmoda quindi quasi sempre in una variazione sostanziale conseguendone l'inammissibilità e la correlativa esclusione dell'offerta che la contiene.

Segnala il Collegio che la giurisprudenza si è già attestata sulle delineate coordinate ermeneutiche, avendo statuito che "in presenza del divieto di introdurre varianti modificative delle impostazioni progettuali salienti, legittimamente la commissione giudicatrice ritiene inammissibile la proposta di variante comportante la modifica sostanziale delle previsioni del progetto a base di gara" (T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 20 gennaio 2006, n. 434)

Anche il Giudice d'appello ha enunciato lo stesso principio di recente puntualizzando che "in presenza nel bando di gara di clausole che vietano espressamente alle imprese concorrenti di apportare varianti sostanziali (sia sul profilo tecnico sia su quello economico) al progetto predisposto dall'appaltante è impedito all'impresa partecipante di formulare la propria offerta secondo uno schema diverso da quello indicato dall'impresa appaltante" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2007, n. 412; in terminis anche T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I, 6 agosto 2004 n. 11129).

E' opportuno precisare che la ragione della necessità dell'esclusione della L.F.S. dalla gara che l'Amministrazione doveva disporre non risiede nelle ridotte caratteristiche di sicurezza quanto al coefficiente di resistenza del calcestruzzo, come la Sezione aveva deliberato in sede cautelare supponendo – e non avendo ragioni per non supporre – la coincidenza della declaratoria della voce 28 di elenco prezzi invocata dalla ricorrente con quella ufficiale posta a base di gara.

Sul punto la Tnsiter s.p.a. aveva contrastato quanto affermato dal Tribunale con l'Ordinanza del 23.5.2009, argomentando, in una nota inviata alla L.F.S. in data 5.6.2009 (do. 4 produzione L.F.S. del 5.6.2009) che il manufatto da essa proposto tramite l'aggiudicataria risultava conforme al D.M.14.1.2008 sulle nuove norme tecniche per le costruzioni, in base la quale, essendo il ponte proposto ad armatura normale, il valore minimo di resistenza richiesto da detto decreto è di 20Mpa, per cui quello di 40Mpa di cui al preventivo Tensiter (doc. 7d ricorr.) pure citato nell'Ordinanza di sospensione, è ben al disopra del suddetto valore minimo. Risulta oggi evidente quanto siffatte controdeduzioni non siano pertinenti e conferenti, poiché l'esclusione della L.F.S. e l'annullamento della aggiudicazione alla medesima, pronunciato con la presente Sentenza, discende non dalla considerazione dei coefficienti di resistenza del cemento, bensì dall'acclarata natura di variante progettuale non ammissibile che caratterizza, secondo quanto finora illustrato, la proposta della controinteressata.

5.4. L'accoglimento del primo motivo di gravame, nella sua prima preponderante parte, involgendo una questione di sostanza che inficia l'aggiudicazione alla controinteressata può consentire al Collegio di assorbire la seconda sub censura di cui al primo e ai residui motivi secondo

e terzo. Tuttavia, per completezza e per ragioni di certezza del diritto, ritiene opportuno il Collegio procedere ad una sia pur sintetica disamina degli stessi.

6.1. Con la seconda parte del primo motivo di ricorso la deducente si duole dell'omessa esclusione automatica della controinteressata in quanto anormalmente bassa. Invoca a sostegno di tale assunto l'art. 89, comma 4 del Regolamento attuativo della L. n. 109/1994 di cui al D.P.R. n. 554/1999 (tuttora in vigore, nei limiti appresso precisati), norma che per gli appalti di lavori sotto soglia comunitaria secondo la ricorrente imporrebbe l'esclusione automatica dell'offerente anomalo qualora le offerte ammesse siano almeno cinque, come nella specie.

6.2.1. La censura non si presta a positiva considerazione e va disattesa al lume della nuova norma di cui all'art. 121, comma 9 del Codice dei contratti in combinato disposto con l'art. 253, comma 3 stesso Codice. Invero, la disposizione dell'art. 89, comma 4 del D.P.R. n. 554/1999 che testualmente stabilisce che "non si procede all'esclusione automatica quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque", per cui se esse siano almeno in tale numero, come nel caso di specie, l'amministrazione appaltante dovrebbe procedere invece all'esclusione automatica, va coordinata con l'art. 121, comma 9 del d.lgs. 163/2006 che pone una regola di diverso segno, la quale necessariamente prevale sull'art. 89 comma 4 del D.P.R. del 1999, in forza della sua cedevolezza rispetto ai disposti del Codice dei contratti incompatibili con il D.P.R. n. 554/99, cedevolezza sancita dall'art. 253, comma 3 del Codice il quale stabilisce sì la perdurante vigenza del Regolamento "Merloni" fino al varo del nuovo Regolamento di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 163/2006, ma "nei limiti di compatibilità con il presente codice"(art. 253, comma 3, D.Lgs. n.

163/2006)” ovverosia comunque e sempreché le norme del primo regolamento risultino non in contrasto con quelle del Codice.

In proposito osserva il Collegio che l’art. 121 comma 9 del Codice dei contratti, dedicato alla disciplina dei contratti sotto soglia, pur avendo confermato la disposizione appena citata dell’art. 89, comma 4 del D.P.R. n. 554/1989 e quindi ribadito che “comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque”, ha anteposto a siffatta norma – che sancisce peraltro solo la non esercitabilità di una facoltà di esclusione automatica che deve comunque essere contemplata nel bando: infra – quella pregiudiziale in ossequio alla quale “la stazione appaltante può prevedere nel bando l’esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell’art. 86”.

6.2.2. La norma che scaturisce dalla lettura coordinata della prima e della seconda parte del comma 9 dell’art. 121 del Codice dei contratti è dunque la regola che nei contratti sotto soglia comunitaria, quando la gara è espletata al prezzo più basso la stazione appaltante ha la mera facoltà di prestabilire nella lex specialis e più precisamente nel bando di gara, che si avvarrà della facoltà di procedere all’esclusione automatica delle offerte che presentino una ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia determinata con il noto sistema della media dei ribassi incrementata della media degli scarti che superano la prima e previa il parimenti noto “taglio delle ali”, facoltà che peraltro non può comunque essere esercitata, ancorché contemplata nel bando, qualora il numero delle offerte ammessa sia inferiore a 5.

Orbene, nella gara al vaglio della Sezione, stante l’assenza nel bando in atti

di apposita menzione della facoltà di procedere all'automatica esclusione delle offerte con ribasso pari o superiore alla descritta soglia di anomalia ,facoltà che peraltro sarebbe stata legittima in quanto il sistema di aggiudicazione prescelto è il massimo ribasso ed esercitabile ex art. 121, comma 9,ultimo periodo del Codice, essendo le offerte ammesse non inferiori a cinque, l'Amministrazione era impossibilitata a procedere all'automatica esclusione dell'impresa aggiudicataria.

La doglianza in scrutinio deve pertanto essere respinta.

7.1.1. Con il secondo mezzo di gravame la A.C. Group si duole che la richiesta di giustificazioni non sia stata rivolta a tutte le imprese che hanno offerto un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, le quali dovevano essere richieste tutte di giustificare le loro offerte e solo dopo l'acquisizione delle relative giustificazioni la commissione avrebbe potuto scrutinare l'offerta con il maggiore ribasso, esclusa la quale, in ipotesi, avrebbe dovuto procedere con le successive migliori offerte fino ad individuare quella non anomala.

Siffatta prospettazione appare leziosa e formalistica, prospettando uno sdoppiamento, non contemplato dall'art. 88, d.lgs. n. 163/2006, del procedimento di verifica dell'anomalia/congruità dell'offerta, ossia l'avviso secondo cui pur dovendo la commissione procedere in contraddittorio ad accertare l'affidabilità delle offerte meno ribassate della prima anomala, solo dopo aver escluso quest'ultima, avrebbe dovuto comunque richiedere le giustificazioni (intuitivamente integrative) a tutte le imprese dalle offerte formalmente sospette di anomalia.

La tesi non persuade la Sezione e va disattesa. Non è chi non colga, anzitutto, l'inutile appesantimento procedimentale che la lettura che la deducente offre dell'art. 88 del codice inevitabilmente determina,

infrangendo il principio di non aggravamento del procedimento sotteso oltre che alle norme del Codice dei contratti, alla stessa legge generale sul procedimento amministrativo ed elevato dalla stessa a canone fondamentale dell'attività amministrativa .

Ma in radice la censura è infondata al lume dello stesso art. 88 del codice dei contratti. Il comma 7 della norma stabilisce infatti che “la stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la esclude, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala”

7.1.2. Osserva al riguardo il Collegio che dall'art. 88, comma 7 del Codice dei contratti non è consentito trarre una regola di sdoppiamento tra l'incombente della richiesta delle giustificazioni e il sub - procedimento di verifica della migliore offerta sospetta di anomalia, essendo unitariamente disciplinata la fase di verifica dell'offerta, nel cui ambito si inserisce la stessa richiesta delle giustificazioni integrative, che va rivolta inizialmente solo alla migliore offerta qualificabile anomala secondo il meccanismo aritmetico del taglio delle ali e sottoposta all'unitario sub procedimento di verifica, per poi procedere gradatamente nei confronti delle successive migliori offerte fino ad individuare quella non anomala.

8.1. Approdandosi allo scrutinio del terzo ed ultimo mezzo di gravame va premesso che con esso la ricorrente lamenta diversi vizi - le cui relative censure vengono di seguito riassunte unitamente al loro scrutinio - che nella sua tesi avrebbero inficiato il giudizio positivo di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, che presentava un ribasso superiore alla soglia di anomalia individuata nel 33,6690%, avendolo proposto nella percentuale del 38,00%. Le doglianze sono in sostanza appuntate intorno al

presunto difetto di motivazione, oltre a censurare anche il giudizio intrinseco operato dalla commissione di gara.

Sostiene in primo luogo la ricorrente che il procedimento di verifica dell'anomalia debba concludersi, in caso di esito positivo, "con un giudizio sull'attendibilità dell'offerta analizzata, ampiamente motivato in ordine alla ragionevolezza, congruità esattezza dei singoli elementi dell'offerta medesima" necessitando quindi per la deducente una motivazione ampia circa la ragionevolezza, congruità ed esattezza delle singole voci dell'offerta (ricorso, pag. 14). La Provincia di Torino si sarebbe sottratta a tale modus operandi "omettendo qualsivoglia esame dell'importo offerto dalla L.F.S. sia con riferimento a ciascuna voce di prezzo sia con riferimento al totale complessivo.

L'assunto è infondato in diritto e smentito per tabulas in fatto.

8.2.1. Sul piano giuridico la premessa da cui muove e appena riportata non trova concord la Sezione, che ha già avuto occasione di affrontare abbastanza di recente i confini e lo spettro del giudizio di anomalia e non può che confermare quelle conclusioni. Ci si riferisce al precedente della Sezione, secondo il quale la valutazione di anomalia deve inerire all'offerta nel suo complesso, non potendo essere influenzato da singole voci, in ipotesi anomale, ma inidonee ad incidere l'affidabilità e la serietà dell'offerta stessa nel suo insieme, poiché "la stessa ratio del microsistema di accertamento e verifica della congruità delle offerte nei pubblici appalti induce a ritenere che l'obiettivo che l'organo tecnico deve perseguire è l'acclaramento della sostanziale affidabilità dell'offerta, onde assodarne l'effettiva remuneratività"(T.A.R. Piemonte, Sez. I, 10.11.2008, n. 2858).

8.2.2. Al riguardo, sempre in tema di confini della valutazione che l'amministrazione deve compiere in esito al sub-procedimento di verifica

della congruità o meno dell'offerta anomala, rammenta il Collegio che sulla stessa linea esegetica dianzi ricostruita, la Sezione nella citata Sentenza ha precisato e qui ribadisce, che il giudizio di non anomalia, ovvero sia di congruità dell'offerta, non deve essere analiticamente motivato, essendo stato a più riprese condivisibilmente chiarito dal Giudice amministrativo che il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta in una gara d'appalto non richiede di regola una motivazione puntuale e analitica, poiché le giustificazioni presentate dall'offerente possono costituire per relationem la motivazione del provvedimento (T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 06 febbraio 2008, n. 1026; T.A.R. Lazio - Roma, sez. III 19.2.2008, n. 1462; T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, 17 aprile 2007, n. 1774; Consiglio di Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1658). Si segnala che più di recente il Consiglio di Stato ha suggellato l'esattezza della giurisprudenza appena riportata, espressa anche tal Tribunale con la Sentenza n. 2858/2008, ribadendo che il giudizio positivo di congruità dell'offerta sospetta di anomali "non abbisogna di motivazione puntuale ed analitica" poiché "è sufficiente anche un rinvio alle argomentazioni e alle giustificazioni della parte che ha formulato l'offerta sottoposta a verifica con esito positivo" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 20.4.2009, n. 2384)

8.2.3. Giova ribadire invece, come dalla Sezione già statuito, che si impone invece una motivazione particolarmente diffusa ed analitica in caso di giudizio di anomalia che porta a non procedere all'aggiudicazione a favore dell'impresa che abbia formulato il migliore ribasso (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 10.11.2008, n. 2858, cit.; Consiglio di Stato, Sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949; T.A.R. Sardegna, sez. I, 12 gennaio 2007, n. 23; T.A.R. Puglia - Lecce, sez. II, 7 novembre 2007, n. 3740).

8.2.4. Non occorre, quindi, alla luce dei rassegnati enunciati della

giurisprudenza, che la commissione prendesse ampia d analitica posizione, nella valutazione di congruità dell'offerta della L.E.S., "in ordine alla ragionevolezza, congruità ed esattezza dei singoli elementi dell'offerta medesima" (ricorso introduttivo, pag. 14) come preteso dalla ricorrente.

Che, anzi, per converso, si ricorda che la Sezione ha proprio statuito sull'illegittimità, in materia di valutazione dell'anomalia, della mancata considerazione e valutazione dell'offerta complessiva, con limitazione a singole componenti della stessa (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 5.11.2008, n. 2770) e che, in armonia con tale esegesi, si è anche puntualizzato che l'affidabilità e la sostenibilità complessiva della proposta contrattuale è il criterio guida a cui deve ispirarsi la commissione nell'espressione del giudizio sulla anomalia o meno di un'offerta (T.A.R. Liguria, Sez. II, 31 gennaio 2008, n. 136)

8.2.5. La doglianza in esame, oltretutto, come avvertito è anche contraddetta per tabulas.

L'offerta della L.F.S. risulta infatti essere stata capillarmente giustificata all'Amministrazione. Invero è agli atti (doc.7 produz. Provincia del 5.5.2009) la nota 3.9.2009 del Responsabile del procedimento, con cui sono state richieste giustificazione ed analisi dei prezzi relativamente a numerose voci. A seguito di tale richiesta la L.E.S. ha inoltrato all'Ente la nota del 29.9.2008 (doc. 8 propduz. Provincia) con la quale già forniva una serie di spiegazioni su vari elementi del prezzo, allegando inoltre alla stessa numerosi documenti, tra i quali stralci del computo metrico, una gran mole di analisi dei prezzi per le opere strutturali, per il conglomerato bituminoso, per i mezzi d'opera, l'elenco dei mezzi, una dichiarazione sull'organico medio, etc..

Sono stati infatti versati dalla Provincia, in allegato al doc. 8, in particolare,

numerossissime analisi dei prezzi, confezionate in voluminoso fascicolo, redatte singolarmente per ciascuna voce oggetto della richiesta del R.U.P., nonché una serie di preventivi prodotti dall'aggiudicataria, debitamente controfirmati dai fornitori.

Il R.U.P. ha quindi proceduto, unitamente al Dirigente e al Funzionario del competente Servizio alla verifica di congruità in contraddittorio con il direttore tecnico e procuratore speciale della L.E.S.. Della riunione è stato redatto il verbale del 28.10.2008 che dà atto essere stata riesaminata congiuntamente la documentazione prodotta dall'impresa, con analisi dei seguenti fattori: costo della manodopera dichiarata, spese generali dichiarate, utile complessivo dell'appalto, opere strutturali e organizzazione delle attività di cantiere.

Per ciascuno di detti fattori è stata espressa una valutazione di congruità che risulta adeguatamente motivata con richiamo vuoi al rispetto del prospetto dei costi della manodopera edile del Collegio costruttori edili in vigore dal 1.1.2008, vuoi con rinvio alle analisi dei prezzi e ai preventivi prodotti, le giustificazioni scaturenti dalle e dai quali sono state ritenute esaurienti. Siffatta modalità di espressione della motivazione per relationem con rinvio alle giustificazioni ed analisi prodotte è da ritenersi, come sopra illustrato, consentita da giurisprudenza pacifica, espressa anche dalla Sezione e da ultimo da Consiglio di Stato, Sez. VI, 20.4.2009, n. 2384.

In allegato al verbale di verifica di congruità in parola è stata redatta e unitamente al primo versata al Doc. 9 della produzione provinciale del 5.5.2009, la relazione finale di sintesi del R.U.P., la quale, oltre a riportare le considerazioni espresse nel verbale in ordine alla congruità dell'offerta della L.E.S., dà anche atto, da un lato, che "le analisi scendono nel dettaglio delle singole lavorazioni, permettendo valutazioni tecnicamente

ed economicamente giustificabili” e, dall’altro, che la congruità è basata anche sulle “precisazioni fornite durante il contraddittorio del 28.10.2008”. Ne consegue che nessun rilievo può muoversi all’operato dell’Amministrazione, che risulta aver adeguatamente motivato la valutazione di congruità dell’offerta dell’aggiudicataria, essendo stato tale giudizio, condotto nell’alveo del quantum motivazionale richiesto dalla giurisprudenza per le ipotesi in cui la valutazione esiti in un giudizio positivo di non incongruità e quindi di accettabilità dell’offerta.

Va pertanto disattesa la censura spiegata sul punto dalla ricorrente.

9. Né miglior sorte è riservata alla doglianza incentrata sull’inattendibilità dei preventivi adottati dalla controinteressata a giustificazione dei rispettive voci di prezzo, siccome non controfirmati.

La censura è contraddetta ex actis, posto che da un canto risulta al contrario (doc.1 produzione L.E.S.) una serie di ben 16 preventivi, inerenti un notevole importo di lavorazioni, tutti controfirmati dai fornitori; dall’altro la stessa Amministrazione ha versato al doc. 8 i preventivi delle imprese Beton s.a, Puntoverde, Italfrese s.r.l., Puntoferro Piremonte, prodotti dall’aggiudicataria, tutti timbrati e controfirmati.

Anche la censura in scrutinio va dunque respinta poiché infondata in fatto.

10.1. L’ultimo profilo di doglianza che il Collegio ritiene opportuno scrutinare attiene alla lamentela in merito alla insufficienza della percentuale di utile esposto dalla controinteressata nel 3%. Insufficienza che viene argomentata con generiche affermazioni circa una presunta mancata considerazione dei costi effettivi dell’opera, in particolare con riguardo alla costruzione del ponte. Il che indurrebbe per la ricorrente a ritenere che l’utile reale sia inferiore a quello dichiarato e non consentirebbe di giudicare remunerativa l’offerta della L.E.S. inficiandone

la serietà.

Anche quest'argomento, speso con convinzione della deducente, (pagg. 21-23) non persuade il Collegio e va pertanto respinto. Anzitutto perché l'assunto della insufficienza dell'utile appena ricostruito si appalesa generico e destituito di principio di prova, ma conseguente solo ad argomenti che appaiono più delle congetture, prive di elementi circostanzianti nonché di principi di prova. La censura si prospetta pertanto inammissibile per genericità ed infondata per difetto di principio di prova.

1.2. Ma la doglianza è anche destituita di fondamento in punto di diritto.

Rammenta il Collegio che la giurisprudenza ha da tempo attinto il principio secondo il quale non sussiste una soglia rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi inaffidabile, potendo quindi essere esclusa solo ove i chiarimenti forniti si rivelino irragionevoli (Consiglio di Stato, Sez. V, 5 luglio 2007, n. 3819). Il che non è dato cogliere, giusta quanto più sopra illustrato con riguardo all'operato giudizio di congruità, nella vicenda all'esame della Sezione.

Giova anche segnalare che si è pure statuito in argomento che "le percentuali per spese generali ed utile d'impresa non sono incomprimibili, con la conseguenza che aliquote inferiori ben possono essere ammissibili" (T.A.R. Sicilia - Catania, sez. III, 5 settembre 2007, n. 1393).

La misura dell'utile che l'odierna controinteressata ha esposto nella percentuale pari al 3,0%, può giudicarsi sufficiente alla luce dell'arresto del Giudice d'appello secondo cui "risulta inattendibile l'offerta che sia tale da ridurre al di sotto dell'1% il margine utile di impresa" (Consiglio di Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 522). E ciò senza, peraltro, obliterare che da un lato afferisce alla insindacabile discrezionalità "privata" dell'offerente prefigurare una determinata, anche bassa percentuale di utile, purché non

sia del tutto inesistente; dall'altro rientra nel giudizio tecnicamente discrezionale dell'amministrazione, come tale sindacabile dal Giudice solo per manifesta illogicità o irragionevolezza, ritenere complessivamente affidabile una proposta contrattuale nel suo insieme, quantunque espressiva di un utile di impresa significativamente ridotto.

Gli ulteriori profili di censura contenuti nel terzo motivo in scrutinio appaiono al Collegio impingere in valutazioni di merito amministrativo, o quanto meno di pura discrezionalità tecnica, domandandosi alla Sezione un sindacato su questioni connotate da spiccati aspetti di discrezionalità tecnica. La ricorrente chiede, ad esempio a questo Giudice una cognizione che implica una valutazione dell'incidenza, nell'economia della proposta della controinteressata, dei costi di acquisto del calcestruzzo, del bitume, le perdite per l'acquisto dei raccordi a T a 90 gradi e quant'altro. Questioni tutte che non possono trovare ingresso nel giudizio di legittimità.

Tali censure devono pertanto essere dichiarate inammissibili.

11. Quanto alla domanda risarcitoria spiegata dalla ricorrente, essa risulta formulata in via ipotetica, ossia da valere qualora intervenga l'esecuzione del contratto da parte della L.E.S. nelle more del presente giudizio. Tuttavia, poiché la domanda cautelare è stata accolta il 23 maggio 2009 ed è stato a quella data sospeso l'affidamento alla aggiudicataria, né è stata mai revocata dalla Sezione, non si è integrata la delineata condizione sui è stata subordinata la domanda stessa, per la quale deve dichiararsi il non luogo a provvedere.

12.1. Deve infine scrutinarsi il ricorso proposto dalla Castaldo S.p.a, avviato alla notifica il 30.4.2009 e depositato il 4.5.2009 dalla predetta che era risultata terza classificata nella graduatoria finale.

Il gravame, asseritamente autoqualificato "ricorso incidentale", è

contestuale ad una memoria difensiva e, a ben guardare, mira ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione alla L.E.S., svolgendo censure analoghe a quelle spiegate dalla ricorrente. Inoltre, espressamente palesa la finalità della sua azione la Castaldo, là dove, pur dopo aver correttamente invocato il precedente della Sezione di cui a T.A.R. Piemonte, n. 2858/2008 in ordine al prioritario esame del ricorso incidentale ove di tipo "paralizzante", afferma che "in adesione a quanto dalla ricorrente principale denunciato, si censura l'operato della stazione appaltante nella misura in cui la stessa ha ommesso di escludere dalla partecipazione della gara de quo la LES, prima graduata ed aggiudicataria" (ricorso incidentale, pag. 4, I motivo)".

Tale essendo l'obiettivo cui tende l'iniziativa contenziosa della Castaldo, obbligata si prospetta la declaratoria di inammissibilità del ricorso in scrutinio, posto che esso non possiede i caratteri funzionali del gravame incidentale, il quale, come di recente profusamente chiarito dalla Sezione, è uno strumento che l'ordinamento appresta a favore del soggetto controinteressato, affinché questi possa contrastare l'iniziativa giudiziale del primo, contrapponendogli una controazione mediante la quale egli aspira ad ottenere l'annullamento del medesimo provvedimento gravato con il ricorso incidentale, ma per profili che se accolti minano la posizione del primo ricorrente, fino all'esemplare e culminante caso in cui con il mezzo incidentale, significativamente in gergo definito paralizzante, tenda a conseguire una declaratoria di illegittimità e conseguente annullamento della stessa ammissione alla gara del ricorrente principale, dimodoché la pronuncia che sancisca che egli non doveva essere ammesso alla competizione importa processualmente che non aveva neanche titolo a dolersi dell'aggiudicazione al controinteressato ricorrente in via incidentale,

determinando l'inammissibilità per difetto di legittimazione ad agire del ricorso principale (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 11.2.2009, n. 401).

12.2. Non può pertanto riconoscersi la natura di ricorso incidentale al ricorso spiegato in adesione a quello del ricorrente principale, difettando l'intrinseco carattere di controazione al mezzo del ricorrente principale, che connota in ogni caso l'iniziativa contenziosa del ricorrente incidentale, il quale non può quindi condividere con il ricorrente principale una situazione di sostanziale cointeresse, da ravvisare tutte le volte, come nella specie, in cui il ricorrente sedicente incidentale colpisca non già la posizione del ricorrente principale ma quella del controinteressato, aspirando alla pronuncia di illegittimità dell'aggiudicazione in suo favore.

Né, peraltro, può convertirsi il gravame in esame in ricorso principale, posto che non risulta tempestivamente interposto poiché è stato notificato il 30.4.2009, ossia oltre il termine di sessanta giorni da quando la Castaldo ha conseguito la piena conoscenza del provvedimento impugnato, pubblicato molto prima dei sessanta giorni antecedenti al notifica del gravame, sul sito internet della Provincia di Torino, circostanza non contestata dalle parti.

Il ricorso incidentale all'esame deve essere quindi dichiarato inammissibile. In definitiva, sulla scorta della argomentazioni tutte finora illustrate, il ricorso principale deve essere accolto, con annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della L.F.S.

L'Amministrazione dovrà pertanto proseguire nel giudizio e procedimento di anomalia nei confronti della Castaldo s.p.a, onde appurare se la sua offerta sia affidabile o meno.

Le spese di giudizio, stante la delicatezza delle questioni di diritto e di fatto affrontate, possono essere integralmente compensate tra le costituite parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – Prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe così provvede:

- ACCOGLIE il ricorso principale e, per l'effetto, Annulla i provvedimenti con esso impugnati.
- DICHIARA INAMMISSIBILE il “ricorso incidentale” proposto dall'Impresa Castaldo S.p.A.

Compensa integralmente le spese di lite tra le costituite parti.

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

Così deciso in Torino nella Camera di Consiglio del giorno 8 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

Paola Malanetto, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/11/2009

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

IL SEGRETARIO