

N. 02615/2015REG.PROV.COLL.
N. 06605/2013 REG.RIC.
N. 06684/2013 REG.RIC.



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6605 del 2013, proposto dalla s.r.l. ALBERGO APPALTI, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

La s.p.a. FAVER, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Tedeschini e Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto presso l'avvocato Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, n. 7;

nei confronti di

La s.p.a. ACQUEDOTTO PUGLIESE, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Del Prete, con domicilio eletto presso il sig. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6684 del 2013, proposto dalla s.p.a. ACQUEDOTTO PUGLIESE, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Del Prete, con domicilio eletto presso il sig. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

La s.p.a. FAVER, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Tedeschini e Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto presso l'avvocato Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, n. 7;

la s.r.l. ALBERGO APPALTI, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2

entrambi per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia, sede di Bari, sez. II, n. 891 del 31 maggio 2013, concernente l'affidamento dei lavori di realizzazione di un tronco di acquedotto;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.p.a. Faver in entrambi i giudizi, nonché della s.p.a. Acquedotto Pugliese nel giudizio n. 6605/2013 e della s.r.l. Albergo Appalti nel giudizio n. 6684/2013;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2014 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Gennaro Rocco Notarnicola e Massimo Del Prete;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza n. 891 del 31 maggio 2013, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. II, nella resistenza dell'Acquedotto Pugliese S.p.A. (d'ora in avanti anche l'amministrazione appaltante) e della s.r.l. Albergo Appalti (d'ora in avanti anche controinteressata o aggiudicataria), si è pronunciata sul ricorso principale (NRG. 91/2013) proposto dalla società Faver S.p.A. (d'ora in avanti anche l'appellante), nonché sul ricorso incidentale della aggiudicataria.

Con il ricorso principale sono stati impugnati l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di sostituzione del 3° tronco, terza tratta della diramazione primaria (dal pozzetto di presa di Lucera alla ex S.S. 160 – Lucera – San Severo) e tutti gli atti e provvedimenti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compresi i verbali di gara ed il diniego di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione.

Il ricorso incidentale è stato proposto dall'aggiudicataria per la mancata esclusione dalla gara della s.p.a. Faver.

Con la sentenza appellata, il TAR, ha respinto il ricorso incidentale ed ha accolto quello principale, annullando l'impugnata aggiudicazione.

In particolare, il tribunale:

- ha rigettato le censure sollevate col ricorso incidentale in ordine all'ammissione alla gara della ricorrente Faver S.p.A. (la cui offerta non avrebbe tenuto conto delle prescrizioni concernenti l'assistenza archeologica continuativa agli scavi, del divieto di non alterare l'assetto geomorfologico e di non interferire con le condotte del Consorzio di bonifica, laddove si fossero verificate interferenze tra condutture);
- ha respinto altresì l'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso principale sollevata dall'amministrazione appaltante per la dedotta insindacabilità delle valutazioni tecnico – discrezionali relativamente all'offerta migliorativa dell'aggiudicataria;
- ha ritenuto invece fondate le censure sollevate dalla ricorrente principale in ordine alla proposta migliorativa formulata dalla contro interessata

(proposta che, diversamente da quanto deciso dalla commissione di gara e dall'amministrazione appaltante, non avrebbe in realtà rispettato le prescrizioni imposte dalla Provincia di Foggia che, nell'approvazione il progetto dei lavori, aveva stabilito che per l'attraversamento trasversale alla S.P. n. 105 di Lucera, già ex S.S. 160, si sarebbe dovuto utilizzare il cunicolo in cemento armato già esistente; infatti l'aggiudicataria al riguardo si sarebbe limitata a prevedere il rispetto dell'elaborato n. 92 del progetto esecutivo, che non risultava aggiornato ed integrato con le prescrizioni imposte dall'amministrazione provinciale di Foggia, contemplando per l'attraversamento della ex S.S. 160 la tecnica dello «spingi tubo», cioè la trivellazione in orizzontale per la realizzazione di un tunnel in cui inserire la condotta, e la realizzazione della condotta in parallelo al cunicolo).

2. La s.r.l. Albergo Appalti ha chiesto la riforma di tale sentenza (ricorso NRG. 6605/2013), deducendone l'erroneità e l'ingiustizia, per un verso riproponendo le censure sollevate col ricorso incidentale, lamentando il loro mancato o inadeguato esame, e, per altro verso, insistendo per la correttezza e l'adeguatezza della propria proposta migliorativa, valutata dall'amministrazione appaltante e della commissione sulla base del loro potere discrezionale, non sindacabile in sede giurisdizionale, con conseguente inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Anche l'Acquedotto Pugliese S.p.A. ha chiesto la riforma della citata sentenza (NRG. 6684/013) sulla base degli stessi motivi di gravame spiegati dalla s.r.l. Albergo Appalti, deducendo in particolare l'erroneo rigetto dell'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, ribadendo la legittimità degli atti impugnati e dell'operato della commissione di gara, anche in ragione dell'insindacabilità della valutazioni di merito della pubblica amministrazione, e negando infine la sussistenza delle violazioni degli artt. 2 e 4, punto 15.3.), della lettera d'invito e

dell'art. 3, comma 2, del Capitolato Speciale, erroneamente riscontrate dai primi giudici.

In entrambi i giudizi si è costituita la s.p.a. Faver che, oltre a dedurre l'infondatezza degli avversi gravami, di cui ha chiesto il rigetto, ha altresì riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. i motivi del ricorso principale assorbiti («Violazione dell'art. 1, lett. a.4), della parte II della lettera d'invito e dell'art. 3, comma 2, del capitolato speciale; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione, contraddittorietà con le prescrizioni formulate dagli enti intervenuti alla Conferenza dei servizi di approvazione del progetto esecutivo dei lavori oggetto di appalto» e «violazione degli artt. 2 e 4, punto 15.3) della lettera d'invito e dell'art. 3, comma 2, del capitolato speciale; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione, contraddittorietà con le prescrizioni formulate dagli enti intervenuti alla Conferenza dei servizi di approvazione del progetto esecutivo dei lavori oggetto di appalto»).

Nei giudizi NRG. 6605/2013 e NRG. 6684/2013 si sono costituiti rispettivamente l'Acquedotto Pugliese S.p.A. e Albergo Appalti s.r.l., aderendo alle conclusioni formulate nei relativi appelli principali.

3. Con ordinanza n. 3824 del 17 luglio 2014, la Sezione, riuniti preliminarmente gli appelli, ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a., ha disposto una consulenza tecnica d'ufficio per accertare:

- a) l'esatta individuazione dei lavori oggetto dell'appalto, con particolare riguardo all'attraversamento alla S.P. n. 105 di Lucera (ex S.S. 160) ed alle relative previsioni contenute nel progetto dei lavori posto a base della gara;
- b) l'effettivo contenuto delle prescrizioni imposte nella Conferenza dei servizi dalla Provincia di Foggia ed il loro impatto sulle previsioni contenute nel progetto posto a base di gara;
- c) le eventuali diversità di modalità di esecuzione dei lavori nel caso di rispetto della previsione progettuale posta a base di gara ovvero di rispetto delle prescrizioni imposte dalla Provincia di Foggia;

d) se il progetto proposto dalla s.r.l. Albergo Appalti rispetti effettivamente le prescrizioni stabilite dalla Provincia di Foggia;

e) in cosa consista la soluzione progettuale offerta dall'aggiudicataria, descrivendo in concreto le modalità di esecuzione attraverso la tecnica dello «spingitubo».

Con la predetta ordinanza, è stato altresì nominato quale consulente tecnico d'ufficio il Direttore del Dipartimento di Ingegneria civile, edile e ambientale dell'Università degli Studi Federico II di Napoli o un altro docente universitario da questi indicato, fissandosi i termini per lo svolgimento del mezzo istruttorio e rinviando la trattazione degli appelli all'udienza pubblica del 16 dicembre 2014.

Il consulente tecnico d'ufficio designato dal Dipartimento di Ingegneria civile, edile e ambientale dell'Università degli Studi Federico II di Napoli, prof. ing. Massimo Greco, assunto l'incarico, lo ha espletato nel rispetto dei termini assegnati, depositando ritualmente la relazione finale, unitamente alla quale ha presentato l'istanza di liquidazione del compenso spettante.

4. Nell'imminenza dell'udienza di trattazione, le parti hanno illustrato le proprie tesi difensive, replicando a quelle avversarie.

All'udienza pubblica del 16 dicembre 2014, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. Deve innanzitutto confermarsi la riunione degli appelli in trattazione, già disposta con l'ordinanza n. 3824 del 27 luglio 2014.

6. E' preliminare ad ogni altra questione l'esame del motivo di appello, proposto sia dall'Acquedotto Pugliese S.p.A., sia dalla s.r.l. Albergo Appalti, con cui è stata censurata la sentenza impugnata per aver erroneamente respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado della Faver S.p.A., in considerazione dell'insindacabilità delle valutazioni tecnico – discrezionali su cui è imperniato il giudizio

dell'amministrazione appaltante di conformità della variante migliorativa, presentata dalla s.r.l. Albergo Appalti, alle prescrizioni formulate dalla Provincia di Foggia sul progetto esecutivo dei lavori oggetto della gara di appalto.

Il motivo è infondato.

Se è vero, infatti, che le valutazioni operate da un'amministrazione appaltante (e per essa dalla commissione di gara) circa l'idoneità e l'adeguatezza di un'offerta migliorativa a realizzare l'oggetto dell'appalto e a perseguire così le finalità del progetto posto a base della gara sfuggono di norma al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo la loro macroscopica illogicità, irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà e travisamento dei fatti, costituendo esercizio della discrezionalità amministrativa che non può essere sostituita dalla diversa valutazione del giudice (ciò in ragione del fondamentale principio di separazione dei poteri), ben può tuttavia essere oggetto di accertamento giudiziale il substrato fattuale in relazione al quale la discrezionalità è stata concretamente esercitata, poiché ciò non investe direttamente il contenuto della valutazione operata (che attiene al merito del potere amministrativo), bensì il suo stesso presupposto.

Nel caso di specie, diversamente da quanto dedotto dagli appellanti, la censura sollevata dalla Faver S.p.A. con il ricorso incidentale non concerneva la valutazione dell'idoneità e dell'adeguatezza dell'offerta migliorativa presentata dalla s.r.l. Albergo a realizzare effettivamente l'oggetto dell'appalto, quanto piuttosto la diversa questione, di fatto, della conformità dell'offerta migliorativa al progetto posto a base di gara, con particolare riferimento al rispetto della prescrizione imposta dalla Provincia di Foggia in sede di conferenza dei servizi e all'utilizzo del cunicolo già esistente per l'attraversamento della ex SS 120, elementi tutti che costituiscono il presupposto della valutazione discrezionale, che non è

sindacata come tale, ma in quanto fondata su elementi di fatto asseritamente errati e non pertinenti.

Ciò esclude pertanto la fondatezza della doglianza in esame.

7. Ai fini della corretta soluzione della controversia, è necessario svolgere alcune precisazioni in punto di fatto, tenendo conto anche delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio espletata nel presente grado di giudizio.

7.1. L'Acquedotto Pugliese S.p.A. ha indetto una procedura negoziata per l'appalto della sola esecuzione dei «Lavori di sostituzione del 3° tronco 3^a tratta della diramazione primaria (tratta dal pozzetto di presa Lucera alla ex SS160 Lucera – San Severo)», per un importo complessivo di €. 3.950.318,94 (comprensivi di €. 304.996,98 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso), da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa (applicando il metodo aggregativo – compensatore di cui all'allegato G del D.P.R. n. 207 del 2010).

Per l'offerta tecnica era prevista l'attribuzione di massimo 70 punti, suddivisi nei seguenti sub elementi:

a) proposte migliorative finalizzate all'ottimizzazione dell'andamento piano – altimetrico della condotta nel rispetto del piano particellare e delle prescrizioni rilasciate dal consorzio di bonifica della capitanata e degli altri soggetti interferenti (massimo 16 punti);

b) proposte migliorative finalizzate all'ottimizzazione di tutte le opere di linea con riferimento, a titolo esemplificativo e non esaustivo, alla fruibilità interna, alla sicurezza, all'accessibilità e alla gestione dei manufatti. Le proposte non potranno modificare le volumetrie fuori terra e dovranno essere complete anche dei calcoli strutturali (max 16 punti);

c) proposte migliorative finalizzate all'ottimizzazione dal punto di vista idraulico – gestionale della condotta in argomento anche con riferimento alla riduzione dei tempi di esecuzione delle interconnessioni alle opere esistenti e dei tempi di svuotamento e di riempimento della stessa durante

gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria di messa in esercizio (massimo 16 punti);

d) qualità dei materiali offerti (calcestruzzo armato, rivestimento delle tubazioni e dei prezzi speciali in ghisa sferoidale, giunzioni antisfilamento, apparecchiature idriche, ecc.) nel rispetto delle prescrizioni minime riportate dall'art. 13 e nella II parte del CSA, nonché dei disciplinari tecnici allegati, con riferimento alle prestazioni offerte e all'accrescimento della loro durabilità anche al fine di ridurre gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria (massimo 16 punti);

e) proposte migliorative finalizzate all'inserimento ambientale e paesaggistico delle opere in progetto nel rispetto delle prescrizioni rilasciate dall'Ufficio paesaggio della Regione (massimo 6 punti).

Per l'offerta economica era prevista l'attribuzione di massimo 30 punti.

Nella *lex specialis* di gara era specificato che tutte le proposte migliorative non potevano essere in contrasto con le prescrizioni rilasciate in sede di conferenza di servizi dai soggetti interferenti con le opere di progetto (lett. b, punto 2); costituivano poi cause di esclusione delle offerte tecniche le proposte di variante: a) peggiorative rispetto a quanto previsto dal progetto esecutivo; b) in contrasto con la normativa tecnica applicabile all'intervento oggetto delle gare o a disposizioni legislative o regolamentari imperative o inderogabili; c) in contrasto con le prescrizioni di cui all'art. 3 del CSA o eccedenti i limiti inderogabili, d) tali da rendere palese, direttamente o indirettamente, l'offerta economica.

Il progetto esecutivo posto a base di gara è stato validato il 17 gennaio 2012 dal responsabile del procedimento,

7.2. Come accertato dalla consulenza tecnica d'ufficio (quesito n. 1), i lavori oggetto dell'appalto consistevano nella «sostituzione di una condotta esistente dell'AQP con altra nuova, per una lunghezza di circa 30 km, e le relative opere accessorie. La previsione progettuale prevede un tracciato per la nuova condotta che corre parallelo, ad una distanza di circa 6 m, alla

condotta esistente. Nella realizzazione della nuova condotta, che deve inizialmente coesistere con la vecchia fino a completamento dei lavori per non interrompere il servizio e garantire l'erogazione dell'acqua all'abitato di Lucera, vi sono numerose situazioni in cui la condotta in progetto deve intersecare altre infrastrutture, quali strade o altre condotte di pertinenza di altri enti. Queste intersezioni rappresentano la parte più delicata del progetto, dovendosi evitare, di norma, danneggiamenti o interruzioni del servizio di queste infrastrutture. Anche in riguardo a queste intersezioni, e comunque per le interferenze che la condotta in appalto ha con le altre infrastrutture, fu convocata la conferenza dei servizi decisoria del Settembre 2011, poi proseguita con una seconda riunione nel gennaio 2012, le cui prescrizioni, secondo bando, dovevano essere ottemperate dalle varianti migliorative previste dalle offerte presentate».

Quanto al contenuto delle prescrizioni imposte nella conferenza dei servizi dalla Provincia di Foggia, è opportuno richiamare le risultanze della consulenza tecnica d'ufficio (quesito 2): «L'amministrazione provinciale di Foggia, nella conferenza dei servizi decisoria del settembre 2011, impose l'attraversamento con tecnica spingi tubo per le intersezioni con le strade di sua pertinenza, con l'esplicita esclusione dell'attraversamento della SP109 (correttamente indicata nel titolo del capoverso, poi erroneamente indicata come SP105 nel prosieguo, ma univocamente identificabile quale ex SS160), per il quale viene imposta la prescrizione di utilizzo del cunicolo dalla stessa Amm. Prov.le predisposto in seguito ai lavori di adeguamento della strada recentemente eseguiti. Il progetto posto a base di gara, invece, non riporta l'esistenza di tale cunicolo e prevede l'esecuzione dell'attraversamento tramite spingi tubo direttamente nel sottosuolo. Si vuole qui notare che l'elaborato progettuale a base di gara non riporta la contestuale interferenza con le condotte del Consorzio di Bonifica, sia per quanto riguarda l'adduttrice Triolo-Foggia che per la condotta distributrice presente allo sbocco del cunicolo con sovrappasso pensile dell'acquedotto

AQP attuale. L'interferenza con l'adduttrice Triolo Foggia, nel progetto a base di gara, è riportata in elaborato differente senza evidenziare la presenza della SP109, e tantomeno del cunicolo. Nella medesima seduta della conferenza dei servizi, è opportuno notare che vengono fornite prescrizioni di carattere generale anche da parte del Consorzio di Bonifica della Capitanata, relative ai casi di intersezioni e parallelismi tra la progettata condotta AQP e quelle irrigue esistenti. In essa si dichiara «La tubazione AQP deve essere posata al di sotto delle condotte irrigue... (omissis) La profondità di posa deve essere tale da garantire un franco netto tra le generatrici di tubazione AQP e condotta irrigua non inferiore a cm 100;... (omissis) L'attraversamento di condotte in cemento amianto e/o di diametro superiore a 500 mm è consentita solo con tecnica spingi tubo o sonda teleguidata». Il Consorzio, però, non fornisce parere per l'impossibilità di pervenire ad una corretta identificazione di tutte le interferenze nel brevissimo periodo intercorso tra la sua acquisizione del progetto e la convocazione della conferenza dei servizi.

Nella successiva riunione della conferenza dei servizi decisoria, del gennaio 2012, assente l'Amministrazione provinciale che aveva già nella prima rilasciato parere favorevole con prescrizioni al RUP, il Consorzio di Bonifica provvede a indicare una prescrizione per l'attraversamento dell'Adduttore Triolo-Foggia, che, si ricorda, attraversa trasversalmente il cunicolo realizzato dalla Amministrazione Provinciale al di sotto della SP109. In tale circostanza le prescrizioni generali indicate nel corso della prima conferenza dei servizi vengono modificate, e l'uso dello spingi tubo o della sonda teleguidata viene imposto solo per l'attraversamento delle condotte irrigue interrate in cemento amianto. La prescrizione esplicitamente data in riferimento all'attraversamento della Adduttore Triolo-Foggia impone «all'epoca della costruzione l'interferenza con la preesistente tubazione dell' AQP fu risolta realizzando in spingi tubo, a quota inferiore, la condotta consortile. E' possibile quindi realizzare la

nuova condotta AQP collocandola alla stessa quota di quella esistente e quindi superiormente alla condotta consortile, previa verifica dell' esatta profondità di quest'ultima mediante saggi da effettuare in sito».

Si vuole qui evidenziare una discrepanza tra quanto riportato e la constatazione dello stato di fatto a seguito dell' accesso eseguito dal CTU.

Allo stato, la condotta AQP sottopassa la condotta consortile con un percorso a sifone rovescio, come descritto nella risposta al quesito n. 1. E non vi è cenno, nelle prescrizioni del Consorzio, della presenza del cunicolo entro cui l'intersezione si verifica. Sembra verosimile che la realizzazione del cunicolo e lo spostamento delle condotte siano avvenuti contestualmente, e che di tali operazioni né i progettisti incaricati da AQP, né il consorzio di bonifica, fossero al corrente.

L'impatto sul progetto posto a base di gara deriva quindi non solo dalle prescrizioni della amministrazione provinciale, ma dalla contestuale interferenza con l'importante condotta adduttrice del Consorzio di bonifica della Capitanata. La combinazione delle due cose, in una con una situazione di fatto diversa da quella rappresentata nel progetto redatto per conto dell' AQP, avrebbe comunque imposto una revisione dello stesso, risultando comunque impossibile allo stato attuale il rispetto di entrambe le prescrizioni per il mutato stato dei luoghi».

8. Ciò posto, ragioni logico – sistematiche e di coerenza espositiva impongono di esaminare innanzitutto i motivi di gravame con cui Albergo Appalti s.r.l. ha lamentato l'erroneo rigetto del proprio ricorso incidentale di primo grado, con cui era stata dedotta l'illegittimità dell'omessa esclusione dalla gara di Faver S.p.A. per vizi attinenti l'offerta migliorativa da quest'ultima presentata.

I motivi di gravame sono infondati.

8.1. Innanzitutto, diversamente da quanto prospettato dall'appellante, i primi giudici non solo hanno effettivamente esaminato il primo profilo della censura contenuta nel primo motivo del ricorso incidentale, con cui

era stato dedotto che l'offerta presentata dalla Faver S.p.A. avrebbe violato la prescrizione impartita dalla Soprintendenza sui beni archeologici (che, in ragione dell'alta rilevanza archeologica del territorio, aveva imposto che i lavori di scavo per la posa della condotta fossero eseguiti con l'assistenza archeologica), ma l'hanno anche correttamente respinta.

Infatti, quantunque con motivazione sintetica, il tribunale ha rilevato che quella prescrizione non riguardava la fase della progettazione, ma soltanto quella della esecuzione dei lavori: è decisivo al riguardo rilevare che la prescrizione formulata dalla Soprintendenza (giusta nota prot. n. 8150 del 9 giugno 2011, riguarda effettivamente «i lavori di scavo per la posa della condotta» ed impone che gli stessi siano eseguiti con l'assistenza archeologica continua, senza alcuna indicazione di specifiche modalità di esecuzione né dei lavori, né dell'attività di assistenza, così che è del tutto irrilevante che nell'offerta tecnica presentata dalla Faver non fosse presente alcun riferimento alle eventuali modalità tecnico – esecutive asseritamente necessarie per il rispetto di tale prescrizioni.

8.2. Quanto alla censura relativa all'asserito mancato rispetto delle prescrizioni formulate dalla Snam Rete Gas, che, secondo l'appellante non sarebbe stata neppure esaminata (non potendo considerarsi sufficiente la generica ed onnicomprensiva dizione - pagg. 6 e 7 della sentenza impugnata – di rigetto di tutte le censure mosse con il ricorso incidentale «anche quelle non dettagliatamente in sentenza»), deve osservarsi che, sebbene debba convenirsi sul fatto che la stessa non risulti effettivamente esaminata, pur tuttavia la stessa è infondata.

Analogamente a quanto rilevato per la prescrizione formulata dalla Soprintendenza, anche quella in esame (secondo cui «gli attraversamenti dell'acquedotto dovranno essere realizzati in sottopasso con i nostri metanodotti, mantenendo una distanza minima, misurata in senso verticale, tra le superfici affacciate non inferiore a 0,50 metri») attiene in modo diretto ed immediato alla fase di esecuzione dei lavori e non imponeva

invece una modificazione del progetto posto a base di gara, che i concorrenti non potevano neppure modificare.

8.3. L'appellante ha poi lamentato che i primi giudici avrebbero erroneamente respinto, con motivazione inadeguata, la censura relativa al mancato rispetto da parte della variante migliorativa proposta dalla Faver S.p.A. della prescrizione relativa al tracciato, che avrebbe dovuto seguire quello della condotta esistente in corrispondenza delle interferenze, laddove essa avrebbe previsto invece la realizzazione di una nuova condotta parallela alla stessa, peraltro posizionata ad una quota diversa da quella esistente, non potendo condividersi l'assunto secondo cui quella prescrizione avrebbe riguardato soltanto i tratti interrati e non anche quelli scoperti, qual era quello in questione; inoltre, sempre secondo l'appellante, era mancata qualsiasi pronuncia sull'altro profilo della censura concernente il mancato rispetto dell'ulteriore prescrizione del Consorzio di bonifica della Capitanata, secondo cui la tubazione dell'Acquedotto Pugliese avrebbe dovuto essere collocata al di sotto della condotta irrigua preesistente con un franco netto tra i due tubi non inferiore a 50 cm (distanza che sarebbe stata invece palesemente violata, come emergeva dall'esame delle tavole progettuali).

Le doglianze non risultano fondate, potendo pertanto prescindersi dall'eccezione di inammissibilità del motivo stesso sollevata dall'appellata Faver S.p.A. per la sua presunta novità, quanto meno parziale.

Deve osservarsi che, come risulta dalla relazione del consulente tecnico d'ufficio (risposta al quesito n. 1), la stessa «previsione progettuale prevede un tracciato per la nuova condotta che corre parallelo, ad una distanza di circa 6 m, alla condotta esistente», il che esclude in radice la asserita violazione dell'offerta migliorativa della Faver S.p.A. per non aver seguito il tracciato della condotta esistente e per essere posta ad una quota diversa (e più alta) di quella della condotta originaria; d'altra parte, come opportunamente segnalato dalla difesa della predetta Faver S.p.A. (senza

che sul punto l'appellante abbia svolto alcuna adeguata contestazione), la relativa proposta progettuale (per risolvere le interferenze con la condotte del Consorzio di Bonifica della Capitanata) non si pone in contrasto con le risultanze della conferenza dei servizi, che secondo le stesse previsioni della *lex specialis* (lett. b, punto 2) costituiva l'unico limite (funzionale ed intrinseco) di ammissibilità delle proposte migliorative che potevano essere proposte dalle imprese concorrenti (né alcun elemento probatorio è stato offerto in tal senso).

Quanto alla distanza minima di 50 cm. tra le condutture in caso di incrocio tra le stesse, possono condividersi le ragionevoli deduzioni svolte dalla Faver S.p.A. (in relazione alla quali del resto alcuna contestazione è stata sollevata dall'appellante), secondo cui quella prescrizione concerneva esclusivamente la rete di distribuzione e non la rete di adduzione, quale quella di Triolo (in relazione alla quale il Consorzio di bonifica della Capitanata, giusta nota allegata alla conferenza di servizi del 27 gennaio 2012, aveva espressamente stabilito che era possibile «realizzare la nuova condotta AQP collocandola alla stessa quota di quella esistente e quindi superiormente alla condotta consortile, previa verifica dell'esatta profondità di quest'ultima mediante saggi da effettuare in sito»).

8.4. Secondo le tesi dell'appellante, poi, i primi giudici non avrebbero riscontrato che l'offerta della Faver S.p.A., alterando l'aspetto morfologico, con l'innalzamento del piano di campagna con una barriera di 150 cm., violava macroscopicamente la prescrizione della Regione Puglia che aveva imposto di non alterare l'assetto geomorfologico.

Anche tale suggestiva censura deve essere respinta.

Ad avviso della Sezione, infatti, non può sottacersi che - anche a voler prescindere dal corretto rilievo dei primi giudici, secondo cui quella prescrizione riguardava i torrenti e i cigli di scarpate (com'era palese dal suo tenore letterale, a mente del quale «soprattutto in corrispondenza dell'attraversamento dei torrenti e dei cigli di scarpata siano limitati i

movimenti di terra (sbancamenti, sterri e riporti) al fine di non modificare in maniera significativa l'attuale aspetto geomorfologico d'insieme e conservare nel contempo l'aspetto idrogeologico complessivo delle aree oggetto d'intervento, evitando pertanto qualsiasi effetto barriera») - quella prescrizione non vietava in modo assoluto qualsiasi alterazione morfologica, ma solo quelle idonee a determinare una modificazione significativa dell'aspetto attuale, ciò implicando un'attività valutativa che rientra nell'escluso potere discrezionale dell'amministrazione e che come tale sfugge al sindacato di legittimità, salva l'ipotesi della sua illogicità, irrazionalità, arbitrarietà che non si rinviene nel caso di specie (in tal senso non potendo apprezzarsi la mera diversa opinione, soggettiva, dell'appellante).

Ciò peraltro, sotto altro concorrente profilo, esclude qualsiasi rilevanza anche della dedotta, ma non provata, asserita ostruzione che deriverebbe per effetto dell'innalzamento del piano di campagna al fosso di scolo.

8.5. Per completezza deve infine rilevarsi che col ricorso incidentale la s.r.l. Albergo Appalti aveva anche lamentato «II. In via subordinata: violazione dell'art. 1 lett. A.4) della lettera d'invito da leggere in combinato disposto con l'art. 3, co. 2, del capitolato speciale, illegittimità del verbale di gara n. 6 del 24 ottobre 2012 nella parte in cui, nonostante le palesi omissioni contenute nell'offerta tecnica, è stato attribuito, in favore della ricorrente principale, il punteggio assegnato – Violazione di legge – Violazione del principio dell'autovincolo – Eccesso di potere sub specie di difetto di congrua istruttoria; illogicità manifesta, contraddittorietà con le prescrizioni formulate dalle amministrazioni intervenute alla Conferenza di servizi in sede di approvazione del progetto relativo all'appalto per cui è causa».

Benché dell'esame di tale motivo non vi è traccia nella sentenza impugnata, nessuna censura in tal senso è stata mossa a quest'ultima, né il predetto motivo di censura è stato effettivamente riproposto.

8.6. In conclusione le censure concernenti il rigetto del ricorso incidentale spiegato in primo grado dall'appellante Albergo Appalti s.r.l. devono essere respinte.

9. Può procedersi all'esame congiunto dei motivi di gravame degli atti d'appello della s.r.l. Albergo Appalti e dall'Acquedotto Pugliese s.p.a., con cui è stata contestata la correttezza della sentenza impugnata che, accogliendo il primo motivo del ricorso proposto da Faver s.p.a., ha ritenuto che l'offerta della s.r.l. Albergo Appalti non rispettava le prescrizioni formulate dalla Provincia di Foggia e doveva essere conseguentemente esclusa dalla gara.

Le doglianze sono fondate.

9.1. Deve innanzitutto rilevarsi che, come si è già accennato in precedenza, oggetto dell'appalto era la esecuzione dei lavori per la sostituzione del 3° tronco terza tratta della diramazione primaria (tratta dal pozzetto di presa di Lucera alla ex SS. 160 Lucera), secondo il progetto esecutivo predisposto dall'Acquedotto Pugliese s.p.a.: ai concorrenti non era precluso di proporre varianti ed era altresì previsto che le proposte migliorative sarebbero state valutate ai fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica (come evidenziato al par. 7.1.).

Se è vero che la *lex specialis* di gara specificava che tutte le proposte migliorative non potevano essere in contrasto con le prescrizioni rilasciate in sede di conferenza di servizi dai soggetti interferenti con le opere di progetto (lett. b, punto 2), la stessa specificava che costituivano cause di esclusione delle offerte tecniche le proposte di variante:

- a) peggiorative rispetto a quanto previsto dal progetto esecutivo;
- b) in contrasto con la normativa tecnica applicabile all'intervento oggetto delle gare o a disposizioni legislative o regolamentari imperative o inderogabili;
- c) in contrasto con le prescrizioni di cui all'art. 3 del CSA o eccedenti i limiti inderogabili,

d) tali da rendere palese, direttamente o indirettamente, l'offerta economica.

Non vi era alcuna disposizione della *lex specialis* che imponesse ai concorrenti il necessario recepimento, quale variante ovvero quale offerta di variante migliorativa, delle prescrizioni formulate dagli enti intervenuti nella conferenza di servizi decisoria.

9.3. E' pertanto innanzitutto da respingere la tesi sostenuta dalla ricorrente in primo grado, fatta propria dai primi giudici, secondo cui l'offerta della s.r.l. Albergo Appalti avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver rispettato le prescrizioni formulate dalla Provincia di Foggia, come peraltro era desumibile dalla pacifica circostanza della mancanza di qualsiasi variazione dell'elaborato n. 92, concernente l'attraversamento della ex SS. 160, oggetto del profilo in contestazione: l'invarianza di quell'elaborato prova in realtà soltanto che la società Albergo Appalto non ha presentato varianti al progetto posto a base di gara, ma da essa non può trarsi anche alcun argomento sul rispetto delle prescrizioni della Provincia di Foggia circa le proposte migliorative (al progetto posto a base di gara) e cioè, in particolare, se le concrete modalità attraverso cui la s.r.l. Albergo Appalti ha inteso eseguire i lavori nel tratto in contestazione si pongano effettivamente in contrasto con le prescrizioni della Provincia di Foggia e siano in definitiva assolutamente incompatibili con queste.

9.4. Al riguardo ad avviso della Sezione risultano essere decisive le puntuali e articolate conclusioni cui è pervenuto il consulente tecnico d'ufficio.

9.4.1. Questi invero, rispondendo ai quesiti sottoposti, ha rilevato quanto segue:

a) quanto al quesito n. 2 («Chiarisca il c.t.u. l'effettivo contenuto delle prescrizioni imposte nella Conferenza dei servizi dall'amministrazione provinciale di Foggia ed il loro impatto sulle previsioni contenute nel progetto posto a base di gara»): «L'amministrazione provinciale di Foggia,

nella conferenza dei servizi decisoria del settembre 2011, impose l'attraversamento con tecnica spingi tubo per le intersezioni con le strade di sua pertinenza, con l'esplicita esclusione dell'attraversamento della SP109 (correttamente indicata nel titolo del capoverso, poi erroneamente indicata come SP105 nel prosieguo, ma univocamente identificabile quale ex SS160), per il quale viene imposta la prescrizione di utilizzo del cunicolo dalla stessa Amm. Prov.le predisposto in seguito ai lavori di adeguamento della strada recentemente eseguiti. Il progetto posto a base di gara, invece, non riporta l'esistenza di tale cunicolo, e prevede l'esecuzione dell'attraversamento tramite spingi tubo direttamente nel sottosuolo. Si vuole qui notare che l'elaborato progettuale a base di gara non riporta la contestuale interferenza con le condotte del Consorzio di Bonifica, sia per quanto riguarda l'adduttrice Triolo-Foggia che per la condotta distributrice presente allo sbocco del cunicolo con sovrappasso pensile dell'acquedotto AQP attuale. L'interferenza con l'adduttrice Triolo Foggia, nel progetto a base di gara, è riportata in elaborato differente senza evidenziare la presenza della SP109, e tantomeno del cunicolo. Nella medesima seduta della conferenza dei servizi, è opportuno notare che vengono fornite prescrizioni di carattere generale anche da parte del Consorzio di Bonifica della Capitanata, relative ai casi di intersezioni e parallelismi tra la progettata condotta AQP e quelle irrigue esistenti. In essa si dichiara "La tubazione AQP deve essere posata al di sotto delle condotte irrigue... (omissis) La profondità di posa deve essere tale da garantire un franco netto tra le generatrici di tubazione AQP e condotta irrigua non inferiore a cm 100;... (omissis) L'attraversamento di condotte in cemento amianto e/o di diametro superiore a 500 mm è consentita solo con tecnica spingi tubo o sonda teleguidata....". Il Consorzio, però, non fornisce parere per l'impossibilità di pervenire ad una corretta identificazione di tutte le interferenze nel brevissimo periodo intercorso tra la sua acquisizione del progetto e la convocazione della Conferenza dei Servizi.

Nella successiva riunione della Conferenza dei Servizi decisoria, del gennaio 2012, assente l'Amm.ne provinciale che aveva già nella prima rilasciato parere favorevole con prescrizioni al RUP, il Consorzio di Bonifica provvede a indicare una prescrizione per l'attraversamento dell'Adduttore Triolo-Foggia, che, si ricorda, attraversa trasversalmente il cunicolo realizzato dalla Amministrazione Provinciale al di sotto della SP109. In tale circostanza le prescrizioni generali indicate nel corso della prima conferenza dei servizi vengono modificate, e l'uso dello spingi tubo o della sonda teleguidata viene imposto solo per l'attraversamento delle condotte irrigue interrate in cemento amianto. La prescrizione esplicitamente data in riferimento all'attraversamento della Adduttore Triolo-Foggia impone "... (omissis) all'epoca della costruzione l'interferenza con la preesistente tubazione dell'AQP fu risolta realizzando in spingi tubo, a quota inferiore, la condotta consortile. E' possibile quindi realizzare la nuova condotta AQP collocandola alla stessa quota di quella esistente e quindi superiormente alla condotta consortile, previa verifica dell'esatta profondità di quest'ultima mediante saggi da effettuare in sito». Si vuole qui evidenziare una discrepanza tra quanto riportato, e la constatazione dello stato di fatto a seguito dell'accesso eseguito dal CTU. Allo stato, la condotta AQP sottopassa la condotta consortile con un percorso a sifone rovescio come descritto nella risposta al quesito n. 1. E non vi è cenno, nelle prescrizioni del Consorzio, della presenza del cunicolo entro cui l'intersezione si verifica.

Sembra verosimile che la realizzazione del cunicolo e lo spostamento delle condotte siano avvenuti contestualmente, e che di tali operazioni né i progettisti incaricati da AQP, né il consorzio di bonifica, fossero al corrente.

L'impatto sul progetto posto a base di gara deriva quindi non solo dalle prescrizioni della amministrazione provinciale, ma dalla contestuale interferenza con l'importante condotta adduttrice del Consorzio di bonifica

della Capitanata. La combinazione delle due cose, in una con una situazione di fatto diversa da quella rappresentata nel progetto redatto per conto dell'AQP, avrebbe comunque imposto una revisione dello stesso, risultando comunque impossibile allo stato attuale il rispetto di entrambe le prescrizioni per il mutato stato dei luoghi»;

b) quanto al quesito n. 3 («Individui e spighi il c.t.u., se sussistenti, le eventuali diversità di modalità di esecuzione dei lavori nel caso di rispetto della previsione progettuale posta a base di gara, ovvero di rispetto delle prescrizioni imposte dall'amministrazione provinciale di Foggia»): «Nel rispetto della previsione progettuale, l'attraversamento sarebbe dovuto avvenire con la tecnica dello spingi tubo, su cui si daranno ampi cenni nella risposta al quesito seguente, ma si sarebbero dovuti comunque adottare specifici accorgimenti per l'interferenza con la adduttrice Triolo-Foggia. E' da notare che il progetto a base di gara prevedeva la realizzazione della nuova condotta in affiancamento, a circa 6 m di distanza, di quella esistente da dismettere. Viceversa, rispettando le prescrizioni imposte dalla Amministrazione Provinciale di Foggia, e sfruttando il cunicolo realizzato dalla stessa Amministrazione, si sarebbero semplificate e rese più economiche le operazioni di posa della condotta nell'attraversamento della SP109. Sarebbe però stato necessario uno studio dettagliato dell'interferenza con l'adduttrice Triolo-Foggia, poiché le dimensioni del cunicolo e delle due condotte avrebbe reso impossibile il simultaneo rispetto delle prescrizioni dei due enti, in particolare quelle sulle distanze minime tra condotte imposta dal Consorzio.

E' da notare che, nell'allegato TD00.a.1.M, l'Albergo Appalti dichiara, come miglioria al progetto, che gli attraversamenti in spingi tubo, previsti per ogni intersezione con condotte del Consorzio di Bonifica, seguiranno il tracciato della condotta esistente, giusta prescrizione del RUP resa nella conferenza dei servizi di dicembre a seguito di recepimento delle istanze del consorzio di Bonifica. Questo condiziona di fatto la nuova condotta a

passare per il cunicolo, visto che vengono vincolate da entrambi i lati della strada le posizioni della tubazione in relazione al sottopasso della condotta irrigua pensile, e dell' adduttrice Triolo-Foggia. Resta però confermato che dagli allegati progettuali presentati o accettati dalla Albergo Appalti non risulta alcuna menzione di detto cunicolo, e che nella stessa relazione di illustrazione delle migliorie, allegato TD00.a.1.M citato, si premettono le prescrizioni rese in Conferenza dei servizi, senza fare menzione unicamente di quelle imposte dalla amministrazione provinciale»;

c) quanto al quesito n. 4 («dica il c.t.u. se il progetto proposto dalla Albergo Appalti s.r.l. rispetti effettivamente le prescrizioni dell'amministrazione provinciale di Foggia»): «Le modalità previste dal bando richiedevano alle imprese concorrenti di presentare unicamente le variazioni migliorative del progetto, indicando esplicitamente che per il resto esse si sarebbero attenute al progetto esecutivo redatto dall'AQP e posto a base della procedura. Veniva altresì richiesto alle concorrenti di sottoscrivere dichiarazione con cui le stesse dichiaravano approfondita conoscenza del progetto, ma senza menzionare la conoscenza dello stato dei luoghi. E, nel bando, solo per le varianti proposte era dato esplicito richiamo alla ottemperanza delle varianti stesse con le prescrizioni derivanti dalla conferenza dei servizi. La Albergo Appalti non introduce varianti migliorative al progetto esecutivo nella parte di cui trattasi, accettando gli elaborati del progetto redatto per conto di AQP. Di conseguenza, poiché il progetto esecutivo era stato redatto ignorando del tutto la presenza del cunicolo, il progetto risultante non rispetta, nei grafici di progetto, le prescrizioni di cui al quesito. Anche nell' elaborato EG03.29, relativo alla variante migliorativa proposta da Albergo Appalti per l' attraversamento della adduttrice Triolo-Foggia non viene rilevato, come già nel progetto esecutivo posto a base di gara, che tale condotta interseca la esistente condotta AQP, e di conseguenza quella di progetto, all' interno di un cunicolo, né che la disposizione altimetrica delle due

condotte risulta mutata rispetto a quella considerata in progetto. Elaborati prodotti successivamente, nel corso del procedimento in essere presso la giustizia amministrativa, mostrano soluzioni progettuali del nodo di doppio attraversamento che, utilizzando anche la tecnica dello spingi tubo, consentano il rispetto delle prescrizioni sia dell' amministrazione provinciale di Foggia che del consorzio di bonifica»;

d) quanto al quesito n. 5 («Evidenzi il c.t.u. in cosa specificamente consista la soluzione progettuale offerta dall'aggiudicataria, descrivendo in concreto le modalità di esecuzione attraverso la tecnica dello spingi tubo, precisando se la stessa sia eventualmente compatibile con le prescrizioni imposte dalla amministrazione provinciale»): «La tecnica dello spingi tubo appartiene alla categoria delle tecniche “trenchless” (anche dette “no dig”), cioè di quelle tecniche che consentano di disporre un manufatto interrato senza operare scavi a cielo aperto, dalla superficie del terreno, per l' intera lunghezza del tratto. Esse trovano sostanziale applicazione, tra l' altro, in tutte quelle situazioni in cui uno scavo in trincea, dalla superficie, danneggerebbe o renderebbe temporaneamente inutilizzabile un altro manufatto posto sul suolo o interrato a quota superiore a quella dell' opera in progetto. Tutte queste tecniche hanno in genere costi elevati, richiedendo attrezzature e personale specializzato ed opere accessorie, e sono applicabili solo per tratti di lunghezze non eccedenti qualche decina di metri. In particolare la tecnica dello spingi tubo consiste nella infissione in direzione orizzontale di una tubazione (o anche di un manufatto scatolare) spingendola tramite martinetti idraulici posti in una cosiddetta “camera di spinta”, scavata a cielo aperto ma a distanza dai manufatti esistenti da preservare. La camera di spinta presenta una parete verticale su cui faranno contrasto i martinetti disposta ortogonalmente alla direzione della tubazione da infiggere. Frequentemente l' infissione viene effettuata non con la tubazione costituente l' opera, ma con un “controtubo”. Terminata l' infissione del contro tubo esso viene svuotato del terreno di cui si e'

riempito, vengono posti all' interno di essi dei distanziatori, ed infine viene posta la tubazione effettiva all' interno del contro tubo. Sicuramente tale tecnica risulta applicabile a parte dell' attraversamento di cui trattasi, in relazione alle interferenze sia con l' adduttrice irrigua Triolo-Foggia che con la distributrice pensile presente sull' altro lato della SP109, risultando comunque tecnicamente applicabile anche all' interno del cunicolo, fatte salve le implicazioni economiche relative al maggior costo di questa tecnica, mitigate comunque dal fatto che le opere accessorie (quali la camera di spinta etc.) sarebbero comunque necessarie per gli attraversamenti delle condotte del Consorzio. La soluzione progettuale proposta dall' aggiudicataria può ritenersi, pertanto, non incompatibile con le prescrizioni dell' amministrazione provinciale, anche se non si avvantaggia della presenza del cunicolo che non viene proprio considerata in nessuno degli allegati prodotti».

9.4.2. In realtà i lavori per la realizzazione della nuova condotta dell'Acquedotto Pugliese S.p.A. determinavano numerose situazioni di interferenze con altre infrastrutture, strade o altre condotte di altri enti, che costituivano la parte più delicata del progetto, dovendosi evitare danneggiamenti o interruzione dei servizi forniti da dette infrastrutture: alla soluzione di queste situazioni veniva preordinata la convocazione dell'apposita conferenza di servizi.

La prescrizione formulata dall'amministrazione provinciale di Foggia effettivamente impose l'attraversamento con la tecnica dello spingi tubo per le intersezione con le strade di sua pertinenza, salvo l'attraversamento della SP 109, univocamente identificabile quale ex SS 160, per il quale veniva imposto l'utilizzo del cunicolo predisposto dalla stessa amministrazione provinciale in occasione dei recenti lavori di adeguamento.

Senonché, come riferisce il consulente tecnico, l'elaborato progettuale posto a base di gara non riportava la contestuale interferenza con le

condotte del Consorzio di bonifica, sia per quanto riguarda l'adduttrice Triolo – Foggia, sia per quanto riguarda la condotta distributrice presente allo sbocco del cunicolo con sovrappasso pensile dell'acquedotto attuale; l'interferenza con l'adduttrice Triolo – Foggia era infatti riportato in un altro elaborato progettuale, senza alcuna evidenziazione né della presenza della SP 109 (ex SS 160), né del cunicolo.

Il consulente, al riguardo, ha sottolineato che nel corso della prima riunione della conferenza di servizi il Consorzio di Bonifica della Capitanata aveva fornito solo prescrizioni di carattere generale in relazione alle intersezioni e parallelismi tra la progettata condotta dell'Acquedotto Pugliese e quelle irrigue esistenti («la tubazione AQP deve essere posata al di sotto delle condotte irrigue...La profondità di posa deve essere tale da garantire un franco netto tra le generatrici di tubazione AQP e condotta irrigua non inferiore a cm. 100;...l'attraverso di condotte in cemento amianto e/o di diametro superiore a 500 mm. è consentito solo con la tecnica spingi tubo o sonda teleguidata»).

Egli ha anche sottolineato che nel corso della successiva riunione del gennaio 2012 il Consorzio aveva indicato una prescrizione per l'attraversamento dell'adduttore Triolo – Foggia (che attraversa trasversalmente il cunicolo realizzato dall'amministrazione provinciale di Foggia al di sotto della SP 109, ex SS 160), modificando in parte le precedenti prescrizioni generali formulate ed in particolare imponendo l'uso dello spingi tubo o della sonda teleguidata solo per l'attraversamento delle condotte irrigue in cemento amianto («all'epoca della costruzione l'interferenza con la preesistente tubazione dell'AQP fu risolta realizzando in spingi tubo, a quota inferiore, la condotta consortile. E' possibile quindi realizzare la nuova condotta AQP collocandola alla stessa quota di quella esistente e quindi superiormente alla condotta consortile, previa verifica dell'esatta profondità di quest'ultima mediante saggi da effettuare in sito»).

Il consulente ha altresì sottolineato una discrepanza tra quanto riportato e a constatazione dello stato di fatto verificato a seguito dell'accesso in loco, giacché «la condotta AQP sottopassa la condotta consortile con un percorso a sifone rovescio...E non vi è cenno, nelle prescrizioni del Consorzio, della presenza del cunicolo entro cui l'intersezione di verifica. Sembra verosimile che la realizzazione del cunicolo e lo spostamento delle condotte siano avvenuti contestualmente, e che di tali operazioni né i progettisti incaricati da AQP, né il consorzio di bonifica, fossero al corrente».

Non può essere sottaciuto che il consulente evidenzia ancora che l'impatto sul progetto posto a base di gara deriva non solo dalle prescrizioni dell'amministrazione provinciale di Foggia, ma anche dalla contestuale interferenza con la condotta adduttrice del Consorzio di bonifica della Capitanata, il che, stante la non perfetta coincidenza tra la situazione di fatto e quella rappresentata negli elaborati progettuali (posti a base di gara), avrebbe imposto una revisione del progetto, «risultando impossibile il rispetto di entrambe le prescrizioni per il mutato stato dei luoghi».

9.4.3. Approfondendo tale ultimo profilo, il consulente ha rilevato che nel rispetto della previsione progettuale l'attraversamento sarebbe dovuto avvenire con la tecnica dello spingi tubo, ma che si sarebbero dovuti adottare specifici accorgimenti per l'interferenza con l'adduttrice Triolo – Foggia e che, invece, rispettando le prescrizioni imposte dall'amministrazione provinciale e sfruttando il cunicolo realizzato dalla stessa amministrazione si sarebbero semplificate e rese più economiche le operazioni di posa della condotta nell'attraversamento della SP 109 (ex SS 160), ma a tal fine sarebbe stato necessario uno studio dettagliato dell'adduttrice Triolo – Foggia, perché le dimensioni del cunicolo e delle due condotte non consentivano il simultaneo rispetto delle prescrizioni dei due enti (in particolare quelle del rispetto delle distanze minime tra le condotte imposta dal Consorzio).

L'ausiliario ha ulteriormente precisato che l'Albergo Appalti s.r.l. (nell'allegato TD00.a.1.M.), per un verso, aveva dichiarato, quale proposta migliorativa del progetto, che gli attraversamenti in spingi tubo, previsti per ogni intersezione con le condotte del Consorzio di Bonifica, avrebbero seguito il tracciato della condotta esistente, il che di fatto condizionava la nuova condotta a passare per il cunicolo (atteso che in tal modo vengono vincolate da entrambi i lati della strada le posizioni della tubazione in relazione al sottopasso della condotta irrigua pensile e dell'adduttrice Triolo - Foggia), e, per altro verso, nessuna menzione aveva fatto né del cunicolo, né delle prescrizioni dell'amministrazione provinciale di Foggia.

9.2.5. Sulla base di tali elementi di fatto deve convenirsi che, come peraltro evidenziato anche dai primi giudici, il progetto posto a base di gara presentava significative carenze, giacché gli elaborati progettuali che lo componevano non rispondevano, almeno per gli aspetti qui venuti in esame, alla effettiva realtà di fatto.

D'altra parte, come già rilevato in precedenza, la s.r.l. Albergo Appalti non ha apportato varianti migliorative al progetto posto a base di gara in relazione all'aspetto di cui si controversa, tant'è che lascia invariata la tavola progettuale n. 92: di conseguenza, come sottolinea il consulente, «poiché il progetto esecutivo era stato redatto ignorando del tutto la presenza del cunicolo, il progetto risultante non rispetta, nei grafici di progetto, le prescrizioni di cui al quesito. Anche nell'elaborato EG03.29, relativo alla variante migliorativa proposta da Albergo Appalti per l'attraversamento della adduttrice Triolo – Foggia non viene rilevato, come già nel progetto esecutivo posto a base di gara, che tale condotta interseca la esistente condotta AQO, e di conseguenza quella di progetto, all'interno di un cunicolo, né che la disposizione altimetriche delle condotte risulti mutata rispetto a quella considerata in progetto».

9.2.6. Tuttavia, ad avviso della Sezione, a tanto non può conseguire l'esclusione dalla gara dell'offerta proposta dalla s.r.l. Albergo Appalti.

9.2.6.1. Infatti, a quanto osservato in precedenza (in particolare al fatto che l'appalto riguardava la sola esecuzione dei lavori, sulla base del progetto esecutivo predisposto dalla stessa amministrazione appaltante, e che la *lex specialis* prevedeva la possibilità di varianti – che tuttavia nel caso di specie non risultano presentate, visto tra l'altro la pacifica invarianza della tavola di progetto n. 92 – e che ammetteva proposte migliorative al progetto, con l'unico limite del rispetto delle prescrizioni formulate dalle amministrazioni intervenute nella conferenza dei servizi, senza che tuttavia detto rispetto comportasse obbligatoriamente la modifica ovvero la proposizione di un'apposita variante al progetto posto a base di gara), occorre aggiungere che in realtà le prescrizioni formulate dalle amministrazioni intervenute nella conferenza dei servizi, benché non fossero delle mere raccomandazioni (cosa che le avrebbe rese prive di rilevanza, svilendo lo stesso significato dei lavori della conferenza di servizi, peraltro di natura decisoria), non davano vita neppure a necessarie modifiche al progetto esecutivo dei lavori posto a base di gara (ciò non essendo imposto ai concorrenti), costituendo piuttosto delle direttive operative, stringenti e vincolanti, in ordine alle modalità di esecuzione dei lavori, che non dovevano incidere negativamente sulle interferenze, danneggiando le infrastrutture esistenti ovvero impedire o ritardare o comunque incidere negativamente sui servizi resi dagli enti proprietari delle infrastrutture interferite.

Una simile ricostruzione della natura delle raccomandazione è confortata dalle stesse prescrizione della *lex specialis* che significativamente prevede che tutte le proposte migliorative non potevano essere in contrasto con le prescrizioni rilasciate in sede di conferenza di servizi dai soggetti interferenti con le opere di progetto (lett. b, punto 2), laddove il predetto “contrasto” non può essere riferito a proposte che non recepiscano *sic et simpliciter* quelle prescrizioni, quanto piuttosto a concrete modalità esecutive/realizzative dei lavori in questione che incidano negativamente (e

per ciò siano in contrasto con la finalità di tutele delle infrastrutture interferite cui esse sono preordinate).

9.2.6.2. Ciò posto, la problematica dell'ammissibilità dell'offerta proposta dalla s.r.l. Albergo Appalti si sposta sul piano della verifica della compatibilità delle modalità indicate nella proposta migliorativa quanto alla realizzazione dei lavori relativamente al tratto contestato e cioè se le diverse modalità di esecuzione, attraverso la tecnica dello spingi tubo, siano in contrasto con le finalità di tutela propria della prescrizione formulata dall'amministrazione provinciale.

Al riguardo l'ausiliario, dopo aver descritto la tecnica dello spingi tubo, ha inequivocabilmente precisato che «Sicuramente tale tecnica risulta applicabile a parte dell'attraversamento di cui trattasi, in relazione all'interferenza sia con l'adduttrice irrigua Triolo – Foggia che con la distributrice pensile presente sull'altro lato della SP 109, risultando comunque tecnicamente applicabile anche all'interno del cunicolo, fatte salve le implicazioni economiche relative al maggior costo di questa tecnica, mitigate comunque dal fatto che le opere accessorie (quali la camera di spinta, ecc.) sarebbero comunque necessarie per gli attraversamenti delle condotte del Consorzio. La soluzione progettuale proposta dall'aggiudicataria può ritenersi pertanto non incompatibile con le prescrizioni dell'amministrazione provinciale, anche se non si avvantaggia della presenza del cunicolo che non viene proprio considerata in nessuno degli allegati prodotti».

9.3. Alla luce di tali puntuali considerazioni, pur non potendo sottacersi che all'insorgenza non è peraltro estranea una significativa carenza della stessa progettazione posta a base di gara, deve concludersi nel senso che l'offerta migliorativa proposta dalla Albergo Appalti s.r.l., secondo le risultanze emerse dalla consulenza tecnica d'ufficio, non poteva considerarsi in contrasto con le prescrizioni formulate dall'amministrazione provinciale di Foggia, non essendo decisiva la circostanza che di esse non vi fosse alcuna

menzione nella predetta proposta migliorativa (tanto più che non è implausibile che ciò fosse dipeso proprio dalla stessa carenza degli elaborati progettuali posti a base di gara).

A ciò consegue l'accoglimento dei motivi di appello proposti da Albergo Appalti s.r.l. e Acquedotto Pugliese S.p.A.

10. Tale accoglimento determina il rigetto del primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e impone alla Sezione l'esame degli altri motivi del ricorso principale di primo grado, non esaminati in quanto assorbiti, ma riproposti dalla Faver s.p.a. con la sua memoria di costituzione in giudizio ex art. 101.

Essi -rubricati rispettivamente «Violazione dell'art. 1, lett. a.4), della parte II della lettera di invito della lettera d'invito e dell'art. 3, comma 2, del capitolato speciale; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizioni, contraddittorietà con le prescrizioni formulate dagli enti intervenuti alla conferenza di servizi di approvazione del progetto esecutivo dei lavori oggetto di appalto» e «violazione degli artt. 2 e 4, punto 15.3.) della lettera d'invito e dell'art. 3, comma 2, del capitolato speciale; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione, contraddittorietà con le prescrizioni formulate dagli enti intervenuti alla conferenza di servizi di approvazione del progetto esecutivo dei lavori oggetti di appalto» - sono tuttavia infondati.

Quanto al primo motivo di doglianza - con cui era stato sostenuto che l'offerta presentata dalla Albergo Appalti, se ammissibile, non avrebbe potuto conseguire alcun punteggio in quanto non conforme o quanto meno non rispettosa delle prescrizioni imposte dall'amministrazione provinciale di Foggia - va osservato che esso, oltre ad essere infondato in fatto alla stregua delle osservazioni svolte nei paragrafi precedenti, è altresì inammissibile, risolvendosi in un sostanziale dissenso dalla valutazione operata dalla commissione di gara sulla proposta migliorativa presentata dall'aggiudicataria, che invece, essendo espressione tipica del potere

discrezionale dell'amministrazione, è di norma insindacabile, salvi i casi di illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà o travisamento dei fatti, che non si rinvergono nel caso di specie (tanto più che di esse non è stato fornito alcun elemento probatorio, neppure indiziario).

Quanto al secondo motivo, poi, con cui era stato dedotto in via subordinata che l'offerta presentata dalla s.r.l. Albergo Appalti era da considerarsi in palese contrasto con le prescrizioni formulate dagli enti intervenuti nella conferenza di servizi decisoria, che avrebbero avuto natura assolutamente cogente, può rinviarsi alle considerazioni svolte al par. 9.2., dovendo ribadirsi che nessuna disposizione della *lex specialis* imponeva ai concorrenti il necessario recepimento, quale variante ovvero quale offerta di variante migliorativa, delle prescrizioni formulate dagli enti intervenuti nella conferenza di servizi decisoria.

10. In conclusione gli appelli proposti dalla s.r.l. Albergo Appalti e dall'Acquedotto Pugliese s.p.a. devono essere accolti e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado dalla s.p.a. Faver.

11. Prima di provvedere alla liquidazione delle spese di giudizio, deva ancora procedersi alla liquidazione del compenso al consulente tecnico d'ufficio, che ne ha fatto espressa richiesta, depositando altresì l'apposita parcella.

11.1. In particolare, il consulente ha chiesto a titolo di spese sostenute l'importo di €. 989,00 (comprensivo di spese di viaggio per i sopralluoghi e per il giuramento ed il deposito della relazione di consulenza, determinate ai sensi dell'art. 8 della legge n. 417, oltre a quelle relative al materiale confezionamento della relazione), a titolo di indennità di trasferta, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 319/80, €. 80,00, e a titolo di onorario €. 9.851,73 e la sua maggiorazione del 50% (per prestazione di eccezionale importanza, complessità e difficoltà, ex art. 52, comma 1, d.P.R. 115/2002),

pari a €. 4.925,87, per un totale complessivo di €. 15.846,60, oltre IVA e contributi Cassa Previdenza.

11.2. Al riguardo la Sezione rileva che - ai sensi del combinato disposto degli artt. 49, 50, 51, 52, 55 e 56 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 - agli ausiliari del magistrato spettano l'onorario, l'indennità di viaggio e di missione, le spese di viaggio ed il rimborso delle spese sostenute per l'adempimento dell'incarico, fermo restando che per queste ultime deve essere presentata una nota specifica, con relativa documentazione giustificativa, dovendo il magistrato accertare le spese sostenute ed escludere il rimborso di quelle non necessarie.

Con riferimento al caso in esame, l'onorario, come richiesto, può essere effettivamente liquidato, in ragione del valore dell'appalto, in €. 9.851,73, importo che si stima equo maggiorare del 25% in ragione della sua importanza, complessità e difficoltà, ai sensi dell'art. 52, comma 1, per €. 2.462, 93, per complessivi €. 12.314,66 (dodicimilatrecentoquattordici euro e 66 centesimi).

Nulla può essere riconosciuto a titolo di spese sostenute per l'espletamento dell'incarico (stampa fotografia digitale, videoscrittura, fascicolatura, fotocopie per copie archivio e spese generali), non essendo stata di esse fornita alcuna documentazione giustificativa.

Per quanto riguarda le spese di viaggio, esse possono essere determinate, con riferimento all'art. 8 della legge 26 luglio 1978, n. 417, in €. 1,7/5 per km. 1.400, indicati in parcella, e quindi complessivamente in €. 476,00 (quattrocentosettantasei euro), dovendo ritenersi autorizzato (in sanatoria) l'uso dell'automezzo privato in luogo dei servizi pubblici di linea; così come richiesto, può essere riconosciuto l'importo di €. 80,00 (ottanta), a titolo di indennità di trasferta per i due sopralluoghi e per le due trasferte presso il Consiglio di Stato (per l'assunzione dell'incarico e per il deposito della relazione).

11.3. Al prof. ing. Massimo Greco spettano in conclusioni € 12.314,66, a titolo di onorario; € 476,00 per spese di viaggio ed € 80,00, a titolo di indennità di trasferta, oltre IVA e contributi Cassa Previdenza), che è posto definitivamente a carico della s.p.a. Faver S.p.A.

Da tale importo deve essere detratto, se corrisposto, l'anticipo di € 6.000,00, indicato nella ordinanza n. 3824 del 17 luglio 2014, posto provvisoriamente a carico delle parti appellanti.

12. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sugli appelli proposti, dalla s.r.l. Albergo Appalti s.r.l. (NRG. 6605/2013) e dalla s.p.a. Acquedotto Pugliese (NRG. 6684/13) avverso la sentenza del TAR per la Puglia, sez. II, n. 891 del 31 maggio 2013, dopo averli riuniti, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado dalla s.p.a. Faver.

Condanna quest'ultima al pagamento in favore della s.r.l. Albergo Appalti e della s.p.a. Acquedotto Pugliese delle spese del doppio grado di giudizio, che liquida complessivamente in € 12.000,00 (dodicimila), oltre IVA, CPA ed altri accessori di legge, se dovuti, e cioè € 6.000,00 (seimila), oltre IVA, CPA ed altri accessori di legge, se dovuti, ciascuno, nonché alla restituzione dei contributi unificato effettivamente versati nel corso dei due gradi del giudizio.

Pone altresì definitivamente a carico della s.p.a. Faver il compenso dovuto al consulente tecnico d'ufficio, come liquidato al punto 11 della motivazione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente
Francesco Caringella, Consigliere
Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore
Manfredo Atzeni, Consigliere
Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/05/2015

IL SEGRETARIO

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