

REPUBBLICA ITALIANA

N. 349/05 Reg.Dec.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1290 Reg.Ric.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ANNO 2004

in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

### D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 1290/2004, proposto dalla

ROMANA SCAVI s.r.l.,

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria della ATI costituita con Gelfi Costruzioni s.p.a. e Prismo Universal Italiana s.p.a., nonché dalla GELFI COSTRUZIONI s.p.a. e dalla PRISMO UNIVERSAL ITALIANA s.p.a., in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore*, tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Avilio Presutti e Giuseppe Mazzarella, con domicilio eletto in Palermo, via Caltanissetta n. 1, presso lo studio del secondo;

### c o n t r o

la TECNIS s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda ATI TECNIS s.p.a. – COGIP s.r.l. (già SIPA s.p.a.) e EDILTURCI s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Michele Alì e Umberto Ilardo, con domicilio eletto in Palermo, via Trentacoste n. 89, presso lo studio dell'avv. Pietro Allotta (appellante incidentale);

e nei confronti

- dell'ANAS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria *ex lege*, in Palermo, via Alcide De Gasperi, n. 81;

- della società ING. E. MANTOVANI s.p.a., in proprio e nella qualità di capogruppo della costituenda ATI con FIP Industriale s.p.a. – Metalmeccanica Fracasso s.p.a. e INFRA.VIA s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore* non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 3006, in data 29 ottobre 2004 del Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, I;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio, con appello incidentale, della TECNIS s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ANAS;

Visti gli atti tutti della causa;

Vista l'ordinanza n. 252/05 in data 18 marzo 2005 con la quale è stata accolta la domanda di sospensione cautelare della esecuzione della sentenza appellata;

Visto il dispositivo n. 122/05 in data 24 marzo 2005;

Relatore il Consigliere Pier Giorgio Trovato; uditi, alla pubblica udienza del 17 marzo 2005, l'avv. Giuseppe Mazzarella per la Romana Scavi s.r.l. in proprio e n.q., l'avv. Michele Alì per la Tecnis s.p.a. in proprio e n.q., nonché l'avvocato dello Stato Tutino per

l'ANAS.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

## F A T T O

### I

1. Con atto pubblicato in data 10 dicembre 2002, l'ANAS s.p.a. bandì una licitazione privata per l'appalto di lavori di manutenzione straordinaria e riqualificazione del viadotto Morello sull'Autostrada Palermo-Catania dalle spalle lato Palermo alle pile 76.

Secondo le previsioni del bando:

- l'importo complessivo dell'appalto era di euro 34.307.102,96;
- la categoria prevalente dei lavori era la OG3 per un importo di euro 25.408.585,75, con conseguente richiesta della classifica VIII;
- ulteriori categorie erano la OS 11 (importo euro 6.453.373,34, classifica VI); la OS12 (importo euro 2.272.351,91, classifica IV) e OS21 (importo euro 172.791,96 classifica I);
- le concorrenti dovevano essere in possesso di corrispondenti requisiti (attestazione di qualificazione SOA., certificazione di qualità aziendale, cifra d'affari ex art. 3 comma 6, d.P.R. n. 34/2000);
- l'aggiudicazione sarebbe avvenuta *con il criterio del prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari ai sensi dell'art. 21 della legge 109/94 – comma 1 lett. c con le modalità di cui all'art. 90 del d.P.R. n. 554/1999 e l'ANAS avrebbe valutato l'anomalia delle offerte ai sensi dell'art. 21, comma 1 bis della legge 109/1994 come novellata dalla l. 166/2002 e dell'art. 30, comma 4°, della Dir. CEE 93/37.*

Presentavano, tra le altre, domanda di partecipazione alla gara la costituenda ATI TECNIS (quale mandataria), SIPA s.p.a e EDIL-TURCI s.r.l. (mandanti) e la costituenda ATI Gelfi Costruzioni s.p.a. (mandataria), Romana Scavi s.r.l., Prismo Universal e ICOP (mandanti).

Le associazioni predette, dopo la prequalificazione, erano invitate alla gara con lettere in data 3 aprile 2003 dell'ANAS s.p.a.

Nell'invito alle imprese Gelfi-Romana Scavi, Prismo e ICOP erano formulati rilievi, a pena di esclusione, in ordine al titolo della società Gelfi ad assumere il ruolo di capogruppo e al titolo alla partecipazione quale mandante della ICOP s.r.l. (di cui era ritenuta ammissibile la partecipazione solo quale cooptata).

L'ATI in parola partecipava quindi alla licitazione in una composizione diversa da quella proposta in sede di prequalificazione, con capogruppo la Romana Scavi, con la rinuncia della ICOP e con una diversa distribuzione delle quote tra le associate.

Di seguito, nell'indicare in forma abbreviata le ATI concorrenti (con il riferimento alla sola capogruppo), la ATI di cui trattasi verrà menzionata, a prescindere dalle diverse indicazioni risultanti dagli atti di gara, come ATI Gelfi (quanto alla fase di prequalificazione) e come ATI Romana Scavi (quanto alla fase della gara).

2. Alla licitazione privata partecipavano, complessivamente, cinque associazioni di imprese e precisamente:

1) ATI Alissa s.p.a. - T.I.S. s.p.a. – Tensacciai s.p.a. (ATI Alissa);

2) ATI Romana Scavi s.r.l., Gelfi Costruzioni s.p.a. e Prismo Univer-

sal s.p.a (ATI Romana Scavi);

3) ATI Mantovani s.p.a. FIP Industriale s.p.a. – Metalmeccanica Fracasso s.p.a. e INFRA.VIA s.r.l. (ATI Mantovani);

4) ATI Profacta s.p.a. – Tecnoviadotti s.r.l. – Padana INT s.r.l. (ATI Profacta);

5) ATI TECNIS , SIPA s.p.a e Edilturci s.r.l (ATI TECNIS).

La Commissione di gara:

- con verbale n. 1, in data 14 maggio 2003 escludeva la ATI Profacta;
- con verbale n. 2, in data 9 giugno 2003, apriva le buste con le offerte rimaste in gara e stilava la seguente graduatoria:

1) ATI Romana Scavi, (ribasso 16,88979%);

2) ATI TECNIS (ribasso 5,41123%);

3) ATI Mantovani (ribasso 3,33000%);

4) ATI Alissa (ribasso 1,51000%).

Individuava quindi in un ribasso del 5,41123% la soglia dell'area di anomalia, ritenendovi comprese la ATI Romana Scavi (ribasso 16,88979%) e la ATI TECNIS (ribasso 5,41123%).

Provvedeva, poi, all'apertura dei plichi con le giustificazioni e a siglarne la documentazione.

Dopo la chiusura di tali atti in plico sigillato e siglato sui lembi dal Presidente, il plico stesso era messo a disposizione del Responsabile del procedimento.

Il Responsabile del procedimento, in presenza di meno di cinque offerte ammesse, non dava rilievo alla determinazione della soglia di anomalia e avviava una valutazione di congruità per tutte e quattro

le offerte rimaste in gara (cfr. art. 21, comma 1 bis della legge n. 109/1994 e art. 89, comma 2, del d.P.R. n. 554/1999).

Della verifica era investita la apposita Commissione tecnica.

Questa, dopo l'esame dei documenti giustificativi presentati dalle quattro concorrenti, in una prima relazione (4 novembre 2003), per ciascuna di esse, (ai fini della instaurazione del contraddittorio) evidenziava specifiche carenze documentali e/o incongruenze giustificative, precisando che *ai sensi della normativa vigente e delle disposizioni del procedimento concorsuale, saranno ritenuti inammissibili nuovi supporti documentali che non siano direttamente conseguenti ed esplicativi di quelli presentati in sede di offerta.*

Con atto in calce alla relazione, il Responsabile del procedimento dava mandato agli uffici dell'ANAS di avviare il contraddittorio con le concorrenti, inoltrando alle stesse la richiesta di chiarimenti come evidenziato nella relazione.

Gli uffici provvedevano con note del 18 novembre 2003, chiedendo alle concorrenti *le precisazioni in ordine alla composizione della offerta e a tutti gli elementi costitutivi della offerta medesima ed in particolare sulle risultanze emerse dall'esame della documentazione, riportate nel foglio allegato.* In detto allegato erano riportati i rilievi formulati come sopra dalla Commissione tecnica, con la menzionata avvertenza circa la inammissibilità di nuovi supporti documentali non conseguenti e esplicativi di quelli presentati in sede di offerta.

La Commissione tecnica, esaminata la documentazione giustificativa prodotta dalle concorrenti, con relazione finale del 18 dicem-

bre 2003, rilevava che la sola ATI Romana Scavi aveva fornito i chiarimenti richiesti.

Per le altre tre concorrenti formulava una valutazione negativa.

In particolare per la ATI TECNIS, ritenuti sufficienti i chiarimenti presentati per alcuni elementi oggetto di contraddittorio, rilevava:

- che, per altri (specificamente indicati), l'ATI in contrasto con le disposizioni normative e del procedimento concorsuale *allega solo ora i supporti documentali richiesti al momento della formulazione della offerta;*
- che, quanto ai mezzi d'opera, l'ATI forniva i chiarimenti richiesti circa il costo della pompa per calcestruzzi, *mentre, asserendo che la mano d'opera che utilizza il vibratore ad ago è quella indicata nella parte A dell'analisi An. 04, contravviene alle disposizioni normative e del procedimento concorsuale in quanto aumenta la produttività indicata negli schemi di analisi senza alcun supporto giustificativo al riguardo.*

Con atto in data 19 dicembre 2003, il Responsabile del procedimento, esaminata l'istruttoria sopra esposta, concordava con quanto in essa contenuto e dichiarava, ai sensi della normativa vigente e delle disposizioni del procedimento concorsuale, l'incongruità delle offerte presentate dalla ATI TECNIS, dalla ATI Mantovani e dalla ATI Alissa e per l'effetto determinava la esclusione delle stesse dal procedimento concorsuale, mentre dichiarava congrua l'offerta presentata dalla ATI Romana Scavi.

Con verbale del 23 dicembre 2003, sulla base delle conclusioni della Commissione tecnica e del Responsabile del procedimento, la Commissione di gara aggiudicava provvisoriamente l'appalto alla ATI Romana Scavi.

3. La ATI Tecnis, con ricorso n. 1414/2004 avanti al Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, impugnava i seguenti atti:

- il verbale del 23 dicembre 2003, nella parte in cui si riteneva incongrua l'offerta della ricorrente e si aggiudicava la gara alla ATI Romana Scavi;
- gli atti preparatori, presupposti, connessi e consequenziali e in particolare: gli atti di prequalificazione della ATI aggiudicataria (nelle due diverse composizioni), la determinazione del Responsabile del procedimento del 19 dicembre 2003 e, *in parte qua*, la relazione finale in merito alla verifica in contraddittorio della anomalia delle offerte (nella parte in cui l'ATI ricorrente era stata esclusa dal procedimento concorsuale e nella parte in cui immotivatamente era stata ritenuta congrua l'offerta dell'ATI controinteressata), nonchè, in via cautelativa, la lettera invito del 3 aprile 2003 nei limiti delle censure.

Erano dedotti i seguenti motivi:

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 21 comma 1 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo modificato dall'art. 7 della legge 1 agosto 2002, n. 166; violazione e falsa interpretazione delle prescrizioni della lettera di invito e, in subordine, illegittimità della lettera invito e illegittimità derivata, laddove, in contrasto anche con i princi-



più comunitari, era stata disposta la esclusione della ricorrente per omessa preventiva allegazione all'offerta dei documenti giustificativi e non erano stati considerati i successivi supporti documentali prodotti in sede di chiarimenti;

2) eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, della ingiustizia manifesta e della falsa causa, in quanto, pur sussistendo, tra l'ATI aggiudicataria e l'ATI ricorrente principale, una differenza di dodici punti percentuali nella formulazione della offerta, solo la prima (con il maggior ribasso) era stata ritenuta congrua, senza una adeguata motivazione, con conseguenti profili di eccesso di potere, sostenendosi che per dato logico non poteva essere congruo un ribasso del 16,88979% (ATI Romana Scavi) e incongruo un ribasso del 5,41123% (ATI TECNIS );

3) violazione e falsa applicazione dell'articolo 95 commi 2 e 3 del d.P.R. n. 554/1999, dell'art. 3, comma 6 del d.P.R. n. 34/2000, del bando di gara e della lettera invito nella parte relativa ai requisiti di partecipazione (in particolare punti II.1.6, III.2.1.2 e III.2.1.3 del bando); difetto di istruttoria e difetto di giuridico presupposto, nonché illegittimità derivata sull'assunto che la controinteressata aggiudicataria era priva dei requisiti di partecipazione e non poteva essere ammessa né in sede di prequalificazione come ATI Gelfi, né in sede di gara come ATI Romana Scavi.

4) violazione dei principi generali in materia di gare a licitazione privata, immodificabilità soggettiva delle ATI, violazione del divieto di sostituzione della capogruppo mandataria e della presa d'atto della

rinuncia della ICOP, sull'assunto che illegittimamente la ATI aggiudicataria era stata modificata nella composizione tra la fase della prequalificazione e quella di formulazione della offerta con la sostituzione della impresa capogruppo (prima la Gelfi Costruzioni e poi la Romana Scavi) e con la rinuncia della ICOP.

## II

1. Intanto il TAR Lazio, III, con sentenza n. 319, in data 16 gennaio 2004 aveva accolto un ricorso proposto da una associazione contro la esclusione dell'ATI Profacta.

La Commissione di gara, dopo avere riaperto il procedimento con la riammissione di detta concorrente (verbale del 6 febbraio 2004) nella seduta del 27 febbraio 2004, in particolare:

- apriva la busta con l'offerta della ATI Profacta, recante un ribasso del 3,05000 %;
- calcolava la nuova soglia di anomalia in un ribasso del 3,93041%, in presenza di cinque ditte concorrenti;
- formulava la nuova graduatoria (1° - ATI Romana Scavi, ribasso 16,88979%; 2° - ATI TECNIS, ribasso 5,41123%; 3° - ATI Mantovani, ribasso 3,33000%; 4° - ATI Profacta, ribasso del 3,05000%; 5° - ATI Alissa, ribasso 1,51000%);
- riteneva così sospette di anomalia solo due concorrenti: la ATI Romana Scavi e la ATI TECNIS;
- richiamate le precedenti determinazioni, riteneva giustificata la offerta della ATI Romana Scavi e non giustificata quella della ATI TECNIS;

- dichiarava aggiudicataria provvisoria la ATI Romana Scavi.

Le altre tre offerte non erano verificate, in quanto recanti ribassi inferiori alla soglia di anomalia.

Con motivi aggiunti la ATI TECNIS impugnava i descritti sviluppi procedurali e precisamente nei limiti di interesse:

- il sopravvenuto verbale del 6 febbraio 2004 (riapertura della gara);
- il verbale di aggiudicazione del 27 febbraio 2004 (comunicato con nota del 2 marzo 2004, n. 1510 anch'essa impugnata);
- ogni altro atto annesso, connesso, presupposto e/o consequenziale, tra essi compreso, in quanto di interesse, l'atto di approvazione degli atti di gara e l'aggiudicazione definitiva nonchè i medesimi atti già impugnati con il ricorso principale n. 1414/2004 R.G.;
- la nota 16 marzo 2004, prot. 1949, con la quale era stata data comunicazione, a rettifica di precedente nota, che seconda graduata era la ATI Mantovani.

Quali motivi di gravame erano dedotti

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 21 comma 1 bis della legge n. 109/1994 s.m.i e degli artt. 89 e 90 d.P.R. n. 554/1999, nonchè della lettera invito del 3 aprile 2003 ed eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifeste, sul rilievo che, nella rinnovazione procedimentale, la soglia di anomalia era stata erroneamente calcolata in 3,93041, che la offerta della ricorrente era pari alla soglia da calcolarsi in 5,41123 e che pertanto l'offerta medesima non doveva essere assoggettata a verifica, limitata solo alle offerte superiori alla soglia;
- 2) illegittimità derivata dalle censure mosse con il ricorso principale.

## III

1. Nel giudizio introdotto con il ricorso n. 1414/2004, si costituivano la ATI Romana Scavi e l'ANAS, svolgendo eccezioni in rito (in particolare per tardività dei motivi aggiunti) e controdeducendo nel merito.

Intervenivano la ATI Mantovani e le imprese associate, che successivamente notificavano un ricorso incidentale per avversare quello principale della ATI Tecnis.

Le parti illustravano le proprie tesi in memorie difensive.

In particolare quanto alle eccezioni in rito, la ATI Romana Scavi, sosteneva la inammissibilità (in tutto o in parte) del ricorso principale perchè:

- non era stata impugnata una ragione autonoma e sostanziale di esclusione per anomalia della offerta della ATI TECNIS (in particolare relativamente ad un costo di manodopera);
- una volta accertata la invalidità della offerta della ATI TECNIS, la stessa non aveva alcun interesse, neppure strumentale, alla caducazione della offerta della ATI Romana Scavi

La ATI TECNIS replicava alle tesi di controparte, sostenendo tra l'altro di avere un interesse quanto meno strumentale all'annullamento della aggiudicazione e contestava (oltre alla fondatezza) l'ammissibilità dell'intervento e del ricorso incidentale della ATI Mantovani.

2. Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, con sentenza n. 3006, in data 29 ottobre 2004:

- respingeva l'eccezione di tardività dei motivi aggiunti;
- riteneva fondato il ricorso principale e il secondo motivo aggiunto;
- riteneva infondato il primo motivo aggiunto;
- annullava gli atti impugnati dalla ATI TECNIS;
- dichiarava inammissibile il ricorso incidentale della ATI Mantovani.

#### IV

1. La sentenza è stata appellata dalla ATI Romana Scavi, che:
  - ha contestato le argomentazioni attraverso le quali il TAR è pervenuto all'accoglimento del ricorso in primo grado,
  - ha riproposto anche profili di irritualità del ricorso di primo grado assorbiti o comunque non esaminati dal TAR, senza tuttavia censurare il rigetto della eccezione di tardività dei motivi aggiunti in primo grado;
  - ha prospettato profili di difetto di interesse del ricorso in primo grado, in relazione alla sopravvenuta cessione del ramo d'azienda relativo agli appalti pubblici, da parte di una associata (SIPA).

Si è costituita in giudizio la ATI TECNIS, che, oltre a svolgere puntuali controdeduzioni, ha eccepito l'inammissibilità dei rilievi connessi alla cessione di azienda da parte della SIPA in quanto non proposti (in via incidentale) in primo grado e, con appello incidentale, ha contestato le argomentazioni della sentenza n. 3006/2004 nella parte in cui è stato ritenuto infondato il primo motivo aggiunto.

Si è costituita in giudizio anche l'ANAS.

Non si sono costituite invece la società Ing. E. Mantovani s.p.a., in proprio e nella qualità di capogruppo della costituenda ATI

con FIP Industriale s.p.a. – Metalmeccanica Fracasso s.p.a. e INFRA.VIA s.r.l., nè in proprio le suddette mandanti FIP Industriale s.p.a. – Metalmeccanica Fracasso s.p.a. e INFRA.VIA s.r.l..

Alla pubblica udienza del 17 marzo 2005, gli appelli sono passati in decisione.

## DIRITTO

### I

1. L'appello principale appare fondato, mentre infondato risulta quello incidentale.

2- Oggetto del contendere sono gli atti della licitazione privata indetta dall'ANAS s.p.a., con bando pubblicato in data 10 dicembre 2002, per l'appalto di lavori di manutenzione straordinaria e riqualificazione del viadotto Morello sull'Autostrada Palermo-Catania dalle spalle lato Palermo alle pile 76.

Era previsto che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta *con il criterio del prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari ai sensi dell'art. 21 della legge 109/94 – comma 1 lett. c con le modalità di cui all'art. 90 del d.P.R. n. 554/1999* e che l'ANAS avrebbe valutato *l'anomalia delle offerte ai sensi dell'art. 21, comma 1 bis della legge 109/1994 come novellata dalla l. 166/2002 e dell'art. 30, comma 4°, della Dir. CEE 93/37.*

La gara si concludeva, dopo rinnovazione, con la (confermata) aggiudicazione alla ATI Romana Scavi.

Più esattamente accadeva che gli organi deputati alla gara:

- in un primo tempo escludevano una concorrente (la ATI Profacta) e,

essendo rimaste in gara meno di cinque concorrenti, procedevano alla verifica delle giustificazioni delle quattro offerte rimaste in gare, aggiudicando la gara stessa alla ATI Romana Scavi (unica offerta ritenuta giustificata) ed escludendo l'ATI TECNIS, l'ATI Mantovani e l'ATI Alissa (cfr. in particolare il verbale in data 23 dicembre 2003 della Commissione di gara);

- in un secondo momento, dopo la riammissione della ATI Profacta a seguito di sentenza del TAR Lazio, rinnovavano le operazioni a partire dal primo atto successivo alla esclusione dell'ATI Profacta, ricalcolando, in presenza di cinque concorrenti, la soglia di anomalia, e limitando la verifica alle due offerte (ATI Romana Scavi e ATI TECNIS) ritenute anomale in base al calcolo matematico e confermando, quanto alle due ATI in causa, le precedenti valutazioni (esclusione della ATI TECNIS e aggiudicazione alla ATI Romana Scavi, cfr. verbale del 27 febbraio 2004 nel quale a differenza di quello del 23 dicembre 2003 risultano però utilmente collocate in graduatoria non solo la aggiudicataria ATI Romana Scavi, ma anche le ATI Mantovani, Profacta e Alissa, che avevano formulato offerte inferiori alla soglia di anomalia).

Come riferito in narrativa, in primo grado i due segmenti procedurali erano stati oggetto di impugnativa da parte dell'ATI TECNIS, con motivi diretti sia contro la sua esclusione sia contro l'ammissione e quindi l'aggiudicazione alla ATI Romana Scavi.

Interveniva in giudizio (unitamente alle associate), proponendo poi ricorso incidentale, la ATI Mantovani che da ultimo si era classifi-

cata seconda dopo la ATI Romana Scavi.

2. Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, con l'appellata sentenza n. 3006, in data 29 ottobre 2004:

- riteneva fondato il ricorso principale e il secondo motivo aggiunto della ATI TECNIS (diretti contro la sua esclusione, per esito negativo della verifica di anomalia, e contro l'ammissione e l'aggiudicazione alla ATI Romana Scavi);

- riteneva infondato il primo motivo aggiunto (motivo diretto contro la rinnovata esclusione della ATI TECNIS, sull'assunto che la sua offerta, in quanto pari alla soglia di anomalia, non poteva essere assoggettata a verifica );

- dichiarava inammissibile il ricorso incidentale della ATI Mantovani.

3. In via di premessa si osserva che, secondo l'esatto rilievo dall'appellante, il percorso argomentativo del TAR non è condivisibile, dal momento che si sarebbero dovute esaminare anzitutto tutte le censure dirette alla riammissione in gara della ATI TECNIS e successivamente quelle dirette ad escludere dalla gara la aggiudicataria ATI Romana Scavi.

L'annullamento della esclusione della ATI TECNIS è infatti presupposto essenziale, perchè, a seguito della riammissione alla gara, in capo alla medesima possa configurarsi un interesse a coltivare il ricorso nella prospettiva di aggiudicarsi la gara in luogo della ATI Romana Scavi (attraverso l'annullamento della ammissione di quest'ultima).



4. Ancora in via di premessa, il Collegio osserva che (oltre a proporre ricorso straordinario al Presidente della Repubblica contro l'aggiudicazione alla ATI Romana Scavi), in primo grado avanti al TAR erano intervenute in giudizio la impresa Ing. E. Mantovani quale mandataria della costituenda ATI con Metalmecanica Fracasso, FIP Industriale, INFRA.VIA, imprese tutte che agivano anche in proprio (nella dichiarata qualità di cointeressate) e che, in seguito, avevano proposto ricorso incidentale (diretto ad avversare le tesi dell'ATI Tecnis).

Il TAR ha rilevato che la ATI Mantovani e le imprese associate non erano controinteressate in senso sostanziale e di conseguenza ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale, trattandosi di mezzo difensivo riservato al controinteressato.

Osserva il Collegio che l'appello principale non è stato notificato in proprio alle imprese mandanti associate nell'ATI Mantovani, ma solo alla impresa Mantovani in proprio e quale capogruppo e mandataria.

Ogni approfondimento al riguardo, in vista di una eventuale integrazione del contraddittorio (cfr. C.S., Ad. plen. 24 marzo 2004, n. 7), risulta tuttavia superato, nella considerazione che nè l'ATI nè le imprese in essa associate erano parti necessarie del giudizio di primo grado e non lo sono quindi neppure in appello.

Al riguardo va richiamato, secondo la condivisibile impostazione del TAR, il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui, nelle controversie inerenti a gara d'appalto pubblico, la posizione di

controinteressato (parte necessaria del giudizio) va riconosciuta soltanto all'aggiudicatario, essendo questo l'unico soggetto che dal provvedimento impugnato ricava un beneficio diretto ed immediato e che, quindi, ha un interesse specifico alla conservazione del relativo assetto stabilito dall'atto d'aggiudicazione, a differenza di tutte le altre imprese in gara le quali, avendo inutilmente partecipato alla procedura, non hanno alcun interesse tutelato alla conservazione dell'atto stesso (che non arreca loro alcun vantaggio), nè a contestare il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 1 agosto 2001, n. 4190, Consiglio Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4233; Consiglio Stato, sez. V, 24 ottobre 2001, n. 5603).

Nè tale qualità di parte necessaria in appello può correlarsi alla soccombenza nel ricorso incidentale della ATI Mantovani e associate, trattandosi di capo autonomo, rispetto a quelli oggetto dell'appello principale e dell'appello incidentale.

In ogni caso, ove pure la ATI Mantovani e associate potessero considerarsi controinteressate soccombenti in primo grado, varrebbe il principio giurisprudenziale secondo cui nel caso in cui in primo grado il ricorrente sia risultato vincitore ed uno dei soccombenti, sia esso l'amministrazione o uno dei controinteressati, proponga appello, gli altri soccombenti non sono parti necessarie del giudizio d'appello, in quanto essi non possono integrare il *thema decidendum*, una volta decorsi i termini per proporre autonomo gravame. (cfr. da ultimo, C.S., Ad. plen. 24 marzo 2004, n. 7; C.S., VI, 7 febbraio 2004, n. 424).

1. Nel merito, per quanto sopra detto (I, 3) gli appelli in epigrafe propongono anzitutto la questione della legittimità o meno della esclusione della ATI TECNIS dalla licitazione privata per cui è causa.

Vengono in rilievo, oltre agli atti collegati, i verbali di gara in data 23 dicembre 2003 (procedimento originario) e 27 febbraio 2004 (procedimento rinnovato dopo la riammissione dell'ATI Profacta).

Alla stregua di tali atti, sulla base delle verifiche effettuate da apposita Commissione tecnica e dopo contraddittorio, la ATI TECNIS è stata esclusa per non avere prodotto preventivamente (già con la offerta) alcuni supporti documentali giustificativi della offerta medesima e per incongruenza sostanziale relativamente ad un elemento dei costi di manodopera.

Contro tali valutazioni negative, che sono richiamate in entrambi i verbali sopra menzionati, la ATI TECNIS deduceva con il ricorso in primo grado i seguenti motivi, (riproposti in via derivata con il secondo dei motivi aggiunti avanti al TAR):

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 21 comma 1 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo modificato dall'art. 7 della legge 1 agosto 2002, n. 166; violazione e falsa interpretazione delle prescrizioni della lettera di invito e, in subordine, illegittimità della lettera invito e illegittimità derivata, laddove, in contrasto anche con i principi comunitari, era stata disposta la esclusione della ricorrente per omessa preventiva allegazione all'offerta dei documenti giustificativi e non erano stati considerati i successivi supporti documentali prodotti in sede di chiarimenti;

2) eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, della ingiustizia manifesta e della falsa causa, in quanto, pur sussistendo, tra l'ATI aggiudicataria e l'ATI ricorrente principale, una differenza di dodici punti percentuali nella formulazione della offerta, solo la prima (con il maggior ribasso) era stata ritenuta congrua, senza una adeguata motivazione, con conseguenti profili di eccesso di potere, sostenendosi che per dato logico non può essere congruo un ribasso del 16,88979% (quello dell'ATI Romana Scavi) e incongruo un ribasso del 5,41123% (quello dell'ATI TECNIS);

In particolare con il primo motivo la ricorrente osservava che *a parte il rilievo, già di per sè significativo per concludere l'illegittimità dell'esclusione, secondo cui i supporti documentali sono, contrariamente a quanto ritenuto dalla Amministrazione aggiudicatrice, direttamente conseguenti e esplicativi di quelli presentati in sede di offerta, in quanto riguardavano medesimi campi delle giustificazioni delle voci di offerta; a parte il rilievo secondo cui le integrazioni documentali non sono, in ogni caso, sanzionate con l'esclusione, è da osservare che la pretesa della Amministrazione secondo cui i chiarimenti che le imprese, la cui offerta venga sospettata di anomalia, sarebbero ammissibili solo se "direttamente conseguenti e esplicativi di quelli presentati in sede di offerta" impinge nella palese violazione delle regole di diritto comunitario così come interpretate con efficacia vincolante della Corte di Giustizia CEE degradando il contraddittorio successivo ad una inutile formalità*

In quest'ultima prospettiva la ricorrente impugnava, *in parte*

*qua*, la lettera invito, per violazione della Direttiva CEE n. 37/93 (art. 30), come interpretata dalla Corte di giustizia con la sentenza 27 novembre 2001, ove la inammissibilità della produzione ulteriore a supporto della congruità della offerta fosse fatta risalire alla lettera invito. Ne chiedeva comunque, per contrasto con la normativa comunitaria, la disapplicazione, unitamente a quella dello stesso art. 21 comma 1 bis della legge n. 109/1994, nel testo modificato dall'art. 7 della legge n. 166/2002, ove ne fosse possibile una interpretazione in senso conforme alle determinazioni della Amministrazione

Il TAR ha accolto i due motivi di ricorso, per alcuni profili, e il secondo motivo dei motivi aggiunti (illegittimità derivata) rilevando tra l'altro che:

- era fondato il primo motivo, ribadito nei motivi aggiunti, con il quale si lamentava che illegittimamente era stata esclusa l'ATI TECNIS, nonostante avesse allegato all'atto della formulazione della offerta i relativi giustificativi;

- *mentre all'atto della presentazione della offerta si è esclusa la sussistenza di profili di inammissibilità per mancata produzione del supporto documentale (giustificativi dell'offerta), nella fase di verifica delle giustificazioni prodotte a seguito dell'apertura del contraddittorio (fase che segue e presuppone la verifica positiva della esistenza dei giustificativi) non si è proceduto ad una valutazione di inadeguatezza delle giustificazioni fornite in sede di contraddittorio salvo che per una voce che ha una oggettiva incidenza economica sulla offerta del tutto marginale (costo della manodopera per il vibratore ad ago,*

incidente solo per euro 3.394);

*- nessuna obiezione è stata sollevata con riguardo ad altre voci per le quali sono state fornite le giustificazioni in contraddittorio se non il mero dato formale della mancata allegazione dei giustificativi al momento della formulazione della offerta (rilievo, peraltro, formulato in una fase della gara nella quale erano noti i ribassi delle altre concorrenti e la graduatoria);*

- quest'ultima circostanza (rideterminazione in ordine alla valutazione di una causa di esclusione), evidenzia un sintomo di eccesso di potere per sviamento;

- il profilo residuo in merito all'anomalia per un singolo costo di manodopera non solo non è assurdo a motivazione dell'atto di esclusione dalla gara (non vi è alcuna traccia di ciò nei provvedimenti impugnati) ma non avrebbe potuto in alcun modo assurgere ad autonomo e sufficiente motivo di esclusione, non integrando nella sua interezza un'intera voce significativa (manodopera nel suo complesso) e prospettando un unico profilo di limitatissima incidenza;

- quanto al secondo motivo di ricorso, pur considerato che l'offerta non va valutata in termini relativi, tuttavia è palesemente illogica la scelta di ritenere anomala (o meglio inammissibile) per un appalto dell'importo a base d'asta di euro 34.307.102, 96 una offerta con un ribasso del 5,41123% per avere previsto un maggiore costo non giustificato di euro 3.394 e poi senza una specifica motivazione ritenere non anomala una offerta del 16,88979%.

Censurando la anzidetta pronuncia, l'appellante ha svolto tra

l'altro argomentazioni dirette ad evidenziare, oltre a profili di non corrispondenza tra la pronuncia del TAR e i motivi dedotti dalla ATI TECNIS, che:

- per contro, quanto al primo motivo, la ATI TECNIS era stata esattamente esclusa perchè non aveva adempiuto all'obbligo, previsto negli atti regolatori della gara, di produrre documentate giustificazioni preventive, obbligo da ritenersi coerente con la normativa comunitaria;
- la esclusione era giustificata anche, perchè (come risultato dopo il contraddittorio) la ATI TECNIS aveva sottostimato il costo della manodopera relativo ad un elemento della offerta e perchè non aveva compilato alcune analisi relativamente ai materiali;
- il profilo attinente alla sottostima dei costi non aveva formato oggetto di impugnazione in primo grado;
- ove i documenti giustificativi fossero stati tempestivamente presentati e fossero stati ammessi ad esame, sarebbero risultate numerose anomalie (evidenziate, si sostiene, dalla difesa erariale in memoria di primo grado);
- i ribassi offerti dalla ATI Romana Scavi e dalla ATI TECNIS non erano raffrontabili, al fine di dimostrare che se il primo (16,88979%) era stato ritenuto congruo, non poteva logicamente ritenersi ingiustificato il secondo (5,41123%); si rileva in proposito che il giudizio sull'anomalia non è un giudizio di relazione ma un giudizio sulla singola offerta;

L'ATI TECNIS ha svolto ampie e puntuali controdeduzioni, richiamando e approfondendo anche tutte le difese di primo grado,

come sopra sintetizzate.

2. Osserva il Collegio che la sentenza del TAR si fonda in sostanza su due argomenti principali.

Da un lato, si afferma, illegittimamente l'ANAS, dopo avere avviato, con la richiesta di chiarimenti, il contraddittorio per la verifica di anomalia, (richiesta che presuppone l'esistenza delle preventive giustificazioni) ha dato rilievo ad una causa formale di esclusione delle offerte (la mancata preventiva presentazione delle giustificazioni) senza tenere conto dei chiarimenti forniti dall'ATI Tecnis. Dall'altro il giudizio sostanziale di anomalia è riferito ad un solo dato marginale (il costo della manodopera per un singolo mezzo) della offerta dell'ATI Tecnis, inidoneo di per sè a legittimare l'esclusione.

Quanto a quest'ultimo argomento, va osservato che nel ricorso introduttivo di primo grado esso non trova riscontri puntuali e diretti in motivi di gravame.

Proprio in considerazione di difetto di censure al riguardo, la ATI Romana Scavi avanti al TAR aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso in primo grado (eccezione riproposta in appello) e la ATI TECNIS aveva replicato in memoria sottolineando che l'anomalia di merito non aveva assunto un rilievo motivazionale autonomo e essenziale negli atti in vertenza.

La marginalità della anomalia riscontrata non viene quindi in considerazione come vizio di legittimità degli atti in vertenza, ma se mai come elemento per escludere la irrivalenza del gravame per omessa doglianza contro uno dei profili motivazionali (emergente dalla rela-



zione finale della Commissione tecnica del 18 dicembre 2003) degli atti medesimi.

In effetti, nel primo motivo del ricorso avanti al TAR, si coglie solo un generico richiamo, peraltro indiretto, al fatto che nel caso in esame l'offerta era stata sospettata di anomalia per poche decine di euro: *troppo poco, pure al di là di imperscrutabili meccanismi di gara, per una gara il cui importo a base di gara superava i 34.000.000 di euro.*

Ma una tale affermazione, non sufficiente di evidenziare in modo specifico alcun profilo di legittimità degli atti in vertenza, si inserisce in uno sviluppo argomentativo riguardante la prioritaria, diversa e essenziale questione, proposta nel ricorso in primo grado e nell'odierno grado di giudizio: quello della legittimità della esclusione, disposta nei confronti della ATI TECNIS, per omessa preventiva giustificazione della offerta, senza tenere conto dei documenti integrativi successivamente depositati dalla concorrente in risposta alla richiesta di precisazioni formulata dalla stazione appaltante.

Per l'effetto devolutivo dell'appello e la connessa completezza di approfondimento (anche in relazione alle ampie difese delle parti), tale questione si ripropone come centrale nella odierna decisione.

3. Per la sua soluzione occorre ricostruire in modo puntuale il quadro normativo di riferimento.

Al riguardo viene anzitutto in considerazione l'art. 21, comma 1 bis, della legge n. 109/1994, come da ultimo modificato dall'art. 7, legge 1° agosto 2002, n. 106 secondo cui *nei casi di aggiudicazione di*

*lavori di importo pari o superiori al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media. Le offerte debbono essere corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando di gara o nella lettera d'invito, che concorrono a formare un importo non inferiore al 75 per cento di quello posto a base d'asta. Il bando o la lettera di invito devono precisare le modalità di presentazione delle giustificazioni, nonché indicare quelle eventualmente necessarie per l'ammissibilità delle offerte. Non sono richieste giustificazioni per quegli elementi i cui valori minimi sono rilevabili da dati ufficiali. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità della offerta, il concorrente è chiamato ad integrare i documenti giustificativi ed all'esclusione potrà provvedersi solo all'esito della ulteriore verifica, in contraddittorio.*

Di particolare rilievo ai fini della decisione è l'inciso del comma testè riportato, laddove, dopo le modifiche introdotte con la legge

n. 166/2002, si prevede la possibilità per la stazione appaltante di imporre la presentazione di giustificazioni preventive *necessarie per l'ammissibilità delle offerte*.

Più in dettaglio in base ad esso, la stazione appaltante, nel bando o nella lettera invito, deve indicare:

- le modalità di presentazione delle giustificazioni che devono corredare le offerte, fin dalla loro presentazione, relativamente alle voci di prezzo più significative (anch'esse da indicare negli atti regolatori della gara) che concorrono a formare un importo non inferiore al 75 per cento di quello posto a base d'asta;
- la precisazione di quelle eventualmente necessarie per l'ammissibilità delle offerte.

In sede di gara la stazione appaltante, poi, secondo le disposizioni citate, sulla base delle giustificazioni richieste e prodotte:

- può immediatamente escludere la incongruità e ritenere giustificata l'offerta;
- ove non sia possibile, deve chiedere al concorrente la produzione di documenti integrativi e alla esclusione può provvedersi solo all'esito della ulteriore verifica, in contraddittorio.

Il problema è quello di stabilire come quest'ultima previsione si coordini con quella che prevede anche giustificazioni obbligatorie necessarie per l'ammissione.

Ad avviso del Collegio la soluzione, che per alcuni aspetti sembra sottostante alle tesi svolte nella sentenza del TAR, è quella di ritenere che la previsione legislativa di un contraddittorio (ex art.21

comma 1 bis) riguardi, oltre alle ipotesi di giustificazioni non espressamente indicate come necessarie per l'ammissione, le ipotesi in cui le giustificazioni obbligatorie siano state prodotte e che tuttavia ciò *non sia sufficiente ad escludere l'incongruità della offerta*. L'obbligo della Amministrazione di richiedere chiarimenti integrativi trae il suo presupposto nel fatto che le preventive giustificazioni "richieste" sono state "prodotte" e che le stesse non siano sufficienti ad escludere l'incongruità ("se l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sono sufficienti").

In questi casi l'esigenza di contraddittorio è del tutto ovvia e coerente con lo scopo del medesimo, preordinato nel sistema dell'art. 21 comma 1 bis, ad una valutazione sulla sussistenza o meno della anomalia sostanziale della offerta.

Per contro, per dato letterale e logico, la mancata produzione di giustificazioni preventive necessarie costituisce ragione di immediata esclusione, ove l'offerta risulti sospetta di anomalia ex art. 21 comma 1 bis e si accerti che le giustificazioni richieste, a pena di inammissibilità, non sono state prodotte.

E' stato osservato in giurisprudenza che *altro è la necessità di procedere in contraddittorio all'esame delle giustificazioni prodotte sulle voci di prezzo al fine di escludere che l'offerta sia definita bassa in misura anomala. Altro è l'obbligo, stabilito a pena di esclusione e dunque come requisito di ammissione alla gara, di corredare l'offerta di giustificazioni su voci di prezzo preventivamente definite nel bando. Questo adempimento non rientra immediatamente nell'esigenza di*

*contraddittorio, stabilita dalla direttiva n. 93/37 CEE e ribadita dalla Corte di giustizia con la sentenza 27 novembre 2001 in cause C 285.99 e 286.99, ma, prima ancora, nelle condizioni di ammissibilità dell'offerta, che sono discrezionalmente fissate dall'Amministrazione procedente (ed ora esplicitamente ammesse dal 4° periodo del comma 1-bis, dell'art. 21 della legge n. 109 del 1994, introdotto con l'art. 7, comma 1, lettera n), n. 1 della l. 1° agosto 2002, n. 166). (Cons. St. 15 marzo 2004, n. 1271).*

Altro problema è quello di stabilire se in caso di carenza di giustificazioni necessarie preventive, sia comunque necessario o opportuno un contraddittorio in base ai principi generali.

Ad avviso del Collegio i principi generali di partecipazione privata alla azione amministrativa, che nella disposizione in esame e nelle normative comunitarie trovano ripetute sottolineature, rendono quanto meno opportuna, anche in questo caso, una preventiva contestazione, utile se non altro ad instaurare un contraddittorio sulla effettiva carenza della documentazione obbligatoria e sulla possibilità di ricavare i dati richiesti da altri documenti prodotti a corredo della offerta.

In conclusione, una volta avviata la procedura di verifica della anomalia delle offerte con l'apertura dei plichi con le giustificazioni, la stazione appaltante potrà escludere le concorrenti oggetto dell'approfondimento, per due ragioni: o perchè le stesse non hanno prodotto i documenti giustificativi necessari (previo contraddittorio, quanto meno opportuno, a carattere ricognitivo) ovvero perchè (dopo

contraddittorio necessario, a carattere valutativo) la loro offerta, anche dopo le integrazioni documentali della concorrente (in particolare a chiarimento di giustificazioni obbligatorie preventive regolarmente prodotte con la offerta), non risulti congrua alla stregua della valutazione discrezionale degli organi di gara.

La prospettiva di analisi è quindi diversa: nel primo caso si tratta di accertare se sono stati prodotti i documenti espressamente richiesti sin dal momento della offerta, nel secondo caso se l'offerta è anomala anche alla stregua degli elementi integrativi forniti dalla concorrente.

4. In armonia con le disposizioni legislative sopra citate si esprimono gli atti regolatori della gara.

Da un lato il bando come ricordato dispone, con precetto ribadito anche dalla lettera invito, che l'ANAS *valuterà l'anomalia delle offerte ai sensi dell'art. 21, comma 1 bis della legge 109/1994 come novellata dalla l. 166/2002 e dell'art. 30, comma 4°, della Dir. CEE 93/37.*

Dall'altro nella lettera invito, si delinea in modo chiaro la contrapposizione tra giustificazioni preventive obbligatorie e giustificazioni eventuali integrative.

Quanto alle prime si stabilisce che

*- al fine di consentire le giustificazioni dell'offerta si allegano i necessari schemi di analisi di cui all'allegata tabella A. Tali schemi dovranno essere opportunamente compilati e sottoscritti ....*

*- le analisi devono essere compilate dal concorrente, a pena di inam-*

*missibilità, esclusivamente sui moduli forniti dall'ANAS e dovranno risultare giustificate, a pena di inammissibilità, in tutte le loro voci e articoli;*

*.....*

*- le analisi di cui alla tabella A dovranno essere inserite nell'apposita busta contrassegnata con il n. 2 e denominate GIUSTIFICATIVI sigillata e controfirmata sui lembi, nella quale dovrà essere anche inserita la documentazione occorrente per la verifica dei dati esposti nelle analisi stesse, numerata in ordine progressivo in ogni pagina;*

*....*

*- detta busta ... sarà aperta e il contenuto esaminato solo se la relativa offerta sarà superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi della normativa vigente*

Quanto alle seconde, integrative, si stabilisce che

*- il responsabile del procedimento a seguito della disamina della documentazione contenuta nella busta n. 2, di seguito illustrata, procederà alla verifica in contraddittorio ai sensi della normativa vigente delle offerte rientranti nell'area di anomalia per le quali le giustificazioni presentate in sede di offerta non siano sufficienti ad evidenziare la congruità delle stesse alla luce della normativa vigente e delle disposizioni della presente lettera invito e del procedimento concorsuale, inviando anche tramite soggetto delegato, a tutti i concorrenti che hanno superato la soglia di anomalia, le richieste precisazioni in ordine alla composizione della offerta ed a tutti gli elementi costitutivi dell'offerta medesima ed in particolare sulle risultanze emerse*

*dall'esame della menzionata documentazione;*

*- i concorrenti dovranno chiarire ed illustrare gli elementi costitutivi dell'offerta, anche producendo documenti direttamente connessi con quanto già evidenziato nel supporto documentale inserito in sede di offerta evitando qualsiasi estensione del campo di giustificazione delle voci di offerta: pertanto saranno ritenuti inammissibili nuovi supporti documentali che non siano direttamente conseguenti ed esplicativi di quelli presentati in sede di offerta;*

In sintesi, dalla lettera invito risulta dunque, per quel che qui rileva, che:

- vi erano documentate giustificazioni preventive, richieste a pena di inammissibilità, da produrre in busta sigillata sin dal momento della presentazione della offerta;
- l'obbligatorietà delle giustificazioni ai fini della ammissione era espressamente ed esattamente prevista;
- ove si fosse resa necessaria la verifica della anomalia, aperta la busta sigillata, si doveva procedere ad un contraddittorio, in occasione del quale le imprese avrebbero potuto produrre solo documenti integrativi a supporto di quelli obbligatori già presentati;
- il contraddittorio successivo non poteva essere utilizzato come momento per produrre documenti necessari *ab origine*, non era occasione di sanatorie documentali, ma di chiarimenti e di integrazioni.

La obbligatorietà della produzione delle documentate giustificazioni, espressamente richieste nella lettera invito, trova riscontri sistematici nelle disposizioni, in essa contenute, per regolare il conte-



nuto e le modalità di compilazione dei cd giustificativi, laddove la produzione documentale richiesta viene indicata come dovuta (cfr. pag. 4 e 5 della lettera invito).

Ulteriore riscontro si ricava dalla descrizione del contenuto obbligatorio della busta n. 2 (cfr. pagina 9 della lettera invito).

Sulla relativa responsabilità della concorrente alla gara, precisi riferimenti emergono infine dalla lettera invito laddove al legale rappresentante delle concorrenti era richiesta la dichiarazione di avere inserito nella busta sigillata n. 2 *le analisi fornite dall'ANAS, correttamente*.

Il dato letterale appare univoco nell'individuare giustificazioni obbligatorie a carattere preventivo, espressamente richieste a pena di inammissibilità della offerta (cfr. in particolare i riferimenti alle analisi compilate a cura del concorrente, a pena di inammissibilità e giustificate, a pena di inammissibilità, in tutte le loro voci e articoli).

Sul piano logico, diversamente interpretando gli atti di gara (nel senso di consentire sanatorie di carenze in elementi obbligatori) risulterebbe privata di ogni significato la sanzione “a pena di inammissibilità”, per mancata produzione delle giustificazioni preventive. Ne deriverebbe altresì una alterazione della *par condicio* tra concorrenti e una lesione alla garanzia di serietà della offerta sottostante agli adempimenti preventivi di cui trattasi.

5. La descritta normativa statale, emergente in modo chiaro dopo la riforma recata dalla legge n. 166/2002 appare conforme al diritto comunitario.

Il Collegio condivide al riguardo l'indirizzo giurisprudenziale (C.S., VI, 17 febbraio 2004, n. 613) secondo cui le giustificazioni preventive obbligatorie già previste nel sistema antecedente alla legge citata, sono coerenti con la normativa comunitaria e trovano ora nella legge un preciso riscontro esegetico.

La decisione sviluppa tra l'altro i seguenti passaggi motivazionali:

- *è vero che secondo l'art. 30.4. direttiva 93/37/CEE, come interpretato dalle decisioni della Corte di giustizia europea 27 novembre 2001, C.285/1999 e C.286/1999, il contraddittorio sull'anomalia dell'offerta deve essere "successivo", vale a dire posto in essere dopo che sono state individuate le offerte sospette, e condotto su specifici elementi dell'offerta;*
- *tuttavia, proprio la pronuncia della Corte di giustizia, specificamente investita della questione se le norme e le prassi nazionali potessero imporre la presentazione preventiva di giustificazioni, a pena di esclusione, ha ritenuto che l'art. 30.4. direttiva 93/37/CEE "non si oppone in via di principio, nella misura in cui tutti i requisiti che impone siano per il resto soddisfatti e gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 93/37 non siano pregiudicati, alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che, in materia di determinazione delle offerte anormalmente basse e di verifica di queste offerte ... obbligano tutti gli offerenti, a pena di esclusione della loro partecipazione all'appalto, ad allegare alla loro offerta giustificazioni dei prezzi proposti ....*

- la presentazione preventiva di giustificazioni risponde a finalità di semplificazione e accelerazione della procedura; è altresì garanzia di serietà della offerta, scongiurando il pericolo che le giustificazioni vengano ricostruite *ex post*, anzichè essere realmente esistenti al momento della formulazione della offerta.

E' dunque conforme al diritto comunitario la clausola di bando o di lettera invito, che preveda la esclusione per le offerte sospette di anomalia, ove le medesime risultino prive di giustificazioni preventive. In questa prospettiva correttamente i bandi e le lettere di invito prescrivono che le giustificazioni vengano inserite in una busta chiusa, destinata ad essere aperta solo per le offerte sospette di anomalia.

A sostegno della interpretazione di cui sopra, nella citata decisione, si richiama l'art. 21 bis legge n. 109 del 1994, come riformulato dalla legge n. 166 del 2002, a seguito della citata pronuncia della Corte di giustizia, laddove si stabilisce che *Le offerte debbono essere corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando di gara o nella lettera d'invito, che concorrono a formare un importo non inferiore al 75 per cento di quello posto a base d'asta. Il bando o la lettera di invito devono precisare le modalità di presentazione delle giustificazioni, nonché indicare quelle eventualmente necessarie per l'ammissibilità delle offerte.*

Osserva il Collegio che se pure potevano esservi dubbi, in ordine alla cennata interpretazione prima della legge n. 166/2002, oggi tali perplessità sembrano sfumare di fronte al chiaro disposto della novella

legislativa, che prevede giustificazioni necessarie per l'ammissione.

Nel descritto quadro normativo (comunitario e nazionale) non sembrano condivisibili gli orientamenti giurisprudenziali citati dalla odierna appellante incidentale (cfr. da ultimo C.S., 14 dicembre 2004, n. 8028, relativo peraltro a gara bandita prima della vigenza delle legge n. 166/2002).

Infondata è dunque la tesi della ATI TECNIS secondo cui le disposizioni legislative e concorsuali sopra richiamate si pongono in contrasto con la normativa comunitaria (con conseguente disapplicabilità delle prime e illegittimità delle seconde e in particolare della lettera invito).

La normativa comunitaria non sembra infatti d'ostacolo alla previsione di deposito documentale preventivo, a pena di inammissibilità.

E' invece incompatibile con un sistema che, a fronte di una preventiva documentazione completa rispetto agli adempimenti imposti dal bando e dalla lettera invito, consenta di addivenire ad esclusioni per anomalia non giustificata, senza sentire la impresa interessata e senza consentirle di depositare eventuali documenti integrativi (originariamente non necessari e comunque utili a chiarire i contenuti della documentazione obbligatoria regolarmente prodotta con l'offerta).

6. In sede di gara l'amministrazione ha applicato puntualmente le indicazioni degli atti regolatori della gara, a loro volta conformi al descritto quadro normativo comunitario e nazionale.

In particolare, dopo l'avvio delle verifica di anomalia condotto

per tutte le quattro offerte rimaste in gara (dopo la esclusione della ATI Profacta), il responsabile del procedimento, sulla base degli approfondimenti della Commissione tecnica:

- con nota del 4 novembre 2003 ha disposto l'acquisizione di chiarimenti alle concorrenti, specificando in dettaglio i punti da chiarire e avvertendo che ai sensi della normativa vigente e delle disposizioni del procedimento concorsuale, *saranno ritenuti inammissibili nuovi supporti documentali che non siano direttamente conseguenti ed esplicativi di quelli presentati in sede di offerta;*
- la stazione appaltante con note del 18 novembre 2003 ha chiesto i chiarimenti, allegando un dettagliato prospetto, in cui era riportata la avvertenza testè menzionata;
- con nota del 19 dicembre 2003, aderendo alle conclusioni della Commissione tecnica, il Responsabile del procedimento ha ritenuto non giustificate le offerte della ATI Mantovani, della ATI TECNIS e della ATI Alissa, con conseguente esclusione delle stesse dalla gara;
- nei verbali del 23 dicembre 2003 e del 27 febbraio 2004, la Commissione di gara, recependo tali conclusioni, a seguito della esclusione tra le altre della ATI TECNIS ha aggiudicato l'appalto alla ATI Romana Scavi.

In particolare, quanto alla ATI TECNIS, gli organi deputati alla gara, oltre allo specifico rilievo di anomalia sostanziale riferito al costo della manodopera per un singolo mezzo, evidenziano che per alcune analisi sono stati ritenuti sufficienti i chiarimenti forniti, mentre per altri dati e altre analisi l'ATI contravviene alle disposizioni normative

e del procedimento concorsuale, “in quanto allega solo ora i supporti documentali richiesti al momento della formulazione della offerta”.

Le carenze documentali originarie riguardano i seguenti elementi, con specificazione per ciascuna dei relativi profili: l'autorizzazione alla coltivazione di cave e /o discariche; il tondino in acciaio inox (B.2.34); la idrodemolizione di cls (B.5.06, quanto alla indennità di discarica); i giunti di dilatazione (B.5.41); il trattamento superfici opere d'arte (B.5.15) - An.08 Barre di rinforzo strutturale in acciaio; An.23 apparecchi di appoggio unidirezionale trasversale, An.21 apparecchi di appoggio multidirezionale, An.22 apparecchi di appoggio unidirezionale longitudinale.

Le originarie carenze, riguardano in particolare sia, in un caso, omissioni nella compilazione delle analisi (quanto ai materiali, cfr. An.23, An.21 e An.22) sia, più in generale, la loro mancata giustificazione documentale per aspetti specificamente indicati.

Si tratta comunque di carenze che in base alle norme concorsuali sopra richiamate determinano la inammissibilità della offerta.

7. Sul punto, nella sentenza appellata, il TAR ha svolto argomenti in cui, come accennato, si sottolinea, tra l'altro, che:

- al momento della presentazione della offerta si era esclusa la sussistenza di profili di inammissibilità per mancata produzione del supporto documentale (giustificativi della offerta);
- la esclusione della ATI TECNIS per mancata allegazione delle giustificazioni preventive non poteva farsi valere successivamente all'avvio del contraddittorio sulla anomalia, quando era ormai nota la

graduatoria e quando alla stregua dei documenti depositati dall'ATI Tecnis erano stati forniti i chiarimenti richiesti, che erano stati ritenuti esaustivi salvo che per un aspetto secondario (tale da non consentire di per sè la esclusione dalla gara);

- la rideterminazione in ordine alla valutazione di una causa di esclusione evidenzia un sintomo di eccesso di potere per sviamento

Le argomentazioni, come eccepito dalla ATI Romana Scavi, almeno per alcuni profili (in particolare sviamento di potere), non trovano sufficienti riscontri nel ricorso in primo grado. Non possono ritenersi tali i generici riferimenti alla rubrica (peraltro del secondo motivo) e i richiami giurisprudenziali e dottrinali contenuti nel primo motivo che non si sono però tradotti in esso in una puntuale deduzione di eccesso di potere per sviamento.

Esse non sono comunque condivisibili.

In primo luogo non è esatto che l'Amministrazione non avesse rilevato tempestivamente le carenze documentali nei dati obbligatori. Tale rilievo poteva intervenire non già al momento della presentazione dell'offerta, ma dopo l'apertura delle buste con i "giustificativi" dell'ATI Tecnis. Vale a dire dopo che gli organi di gara avevano ritenuto sussistenti i presupposti per avviare nei suoi confronti il sub procedimento di verifica delle anomalie.

In tale fase gli organi di gara avevano puntualmente sottolineato le carenze e avevano disposto l'acquisizione di precisazioni alle concorrenti, specificando in dettaglio i punti da chiarire e avvertendo che ai sensi della normativa vigente e delle disposizioni del procedi-

mento concorsuale, *saranno ritenuti inammissibili nuovi supporti documentali che non siano direttamente conseguenti ed esplicativi di quelli presentati in sede di offerta*. Tale avvertenza risultava anche dall'allegato alla richiesta di chiarimenti formulata dalla stazione appaltante alle concorrenti.

L'apertura del contraddittorio anche in relazione a carenze documentali implicanti *ex se* la esclusione dalla gara, d'altra parte, non significa che l'Amministrazione ha ritenuto sufficienti i supporti documentali obbligatori e non rende quindi illegittima la successiva esclusione dalla gara ove anche a seguito della verifica in contraddittorio la originaria carenza risulti confermata.

Al più potrebbe sostenersi la inutilità del contraddittorio, ma non l'efficacia sanante del medesimo in ordine a carenze documentali sanzionate con la inammissibilità delle offerte.

In conclusione la procedura seguita appare aderente alle previsioni degli atti regolatori della gara come sopra ritenuti coerenti con la normativa comunitaria e statale.

Non si ravvisano quindi ragioni che imponessero, secondo la tesi della odierna appellante incidentale (cf. pag. 20 del controricorso), alla aggiudicataria di impugnare con ricorso incidentale al TAR gli atti dell'ANAS che avevano ammesso ai chiarimenti l'ATI TECNIS.

8. In appello la ATI TECNIS svolge considerazioni intese a dimostrare che in realtà la preventiva documentazione richiesta era stata prodotta in modo tempestivo.

Nel ricorso in primo grado la censura era accennata in modo



generico, nell'inciso *a parte il rilievo, già di per sè significativo per conclamare l'illegittimità dell'esclusione, secondo cui i supporti documentali sono, contrariamente a quanto ritenuto dalla Amministrazione aggiudicatrice, direttamente conseguenti e esplicativi di quelli presentati in sede di offerta, in quanto riguardavano medesimi campi delle giustificazioni delle voci di offerta, a parte il rilievo secondo cui le integrazioni documentali non sono, in ogni caso, sanzionate con l'esclusione,*

Anche a prescindere dalla conseguente irritualità del motivo (sviluppato in modo congruo solo in successive memorie non notificate alle controparti e in grado di appello), lo stesso non appare fondato nel merito.

Sul punto la difesa della ATI TECNIS si svolge sulla base di riferimenti letterali, dai quali si fa derivare che non vi era stata da parte dell'ATI TECNIS una omissione assoluta delle giustificazioni e che le eventuali incompletezze ben potevano essere oggetto di integrazione dopo l'attivazione del contraddittorio.

Tale linea difensiva fa in particolare riferimento alle voci B.6.76 barriere stradali e B.2.34 tondino in acciaio inox per le quali nella relazione della Commissione tecnica in data 4 novembre 2003 si rileva che la ATI TECNIS inserisce (rispettivamente) un costo per acciaio in barre FeB44k e un costo per resina epidossica *che non trova(no) corrispondenza tra i documenti giustificativi allegati alla offerta*. Il che dimostrerebbe che la ATI TECNIS aveva presentato i documenti giustificativi richiesti in via preventiva.

La tesi non è condivisibile.

Errato, per quanto sopra detto, è l'assunto di base secondo cui l'inammissibilità opererebbe solo in caso di omissione totale della documentazione.

Negli atti di gara l'esclusione infatti risulta comminata, non già in caso di omissione assoluta, ma ove manchino le analisi e le giustificazioni per determinate voci e articoli.

Non sembra dubbio allo stato degli atti che le giustificazioni mancassero in relazione ad alcuni elementi espressamente precisati dalla Commissione tecnica.

Correttamente in base agli atti normativi soprarichiamati gli organi di gara, una volta verificata, anche alla stregua di un contraddittorio, la carenza delle giustificazioni preventive come sopra specificato, hanno ritenuto sussistenti i presupposti per escludere l'offerta.

9. Per le argomentazioni che precedono va disattesa anche la seconda censura del ricorso avanti al TAR attinente alla incongruità di un giudizio che ha ritenuto giustificata una offerta con un ribasso del 16,88979% (ATI Romana Scavi) e ha invece ritenuto ingiustificata un'offerta con un ribasso del 5,41123%. (ATI TECNIS ).

Va rilevato che la esclusione della ATI Tecnis trova fondamento anzitutto nelle originarie carenze dei cd. giustificativi obbligatori e che in questa situazione non assume rilievo il raffronto tra i due ribassi, ma se mai la verifica delle documentazioni prodotte da ciascuna concorrente.

In ogni caso tale raffronto non è significativo in quanto, come

esattamente rilevato dall'appellante principale, il giudizio sull'anomalia non è un giudizio di relazione ma un giudizio sulla singola offerta.

I residui profili di doglianza contenuti nel secondo motivo (eccesso di potere per sviamento, ingiustizia manifesta e falsa causa), richiamati dall'appellante incidentale, circa una asserita azione amministrativa carente di neutralità, oltre a non essere suffragati da alcun riscontro oggettivo, appaiono inammissibili in quanto incompatibili con un provvedimento di esclusione a carattere vincolato, quale è quello conseguente all'accertamento di mancata produzione di documenti obbligatori richiesti a pena di ammissibilità.

10. Per le ragioni che precedono, come esattamente dedotto dalla parte appellante, risultano infondati i primi due motivi del ricorso e il secondo motivo aggiunto avanti al TAR nella parte in cui sono diretti a censurare la esclusione della ATI TECNIS.

E ciò anche prescindere dalla eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di censure sul motivo sostanziale della esclusione della ATI TECNIS (sottostima di un costo di manodopera), eccezione riguardante un profilo motivazionale logicamente successivo a quello della inammissibilità della offerta.

Vanno infine disattese le affermazioni dell'appellante principale secondo cui l'offerta della ATI TECNIS, ove avesse superato l'esame di completezza delle giustificazioni preventive, sarebbe risultata inficiata da numerose anomalie sostanziali (evidenziate, si sostiene, dalla difesa dell'ANAS in memoria di primo grado).

Tali rilievi, ove accolti, comporterebbe una non consentita integrazione processuale della motivazione degli atti in vertenza.

### III

1. A questo punto va esaminato il primo motivo aggiunto del ricorso avanti al TAR della ATI Tecnis con il quale, avuto riguardo al segmento di gara rinnovato dopo la riammissione della ATI Profacta, si è dedotta violazione e falsa applicazione dell'art. 21 comma 1 bis della legge n. 109/1994 s.m.i e degli artt. 89 e 90 d.P.R. n. 554/1999, nonchè della lettera invito del 3 aprile 2003 ed eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifeste, sul rilievo che la soglia di anomalia era stata erroneamente calcolata, che la offerta della ricorrente era pari alla soglia di anomalia e che pertanto non doveva essere assoggettata a verifica.

Rileva la appellante incidentale che per effetto della riammissione in gara dell'ATI Profacta, in esecuzione di sentenza del TAR Lazio, l'Amministrazione aveva rinnovato le operazioni di gara a partire dalla illegittima esclusione di quest'ultima ATI, riammettendo le imprese in precedenza escluse.

Il numero delle imprese ammesse era dunque aumentato da 4 a 5.

Si rendeva necessaria la determinazione della soglia di anomalia e potevano essere escluse, afferma la ATI TECNIS, solo le concorrenti collocate al di sopra della soglia.

Non era tale l'offerta della ATI TECNIS che era esattamente eguale alla soglia di anomalia (ribasso del 5,41123%).

Erroneamente la Commissione di gara aveva determinato tale soglia in un ribasso del 3,93041%, tenendo conto solo della media aritmetica dei ribassi presi in considerazione e non anche, come dovuto, dello *scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media*.

2. Il TAR ha esaminato la censura, dopo avere ritenuto fondati i profili di censura implicanti la esclusione della aggiudicataria ATI Romana Scavi, e l'ha ritenuta infondata sul rilievo che la stessa muove dall'erroneo presupposto (incompatibile con il motivo di censura con il quale si lamenta l'illegittima ammissione dell'ATI Romana Scavi) secondo cui il procedimento di verifica nel caso in cui le offerte siano cinque o più di cinque, è legittimamente espletato solo nei confronti di quelle tra esse la cui offerta si collochi oltre la soglia di anomalia.

*E' sufficiente osservare – rileva il TAR – che l'esclusione dalla gara dell'ATI Romana Scavi, richiesta dalla ricorrente principale (con censura come sopra accolta), riporta il numero delle offerte ammesse a quattro e, quindi, determina l'inapplicabilità della normativa che assoggetta a verifica di anomalia soltanto le offerte che superano la relativa soglia, ma ne conferma l'obbligatorietà con riguardo a tutte le concorrenti ammesse a gara (e quindi estende i suoi effetti ai provvedimenti di esclusione già disposti dal seggio di gara ....).*

La impostazione del TAR non è condivisibile.

Sostiene in proposito l'appellante incidentale che in tal modo il giudice di primo grado ha scomposto il *decisum*, scandendo diacroni-

camente varie fasi e sequenze, mentre avrebbe dovuto tener conto del numero delle ditte che erano presenti in gara al momento stesso in cui si apriva il sub procedimento di verifica dell'eventuale anomalia e essendo cinque le imprese ammesse, la verifica di anomalia poteva riguardare solo l'ATI Romana Scavi che aveva presentato un ribasso superiore alla soglia.

Nella sua impostazione l'assunto difensivo è corretto e, osserva il Collegio, coerente con la linea decisionale sopra enunciata (I, 3), secondo la quale nell'odierno giudizio assumono valore prioritario i motivi che sono diretti a rimuovere la esclusione dalla graduatoria dell'ATI Tecnis, dal momento che solo dal loro accoglimento discende l'interesse dell'ATI medesima a coltivare le censure contro l'aggiudicazione alla ATI Romana Scavi.

3. Pur partendo da esatte premesse processuali la tesi dell'ATI Tecnis nelle sue conclusioni non è condivisibile. E ciò indipendentemente dall'approfondimento circa la ammissibilità e la fondatezza dell'assunto, (privo, quanto alle modalità di computo dello scarto medio, di adeguati sviluppi argomentativi), secondo cui, nella rinnovazione procedimentale di cui trattasi, aperta alla partecipazione di cinque concorrenti, la soglia di anomalia risulterebbe corrispondente ad un ribasso non già del 3,93041% (come calcolato dalla Commissione di gara), ma del 5,41123% (uguale a quello offerto dalla ATI Tecnis e uguale altresì alla soglia di anomalia originariamente calcolata dalla Commissione stessa in relazione a quattro concorrenti).

4. La tesi dell'appellante incidentale, infatti, è comunque infonda-

ta in diritto.

Vengono al riguardo in rilievo le seguenti disposizioni:

- la previsione di cui alla sezione IV, 2 del bando di gara secondo cui *l'aggiudicazione avverrà con il criterio del prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari ai sensi dell'art. 21 della legge 109/94 – comma 1 lett. c con le modalità di cui all'art. 90 del d.P.R. n. 554/1999 e l'ANAS valuterà l'anomalia delle offerte ai sensi dell'art. 21, comma 1 bis della legge 109/1994 come novellata dalla l. 166/2002 e dell'art. 30, comma 4°, della Dir. CEE 93/37;*
- l'art. 21 bis citato laddove si dispone *che l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media;*
- l'art. 89, comma 2, del d.P.R. n. 554/1999 (richiamato dal successivo art. 90), secondo cui *Nel caso di lavori di importo pari o superiore al controvalore in Euro di 5.000.000 di DSP, ove il soggetto che presiede la gara, individui offerte che presentano un ribasso percentuale superiore a quello considerato soglia di anomalia in base alle disposizioni di legge, sospende la seduta e comunica i nominativi dei relativi concorrenti, ai sensi dell'art. 21, comma 1-bis, della legge, al re-*

*sponsabile del procediment;*

- il penultimo paragrafo di pag. 2 della lettera invito secondo cui *resta inteso che l'ANAS valuterà l'anomalia delle offerte ai sensi dell'art. 21 comma primo bis della legge 109/94 come novellato dalla legge n. 166/2002 e dell'art. 30, comma 4, della Dir. CEE 93/37;*
- il primo paragrafo di pag. 4 della lettera invito secondo cui la busta dei Giustificativi *sarà aperta e il contenuto esaminato solo se la relativa offerta sarà superiore alla soglia di anomalia ai sensi della normativa vigente;* nonchè l'inciso della lettera invito secondo cui la richiesta di precisazioni sulle offerte sospettate di anomalia va inviata *anche tramite soggetto delegato, a tutti i concorrenti che hanno superato la soglia di anomalia.*

Come emerge dai riferimenti testuali sopra riportati il richiamo al dato normativo appare contraddittorio. Da un lato il bando di gara, per la valutazione della anomalia, richiama l'art. 21 comma 1 bis della legge n. 109/1994 che prevede la verifica per le offerte con ribasso percentuale pari o superiore alla soglia di anomalia; dall'altro l'art. 89 del d.P.R. n. 554/1999 e la lettera di invito fanno riferimento alle sole offerte con ribasso percentuale superiore alla soglia.

In tale situazione va privilegiata la prima soluzione, coerente con il dato legislativo e il principale atto regolatore della gara (il bando).

Va richiamato in proposito il principio giurisprudenziale secondo cui in una gara pubblica, ove si riscontri un contrasto tra il **bando** e la **lettera di invito**, prevale il primo, quale "lex specialis" della



selezione concorsuale, non modificabile mediante lettera d'invito (*Consiglio Stato, sez. V, 29 marzo 2004, n. 1660; Consiglio Stato, sez. II, 7 marzo 2001, n. 149*).

Quanto al d.P.R. n. 554/1999 (cfr. art. 231) esso non reca abrogazione al testo dell'art. 21 comma 1 bis e, sul punto specifico (valutazione della anomalia) non risulta richiamato nel bando di gara della gara. Attraverso il bando l'art. 89 risulta applicabile in modo indiretto e più generale, laddove quanto alle modalità di aggiudicazione, si fa riferimento all'art. 90, che a sua volta richiama l'art. 89, comma 2. Altrettanto generale, anche se diretto, ma comunque inidoneo a superare disposizioni di rango superiore, è il richiamo all'art. 89 contenuto lettera invito a pag. 6.

#### IV

1. Per quanto precede la esclusione dalla gara della ATI TECNIS appare corretta, con conseguente inammissibilità per difetto di interesse delle censure dirette alla esclusione dalla gara dell'ATI Romana Scavi e quindi all'annullamento della aggiudicazione per cui è causa.

Esattamente l'appellante in questa prospettiva rileva che la TECNIS per potere aspirare alla vittoria processuale (essendo seconda in graduatoria con un'offerta anomala) deve anzitutto superare l'esclusione per mancata giustificazione dell'anomalia e poi dimostrare la illegittima aggiudicazione a favore della Romana Scavi.

Va richiamato al riguardo il principio giurisprudenziale secondo cui va dichiarata, anche d'ufficio, la carenza di interesse alla decisione del ricorso contro l'aggiudicazione di una gara d'appalto quando

il ricorrente non potrebbe comunque risultare aggiudicatario (cfr. C.S., V, 15 aprile 2004, n. 2138; V, 25 gennaio 2003, n. 355; IV, 11 dicembre 1998, n. 1629).

D'altra parte nella specie non è ravvisabile un interesse strumentale della ATI Tecnis (interesse fatto valere in memoria di primo grado) ad ottenere con la esclusione della Romana Scavi una rinnovazione della gara aperta alla sua partecipazione.

In proposito va osservato che una tale evenienza potrebbe configurarsi solo ove fossero rimaste in gara solo due concorrenti (ATI TECNIS e ATI Romana Scavi). Allo stato invece, nella graduatoria finale della gara, sono utilmente classificate, oltre alla Romana Scavi, altri tre raggruppamenti, che allo stato escluderebbero comunque dalla rinnovazione la ATI TECNIS.

Anche seguendo la tesi del TAR, come sopra disattesa, potrebbe al più ipotizzarsi che con la esclusione della Romana Scavi, i partecipanti alla gara scenderebbero a quattro e che, in sede di rinnovazione la stazione appaltante, potrebbe determinarsi nel senso di escludere le ATI Mantovani e Alissa (esclusione già disposta nella prima fase procedimentale).

Senonchè da un lato tale conseguenza non è automatica, richiedendo pur sempre una nuova determinazione degli organi di gara. Dall'altro resterebbe in ogni caso in gara la ATI Profacta. La rinnovazione dovrebbe quindi proseguire quanto meno nei suoi confronti, con la verifica di anomalia, escludendo dalla fase procedimentale tutte le altre imprese.

L'interesse della ATI TECNIS a partecipare alla rinnovazione della gara, in questa ipotesi, risulterebbe così del tutto indiretto, non attuale e collegato ad un evento ipotetico (in particolare l'eventuale esclusione dalla gara anche della ATI Profacta).

V

1. Per le ragioni che precedono, assorbita ogni altra questione, l'appello principale va accolto e l'appello incidentale va respinto.

Per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, disattese come sopra le censure di primo grado, vanno respinti il ricorso n. 1414/2004 (con i relativi motivi aggiunti) proposto avanti al TAR Sicilia, Sezione staccata di Catania, dalla ATI TECNIS e le domande con essi formulate per l'annullamento degli atti impugnati.

Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede giurisdizionale accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale.

Compensa le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del 17 marzo 2005 con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Pier Giorgio Trovato, estensore, Raffaele Maria De Lipsi, Antonino Corsaro, Francesco Teresi, componenti.

F.to: Riccardo Virgilio, Presidente

F.to: Pier Giorgio Trovato, Estensore

F.to: Tistera Maria Assunta, Segretario

Depositata in segreteria

il 18 maggio 2005