

In materia di appalto-concorso la possibilità di apportare variazioni al progetto-guida fornito dall'amministrazione ai concorrenti è praticabile se, oltre che in caso di previsione del disciplinare, le modifiche apportate non incidano sulle linee fondamentali del progetto stesso e sulla identità del risultato finale: il progetto predisposto dall'amministrazione appaltante rimane vincolante in relazione alle scelte di fondo dei lavori da realizzare, potendo le ditte partecipanti arricchire lo schema originario salvaguardando la tipologia e le caratteristiche essenziali dell'opera

In tema di caratteristiche dell'appalto concorso, merita di essere segnalato il Consiglio di Stato con la decisione numero 3192 del 26 maggio 2006:

<Il sistema dell'appalto concorso per l'aggiudicazione di un contratto della p.a. è caratterizzato sia da un particolare sistema di scelta del contraente privato sia da una procedura distinta in due fasi.

Il contraente privato non viene individuato in base a graduatoria fondata su meri valori monetari, ma con valutazione delle offerte, sia sotto l'aspetto tecnico che economico, condotta in base a criteri generali preventivamente fissati nel bando di gara e nella lettera di invito, sistema di scelta che conferisce all'amministrazione un potere di valutazione discrezionale sindacabile ove nel suo esercizio incorra in vizi logici.

La prima fase della procedura è intesa ad individuare il progetto ritenuto più conveniente e in essa deve essere rigidamente osservato il principio della "par condicio" dei concorrenti, con valutazione, anche comparativa, delle offerte da questi presentate;

la seconda fase attiene all'esame del progetto prescelto che comporta l'introduzione di modifiche o varianti, anche di intesa con l'aggiudicatario e alla conseguente stipulazione del contratto; in essa, pertanto, per essere intervenuta la scelta, non occorre tutelare una uguale partecipazione dei concorrenti, che non possono, quindi, dolersi delle dette modifiche e intese innanzi al giudice amministrativo>

A cura di Sonia Lazzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

Sul ricorso r.g.n. 10912/2004 proposto in appello da ***** Impianti spa, in persona del l.r.p.t., in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con le società ***** Internazionale spa, in persona del l.r.p.t. e della *** srl, in persona del l.r.p.t., rappresentati e difesi dall'avv. Riccardo Marone e dall'avv. Antonio Giasi, con loro al domicilio eletto in Roma al viale Angelico n.38 presso lo studio Napoletano,

contro

Commissariato di Governo per l'emergenza rifiuti, bonifiche e tutela delle acque della Regione Campania, delegato ex O.P.C.M. 2425/1996 e seguenti, in persona del commissario p.t., rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici ope legis domicilia in Roma alla via dei Portoghesi n.12,

Provveditorato alle Opere Pubbliche per la Campania, in persona del l.r.p.t., rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato presso i cui uffici domicilia ope legis in Roma alla via dei Portoghesi n.12,

e nei confronti di

ATI **** spa, in persona del l.r.p.t., * spa, in persona del l.r.p.t., ** spa, in persona del l.r.p.t., ** Costruzioni srl, in persona del l.r.p.t., **e c. srl, in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Mario Salvi, con domicilio eletto in Roma al Lungotevere Flaminio n.46,

ATI Costruzioni **** spa, in persona del l.r.p.t., **** Idroimpianti spa, in persona del l.r.p.t., **** Costruzioni Generali ****, in persona del l.r.p.t., ** Gestione e Appalti spa, in persona del l.r.p.t., non costituita,

per l'annullamento

della sentenza n.13584/2004 depositata in data 7 ottobre 2004 con la quale il TAR Campania, Napoli, prima sezione, ha rigettato il ricorso principale e i motivi aggiunti r.g.n.12272/2003, e dichiarato inammissibile il ricorso incidentale.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Commissario Governo Emergenza Rifiuti e Bonifica e Tutela Acque e di **** spa in pr. e nella qualità;

Visto il Dispositivo di Sentenza n. 371/05;

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

Relatore alla udienza pubblica del 28 marzo 2006 il Consigliere Sergio De Felice;

Uditi gli avvocati delle parti, come da verbale di causa;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue;

FATTO

Con l'atto di appello si espone che il Commissario di governo per l'emergenza rifiuti, bonifiche e tutela acque della Regione Campania in data 7 agosto 2002 indiceva appalto da esperirsi con il metodo dell'appalto concorso per la progettazione esecutiva e la realizzazione chiavi in mano dell'impianto di depurazione delle acque reflue dei comuni di Ischia e Barano, relative a opere di adduzione e scarico, viabilità di accesso, sistemazione architettonica e ambientale, opere di riutilizzo delle acque reflue depurate, sulla scorta del progetto definitivo già esistente, per una potenzialità di 61.050 abitanti, per un valore complessivo presunto di euro 23.440.385, 64 per progettazione esecutiva e realizzazione dell'impianto e euro 1.136.000,00 per la gestione annuale.

L'esito della gara (l'aggiudicazione definitiva veniva impugnata con motivi aggiunti) veniva impugnato dalla società Passavano, attuale appellante, che si posizionava come terza graduata, e deduceva i vizi di violazione di legge e di eccesso di potere sotto vari profili, sostenendo, in sintesi, che le A.T.I. avversarie (**** e ****, prima e seconda classificata) avrebbero dovuto essere

escluse, essenzialmente per avere variato le modifiche dimensionali e ubicazionali dell'impianto, in violazione delle prescrizioni della Soprintendenza, recepite nel progetto definitivo dell'amministrazione e nel disciplinare di gara, oltre che per la mancanza di alcuni documenti e dichiarazioni richiesti dalla lex specialis della gara, nonché per alcuni profili di asserita inefficienza delle scelte processistiche di funzionamento dell'impianto progettato.

La ATI ****, prima classificata, proponeva ricorso incidentale, nel quale sosteneva che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa per avere proposto, nel progetto, l'uso di calcestruzzo meno resistente di quello di progetto.

Con l'atto di appello si contesta la ingiustizia della impugnata sentenza.

Si deduce la erroneità della tesi che ha ritenuto legittime le valutazioni della Commissione di gara, che ha accettato e condiviso le giustificazioni addotte dall'ATI proponente circa la rilevata diversità del progetto del contenitore dell'impianto di depurazione.

Si contesta l'assunto del primo giudice secondo cui la riduzione dell'impianto (per volumetria e dimensioni) non risulterebbe confutata da idonee allegazioni probatorie contrarie offerte da parte ricorrente, sicchè non ne esce vulnerata la legittimità della conclusione acquisita dalla commissione.

Il primo giudice, erroneamente, ha ritenuto che il vincolo contenuto nel capitolato speciale costituisca un limite massimo alla dimensione del manufatto, non precludendo soluzioni progettuali di più ridotte dimensioni, nel perseguimento del pubblico interesse.

Non erano pertanto ammessi progetti difformi dal capitolato, né potevano essere ritenuti come miglioramenti rispetto al progetto definitivo, come ha ritenuto il primo giudice.

Non si è tenuto conto del fatto che la stazione appaltante aveva espressamente vietato la presentazione di modifiche dimensionali, oltre al rispetto della volumetria.

Pertanto, la prima e la seconda classificata avrebbero dovuto essere escluse per diversità del progetto presentato. Le proposte migliorative eventualmente in difformità potevano riguardare soltanto il carattere estetico.

Nelle premesse del capitolato si ribadiva che i progetti esecutivi dovevano rimanere vincolati a tutti gli elementi progettuali approvati, con particolare riguardo alla volumetria complessiva.

Pertanto, doveva necessariamente disporsi la esclusione delle prime due classificate per violazione delle norme di gara.

Si fa presente che la diminuzione di volumetria comporta diminuzione di oneri economici, con alterazione della par condicio.

Le medesime considerazioni vanno svolte in ordine alle dimensioni inferiori al dovuto dell'impianto.

Si insiste nel sostenere la erroneità della aggiudicazione nei confronti di offerenti che hanno presentato un progetto sostanzialmente diverso.

Si contesta la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la presentazione del quadro della incidenza percentuale della quantità di manodopera nella busta C) anziché nella busta B) non rappresenta violazione della normativa di gara.

Si deduce la erroneità della sentenza di primo grado anche in relazione alla presentazione di documenti per le modalità di smaltimento dei materiali di scavo, del cronoprogramma dei lavori, della mancanza dei calcoli idraulici, alla affidabilità dei progetti presentati, alla fase di stabilizzazione dei fanghi, alla utilizzazione di calcestruzzo.

Si propongono le censure di difetto di motivazione, violazione della imparzialità, trasparenza.

Si è costituita l'amministrazione che chiede il rigetto dell'appello perché infondato.

Si è costituita altresì la ATI ***** spa, in proprio e nella qualità, che in via preliminare eccepisce la inammissibilità del ricorso proposto in primo grado perché notificato in data 3 novembre 2003 e depositato in data 20 novembre 2003 (si applicherebbe il termine dimezzato); inoltre, chiede il rigetto dell'appello principale e in subordine l'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado.

Questa sezione, ritenendo la produzione documentale utile e necessaria ai fini della decisione, con ordinanza istruttoria n.4435 del 2005 depositata in data 31 agosto 2005, chiedeva la produzione dei seguenti atti: di una relazione sull'utilizzo, da parte della ricorrente *****, di un calcestruzzo eventualmente diverso da quello previsto nel capitolato prestazionale; della autorizzazione paesistica relativamente al progetto definitivo e eventualmente anche a quello esecutivo; della perizia tecnica di parte dell'ing. Trani, redatta per conto della persona offesa, menzionata nel provvedimento del G.I.P: del tribunale di Napoli, sezione XII:

Alla udienza pubblica del 28 marzo 2006 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, va esaminata la sollevata questione di tardività del ricorso di primo grado, posta dalla ATI ***** spa, che sostiene che il ricorso di primo grado sarebbe stato depositato oltre il termine dimezzato di quindici giorni, perché depositato in data 20 novembre 2003, mentre la notifica risalirebbe al 3 novembre 2003.

La eccezione è infondata in fatto.

Pur condividendo la tesi della applicazione della regola della dimezzazione dei termini, ai sensi dell'art. 23 bis, comma 2 l.TAR, per tutti i giudizi indicati dal comma 1 dello stesso articolo, di quindici giorni decorrenti dalla notifica del ricorso di primo grado e di appello (così Consiglio Stato, a.plen., 31 maggio 2002, n.5, nella specie risulta dagli atti di causa che il giorno della ultima notifica è in realtà il giorno 6 novembre o addirittura successivo (come da nota di iscrizione a ruolo e da avvisi di ricevimento delle notifiche), mentre il deposito è avvenuto in data 20 novembre 2003.

2. Con riguardo al primo motivo di appello, si propone la censura, già respinta dal primo giudice, relativa alla illegittima ammissione di un progetto (esecutivo) difforme da quello definitivo di cui al capitolato. In sostanza, la aggiudicataria avrebbe presentato un progetto difforme con modifiche e stravolgimenti dimensionali rispetto alle previsioni tecniche vincolanti e addirittura la Commissione avrebbe valutato tali modifiche come migliorative.

Il bando prevedeva il divieto di modifiche sia in ordine alla area di allocazione che in ordine alle altezze di ingombro.

In sostanza, il progetto esecutivo veniva elaborato dall'offerente con altezza e superficie complessivamente più ridotte, riducendo sensibilmente la volumetria, contenendo le altezze di ingombro al di sotto delle previsioni di cui al progetto dell'amministrazione.

La tesi di parte appellante è che l'amministrazione appaltante non avrebbe posto un limite di volumetria complessiva, ma avrebbe espressamente vietato modifiche dimensionali al progetto definitivo.

Il capitolato avrebbe consentito solo modifiche di carattere estetico; il progetto esecutivo costituisce, in stretta conformità del progetto definitivo, una mera ingegnerizzazione del medesimo, non potendolo modificare nella sua sostanziale struttura.

Nella specie, per esempio, l'altezza era di quattro metri circa inferiore rispetto a quanto previsto nel progetto definitivo. Inoltre, si lamenta, la Commissione non ha il potere di modificare i criteri posti dalla amministrazione per tale valutazione, salva solo la possibilità di segnalare le proprie perplessità alla medesima.

La modifica di quanto previsto in maniera vincolante dal progetto definitivo, inoltre, costituirebbe anche una violazione della par condicio, in quanto miglioramenti in senso diminutivo consentirebbero illegittimi risparmi di spesa, che gli altri concorrenti non avrebbero attuato.

Ulteriore violazione consisterebbe nell'aver eluso tutti i procedimenti di pareri necessari e nulla osta paesaggistici.

In effetti, corre l'obbligo di questo giudice di osservare che la tesi di parte appellante trarrebbe forza da quanto sostenuto dal G.I.P. del Tribunale di Napoli, il quale, nella ordinanza di convalida di sequestro del 22.1.2005, condividendo molte delle osservazioni della perizia tecnica di parte redatta dall'ing. Trani, aveva ritenuto il nuovo progetto del tutto scollegato da quello preesistente e posto ad una distanza di 50 metri dallo stesso. Il nuovo progetto veniva ritenuto come riguardante completamente una nuova opera, con diverso posizionamento del depuratore e previsione di interventi su vasta area con grosso impatto ambientale, ma in carenza delle necessarie autorizzazioni (carenza che in parte riguarderebbe anche il progetto definitivo).

3. Ad opinione di questo giudice, la censura è infondata.

Come correttamente già osservato dal primo giudice, le previsioni del disciplinare di gara andavano intese e applicate nel loro significato logico finalistico.

Il progetto definitivo posto a base di gara, come emerge dalla lettera del capitolato prestazionale allegato alla lettera di invito, era vincolante solo per talune delle parti, mentre poteva essere variato e migliorato, per le restanti parti, nello sviluppo della progettazione esecutiva rimesso ai concorrenti. La parziale immutabilità dell'opera era finalizzata a ridurre e limitare l'impatto ambientale dell'opera e riguardava quindi l'area di allocazione, le altezze di ingombro, il progetto architettonico, sicchè era logico intenderlo come divieto di ampliamento delle dimensioni complessive esterne del manufatto e di occupazione di superfici diverse da quelle indicate nel progetto definitivo.

A pagina 1 del capitolato prestazionale allegato alla lettera di invito si prevede che “ad eccezione di quanto non espressamente specificato nel presente Capitolato, il progetto definitivo allegato non è vincolante per l’Amministrazione né per i partecipanti all’appalto concorso”. Il capitolato prosegue stabilendo la vincolatività per tutti gli elementi progettuali già oggetto di approvazione da parte degli Enti istituzionali, con particolare riguardo alla volumetria complessiva dell’impianto (area di allocazione ed altezze di ingombro) e all’impatto delle opere con l’ambiente circostante (progetto architettonico).

Al punto 6.7 di pagina 13 del capitolato suddetto si specifica che “per effetto di tali approvazioni (della Soprintendenza e della Autorità di Bacino, n.d.r.) la superficie utile delle opere risulta definita dal piano particellare grafico approvato con il progetto definitivo e pubblicato dal Comune di Ischia”.

Il punto 6.7 prevede che “Sulla scelta del sito e della sua delimitazione si sono già espressi favorevolmente gli enti competenti”.

Il capitolato prestazionale menzionato, al punto 6.8.1 prevede che gli elaborati architettonici e paesaggistici, su cui già si sono espressi favorevolmente gli enti competenti e in particolare l’amministrazione per i beni culturali e paesaggistici, “considerata l’ubicazione dell’impianto in un’area di particolare pregio ambientale e di elevata vocazione turistica”, “non potranno presentare modifiche dimensionali, ma proposte migliorative esclusivamente di carattere estetico”.

Parte appellante sostiene che era vietata ogni modifica dimensionale e che non era legittimo il solo rispetto (in maius) della volumetria complessiva massima, come hanno invece inteso sia la commissione che il primo giudice.

Al contrario, va osservato che delimitare significa determinare un limite, un confine dimensionale massimo e quindi non necessariamente un vincolo in relazione alla diminuzione dell’opera da eseguire.

La Commissione ha osservato, con riguardo al progetto presentato dalla ATI **** aggiudicataria, che “il contenitore all’interno del quale è contenuto l’impianto è caratterizzato da una forma diversa da quella del progetto definitivo, con altezza e superficie complessivamente più ridotte e quest’ultima comunque compresa nei limiti dell’area disponibile”.

Le ulteriori giustificazioni presentate dalla ****, condivise dalla commissione, spiegavano quanto segue: “il progetto è stato elaborato riducendo sensibilmente la volumetria complessiva, rispettando l’area di allocazione sia nel tracciamento perimetrale che nella conformazione similare a quella proposta dall’amministrazione; contenendo le altezze di ingombro al di sotto di quelle di cui al progetto dell’amministrazione, riducendo sensibilmente l’impatto delle opere civili con l’ambiente circostante..”.

In sostanza, l’opera oggetto del progetto presentato da **** era caratterizzata da “forma diversa da quella del progetto definitivo, con altezza e superficie complessivamente più ridotte e quest’ultima comunque compresa nei limiti dell’area disponibile”.

Il sistema dell’appalto concorso per l’aggiudicazione di un contratto della p.a. è caratterizzato sia da un particolare sistema di scelta del contraente privato sia da una procedura distinta in due fasi.

Il contraente privato non viene individuato in base a graduatoria fondata su meri valori monetari, ma con valutazione delle offerte, sia sotto l’aspetto tecnico che economico, condotta in base a criteri

generali preventivamente fissati nel bando di gara e nella lettera di invito, sistema di scelta che conferisce all'amministrazione un potere di valutazione discrezionale sindacabile ove nel suo esercizio incorra in vizi logici.

La prima fase della procedura è intesa ad individuare il progetto ritenuto più conveniente e in essa deve essere rigidamente osservato il principio della "par condicio" dei concorrenti, con valutazione, anche comparativa, delle offerte da questi presentate; la seconda fase attiene all'esame del progetto prescelto che comporta l'introduzione di modifiche o varianti, anche di intesa con l'aggiudicatario e alla conseguente stipulazione del contratto; in essa, pertanto, per essere intervenuta la scelta, non occorre tutelare una uguale partecipazione dei concorrenti, che non possono, quindi, dolersi delle dette modifiche e intese innanzi al giudice amministrativo (Consiglio di Stato, IV; 10.7.1999, n.1212).

In materia di appalto-concorso secondo il quale la possibilità di apportare variazioni al progetto-guida fornito dall'amministrazione ai concorrenti è praticabile se, oltre che in caso di previsione del disciplinare, le modifiche apportate non incidano sulle linee fondamentali del progetto stesso e sulla identità del risultato finale.

Il meccanismo dell'appalto concorso comporta che il progetto predisposto dall'amministrazione appaltante rimane vincolante in relazione alle scelte di fondo dei lavori da realizzare, potendo le ditte partecipanti arricchire lo schema originario salvaguardando la tipologia e le caratteristiche essenziali dell'opera.

La scelta dell'amministrazione appare anche la più logica e razionale, perché, oltre che rispettosa delle prescrizioni di gara, ha saputo coniugare la migliore offerta e quindi la scelta del miglior contraente (interesse primario al risparmio di spesa), con l'interesse pubblico – anche esso non secondario, al minore impatto paesistico ambientale.

Né può sostenersi che siano state violate le regole che attengono alla necessità di autorizzazioni relative ai progetti.

Come si evince anche dalla prodotta ordinanza di dissequestro n.1618/2005 R.G.P.M. Trib. Napoli/n.716/2005 R.I.M. Cau. Reali del Tribunale di Napoli, sez. Riesame emessa in data 1.6.2005, in relazione al progetto esecutivo era superflua l'autorizzazione paesistica, essendo essa stata rilasciata per il progetto definitivo, con parere espresso dalla Commissione edilizia integrata, emessa con decreto n.77 del 27.6.2000 dal Sindaco di Ischia, in qualità di autorità sub delegata in materia di beni ambientali, e assentita dalla Soprintendenza con nota del 10.10.2001.

L'autorizzazione paesaggistica, in relazione ai tre diversi livelli di progettazione (preliminare, definitivo ed esecutivo), ai sensi dei commi 4 e 5 dell'art. 16 L.109/1994, è richiesta in relazione al progetto definitivo, che "individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti nel progetto preliminare, e contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni ed approvazioni".

L'art. 26 del T.U.490/1999 prevede che "per i progetti di opere comunque soggetti a valutazione di impatto ambientale a norma dell'art. 6 l.349/1986, l'approvazione prevista dall'art. 23 è rilasciata da parte del Ministero in sede di concerto sulla compatibilità ambientale, sulla base del progetto definitivo da presentarsi ai fini della valutazione di impatto ambientale medesima".

Poiché quindi l'autorizzazione paesaggistica attiene al progetto definitivo, il progetto esecutivo **** appariva in regola, in relazione agli atti precedenti (parere favorevole sul progetto definitivo

espresso dalla Segreteria tecnica del Ministero dell'Ambiente il 27.4.2001; l'Intesa sul progetto definitivo espressa dal Ministero dell'Ambiente ed acquisita dal Commissario di Governo il 24.5.2001; la determinazione conclusiva della Conferenza di servizi del 3.7.2001, alla quale hanno partecipato il Commissario di Governo, la Capitaneria di Porto, i comuni di Ischia e Barano d'Ischia, il Genio Civile Opere Marittime, la Sovrintendenza per i Beni Architettonici e per il Paesaggio di Napoli e Provincia, eccetera).

4.L'altra censura riguarda la presentazione del quadro della incidenza percentuale della quantità di manodopera nella busta C), anziché nella busta B), che rappresenterebbe una violazione della disciplina concorsuale.

La doglianza è infondata in quanto, come osservato anche dal primo giudice, l'Ati **** ha prodotto il documento in questione inserendolo nella "busta C) Offerta economica" in ragione della asserita natura tipicamente economica di tale tipologia di documentazione, sicché l'inserimento in una busta anziché nell'altra, in mancanza di dimostrazione di effetti decisivi sull'esito della gara, presenta profili di mera irregolarità non invalidante.

5.L'altro motivo di appello, relativo alla asserita mancanza delle "informazioni di dettaglio sulle modalità di smaltimento del terreno delle operazioni di scavo", è infondato in quanto l'ATI **** ha previsto nel proprio progetto esecutivo il trasporto anche in relazione a "scavi, demolizioni, rimozioni, tagli, ecc."

La voce relativa agli scavi è stata inserita nel "Computo metrico estimativo delle opere civili relative all'impianto di depurazione"; tale documento economico è stato inserito, in ossequio a quanto disposto nella lettera di invito, nella busta C) Offerta economica.

6.Sono prive di pregio altresì le censure riguardanti le presunte carenze del cronoprogramma e la mancanza di calcoli idraulici del progetto dell'ATI ****.

Infatti, il cronoprogramma è stato consegnato, ai sensi dell'art. 42, comma 2, D.P.R. 554/1999, con gli elaborati di gara e unitamente all'offerta economica, scomposta in più voci, da cui consegue la comprensibilità del costo unitario di ciascuna delle suddette voci.

Con riguardo alla asserita carenza – in realtà parte ricorrente ne lamenta addirittura la inesistenza in rerum natura - dei calcoli idraulici in violazione dell'art. 35 DPR 554/1999 che al primo comma lettera d) prescrive che il progetto esecutivo debba comprendere anche i <<calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti>>, il collegio giudicante non solo osserva che il documento de quo è stato depositato nel giudizio di primo grado in data 12 giugno 2004, ma anche che esso è stato depositato unitamente all'offerta.

Se, poi, la censura di carenza vuole significare una mancanza progettuale in relazione alle c.d. *leges artis*, le leggi della tecnica ingegneristica, deve ribadirsi che dinanzi al giudice amministrativo è esclusa ogni valutazione che impinga nel merito riservato alla amministrazione procedente.

Nella specie, non si hanno elementi diversi dalle generiche affermazioni della parte appellante idonei a ritenere illogica o manifestamente iniqua o erronea la valutazione di tipo tecnico operata dalla commissione giudicatrice nel senso della adeguatezza o sufficienza dei calcoli idraulici del progetto ****.

7.Con la memoria di costituzione l'Ati **** ha dedotto, riproponendo il motivo di ricorso incidentale, la illegittima ammissione della appellante ATI **** a causa della carenza da parte del

progetto dalla medesima presentato, che farebbe riferimento all'utilizzo di un calcestruzzo di tipo diverso e in particolare inferiore rispetto a quello imposto dal Capitolato.

In fatto, dalla relazione sull'utilizzo del calcestruzzo depositata in data 21 febbraio 2006, ad opera del Commissario di Governo per l'emergenza bonifiche e tutela delle acque nella Regione Campania, si desume che sia l'ATI **** (seconda graduata) che la appellate ATI **** (terza graduata) avevano fatto riferimento ad un calcestruzzo di qualità inferiore rispetto a quanto indicato nel capitolato.

In più, va aggiunto che parte appellante ha dedotto tale motivo di censura, al fine di superare la c.d. prova di resistenza del suo interesse a ricorrere ed escludere dalla aggiudicazione anche la anteposta seconda graduata, ma in sostanza venendo contra factum proprium, sottoponendo in sostanza la valutazione di una censura, quella relativa all'utilizzo del calcestruzzo, evidenziata anche dalla controparte, che potrebbe elidere a margine l'interesse al ricorso originario, in quanto avrebbe dovuto comportare una esclusione sia dell'ATI **** che della ATI ****.

In realtà, se le doglianze di cui al ricorso incidentale di primo grado, qui riproposte, sono tese a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale, il giudice sarebbe tenuto a dare, o comunque potrebbe, priorità logica alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica su quelle questioni sollevate dal ricorrente principale, perché esse, pur profilandosi come questioni di merito, producono effetti sulla esistenza di una condizione della azione (la legittimazione ad agire o l'interesse a ricorrere, come nella specie), e quindi su una questione di rito (C. Stato, V, 5.3.2002, n.1695).

Nella fattispecie, trattandosi di contestazione relativamente a difetti dell'offerta che avrebbero potuto condurre anche alla esclusione della ricorrente, terza graduata, con la particolarità che la medesima censura era condivisa nelle sue difese da parte ricorrente, che a tale motivo si affidava per eliminare la proposta della seconda graduata, l'eventuale accoglimento, in limine, del ricorso incidentale avrebbe potuto esimere dall'affrontare le questioni di merito poste con il ricorso.

Avendo questo Collegio ritenuto di affrontare doverosamente tutte le censure proposte con l'atto di appello, già proposte in prime cure, il rigetto dell'appello esime dall'esame della riproposta questione, che pertanto è stata ritenuta in un certo senso condizionata alla rilevata fondatezza o meno del gravame principale.

8.Per le considerazioni sopra svolte, l'appello va respinto.

In considerazione della complessità della controversia, si ritiene che sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quarta, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, così provvede:

rigetta l'appello, confermando la impugnata sentenza.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 28 marzo 2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - 26/05/2006