

1. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 11 giugno 2015, n. 248 (accoglie)

2. Consiglio di Stato, sez. III, 13 gennaio 2016, n. 74 (respinge l'appello, conferma la sentenza di primo grado)

Chiarimenti - Ammissibili solo per rendere chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio di una clausola del bando – Inammissibili se introducono ex novo condizioni diverse

In particolare, la sentenza trae origine dalla seguente vicenda.

La Azienda U.S.L. di Pescara indiceva una gara per l'affidamento della progettazione e realizzazione dei lavori di ristrutturazione e messa a norma del P.O. di Pescara Santo Spirito e per la fornitura di apparecchiature e attrezzature, procedendo così all'aggiudicazione.

Avverso tale aggiudicazione proponeva ricorso il primo non aggiudicatario. Il ricorrente contestava la legittimità dell'aggiudicazione, evidenziando il mancato possesso in capo all'aggiudicatario del requisito di carattere speciale SOA OS5. Del resto, la stazione appaltante nel corso della procedura di gara "apportava una vera e propria modifica del bando" (punto 3 della sent.), allorché sostituiva (*recte*: integrava) con un chiarimento al bando il requisito speciale SOA OS5 con quello SOA OS4 sull'erroneo presupposto dell'equivalenza dei due requisiti fondata su un rapporto di genere a specie tra le due categorie.

In primo grado, il TAR Abruzzo - Pescara con la sentenza 248/2015 (riportata infra) accoglieva il ricorso e annullava gli atti impugnati. Avverso la sentenza proponeva appello l'aggiudicataria che veniva rigettato dal Consiglio di stato con la predetta sentenza n. 74/2016.

Cionondimeno, la sentenza che conferma il provvedimento del giudice di primo grado merita di essere segnalata soprattutto per gli spunti di riflessione che suggerisce in relazione al rapporto tra chiarimento e *lex specialis*, anomalia, e rapporto tra azione di annullamento e aggiudicazione.

In particolare il Consiglio di Stato ha riconosciuto che "*correttamente il T.A.R. ha valutato la legittimità dell'esito della gara alla luce della primigenia lex specialis del concorso, ripristinata nel suo contenuto iniziale e non suscettibile di mutamento. Ogni diversa pronunzia, e cioè di annullamento in toto della gara come prospettato dalla ricorrente, sarebbe incorsa nel vizio di extra petizione perché estranea al thema decidendum quale introdotto dall'[appellante].*

Né la domanda proposta dall'[appellante] si configura contraddittoria, ove si consideri che il Consorzio ha agito a tutela delle prerogative di un soggetto in possesso della qualificazione peculiare ai lavori di cui alla categoria SO5 e per il rispetto di una disciplina di gara che aveva ab

initio preso in considerazione la natura specialistica dei lavori rientranti in detta categoria con ogni effetto sul requisito di qualificazione dei concorrenti ai fini dell'affidamento" (punto 2.4)

In questo senso, anche la sentenza TAR appare di particolare pregio, in quanto ricostruisce in modo originale il rapporto tra aggiudicazione e azione demolitoria.

Secondo quanto affermato dal TAR, l'aggiudicazione al ricorrente pretermesso non rappresenterebbe una forma risarcitoria in forma specifica, bensì sarebbe intrinsecamente riconnessa all'accoglimento della domanda di annullamento, in quanto ne costituirebbe un effetto diretto. Difatti, il ragionamento del TAR lascerebbe velatamente intendere che solamente mediante l'aggiudicazione il soggetto escluso troverebbe piena ed effettiva soddisfazione dell'interesse positivo di cui è portatore. In questa prospettiva, l'aggiudicazione atterrebbe non tanto al piano del comportamento, bensì a quello della validità con la conseguenza di essere ricompresa tra gli effetti naturali discendenti dell'azione demolitoria.

(a cura dell'avv. Valeria Camilli – Orrik, Herrington & Sutcliffe (Europe), Roma)

T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 11 giugno 2015, n. 248

N. 00248/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00089/2015 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 Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 89 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
C.M.E. - Consorzio Impreditori Edili Soc. Coop., rappresentato e difeso dall'avv. Francesca Isgro',
con domicilio eletto presso Giuseppe Amicarelli in Pescara, viale Marconi, 131;

contro

Asl 105 - Pescara, rappresentata e difesa dall'avv. Tommaso Marchese, con domicilio eletto
presso Tommaso Marchese in Pescara, piazza Troilo 8;

nei confronti di

Paolo Beltrami Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Annalisa Molinari, Gabriele Silveti, con
domicilio eletto presso Gabriele Silveti in Pescara, Via Marco Polo 3;

per l'annullamento

della delibera n. 202 del 25/02/2015 con la quale l'Azienda U.S.L. di Pescara ha disposto in favore della società controinteressata l'aggiudicazione definitiva dell'appalto integrato per l'affidamento della progettazione e realizzazione dei lavori di ristrutturazione e messa a norma del P.O. di Pescara Santo Spirito nonché per la fornitura di apparecchiature e attrezzature; della nota prot. 516/STP del 02/03/2015 di comunicazione al Consorzio ricorrente di detta aggiudicazione; della nota prot. n. 2570/STP del 27/10/2014 contenente il chiarimento n. 3 sul quesito 8; dell'aggiudicazione provvisoria della gara intervenuta in data 23.02.2015; di tutti gli atti di gara in particolare dei verbali di gara inerenti la valutazione dell'anomalia delle offerte; nonché per la condanna al risarcimento dei danni.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl 105 - Pescara e di Paolo Beltrami Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2015 il dott. Massimiliano Ballorani e uditi l'avv. Francesca Isgro' per il Consorzio ricorrente, l'avv. Tommaso Marchese per l'ASL resistente, l'avv. Elena Pontiroli, su delega dell'avv. Annalisa Molinari, per la società controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il consorzio ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata Beltrami Paolo spa dell'appalto integrato avente ad oggetto "la progettazione e realizzazione dei lavori di ristrutturazione e posa in opera del Presidio ospedaliero Santo Spirito di Pescara nonché la fornitura di apparecchiature ed attrezzature".

Il medesimo consorzio ha quindi chiesto in via principale la tutela in forma specifica sotto forma di aggiudicazione dell'appalto e in via subordinata la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno per equivalente pecuniario.

All'udienza del 28 maggio 2015 la causa è passata in decisione, con accettazione delle altre parti del contraddittorio sui motivi aggiunti.

2.- Nel ricorso si denuncia innanzitutto la circostanza che l'aggiudicataria non era in possesso del requisito di carattere speciale di cui alla categoria SOA OS5, e ciò nonostante è stata ammessa alla gara in quanto la stazione appaltante ha ritenuto equivalente la dichiarata

categoria OS4, in forza di un rapporto di genere a specie tra le due categorie come comunicato dall'Amministrazione stessa nel chiarimento n. 3 al quesito n. 8 del 27 ottobre 2014.

Tale chiarimento avrebbe modificato illegittimamente la *lex specialis*; mentre secondo l'Amministrazione resistente si tratterebbe di una mera interpretazione, e comunque il ricorrente avrebbe dovuto impugnare tempestivamente il chiarimento; inoltre l'annullamento di tale chiarimento travolgerebbe l'intera procedura determinando così una contraddizione con i motivi di ricorso tesi all'aggiudicazione senza alcuna graduazione subordinata.

Tale motivo di ricorso, ad avviso del Collegio, è fondato ed assorbente.

In sostanza è accaduto che il bando prevedeva (oltre alla categoria OG1 prevalente e alla OG11 scorporabile e subappaltabile) la categoria scorporabile e subappaltabile OS5 ("impianti pneumatici ed antintrusione") classifica III (con importo lavori pari ad euro 723.000,00) e a seguito del quesito n. 8 con il chiarimento del RUP del 27 ottobre 2014 si è ritenuto che ai fini della partecipazione, in aggiunta alla OS5, fosse sufficiente anche la categoria OS4 ("impianti elettromeccanici trasportatori"), e ciò accogliendo senza alcuna motivazione ulteriore la richiesta di equiparazione contenuta nel quesito.

Proprio dalla lettura del quesito, tuttavia, s'intende che la decisione è stata assunta poiché il disciplinare prevede, tra i lavori, la fornitura in opera di un impianto di trasporto pneumatico e quindi esso potrebbe essere ricompreso nella più generica categoria degli impianti trasportatori elettromeccanici, proprio perché il sistema delle soffianti che creano il flusso d'aria nel trasporto pneumatico sarebbe prevalentemente costituito da elementi elettromeccanici.

Ciò premesso, il rapporto di genere a specie prova troppo ed anzi è un argomento *a contrario*. Appare infatti fin troppo evidente che proprio perché la realizzazione di un impianto pneumatico ha carattere di specialità rispetto a un generico trasportatore elettromeccanico, si giustifica la previsione di una specializzazione *ad hoc*.

Nella sua realizzazione è verosimilmente necessaria la considerazione di aspetti tecnici ulteriori rispetto a quelli meccanici ed elettrici e connessi appunto con l'uso del particolare mezzo di trasporto costituito dall'aria o altro gas sotto pressione.

Sicché la specializzazione e l'esperienza richiesta per il trasporto pneumatico non può essere assimilata *ictu oculi* a quella di un generico impianto di trasporto.

Ciò del resto trova proprio conferma nella circostanza che nell'allegato A del d.P.R. n. 270 del 2010 tali categorie sono state appunto separate.

Ne consegue che l'intervento dell'Amministrazione con i chiarimenti del 27 ottobre 2014 deve essere considerato come una vera e propria modifica del bando, illegittima se non altro perché

adottata senza il procedimento di autotutela (cfr. Tar Catania, sentenza n. 3075 del 2013) e senza le medesime forme di pubblicità del bando, nonché senza riaprire i termini per la presentazione delle offerte, ledendo così il principio di parità di trattamento nei confronti di altri operatori che non hanno presentato domanda non essendo appunto muniti della categoria speciale espressamente richiesta dalla stazione appaltante.

Né coglie nel segno la difesa dell'Amministrazione, tesa a denunciare l'inammissibilità di tale censura e ciò poiché, da un lato, l'interesse della ricorrente è divenuto attuale e concreto solo al momento della mancata aggiudicazione non avendo avuto detto chiarimento alcun immediato effetto escludente e quindi lesivo nei suoi confronti; dall'altro, l'annullamento di detta illegittima modifica del bando non travolge il bando stesso poiché il collegamento funzionale e genetico di accessorietà è unilaterale e vede appunto il chiarimento come elemento accessorio e a valle del bando, sicché l'annullamento di quest'ultimo potrebbe travolgere il chiarimento modificativo ma non viceversa.

L'annullamento del chiarimento in quanto illegittimamente modificativo del bando, pertanto, non incide su quest'ultimo ma impedisce di ritenere idonea ai fini dell'ammissione anche la categoria OS4.

Né giova all'Amministrazione invocare la previsione di cui all'articolo 48 comma 2 del d.lgs. n. 163 del 2006, al fine di rilevare che comunque l'esclusione di un concorrente determinerebbe il ricalcolo della soglia di anomalia (eccezione peraltro proposta come mera enunciazione e quindi inidonea in concreto a dimostrare il venir meno dell'interesse al ricorso dell'odierna parte ricorrente, in mancanza di una prova documentata che in tal caso la sua offerta sarebbe anomala). Ciò, atteso che, come noto, a seguito dell'introduzione del comma 2 bis all'articolo 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, da parte dell'articolo 39, commi 1 e 2, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con legge 11 agosto 2014, n. 114, *"Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte"*; e si tratta peraltro di disciplina applicabile al caso di specie in quanto il bando è del 28 agosto 2014 (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 2609 del 2015).

Le altre censure restano assorbite, atteso che quella risultata fondata è idonea di per sé a dare piena soddisfazione all'interesse azionato, poiché implica l'esclusione della controinteressata e quindi l'aggiudicazione in favore del consorzio ricorrente.

4.- Quella che la parte chiama domanda di risarcimento danni in forma specifica è impropriamente definita tale, trattandosi in realtà dell'invocazione di un effetto conseguente

all'annullamento dell'aggiudicazione e quindi dell'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi alla presente decisione aggiudicando la gara alla ricorrente, in quanto seconda classificata.

E' un'azione che mira al soddisfacimento dell'interesse positivo in forma specifica, ma non sul piano risarcitorio (il che postulerebbe l'accertamento anche dei requisiti soggettivi della colpevolezza: dolo o colpa), nel senso che opera sempre sul piano della validità e non del comportamento, con la conseguenza che è ricompresa ed ha avuto piena tutela con l'accoglimento della domanda di annullamento.

L'azione di risarcimento per equivalente non viene valutata in quanto proposta solo in via subordinata.

5.- Le spese seguono il criterio della soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, secondo quanto indicato in motivazione.

Condanna l'Amministrazione resistente e la controinteressata al pagamento in favore della parte ricorrente della somma complessiva di euro 3.000.00 ciascuno (per un totale di euro 6.000.00) oltre iva, c.p.a. e contributo unificato come per legge.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Michele Eliantonio, Presidente

Alberto Tramaglini, Consigliere

Massimiliano Ballorani, Consigliere, Estensore

Consiglio di Stato, sez. III, 13 gennaio 2016, n. 74

N. 00074/2016REG.PROV.COLL.

N. 05646/2015 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5646 del 2015, proposto da: Paolo Beltrami s.p.a., rappresentato e difeso dagli avv. Annalisa Molinari e Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, viale XXI Aprile, n. 11;

contro

C.M.E. - Consorzio Imprenditori Edili soc. coop, rappresentato e difeso dagli avv. Luisa Torchia, Francesca Isgro' e Claudio Cataldi, con domicilio eletto presso l'avv. Luisa Torchia in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 47;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale – A.S.L. n.3 di Pescara, rappresentata e difesa dall'avv. Tommaso Marchese, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO – Sezione staccata di Pescara: Sez. I n. 00248/2015, resa tra le parti, concernente affidamento progettazione e realizzazione dei lavori di ristrutturazione e messa a norma del Presidio ospedaliero Santo Spirito di Pescara

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di C.M.E. - Consorzio Imprenditori Edili Soc. Coop e dell'A.S.L. n.3 di Pescara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2015 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Elena Pontiroli, per delega dell'avv. Salvatore Alberto Romano, Luisa Torchia e Tommaso Marchese;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consorzio Imprenditori Edili soc. coop., in prosieguo di trattazione C.M.E., partecipava a procedura aperta bandita dall'azienda A.S.L. di Pescara per l'affidamento della progettazione e realizzazione dei lavori di ristrutturazione e messa a norma del Presidio Ospedaliero di Pescara Santo Spirito, nonché per la fornitura di apparecchiature e attrezzature, classificandosi al secondo posto.

Espletata la gara risultava la s.p.a. Paolo Beltrami risultava aggiudicataria dell'appalto integrato.

Con ricorso e successivi motivi aggiunti proposti avanti al T.A.R. per l'Abruzzo, Sezione Staccata di Pescara C.M.E. impugnava – assumendone l'illegittimità per dedotti motivi di violazione di legge e eccesso di potere in diversi profili - i seguenti provvedimenti:

- delibera n. 202 del 25 febbraio 2015, con la quale l'Azienda U.S.L. di Pescara ha disposto in favore della società Paolo Beltrami s.p.a. l'aggiudicazione definitiva dell'appalto integrato;
- nota prot. 516/STP del 2 marzo 2015 di comunicazione al Consorzio ricorrente di detta aggiudicazione;
- nota prot. n. 2570/STP del 27 ottobre 2014, contenente il chiarimento n. 3 sul quesito 8;
- aggiudicazione provvisoria della gara intervenuta in data 23 febbraio 2015;
- tutti gli atti di gara in particolare dei verbali concernenti la valutazione dell'anomalia delle offerte.

Il consorzio chiedeva in via principale la tutela in forma specifica sotto forma di aggiudicazione dell'appalto e, in via subordinata, la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno per equivalente pecuniario.

Con sentenza n. 248 del 2015 il T.A.R. adito accoglieva il ricorso e annullava gli atti impugnati. Appella la soc. Beltrami che ha contrastato le conclusioni del primo giudice e chiesto la riforma della sentenza di annullamento con rigetto del ricorso al primo grado.

Resiste C.M.E. che ha contraddetto i motivi di impugnativa e riproposto le censure dichiarate assorbite dal T.A.R., concludendo per il rigetto dell'appello.

Si è costituita in giudizio la A.S.L. Pescara n. 3 che ha svolto considerazioni a sostegno della fondatezza dell'impugnativa proposta dalla società P. Beltrami.

In sede di note conclusive e di replica le parti hanno insistito nelle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 5 novembre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Per ragioni di ordine logico va preliminarmente esaminato il secondo motivo di appello, che censura la sentenza del T.A.R. nella parte ha riconosciuto illegittima la determinazione dell'A.S.L. n. 3 Pescara con la quale - in risposta ad apposito quesito relativo alla previsione del

bando che, per lavori scorporabili e subappaltabili di importo pari ad euro 723.000,00, ha richiesto la categoria OS5 - ha ritenuto “*valido ai fini della partecipazione all'appalto in parola il possesso della certificazione SOA Categoria OS4 in aggiunta ed alternativa alla OS5*” (cfr. punto 8 della nota dell' Azienda Ospedaliera prot. n. 2570 del 27 ottobre 2014).

2.1. Diversamente da quanto eccepito il motivo dedotto non incorre in inammissibilità perché non osservante dell'onere di specificazione dei capi di censura sancito dall'art. 101, comma 1, c.p.a.

Il motivo invero, con sintetica prospettazione, indica le ragioni di doglianza che si attestano sul rapporto di contenenza della categoria OS4 rispetto alla categoria OS5 e sulla necessità di privilegiare il contenuto sostanziale delle lavorazioni rispetto alla classificazione formale.

2.2. Ciò posto il collegio reputa di non doversi discostare dalle conclusioni cui è pervenuto il T.A.R. nel qualificare la determinazione assunta dalla statuizione appaltante come innovativa delle previsioni della *lex specialis* del concorso, cui *ab initio* deve farsi riferimento con carattere di non modificabilità a garanzia della *par condicio dei concorrenti* e dei diritti di accesso alla selezione pubblica.

La stazione appaltante nella fase di qualificazione delle ditte può, invero, intervenire con atti che spieghino ed illustrino il contenuto prescrittivo di clausole del bando o del capitolato speciale cui il bando medesimo rinvii (c.d. *chiarimenti*), ma con il limite che sussistano effettive difficoltà e/o incertezze interpretative delle regole del concorso e che il chiarimento fornito non assuma un ruolo innovativo della disciplina cristallizzata nel precedente atto di indizione della gara.

Sul punto è invero pacifico l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa il quale esclude che l'Amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto interpretativi, possa modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis* del concorso.

I chiarimenti sono, invero, ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la *ratio*, **ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione** (da ultimo *ex multis* Cons. St. Sez. III, n. 1993 del 20 aprile 2015; Sez. V, n. 4441 del 29 settembre 2015; Sez. VI, n. 6154 del 15 dicembre 2014)

Con riguardo alla presente vicenda contenziosa non sussisteva, sotto un primo profilo, alcuna incertezza interpretativa sul contenuto prescrittivo del punto II.2.1) del bando che, in ordine al

quantitativo o entità dell'appalto, aveva indicato con chiare statuizioni la OG1, classifica V, come categoria prevalente e previsto la categoria OS5, classifica III, per lavori scorporabili e sub appaltabili per un importo di euro 723.000,00, nonché sempre per lavori scorporabili e sub appaltabili l'ulteriore categoria OG11. classifica IV bis.

I soggetti interessati a partecipare alla gara erano, quindi, posti in condizione di ben conoscere i requisiti di capacità tecnica necessari per la partecipazione al concorso e per l'esecuzione dei lavori e nessun intervento di chiarimento può, pertanto, ritenersi esigibile da parte della stazione appaltante.

In risposta al quesito n. 8 con la determina n. 27 ottobre del 2014 per la prima volta viene assunta a riferimento la certificazione SOA Categoria OS4 - come valido requisito di partecipazione in alternativa alla OS5 - in alcun modo inizialmente presa in considerazione dal bando.

Né il valore concorrente della la certificazione SOA Categoria OS4, rispetto alla certificazione OS5, può ricondursi ad un rapporto di continenza della prima categoria di lavori rispetto alla seconda, ove si consideri che la distinzione per oggetto dei lavori si riconduce *ex lege* all'allegato al d.P.R. n. 270 del 2010, mentre l'iniziale valutazione di merito tecnico dell'Amministrazione in ordine alla natura delle prestazioni da rendersi dall'affidatario dell'appalto e all'indicazione dei requisiti di qualificazione necessari all'esecuzione, secondo quanto stabilito dall' art. 40 del d.lgs. n. 163 del 2006, non poteva subire mutamento in corso di gara.

2.3. In sede di note a difesa l'Azienda Ospedaliera qualifica il chiarimento come necessitato, a fronte di un ristretto numero di ditte in possesso della certificazione per la categoria OS5.

Osserva il collegio che detta circostanza poteva, tutto al più, indurre, l'Azienda Ospedaliera a modificare in via di autotutela il bando, onde di ampliare la platea dei concorrenti (iniziativa possibile in assenza di posizioni consolidate al momento in cui è stato rilasciato il contestato chiarimento), ma non assurgere a presupposto di uno *ius variandi delle regole del concorso una volta che la procedura selettiva aveva avuto inizio.*

2.4. Con l'ulteriore motivo di gravame la soc. P. Beltrami sostiene che, una volta accertata l'illegittimità del chiarimento fornito dalla stazione appaltante, doveva trarsi da ciò ogni conseguenza in ordine all'effetto di caducazione delle sorti dell'intera gara, stante l'affidamento che la società appellante e altre ditte concorrenti avevano riposto sulla possibilità di prendere parte al concorso dimostrando il possesso della certificazione SOA OS4, in luogo della OS5 prescritta dal bando. Il T.A.R., a dire dell'appellante, avrebbe dovuto assumere una pronuncia di inammissibilità del ricorso, così come proposto da C.M.E., per manifesta contraddittorietà della domanda di annullamento spiegata avverso il solo atto di chiarimento.

Il motivo è infondato.

Come correttamente posto in rilievo dal resistente C.M.E., **secondo i noti principi la cognizione del giudice amministrativo è esercitata in un ambito di giurisdizione di carattere soggettivo e non oggettivo. Lo scrutinio di legittimità del giudice amministrativo, e i conseguenti poteri di annullamento, sono esercitati nei limiti della domanda e dell'interesse fatto valere da parte di chi lamenta di aver sofferto *vulnus* per l'azione degli organi amministrativo.**

Una volta esclusa la possibilità di determinazioni in corso di gara additive al contenuto del bando, correttamente il T.A.R. ha valutato la legittimità dell'esito della gara alla luce della primigenia *lex specialis* del concorso, ripristinata nel suo contenuto iniziale e non suscettibile di mutamento. Ogni diversa pronunzia, e cioè di annullamento *in toto* della gara come prospettato dalla ricorrente, sarebbe incorsa nel vizio di extra petizione perché estranea al *thema decidendum* quale introdotto da C.M.E.

Né la domanda proposta dal C.M.E. si configura contraddittoria, ove si consideri che il Consorzio ha agito a tutela delle prerogative di un soggetto in possesso della qualificazione peculiare ai lavori di cui alla categoria SO5 e per il rispetto di una disciplina di gara che aveva *ab initio* preso in considerazione la natura specialistica dei lavori rientranti in detta categoria con ogni effetto sul requisito di qualificazione dei concorrenti ai fini dell'affidamento.

Ogni questione sulla legittimità del bando – se reputato restrittivo del confronto concorrenziale, ovvero viziato per erronea qualificazione delle lavorazioni – poteva tutto al più dare ingresso ad un'impugnativa incidentale, una volta ricevuta la notifica del ricorso volto all'annullamento dell'atto di chiarimento, ma non essere introdotta in sede di scritti difensivi come pretesa ad un più esteso giudizio di annullamento degli atti di gara oltre il *petitum* del ricorrente principale e dell'interesse in fatto valere.

Per le considerazioni che precedono l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza del T.A.R. Restano assorbiti i motivi di legittimità riproposti in appello da C.M.E.

In relazione ai profili della controversia spese ed onorari del grado di giudizio possono essere compensati fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate per il grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Sergio Fina, Consigliere