



**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 la Lombardia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

I) sul ricorso numero di registro generale 2775 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da Consorzio Pedelombarda 2, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Pier Giuseppe Torrani e Marco Annoni, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano Corso Magenta n. 63;

***contro***

Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Franco Gaetano Scoca e Fabio Giuseppe Angelini, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, via del Lauro n. 7;

***nei confronti di***

Strabag AG sede secondaria italiana, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del R.T.I. con Grandi Lavori Fincosit s.p.a., Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro s.p.a., Adanti s.p.a., ciascuna in persona del rispettivo legale rappresentante pro tempore, tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Piero D'Amelio, Gianluigi Pellegrino e Guido

Bardelli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, via Visconti di Modrone n. 12;

***per l'annullamento***

*previa sospensione*

1) quanto al ricorso principale depositato in data 13 ottobre 2011:

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria adottato dalla Commissione di gara nella seduta del 28.07.2011;
- del verbale della seconda seduta della Commissione di gara del 03.08.2010 nella parte in cui ha ammesso alla gara il costituendo RTI Strabag;
- della nota della stazione appaltante datata 06.09.2011;
- del bando di gara e del disciplinare di gara in parte qua;
- di ogni atto connesso;

nonché per la condanna

della stazione appaltante al risarcimento del danno.

2) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 29 dicembre 2011:

- del provvedimento con il quale la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione definitiva;
- dei verbali della Commissione giudicatrice relativi alle sedute pubbliche del 1° febbraio 2011, del 2 febbraio 2011, dell'8 aprile 2011, del 28 luglio 2011;
- in parte qua dei verbali relativi a tutte le sedute riservate della commissione giudicatrice;
- di ogni atto connesso;

nonché per la condanna

della stazione appaltante al risarcimento del danno.

3) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 08 febbraio 2012:

- del silenzio a valere come diniego di autotutela opposto dalla stazione appaltante all'informativa ex art. 243 bis del d.l.vo 2006 n. 163;

- di ogni atto connesso;  
nonché per la condanna  
della stazione appaltante al risarcimento del danno.

II) nonché sui ricorsi incidentali presentati da Strabag AG sede secondaria italiana, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del R.T.I. con Grandi Lavori Fincosit s.p.a., Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro s.p.a., Adanti s.p.a., ciascuna in persona del rispettivo legale rappresentante pro tempore, tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Piero D'Amelio, Gianluigi Pellegrino e Guido Bardelli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, via Visconti di Modrone n. 12, ed in particolare:

- 1) ricorso incidentale depositato in data 18 novembre 2011;
- 2) secondo ricorso incidentale depositato in data 26 gennaio 2012;
- 3) ricorso per motivi aggiunti rispetto ai ricorsi incidentali depositato in data 6 febbraio 2012;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.A. e di Strabag Ag;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Strabag Ag Sede Secondaria Italiana, rappresentato e difeso dagli avv. Piero D'Amelio, Gianluigi Pellegrino, Guido Bardelli, con domicilio eletto presso Guido Bardelli in Milano, via Visconti di Modrone N. 12;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2013 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La ricorrente impugna, con il ricorso principale e i successivi motivi aggiunti, i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, chiedendone l'annullamento ed avanzando, altresì, domanda di condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Si sono costituite in giudizio la parte resistente, che ha proposto due ricorsi incidentali e successivi motivi aggiunti, nonché le parti controinteressate, che hanno eccepito l'infondatezza del ricorso avversario, chiedendone il rigetto.

Con ordinanza depositata in data 17 febbraio 2012, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare contenuta nel ricorso rilevando: a) che la maggior parte delle doglianze dedotte da parte resistente e dal controinteressato attengono a profili afferenti ad aspetti tecnici delle offerte presentate dai concorrenti che non possono essere apprezzati nella fase cautelare, in quanto richiedono adeguati approfondimenti da svolgere con l'ausilio del consulente tecnico o del verificatore; b) che l'opera di cui è causa è infrastruttura strategica di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con conseguente prevalenza dell'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, ex art. 125, comma secondo, c.p.a.; c) che non sussistono sufficienti profili di fumus in relazione ai vizi di ordine formale sollevati dalle parti.

Con ordinanza n. 1775/2012, depositata in data 25 giugno 2012, il Tribunale ha disposto una consulenza tecnica d'ufficio, dandone incarico, con successiva ordinanza n. 2358 del 19 settembre 2012, al prof. Carmelo Majorana

dell'Università degli Studi di Padova, che ha prodotto la relazione prevista, redatta all'esito di un ampio contraddittorio tra le parti.

Le parti hanno depositato memorie e documenti.

All'udienza del 21 maggio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

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

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

Vale sin d'ora precisare che la lettera di invito ha contemplato, con riferimento ai contenuti dell'offerta tecnica, la possibilità di presentare proposte migliorative, individuate in una tabella compresa nel capo 3, punto 3.1, della lettera di invito, prevedendo che tali proposte possano riguardare solo determinati elementi e sub elementi, tra i quali sono stati indicati alla voce 2 la "Cantierizzazione e mitigazione degli impatti correlati", con articolazione in "2.1 realizzazione delle opere in sotterraneo - 2.2 esecuzione di opere in trincea - 2.3 esecuzione del ponte sul fiume Adda".

La lettera di invito ha precisato, da un lato, che le proposte migliorative devono essere avanzate "con esclusione di qualsiasi variante plano-altimetrica dei tracciati",

dall'altro, che “le proposte migliorative non possono interessare aree non comprese nel piano particellare di esproprio, né contrastare con gli strumenti di pianificazione urbanistica, territoriale e paesistica e con qualsiasi altro strumento di programmazione e pianificazione territoriale di tipo prescrittivo, né apportare modifiche a quanto disposto nella procedura di VIA o nelle prescrizioni dettate dal CIPE ...”. Inoltre, con riferimento alle modalità di illustrazione delle proposte migliorative, la lettera di invito ha richiesto - punto 3.2 lett. b) - per la parte relativa alla cantierizzazione e mitigazione degli impatti correlati, la presentazione di “una relazione nella quale l’offerente dovrà fornire una descrizione dettagliata – nel rispetto dei vincoli territoriali e ambientali esistenti – dei criteri e delle modalità di organizzazione e gestione dei cantieri che intende adottare, con particolare riferimento alla realizzazione delle opere in sotterraneo, all’esecuzione delle opere in trincea e all’esecuzione del ponte sul fiume Adda. Deve inoltre illustrare le misure che si intendono adottare per la mitigazione degli impatti correlati. L’Offerente deve formulare proposte migliorative che tengano conto di misure, modalità organizzative e apprestamenti di cantiere che meglio consentano la riduzione del disturbo e del disagio che può determinarsi sulle aree urbanizzate, fatta salva, in ogni caso, ogni misura prevista nel progetto definitivo approvato...”. All’esito delle operazioni di gara, l’appalto è stato aggiudicato, prima in via provvisoria, poi in via definitiva, al costituendo R.T.I. Strabag AG, collocatosi al primo posto della graduatoria, mentre il ricorrente Consorzio Pedelombarda 2 si è collocato al secondo posto.

Vale precisare, in relazione ai punteggi conseguiti, che il R.T.I. Strabag ha ottenuto punti 41,040 per l’offerta tecnica e punti 38,864 per l’offerta economica, avendo indicato un ribasso percentuale del 27%, con conseguente punteggio finale di 79,904 punti, mentre il Consorzio Pedelombarda 2 ha realizzato punti 28,816 per

L'offerta tecnica e punti 50 per l'offerta economica, avendo indicato un ribasso percentuale del 32%, con conseguente punteggio finale di 78,816 punti.

Avverso gli atti della procedura di gara ora richiamata sono stati proposti i ricorsi, principale e incidentali, nonché i motivi aggiunti indicati in epigrafe.

2) Devono essere esaminati con precedenza i ricorsi incidentali e i motivi aggiunti sui ricorsi incidentali, presentati dalla parte controinteressata, in quanto connotati da priorità logica.

2.1) Con il primo motivo del ricorso incidentale, depositato in data 18.11.2011, il R.T.I. Strabag AG (d'ora in poi anche Strabag) lamenta la violazione della lex specialis di gara e dell'art. 38 del codice degli appalti, in quanto la Cooperativa Muratori e Cementisti (CMC) – compresa nel consorzio ricorrente ha dichiarato, a mezzo del suo legale rappresentante, che nei confronti del direttore tecnico, Francesco Giuffrida, cessato dalla carica il 04.01.2008, non sussistono decisioni penali ostative ex art. 38 cod. appalti “sino alla data di cessazione della carica”, mentre la corretta applicazione della norma e della lex specialis richiede che la dichiarazione sia resa “sino ad oggi”, ossia sino al momento di presentazione della dichiarazione medesima.

In identica violazione sarebbe incorsa Coopsette – consorziata del ricorrente – con riferimento ai procuratori speciali Caggiati Dino e Bolondi Paolo.

Inoltre, per la mandante Pizzarotti – sempre compresa nel consorzio ricorrente – la dichiarazione di cui si tratta sarebbe stata resa, rispetto alla posizione dell'ing. Pellinghelli – cessato dalla carica – non dal legale rappresentante, ma dal procuratore speciale ing. Carlo Salomoni.

La censura è infondata.

L'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163 dispone, per la parte che interessa, l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti di lavori, forniture e servizi, dei soggetti nei cui confronti è stata pronunciata “sentenza di condanna passata in

giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio”.

La norma precisa che “in ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima”.

Il comma 2 dell'art. 38 aggiunge che “il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi

comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione...”

Vale precisare che tanto il bando di gara, sez. III punto 2.1, quanto il disciplinare di gara, capo 2.1 e la lettera di invito, capo 2.2, richiamano la dichiarazione prevista dall’art. 38, senza introdurre criteri più rigorosi in ordine al tempo fino al quale essa deve essere resa, salvo il riferimento, per i cessati dalla carica, al triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

Quanto alla posizione dei soggetti cessati dalla carica, menzionati nell’art. 38, la giurisprudenza, cui aderisce il Tribunale, ha precisato che la dichiarazione è validamente resa anche se rilasciata dal rappresentante “per quanto di propria conoscenza”.

In particolare, l’art. 38 richiama espressamente l’art. 47, comma 2 del d.p.r. 2000 n. 445, sicché la dichiarazione richiesta dall’art. 38, relativamente ai soggetti cessati dalle cariche sociali, concernendo stati, fatti e qualità riguardanti terzi e non il dichiarante, non può che essere resa - ai sensi dell’art. 47 del d.P.R. n. 445 – “per quanto a conoscenza” del dichiarante medesimo, “il quale non è neppure tenuto a indicare le ragioni per le quali non ha potuto produrre le dichiarazioni dei diretti interessati” (Consiglio di Stato, sez. V, 20 giugno 2011, n. 3686; Consiglio di Stato, sez. IV, 22 marzo 2012, n. 1646; Consiglio di Stato, sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3862; T.A.R. Genova Liguria, sez. II, 21 febbraio 2013, n. 351), fermo restando che rientra tra i poteri della stazione appaltante la possibilità di procedere, a fronte di una compiuta identificazione dei soggetti interessati, ad ulteriori verifiche nei loro confronti.

Ne consegue che è del tutto ragionevole ritenere che, nei confronti dei soggetti cessati dalla carica, la dichiarazione possa validamente essere resa con riferimento

al tempo di cessazione dalla carica, in quanto, in mancanza di una diversa previsione della *lex specialis*, tale espressa delimitazione esprime solo il riferimento al tempo sino al quale il dichiarante assume di avere conoscenza delle eventuali condanne pronunciate a carico di coloro che ricoprivano cariche sociali.

In via di ulteriore precisazione va, comunque, osservato che la ricorrente ha prodotto i certificati generali del casellario giudiziale, relativi ai soggetti cui si riferiscono le dichiarazioni contestate e da tali certificati non emerge l'esistenza di alcuna condanna a loro carico sino a data successiva al tempo di presentazione della domanda.

Ne deriva che, nel caso di specie, le dichiarazioni previste dall'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163 – rilasciate con riferimento sia alla posizione del direttore tecnico della Cooperativa Muratori e Cementisti, Francesco Giuffrida, sia alla posizione dei procuratori speciali Caggiati Dino e Bolondi Paolo di Coopsette - sono state validamente rese, contrariamente a quanto sostenuto dalla controinteressata.

Né merita condivisione la censura articolata con riferimento alla posizione della mandante Pizzarotti, compresa nel consorzio ricorrente.

In tal caso, si lamenta che, rispetto alla posizione dell'ing. Pellinghelli - cessato dalla carica - la dichiarazione ex art. 38 è stata resa non dal legale rappresentante, ma dal procuratore speciale, ing. Carlo Salomoni.

Nondimeno, come condivisibilmente eccepito dalla ricorrente e dalla stazione appaltante, il disciplinare di gara prevedeva, al capo I, la possibilità che le dichiarazioni previste dalla *lex specialis* fossero rilasciate, oltre che dal legale rappresentante, anche da “altro soggetto dotato del potere di impegnare contrattualmente il candidato stesso”.

Nel caso di specie, la procura speciale rilasciata all'ing. Carlo Salomoni prevede espressamente l'attribuzione del potere di effettuare tutto quanto necessario per la presentazione e sottoscrizione della domanda di partecipazione e richiesta di invito

rispetto alla gara di cui si tratta, sicché proprio l'ampiezza dei poteri conferiti impone di comprendere in essi il rilascio delle dichiarazioni rilevanti ai sensi dell'art. 38 del d.l.vo 2006, n. 163.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza delle censure in esame

2.2) Con il secondo motivo del ricorso incidentale, depositato in data 18.11.2011, la controinteressata lamenta la violazione del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che anche i consorzi – come il ricorrente – devono indicare le parti di lavoro da affidare a ciascun operatore economico consorziato, sancendo l'esclusione in caso di mancata dichiarazione in tal senso.

In particolare, tale lacuna emergerebbe rispetto alle opere facoltativamente subappaltabili.

Si evidenzia che gli operatori appartenenti al consorzio ricorrente hanno assunto l'impegno ad eseguire direttamente i lavori solo nella categorie OG3, OG1, OG4, OG6, OG11 e OS21, mentre per tre categorie, quali OS11, OS13 e OS18, hanno assunto l'obbligo di subappaltarli per l'intero importo; viceversa, rispetto ai lavori delle categorie OS01, OS10, OS12, OS24 e OS34 le imprese consorziate, da un lato, non hanno assunto l'obbligo di eseguirli direttamente, neppure in parte, dall'altro, hanno manifestato l'intenzione di subappaltarli "sino al 100%".

Quest'ultima indicazione non sarebbe sufficiente, perché non consentirebbe di determinare in modo puntuale la percentuale di lavori concretamente subappaltata o eseguita direttamente.

La doglianza è infondata.

Il disciplinare di gara – capo 2.3 lett. b – prevede, con riferimento ai consorzi ordinari, che ogni operatore deve essere in possesso del requisito di qualificazione in proporzione alla quota di partecipazione, costituita dalla parte di lavori, ovvero dalle categorie di lavori per le quali si qualifica e che intende assumere nell'ambito del raggruppamento.

Con riferimento al possesso dell'attestazione SOA, il disciplinare di gara prevede che essa deve essere posseduta nella categoria prevalente OG3, in classifica VIII, con obbligo di dichiarare il subappalto delle categorie scorporabili OG1, OG4, OG6, OG11, OS11, OS13, OS18, OS21, qualora per tali categorie non sia posseduta la relativa qualificazione.

Proprio con riferimento al subappalto, il capo 2 lett. e) del disciplinare precisa che, al di là delle categorie di lavori suindicate, per i quali il concorrente privo della relativa qualificazione deve obbligatoriamente ricorrere al subappalto, ciascun operatore economico che intende utilizzare il subappalto deve rendere una dichiarazione con la quale indicare “quali ulteriori lavori intende subappaltare e, se del caso, in quale quota”.

Ecco, allora, che per le categorie di lavori scorporabili OS01, OS10, OS12, OS24 e OS34, non comprese tra quelle a subappalto obbligatorio, il disciplinare ha imposto solo di dichiarare al momento di presentazione dell'offerta l'intenzione di ricorrere al subappalto, al fine di conservare la possibilità di farne concreto utilizzo in sede esecutiva, mentre non vi è alcun obbligo di puntuale indicazione della quota di tali lavori da subappaltare.

In tal senso depone la formula utilizzata, “se del caso”, la quale non comporta la precisa indicazione del quantum di opere da subappaltare, ma rimette a ciascun concorrente la scelta tra l'indicazione immediata e l'indicazione successiva della percentuale di opere da subappaltare.

La tesi di Strabag AG non è condivisibile neppure nella parte in cui richiama l'art. b5 del Capo V del disciplinare di gara, ove si prevede l'esclusione dei candidati che, costituiti o da costituirsi in forma di r.t.i. o di consorzio ordinario, “non hanno dichiarato i lavori o le parti di lavoro da eseguirsi da parte di ciascun operatore economico raggruppato o consorziato”.

Invero, la disposizione ora citata deve essere letta in modo coordinato con le già richiamate norme del disciplinare relative al subappalto, sicché, con riferimento alle categorie di opere a subappalto non obbligatorio, il dovere di dichiarazione è soddisfatto anche attraverso la mera indicazione di volere ricorrere al subappalto, senza indicare in modo puntuale la relativa percentuale.

In definitiva, la dichiarazione di utilizzare il subappalto “sino al 100%”, per le categorie di lavori diverse da quelle a subappalto obbligatorio, dichiarazione resa dagli operatori componenti il consorzio ricorrente, è coerente con il disciplinare di gara, con conseguente infondatezza della censura in esame.

2.3) Il terzo motivo di ricorso incidentale è diretto a contestare l’inammissibilità dell’offerta presentata da Consorzio Pedelombarda 2, in quanto recante un termine di esecuzione dei lavori che non rispetta i tempi non comprimibili di risoluzione delle interferenze.

In particolare, Strabag AG sostiene che ciascun operatore avrebbe dovuto formulare l’offerta in ordine ai tempi di esecuzione dei lavori rispettando quelli stabiliti dal cronoprogramma approvato dal C.I.P.E. per la risoluzione delle interferenze.

La censura non merita condivisione.

Il punto VI. 3) lett. B) n. 7 del bando di gara prevede espressamente l’attribuzione fino a 10 punti per l’offerta relativa al “tempo di esecuzione dei lavori rispetto a quello posto a base di gara”, precisando, alla successiva lettera t), che il termine complessivo di durata dell’appalto, indicato in 2180 giorni dal punto II.3) del bando, è da intendersi comprensivo di: 1) sviluppo progettazione esecutiva: 180 giorni; 2) assistenza tecnica in sede di verifica progetto esecutivo da parte della Stazione appaltante: 30 giorni; 3) assistenza tecnica in sede di approvazione del progetto esecutivo da parte del Concedente: 30 giorni; 4) esecuzione dei lavori:

1140 giorni (oggetto di ribasso); 5) collaudo e pre-esercizio dell'infrastruttura e degli impianti: 80 giorni; 6) monitoraggio post operam: 720 giorni.

In relazione all'esistenza di un termine minimo di esecuzione dei lavori non suscettibile di ribasso, la stazione appaltante, in coerenza con la *lex specialis* appena richiamata, ha precisato (cfr. doc. 60 di parte ricorrente) che "il progetto definitivo posto a base di gara non prevede un termine minimo per l'esecuzione dei lavori rispetto al termine massimo di 1140 giorni".

Le norme appena richiamate rendono evidente che, in base al bando di gara, solo il termine di esecuzione dei lavori era oggetto di offerta al ribasso e per tale offerta non era previsto alcun limite minimo da rispettare; in particolare, non costituiva un limite al ribasso il rispetto del termine per la risoluzione delle interferenze, trattandosi di un'attività distinta da quella cui si riferisce il termine di esecuzione dei lavori.

Ne consegue che è destituita di fondamento la tesi secondo la quale l'offerta al ribasso sul termine di esecuzione dei lavori doveva, comunque, rispettare i termini previsti per la risoluzione delle interferenze, da intendere come limiti temporali minimi intangibili, perché si tratta di termini diversi, riguardanti differenti attività, da tenere distinte in sede di offerta sul tempo di esecuzione dei lavori.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza della censura in esame.

3) Con il secondo ricorso incidentale, depositato in data 26 gennaio 2012, integrato da successivi motivi aggiunti, Strabag AG, da un lato, ha esteso all'aggiudicazione definitiva i tre motivi di impugnazione sviluppati con il primo ricorso incidentale, dall'altro, ha articolato altri cinque nuovi motivi di gravame e, infine, ha proposto motivi aggiunti sempre in relazione all'aggiudicazione definitiva.

Con riferimento ai primi tre motivi del secondo ricorso incidentale è sufficiente richiamare le considerazioni già svolte al punto 2 della motivazione, ribadendo l'infondatezza di tali censure.

Quanto, invece, ai cinque nuovi motivi prospettati con il secondo ricorso incidentale e ai successivi motivi aggiunti merita condivisione l'eccezione di inammissibilità sollevata da Consorzio Pedelombarda 2 (cfr. in particolare memoria depositata in data 13.02.2012).

Il problema deve essere affrontato tenendo presenti tre profili: in primo luogo, le censure sviluppate con i cinque nuovi motivi articolati con il secondo ricorso incidentale e con i successivi motivi aggiunti sono dirette a contestare l'ammissione alla gara del Consorzio Pedelombarda 2; inoltre, il ricorso principale, cui ha fatto seguito la proposizione del primo ricorso incidentale, ha ad oggetto l'aggiudicazione provvisoria e non l'aggiudicazione definitiva.

Infine, solo a seguito del ricorso per motivi aggiunti presentato da Consorzio Pedelombarda 2 per contestare l'aggiudicazione definitiva, Strabag AG ha proposto un nuovo ricorso incidentale – poi integrato da motivi aggiunti – parimenti diretto contro l'aggiudicazione definitiva, contestando, come già evidenziato, l'ammissione alla gara del ricorrente principale.

Tanto premesso, va osservato che la tesi dominante a livello giurisprudenziale, cui aderisce il Tribunale, considera che l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, inidoneo a produrre la definitiva lesione dell'interesse dell'impresa che non sia risultata vincitrice, lesione, che si verifica soltanto con l'aggiudicazione definitiva, sicché l'impresa non aggiudicataria ha non l'onere, ma la mera facoltà di impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria.

Nondimeno, sul soggetto che, pur non essendovi tenuto, abbia impugnato immediatamente ed in via autonoma il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, grava l'onere di impugnare, in un secondo momento, anche l'aggiudicazione definitiva, pena l'improcedibilità del primo ricorso: l'aggiudicazione definitiva, infatti, non è un atto meramente confermativo od esecutivo di quella provvisoria, ma un provvedimento, che, anche qualora

recepisca integralmente i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, postula una nuova ed autonoma valutazione, pur facendo parte della medesima sequenza procedimentale (in termini si veda, tra i molti precedenti, Consiglio di Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8153; Consiglio di Stato, sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6539).  
Va, inoltre, osservato che se la parte sceglie di contestare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, allora è comunque tenuta a rispettare il termine perentorio di impugnazione, pertanto ha l'onere di dedurre, nei confronti degli atti conosciuti al momento della proposizione del ricorso diretto contro l'aggiudicazione stessa, tutti i motivi di doglianza.

Insomma, in occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte ricorrente non può dedurre contro gli atti di indizione o di espletamento della gara ulteriori motivi, che avrebbe potuto proporre in precedenza, essendo suo onere, una volta che abbia operato la scelta di impugnare l'aggiudicazione provvisoria, dedurre subito tutti i vizi, di cui sia già a conoscenza, che a suo avviso inficiano il procedimento di gara.

Il perimetro delle censure indirizzabili contro l'aggiudicazione definitiva - quando, si ribadisce, sia stata già impugnata quella provvisoria - si riduce, pertanto, agli eventuali vizi propri di tale ultimo atto o, al più, ai vizi di nuovi atti del procedimento, sopravvenuti all'aggiudicazione provvisoria.

In occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte che abbia già proposto ricorso contro quella provvisoria potrà inoltre dedurre anche motivi relativi agli atti già avversati, ma alla sola condizione che siffatti ulteriori motivi trovino giustificazione e fondamento in circostanze non precedentemente conosciute ( C.G.A.R.S., 28 luglio 2011, n. 519 ).

L'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria delimita non solo le censure deducibili in sede di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, ma, con riferimento alla posizione del controinteressato, anche il tempo di proposizione del

ricorso incidentale, nel senso che è inammissibile il ricorso incidentale proposto avverso l'aggiudicazione definitiva per dedurre censure già proponibili, sempre in via incidentale, avverso l'aggiudicazione provvisoria.

E' noto che il ricorso incidentale escludente - come nel caso di specie - è lo strumento processuale attraverso il quale il controinteressato tende a paralizzare l'azione principale, impugnando lo stesso provvedimento avverso il quale tale azione è diretta, ovvero un altro atto non oggetto di censure, ma connesso al primo, facendo valere vizi diversi da quelli dedotti dal ricorrente, che, ove considerati fondati, condurrebbero all'annullamento dell'atto in favore del ricorrente incidentale ed alla sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente principale in ordine alla originaria impugnazione, da cui quest'ultimo non trarrebbe alcuna utilità proprio per effetto dell'accoglimento dell'impugnazione incidentale.

Nondimeno, una volta che il ricorrente principale abbia, come nel caso di specie, scelto di impugnare l'aggiudicazione provvisoria, così precludendosi la formulazione, in sede di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, di ulteriori censure avverso gli atti inseriti nel contesto procedimentale che ha portato all'aggiudicazione provvisoria gravata, risulta delimitato anche il campo ed il tempo delle eccezioni e delle contro domande, volte a paralizzare l'iniziativa avversaria e proponibili dal controinteressato, atteso che l'interesse alla loro proposizione sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, come è proprio del ricorso incidentale ex art. 42 c.p.a..

Insomma, l'impugnazione principale, da un lato, esaurisce il novero delle questioni di legittimità proponibili avverso l'atto impugnato e la relativa sequenza procedimentale, dall'altro, onera l'avversario a far valere, nel termine di decadenza previsto dall'ordinamento, l'interesse all'impugnativa incidentale, che non poteva sorgere anteriormente alla proposizione del ricorso principale e che ricomprende

l'intero arco delle eccezioni e domande in grado di paralizzare l'iniziativa avversaria, ormai cristallizzata nel suo petitum.

Ciò deriva, oltre che dalla correlazione tra l'attualità dell'interesse all'impugnazione incidentale e la proposizione dell'impugnazione principale, anche dal principio dell'effettività della tutela e del rispetto del canone della ragionevole durata del giudizio, nonché dai principi di correttezza e buona fede oggettiva, la cui rilevanza in ambito processuale è da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza.

“Nella misura in cui, dunque, il titolo di legittimazione all'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria deriva al ricorrente principale dalla sua ammissione alla gara sfociata in quell'aggiudicazione, l'interesse del controinteressato a reagire con ricorso incidentale a detta impugnazione per negare la sussistenza di quel titolo nasce, per effetto della scelta difensiva operata dal ricorrente principale di impugnare appunto l'aggiudicazione provvisoria, con la notifica del ricorso principale, che vale a fissare ineluttabilmente il momento delle scelte, utili alla tutela della sua situazione giuridica, anche per il controinteressato. Ne deriva che quello stesso interesse del controinteressato medesimo non potrà, al momento della successiva proposizione da parte del ricorrente principale dei motivi aggiunti diretti contro l'aggiudicazione definitiva, che intendersi limitato al “campo” di difesa (e di reazione) alle nuove censure in quella sede proposte per lamentare i vizi propri degli atti della serie procedimentale successiva alla aggiudicazione provvisoria. Si chiarisce in questo modo, insomma, che il ricorso incidentale assume un contenuto complesso sì, ma innestato nella matrice comune della “difesa attiva” ( Consiglio di Stato, A.P., 7 aprile 2011, n. 4 ) e siffatta “difesa attiva” non può non risentire, pena l'abuso dello strumento processuale a scapito delle controparti, delle preclusioni, che gravano sul ricorrente principale una volta che si sia avvalso della facoltà di impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria. Preclusioni, queste, che, in perfetta adesione al principio della parità delle parti nel

processo, si riflettono sul novero ( e sui tempi di proposizione ) delle ragioni deducibili col ricorso incidentale, l'interesse alla cui proposizione sorge allora indefettibilmente in dipendenza della notificazione del ricorso principale ( che vale a cristallizzare il thema decidendum con riguardo non solo agli atti con lo stesso aggrediti ma anche agli atti successivi della procedura, nei confronti dei quali potranno essere dedotti soltanto vizi propri) e non può certo ritenersi posposto ad un momento successivo (quello dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva), sì che la "nuova domanda concernente i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara" ( art. 120, comma 7, c.p.a. ) non potrà essere "bloccata" da eccezioni e deduzioni, che avrebbero dovuto proporsi tempestivamente nei confronti del ricorso principale (anche a tutela dell'interesse pubblico alla certezza dell'azione amministrativa autoritativa, cui è connaturata la previsione di termini di decadenza per l'azione in giudizio e per ogni utile "reazione" ad essa), avendo in fin dei conti le due domande oggetti diversi" (cfr. così espressamente Consiglio di Stato, sez. III, 7 maggio 2012, n. 2613).

L'applicazione di tali principi al caso di specie evidenzia l'inammissibilità del secondo ricorso incidentale e dei successivi motivi aggiunti, nella parte in cui non si limitano a riproporre le censure già introdotte con il primo ricorso incidentale, ma introducono, avverso l'aggiudicazione definitiva, delle doglianze tese a contestare l'inammissibilità dell'offerta del Consorzio Pedelombarda 2.

L'interesse a sollevare tali contestazioni, mediante ricorso incidentale, si è cristallizzato in capo a Strabag AG con l'impugnazione in via principale dell'aggiudicazione provvisoria, che, siccome asseritamente fondata su un'illegittima ammissione alla gara della ricorrente principale, ha assunto immediata attitudine lesiva per la parte controinteressata.

In definitiva, le censure di cui si tratta sono inammissibili, perché avendo portata escludente rispetto alla posizione del ricorrente principale, dovevano essere

tempestivamente proposte avverso l'aggiudicazione provvisoria, mediante il primo ricorso incidentale.

Va, pertanto, ribadita la parziale inammissibilità del secondo ricorso incidentale e dei successivi motivi aggiunti.

4) Con il ricorso principale, il Consorzio Pedelombarda 2 sviluppa tre motivi di impugnazione da esaminare separatamente.

4.1) Con il primo motivo si contesta il possesso della cifra d'affari richiesta dal disciplinare di gara da parte della società Grandi Lavori Fincosit s.p.a. (GLS), partecipante come mandante all'Ati Strabag.

In particolare, secondo la ricorrente, siccome Grandi Lavori Fincosit partecipa al raggruppamento Strabag in misura pari al 26%, allora doveva possedere una cifra d'affari pari a 1.763.298.065,88 euro, che però non sarebbe stata raggiunta, perché la società avrebbe compreso in essa oltre 34 milioni di euro provenienti da "altri ricavi e proventi", senza limitarsi a valorizzare "l'attività diretta e indiretta".

Ne deriverebbe la violazione del bando e del disciplinare di gara, che richiedono il possesso di "una cifra d'affari ottenuta per lavori svolti mediante attività diretta e indiretta", senza consentire la valorizzazione degli importi provenienti da "altri ricavi e proventi".

La censura è inammissibile, perché non supportata da un concreto interesse, atteso che non tiene conto del reale ammontare della cifra d'affari che GLS doveva possedere in base alla lex specialis della gara.

Il paragrafo III.2.3) del bando di gara richiede - alle lettere a bis) e b) – il possesso di una capacità tecnica espressa con la realizzazione di una cifra d'affari, "ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta", nei cinque anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara e in conformità al disciplinare di gara, non inferiore a 6.781.915.638,78 euro, precisando che per i consorzi ordinari e per i raggruppamenti temporanei restano fermi i limiti minimi di possesso del requisito

pari, nei raggruppamenti orizzontali, al 40% per la mandataria e al 10% per ciascuna mandante.

Sempre con riferimento al possesso dei requisiti di capacità tecnica, il Capo 2.2 del disciplinare di gara richiede l'aver realizzato una cifra d'affari ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara non inferiore a 6.781.915.638,78 euro.

Anche la norma del disciplinare specifica che in caso di raggruppamento temporaneo di concorrenti di tipo orizzontale, come nel caso di specie, o di consorzio ordinario orizzontale tale requisito deve essere posseduto dalla mandataria o capogruppo nella misura minima del 40%, mentre la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dalle mandanti, ciascuna nella misura minima del 10%.

Ecco, allora, che GLS – appartenente ad un raggruppamento di tipo orizzontale - doveva possedere una cifra d'affari pari al solo 10% dell'importo complessivo pari a 6.781.915.638,78 euro e tale cifra, come già rilevato con l'ordinanza cautelare, risulta effettivamente posseduta dalla società appena indicata, anche se dalla cifra d'affari dichiarata si sottraggono gli importi contestati dal Consorzio ricorrente.

Insomma, la coerente applicazione della disciplina di gara evidenzia che GLS possiede il requisito di capacità considerato, perché può esserle richiesto solo il possesso del 10% dell'importo complessivo pari a 6.781.915.638,78 euro e tale importo è raggiunto anche se non si considera la voce "altri ricavi e proventi", sicché la questione posta dal ricorrente in ordine alla computabilità di tale voce è del tutto irrilevante ai fini della determinazione del possesso da parte di GLS del requisito di capacità contestato.

Ne consegue che la censura in esame non è supportata da un concreto interesse e quindi risulta inammissibile, poiché la sua eventuale fondatezza non inciderebbe sulla posizione di GLS.

4.2) Con il secondo motivo del ricorso principale, si lamenta che GLS avrebbe violato la disciplina in materia di intestazioni fiduciarie, nonché l'art. 38 del codice degli appalti e il par. III.2.1 del bando, perché, pur avendo dichiarato di essere partecipata al 99% da Itaholding s.r.l., ha ommesso di dichiarare sia che quest'ultima società è controllata da due società fiduciarie, sia l'identità dei fiducianti.

La censura non merita condivisione.

L'art. 38 lett. d) del codice degli appalti stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti "che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55; l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa"

Come è noto, l'art. 17, comma 3, della L. n. 55 del 1990, recante disposizioni in materia di prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale, ha vietato la partecipazione alle gare concernenti "opere pubbliche" in caso di intestazione fiduciaria. E' palese la finalità della norma, che tende a prevenire l'accesso al remunerativo meccanismo di aggiudicazioni pubbliche da parte di soggetti criminali, mascherati dietro un mandatario (sul punto Tribunale ordinario di Milano, sentenza 13 febbraio 2008).

Sulla base dell'art. 17, comma 3, è stato poi emanato il d.p.c.m. 11 maggio 1997, n. 187, il cui art. 1, comma 1, ha posto un obbligo informativo a carico delle società aggiudicatrici di opere pubbliche, ivi comprese le concessionarie e le subappaltatrici, da assolvere prima della stipulazione del contratto, concernente le intestazioni fiduciarie, collegato all'onere stabilito dal successivo art. 4, comma 1, di far cessare entro 90 giorni l'intestazione fiduciaria, al fine di poter legalmente contrarre con la pubblica amministrazione.

In seguito, l'art. 9, comma 63, della legge n. 415 del 1998 ha articolato diversamente il divieto originario, rendendo autonoma la posizione delle fiduciarie autorizzate ai sensi della legge n. 1966 del 1939, atteso che, in tale caso, permane il solo obbligo di comunicare l'identità del socio fiduciario entro 30 giorni dalla richiesta a tal fine formulata dall'amministrazione.

In giurisprudenza si è perciò già rilevato che, allo stato, l'art. 17, comma 3, prevede due differenti situazioni: da un lato, un divieto assoluto di intestazione fiduciaria, che comporta l'immediata esclusione dalla gara, dall'altro, un mero obbligo comunicativo, susseguente all'aggiudicazione e da assolversi, pertanto, a seguito di essa e prima della stipula del contratto, pur nel rispetto del termine di legge (così già espressamente TAR Lombardia Milano, sez. I, 18 novembre 2011, n. 2797, che richiama Consiglio di Stato, sez. V, n. 4010 del 2002).

In altre parole, il coordinamento tra l'art. 38, lett. d), del d.l.vo n. 163 del 2006 e il combinato disposto delle norme poste dall'art. 17, comma 3, della legge n. 55/90 e dall'art. 1, comma primo, del d.p.c.m. n. 187/91, conduce a ritenere che la dichiarazione riguardante la partecipazione azionaria da parte di società fiduciarie, autorizzate ai sensi della legge n. 1966/39, non deve essere effettuata dal concorrente in sede di presentazione dell'offerta, ma dal concorrente che abbia conseguito l'aggiudicazione e a seguito di richiesta della stazione appaltante in sede di controllo dei requisiti.

Emerge così l'infondatezza della censura in esame, in quanto la circostanza che GLS in sede di presentazione dell'offerta abbia ommesso la dichiarazione relativa all'intestazione fiduciaria è coerente con il quadro normativo di riferimento, poiché tale dichiarazione deve essere rilasciata, come già evidenziato, solo dopo l'aggiudicazione e a seguito di specifica richiesta della stazione appaltante.

4.3) Con il terzo motivo del ricorso principale, il Consorzio Pedelombarda 2 contesta il bando, il disciplinare di gara e la lettera di invito nella parte in cui

prevedono l'attribuzione fino ad un massimo di 11 punti per il criterio relativo a "cantierizzazione e mitigazione degli impatti correlati", compreso tra gli elementi da apprezzare per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, si evidenzia che l'attribuzione fino a 11 punti per l'elemento indicato - che in concreto è risultato decisivo per l'aggiudicazione in favore dell'Ati Strabag - contrasta con il canone di ragionevolezza e con i principi di economicità e di tempestività, in quanto il punteggio attribuito all'elemento qualitativo in esame è di per sé superiore al punteggio massimo attribuibile per la riduzione dei tempi di esecuzione dei lavori.

Inoltre, considerato che un solo punto percentuale di ribasso dell'offerta economica consente un risparmio di spesa di circa 23 milioni di euro, è irragionevole attribuire fino a 11 punti per tale elemento valutativo, in rapporto al punteggio massimo, pari a 40 punti, attribuibile per il prezzo offerto, perché ciò comporta una maggiore considerazione per i miglioramenti relativi alla cantierizzazione e alla mitigazione degli impatti correlati rispetto ad un risparmio di spesa di svariati milioni di euro.

La censura è infondata.

Non è contestato dalle parti che la stazione appaltante disponga di ampi poteri discrezionali nella scelta del criterio di aggiudicazione, compresa la possibilità di determinare, in caso di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il peso da attribuire all'elemento prezzo e quello da assegnare al profilo tecnico qualitativo dell'offerta.

Del resto, discende dall'art. 2 del codice degli appalti e dai presupposti precetti comunitari che la stazione appaltante, in sede di determinazione dei punteggi da attribuire all'elemento prezzo e agli elementi qualitativi, deve rispettare anche i principi di economicità, di efficacia, di tempestività e di correttezza, fermo restando, ai sensi del secondo comma dell'art. 2, che "il principio di economicità

può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile”.

In ogni caso, l'applicazione di siffatti principi deve essere rapportata all'oggetto dell'appalto ed, in particolare, alla complessità delle opere da eseguire e alla loro concreta incidenza, in termini qualitativi e quantitativi, sull'assetto territoriale, economico e sociale dell'area interessata dall'intervento.

Inoltre, va precisato che il principio di economicità non si sostanzia nella mera massimizzazione del risparmio di spesa, ma esprime l'esigenza che la stazione appaltante definisca i criteri di aggiudicazione e il relativo peso in modo da garantire il raggiungimento delle finalità perseguite con il minore onere economico, sicché proprio in sede di applicazione di tale criterio occorre tenere conto della natura e della dimensione delle opere da realizzare e della loro incidenza sulla realtà sociale ed economica dell'area di intervento.

Nel caso di specie, la circostanza che la stazione appaltante abbia attribuito un peso rilevante, anche in rapporto a quello assegnato all'offerta economica, alla voce relativa a cantierizzazione e mitigazione degli impatti correlati risulta coerente con il principio di economicità e di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Difatti, non è in contestazione il fatto che l'opera di cui si tratta sia caratterizzata da dimensioni non comuni, richiedendo anche escavazioni di notevoli dimensioni e presenti un impatto rilevante sul territorio, sulla popolazione e sulle attività produttive localizzate nell'area interessata dall'intervento, che, pacificamente, si connota per un'elevata antropizzazione.

Nell'esecuzione di simili opere, il profilo relativo alla cantierizzazione assume così primaria importanza, perché proprio l'allestimento del cantiere e il suo funzionamento, con i connessi movimenti di materiali e di residui delle opere di

scavo, incide in modo rilevante sul territorio e sulle attività umane che ivi si svolgono.

Ecco, allora, che proprio in ragione della dimensione dell'opera e della sua notevole incidenza sull'area interessata e sulle attività umane in essa insediate, risulta del tutto ragionevole l'attribuzione di un punteggio rilevante per l'aspetto relativo alla mitigazione degli impatti della cantierizzazione.

Né rileva, in senso contrario, il minor peso assegnato al fattore tempo, il quale, seppure importante nel quadro del principio di economicità, non può essere disgiunto dalla necessità di arrecare il minor pregiudizio possibile al territorio e alle attività umane, sicché è del tutto coerente che la stazione appaltante abbia valorizzato la mitigazione degli impatti in modo maggiore rispetto alla riduzione dei tempi di esecuzione dei lavori.

Allo stesso modo, la corretta ricostruzione del principio di economicità evidenzia la proporzionalità del punteggio massimo attribuibile all'elemento in esame, anche se rapportato al punteggio conseguibile per l'offerta economica, perché non si tratta di minimizzare i costi in valore assoluto, ma di far sì che le risorse disponibili siano impiegate in modo efficiente, minimizzando le spese nel rispetto dell'obiettivo da realizzare, che, nel caso di specie, non è solo la costruzione dell'opera, ma la sua esecuzione mediante il minor impatto possibile sulla popolazione, sul territorio e sulle attività produttive.

Ne consegue che il punteggio astrattamente attribuibile per la voce di offerta in contestazione è del tutto ragionevole e coerente con i principi di economicità e di proporzionalità, sicché la censura in esame è destituita di ogni fondamento.

5) Con il quarto motivo di impugnazione, proposto mediante il primo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 29.12.2011, il Consorzio Pedelombarda 2 ha dedotto, anche in termini di violazione del bando e del disciplinare di gara,

L'inaammissibilità dell'offerta presentata dall'Ati Strabag, in quanto recante delle varianti sostanziali al progetto posto a base di gara.

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

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

5.1) Il carattere tecnico delle questioni di fatto sottese al motivo di impugnazione in esame ha reso necessario l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio, affidata al prof. Carmelo Majorana dell'Università degli Studi di Padova, che ha prodotto una dettagliata relazione, redatta all'esito di un ampio contraddittorio tra le parti.

Per completezza vale ricordare che il Tribunale ha delimitato l'ambito di indagine del consulente tecnico, sottoponendogli specifici quesiti con riferimento ai temi di indagine introdotti con il ricorso principale, fermo restando che gli ulteriori profili di indagine, parimenti sottoposti al c.t.u., ma correlati alle censure introdotte con il

secondo ricorso incidentale e i successivi motivi aggiunti, risultano superati in ragione della già rilevata inammissibilità di queste ultime impugnazioni.

In particolare, al c.t.u. sono stati sottoposti i seguenti quesiti: “1. Illustri il Consulente in che cosa consistono le seguenti soluzioni progettuali proposte dall’ATI Sarbag: a) sostituzione dei diaframmi laterali continui previsti dal progetto definitivo a base di gara (d’ora innanzi anche “PBG”) con un sistema alternativo di contenimento laterale del terreno mediante pali ad elica; b) eliminazione nella gallerie artificiali del solettone di fondo in cemento armato previsto dal PBG con fondazioni soggette a cedimenti differenziali; c) realizzazione nelle gallerie artificiali di un solettone in cemento di copertura alleggerito in cemento armato. Effettui quindi il consulente un confronto fra le suddette soluzioni e quelle previste nel PBG; 2. Illustri il Consulente in quale modo è stata ottenuta una riduzione del peso del ponte sul fiume Adda pari al 18% rispetto al peso che avrebbe avuto in base alla soluzione progettuale di cui al PBG. Effettui quindi il consulente un confronto fra le suddette soluzioni e quelle previste nel PBG. Confronti infine il Consulente la soluzione progettuale proposta dall’ATI Strabag (sempre relativa al suddetto ponte) con quella proposta dal ricorrente, illustrandone affinità e differenze; 3. Dica il Consulente se le suindicate soluzioni, ai fini della dimostrazione della loro fattibilità, necessitassero di studi e verifiche particolari; 4. Illustri il Consulente quale sia il rapporto fra le suindicate soluzioni progettuali e quelle previste nel PBG. 5. Confronti il consulente le soluzioni adottate dall’ATI Strabag in ordine alla cantierizzazione delle opere (riduzione a 6 cantieri rispetto ai 24 previsti nel PBG e previsione di due impianti di produzione di conglomerati bituminosi non contemplati nel PBG) con le soluzioni proposte in sede di valutazione di impatto ambientale, ed esprima il suo giudizio in merito all’impatto delle prime sull’ambiente”.

5.2) L'analisi della censura in esame presuppone la determinazione dei limiti entro i quali la *lex specialis* di gara, complessivamente intesa, consentiva ai concorrenti di presentare progetti difformi da quello posto a base di gara; in particolare, si tratta di stabilire se la disciplina di gara consentiva o meno varianti strutturali, incidenti sulla qualità dell'opera, ossia sulla sua essenza strutturale e prestazionale.

Solo all'esito di tale indagine si potrà verificare se, sulla base delle risultanze istruttorie ed in particolare della consulenza tecnica disposta, i profili progettuali introdotti dall'Ati Strabag e contestati dal ricorrente sono coerenti con la disciplina di gara.

Si badi, il problema non è strettamente normativo, ma richiede che si indaghino i contenuti del bando, del disciplinare e della lettera di invito, in quanto l'art. 169 del codice degli appalti, applicabile nel caso in esame trattandosi di lavori relativi ad infrastrutture strategiche, non stabilisce quali varianti siano generalmente ammesse, ma si limita a prevedere le modalità di approvazione delle varianti medesime in base al loro contenuto, stabilendo che: a) il soggetto aggiudicatore verifica che nello sviluppo del progetto esecutivo sia assicurato il rispetto delle prescrizioni impartite dal CIPE in sede di approvazione del progetto definitivo e preliminare; b) il soggetto aggiudicatore è tenuto ad apportare le modifiche e integrazioni occorrenti, nello sviluppo del progetto esecutivo, in conseguenza della verifica appena richiamata; c) "le varianti da apportare al progetto definitivo approvato dal CIPE, sia in sede di redazione del progetto esecutivo sia in fase di realizzazione delle opere, sono approvate esclusivamente dal soggetto aggiudicatore ove non assumano rilievo sotto l'aspetto localizzativo, né comportino altre sostanziali modificazioni rispetto al progetto approvato e non richiedano la attribuzione di nuovi finanziamenti a carico dei fondi ovvero l'utilizzo di una quota superiore al cinquanta per cento dei ribassi d'asta conseguiti; in caso contrario sono approvate dal CIPE. Le varianti rilevanti sotto l'aspetto localizzativo sono approvate con il

consenso dei presidenti delle regioni e province autonome interessate, espresso con la procedura di cui al comma 5 dell'articolo 165. ... Non assumono rilievo localizzativo le varianti di tracciato delle opere lineari contenute nell'ambito del corridoio individuato in sede di approvazione del progetto ai fini urbanistici”.

Ne consegue che anche in relazione alle opere di interesse strategico trovano applicazione i principi posti dall'art. 76 del codice degli appalti, sicché: 1) quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti possono autorizzare gli offerenti a presentare varianti; 2) le stazioni appaltanti precisano nel bando di gara se autorizzano o meno le varianti; in mancanza di indicazione, le varianti non sono autorizzate; 3) le stazioni appaltanti che autorizzano le varianti menzionano nel capitolato d'onere i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione; 4) le stazioni appaltanti prendono in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti minimi da esse prescritti.

Proprio il dato normativo appena ricordato impone di portare l'attenzione sulla *lex specialis* della gara.

Il paragrafo II.1.9 del bando di gara esclude espressamente l'ammissibilità di varianti, mentre il disciplinare non se ne occupa, limitandosi a prevedere, tra i criteri qualitativi da porre a base della valutazione, quello della “cantierizzazione e mitigazione degli impatti correlati”, per il quale si consente l'attribuzione al massimo di 11 punti, articolati in 4 punti per il sub elemento “realizzazione delle opere in sotterraneo”, 3 punti per il sub elemento “esecuzione delle opere in trincea” e 4 punti per il sub elemento “esecuzione del ponte sul fiume Adda”.

Sempre con riferimento ai contenuti dell'offerta tecnica, il capo III della lettera di invito, disciplina, al punto 3.1 lett. a), la possibilità di presentare proposte migliorative, individuate in un'apposita tabella, prevedendo che tali proposte possono riguardare solo determinati elementi e sub elementi, tra i quali vengono

indicati, alla voce 2, la “cantierizzazione e mitigazione degli impatti correlati”, con articolazione di tale voce in “2.1 realizzazione delle opere in sotterraneo - 2.2 esecuzione di opere in trincea - 2.3 esecuzione del ponte sul fiume Adda”; per le singole voci vengono ribaditi i punteggi massimi già stabiliti dal bando.

La norma in esame precisa, da un lato, che le proposte migliorative devono essere avanzate “con esclusione di qualsiasi variante plano-altimetrica dei tracciati”, dall’altro, che “le proposte migliorative non possono interessare aree non comprese nel piano particellare di esproprio, né contrastare con gli strumenti di pianificazione urbanistica, territoriale e paesistica e con qualsiasi altro strumento di programmazione e pianificazione territoriale di tipo prescrittivo, né apportare modifiche a quanto disposto nella procedura di VIA o nelle prescrizioni dettate dal CIPE ...”.

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

Dal complesso della disciplina ora richiamata emerge che la *lex specialis* di gara non consente la proposizione di varianti, ammettendo solo proposte migliorative limitate ai profili espressamente predefiniti dalla stazione appaltante.

Ne consegue, in primo luogo, che nella procedura di cui si tratta non è consentita la presentazione di offerte che contengano varianti in senso proprio, ossia che modifichino profili strutturali, qualitativi, prestazionali o funzionali dell'opera, come definiti nel progetto posto a base di gara (cfr. in relazione al tema della consistenza delle varianti, quando ammesse, si considerino Consiglio di Stato, sez. IV, 23 gennaio 2012, n. 285; Consiglio di Stato sez. V, 17 settembre 2012, n. 4916). La lettera di invito consente, per contro, la presentazione di proposte migliorative solo con riferimento al profilo della cantierizzazione e solo in funzione della mitigazione degli impatti ad essa correlati.

Ciò emerge in modo palese dal contenuto del richiamato paragrafo 3.2 lett. b) della lettera di invito, ove, rispetto ai profili appena considerati, si specifica che il concorrente che intenda avanzare proposte migliorative deve presentare una relazione contenente, da un lato, la descrizione dettagliata “dei criteri e delle modalità di organizzazione e gestione dei cantieri che intende adottare”, con particolare riferimento alla realizzazione delle opere in sotterraneo, all'esecuzione delle opere in trincea e all'esecuzione del ponte sul fiume Adda, dall'altro, l'illustrazione delle misure che si prevede di adottare per la mitigazione degli impatti correlati alla cantierizzazione.

Ne discende che la *lex specialis* di gara non consente la presentazione di offerte che modifichino il progetto posto a base di gara (d'ora in poi anche p.b.g.) in ordine a profili strutturali o qualitativi delle opere da realizzare, perché le modificazioni consentite attengono solo alla cantierizzazione, ossia all'organizzazione e alla gestione dei cantieri, nonché all'attenuazione degli impatti

che esse comportano rispetto alle opere da realizzare in sotterraneo (ad es. le gallerie), in trincea e rispetto alla costruzione del ponte sull'Adda.

5.3) Una volta delimitato l'ambito delle modificazioni consentite dalla legge di gara, occorre portare l'attenzione sulla tesi del ricorrente, il quale sostiene che il R.T.I. aggiudicatario abbia apportato varianti sostanziali al progetto posto a base di gara, anziché limitarsi ad introdurre proposte migliorative in relazione agli aspetti della cantierizzazione appena ricordati.

Si tratta di profili di natura strettamente tecnico-ingegneristica, perché attengono alle modalità costruttive e alle caratteristiche strutturali delle opere da realizzare emergenti dall'offerta dell'aggiudicataria, sicché proprio in relazione ad esse il Tribunale ha disposto una consulenza tecnica, di cui ora devono essere esaminate le conclusioni.

Con riferimento al primo dei quesiti sottopostigli, il C.T.U., dopo avere esaminato le deduzioni delle parti, ha evidenziato che rispetto alla gallerie da realizzare con “metodo Milano”, il progetto a base di gara prevedeva la realizzazione delle due pareti laterali mediante diaframmi in cemento armato, “mentre la ditta Strabag ha proposto di realizzare tali pareti mediante pali ad elica”, sicché “diversa è la tecnologia con la quale vengono realizzate le due pareti laterali: mediante diaframmi laterali continui secondo il p.b.g.; mediante pali ad elica secondo il progetto di Strabag”.

Sempre in relazione al primo quesito, il C.T.U. ha esaminato la soluzione progettuale proposta da Strabag e consistente nella “eliminazione nelle gallerie artificiali del solettone di fondo in cemento armato previsto dal p.b.g. con fondazioni soggette a cedimenti differenziali”, precisando che si tratta di una soluzione adottata tanto per le gallerie artificiali tipo “Milano”, quanto per quelle tipo “scatolare” con scavi non sostenuti.

Anche in tale caso il consulente ha messo in luce le difformità dal progetto posto a base di gara, precisando che nelle gallerie di tipo “scatolare” Strabag ha proposto non l'integrale eliminazione del solettone, ma “una riduzione dello stesso”, mentre nelle gallerie tipo “Milano” la soluzione tecnica di Strabag prevede l'eliminazione radicale del solettone.

Quanto alle conseguenze della soluzione proposta da Strabag in relazione al profilo progettuale in esame, il consulente ha precisato, anche a fronte delle deduzioni articolate dai consulenti di parte rispetto al tema dei possibili cedimenti correlati all'eliminazione del solettone, che la soluzione progettuale deve essere accompagnata “da un adeguato calcolo che tenga conto altresì delle caratteristiche del terreno e che conseguentemente permetta di dimensionare adeguatamente la fondazione”.

Nondimeno, il C.T.U. ha osservato che “ nel caso di specie, Strabag propone una modifica progettuale senza accompagnarla da un calcolo, che evidentemente si propone di redigere prima della esecuzione delle opere .... Lo scrivente non può che ritenere che a condizione di un calcolo adeguato e in assenza di eventi eccezionali ed imprevedibili (quali ad es. la imprevedibile modifica della falda), cedimenti fondazionali non possono verificarsi o quantomeno non possono essere significativi”.

Al di là degli aspetti ora visti, inerenti al rischio di cedimenti fondazionali e correlati alla mancanza di un calcolo puntuale sotteso alla modifica progettuale predisposta da Strabag e verosimilmente rinviato al momento dell'esecuzione delle opere, l'organo tecnico ha esaminato le conseguenze intrinseche alla tecnica costruttiva utilizzata, precisando che “cedimenti differenziali, in virtù della tecnica costruttiva utilizzata (che prevede la non esecuzione di un adeguato solettone) possono interessare la carreggiata, in ragione della diversa natura del materiale sottostante”.

Insomma, la modifica al progetto proposta da Strabag può non determinare cedimenti fondazionali, a condizione che sia supportata da un calcolo adeguato in sede di realizzazione (calcolo non predisposto in sede di progettazione), mentre evidenzia, in virtù della tecnica utilizzata, il rischio di cedimenti differenziali della carreggiata, in dipendenza della diversa natura del materiale ad essa sottostante (in particolare pagg. 46 e 47 della relazione redatta dal C.T.U.).

Il terzo profilo tecnico sottoposto al C.T.U. con il primo quesito investe la realizzazione “nelle gallerie artificiali di un solettone in cemento di copertura”.

In particolare, il progetto posto a base di gara prevede per le gallerie scatolari la realizzazione di un solettone di copertura che, per alcune gallerie viene eseguito in getto pieno e, per altre, è costituito da un manufatto prefabbricato con sovrastante getto di completamento.

Sul punto, “Strabag propone per alcune gallerie di tipo scatolare un solettone di copertura a getto pieno, mentre per altre gallerie tipo scatolare e per tutte le gallerie tipo Milano Strabag ha optato per la realizzazione di un solettone di copertura alleggerito e precompresso, con geometrie diverse” dal solettone previsto dal p.b.g..

Il consulente considera che “la diversità tra il solettone di copertura previsto dal p.b.g. e quello previsto da Strabag sta nel fatto che il primo è gettato in opera, con armatura ordinaria, mentre il secondo è gettato in opera, ma con armatura precompressa a cavi post-tesi .... più precisamente il solettone di copertura verrebbe precompresso mediante la tecnica della post-tensione con un numero variabile tra i 19 e 24 cavi”.

Rispetto alle criticità sollevate dai consulenti tecnici della parte ricorrente, in ordine alla soluzione tecnica predisposta da Strabag rispetto al solettone di copertura, il consulente d'ufficio considera che si tratta di rilievi critici derivanti dal “fatto che allo stato attuale (trattandosi di una proposta di progetto esecutivo) manca un

effettivo calcolo e progettazione dei singoli elementi della struttura”; insomma, si tratta di contestazioni che “a seguito di un adeguato calcolo, potranno trovare soluzione dal punto di vista ingegneristico ed esecutivo nella successiva fase di progettazione esecutiva”.

Nel rispondere al secondo e al terzo dei quesiti, relativo alle soluzioni progettuali adottate sia da Strabag, sia dal Consorzio ricorrente, in ordine alle modalità di realizzazione del ponte sull’Adda, il consulente tecnico evidenzia, da un lato, che le soluzioni proposte introducono “sostanziali modifiche” rispetto alla metodologia di montaggio della struttura, dall’altro, che entrambe le soluzioni riducono l’invasione delle zone golenali ed eliminano l’interferenza con l’alveo.

Il quarto quesito ha richiesto al consulente di illustrare quale rapporto intercorre tra le soluzioni progettuali sinora considerate e quelle previste nel p.b.g..

Con riferimento alle modalità di realizzazione del ponte, il consulente ribadisce che tanto la soluzione di Strabag, quanto quella proposta dalla parte ricorrente, sono migliorative, perché riducono “sensibilmente l’invasione delle zone golenali” ed eliminano “completamente l’interferenza con l’alveo”, fermo restando che entrambe le soluzioni implicano l’effettuazione di calcoli e delle verifiche conseguenti in fase di redazione del progetto esecutivo.

Rispetto alle soluzioni alternative proposte da “Strabag in ordine alle gallerie (ci si riferisce alla sostituzione dei diaframmi con i pali ad elica, alla eliminazione del solettone di fondo e alla sostituzione del solettone di copertura con un solettone alleggerito e precompresso)”, il consulente evidenzia che: 1) la sostituzione dei diaframmi con i pali ad elica può inquadrarsi nell’ambito dei miglioramenti del p.b.g. in relazione alla cantierizzazione e agli impatti correlati, in dipendenza del “non utilizzo di fanghi bentonitici; alla limitata azione di disturbo al terreno circostante; alla mancata interruzione delle eventuali falde sospese; alla esecuzione più rapida”; 2) anche la soluzione progettuale consistente nella eliminazione del

solettone di fondo può inquadarsi nell'ambito dei miglioramenti del p.b.g. in relazione agli aspetti della cantierizzazione e degli impatti correlati; “tale soluzione tuttavia si espone alla critica di non offrire adeguate e sufficienti garanzie a fronte del rischio di cedimenti della soletta costituente la carreggiata che verrebbe a poggiare su un terreno eterogeneo; 3) allo stesso modo, la soluzione progettuale consistente nell'utilizzo di un solettone di copertura precompresso può inquadarsi nell'ambito dei miglioramenti al p.b.g. in relazione all'aspetto della cantierizzazione e degli impatti correlati, “tale soluzione, tuttavia, si presenta carente dal punto di vista della sua effettiva eseguibilità, allorché si tratta di eseguire tale solettone sopra le due carreggiate in tempi diversi per garantire la permanenza della viabilità”; 4) “le soluzioni progettuali sopra descritte hanno comportato una modifica dello schema statico della struttura (ci si riferisce sempre alle gallerie), che prevede la realizzazione di un vincolo rigido tra il solettone della copertura delle gallerie e le teste dei paramenti verticali, in luogo degli irrigidimenti (ci si riferisce al solettone di fondo) previsti alla base delle gallerie secondo il p.b.g.. Trattasi, comunque, di modifiche che si presentano come consequenziali, cioè derivanti dalle scelte progettuali sopra descritte e che si presentano migliorative rispetto alla soluzione del p.b.g. in relazione alle tempistiche di esecuzione”.

Il quinto quesito ha imposto al consulente di confrontare le soluzioni adottate da Strabag in ordine alla cantierizzazione delle opere rispetto alle soluzioni proposte in sede di valutazione di impatto ambientale.

Sul punto il C.T.U. considera che il progetto predisposto da “Strabag concentra i cantieri in alcuni punti, ove anche il p.b.g. prevedeva l'esistenza del cantiere; le aree previste dal p.b.g. che non vengono più utilizzate per l'installazione dei cantieri vengono comunque utilizzate dall'Ati Strabag come aree di stoccaggio degli inerti, l'Ati Strabag prevede, inoltre, due cantieri ove contempla l'installazione di due impianti per la produzione di conglomerati bituminosi che non sono previsti nel

p.b.g.. E' evidente che modificando il numero dei cantieri, l'Ati Strabag viene a modificare la struttura dei cantieri, accorpendo in alcuni più funzioni e arrivando ad avere campi base/operativi semplici, base/operativi con impianti di betonaggio, base/operativi con betonaggio e impianto per conglomerati bituminosi".

Rispetto agli impianti per la produzione di conglomerati bituminosi, il consulente evidenzia che "il p.b.g. non prevedeva tali impianti e quindi anche il provvedimento ministeriale autorizzativo ai fini ambientali non ne ha tenuto conto", con la precisazione che "tutti gli impianti di cantiere dovranno essere soggetti ad adeguato dimensionamento in fase di progettazione esecutiva e assoggettati alla procedura autorizzatoria ordinaria", fermo restando "che nello studio di impatto ambientale non erano previsti gli impianti di bitumazione", sicché "non avendo il s.i.a. contemplato gli impianti di bitumazione, anche la v.i.a. non ha avuto ad oggetto tale aspetto".

5.4) Una volta richiamato il contenuto della relazione del consulente tecnico d'ufficio, va ora precisato che essa si distingue per l'evidente rigore tecnico, la coerenza metodologica, la puntuale aderenza all'oggetto dell'istruttoria, la completezza e la profondità di indagine, sicché, da un lato, integra un rilevante supporto istruttorio, con riferimento ai profili tecnici delle censure dedotte dal Consorzio ricorrente, dall'altro, merita piena condivisione in ordine alle conclusioni tecniche raggiunte.

Proprio le risultanze della consulenza sinora evidenziate consentono di trattare il motivo di impugnazione in esame, teso ad evidenziare l'inammissibilità dell'offerta presentata dall'Ati Strabag, in quanto recante delle varianti sostanziali al progetto posto a base di gara, in violazione della lex specialis.

Il motivo è fondato.

Si è già evidenziato (retro punto 5.2 della motivazione) che la lex specialis della gara esclude la presentazione di varianti in senso tecnico, consentendo solo

proposte migliorative con riferimento al profilo della cantierizzazione, ossia dell'organizzazione e della gestione dei cantieri, in funzione della mitigazione degli impatti correlati alla cantierizzazione predisposta per le opere da realizzare in sotterraneo, in trincea e rispetto alla costruzione del ponte sull'Adda.

La circostanza che le modificazioni consentite attengano solo alla cantierizzazione, esclude la possibilità di presentare offerte che modifichino profili strutturali, prestazionali o funzionali delle opere, come definiti nel progetto posto a base di gara, che, pertanto, non può essere alterato in relazione agli aspetti appena indicati.

Nondimeno, dalla relazione del consulente tecnico emerge con evidenza che l'offerta dell'aggiudicataria introduce delle modificazioni al progetto posto a base di gara non afferenti alla mera cantierizzazione, ma incidenti sulle caratteristiche strutturali e qualitative delle opere da realizzare e, pertanto, eccedenti i limiti di intervento consentiti dal bando, dal disciplinare e dalla lettera di invito, come condivisibilmente censurato con il motivo di cui si tratta.

Vale ribadire che la specifica disciplina di gara non consente di apportare modifiche al progetto posto a base di gara se non in relazione alla cantierizzazione e solo per limitarne gli impatti ambientali, sicché rimane esclusa la legittimità di qualunque variante incidente sulle opere da realizzare, sia che si tratti di una modificazione strutturale, sia che si tratti di una modificazione funzionale, qualitativa o prestazionale delle opere medesime.

L'offerta predisposta da Strabag modifica il progetto posto a base di gara, tanto rispetto alle modalità di realizzazione delle opere, quanto rispetto alle loro caratteristiche qualitative o prestazionali.

Invero, dalla relazione emerge, senza alcuna contestazione sul dato oggettivo, che rispetto alla gallerie da realizzare con "metodo Milano", il p.b.g. prevede la esecuzione di pareti laterali mediante diaframmi in cemento armato, mentre

Strabag ne propone la realizzazione mediante pali ad elica, utilizzando così una tecnologia diversa da quella prevista dal p.b.g..

Sempre in relazione alle gallerie, il C.T.U. evidenzia che il p.b.g. ne prevede la costruzione mediante la realizzazione di un solettone di fondo in cemento armato, mentre Strabag propone, tanto per le gallerie artificiali tipo “Milano”, quanto per quelle tipo “scatolare” con scavi non sostenuti, la sostituzione del solettone di fondo con fondazioni soggette a cedimenti differenziali, precisando che nella gallerie di tipo “scatolare” Strabag propone non l’integrale eliminazione del solettone, ma “una riduzione dello stesso”, mentre nelle gallerie tipo “Milano” prevede la radicale eliminazione del solettone.

A tale cambiamento strutturale, correlato all’adozione di tecniche costruttive diverse da quelle previste dal p.b.g., si accompagna una modificazione delle caratteristiche prestazionali delle opere.

Invero, al di là del problema relativo al pericolo di cedimenti fondazionali, allo stato non agevolmente risolvibile, perché dipendente dalla corretta effettuazione di calcoli ingegneristici non contenuti nell’offerta Strabag, ma rinviati alla fase di esecuzione dell’opera, il Consulente ha nitidamente messo in luce che la modificazione progettuale in esame determina, in virtù della tecnica utilizzata, il rischio di cedimenti differenziali della carreggiata a causa della diversa natura del materiale ad essa sottostante.

Anche rispetto alle modalità di realizzazione della copertura delle gallerie artificiali, il Consulente d’ufficio evidenzia che l’offerta di Strabag modifica il p.b.g, atteso che quest’ultimo prevede la realizzazione di un solettone, da eseguire in taluni casi in getto pieno e in altri utilizzando un manufatto prefabbricato con sovrastante getto di completamento, mentre Strabag propone solo per alcune gallerie di tipo scatolare un solettone di copertura a getto pieno, mentre per altre gallerie di tipo scatolare, nonché per tutte le gallerie tipo Milano, Strabag prevede la realizzazione

di un solettone di copertura alleggerito e precompresso, con geometrie diverse dal solettone di cui al p.b.g..

Pure in tale caso il C.T.U. evidenzia che sul piano funzionale la tecnica utilizzata può presentare criticità superabili mediante l'effettuazione, in sede esecutiva, di un adeguato calcolo ingegneristico, comunque non allegato all'offerta di Strabag.

Si badi, la consulenza tecnica d'ufficio sottolinea che le modifiche progettuali sinora esaminate possono incidere positivamente sulla cantierizzazione e sugli impatti correlati, perché la sostituzione dei diaframmi con i pali ad elica determina il non utilizzo di fanghi bentonitici, una limitata azione di disturbo al terreno circostante, la non interruzione di eventuali falde sospese e una più rapida esecuzione; nondimeno, si tratta di modificazioni che incidono sullo "schema statico" delle gallerie.

Sul punto, non merita condivisione la tesi espressa dalla stazione appaltante (in particolare nella memoria depositata il 10 maggio 2013), secondo la quale la modifica dello schema statico non integrerebbe una variante strutturale, perché sarebbe meramente conseguente all'adozione di modifiche migliorative della cantierizzazione e degli impatti correlati.

Si tratta di una impostazione che, se seguita, condurrebbe a ritenere legittima qualunque modificazione che presenti un beneficio in termini di minore impatto della cantierizzazione, ma non è questa la logica che, come già evidenziato, sottende la *lex specialis* in tema di proposte migliorative.

La *lex specialis* esclude a chiare lettere l'ammissibilità di varianti (cfr. punto II.1.9 del bando) e consente solo proposte migliorative in ordine alla cantierizzazione funzionale alla realizzazione delle gallerie e all'esecuzione delle opere in trincea e del ponte sul fiume Adda.

Ciò significa che l'offerta deve recare proposte migliorative in tema di "gestione e organizzazione dei cantieri" (capo 3.2 lett. b della lettera di invito) strumentali alla

realizzazione delle opere suindicate e non che l'obiettivo della riduzione dell'impatto ambientale dei cantieri può giustificare varianti di tipo strutturale.

Diversamente opinando si finisce col rovesciare radicalmente l'impostazione della disciplina di gara, ammettendo modificazioni strutturali e prestazionali delle opere previste dal p.b.g., in palese violazione del divieto di varianti posto dal bando di gara e del preciso ambito che la lettera di invito ritaglia alle proposte migliorative.

Insomma, le innovazioni introdotte da Strabag riguardano aspetti diversi dalla mera cantierizzazione e, pur potendo presentare risvolti positivi quanto all'incidenza ambientale della cantierizzazione, si traducono in modificazioni delle modalità di realizzazione delle opere tali da riflettersi sulle caratteristiche qualitative e prestazionali delle opere medesime.

Basti pensare al fatto che la tecnica di realizzazione delle gallerie incide sullo schema statico delle medesime e determina, in ragione della radicale eliminazione o della riduzione del solettone di fondo in cemento armato, l'emersione del rischio di cedimenti differenziali della carreggiata.

Tanto basta per evidenziare che le modificazioni al p.b.g. predisposte da Strabag eccedono i limiti consentiti dalla legge di gara, perché, pur presentando risvolti migliorativi sul piano ambientale, integrano delle modificazioni strutturali delle opere, ed in particolare delle gallerie, tali da alterarne le caratteristiche qualitative e prestazionali, perché ne modificano lo schema statico, determinando l'emersione di un rischio di cedimenti della carreggiata.

Ne consegue che l'offerta presentata dall'aggiudicataria non è coerente con il p.b.g., perché introduce delle modificazioni eccedenti l'ambito consentito dalla lex specialis, come condivisibilmente lamentato dal Consorzio ricorrente.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza della censura in esame.

Il carattere sostanziale della doglianza esaminata, tale da incidere in modo radicale sulla valutazione che l'amministrazione ha fatto dell'offerta di Strabag e quindi sul

provvedimento di aggiudicazione, consente di prescindere dall'esame delle ulteriori censure proposte dalla ricorrente.

6) Il Consorzio ricorrente chiede di potere conseguire l'aggiudicazione e la conseguente stipulazione del contratto, previa dichiarazione di inefficacia del contratto medesimo, qualificando la pretesa come risarcimento in forma specifica, mentre in via subordinata chiede la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente.

La domanda risarcitoria per equivalente, presentata con il ricorso principale e ribadita nei successivi ricorsi per motivi aggiunti, è stata precisata, in relazione al quantum, con memoria depositata in data 04 maggio 2013.

La ricorrente sostiene che lo svolgimento della specifica procedura di gara evidenzia la spettanza del bene della vita in suo favore in termini di certezza, attesa la sua posizione di seconda classificata all'esito delle valutazioni compiute dalla stazione appaltante.

Quanto alle voci di danno, il Consorzio Pedelombarda 2 le articola nel mancato conseguimento dell'utile ,che avrebbe percepito in caso di aggiudicazione, quantificandolo nella misura del 10% del valore dell'appalto, ossia in 230.000.000,00 di Euro, nonché nel danno curriculare, quantificato nella misura del 3% del valore dell'appalto, ossia in 69.000.000,00 di Euro.

6.1) La domanda rivolta ad ottenere l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, qualificata in termini di pretesa al risarcimento in forma specifica, non merita accoglimento.

Per chiarezza espositiva e sistematica, il Tribunale evidenzia che la pretesa all'aggiudicazione e alla stipulazione del contratto, previa dichiarazione di inefficacia del contratto già stipulato con l'aggiudicataria, non integra una domanda di risarcimento in forma specifica, perché si tratta di una pretesa priva di portata risarcitoria in senso stretto.

Sul punto, merita condivisione e va ribadito l'orientamento giurisprudenziale a mente del quale anche nel processo amministrativo la nozione di risarcimento in forma specifica va individuata secondo la logica civilistica, in quanto le norme di riferimento (prima l'art. 35, comma 1, del d.l.vo n. 80/98, poi l'art. 7, comma 3, della legge n. 1034/1971, come sostituito dall'art. 35, comma 4, del d.l.vo 31 marzo 1998, n. 80, alla luce delle modifiche introdotte dall'art. 7 della legge n. 205/2000 ed ora gli artt. 30, comma 2, e 34, comma 1 lett. c, c.p.a., che richiamano espressamente l'art. 2058 c.c.) non individuano in modo autonomo dalla disciplina civilistica la nozione dell'istituto in esame, sicché esso consiste nella diretta rimozione delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo tramite la produzione di una situazione materiale corrispondente a quella che si sarebbe realizzata se non fosse intervenuto il fatto illecito produttivo del danno.

La reintegrazione in forma specifica rimane un rimedio risarcitorio, ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato realizzata attraverso una prestazione diversa e succedanea rispetto a quella originariamente dovuta, sicché essa non può essere confusa né con l'azione di adempimento, diretta ad ottenere la condanna del debitore all'effettuazione della prestazione dovuta, né con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta delle conseguenze pregiudizievoli.

La forma specifica non è né una forma eccezionale, né una forma sussidiaria di responsabilità, ma uno dei modi attraverso i quali il danno può essere risarcito, la cui scelta spetta al creditore salva l'ipotesi di eccessiva onerosità o l'oggettiva impossibilità.

Insomma, lo strumento risarcitorio, quale mezzo di tutela praticabile in caso di lesione di una posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, sia esso per equivalente, o in forma specifica, si

caratterizza per l'imposizione al danneggiante di una "prestazione" diversa in sostituzione di quella originaria.

Ne consegue che se l'amministrazione era tenuta, in base ai criteri di legittimità che ne governano l'azione, al rilascio di un determinato provvedimento, l'adozione di quell'atto costituisce il contenuto primario della "prestazione" cui l'amministrazione era tenuta e non assume una funzione risarcitoria (cfr. in argomento Consiglio di Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338; Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716; Consiglio di Stato, sez. VI, 22 maggio 2008, n. 2449; Consiglio di Stato, sez. VI, 31 maggio 2008, n. 2622).

Si badi ciò non comporta un vuoto di tutela, perché l'ordinamento predispone strumenti processuali che consentono di conseguire la prestazione ab origine dovuta in caso di accertata illegittimità dell'azione amministrativa, in primo luogo attraverso l'attivazione, dopo una decisione favorevole all'interessato, del giudizio di ottemperanza.

La tutela specifica realizzabile attraverso la proposizione del giudizio di ottemperanza, si completa, ai sensi dell'art. 34, comma 1 lett. c, c.p.a., con la possibilità di esperire un'azione di condanna – in sede di cognizione e non di ottemperanza – al rilascio del provvedimento richiesto, a condizione che si tratti di attività vincolata o che, comunque, non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori da compiere ad opera dell'amministrazione, con la precisazione che l'azione deve essere deve essere esperita in modo necessariamente congiunto con quella di annullamento del diniego opposto dall'amministrazione, ovvero contestualmente all'azione avverso il silenzio serbato illegittimamente dall'amministrazione medesima.

A ben vedere siffatti rimedi, riferibili alla tutela conseguibile in generale tramite gli strumenti propri del processo amministrativo e non esclusivi del settore degli appalti, sono di più agevole applicazione per il ricorrente, rispetto ai rimedi

risarcitori, giacché si tratta di istituti di applicazione oggettiva, ancorati al dato dell'illegittimità dell'azione amministrativa e della natura del potere esercitato, mentre non postulano la dimostrazione di una responsabilità dell'amministrazione anche su base soggettiva, come è necessario per l'azione risarcitoria, che, in generale e salve le precisazioni da compiere in materia di appalti di rilevanza comunitaria, postula la dimostrazione dell'elemento soggettivo dell'illecito, in termini di dolo o colpa dell'apparato amministrativo.

Inoltre, i rimedi in esame non incontrano i limiti propri del risarcimento in forma specifica, che, ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c., richiede una verifica in termini di onerosità, verifica esclusa, invece, per il giudizio di ottemperanza, che incontra solo il limite della sopravvenuta impossibilità.

Tanto basta per evidenziare che la qualificazione della domanda volta ad ottenere l'aggiudicazione e il contratto in termini di domanda risarcitoria non è condivisibile, perché è diretta ad ottenere proprio il provvedimento cui, in ipotesi, avrebbe condotto un agire legittimo della stazione appaltante, ossia proprio la "prestazione" attesa dal ricorrente.

L'azione esperita deve, quindi, essere qualificata come domanda diretta ad ottenere, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, la dichiarazione di inefficacia del contratto al fine di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, ai sensi degli artt. 121 e 124 c.p.a..

Anche così riqualificata la domanda non può essere accolta.

Si è già evidenziato che l'appalto in esame concerne un'infrastruttura strategica, ma il ricorrente non ha dedotto, a sostegno della richiesta di dichiarazione dell'inefficacia del contratto, la sussistenza di una delle ipotesi delineate dall'art. 121 c.p.a., relativo all'inefficacia del contratto per gravi violazioni e rilevante anche in tema di infrastrutture strategiche, secondo la previsione dell'art. 125 c.p.a., sicché, proprio ai sensi della norma appena richiamata, l'annullamento

dell'aggiudicazione non incide sull'efficacia del contratto già stipulato e la tutela conseguibile dal ricorrente è quella risarcitoria per equivalente, nei limiti in cui sia dedotto un danno subito e provato.

Ne consegue il rigetto della domanda diretta ad ottenere l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto.

6.2) A questo punto, deve essere esaminata la domanda di condanna dell'amministrazione al risarcimento, per equivalente pecuniario, del danno asseritamente subito in conseguenza dell'illegittima aggiudicazione dell'appalto al raggruppamento Strabag AG e individuato nella perdita dell'utile che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto, quantificato nel 10% del valore dell'appalto, ossia in 230.000.000,00 di Euro, nonché nel danno curriculare, quantificato nella misura del 3% del valore dell'appalto, ossia in 69.000.000,00 di Euro.

La domanda è parzialmente fondata.

In via generale, l'accoglimento della domanda risarcitoria postula la dimostrazione degli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale, ai sensi degli artt. 2043 e seg.ti del codice civile, disciplina cui, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, deve essere ricondotta la responsabilità risarcitoria delle amministrazioni, comprese le stazioni appaltanti qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del d.l.vo 2006 n. 163, a prescindere, come nel caso di specie, dalla forma giuridica da esse rivestita.

Nondimeno, trattandosi di responsabilità risarcitoria correlata alla mancata aggiudicazione di un appalto pubblico, occorre fare applicazione del principio comunitario che esclude la rilevanza, in simili casi, dell'elemento soggettivo dell'illecito, configurando una responsabilità di natura oggettiva.

In particolare, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (cfr. C.G.U.E, sez. III, 30 settembre 2010, C314/09, che ribadisce principi già affermati da C.G.U.E 14 ottobre 2004, C275/03) afferma che la vigente normativa europea, che regola le

procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non consente che il diritto ad ottenere il risarcimento del danno da un'amministrazione pubblica, che abbia violato le norme sulla disciplina degli appalti, sia subordinato al carattere colpevole di tale violazione.

Secondo la Corte, il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1 lett. c), dell'originaria direttiva 89/665/CEE può costituire una forma di tutela in materia di appalti pubblici compatibile con il principio di effettività delle garanzie giurisdizionali solo a condizione che il risarcimento non sia subordinato, così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso previsti dal citato art. 2, n. 1, alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice.

Né rileva, in senso contrario, la circostanza che un ordinamento nazionale non faccia gravare sul ricorrente l'onere della prova dell'esistenza della colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, ma la presuma a carico della stessa; infatti, dal momento in cui si consente a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, si genera ugualmente il rischio che il ricorrente venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui la stazione appaltante riesca a vincere siffatta presunzione di colpevolezza.

Ne consegue che la regola comunitaria vigente in materia di risarcimento dei danni per illegittimità accertate in materia di appalti pubblici, per avere assunto provvedimenti illegittimi lesivi di interessi legittimi, configura una responsabilità di tipo oggettivo, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante da un principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici.

Vale evidenziare che sul punto la giurisprudenza ha precisato che, intesa in questo senso, tale regola non può essere circoscritta ai soli appalti comunitari, ma deve

estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario inerente all'effettività della tutela, a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro che per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore nel Codice appalti, ex art 2 del d.l.vo n. 163/06 (cfr., tra le più recenti, Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482; Consiglio di Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 966; Consiglio di Stato, sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437; Consiglio di Stato, sez. IV, 04 settembre 2013, n. 4439).

L'applicazione di tali principi al caso in esame rende irrilevante l'analisi dell'esistenza di colpa o dolo in capo alla stazione appaltante.

Né vi sono dubbi in ordine alla derivazione causale della lesione lamentata dall'illegittima aggiudicazione compiuta dalla stazione appaltante, atteso che il Consorzio ricorrente all'esito delle valutazioni compiute dalla commissione giudicatrice e dalla stazione appaltante si è collocato al secondo posto della graduatoria, immediatamente dopo il raggruppamento aggiudicatario.

Piuttosto, Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a. dubita della possibilità di ritenere che il bene della vita, rappresentato dall'aggiudicazione dell'appalto e dalla conseguente stipulazione del contratto, sarebbe spettato al Consorzio ricorrente in termini di certezza, qualora la stazione appaltante non fosse incorsa nelle illegittimità che hanno condotto all'annullamento dell'aggiudicazione in favore di Strabag.

In particolare, si sostiene che l'offerta presentata dalla ricorrente presenta profili di inammissibilità analoghi a quelli denunciati rispetto all'offerta di Strabag, sicché anche nei suoi confronti sarebbe stata preclusa l'aggiudicazione.

Le contestazioni si appuntano sulle modalità di esecuzione del ponte sul fiume Adda previste nell'offerta presentata dal Consorzio Pedelombarda 2, che secondo la stazione appaltante (cfr. in particolare memoria depositata in data 10 maggio

2013) comporterebbero l'introduzione di varianti non ammesse, sicché il Consorzio non poteva risultare aggiudicatario dell'appalto e, quindi, non sussisterebbe alcuna certezza in ordine alla spettanza dell'aggiudicazione e del contratto.

L'eccezione non può essere condivisa.

La deduzione coinvolge aspetti prettamente tecnici, prima che giuridici, rispetto ai quali sono stati sottoposti specifici quesiti al C.T.U., tanto in relazione alle modalità di esecuzione del ponte previste da Strabag, quanto rispetto a quelle proposte dal Consorzio ricorrente, secondo quanto già evidenziato.

Il Consulente ha posto in luce che le soluzioni proposte in tema di esecuzione del ponte da Strabag e dal Consorzio Pedelombarda 2 si diversificano, sia tra loro, sia rispetto al p.b.g., per le modalità di montaggio della struttura.

In particolare il p.b.g. prevede l'esecuzione mediante la predisposizione di opere provvisorie costituite da: 1) un ponte provvisorio sul fiume Adda; 2) cinque pile provvisorie da posizionare in alveo al corso d'acqua per il sollevamento dell'arco; 3) la creazione di accessi alle aree golenali ed all'alveo, indispensabili per fare arrivare gli elementi dell'arco fin sotto le strutture provvisorie indispensabili al montaggio.

La relazione tecnica evidenzia che, a fronte di tale schema operativo, Strabag "introduce sostanziali modifiche alla fase 2, riducendo sensibilmente l'invasione delle zone golenali ed eliminando completamente l'interferenza con l'alveo"; parimenti, la soluzione proposta dal ricorrente "porta sostanziali modifiche alla fase 2 del p.b.g. riducendo l'invasione delle zone golenali ed eliminando l'occupazione dell'alveo", fermo restando che le modalità che consentono di raggiungere tale risultato sono "profondamente diverse da quelle proposte dall'Ati Strabag" (cfr. relazione tecnica pag. 60 e seg.ti).

Dopo avere descritto le diverse modalità di assemblaggio previste dai due concorrenti, il C.T.U. precisa (pag. 73 della relazione) che “effettivamente entrambe presentano il pregio di ridurre l’interferenza dell’alveo del fiume; quanto al c.d. “concept strutturale”, se con esso si intende la struttura finita, è evidente che essa è uguale in tutte e tre le proposte, ciò che varia sono le modalità costruttive che sono molto diverse le une dalle altre...”.

Proprio in relazione alla soluzione di montaggio del ponte prospettata dal Consorzio ricorrente, il C.T.U. precisa che essa presenta “delle fasi critiche, che non escludono comunque la loro realizzabilità ...”; inoltre, nell’esaminare i riflessi delle modalità di montaggio del ponte previste dai due concorrenti, il consulente evidenzia che entrambe sono migliorative con riferimento alla cantierizzazione e mitigazione degli impatti correlati, perché le modalità di montaggio dell’arco sono tali da ridurre sensibilmente l’invasione delle zone golenali ed eliminano completamente l’interferenza con l’alveo.

Del resto, il C.T.U. rileva che le critiche sollevate dalle parti in ordine alla fattibilità dell’intervento, come proposto dall’una e dall’altra parte, “sono in buona sostanza legate al fatto che le proposte non coincidono con progetti esecutivi che implicano la redazione di un calcolo e delle verifiche conseguenti; sicché dette critiche riguardano aspetti che devono e possono trovare risoluzione nella successiva fase di redazione del progetto esecutivo” (cfr. pagg. 91 e 92 della relazione).

A questo punto, alla luce del dato tecnico appena richiamato, occorre verificare se le modificazioni previste dal Consorzio Pedelombarda 2, quanto alle modalità di esecuzione del ponte, integrino delle inammissibili varianti, oppure si collochino tra le proposte migliorative della cantierizzazione, in quanto dirette a limitarne gli impatti rispetto all’esecuzione del ponte sull’Adda.

Il Tribunale ritiene che quest’ultima sia l’opzione che si attaglia alla fattispecie in esame.

Si è già chiarito che la disciplina di gara non consente la presentazione di offerte che contengano varianti, ossia che modifichino profili strutturali, qualitativi, prestazionali o funzionali delle opere, come definiti nel progetto posto a base di gara, ammettendo solo proposte migliorative limitate al profilo della cantierizzazione e solo in funzione della mitigazione degli impatti ad essa correlati.

Rispetto alla proposta avanzata dal Consorzio Pedelombarda 2 in ordine alla realizzazione del ponte – così come, del resto, rispetto alla proposta avanzata da Strabag per la medesima opera – il consulente tecnico ha chiaramente evidenziato che l'innovazione rispetto al p.b.g. attiene alle modalità di montaggio della struttura, precisando che nessuna modificazione attiene alla struttura finita dell'opera, atteso che essa, ossia il c.d. "concept strutturale" è "uguale in tutte e tre le proposte", perché ciò che varia sono solo le modalità costruttive.

Certo, il consulente ha evidenziato che la soluzione proposta dal ricorrente presenta "delle fasi critiche", precisando però che esse non ne escludono comunque la realizzabilità, atteso che si tratta di criticità dipendenti dal fatto che le proposte avanzate "non coincidono con progetti esecutivi che implicano la redazione di un calcolo e delle verifiche conseguenti", sicché dette criticità "riguardano aspetti che devono e possono trovare risoluzione nella successiva fase di redazione del progetto esecutivo".

Per completezza vale evidenziare che analoghe valutazioni tecniche sono state formulate rispetto alle modalità di esecuzione del ponte proposte da Strabag.

Inoltre, dalla consulenza emerge che le modalità di montaggio del ponte previste dal Consorzio Pedelombarda 2, così come, del resto, quelle previste dall'Ati Strabag, sono migliorative degli impatti della cantierizzazione perché riducono sensibilmente l'invasione delle zone golenali ed eliminano l'interferenza con l'alveo.

Tanto basta per evidenziare che l'innovazione proposta dal ricorrente in ordine alle modalità di realizzazione del ponte sull'Adda non attengono alla struttura dell'opera, né alle sue caratteristiche qualitative, funzionali o prestazionali, perché si tratta di modifiche incidenti sulle modalità di montaggio del ponte, ossia su aspetti meramente operativi, tali da rientrare nella nozione di cantierizzazione, in coerenza con il limite che la *lex specialis* pone alla possibilità di presentare proposte migliorative.

Ne consegue l'infondatezza dell'eccezione in esame.

Del resto, nel corso della procedura la stazione appaltante non ha evidenziato altri profili, come ad esempio il superamento della soglia di anomalia, tali da incidere sulla valutazione di spettanza del bene della vita, valutazione da compiere ai fini risarcitori, sicché appare decisiva la circostanza che il Consorzio ricorrente si sia definitivamente collocato in seconda posizione nella graduatoria finale, di modo che, una volta caducata l'aggiudicazione in favore del primo classificato, deve essere valutata in termini di certezza la spettanza al Consorzio medesimo del bene della vita preteso (cfr. in argomento T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 05 marzo 2013, n. 2358).

6.3) Si tratta allora di definire le voci di danno rilevanti nel caso di specie, nei limiti della domanda avanzata dal ricorrente, nonché di determinarne l'ammontare.

6.3.1) Il Consorzio ricorrente deduce due voci di danno, quali la mancata percezione dell'utile e il pregiudizio curricolare, entrambi astrattamente coerenti con la lesione lamentata, ma che devono essere supportati sul piano probatorio.

Vale osservare, in linea con il dominante orientamento giurisprudenziale, che la riconduzione dell'illecito provvedimento allo schema della responsabilità extracontrattuale implica che incombe sulla parte danneggiata, che agisce per il risarcimento, l'onere di dimostrare, oltre all'esistenza di un pregiudizio e alla sua riconducibilità eziologica all'adozione del provvedimento illegittimo, anche la

misura del danno asseritamente sofferto (cfr. già Consiglio di Stato, sez. V, 25 gennaio 2002, n. 416).

Si tratta di applicare al giudizio risarcitorio, proposto davanti al giudice amministrativo mediante l'esperimento di un'azione di accertamento e di condanna, il principio generale sulla distribuzione dell'onere della prova, sancito dall'art. 2697 c.c., secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della pretesa vantata.

Certo, l'art. 64, comma 1, c.p.a., stabilisce che spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità e riguardanti i fatti posti a fondamento di domande e di eccezioni, ma il riferimento ad "elementi di prova" non vale a rendere applicabile nel giudizio risarcitorio il principio dispositivo con metodo acquisitivo, caratteristico del processo impugnatorio, perché rispetto alla domanda risarcitoria i mezzi di prova sono nell'immediata disponibilità di colui che ha subito il danno, sicché sarebbe priva di giustificazione l'applicazione del criterio caratteristico del giudizio di annullamento.

Ne consegue che il danneggiato non può limitarsi, ai fini della quantificazione del danno, ad allegare un principio di prova, ma è investito in pieno dell'onere della prova, dovendo dimostrare la consistenza del pregiudizio di cui chiede il ristoro.

Resta fermo che, anche ai fini della determinazione del quantum da risarcire, il danneggiato può avvalersi di strumenti indiretti di prova ed, in particolare, di criteri presuntivi, allegando elementi di fatto, ossia indizi idonei a porsi come base per la determinazione in via induttiva del danno.

La disciplina di riferimento è quella in tema di prova raggiunta attraverso presunzioni, le quali, ai sensi dell'art. 2727 c.c., sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato.

Vale precisare che, nella materia de qua, non operano presunzioni legali, capaci cioè di dispensare da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite,

ai sensi dell'art. 2728 c.c., ma solo presunzioni semplici, ai sensi dell'art. 2729 c.c., che, come tali, sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti (cfr. in linea con i principi ora enucleati si esprime Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3405).

In tema di struttura della prova per presunzioni semplici, vale evidenziare, in coerenza con il dominante orientamento giurisprudenziale, che tale mezzo di prova si articola in un ragionamento inferenziale, con la precisazione che i criteri logici, sui quali esso si basa, sono costituiti dalle massime di esperienza.

Tale ragionamento è di tipo deduttivo, se le massime di esperienza sono leggi scientifiche o naturali, mentre è di tipo induttivo, se le massime di esperienza esprimono soltanto una connessione probabile o verosimile fra le categorie di fatti, come nel caso di specie.

Inoltre, tra il fatto noto e quello ignoto non deve esistere un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, ma è sufficiente che il fatto da provare sia desumibile dal fatto noto come ragionevole conseguenza, secondo un criterio di probabilità, ossia con riferimento ad una connessione verosimile di accadimenti.

In altri termini, la relazione inferenziale tra il fatto noto e quello ignoto non deve porsi con carattere di necessità, ma di consequenzialità ragionevole e verosimile, secondo un criterio di normalità causale.

Sotto altro profilo, è pacifico che, seppure l'art. 2729 c.c. ammette solo presunzioni gravi, precise e concordanti, gli elementi assunti a fonte di prova non debbono essere necessariamente più di uno, potendo il convincimento del giudice fondarsi anche su di un solo elemento, purché grave e preciso, dovendo il requisito della "concordanza" ritenersi menzionato dalla legge solo in previsione di un eventuale, ma non necessario, concorso di più elementi presuntivi (per tali considerazioni si vedano, tra le più recenti, Cassazione civile, sez. II, 10 aprile 2013, n. 8781; Cassazione civile, sez. trib., 15 febbraio 2013, n. 3777).

A questo punto, occorre portare l'attenzione sull'ampiezza delle valutazioni che sono rimesse al giudice in sede di apprezzamento degli indizi dedotti dalla parte danneggiata.

In particolare, trattandosi di stabilire, mediante un giudizio ipotetico, se ed in che misura si sarebbe incrementata la sfera giuridica del ricorrente in caso di legittimo esercizio dei poteri della stazione appaltante e, quindi, di aggiudicazione in suo favore del contratto, ne consegue che il giudice deve esaminare il contenuto complessivo dell'offerta del ricorrente, così da stabilire, in base alla sua concreta consistenza, quale pregiudizio egli abbia verosimilmente sofferto.

Il Consorzio Pedelombarda 2 deduce, come prima voce di danno, la mancata percezione dell'utile che avrebbe conseguito mediante l'esecuzione del contratto; il ricorrente si limita ad indicare nella percentuale del 10% del valore dell'appalto, ossia in 230.000.000,00 di Euro, il danno da mancata percezione dell'utile.

Tale prospettazione non può essere condivisa.

In primo luogo, va evidenziato che dalla documentazione prodotta e dal contenuto dell'offerta presentata dal Consorzio Pedelombarda 2 non emerge una quantificazione dell'utile nella misura appena indicata, che non è supportata da specifiche risultanze documentali.

Ne consegue che il riferimento al parametro del 10% esprime la richiesta di applicazione di un criterio equitativo, ma su tale richiesta di applicazione automatica non è possibile convenire.

Come è noto, il criterio equitativo del 10% è desunto in via analogica dall'art. 345 della legge n. 2248/1865, all. F, che, però, riguarda un'ipotesi del tutto diversa da quella in esame, perché attiene al caso del recesso "ad nutum" della stazione appaltante nella fase di esecuzione del contratto.

Già questo profilo consente di evidenziare che il criterio forfettario ed automatico di liquidazione del danno, previsto da una norma speciale con riferimento ad un

caso particolare, non è suscettibile di essere automaticamente applicato a fattispecie diverse da quella per la quale è espressamente contemplato.

Inoltre, questo modo di procedere comporterebbe l'introduzione di una forma di indennizzo predeterminato, in contrasto con i principi in materia di prova del danno effettivamente subito (cfr. al riguardo Consiglio di Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2317).

Sul punto, merita condivisione la tesi giurisprudenziale secondo la quale la rigida applicazione del criterio del 10% conduce, almeno di regola, all'abnorme risultato per cui il risarcimento finisce per essere, per l'operatore economico danneggiato, più conveniente dell'impiego del capitale, perché gli consente di raggiungere un predeterminato risultato economico, senza sopportare in concreto il rischio di impresa.

Inoltre, sul piano probatorio la rigida applicazione del criterio del 10% condurrebbe ad una distorsione del sistema, tale per cui il ricorrente non avrebbe più interesse a provare in modo puntuale il danno subito, perché presumibilmente otterrebbe meno di quanto potrebbe conseguire mediante la liquidazione forfettaria fondata sul parametro del 10% (sul punto, T.A.R. Roma Lazio, sez. III, 05 marzo 2013, n. 2358; Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144).

Ne discende che il richiamato criterio del 10% non si presta ad un'applicazione automatica, ma integra solo un parametro di riferimento, che può essere utilizzato come punto di partenza per l'individuazione, nel quadro della liquidazione equitativa del danno, ex art. 1226 c.c., della percentuale di utile che l'operatore economico danneggiato avrebbe verosimilmente conseguito se fosse risultato aggiudicatario e se avesse concretamente eseguito il contratto.

Ciò trova conferma testuale nell'art. 124 c.p.a., ove si prevede che, in assenza di dichiarazione di inefficacia del contratto, spetta il risarcimento per equivalente del danno subito, a condizione, tuttavia, che lo stesso sia anche "provato", fermo

restando quanto già evidenziato in ordine alla rilevanza del meccanismo induttivo fondato su presunzioni semplici.

Si badi, le considerazioni sinora svolte non conducono a respingere la domanda risarcitoria in esame in ragione del mancato assolvimento dell'onere della prova, in quanto il Consorzio ricorrente ha, comunque, dedotto una specifica voce di danno ed ha indicato un parametro, ritenuto di comune esperienza, tale da condurre alla quantificazione del particolare pregiudizio.

Il problema è che il criterio indicato non si presta ad un'applicazione automatica, sicché occorre verificare se, in base alla documentazione acquisita al giudizio, sia possibile una quantificazione del danno da mancato conseguimento dell'utile aderente alla fattispecie concreta.

Sul punto va rammentato che nel giudizio risarcitorio, che ha ad oggetto, pur se proposto davanti al giudice amministrativo, l'accertamento della pretesa al risarcimento in conseguenza di un illecito extracontrattuale e la conseguente condanna del danneggiante, trova applicazione il principio di acquisizione dei mezzi di prova, formulato in relazione alle azioni esperibili nel processo civile.

E' pacifico che il principio relativo alla distribuzione dell'onere della prova, di cui all'art. 2697 c.c., non implica affatto che la dimostrazione dei fatti costitutivi della pretesa debba ricavarsi esclusivamente dalle prove offerte da colui che è gravato del relativo onere, senza poter utilizzare altri elementi probatori acquisiti al processo, poiché nell'ordinamento processuale vale il principio di acquisizione, secondo il quale le risultanze istruttorie, comunque ottenute e quale che sia la parte ad iniziativa o ad istanza della quale sono formate, concorrono tutte, indistintamente, alla formazione del convincimento del giudice, senza che la diversa provenienza possa condizionare tale formazione in un senso o nell'altro (cfr. Cassazione civile, sez. III, 30 gennaio 2012, n. 1303; Cassazione civile, sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4806; Cassazione civile, sez. III, 19 gennaio 2010, n. 739).

6.3.2) Si tratta ora di verificare quali siano, nel caso di specie, gli elementi indiziari idonei a consentire una determinazione dell'utile prossima, secondo criteri di verosimiglianza, a quello che il ricorrente avrebbe conseguito in caso di aggiudicazione in suo favore, pur muovendo dal criterio del 10%, da utilizzare come parametro generale di riferimento.

L'operare del meccanismo presuntivo comporta che spetti al giudice verificare, sulla base di tutti i dati acquisiti, se l'ipotesi risarcitoria adottata dal ricorrente trovi riscontro nelle risultanze fattuali, ossia negli indizi rilevanti ai fini della determinazione del danno; ciò perché la prova presuntiva – *presumptio hominis* e non *iuris* - consiste nella conseguenza che il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato, tanto che l'art. 2729 c.c. rimette espressamente le presunzioni semplici “alla prudenza del giudice”, precisando che non qualunque fatto dotato di forza indiziaria si presta a supportare la prova indiretta, poiché possono assumere rilevanza solo indizi che, univocamente e concordemente, conducono ad un preciso risultato probatorio, posto che le presunzioni ammissibili sono solo quelle gravi, precise e concordanti.

Il risultato probatorio cui tende il ricorrente è la dimostrazione di un particolare valore economico, ossia l'utile atteso dall'esecuzione del contratto, che integra una voce di lucro cessante e che dipende da una pluralità di fattori, connessi al concreto contenuto dell'offerta presentata.

Esiste, però, un dato economico che esprime con immediatezza il tipo di strategia imprenditoriale approntata dal concorrente per conseguire l'aggiudicazione e che si lega in modo diretto all'utile atteso.

Il riferimento va all'ammontare dell'offerta economica, in quanto risponde a criteri di ragionevolezza e al parametro dell'*id quod plerumque accidit* la circostanza che, a fronte di un'offerta economica, che, pur senza superare la soglia di anomalia, si presenti come fortemente competitiva, l'utile concretamente atteso si riduce e ciò è

espressione di una precisa scelta imprenditoriale, diretta a limitare il profitto, attraverso un'offerta economica bassa, pur di conseguire l'appalto e di eseguirlo.

Scelta del tutto coerente con criteri di corretta gestione aziendale, perché i vantaggi derivanti dall'esecuzione di un contratto assegnato dall'amministrazione sono molteplici e riferibili non solo all'utile sperato, ma anche al consolidamento della presenza dell'impresa in un determinato mercato, alla possibilità di accedere a nuovi settori di attività, magari di rilevanza internazionale, all'incremento della qualificazione, al miglioramento del proprio avviamento, nonché alla possibilità di accrescere la propria immagine di operatore capace di eseguire opere e servizi di particolare complessità, qualitativa e quantitativa.

Seppure la perdita di questi vantaggi – salvo quanto si dirà in seguito sulla domanda di danno curriculare – abbia comportato un pregiudizio economico, questo non è risarcibile in mancanza di specifica pretesa. Su tali voci non vi è stata domanda risarcitoria, né viene proposta una quantificazione del danno patrimoniale in ipotesi subito.

Sotto altro profilo, va precisato che concentrare l'attenzione sul concreto ammontare dell'offerta economica non comporta una lesione dell'autonomia delle scelte imprenditoriali, espressive della libertà negoziale dell'operatore economico danneggiato, perché non si traduce in un'alterazione dell'offerta presentata, ma nella sua analisi concreta, in sede di esame della domanda risarcitoria, con lo scopo di accertare la consistenza della voce di danno costituita dall'utile atteso.

In proposito, assume rilevanza la consolidata giurisprudenza in tema di valutazione di anomalia dell'offerta.

La dominante interpretazione giurisprudenziale riconosce che, in sede di apprezzamento dell'offerta anomala, così come in sede di giudizio di congruità dell'offerta non eccedente la soglia di anomalia, il concorrente sottoposto a valutazione non può fornire giustificazioni tali da integrare un'operazione di

“finanza creativa”, modificando, in aumento o in diminuzione, le voci di costo e mantenendo fermo l'importo finale; nondimeno, ciò non esclude che l'offerta possa essere modificata in taluni suoi elementi, compresi, in particolare, quelli relativi all'utile atteso, che può essere ridotto.

Resta fermo il principio per cui in un appalto l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione - pena la violazione della par condicio tra i concorrenti - ma ciò non toglie che, siccome l'obiettivo della verifica di anomalia è quello di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso e nel suo importo originario, affidabile o meno, allora anche il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia di quelli che militano a favore, sia di quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme.

Di conseguenza, si ritiene possibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci sono state inizialmente sopravvalutate e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci (cfr. al riguardo: Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

In particolare, la giurisprudenza ritiene coerenti con lo scopo del giudizio di anomalia e con il rispetto dei principi di parità di trattamento e divieto di discriminazione: a) una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni eventualmente già fornite), lasciando però le voci di costo invariate; b) un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento in sopravvenienze di fatto o normative, che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili.

Il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta “in itinere”, ma mira a verificare la serietà di un'offerta

consapevolmente già formulata ed immutabile (in tal senso: Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451).

Quello che non si può consentire è che in sede di giustificazioni vengano apoditticamente rimodulate le voci di costo senza alcuna motivazione, con un'operazione di "finanza creativa", priva di pezze d'appoggio, al solo scopo di "far quadrare i conti", ossia di assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato e si superino le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo (così espressamente, Consiglio di Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636).

Ecco allora che, nei limiti della ragionevolezza, emergente da dati variabili, tra i quali vanno annoverati anche quelli rappresentati dalla complessità dell'appalto, dal valore del medesimo, dal numero delle voci oggetto di rilievo e giustificazioni, non vi sono limitazioni prefissate al potere di verifica della stazione appaltante, né è escluso che si possa procedere in sede di verifica di anomalia ad un limitato rimaneggiamento degli elementi dell'offerta, purché la proposta contrattuale non venga modificata o alterata ( cfr. tra le altre Consiglio Stato, sez. VI, 7 marzo 2008, n. 1007).

Nel contesto di tale operazione si ammette pacificamente che l'impresa possa intervenire riducendo l'utile esposto, a condizione che tale voce non risulti del tutto azzerata, perché ciò che importa è che l'offerta rimanga nel complesso seria (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636; Consiglio di Stato, sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676).

Insomma, nel contesto della valutazione dell'anomalia o, comunque, della congruità dell'offerta, la giurisprudenza consolidata ritiene che essa sia seria anche laddove l'utile d'impresa si riduca, purché non risulti del tutto azzerato, ciò perché non può essere fissata a priori, ai fini del giudizio di anomalia, una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi per definizione incongrua,

dovendosi, invece, avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale nel suo insieme.

Risulta, pertanto, in sé ingiustificabile solo un utile pari a zero, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante, ove si tenga conto, come già evidenziato, delle ricadute positive in termini di qualificazione, pubblicità, curriculum conseguibili dall'operatore economico in forza dell'aggiudicazione e dell'esecuzione del contratto (cfr. T.A.R. Napoli Campania, sez. I, 10 settembre 2013, n. 4212; T.A.R. Firenze Toscana, sez. I, 09 maggio 2013, n. 742; Consiglio di Stato, sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206; Consiglio Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215).

E' pacifico che simili interventi sull'offerta non intaccano in modo lesivo le scelte gestionali del concorrente, perché si lascia ferma l'offerta complessiva, ma, al fine di consentirne la permanenza in gara, si ammette che una voce di costo possa essere recuperata attraverso la riduzione dell'utile, purché lo si mantenga su una percentuale sufficientemente remunerativa.

Insomma, l'utile previsto si rivela una voce elastica dell'offerta, nei limiti della ragionevolezza, perché si presta ad adattamenti funzionali all'equilibrio dell'offerta complessiva, di modo che una voce sbilanciata può essere recuperata incidendo sull'utile, senza alterare la serietà dell'offerta complessiva.

Esigenze di coerenza e di razionalità conducono a ritenere che la relazione tra l'utile e le altre voci dell'offerta non possa essere configurata in modo univoco, ossia solo al fine di mantenere in equilibrio l'offerta in sede di giudizio di anomalia, ma debba essere valutata anche al fine di stabilire, in sede di valutazione della domanda risarcitoria, la verosimile percentuale di utile conseguibile dal concorrente.

Così come una voce di costo anormalmente bassa, o comunque incongrua, può essere recuperata attraverso la riduzione dell'utile, perché è verosimile che

L'impresa accetti una contrazione dell'utile pur di coprire un costo esposto in modo eccessivamente basso, così da rimanere in gara, allo stesso modo è verosimile che un'offerta economica particolarmente bassa, tale da far conseguire al concorrente un punteggio elevato e da collocarlo ai vertici della graduatoria, sia ragionevolmente sostenibile dall'offerente solo attraverso l'accettazione di una riduzione dell'utile effettivamente atteso, a prescindere dall'utile eventualmente esposto nell'offerta.

Si tratta di passare, ai soli fini della decisione sulla domanda risarcitoria, dall'analisi astratta dell'offerta, all'esame concreto delle voci che la compongono, posto che il risarcimento deve ristorare tutto il danno effettivamente subito, ma non può eccederlo, perché non può tradursi in uno strumento di arricchimento.

Ne discende che il danno consistente nella perdita dell'utile, non direttamente provato nel suo concreto ammontare dal danneggiato, ma ricostruito in via presuntiva, sulla base di criteri di verosimiglianza, deve essere quantificato dal giudice verificando se l'ipotesi formulata dal ricorrente sia coerente con il contenuto dell'offerta economica, la quale, in ragione del suo ammontare, assurge ad indizio dell'effettiva aderenza della perdita lamentata al valore dell'utile concretamente conseguibile.

A ben vedere, si tratta di fare applicazione delle regole sottese all'ordinario meccanismo induttivo che fonda le presunzioni rimesse all'apprezzamento del giudice, il quale deve vagliare le allegazioni formulate dalla parte, confrontarle con i fatti rilevanti in concreto e, all'esito di tale operazione, portare a conclusione il ragionamento induttivo, individuando il ragionevole ammontare dell'utile effettivamente conseguibile e, quindi, il danno correlato alla sua mancata percezione.

Nella fattispecie in esame, il riferimento al contenuto dell'offerta economica del ricorrente conduce, in coerenza con i criteri sinora esaminati, ad escludere che l'utile concretamente atteso sia pari al 10% del valore dell'offerta.

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

Si tratta di ribassi particolarmente marcati, tanto che il Consorzio ricorrente ha ottenuto il massimo punteggio previsto dal bando per l'offerta economica, pari a 50 punti, mentre l'Ati aggiudicataria ha ottenuto, in ragione del più elevato ammontare della propria offerta economica, solo 38,864 punti.

Insomma, tra l'offerta economica del primo e del secondo classificato vi è un divario di circa 12 punti e complessivamente l'offerta aggiudicataria comporta una maggiore spesa per la stazione appaltante di circa 120 milioni di euro.

Si tratta di un dato dal quale non si può prescindere nel valutare la verosimiglianza della quantificazione del danno da mancata percezione dell'utile effettuata dal Consorzio Pedelombarda 2.

La presentazione di un'offerta connotata da un ribasso così marcato, non solo in valore percentuale, ma anche in valore assoluto – determinando un minor costo complessivo di circa 120.000.000,00 di euro – sottende una scelta imprenditoriale tesa a far prevalere l'obiettivo del conseguimento dell'aggiudicazione su quello della massimizzazione dell'utile.

Il dato economico appena evidenziato conduce, secondo i criteri di verosimiglianza di cui si è già trattato in ordine alla correlazione logica e fattuale tra l'entità dell'offerta economica e l'utile atteso, a ritenere non ragionevole il risultato

cui giunge il ricorrente in sede di quantificazione del danno da mancata percezione dell'utile.

In particolare, corrisponde all'id quod plerumque accidit la circostanza che un'offerta economica connotata da un ribasso così elevato, come quello esposto dal ricorrente, sia sostenibile, nell'ottica della serietà dell'offerta – qui apprezzata solo ai fini della decisione della domanda risarcitoria, ossia in funzione dell'accertamento della pretesa vantata, da compiere sulla base di una piena cognizione dei fatti sui quali essa si fonda – solo attraverso una riduzione dell'utile concretamente atteso.

In astratto è ipotizzabile che sulla consistenza dell'offerta economica abbiano inciso anche altri fattori, come una diminuzione dei costi relativi alla realizzazione dell'opera, nondimeno tale dato non vale ad inficiare il ragionamento presuntivo suindicato, perché risponde a normalità che un ribasso particolarmente significativo sottenda un'erosione dell'utile, fermo restando che nessuna spiegazione è stata fornita sul punto dal ricorrente, che si è limitato a sottolineare la spiccata onerosità che l'offerta aggiudicataria presenta per la stazione appaltante. Al contrario, proprio l'ordinaria applicazione della regola della distribuzione dell'onere della prova fa sì che incomba sul danneggiato la dimostrazione, precisa e puntuale, di fatti idonei a superare lo schema presuntivo delineato; nondimeno, le deduzioni del ricorrente nulla evidenziano sul punto.

Ecco, allora, che, in considerazione dell'entità del ribasso offerto, l'utile ragionevolmente conseguibile dalla seconda classificata non può eccedere la soglia equitativa del 5% del valore dell'offerta.

Sempre in un'ottica di determinazione presuntiva del danno da mancata percezione dell'utile, occorre portare l'attenzione su un ulteriore dato di comune esperienza.

L'attività dell'appaltatore è evidentemente sottoposta al rischio di impresa ed è normale che l'imprenditore tenga conto di tale dato in sede di quantificazione dell'offerta economica.

Nondimeno, quando l'esecuzione del contratto comporta lo svolgimento di attività particolarmente complesse, come nel caso di specie, è ragionevole ritenere che le previsioni in ordine al rischio di impresa non possano essere adeguatamente dettagliate, sicché tale rischio non può essere concretamente assorbito dal valore dell'offerta economica.

Tale circostanza si verifica nel caso in esame, che è connotato dall'esecuzione di opere e di servizi di progettazione, entrambi di spiccata complessità, in ragione della natura, delle dimensioni e delle difficoltà tecniche dei lavori da eseguire, nonché della loro incidenza su aree fortemente antropizzate.

Ciò nonostante, il ricorrente ha presentato un'offerta economica significativamente ribassata e particolarmente vantaggiosa per la stazione appaltante, tanto da meritare il massimo dei punti conseguibili; offerta che, pertanto, non risulta tale da realizzare un'adeguata copertura del rischio di impresa verosimilmente sopportato dall'appaltatore.

Tale dato conduce ad evidenziare, secondo criteri di verosimiglianza e di normale relazione causale tra accadimenti, che il rischio di impresa finisce col gravare sull'utile atteso, nel senso che, pur di presentare un'offerta economica "aggressiva", il Consorzio Pedelombarda 2 ha limitato l'assorbimento in essa del rischio di impresa prevedibile, il quale finisce col trasferirsi, dal punto di vista economico, sull'utile concretamente ritraibile dall'esecuzione del contratto.

Esigenze di coerenza e di simmetria impongono di valorizzare tale trasferimento del rischio anche in sede di quantificazione del danno da mancata percezione dell'utile, perché quest'ultimo deve essere determinato, seppure in via presuntiva,

mediante criteri aderenti alla realtà fattuale, che nel caso di specie esprime la tendenziale ricaduta del rischio di impresa sull'utile effettivamente conseguibile.

Del resto, il ricorrente non ha fornito elementi che permettano di superare le considerazioni appena svolte.

Sulla base di tali circostanze, il Tribunale ritiene che la percentuale di utile individuata nel 5% del valore dell'offerta debba essere, in sede di quantificazione equitativa del danno, ridotta di 1 punto percentuale, in ragione dell'elevato rischio di impresa concretamente sussistente nella fattispecie in esame, sicché il parametro di riferimento diventa del 4%.

La determinazione equitativa del quantum risarcibile a titolo di mancata percezione dell'utile richiede un ulteriore passaggio.

La giurisprudenza consolidata e meritevole di condivisione rileva che il mancato utile nella misura integrale, nel caso di annullamento dell'aggiudicazione e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, spetta solo se quest'ultimo dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, mentre, in difetto di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori e servizi; pertanto, in tale ipotesi deve operarsi una decurtazione del risarcimento di una misura per l'"aliunde perceptum vel percipiendum".

Si tratta, in particolare, di fare applicazione del principio emergente dall'art. 1227 c.c., in forza del quale il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, principio ripreso ed ampliato nella sua concreta portata applicativa dall'art. 30 c.p.a., ove si stabilisce che il giudice nella determinazione del risarcimento valuta tutte le circostanze di fatto ed il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

Con riferimento alle gare di appalto l'operatore economico non aggiudicatario, ancorché proponga un ricorso e possa ragionevolmente confidare di riuscire vittorioso, non può mai nutrire la matematica certezza che gli verrà aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative, compresa la possibilità per la stazione appaltante di decidere di non aggiudicare il contratto, ai sensi e nei limiti dell'art. 81 del d.l.vo 2006 n. 163, o di intervenire in autotutela sull'aggiudicazione già adottata.

Ne consegue che non costituisce una condotta normalmente diligente quella consistente nella immobilizzazione di tutti i mezzi d'impresa nelle more del giudizio e in attesa dell'eventuale aggiudicazione in proprio favore, essendo, invece, ragionevole e coerente con criteri di corretta gestione aziendale che l'impresa si attivi per svolgere, nelle more, altre attività, procurandosi prestazioni contrattuali alternative dalla quali trarre utili (cfr. tra le più recenti si consideri Consiglio di Stato, sez. V, 03 settembre 2013, n. 4376).

Insomma, l'imprenditore che partecipa ad una gara d'appalto e che ne contesta l'esito in sede giurisdizionale, pretendendo di ottenere l'aggiudicazione ed avanzando anche una domanda risarcitoria, è tenuto a rispettare il canone della diligenza professionale, ai sensi dell'art. 1176 c.c., canone la cui osservanza si può da lui pretendere, in quanto esercente professionalmente un'attività economica. E tale diligenza professionale si traduce nel dovere di attivarsi, in attesa dell'esito del giudizio, per svolgere altre attività, utilizzando le maestranze e i mezzi predisposti per l'appalto sub iudice e, quindi, procurandosi prestazioni contrattuali ulteriori dalle quali trarre utili, così da limitare le conseguenze dannose correlate alla mancata aggiudicazione della gara contestata.

Si tratta di una presunzione di comportamento diligente che può essere superata solo dall'operatore interessato, il quale è tenuto a dimostrare di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, ossia la propria struttura aziendale.

Nel caso di specie il danneggiato non ha dimostrato l'impossibilità di utilizzare diversamente gli strumenti d'impresa, sicché, in applicazione della presunzione appena indicata, si deve ritenere che egli abbia potuto utilizzare altrimenti il proprio complesso aziendale e ciò conduce, in sede di valutazione equitativa ad effettuare un'ulteriore decurtazione di 2 punti sulla percentuale del 4% come prima determinata.

Ma ciò non basta, perché il caso in esame presenta peculiarità che inducono a decurtare ulteriormente la somma spettante a titolo di risarcimento per mancata percezione dell'utile sperato.

Si è già evidenziato – e lo stesso ricorrente lo riconosce nella memoria depositata in data 4 maggio 2013 – che la gara in esame riguarda l'aggiudicazione di opere di rilevanza strategica, rispetto alle quali l'art. 124 c.p.a. esclude espressamente la possibilità per il giudice amministrativo, salve le ipotesi previste dall'art. 121 c.p.a., non dedotte e, comunque, non sussistenti nel caso di specie, di intervenire sull'efficacia del contratto, tanto che resta spazio solo per il ristoro mediante equivalente monetario.

A fronte di tale situazione, non è ragionevole ritenere che il ricorrente, dopo che la stazione appaltante ha stipulato il contratto con la controinteressata, potesse riporre affidamento sulla possibilità di conseguire l'aggiudicazione e di eseguire il contratto, sicché è del tutto inverosimile che abbia paralizzato il complesso aziendale di cui dispone in attesa dell'esito del giudizio.

Tale valutazione è rafforzata dalla considerazione dell'oggettiva complessità dell'appalto, che comprende lavori e servizi di particolare difficoltà, sia per le soluzioni tecniche richieste, sia per l'entità delle opere da realizzare.

Ecco, allora, che risponde ad equità operare un'ulteriore decurtazione sulla percentuale prima indicata, riducendola di 1 ulteriore punto percentuale.

Ne consegue che il valore percentuale da applicare per la determinazione del danno è pari all' 1%.

Quanto poi alla determinazione del valore cui applicare l'indicata percentuale non è condivisibile la tesi della ricorrente che pretende di riferirsi al prezzo posto a base di gara.

Difatti, siccome il prezzo a base di gara è oggetto di ribasso, manca qualunque correlazione tra il suo ammontare e l'utile previsto, correlazione esistente, invece, tra il valore dell'offerta economica complessiva presentata dal danneggiato e l'utile che avrebbe verosimilmente conseguito in caso di aggiudicazione del contratto in suo favore e successiva esecuzione dell'appalto.

Ne deriva che il quantum cui riferire il valore percentuale dell' 1% non è il prezzo posto a base di gara, pari a circa 2.300.000.000,00 euro, ma l'importo concretamente offerto dal ricorrente, che nel caso di specie risulta pari alla somma tra 1.437.094.804,14 euro (offerta economica per i lavori) e 26.529.619,82 euro (offerta economica per i servizi), corrispondente a complessivi 1.463.624.423,96.

6.3.3) La parte ricorrente lamenta un'ulteriore voce di danno, individuandola nel pregiudizio curricolare, consistente nell'impossibilità di fare valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore del contratto non eseguito e il requisito di capacità tecnica relativo alla tipologia di lavori oggetto dell'appalto in esame.

Tale danno viene quantificato nel 3% del valore dell'appalto, ossia in complessivi 69.000.000,00 di euro.

In proposito, il Tribunale osserva che se è condivisibile la prospettazione dell'esistenza di un danno curricolare, al contrario non lo è la quantificazione cui perviene la parte ricorrente.

Il c.d. danno curricolare si concretizza nella "perdita di qualificazione" risarcibile e per la sua esatta delimitazione occorre muovere da un considerazione già esposta:

L'interesse all'aggiudicazione di un appalto pubblico, nella vita di un operatore economico, va oltre l'esecuzione dell'opera in sé e i relativi ricavi diretti, dato che alla mancata esecuzione di un'opera pubblica, illegittimamente negata dall'amministrazione, si ricollegano indiretti nocuenti all'immagine dell'operatore economico, al suo radicamento nel mercato, all'ampliamento della qualità industriale o commerciale dell'azienda, al suo avviamento, cui si può aggiungere la lesione al rispetto della concorrenza, in conseguenza dell'indebito potenziamento dell'impresa concorrente, che opera sul medesimo ambito di mercato e che è stata dichiarata aggiudicataria della gara.

Ne consegue che l'impresa ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto può rivendicare, a titolo di lucro cessante, anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al "curriculum professionale", da intendersi come afferente anche alla qualificazione professionale, al di là dell'incremento degli eventuali specifici requisiti di qualificazione SOA e di partecipazione alle singole gare (in argomento si considerino, tra le altre: T.A.R. Roma Lazio, sez. III, 05 marzo 2013, n. 2358; Consiglio di Stato, sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681).

Tale voce di danno discende dall'impossibilità di utilizzare le referenze, derivanti dall'esecuzione dell'appalto sub iudice, nell'ambito di future gare cui il danneggiato potrebbe partecipare, tanto che la giurisprudenza ha pure evidenziato che il soggetto economico non può dirsi gravato, a questo proposito, da alcun particolare onere probatorio (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2012, n. 5846, che riflette un orientamento consolidato).

Anche per la quantificazione di questa particolare voce di danno occorre tenere conto delle peculiarità del caso concreto, atteso che la determinazione in via equitativa del danno deve comunque tendere ad un risultato aderente alla specificità del singolo caso.

E' evidente che il danno curriculare, come sopra definito, varia da un operatore economico all'altro ed è, inoltre, correlato alle peculiarità della singola gara, nel senso che in presenza di una gara, che richieda ai partecipanti altissimi livelli di qualificazione, il danno curriculare si riduce necessariamente, perché l'eventuale aggiudicazione potrebbe aggiungere molto poco o addirittura nulla alla qualificazione già posseduta; viceversa, una gara che non richiede elevati profili di qualificazione si presta ad arricchire la sfera giuridica dell'aggiudicatario e, quindi, ad incrementare in concreto la sua capacità di partecipare ad altre procedure.

In altre parole, se il danno curriculare è il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale, per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto, allora è ragionevole ritenere che tale danno si riduca al crescere del livello di qualificazione già posseduto dall'impresa, perché quanto più essa è qualificata, tanto meno la singola gara potrà accrescere la fama, il prestigio e la qualificazione di cui essa già gode (in argomento Consiglio di Stato, sez. III, 07 marzo 2013, n. 1381).

Quest'ultima situazione si verifica nel caso concreto, che si riferisce ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto di notevole complessità, avente ad oggetto lavori e servizi di progettazione, per la realizzazione di opere che, per difficoltà tecnica, estensione e costi, sono di non comune realizzazione.

Tant'è vero che il bando di gara, al paragrafo III.2.3, richiede ai concorrenti il possesso di una cifra d'affari non inferiore a 6.781.915.638,78 di euro, pari a triplo dell'importo posto a base di gara.

E' evidente che la qualificazione per partecipare ad una simile gara può essere posseduta solo da operatori, singoli o associati, che già si collocano al vertice della qualificazione nel particolare settore di attività, sicché l'aggiudicazione dell'appalto in esame non presenta una particolare capacità di arricchirne il curriculum.

Insomma, è del tutto ragionevole e coerente con l'oggetto del contratto da aggiudicare, ritenere che la mancata aggiudicazione abbia inciso in modo estremamente limitato sulla qualificazione della ricorrente, sicché il pregiudizio curricolare sfuma e il Tribunale ritiene coerente con criteri equitativi di quantificazione determinarlo nella percentuale dello 0,5% dell'offerta presentata dal ricorrente.

Del resto, né le deduzioni sviluppate da Consorzio Pedelombarda 2, né gli elementi adottati a supporto della domanda risarcitoria valgono a superare le considerazioni appena svolte.

6.3.3) In definitiva, il danno subito dalla ricorrente, a titolo di mancato conseguimento dell'utile derivante dall'esecuzione del contratto e di pregiudizio curricolare, deve essere quantificato applicando la percentuale complessiva dell'1,5% all'importo offerto dal ricorrente e pari a complessivi euro 1.463.624.423,96.

Ne consegue che la stazione appaltante deve essere condannata a risarcire al ricorrente la somma di euro 21.954.366,35, da intendersi come calcolata con riferimento ai valori attuali, ossia tenendo conto della svalutazione intervenuta nel periodo di riferimento.

Sulla somma così determinata ai valori attuali e con riferimento al periodo decorrente dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione e sino al deposito della presente sentenza non spettano gli interessi compensativi, quale criterio equitativo di liquidazione del pregiudizio subito dal creditore per il ritardo nell'utilizzazione dell'equivalente monetario, atteso che diversamente si determinerebbe un ingiusto arricchimento, facendo conseguire al ricorrente più di quanto avrebbe ottenuto nel caso di assegnazione dell'appalto, ciò in ragione delle voci di danno di cui è stato chiesto il ristoro (cfr. in argomento T.A.R. Napoli Campania, sez. VIII, 19 dicembre 2012, n. 5254).

Viceversa, considerato che con la liquidazione giudiziale il debito di valore si trasforma in debito di valuta, sulla somma sopra individuata devono essere corrisposti gli interessi nella misura legale, con decorrenza dalla data di pubblicazione della presente sentenza e fino all'effettiva soddisfazione del credito risarcitorio.

6.4) In definitiva, il primo ricorso incidentale deve essere respinto, mentre il secondo ricorso incidentale deve essere dichiarato in parte infondato e in parte inammissibile; inammissibilità che caratterizza anche i motivi aggiunti proposti rispetto al secondo ricorso incidentale.

Viceversa, il ricorso principale deve essere respinto, mentre deve essere accolto il primo ricorso per motivi aggiunti presentato dal ricorrente e nei limiti di quanto esposto in motivazione.

Deve essere dichiarata inammissibile la domanda diretta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto, mentre la domanda risarcitoria deve essere parzialmente accolta, nei limiti del ristoro per equivalente pecuniario, secondo quanto indicato in motivazione.

7) Dall'esame dei ricorsi proposti è emerso che la stazione appaltante ha aggiudicato l'appalto in esame, relativo a lavori e servizi per un importo particolarmente ingente, atteso che il prezzo complessivo posto a base di gara ammonta a circa 2.300.000.000,00 di euro, ad un concorrente la cui offerta, secondo quanto emerge dall'analisi compiuta dal CTU, reca modificazioni sostanziali al progetto posto a base di gara, in palese violazione della *lex specialis*, che non consente l'introduzione di varianti in senso proprio.

Inoltre, l'offerta risultata illegittimamente aggiudicataria si caratterizza per un'evidente maggiore onerosità per la stazione appaltante, rispetto a quella presentata dalla seconda classificata, perché eccede quest'ultima di circa 120.000.000,00 di euro.

Tali profili, correlati poi all'accertata responsabilità risarcitoria della stazione appaltante nei confronti del Consorzio ricorrente, secondo classificato, rendono doveroso disporre la trasmissione degli atti alla Procura presso la Corte dei Conti di Milano, per quanto di eventuale competenza.

Le medesime ragioni inducono a disporre la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, per quanto di eventuale competenza.

8) Ai sensi degli artt. 66, comma 4 e 67, comma 5, c.p.a. deve essere liquidato il compenso al Consulente tecnico d'ufficio, prof. Carmelo Majorana dell'Università degli Studi di Padova, il quale ha presentato una dettagliata nota di liquidazione di 41.904,00 euro per onorari e 2.293,00 euro per spese oltre IVA e Cassa.

Il Tribunale reputa congruo l'importo richiesto, in considerazione dell'impegno profuso dal consulente tecnico, della complessità dell'oggetto della consulenza, nonché dell'ampiezza ed esaustività della relazione prodotta, in cui si dà anche ampio riscontro del contraddittorio svolto con i consulenti tecnici di parte, le cui prospettazioni sono state diffusamente illustrate nella relazione conclusiva.

Il compenso del Consulente tecnico deve essere posto a carico sia della stazione appaltante, sia dell'Ati controinteressata, in solido tra loro e in parti uguali.

In relazione alle spese, il Tribunale ritiene che, salvo quanto appena indicato in ordine al compenso spettante al consulente tecnico, la spiccata complessità fattuale e giuridica della controversia conduca a compensare tra le parti le spese della lite..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, definitivamente pronunciando:

1) respinge il ricorso incidentale, depositato in data 18 novembre 2011;

- 2) dichiara inammissibile il ricorso incidentale depositato in data 26 gennaio 2012, nonché il successivo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 6 febbraio 2012;
- 3) respinge il ricorso principale, depositato in data 13 ottobre 2011;
- 4) accoglie in parte i ricorsi per motivi aggiunti, depositati dal ricorrente principale in data 29 dicembre 2011 e in data 08 febbraio 2012, secondo quanto esposto in motivazione e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione definitiva adottato in favore della parte controinteressata;
- 5) respinge la domanda diretta alla dichiarazione di inefficacia del contratto;
- 6) accoglie la domanda risarcitoria, per equivalente pecuniario, proposta dal ricorrente principale e per l'effetto condanna la stazione appaltante al pagamento della somma di euro 21.954.366,35 sulla quale dovranno essere corrisposti gli interessi al saggio legale, con decorrenza dalla data di pubblicazione della presente sentenza e fino all'effettiva soddisfazione del credito risarcitorio.
- 7) condanna la stazione appaltante e la parte controinteressata, in solido tra loro e in parti uguali, al pagamento del compenso spettante al C.T.U., prof. Carmelo Majorana dell'Università degli Studi di Padova, liquidato in complessivi euro 44.197,00 oltre IVA e Cassa pari alla somma tra i valori di 41.904,00 euro per onorari e di 2.293,00 euro per spese;
- 8) compensa, per il resto, le spese della lite;
- 9) dispone la trasmissione degli atti alla Procura presso la Corte dei Conti di Milano e alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, per quanto di eventuale competenza.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Silvana Bini, Consigliere

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2013

IL SEGRETARIO

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