



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 60 del 2012, proposto da:
Vipp Lavori S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Alessio Sambiagio,
con domicilio eletto presso l'Avv. Patrizia Ionna, in Ancona, corso
Garibaldi, 124;

contro

Regione Marche - Dipartimento per le Politiche Integrate di Sicurezza
e Protezione Civile, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Costanzi,
con domicilio eletto presso l'avv. Paolo Costanzi, in Ancona, piazza
Cavour, 23;

Commissione di Gara c/o Dipartimento Politiche Integrate, Regione
Marche Dipartimento per le Politiche Integrate di Sicurezza e
Protezione Civile Responsabile Procedimento, non costituiti;

nei confronti di

Consorzio Stabile COSEAM Italia S.p.A. in proprio e quale

mandatario della costituenda A.T.I., rappresentato e difeso dagli avv. Michele Ottani, Alberto Cerioni, Mauro Ciani, con domicilio eletto presso l'Avv. Alberto Cerioni, in Ancona, corso Garibaldi, 136;

per l'annullamento

- del Decreto del dirigente della P.F Difesa della Costa n. 138/DIF-DPS del 21/12/2011 con cui veniva decretato di "approvare i verbali n. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10 redatti dalla Commissione di gara, costituita con DDPF n. 53/DIF-DPS del 06/05/2011, rispettivamente in data 16/05/2011, 17/05/2011, 18/05/2011, 18/05/2011, 08/06/2011, 11/07/2011, 04/08/2011, 01/09/2011, 13/09/2011, 29/09/2011 e 17/10/2011 dove sono riportate le operazioni e le valutazioni della procedura aperta per l'appalto dei lavori di adeguamento della vasca di colmata realizzata nell'ambito dei lavori di II fase delle opere a mare in attuazione del vigente P.R.P. nel porto di Ancona;
 - degli atti connessi del procedimento di gara;
- nonché
per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Marche e del Consorzio Stabile COSEAM Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza 20/4/2012, n. 302;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2012 il dott. Tommaso Capitano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente ha preso parte alla procedura ad evidenza pubblica indetta dalla Regione Marche per l'affidamento dei lavori di adeguamento di una vasca di colmata situata nelle acque antistanti il porto di Ancona (importo a base di gara circa 9 milioni di euro; appalto da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa), risultando classificata al secondo posto della graduatoria finale, preceduta dall'a.t.i. capeggiata dal Consorzio stabile COSEAM.

2. L'aggiudicazione definitiva viene censurata per i seguenti motivi:

- illegittima omessa esclusione dell'a.t.i. aggiudicataria, la quale, nonostante il chiaro divieto previsto dal bando, ha apportato una variante sostanziale al progetto dell'opera (avendo, in particolare, previsto di utilizzare anche per la parte a terra dell'opera palancole metalliche, mentre il progetto posto a base di gara prevedeva per questa parte la realizzazione di un diaframma plastico);
- in subordine, l'offerta tecnica dell'a.t.i. è stata comunque illegittimamente sopravvalutata dalla commissione di gara, visto che la variante *de qua* non può essere ritenuta migliorativa (in quanto l'asserita riduzione dei quantitativi di terre di scavo è solamente teorica);

- la commissione non ha in alcun modo motivato i punteggi assegnati ai vari concorrenti;
- illegittimità del bando, in quanto non sono stati specificati i criteri e i sub-criteri di valutazione, il che è necessario anche quando la *lex specialis* stabilisce che le offerte siano valutate con il metodo del confronto a coppie;
- l'amministratore delegato e direttore tecnico della mandante dell'a.t.i. non ha reso la dichiarazione dell'assenza della causa di esclusione di cui all'art. 38, let. m-ter), D.Lgs. n. 163/2006.

3. Si sono costituite la Regione e la capogruppo mandataria dell'a.t.i. aggiudicataria, eccependo l'inammissibilità del ricorso e chiedendone in ogni caso il rigetto nel merito.

Con ordinanza n. 130/2012 è stata fissata per il 19 aprile 2012 l'udienza di trattazione del merito.

In data 20 aprile 2012 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 302/2012.

DIRITTO

1. Il ricorso va dichiarato inammissibile per difetto di interesse con riguardo alla domanda principale (finalizzata a conseguire l'aggiudicazione), mentre va respinto con riguardo alle censure volte ad ottenere l'annullamento integrale della procedura e la sua ripetizione. L'ultimo motivo di ricorso, infondato nel merito, diviene comunque irrilevante nell'economia complessiva del giudizio, come si avrà modo di precisare.

2. Il ricorso è senz'altro ammissibile con riferimento alle censure

inerenti la omessa indicazione nel bando e nel disciplinare dei sub-criteri di valutazione delle offerte e il difetto di motivazione dei giudizi espressi dalla commissione, in quanto l'accoglimento di tali doglianze, sia sotto il primo che sotto il secondo profilo, implicherebbe l'annullamento della gara e la sua ripetizione (e ciò darebbe tutela al c.d. interesse strumentale). Va solo precisato che anche la condivisione della censura riferita al difetto di motivazione implicherebbe l'annullamento della gara, in quanto l'avvenuta conoscenza delle offerte – e in particolare di quelle economiche – è di ostacolo ad una rinnovazione delle operazioni di valutazione da parte di una diversa commissione (non essendo garantita una piena serenità di giudizio dei nuovi commissari).

3. Le predette censure sono peraltro infondate.

Con riguardo al primo aspetto, il Collegio non ritiene che nella specie vi fosse la necessità di ulteriormente specificare i criteri di valutazione previsti dal disciplinare di gara, essendo l'opera in questione non particolarmente complessa dal punto di vista gestionale (nel mentre gli elementi indicati dall'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006 si riferiscono per la maggior parte ad opere che presuppongono future attività di manutenzione e/o una gestione economica delle opere medesime oppure che sono suscettibili di una valutazione riferita anche a profili estetici – si pensi ad esempio ad un'arteria autostradale o ad un ponte). Pertanto, oltre al fatto che la scelta dei criteri e sub-criteri di valutazione rientra in buona parte nella sfera di discrezionalità amministrativa insindacabile dal giudice e che nella specie non

vengono ovviamente in evidenza profili estetici, nel caso in esame i criteri in questione non sono né generici né insufficienti, stante anche il fatto che nel disciplinare sono stati indicati, sia per l'elemento A che per l'elemento B, i fattori oggetto di valutazione (per l'elemento A l'adozione, in corso d'opera, di strumenti atti alla verifica della verticalità e delle quote di fondo e dell'impermeabilizzazione fra le palancole e sul fondo; per l'elemento B l'uso di tecniche che riducono in termini quali-quantitativi gli effetti e i disagi dovuti alla presenza del cantiere). *Nulla quaestio*, ovviamente, per l'elemento C, relativo al ribasso percentuale sul tempo massimo di esecuzione dei lavori previsto dal bando.

Per quanto concerne il secondo profilo, il Collegio ritiene che allorquando il bando prevede che la valutazione sia svolta con il metodo del confronto a coppie la motivazione sta proprio nel grado di preferenza che ciascun commissario attribuisce ad ogni offerta nel raffronto con ciascuna delle altre (con riferimento ai singoli criteri o sub criteri di valutazione). Il metodo in esame fra l'altro ha il grande pregio di costringere i commissari ad esprimere, ancorché in termini meramente numerici, una valutazione necessariamente accurata e non generica, stante anche il fatto che eventuali punteggi anomali debbono essere oggetto di verifica finale (non può cioè succedere che uno o più commissari esprimano giudizi nettamente differenti da quelli espressi dalla maggioranza). Nel caso in esame, come sottolineato dalla difesa di COSEAM (punto 19 della memoria difensiva del 6 febbraio 2012) tale verifica ha dato esito negativo, non

essendosi registrati punteggi “anomali”.

Sarebbe stato quindi onere della ricorrente contestare i singoli giudizi (o almeno alcuni di essi), evidenziando i palesi errori di giudizio tecnico espressi dai commissari con riferimento ad uno dei due criteri di valutazione e con riguardo ovviamente ai concorrenti che si sono collocati ai posti più alti della graduatoria.

Ma questo non è stato fatto, e ciò anche perché la ricorrente ha conseguito un’ottima valutazione dell’offerta tecnica ed è stata danneggiata solo dal fatto che la commissione ha ritenuto ammissibile la variante progettuale proposta dall’a.t.i. COSEAM.

4. Ciò introduce all’esame del primo motivo di ricorso, che risulta invece fondato.

In effetti, non si può in alcun modo negare – come tentano di fare le parti resistenti – che l’aggiudicatario ha apportato una variante progettuale, avendo previsto un’opera concettualmente diversa da quella voluta dalla stazione appaltante. In effetti, è sufficiente una lettura anche superficiale del bando e del disciplinare di gara per avvedersi del fatto che è più volte specificato che la parte a terra dell’opera deve prevedere un diaframma plastico, mentre l’aggiudicataria ha previsto anche *in parte qua* la collocazione di un palancoolato metallico.

Al riguardo, si deve rilevare che:

- il bando stabilisce chiaramente il divieto di varianti progettuali, per cui tutte le ulteriori clausole della *lex specialis* vanno interpretate alla luce di questa regola generale;

- la commissione (in perfetta buona fede, è da ritenersi) ha quindi confuso due piani che debbono rimanere distinti. Da un lato vi è la regola generale, dall'altra vi sono i criteri di valutazione e le altre clausole descrittive dell'opera, le quali, come detto, vanno interpretate alla luce della regola generale. In sostanza è vero quello che afferma la commissione circa il fatto che anche il palancolato metallico garantisce la impermeabilità della vasca, ma l'ammissibilità di questa variante andava verificata alla luce della regola generale fissata dal bando e dunque la stessa avrebbe potuto essere oggetto di valutazione solo se fosse stata ammissibile;
- da un punto di vista giuridico, la confusione fra i due distinti piani a cui si è fatto cenno implica la potenziale alterazione della *par condicio*, poiché è del tutto normale che un concorrente (che, adeguandosi alla regola generale del divieto di varianti, ritiene di doversi muovere entro il perimetro progettuale posto a base di gara) può essere penalizzato in sede di valutazione laddove la stazione appaltante ritenga invece ammissibili varianti progettuali. E nella specie, come si è già osservato, l'a.t.i. COSEAM è risultata vincitrice proprio in ragione della ottima valutazione conseguita per la variante progettuale;
- è chiaro che dal punto di vista tecnico (e anche economico, stante la sostanziale omogeneità dei ribassi praticati dai concorrenti collocati ai primi posti della graduatoria) la decisione della commissione può anche apparire giusta e corrispondente all'interesse pubblico, ma il problema è che nelle procedure ad evidenza pubblica ai concorrenti va garantita la parità di condizioni, sia nella fase di accesso che nella

fase di valutazione;

- scendendo all'esame della questione tecnica, ossia il fatto che la scelta progettuale dell'a.t.i. COSEAM implica la eliminazione del pericolo di contaminazione da bentonite, si tratta di profilo irrilevante ai fini della valutazione delle legittimità dell'operato della commissione e della stazione appaltante, perché è evidente che, nel momento in cui ha ritenuto di prevedere una particolare modalità costruttiva della vasca, la Regione ha accettato il fatto che l'appaltatore potesse utilizzare una miscela di cemento e bentonite per la realizzazione del diaframma plastico. Pertanto, la commissione aveva quantomeno l'onere di interpellare la stazione appaltante per chiedere chiarimenti sul punto, mentre la Regione, laddove si fosse avveduta della erroneità (o comunque della "migliorabilità") del progetto, avrebbe dovuto modificarlo e bandire una nuova gara;

- la verità è che le varianti ammissibili riguardavano solo le modalità di realizzazione dei lavori (ad esempio, l'utilizzo di materiali di nuova concezione, o di macchinari tecnicamente più evoluti e in grado di ridurre gli impatti acustici e le altre emissioni nocive, oppure la predisposizione di particolari schermature per ridurre l'impatto visivo del cantiere, etc.). Peraltro, proprio la relazione tecnica presentata dall'a.t.i. COSEAM con riferimento al criterio di valutazione B conferma che esistono numerosi altri espedienti tecnici che, ferma restando la realizzazione del diaframma plastico nella parte a terra della vasca, sono utili a ridurre gli impatti del cantiere (ed in particolare del volume di terre di scavo e dei reflui). Quello ipotizzato

dalla ricorrente è proprio uno di quegli espedienti utili a ridurre gli impatti del cantiere, ma nello stesso tempo rispettoso del progetto tecnico posto a base di gara, per cui sono da respingere le eccezioni sollevate dalle parti resistenti e fondate sul broccardo *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*. Va infine evidenziato che la realizzazione del diaframma plastico implica la predisposizione di una vasca di stoccaggio provvisorio dei materiali di scavo, il che costituisce un altro onere progettuale e finanziario che si è ripercosso sulle offerte dei concorrenti che si sono attenuti al progetto posto a base di gara (e che invece l'aggiudicataria si è potuta esimere dal prevedere, con conseguente incidenza positiva sull'offerta economica).

5. L'ultimo motivo di ricorso diventa irrilevante, in quanto il Collegio ritiene che l'offerta dell'a.t.i. COSEAM non dovesse essere comunque ammessa a valutazione. In ogni caso, il motivo è infondato e ciò per le condivisibili ragioni esposte dalla controinteressata alle pagine 40 e seguenti della citata memoria difensiva del 6 febbraio 2012.

6. Si deve a questo punto passare all'esame della questione principale che discende dall'accoglimento del primo motivo di ricorso, ossia la sussistenza in capo alla ricorrente dell'interesse ad agire.

La questione da dirimere è se l'annullamento dell'aggiudicazione relativa ad una gara in cui è previsto che le offerte siano valutate con il metodo del confronto a coppie implica il semplice ed automatico scorrimento della graduatoria (come sostiene in via principale la ricorrente) oppure se (come sostengono invece le controparti) l'esatta

esecuzione della sentenza imporrebbe la rettifica della graduatoria previa esclusione di tutti i punteggi relativi ai confronti in cui compare l'impresa esclusa e quindi la preventiva verifica dell'esito della c.d. prova di resistenza. Va precisato che la ricorrente principale, in via subordinata, sostiene anch'essa la necessità della rettifica della graduatoria, ma con la differenza sostanziale che tale rettifica potrebbe essere disposta solo dalla stazione appaltante, non potendo la proiezione dell'esito finale essere operata in sede giudiziaria. Questa tesi è funzionale ad evitare la declaratoria di inammissibilità del ricorso e ad ottenere in questa sede una pronuncia di merito dalla quale discenda l'obbligo per la Regione di avviare un ulteriore segmento di attività procedimentale i cui esiti non sono allo stato determinabili.

Va poi risolta un'altra questione posta dalla ricorrente, la quale sostiene che la presentazione di un'offerta contenente una variante non autorizzata dal bando potrebbe anche comportare (e questa è una delle risposte che si attendono dal Tribunale) non già l'esclusione ma la semplice deteriore valutazione dell'offerta medesima. Anche in questo caso la condivisione della tesi di Vipp Lavori implicherebbe l'accoglimento del ricorso e la rimessione degli atti alla Regione per il seguito di competenza.

7. Iniziando dall'ultima questione, si deve rilevare che nella specie l'offerta dell'aggiudicataria andava esclusa dalla fase di valutazione poiché la variante proposta dall'a.t.i., come risulta *per tabulas* e come è stato confermato nel corso della discussione orale, investiva entrambi

i criteri di valutazione previsti dal bando (elemento A ed elemento B), per cui l'offerta in esame non corrispondeva a quanto richiesto dalla stazione appaltante. Pertanto, sotto questo profilo non è tutelabile l'interesse strumentale alla ripetizione della fase di valutazione, dovendo dall'accoglimento del primo motivo di ricorso discendere la non ammissione dell'offerta COSEAM alla fase di valutazione.

8. Per quanto concerne invece l'argomento secondo cui non sarebbe possibile nel caso in esame calcolare *ex ante* gli esiti della c.d. prova di resistenza, si tratta di affermazione che non può essere condivisa, visto che:

- lo sviluppo dei calcoli che fa seguito all'attribuzione dei punteggi parziali da parte dei singoli commissari è eseguibile con un normale foglio di calcolo elettronico (ad esempio, quello ideato e commercializzato dal più noto produttore di software del mondo);
- in effetti, nel caso in esame la rimodulazione della graduatoria non implica alcuna valutazione discrezionale, ma la semplice eliminazione di tutti i punteggi parziali relativi ai confronti nei quali compare l'offerta da escludere. La ricorrente, invece, sollecitata dalle eccezioni di controparte ad elaborare una proiezione numerica, ha erroneamente eliminato solo il punteggio finale conseguito dall'a.t.i. COSEAM (in tal modo risultando sempre collocata al primo posto utile della graduatoria), ma questo non è un criterio corretto, visto che i punteggi finali conseguiti dai vari concorrenti ammessi debbono essere depurati dei punteggi parziali da essi ottenuti negli "scontri diretti" con l'impresa/a.t.i. che avrebbe dovuto essere esclusa dalla

fase di valutazione;

- fra l'altro, sotto questo profilo non vi è molta differenza rispetto a quello che accade in una gara da aggiudicarsi al massimo ribasso. Anche in questo caso, infatti, l'esclusione di un'offerta implica la rideterminazione della media dei ribassi e della soglia di anomalia, previa eliminazione dalla base di calcolo del ribasso offerto dalla ditta da escludere.

9. Nella specie, la Regione ha provveduto ad elaborare quella che sarebbe la nuova graduatoria a seguito dell'esclusione dell'aggiudicataria e, in tale graduatoria, Vipp continua a rimanere seconda graduata (superata questa volta da Sidra). Vi è pertanto un difetto di interesse all'accoglimento del primo motivo di ricorso.

10. Passando invece alla giustificazione teorica della decisione che il Tribunale ritiene di dover assumere, vi è da rilevare in primo luogo che i richiami giurisprudenziali operati dalla ricorrente e dalla controinteressata per la massima parte non sono risolutivi, visto che le massime citate nei rispettivi atti difensivi (le quali, curiosamente, sono in parte desunte dalle medesime sentenze) sono ovviamente piegate alle tesi che ognuna delle due imprese tenta di accreditare.

Ad ogni buon conto, partendo dalle ultime decisioni in ordine cronologico che sono state richiamate, le stesse possono essere divise in due gruppi.

La ricorrente richiama in particolare le quattro decisioni (due del TAR Napoli e due del Consiglio di Stato) che hanno contraddistinto una controversia scaturente dall'esito di una procedura ad evidenza

pubblica in cui era previsto – come nel caso in esame – che la valutazione delle offerte avvenisse con il metodo del confronto a coppie. In prima battuta, il TAR Napoli (sentenza n. 1789/2010, pronunciata sul ricorso della seconda graduata) aveva annullato solo l'ammissione della ditta poi risultata aggiudicataria, rimettendo l'affare alla stazione appaltante per il seguito di competenza (e questo nonostante con i motivi aggiunti fosse stata impugnata anche l'aggiudicazione); in appello, il Consiglio di Stato (Sez. V, n. 1615/2011) confermava la sentenza del TAR, ma senza esaminare la questione della sussistenza dell'interesse ad agire. Con successiva sentenza n. 16210/2010 il TAR Napoli respingeva il nuovo ricorso con cui la seconda graduata chiedeva lo scorrimento automatico della graduatoria, e ciò in applicazione del principio di diritto affermato nella precedente sentenza n. 1789/2010. Infine, con sentenza n. 3257/2011 la Sez. V, decidendo sull'impugnazione della sentenza n. 16210/2010, ha confermato la necessità di escludere l'aggiudicataria dal confronto a coppie. Peraltro, la ricorrente evidenzia che, non avendo né il TAR né il Consiglio di Stato dichiarato inammissibili i due ricorsi proposti dalla seconda graduata, ne consegue che il problema degli esiti della c.d. prova di resistenza non si potrebbe porre nel presente giudizio, ma, al limite, in sede di rimodulazione della graduatoria (operazione alla quale la stazione appaltante dovrebbe comunque essere condannata dal Tribunale).

L'altro gruppo di decisioni comprende la sentenza n. 7320/2010 del TAR Milano e la sentenza della Sez. V n. 6701/2011 (confermativa

della decisione del Tribunale milanese).

Come anticipato, tali decisioni non appaiono particolarmente risolutive, visto che:

- nella sentenza del TAR Lombardia la questione qui controversa è liquidata in poche battute, forse in considerazione del fatto che la ricorrente era collocata al terzo posto della graduatoria e non aveva svolto censure nei riguardi della seconda graduata;

- la sentenza del Consiglio di Stato ha confermato sul punto la decisione n. 7320/2010 (affermando quindi il principio per cui l'esclusione dell'aggiudicatario implica, anche nel caso in cui la valutazione delle offerte sia avvenuta con il metodo del confronto a coppie, lo scorrimento automatico della graduatoria), anche se poi, in un successivo *obiter*, ha avuto cura di precisare che “...*Anche a voler ipoteticamente seguire il ragionamento così proposto, tuttavia, è inevitabile osservare che costituiva onere dell'appellante dimostrare l'effettività del proprio interesse a base della censura, requisito che il primo Giudice aveva appunto escluso...*”. E proprio quest'ultimo inciso viene richiamato da COSEAM a sostegno della propria tesi.

11. Per quanto concerne, invece, la sentenza della Sez. V n. 1150/2012 – da ultimo richiamata da Vipp a sostegno delle proprie asserzioni – va evidenziato che il passo trascritto nella memoria difensiva del 3 aprile 2012 è (volutamente) incompleto. La Sez. V ha infatti escluso che il ricorso di primo grado dovesse essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse sulla base di queste considerazioni complessive “....*Secondo l'amministrazione regionale, infatti,*

per un verso le predette ricorrenti non avevano fornito alcuna concreta dimostrazione della rilevanza, ai fini dell'aggiudicazione, della modifica del punteggio nel senso da esse auspicato in relazione all'elemento di valutazione dell'offerta oggetto di contestazione [...]. Il suggestivo motivo di gravame non è meritevole di favorevole considerazione.

Come si ricava dalla lettura della motivazione della sentenza impugnata sul punto in questione, i primi giudici non hanno postulato alcuna inversione dell'onere della prova a carico della resistente amministrazione regionale, avendo rilevato piuttosto che le prospettazioni delle ricorrenti (fondate su apposite simulazioni volte ad evidenziare l'incidenza sul risultato finale della valutazione complessiva della diversa auspicata valutazione dell'elemento qualitativo in contestazione) erano ragionevoli e sufficienti a far ritenere sussistente l'interesse a ricorrere, laddove le contestazioni dell'amministrazione resistente si risolvevano in allegazioni generiche, inidonee a confutare i dati ex adverso prospettati. Ciò precisato, anche a voler prescindere dalla genericità e dalla infondatezza del motivo di gravame, che non confuta adeguatamente le pur ragionevoli conclusioni cui sono pervenuti i primi giudici, la Sezione rileva che la censura articolata dalle ricorrenti in primo grado, in quanto astrattamente idonea a caducare quanto meno l'intero segmento procedimentale della valutazione delle offerte, era da sola sufficiente a fondare l'interesse a ricorrere..." (punto 8 della motivazione). Come si può agevolmente constatare, ciò che rileva è sempre la maggiore o minore puntualità con la quale sono offerti al giudice gli elementi di fatto a sostegno di un'eccezione di inammissibilità. Nel caso deciso dal Consiglio di Stato le parti resistenti, a quanto risulta dalla citata sentenza, non hanno evidentemente offerto al giudice prospetti di

calcolo dai quali risultasse in maniera incontrovertibile che la ricorrente non sarebbe stata aggiudicataria all'esito dell'accoglimento del ricorso, il che ha ovviamente implicato il rigetto dell'eccezione. Nella specie, al contrario, come detto al precedente punto 9, la Regione ha assolto in maniera efficace all'*onus probandi*.

12. Riprendendo il filo del discorso, esiste invece un più risalente ma maggiormente persuasivo indirizzo del Consiglio di Stato (vedasi in particolare la decisione della Sez. V n. 6038/2008, a cui si è conformata la già menzionata sentenza n. 3257/2011. Peraltro, anche il TAR Napoli, nella citata sentenza n. 16210/2010, ha condiviso il medesimo principio) che afferma in maniera chiara il principio secondo cui l'esclusione di un'impresa da una gara in cui è prevista la valutazione delle offerte con il metodo del confronto a coppie implica non già lo scorrimento automatico della graduatoria, bensì la rimodulazione della graduatoria stessa e il ricalcolo dei punteggi parziali eliminando i risultati dei confronti nei quali era presente l'impresa esclusa.

A questo orientamento il Tribunale ritiene di dover aderire, in quanto:

- un'offerta esclusa non può concorrere alla fase di valutazione e dunque il punteggio conseguito da quel concorrente o il ribasso da esso praticato non debbono essere considerati ai fini della rimodulazione della graduatoria;
- come si è detto, si tratta di operazione meramente aritmetica e che non implica alcuna valutazione discrezionale;
- la possibilità di stabilire *ex ante* quale sarebbe l'impresa aggiudicataria

a seguito della rettifica della graduatoria consente di tenere conto degli esiti della c.d. prova di resistenza. Sotto questo profilo, dunque, si ha uno scenario analogo a quello che si verifica nel caso di gare da aggiudicare al massimo ribasso, dove è pacificamente riconosciuto che l'esclusione di una o più delle imprese ammesse impone la rideterminazione della media dei ribassi, con conseguente possibilità di verificare se il ricorrente sarebbe o meno aggiudicatario. Tra l'altro, molto spesso in queste circostanze l'aggiudicatario propone ricorso incidentale, al fine di ottenere l'esclusione o l'ammissione di altri concorrenti e la rideterminazione di una media che continua ad avvantaggiarlo anche in caso di accoglimento del ricorso principale (vedasi, sul punto, la complessa vicenda decisa dal TAR Lecce con la sentenza n. 1113/2008 ed in particolare il punto 4 della sentenza medesima). In questi casi, l'esito negativo della prova di resistenza conduce all'inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse;

- non è pertanto vero quanto sostiene la ricorrente, ossia il fatto che, a voler così opinare, nessuno dei concorrenti sarebbe legittimato ad impugnare l'aggiudicazione. Nella specie, come detto, la ditta Sidra ben avrebbe potuto contestare l'aggiudicazione, laddove, presa contezza della illegittima ammissione dell'aggiudicataria, avesse avuto la pazienza di procedere alla simulazione della nuova graduatoria, in modo da verificare la sussistenza del proprio interesse ad agire. Ma del resto, nelle controversie relative a procedure selettive il fatto che l'accoglimento di un ricorso possa favorire un soggetto diverso dal

ricorrente (il che determina per l'appunto l'inammissibilità del ricorso) non è evento così raro come sembra ipotizzare la ricorrente, il che è confermato dal fatto che la verifica degli esiti della c.d. prova di resistenza è un'acquisizione ormai consolidata del processo amministrativo e questo già da molti decenni;

- i richiami operati dalla ricorrente al principio di economicità dell'azione amministrativa e al disposto dell'art. 140 D.Lgs. n. 163/2006 non sono quindi conferenti. L'affermazione giurisprudenziale secondo cui, una volta escluso l'aggiudicatario, la stazione appaltante può legittimamente interpellare il secondo in graduatoria presuppone a) che la graduatoria sia invariata e b) che il secondo graduato conservi tale posizione anche a seguito di rettifica della graduatoria. Nella specie, ciò sarebbe accaduto laddove, ad esempio, né la Regione né COSEAM avessero eccepito alcunché sullo specifico punto, trattandosi di circostanza che il Tribunale non avrebbe potuto rilevare *icto oculi* (e ciò proprio perché era necessario rielaborare la graduatoria) e sulla quale non vi sarebbe stato dunque motivo di disporre approfondimenti istruttori d'ufficio. Il principio dello scorrimento automatico si applica dunque solo alle gare da aggiudicare all'offerta economicamente più vantaggiosa ma che non prevedono l'utilizzo del confronto a coppie e comunque in tutti i casi in cui dall'accoglimento del ricorso principale non discendono modifiche della graduatoria tali per cui il ricorrente non sarebbe più collocato al primo posto utile. L'art. 140 del D.Lgs. n. 163/2006 non si applica al caso di specie, in quanto, come correttamente eccepito da

COSEAM, la norma disciplina il caso in cui l'aggiudicatario non dia esecuzione al contratto per fatti sopravvenuti (fallimento, risoluzione, etc.), per cui il presupposto è che non vi siano contestazioni inerenti lo svolgimento della gara e che quindi la graduatoria finale sia ormai divenuta intangibile.

Per quanto precede, *in parte qua* il ricorso va dunque dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

13. Conclusivamente, il ricorso di Vipp Lavori va in parte respinto (anche con riguardo alla domanda risarcitoria, non avendo la ricorrente titolo all'aggiudicazione e non essendo stato in ogni caso stipulato il contratto – per cui al momento la ricorrente non ha comunque subito alcun danno risarcibile) e in parte dichiarato inammissibile.

La particolare complessità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese fra le parti costituite. Contributo unificato come per legge (art. 13, comma 6-*bis*.1, del T.U. n. 115/2002).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge e in parte lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/05/2012

IL SEGRETARIO

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