



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 141 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Doppelmayr Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con Zh - General Construction Company S.p.A., e Zh - General Construction Company S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandante dell'indicata A.T.I., rappresentate e difese dagli avv.ti Gernot Rössler e Paolo Devigili con domicilio eletto presso quest'ultimo in Trento, via Oss Mazzurana, n. 72

***contro***

Trentino Sviluppo S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Flavio Maria Bonazza ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Trento, Piazza

Mosna, n. 8

***nei confronti di***

Leitner S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con le imprese Collini Lavori S.p.A. e Misconel S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Tita, Piero Costantini e Federico Tedeschini ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Trento, via Lunelli, n. 48

***per l'annullamento***

- con il ricorso principale:

1. dell'esclusione della ricorrente dalla gara per la realizzazione dell'impianto a fune ad ammorsamento automatico per il collegamento tra le stazioni sciistiche di Pinzolo e Madonna di Campiglio e la successiva gestione per venti anni, disposta dal Consiglio di Amministrazione di Trentino Sviluppo S.p.A. in data 24.7.2009, su proposta della Commissione di gara di data 21.7.2009 e comunicata con raccomandata a mano di data 28.7.2009, prot. n. 4890DL/NP/pz;

2. dell'intervenuta aggiudicazione dell'appalto all'A.T.I. Leitner S.p.A. con Collini Lavori S.p.A. e Misconel S.r.l., disposta con i provvedimenti sopra citati;

3. di tutti gli atti inerenti, presupposti, antecedenti, consequenziali ed esecutivi;

- con atto integrativo del ricorso - motivi aggiunti:

4. del chiarimento n. 4 di data 17.6.2009;

- con ricorso incidentale notificato in data 22 e 23.9.2009 e depositato il 23.9.2009:

5. di tutti i verbali inerenti alla procedura di gara e, precisamente, dei verbali del 16.7.2009 e del 21.7.2009 nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla procedura di gara di Doppelmayr Italia S.r.l.;

6. di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati, nonché l'atto integrativo - motivi aggiunti;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società controinteressata Leitner S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale presentato da Leitner S.p.A.,

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2010 il cons. Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con il bando di gara datato 12.5.2009, ritualmente pubblicato anche sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, Trentino Sviluppo S.p.A. ha indetto una gara per l'affidamento del “*contratto d'appalto misto per fornitura/posa in opera dell'impianto a fune ad*

*ammorsamento automatico Pinzolo - Campiglio, lavori accessori e gestione*'.

2. L'appalto presentava le caratteristiche seguenti:

- procedura aperta;
- importo a base d'asta di € 23.000.000,00 - così calcolato: € 19.812.600,00 (di cui € 125.600,00 per oneri della sicurezza) per la fornitura e posa in opera, previa progettazione esecutiva, dell'impianto a fune, importo definito sulla base di un calcolo parametrico del costo convenzionale dell'impianto secondo la formula stabilita dalla normativa provinciale; ulteriore importo di € 4.925.104,00 per i lavori riguardanti le opere civili accessorie e connesse alla funzionalità dell'impianto, calcolato sulla base di un computo metrico estimativo redatto sul progetto definitivo per il quale erano state rilasciate le concessioni funiviaria ed edilizia; redditività per la gestione dell'impianto per 20 anni da parte dell'aggiudicatario;
- aggiudicazione con il criterio del "*prezzo finale più basso*", comprensivo del costo della fornitura e della posa in opera dell'impianto e del costo dei lavori accessori per la realizzazione delle opere civili, detratta la somma per la redditività stimata per la gestione dell'impianto per 20 anni. In particolare, vista la particolarità della procedura di gara, e posto che era stata richiesta la posa in opera dell'impianto funiviario "*chiavi in mano*" (cfr., pag. 5 del Bando), ai concorrenti era stato richiesto di calcolare la percentuale del ribasso offerto mediante la valutazione:
  - di quello stimato sulla fornitura, posa in opera e lavori accessori per

la realizzazione dell'impianto;

-- di quello proposto sul prezzo complessivo in base ad una valutazione *ex ante* della valorizzazione economica del diritto a gestire l'impianto per 20 anni, in ciò tenendo conto che il "*prezzo finale più basso*" offerto era da considerarsi, a tutti gli effetti, un "*prezzo chiuso*".

3. Entro il termine stabilito, alla Stazione appaltante sono pervenute due sole offerte, rispettivamente da parte della ricorrente Doppelmayr Italia S.r.l. in A.T.I. con Zh - General Construction Company S.p.A. e da Leitner S.p.A. in A.T.I. con le imprese Collini Lavori S.p.A. e Misconel S.r.l.

4. La Commissione di gara, nella seduta del 16 luglio 2009, ha accertato che, dopo l'apertura della buste contenenti l'offerta economica, le due società avevano presentato la loro offerta al seguente prezzo finale più basso:

- Doppelmayr Italia S.r.l. in A.T.I.: € 20.488.741,00

- Leitner S.p.A. in A.T.I.: € 20.700.000,00.

A tale stregua, verificata la congruità delle due offerte per la parte concernente il calcolo della redditività per la gestione ventennale dell'impianto la stessa ha, peraltro, dato atto che la lista delle categorie riguardanti la realizzazione delle opere civili accessorie presentata dalla società Doppelmayr non era stata redatta sul fac-simile fornito con gli atti di gara; in ogni caso ha, poi, aggiudicato provvisoriamente l'appalto a favore di quest'ultima in A.T.I. orizzontale con Zh - General Construction Company S.p.A.

5. Nella successiva seduta del 21 luglio 2009, la Commissione ha,

tuttavia, ripreso in esame la lista delle categorie redatta dall'impresa Doppelmayr, che presentava “15 voci e relative descrizioni e 40 quantità unità di misura difformi e modificate rispetto a quelle indicate ... omettendo 13 voci ed introducendo 7 voci nuove ... per un numero complessivo di difformità di 75”; su tale rilievo ha ritenuto che fosse “impossibile procedere ad una corretta comparazione delle offerte presentate” e che Doppelmayr Italia S.r.l. in A.T.I. dovesse essere esclusa dalla gara che, di conseguenza, è stata contestualmente aggiudicata all'impresa Leitner S.p.A., in A.T.I. con Collini Lavori S.p.A. e Misconel S.r.l.

In data 24 luglio 2009 il Consiglio di Amministrazione di Trentino Sviluppo S.p.A. ha approvato l'operato della Commissione di gara e disposto la definitiva aggiudicazione della commessa alla controinteressata.

6. Con ricorso notificato in data 4 agosto 2009 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 5, le ricorrenti hanno impugnato l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria già pronunciata a loro favore, nonché la contestuale esclusione dalla gara con aggiudicazione in via definitiva dell'appalto alla controinteressata, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

I - “violazione del bando di gara, *lex specialis* della procedura, espressamente qualificato come fonte prevalente, dal quale si desumerebbe che anche la voce CL dell'appalto dovrebbe intendersi <a corpo>, anche in relazione agli artt. 19 della L. 11.2.1994, n. 109, e 53 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, per i quali gli appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sono

stipulati a corpo e non a misura (salvo le eccezioni ivi previste, irrilevanti nel caso *de quo*) - violazione dell'art. 90, comma 5, del D.P.R. 21.12.1999, n. 554, nella parte in cui dispone che nel caso di appalto integrato, nonché nel caso di appalti i cui corrispettivi siano stabiliti esclusivamente a corpo, ovvero a corpo e a misura, il concorrente, prima della formulazione dell'offerta, è tenuto ad integrare o ridurre le quantità che valuta carenti o eccessive e ad inserire le voci e relative quantità che ritiene mancanti, rispetto a quanto previsto negli elaborati grafici e nel capitolato speciale, nonché negli altri documenti che è previsto facciano parte integrante del contratto, alle quali applica i prezzi unitari che ritiene di offrire - sviamento di potere rispetto all'interesse pubblico: probabile danno per l'ente appaltante in caso di remunerazione a misura di un appalto di progettazione ed esecuzione - eccesso di potere per contraddittorietà", posto che il corrispettivo calcolato per la fornitura e la costruzione dell'impianto funiviario e delle opere ad esso accessorie sarebbe esclusivamente a corpo e non a misura, come rettamente applicabile ad un appalto integrato quale sarebbe quello in questione;

II - "violazione del bando di gara, *lex specialis* della procedura, espressamente qualificato come fonte prevalente, in ordine al criterio di aggiudicazione adottato - illegittimità della comparazione effettuata tra le liste delle categorie allegare alle offerte delle due partecipanti alla gara - illegittima modifica *ex post* delle norme di gara - eccesso di potere per contraddittorietà della motivazione rispetto al criterio di

aggiudicazione del massimo ribasso sul prezzo finale di cui al bando di gara - motivazione erronea, carente e difettosa in ordine all'interesse pubblico - mancata previsione espressa del divieto di modificare le quantità e le voci della lista delle categorie - violazione del *favor participationis*", in quanto sarebbero state illegittimamente comparate le liste delle categorie presentate dalle partecipanti e le deducenti sarebbero state escluse in assenza di una clausola espressa per tale fattispecie.

Le ricorrenti hanno, altresì, chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati, anche ai sensi dell'articolo 21, nono comma, della legge 6.12.1971, n. 1034.

7. Si è tempestivamente costituita in giudizio la Società controinteressata, chiedendo argomentatamente la reiezione del ricorso nel merito perché infondato.

8. Con decreto del Presidente del Tribunale n. 77, di data 11 agosto 2009, l'istanza di misura cautelare provvisoria è stata respinta.

9. Nei termini di rito si è costituita in giudizio Trentino Sviluppo S.p.A., anch'essa concludendo per la reiezione del ricorso.

10. Con atto integrativo del ricorso - motivi aggiunti, notificato l'8 settembre 2009 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il giorno successivo, la ricorrente ha impugnato il chiarimento n. 4 e dedotto la seguente censura:

III - "violazione del bando di gara, *lex specialis* della procedura, espressamente qualificato come fonte prevalente, nella parte in cui stabilisce le modalità di presentazione dell'offerta, da parte del



chiarimento n. 4 di data 17.6.2009”, con conseguente illegittimità dell’esclusione disposta sulla base del chiarimento n. 4, con il quale è stato richiesto l’inserimento nella busta B dell’offerta economica di “*tutta la documentazione richiesta dal capitolato tecnico amministrativo e dal capitolato d’oneri per la gestione*”; e ciò in quanto lo stesso sarebbe in patente contrasto con le disposizioni contenute del bando, travisando la natura dell’appalto in questione.

11. Con ordinanza n. 96, adottata nella camera di consiglio del 10 settembre 2009, la domanda cautelare è stata accolta.

12. La citata ordinanza è stata impugnata innanzi al Consiglio di Stato il quale, con l’ordinanza n. 5627 adottata nella camera di consiglio del 10 novembre 2009, ha respinto l’appello.

13. Con ricorso incidentale notificato il 22 settembre 2009 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il giorno 23, l’impresa Leitner ha impugnato i verbali di gara del 16 e del 21 luglio 2009, nella parte in cui l’impresa Doppelmayr non è stata esclusa dalla gara, per i seguenti motivi:

I - “violazione della *lex specialis*, sezione II, punto 1.9 - violazione dei principi generali di parità di trattamento, non discriminazione, *par condicio*, proporzionalità, buon andamento dell’azione amministrativa ed imparzialità - eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria e/o contraddittorietà”, posto che l’offerta contenuta nella lista delle categorie presentata dall’A.T.I. Doppelmayr si discosterebbe sensibilmente dal progetto delle opere edili predisposto dalla Stazione appaltante;

II - “violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara - violazione e falsa applicazione dell’art. 90 del D.Lgs. n. 163 del 2006 - violazione e falsa applicazione delle norme e principi che reggono le pubbliche gare ed in particolare della *par condicio* dei concorrenti - eccesso di potere, carenza di motivazione, omessa istruttoria, ingiustizia manifesta”, perché l’offerta dell’A.T.I. Doppelmayr conterrebbe elementi tecnici che, all’epoca della gara, sarebbero stati in possesso solamente dello studio tecnico Montecno, progettista dell’opera.

14. In vista dell’udienza di merito le parti costituite hanno depositato ulteriore documentazione e memorie conclusionali.

15. Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Trentino Sviluppo S.p.A. ha indetto una procedura aperta di gara per l’individuazione di un contraente cui affidare la realizzazione dell’impianto di trasporto pubblico di collegamento tra le stazioni sciistiche di Pinzolo e di Madonna di Campiglio e la relativa gestione per la durata di vent’anni. In particolare, al futuro contraente, dotato dei necessari requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica, erano stati richieste:

- la fornitura e la posa in opera, previa progettazione esecutiva, di un impianto a fune, da realizzarsi in tre cabinovie ad ammorsamento automatico, che dalla località “Puza dai Fo”, transitando per le località “Plaza” e “Colarin”, giungesse fino alla località “Patascoss”;

- la realizzazione delle opere civili connesse ed accessorie alla funzionalità dell'impianto;
- l'assunzione del servizio di gestione per vent'anni.

Il bando aveva stabilito quale base d'asta l'importo di € 23.000.000,00, calcolato sulla base della stima parametrica del costo di fornitura e posa in opera dell'impianto a fune (pari a € 19.812.600,00) e del computo metrico estimativo delle opere edili (corrispondente a € 4.925.104,00), detratta una somma pari alla preventivata redditività della gestione dell'impianto per i previsti vent'anni.

Alla gara hanno partecipato esclusivamente due associazioni temporanee d'impresa, le cui mandatarie sono rispettivamente l'impresa Doppelmayr Italia con sede a Lana (BZ) e l'impresa Leitner con sede a Vipiteno (BZ).

Dopo l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto a Doppelmayr Italia S.r.l., in A.T.I. con Zh - General Construction Company S.p.A., la Stazione appaltante ha statuito che la lista delle categorie da essa depositata, che presentava una serie di difformità rispetto al documento messo a disposizione con la documentazione di gara, non fosse comparabile con quella fornita dall'altra concorrente ed ha quindi ritenuto di escludere la società Doppelmayr Italia in costituenda A.T.I. con Zh - General Costruction Company dalla gara, con contestuale aggiudicazione definitiva della commessa a Leitner S.p.A. in A.T.I. con le imprese Collini Lavori S.p.A. e Misconel S.r.l.

2a. La mandataria Doppelmayr Italia ha impugnato i provvedimenti di esclusione dalla gara e di aggiudicazione alla controinteressata,

deducendo plurimi motivi di censura. Successivamente ha, altresì, impugnato in via aggiunta una nota di chiarimento emessa da Trentino Servizi nel corso della procedura di gara.

2b. Si è costituita in giudizio la società Leitner, quale mandataria della controinteressata A.T.I., sostenendo che la qualità e la quantità delle opere edili richieste dalla Stazione appaltante sulla base di un documento da essa redatto e posto a disposizione delle partecipanti non avrebbero potuto essere modificate dalle concorrenti, posto che l'appalto *de quo* ha natura mista e che le opere edili sarebbero state retribuite a misura. Con ricorso incidentale ha poi impugnato i verbali di gara, eccependo l'inammissibilità dell'offerta di Doppelmayr a causa delle modifiche apportate al progetto definitivo posto in gara quanto alle opere edili. Infine, ha ulteriormente eccepito l'irricevibilità e l'inammissibilità dell'atto integrativo al ricorso depositato il 9.9.2009 per la sua assunta tardività e per acquiescenza.

2c. Trentino Sviluppo S.p.A., anch'essa ritualmente costituitasi, ha difeso l'operato della Commissione di gara sull'assunto che la realizzazione delle viste opere civili integrerebbe un appalto a misura, il cui corrispettivo finale emergerebbe dall'offerta dei prezzi unitari redatta sulla lista delle categorie.

3. Tutte le illustrate eccezioni in rito debbono essere disattese.

3a. In ordine al ruolo ricoperto dal sig. Mirko Baldessari - che ha sottoscritto il mandato *ad litem* per l'impresa Leitner S.p.a. - la sussistenza della sua *legitimatio ad causam* appare comprovata dal fatto che egli assolve le funzioni di consigliere e di amministratore delegato

della società Leitner ed è dunque, ex art. 2384 c.c., come sostituito dall'art. 1 del D.Lgs. 17.1.2003, n. 6, il suo legale rappresentante anche in sede processuale. Sul punto, è pacifico in giurisprudenza che *“in tema di rappresentanza processuale delle persone giuridiche che, ai sensi dell'art. 75 c.p.c., spetta al soggetto al quale è conferita a norma di legge o dello statuto, la capacità di agire o resistere in giudizio in nome e per conto delle società di capitali è attribuita ai sensi del comma 1 dell'art. 2384 c.c. agli amministratori che abbiano la rappresentanza esterna, salve peraltro le deroghe stabilite dall'atto costitutivo e dallo statuto”*(cfr., Cass. civ., sez. II, 14.5.2004, n. 9199); spetta, quindi, alla parte che detta legittimazione contesti l'onere di fornire la relativa prova negativa (cfr., in termini, Cass. Civ., sez. I, 13.6.2006, n. 13669). In ogni caso, va osservato che l'atto costitutivo dell'A.T.I. con le imprese Collini Lavori S.p.A. e Misconel S.r.l., sottoscritto in data 6.8.2009 presso il notaio Klewein di Bolzano e, cioè, il giorno precedente a quello della costituzione in giudizio della mandataria della nominata A.T.I. (cfr., allegato alla memoria depositata in data 7.8.2009), ha attribuito alla Società capogruppo, e per essa ai suoi rappresentanti legali, la procura speciale per la rappresentanza dinnanzi al giudice amministrativo per la definizione delle controversie derivanti dall'appalto.

3b. La controinteressata e Trentino Sviluppo hanno, poi, contestato l'ammissibilità della memoria denominata *“atto integrativo del ricorso - motivi aggiunti”*, sul rilievo che con esso, per la prima volta, sarebbero state dedotte censure contro la *lex specilis* che, a loro avviso, avrebbero dovuto essere illustrate con il ricorso introduttivo; hanno

eccepito che l'impugnazione del chiarimento n. 4 sarebbe tardiva, posto che l'atto aggiuntivo sarebbe stato notificato ben oltre il termine dimidiato di trenta giorni dalla conoscenza dell'atto impugnato; che la Doppelmayr avrebbe prestato acquiescenza all'atto impugnato, avendo anch'essa inserito, come ivi richiesto, la lista delle categorie nel proprio plico di offerta.

I) Con riferimento al chiarimento n. 4, pubblicato dalla Stazione appaltante in data 17 giugno 2009, è oramai pacifico in giurisprudenza che l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando, così come delle successive comunicazioni della Stazione appaltante ai potenziali offerenti, si costituisca con riguardo a quelle sole disposizioni concernenti i requisiti soggettivi di partecipazione e a quelle che integrino un'immediata preclusione alla partecipazione alla gara. Le dette clausole, infatti, sono considerate *“immediatamente impugnabili allorché contengano impedimenti dell'ammissione dell'interessato alla selezione ... che risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara od alla procedura concorsuale”* (cfr., C.d.S., Ad.Pl., 23.1.2003, n. 1).

Ogni diversa questione inerente all'applicazione del bando, del capitolato se del caso esistente, e di eventuali chiarimenti forniti, può e deve essere dunque proposta unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, *“dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della*

*situazione soggettiva dell'interessato*” (cfr. Ad. Pl. cit.), ovvero all'atto dell'impugnazione del provvedimento di esclusione o dell'aggiudicazione della commessa o di altro provvedimento che segni comunque, per l'interessato, un arresto procedimentale (cfr., *ex multis*, C.d.S., sez. V, 11.12.2007, n. 6408). Negli stessi termini si è espressa la giurisprudenza di primo grado, affermando che non è necessaria neppure *“l'impugnazione immediata delle clausole dei bandi di gara che, pur dovendo considerarsi immediatamente lesive ... non risultano a tal fine univocamente chiare e vincolanti, sì da consentire interpretazioni diverse”* (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2.10.2007, n. 9630).

Nel caso di specie il contenuto del chiarimento n. 4 si sottrae alla lettura che la controinteressata suggerisce, posto che il suo reale significato e gli effetti che se ne potevano trarre si sono prospettati esclusivamente con la statuizione della Commissione di gara che ne ha fatto applicazione: la lesione della posizione della ricorrente si è, dunque, costituita in questa fase del procedimento di gara sia con riferimento a quanto chiarito sia alla conseguente rilettura del bando, che ne veniva surrettiziamente indotta.

La definizione della legittimità o meno del ridetto chiarimento resta conseguentemente una questione di merito, da risolvere alla stregua delle censure illustrate, assente restando la necessità della sua impugnazione alla data in cui ne è stato conosciuto per la prima volta il testo.

II) Relativamente alla tempestività della vista memoria è, poi, necessario precisare che l'esito della gara è stato comunicato alla

ricorrente con raccomandata a mano in data 28 luglio 2009 e che il ricorso è stato notificato il 4 agosto e depositato il giorno successivo. Anche attribuendo all'atto notificato l'8 e depositato il 9 settembre il valore di un ricorso con motivi aggiunti, come allega la controinteressata, deve tenersi conto della sospensione dei termini nel periodo feriale prevista dalla legge 7 ottobre 1969, n. 742, per cui, essendo stato notificato dopo 3 giorni dall'avvenuta conoscenza dell'esclusione dalla gara e di aggiudicazione dell'appalto ad altra concorrente, esso è tempestivo, del tutto indipendentemente dal fatto che ad esso si applichi o meno il termine dimezzato di trenta giorni anziché quello di sessanta; e ciò in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria cui è stata rimessa la questione se il disposto dell'art. 23 *bis* della legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevede che i termini processuali previsti siano ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso, si riferisca soltanto all'atto introduttivo del giudizio, oppure anche alla successiva impugnazione con motivi aggiunti (cfr., C.d.S., sez. V, 12.12.2009, n. 7793).

III) La diversa argomentazione, sulla quale si è soffermato il difensore della controinteressata nel corso dell'udienza, in forza della quale non sarebbe ipotizzabile la possibilità d'integrazione degli originari motivi di ricorso con altre censure dedotte con successive memorie, epperò nel rispetto del termine di decadenza, in difetto di atti od elementi nuovi rispetto a quelli noti al momento della proposizione del ricorso originario, è infondata in diritto.

Sulla sollevata eccezione, la cui reiezione, diversamente da quanto



icasticamente illustrato oralmente dallo stesso difensore, non integra alcuna novità in giurisprudenza, è, invero, sufficiente richiamare quella giurisprudenza, che ha chiarito che *“in mancanza di disposizioni positive che impediscono al ricorrente di frazionare l'impugnazione in più ricorsi e nel rilevato rispetto del termine di decadenza per la rituale introduzione del gravame, non paiono ravvisabili ragioni ostative all'ammissibilità del ricorso contenente motivi diversi, rispetto a quelli dedotti nell'atto introduttivo del giudizio”* (cfr., C.d.S., sez. V, 3.6.2002, n. 3067).

Detto indirizzo è del tutto condivisibile, assurdo apparendo che, con la proposizione dell'originaria impugnazione, il ricorrente, pur essendo ancora in termini per la deduzione di altri motivi, debba ritenersene decaduto con perdita del residuo termine a sua disposizione per il solo fatto di aver già notificato e depositato il relativo ricorso: è ben noto del resto il diverso fenomeno nel quale, in dipendenza di errori della notifica, che indurrebbero una pronuncia d'inammissibilità in rito, la notifica stessa, in pendenza del termine di decadenza, è rinnovata con definitivo superamento della precedente menda.

IV) Chiarito quanto precede, deve, tuttavia, porsi in debita evidenza che il suesposto approfondimento in rito è stato, peraltro, svolto sulla mera ipotesi affacciata dalla resistente e dalla controinteressata che l'atto aggiuntivo contenesse in effetti dei reali ed effettivi motivi aggiunti, aventi l'effetto di allargare corrispondentemente il *thema decidendum*: il che, peraltro, non è, atteso che, a parere del Collegio, la memoria notificata l' 8 settembre, altro non illustra se non uno

sviluppo di motivi già presenti nell'atto introduttivo del giudizio. A tale conclusione deve, infatti, pervenirsi, ove si consideri che era stato ivi denunciato che la lista delle categorie, prevista solo dal capitolato tecnico senza specificare se la stessa dovesse o meno essere allegata all'offerta, avrebbe dovuto avere un *“ruolo del tutto marginale ... non idoneo a modificare la natura dell'appalto come risultante dal bando”*. Dal che consegue che il *petitum* e la *causa petendi* della pretesa affacciata in giudizio, con riguardo ai fatti, ai motivi dedotti ed al rapporto giuridico che dalle norme invocate e da detti fatti ha tratto origine, sono compiutamente rinvenibili nel primo atto introdotto, costituendone il secondo una sorta di ulteriore illustrazione.

V) Infine, anche l'opposta eccezione di acquiescenza non coglie nel segno, apparendo espressione di mero tuziorismo difensivo, essendo ben noto che un siffatto atteggiamento va ravvisato in presenza di atti o comportamenti dai quali si evinca in modo certo ed univoco la volontà di accettare integralmente il contenuto di un provvedimento o la regolazione di un rapporto, anche negli aspetti pregiudizievoli, e conseguentemente di rinunciare all'impugnazione o comunque all'azione giudiziale (cfr., T.R.G.A. Trento, 27.10.2008, n. 272).

In tal senso, anche recentemente, il Consiglio di Stato ha avuto occasione di affermare che *“l'acquiescenza ad un provvedimento amministrativo esige, per la sua stessa configurabilità, il compimento di atti o comportamenti univoci posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostrino la sua chiara ed irrefutabile volontà di accettarne gli effetti e l'operatività e che si riferiscano ad un momento successivo a quello in cui si verifica*

*la lesione dell'interesse legittimo successivamente azionato*” (cfr., 9.12.2009, n. 7683).

All’opposto, quanto alla vicenda all’esame, *“la partecipazione alla gara non implica alcuna accettazione ed inoppugnabilità di clausole della lex specialis regolanti la procedura, in ipotesi illegittime, fino a che, in relazione al concreto esito della procedura di gara stessa, non si riveli che quella specifica disposizione, configurante un criterio di aggiudicazione, abbia avuto un'applicazione sfavorevole e svantaggiosa per il partecipante, insorgendo l'interesse alla contestazione solo in base alla conoscenza di tale esito; quest'ultimo soltanto attualizza, ai fini della sua impugnabilità, la lesività concreta della disposizione censurata, in guisa tale che, anteriormente alla conclusione (sfavorevole) della gara, non può configurarsi alcun interesse alla contestazione e nessuna ragionevole prognosi di acquiescenza alla clausola illegittima”* (cfr., C.d.S., sez. VI, 23.12.2008, n. 6523).

Dall’applicazione di tale indirizzo, già fatto proprio dal Tribunale, deriva che non esprimono alcuna acquiescenza né la partecipazione delle ricorrenti alla gara con l’accettazione implicita delle clausole del bando, trattandosi di atto necessario per radicare l’interesse al ricorso, né il comportamento non spontaneo con il quale, in sede di presentazione dell’offerta economica, si è dato corso all’istruzione impartita dalla Stazione appaltante con il citato chiarimento n. 4 (cfr., in termini, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5.2.2008, n. 951).

4. Disattese nei termini che precedono le sollevate eccezioni, occorre chiarire, prima di passare all’esame delle dedotte censure, quale sia la controversa natura della gara indetta da Trentino Sviluppo.

4a. A tal fine, deve essere riepilogato il quadro delle norme che

governano la materia.

L'art. 14 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, disciplina i contratti misti, stabilendo che un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio della prestazione di lavori, ivi compresi quelli di posa in opera di opere edili, debba essere considerato un "*appalto pubblico di forniture*", quando l'importo dei lavori non superi la soglia del cinquanta per cento della fornitura.

L'art. 53, con riferimento agli appalti relativi a lavori, prevede poi, che essi possano avere per oggetto la sola esecuzione, oppure la progettazione esecutiva e l'esecuzione e che i relativi contratti siano stipulati a corpo con l'eccezione dei contratti di sola esecuzione di importo inferiore a € 500.000,00 e di altri nominati tipi. Infine, l'art. 82, pertinente il criterio di aggiudicazione con il prezzo più basso, da individuarsi in un valore inferiore a quello posto a base di gara, stabilisce che l'offerta sia presentata:

- per i contratti a misura, mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari;
- per i contratti a corpo, mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara, ovvero mediante offerta a prezzi unitari.

4b. Alla ricognizione delle disposizioni che regolano la vicenda deve far ora seguito quella delle norme del bando di gara, ricordando che l'interpretazione degli atti amministrativi soggiace alle stesse regole dettate dagli art. 1362 c.c. per l'interpretazione dei contratti, fra le quali ha carattere preminente quella collegata all'elemento letterale, centrale restando comunque l'obbligo del giudice d'individuare

l'intento perseguito dall'Amministrazione ed il potere che ha inteso effettivamente esercitare in base al contenuto complessivo dell'atto; e ciò privilegiando gli aspetti sostantivi della vicenda, indipendentemente dal *nomen iuris* attribuito ad esso da parte dell'Amministrazione procedente (in termini, cfr., C.d.S., sez. IV, 30.5.2001, n. 2953 e sez. V, 15.10.2003, n. 6316).

Dalla lettura del bando *de quo* si evince che il contratto di appalto era stato qualificato di natura mista posto che:

- per la fornitura e posa in opera, previa relativa progettazione delle opere elettromeccaniche nel dettaglio tipico del costruttore, di un impianto a fune sospeso, era stato previsto un costo pari ad € 19.812.600,00;
- per i lavori accessori, necessari per la realizzazione delle opere civili connesse e strumentali alla funzionalità dell'impianto, era stato calcolato un costo pari ad € 4.925.104,00;
- dalla loro somma si sarebbe dovuto detrarre il guadagno stimato per la successiva gestione ventennale dell'impianto.

Il bando specificava poi che il valore delle opere edili accessorie alla funzionalità dell'impianto era stato calcolato sulla base del progetto preliminare / definitivo, per il quale erano state rilasciate le concessioni funiviaria ed edilizia, e che le geometrie e la composizione delle suddette opere non erano esecutive, in quanto ricavate da soluzioni “*similar?*” recentemente realizzate ed idonee per una valutazione “*indicativa?*” delle quantità e dei costi.

L'offerta doveva essere in ogni caso “*unitaria?*”: il bando aveva, infatti,

precisato che l'aggiudicatario avrebbe dovuto garantire sia la fornitura, previa progettazione esecutiva di dettaglio, sia la posa in opera dell'impianto funiviario secondo la formula "*chiavi in mano*", sia la realizzazione, con mezzi propri e previa progettazione esecutiva a regola d'arte, dei lavori accessori per la realizzazione delle connesse opere civili, oltre all'assunzione del servizio di gestione dell'impianto, con conseguente diritto di assumerne i ricavi e di sostenere i costi di esercizio e di manutenzione ordinaria per vent'anni.

Quanto al "*criterio di aggiudicazione*", il bando aveva stabilito quello del "*prezzo finale più basso*". Su tale punto la *lex specialis* aveva aggiunto che, "*considerata la peculiare natura della presente gara, che unisce l'affidamento della fornitura ... dell'impianto chiavi in mano, i lavori accessori e l'affidamento di un diritto di gestione*", ai concorrenti era stato richiesto - a pena di esclusione - di calcolare il ribasso offerto mediante la valutazione sia del ribasso stimato sulla fornitura e sui lavori accessori sia di quello relativo alla valorizzazione economica della futura gestione. A tal fine, era stata proposta la formula  $PF=CF+CL-RG$  (in base alla quale il prezzo finale - PF - è il risultato che si ottiene sommando il costo della fornitura - CF - con il costo dei lavori accessori - CL - cui deve essere sottratta una somma pari alla redditività di gestione stimata - RG ); per quest'ultima ogni concorrente doveva produrre una nota di chiarimento in merito alle modalità di calcolo seguite per consentire alla stazione appaltante di valutarne la congruità.

Infine, si sottolineava che il "*prezzo finale*" offerto era da considerarsi, a tutti gli effetti, un "*prezzo chiuso*".

Quanto alle modalità di presentazione delle offerte, il bando aveva prescritto che la busta B avrebbe dovuto contenere solo quella economica redatta sull'apposito fac-simile allegato al bando, oltre alla dichiarazione relativa al subappalto. Il richiamato fac-simile, di cui all'allegato n. 4), sintetizzava i principali punti del bando, ribadiva che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata *“con il criterio del prezzo finale più basso”* e riportava la ricordata formula affinché l'offerente potesse redigere la propria offerta, in cifre e in lettere, unica per ognuno dei tre fattori previsti, oltre che per il totale finale, che avrebbe integrato il cosiddetto *“prezzo chiuso”*. Di seguito, erano state anche fornite indicazioni per redigere il previsto calcolo della redditività.

4c. Su tale fondamento, quale puntualmente discende senza contraddizione alcuna dalla lettura del bando di gara, emerge la fattispecie tipica del contratto misto di fornitura, posto che il valore di essa, nei termini stimati, è pari all'86 per cento dell'importo totale a base d'asta calcolato dalla Stazione appaltante.

Incondizionatamente coerente con detta qualificazione è l'assenza di ogni autonomia delle opere edili, in quanto accessorie e strumentali alla costruzione dell'impianto funiviario, per le quali di conseguenza ogni contraente era stato onerato di procedere alla loro progettazione esecutiva e alla loro realizzazione a servizio della cabinovia che, in concreto, sarebbe stato chiamato ad installare.

L'oggetto complessivo dell'appalto è dunque strumento per la sua qualificazione, in conformità a quanto da tempo stabilito dalla giurisprudenza comunitaria, per la quale occorre tenere *“conto degli*

*obblighi essenziali che prevalgono e che, in quanto tali, caratterizzano l'appalto in opposizione a quelli che rivestono solo un carattere accessorio o complementare e sono imposti dall'oggetto stesso del contratto; il valore rispettivo delle varie prestazioni presenti costituisce, a tal riguardo, solo un criterio tra altri da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell'oggetto principale del contratto”* (cfr., Corte giustizia CE, sez. II, 21.2.2008, in causa C-412/04).

Da ciò consegue che, secondo i principi applicabili in tema di contratti misti, il negozio deve essere assoggettato alla disciplina unitaria del contratto prevalente, fatta salva l'applicazione di elementi del contratto accessorio se regolati da norme compatibili con quelle del contratto prevalente.

Ebbene, è avviso del Collegio che anche per l'obbligazione secondaria, ossia per la progettazione esecutiva e la successiva esecuzione dei lavori edili funzionali all'impianto funiviario, del costo preventivato per la non modesta somma di quasi 5 milioni di euro, il bando egualmente esigeva la realizzazione dell'opera “*chiavi in mano*”, così componendo la fattispecie dell'appalto integrato; in esso, infatti, figurano strettamente associate la fornitura con la progettazione e l'esecuzione dell'opera, il tutto da aggiudicarsi mediante il maggior ribasso sull'unico importo posto a base d'asta e con contratto da stipularsi a corpo.

Avvalorano tale conclusione:

- il combinato disposto dei riferimenti legislativi sopra riportati (cfr. artt. 53 e 82 del D.Lgs. n. 163 del 2006), ove dispongono che, quando



il bando preveda la progettazione esecutiva e la successiva esecuzione dei lavori, le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di stipulare contratti a corpo; che il criterio di aggiudicazione debba essere fissato scegliendo fra un ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara (ipotesi scelta nel caso *de quo*), ovvero un'offerta a prezzi unitari.

- la circostanza che la componente del prezzo complessivo riferita ai lavori accessori (CL) sia stata inclusa in quella del prezzo più basso rispetto alla soglia stabilita dalla Stazione appaltante.

Rafforza tale assunto l'esplicita determinazione del bando di voler *“ricercare sul mercato un soggetto giuridico .. che dovrà possedere tutti i requisiti di capacità economica e finanziaria, di capacità tecnica e tutte le caratteristiche richieste ... rivolte alla progettazione, alla fornitura, alla posa in opera, al servizio di gestione dell'impianto ... che consenta di adempiere alla predetta, complessiva ed unitaria, obbligazione di risultato”* (cfr. pag. 5); al che si è dato avvio tramite l'indizione di una pubblica gara per l'individuazione di un unico miglior offerente al quale affidare la realizzazione dell'impianto nel suo complesso.

Infine, come ben illustrato dalla difesa delle ricorrenti, ove si fosse configurato un accessorio ed autonomo contratto a misura per la realizzazione delle ridette opere edili, previa loro progettazione, ciò non sarebbe stato indifferente per la Stazione appaltante, attesa la non secondaria alea connessa all'evidente interesse dell'impresa aggiudicataria ad aumentare in sede di progettazione esecutiva le quantità stabilite dal progetto definitivo, con maggiorazione della loro risultante finale, rispetto alla quale non vi sarebbe stata alcuna soglia

massima da rispettare.

5a. La Stazione appaltante ha ritenuto, invece, che i lavori edili, indiscussa restando la loro accessorietà, dovessero essere considerati a misura, ciò soltanto credendo possibile il raffronto delle due liste delle categorie proposte dalle due concorrenti. Negli scritti difensivi essa ha ancora insistito sulla tesi, fatta propria dalla controinteressata, che l'aggiudicazione sarebbe stata stabilita mediante offerta a prezzi unitari, quali espressi dalle rispettive liste delle categorie, del tutto indifferente essendo il fatto che il parametro a tal fine stabilito fosse quello a corpo.

La suesposta lettura della disciplina della gara trova supporto nell'allegato "*Capitolato tecnico amministrativo*", il cui art. 5 stabilisce che il ribasso offerto per il prezzo finale delle opere civili (CL) sarebbe dovuto emergere "*dall'offerta di prezzi unitari redatta sulla lista delle categorie*" (cfr. pag. 28).

La lista delle categorie è stata poi menzionata ancora in detta ultima norma, ove prevede che i prezzi unitari offerti rimangano fissi ed invariabili per tutta la durata dell'appalto, e negli artt. 18 e 20 sulla contabilità dei lavori e sulle modalità di pagamento.

5b. Tali indicazioni sono, tuttavia, in palese contraddizione con quanto stabilito a pag. 5 del bando, ove il valore CL è espresso dal massimo "*ribasso rispetto alla base d'asta ... stimato sul costo dei lavori accessori per la realizzazione delle opere civili*".

Che l'introduzione nel capitolato della "*lista delle categorie*" fosse dissonante rispetto alle prescrizioni del bando di gara, è sotto un

primo profilo comprovato dal quesito presentato da un potenziale offerente nei seguenti termini: “... si richiede ai concorrenti di definire mediante l'apposito fac-simile il prezzo finale secondo le modalità indicate ... sul fac-simile non vi è alcun riferimento a documentazione aggiuntiva da presentare ... in vari punti del capitolato viene richiesta la presentazione di documentazione corredo dell'offerta ... si richiede pertanto, visto che il criterio unico per la valutazione dell'offerta è quello del prezzo finale più basso, per cui detti elementi aggiuntivi non vengono considerati nella valutazione della stessa, se si debba comunque inserirli nell'offerta e, se sì, con quale modalità (plico separato o altro)”.

Alla Stazione appaltante si era dunque presentata, all'atto di dare risposta alla prodotta domanda, l'occasione per ricondurre ad unità la disciplina della gara, superando la vista, trasparente contraddizione in cui era incorsa nella redazione del capitolato d'oneri. L'opportunità prospettasi, e che avrebbe potuto con ogni probabilità evitare la presente vertenza, non è stata, tuttavia, colta, avendo essa fatto propria l'opposta lettura, affermando:

- che la documentazione da presentare in allegato all'offerta avrebbe dovuto essere corredata dalla lista delle categorie completata con i prezzi unitari offerti dal concorrente per le opere civili ed accessorie;
- che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata sulla base del prezzo finale più basso;
- che tutta la documentazione richiesta dal capitolato tecnico amministrativo e dal capitolato d'oneri avrebbe dovuto essere inclusa nella busta B contenente l'offerta economica;
- che essa, “pur non costituendo parametro di valutazione rilevante ai fini

*dell'aggiudicazione*”, avrebbe “*costituito parte integrante dell'offerta*”.

5c. Alla già sottolineata dissonanza fra il bando e il capitolato fanno seguito in quest'ultima precisazione non soltanto il disagio indotto dal fatto che le opere edili rappresentando una componente singola del prezzo chiuso finale costituivano parte integrante dell'unica offerta, ma anche l'assoluta novità che “*tutta la documentazione richiesta dal capitolato tecnico amministrativo e dal capitolato d'oneri per la gestione*” dovesse essere inserita nel plico dell'offerta.

Alla stregua di quanto stabilito dal bando, infatti, la detta busta avrebbe dovuto contenere unicamente l'offerta economica, redatta sull'apposito fac-simile, spettando invece al solo aggiudicatario la presentazione dell'intera documentazione di progetto.

Non si tralasci, infine, l'ambiguo enunciato, contenuto in un unico periodo del chiarimento, per cui detta documentazione, pur costituendo “*parte integrante*” dell'offerta non avrebbe costituito “*parametro di valutazione ai fini dell'aggiudicazione*”.

6a. Di fronte ad un percorso in cui “*la diritta via era smarrita*”, il Collegio si limita ad osservare che la presenza di antinomie in ogni sistema giuridico e in ogni istituto che di questo fa parte è costantemente possibile, quando le norme siano prodotte in tempi differenziati e promanino da fonti diverse, per cui compete all'interprete l'obbligo di garantire il postulato dell'unità del sistema.

Anche all'interno di un intrico normativo, che trova base nella redazione fattane da Trentino Servizi, occorre dunque ritrovare il giusto percorso, accertando quale sia la norma vigente e applicabile al

caso di specie la quale, per il principio generale di certezza del diritto, “*deve non poter essere, di volta in volta, che una sola*”, come ha affermato una remota, ma avvertita, dottrina sul sistema delle fonti e sulla loro gerarchia.

Tornando alla vicenda di causa, la presenza di testuali indicazioni difformi nei due visti atti di gara fa dunque palese obbligo di far proprio il criterio interpretativo posto alla pag. 7 del bando, peraltro concordemente richiamato dall’art. 6 del capitolato, ove è stato stabilito che qualsiasi antinomia sostanziale o formale fra i documenti di gara dovesse essere superata, facendo in ogni caso prevalere le norme del bando rispetto a quelle dei capitolati tecnico e d’oneri.

Da ciò occorre trarre le seguenti conclusioni:

- che l’indicazione contenuta nel capitolato sul costo finale delle lavorazioni edili (CL) espresso dall’offerta dei prezzi unitari redatta sulla liste delle categorie deve essere disapplicata in ragione di quanto diversamente e puntualmente disposto nel bando di gara;
- che, conseguentemente, ai fini dell’aggiudicazione è irrilevante la prescrizione, contenuta nel solo capitolato, relativa al fatto che le quantità esposte nella lista della categorie avrebbero potuto variare in eccesso o in difetto solo in fase di redazione del progetto esecutivo;
- che in alcuna parte del bando di gara è stato previsto che la lista delle categorie compilata da ciascuna A.T.I. partecipante sarebbe stata oggetto di comparazione;
- che il confronto è stato dal bando limitato esclusivamente al prezzo più basso offerto dalle concorrenti;

- che, in definitiva, la documentazione aggiuntiva da inserirsi nella busta dell'offerta economica non avrebbe spiegato alcun ruolo sull'individuazione della migliore offerta, essendo il prezzo finale l'esclusivo "*parametro di valutazione rilevante ai fini dell'aggiudicazione*".

In ogni caso, anche nelle evenienze nelle quali è assente la norma sulla gerarchia delle fonti, o quando essa non soccorre adeguatamente, la giurisprudenza amministrativa è concorde nell'affermare che "*nel contrasto tra le clausole del bando e quelle del capitolato va sempre accordata prevalenza alle prime, atteso che il capitolato assolve alla preminente funzione di predeterminare l'assetto negoziale degli interessi dell'amministrazione e dell'impresa aggiudicataria in seguito all'espletamento della gara e non di regolamentare direttamente la procedura selettiva*" (cfr., C.d.S., sez. V, 29.8.2006, n. 5035 e 10.11.2005, n. 6286; sez. VI, 17.7.1998, n. 1101).

6b. Non hanno dunque alcun pregio, per questo decisivo aspetto, le osservazioni della Stazione appaltante sulla centralità della lista della categorie, definita "*un'essenziale parte degli atti di gara*". Il pur argomentato rilievo opera, infatti, a difesa di un testo della *lex specialis* che, per quanto sopra illustrato, poteva e doveva condurre a contrarie conclusioni proprio la Stazione appaltante prima della lettura fattane in questa sede giurisdizionale.

Se, infatti, davvero in tal senso fosse maturata la determinazione dell'Amministrazione sarebbe stato agevole, in sede di predisposizione del bando, scegliere il diverso criterio del "*prezzo più basso mediante offerta a prezzi unitari*" in conformità a quanto previsto dall'art. 82, comma 2, lett. b), del D.Lgs. n. 163 del 2006.

6c. In effetti, il ruolo assolto dalla lista delle categorie non poteva che essere destinato a rilevare sotto aspetti diversi rispetto a quello pertinente l'offerta del prezzo più basso.

In sede di aggiudicazione dell'appalto i prezzi offerti sulla vista lista, seppure estranei alla logica dell'aggiudicazione, rilevavano, infatti:

- in sede di valutazione dell'offerta anomala, posto che il bando di gara aveva riservato alla stazione appaltante la facoltà di escludere dalla gara offerte economiche determinate sulla base di anomali CF (costo della fornitura) e CL (costo delle opere edili), oltre che di una RG (redditività stimata) irragionevole o erronea; e ciò in quanto *“in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*, in contraddittorio con l'offerente interessato dalla contestazione (cfr., art. 83, comma 3, del D.Lgs. n. 163 del 2006);
- in fase di esecuzione dell'appalto, e nel caso sia applicabile l'art. 134 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554, per quantificare il prezzo di eventuali variazioni che si determinano secondo i prezzi di contratto, da intendersi come quelli offerti dal concorrente e poi inseriti nel contratto (cfr., in termini, C.d.S., sez. VI, 4.8.2009, n. 4903);
- in ogni altra evenienza che si profili in sede di esecuzione del contratto, come hanno osservato anche le ricorrenti, ovvero in fase di progettazione esecutiva di competenza degli organi tecnici della Stazione appaltante.

6d. La disposta esclusione dalla gara della ricorrente A.T.I. è dunque, sulla base di quanto sopra esposto, da dichiarare illegittima e deve

essere conseguentemente annullata.

7a. Il ricorso incidentale deve essere disatteso.

7b. Con il primo motivo la deducente afferma che, al di là della motivazione assunta dalla Commissione di gara, l'offerta dell'A.T.I. Doppelmayr sarebbe stata da escludere in base al combinato disposto degli artt. 2, 5 e 18 del capitolato, dai quali si evincerebbe il divieto di modificare la lista delle categorie; la previsione di una remunerazione a misura dei lavori riguardanti le accessorie opere civili; l'espressa esclusione di varianti; il fatto che le variazioni in concreto proposte dall'A.T.I. ricorrente si discosterebbero dal progetto definitivo dell'opera come proposto da Trentino Sviluppo, precludendo ogni confronto con le categorie di opere indicate dalla controinteressata.

Al visto mezzo si oppone, tuttavia, il fatto che la lista delle categorie non poteva e non doveva essere utilizzata in sede di aggiudicazione, in ragione dell'unitarietà dell'obbligazione complessiva richiesta, della natura a corpo del contratto proposto e del criterio prescelto per l'individuazione del futuro contraente, integrato dal solo prezzo finale più basso ricavabile dall'offerta di tre prezzi unici per altrettante componenti dell'appalto.

La lunga elencazione delle modifiche apportate alla lista delle categorie dalle ricorrenti non giova dunque alla controinteressata, potendosi facilmente replicare che la Doppelmayr ha eseguito un proprio approfondimento progettuale che le ha permesso di presentare, quanto alle opere edili, le ragioni in base alle quali aveva indicato quel prezzo, la cui attendibilità doveva essere verificata dalla



Commissione di gara, cui era conseguentemente precluso di ometterne *sic et simpliciter* l'esame, allegando la pretesa impossibilità d'istituire un confronto con le opere indicate nella lista delle categorie dell'altra partecipante.

A margine resta, senza peraltro essere priva di significato, l'osservazione che l'alto numero delle modifiche apportate alla lista delle categorie, quantificato in 75, si risolve prevalentemente nel mutamento, sia in aumento che in diminuzione, delle quantità (mc., kg.) dei materiali previsti (conglomerati cementizi, magrone per costruzioni, tondini per armatura, portoni, ...). Le variazioni più significative, ben illustrate nella memoria della controinteressata, si sostanziano nella modificazione di un sistema di drenaggio (voce 34); nella sostituzione di un solaio con lastre prefabbricate con uno gettato in opera (posizione 36) e nella sostituzione di un piano d'imbarco metallico con una fornitura di conglomerato cementizio e ferri di armatura (voce 18).

A questi rilievi le ricorrenti hanno replicato ricordando che, per espressa dichiarazione del bando di gara, la descrizione delle opere civili - la cui progettazione era da completare - era stata ricavata da soluzioni "*similari ma sufficienti per una valutazione indicativa*" delle quantità e dei costi. Per altro verso, è stato dalle istanti sottolineato che le opere civili all'impianto funiviario, per l'appunto "*accessorie alla sua funzionalità*", sarebbero espressione dell'autonomia progettuale in sede esecutiva, che spettava alle singole imprese, mentre, quanto alla loro scelta, sarebbero state strettamente legate alla tipologia della

struttura adottata da ogni singolo costruttore.

Tale impostazione, oltre che razionale, trova testuale fondamento nel bando di gara e deve essere condivisa.

7c. Infondato è, poi, il rilievo che l'aggiudicataria provvisoria non avrebbe accompagnato la sua offerta con la dichiarazione di presa d'atto che l'indicazioni delle voci e delle quantità non avrebbe influito sull'importo complessivo dell'offerta, come previsto dall'art. 90, comma 5, del D.P.R. 21.12.1999, n. 554: la normativa richiamata trova applicazione, infatti, soltanto in caso di aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari, e non già a corpo.

8a. Il secondo motivo si presenta di dubbia ammissibilità, essendo stato ancorato all'ipotesi che "*presumibilmente*" l'A.T.I. Doppelmayr sarebbe stata in possesso di documentazione riservata (nella specie, il computo metrico elaborato sulla base dei costi d'impresa dallo Studio tecnico Montecno, progettista dell'opera); detta rappresentazione si dedurrebbe dal fatto che alcune voci della lista delle categorie sarebbero state completate con locuzioni non desumibili da alcun documento messo a disposizione dei concorrenti, e sarebbero state aggiunte ad essa lavorazioni non presenti nella richiamata documentazione pubblica. La ricorrente afferma che non ha elementi per sostenere che lo Studio tecnico Montecno abbia favorito o meno l'A.T.I. Doppelmayr, né per asserire che vi siano rapporti di controllo o collegamento tra i due soggetti, limitandosi a concludere che un concorrente avrebbe fruito di conoscenze precluse ad altri, con

pregiudizio della *par condicio*.

8b. Peraltro, tali allegazioni sono state, in fatto, confutate dalla difesa delle ricorrenti, che ha dimostrato che il completamento di una voce con una formula standard in ambito tecnico è stata tratta dall'Elenco prezzi 2009 predisposto dalla Provincia autonoma di Trento (voce 81); che l'aggiunta di diversi elementi si deve all'offerta di un subfornitore (voci 82 e 83); che l'inserimento di differenti voci è stato ricavato dallo studio dei disegni del progetto preliminare posto a base di gara anche se non inserite nella lista delle categorie fornita (voci 112, 113 - P.3, 114, 115 e 116); che l'aggiunta di precisazioni è stata desunta dalle vigenti norme tecniche antincendio tra cui il D.M. 22.10.2007 del Ministero dell'Interno (voce 113 - P.3).

Alla pretesa disuguaglianza indotta da conoscenze indebitamente acquisite si contrappongono, quindi, le convincenti controdeduzioni delle ricorrenti che trovano puntuale riscontro nella documentazione allegata (cfr., documenti nn. 14, 15, 16 e 17 della memoria depositata in data 29.12.2009). Anche tale motivo deve dunque essere disatteso, in difetto di ogni diversa prova contraria.

9. All'accoglimento del ricorso principale, e alla reiezione di quello incidentale, consegue che le spese di lite, ivi compresi i diritti e gli onorari di difesa, debbano porsi a carico delle parti soccombenti.

Condanna conseguentemente Trentino Sviluppo S.p.A. e Leitner S.p.A., in solido tra di loro, a corrispondere a Doppelmayr Italia S.r.l. e a Zh - General Construction Company S.p.A. la complessiva somma di € 12.000,00 (dodicimila) (di cui € 11.000,00 per onorari ed

€ 1.000,00 per diritti), oltre alla rifusione del contributo unificato (ai sensi dell'art. 13, comma 6 *bis*, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), a I.V.A. e C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti a titolo di spese generali.

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 141 del 2009, lo accoglie.

Condanna Trentino Sviluppo S.p.A. e Leitner S.p.A. al pagamento in solido delle spese di giudizio, liquidate come da motivazione.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chietтини, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2010

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

IL SEGRETARIO