



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la seguente

**D E C I S I O N E**

**Sui ricorsi r.g.n.1065 e 1266 del 2008**

Il ricorso **r.g.n. 1065 del 2008** proposto da Prismo Universal Italiana spa, in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma alla via Principessa Clotilde n.2;

**contro**

Consorzio Stabile Itaca scarl e Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro- Con scoop, in proprio e nella rispettiva qualità di mandataria e mandante di raggruppamento temporaneo costituendo, rappresentate e difese dall'avv. Mario Sanino e dall'avv. Domenico Galli, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma alla Piazza della Croce Rossa n.2/B, appellante incidentale;

**e nei confronti di**

Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici *ope legis* domicilia in Roma alla via dei Portoghesi n.12;

N. 3696/2009

Reg. Dec.

N. 1065 e 1266 Reg.

Ric.

Anno 2008

Il ricorso **r.g.n.1266 del 2008** proposto dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici ope legis domicilia in Roma alla via dei Portoghesi n.12;

**contro**

Consorzio Stabile Itaca, in proprio e quale mandatario dell'ATI costituita con il Con scoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e Lavoro) in persona del l.r.p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Sanino e Domenico Galli, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma alla Piazza della Croce Rossa n.2/B, appellante incidentale;

**e nei confronti di**

Prismo Universal Italiana spa, in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con il quale domicilia in Roma alla via Principessa Clotilde n.2;

**e di**

ing. Raniero Fabrizi, architetto Giampaolo Imbrighi e ingegner Fabio De Santis, rappresentati e difesi dall'avv. Vittorio Biagetti, con il quale domiciliano in Roma alla via Antonio Bertoloni n.35, intervenienti *ad adiuvandum*;

**per l'annullamento**

per entrambi gli appelli della sentenza n.13914 del 2007 depositata in data 21 dicembre 2007 con la quale il TAR Lazio, sezione terza, ha accolto il ricorso proposto dal Consorzio Stabile Itaca in proprio e quale mandatario del raggruppamento

temporaneo costituito con la società Con scoop, per l'annullamento della aggiudicazione a favore di Prismo Universal Italiana per lavori di completamento del Centro Smistamento Merci della Marsica e per la condanna al risarcimento dei danni, nella specie per equivalente.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di appello incidentale, l'intervento *ad adiuvandum* e gli atti di costituzione;

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

Visto il dispositivo di sentenza n. 429/09;

Relatore alla udienza pubblica del 5 maggio 2009 il Consigliere Sergio De Felice;

Uditi gli avvocati Clarizia, Sanino, Biagetti e l'avv. dello Stato Gerardis;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue;

### **FATTO**

Con ricorso notificato in data 14 aprile 2007 proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio l'ATI con capogruppo il Consorzio Stabile Itaca ha impugnato gli atti di aggiudicazione e i verbali della commissione di gara indetta per la realizzazione dell'intervento di completamento del Centro Smistamento Merci della Marsica dal Provveditorato Opere Pubbliche per il Lazio e l'Abruzzo, da aggiudicarsi con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.

La migliore offerta era risultata essere quella presentata dalla Primo Universal Italiana, mentre la seconda classificata era appunto quella della ricorrente e entrambe le offerte venivano sottoposte ad anomalia, con giudizio conclusivo di congruità per entrambe.

La procedura si concludeva quindi con la aggiudicazione provvisoria e poi con quella definitiva del 14 febbraio 2007 in favore della spa Prismo Universal Italiana.

Con il ricorso proposto in primo grado Ati seconda classificata deduceva che l'impresa aggiudicataria avrebbe omesso di indicare i costi della manodopera all'interno della maggiore parte delle voci di prezzo esposte nelle giustificazioni a corredo dell'offerta e avrebbe anche omesso di indicare il proprio coefficiente di produttività, pure richiesto aggiuntivamente dal bando; inoltre, la aggiudicataria avrebbe espresso la volontà di avvalersi del subappalto *in misura superiore* a quella prevista dalla legge nella categoria prevalente e in una categoria non prevalente nella quale tuttavia il bando escludeva la possibilità del subappalto. Ancora, secondo il ricorso, l'aggiudicataria avrebbe indicato in sede di giustificazioni tra le imprese individuate come subappaltatrici due imprese prive della qualificazione SOA; ulteriormente la ricorrente lamentava la irragionevolezza della valutazione di congruità positivamente effettuata sulla offerta della vincitrice, a causa della esiguità di tempo impiegato dalla commissione; infine si lamentava la esistenza di vari vizi formali che avrebbero inficiato l'operato della Commissione.

Si costituiva la controinteressata, che proponeva ricorso incidentale, sostenendo che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara (e sarebbe quindi carente di interesse al ricorso) per motivi relativi alla regolarità amministrativa prodotta a corredo della sua offerta, nonché per il fatto che una medesima consorziata avrebbe partecipato sia come componente del consorzio stabile mandatario dell'ATI sia come componente del consorzio mandante e infine perché – sebbene il consorzio stabile fosse in possesso di attestazione SOA adeguata alla esecuzione dei lavori in gara – non sarebbero state indicate le attestazioni SOA delle consorziate indicate per l'esecuzione dei lavori.

Il giudice di primo grado accoglieva il ricorso principale, respingendo e non esaminando prioritariamente quello incidentale; con la medesima pronuncia condannava l'amministrazione al risarcimento del danno pari al dieci per cento dei quattro quinti dell'importo diminuito del ribasso offerto dalla ricorrente in gara.

Avverso tale sentenza, ritenendola errata e ingiusta, propone appello la Prismo Universal Italiana, con l'appello 1065 del 2008, deducendo quanto segue.

Si deduce la erroneità della sentenza impugnata, che ha ritenuto di non esaminare dapprima il ricorso incidentale, in quanto si trattava di gara con più di due offerte; pertanto, l'accoglimento del ricorso incidentale avrebbe determinato la inammissibilità o improcedibilità del ricorso principale.

Nel ricorso incidentale si era dedotto che la ricorrente principale doveva essere esclusa, a causa del fatto che sia il mandatario Consorzio Stabile Itaca sia il mandante Conscoop annoverano tra le loro consorziate la stessa impresa, la Comar.

Si faceva presente anche che la ricorrente principale era in situazione di irregolarità contributiva, per le posizioni INPS, INAIL, Cassa Edile. Con il ricorso incidentale si faceva altresì presente che l'ATI Itaca- Conscoop avrebbe dovuto essere esclusa per non avere presentato le qualificazioni SOA delle esecutrici del servizio.

Si deduce come nel quarto motivo di ricorso incidentale si era fatto presente che né il consorzio mandante né quello mandatario avevano reso dichiarazioni in merito alle lavorazioni di cui alla categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OG13 indicata nel disciplinare.

Con l'appello si ripropongono anche le ulteriori difese e eccezioni già svolte in prime cure.

In particolare, l'appello della Prismo fa presente che già dal 16 febbraio 2007, data di comunicazione della aggiudicazione alla seconda classificata, decorreva il termine per impugnare l'aggiudicazione medesima.

Si deduce che, in ogni caso, di tale aggiudicazione è stata data pubblicità a mezzo della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale 5° Serie Speciale n.24 del 26.02.2007 e che nella sostanza è stato rispettato l'onere di comunicare l'esito di gara ai sensi dell'articolo 79 del D.Lgs.163 del 2006.

Con riguardo al motivo di esclusione della medesima Prismo Universal Italiana si deduce come tale impresa aveva presentato i giustificativi nei modelli indicati dallo stesso disciplinare di gara, né poteva porsi il problema della mancanza di indicazioni di voci dei costi della manodopera, visto che la comminatoria di esclusione non riguardava le voci, per le quali comunque erano stati presentati i giustificativi, ma solo le modalità formali di presentazione delle offerte.

Si deduce la legittimità della ammissione di Prismo anche con riguardo alle dichiarazioni dei fornitori (censurata perché avrebbero superato le percentuali di subappalto), in quanto tali offerte erano solo dirette alle giustificazioni, come peraltro fatto anche dal RTI ricorrente. In ogni caso il superamento delle percentuali di subappalto non avrebbe comportato l'esclusione del concorrente, ma al più la esclusione del subappalto (che in ogni caso va sempre autorizzato) in caso di aggiudicazione.

Allo stesso modo si deduce la erroneità della pronuncia di primo grado – oltre che per erronea pronuncia sulla eccezione di tardità dei proposti motivi aggiunti, per violazione del principio di cui all'art. 112 cpc - laddove ha ritenuto che i mittenti delle indagini di mercato dovessero essere muniti della attestazione SOA.

Si sono costituiti il Consorzio Stabile Itaca scarl e il Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro, Cons. Coop, proponendo appello incidentale, sostenendo che già nel ricorso introduttivo sarebbe stata impugnata la aggiudicazione definitiva.

Si è costituito il Ministero delle Infrastrutture e trasporti, chiedendo l'accoglimento dell'appello.

Con l'altro appello (r.g.n.1266 del 2008) il Ministero Infrastrutture e Trasporti deduce la erroneità della sentenza, che ha ravvisato tre motivi di illegittimità.

La pena di inammissibilità non era infatti prevista per la mancata indicazione analitica delle voci, ma solo per le modalità formali di presentazione dell'offerta.

Con riguardo all'altro motivo di esclusione ravvisato dal TAR, consistente nell'aver indicato come subappaltabile una percentuale di lavori in categoria prevalente superiore a quella consentita dalla legge e per avere indicato come subappaltabile una categoria per la quale il bando non consentiva il subappalto, si deduce che il primo giudice non ha tenuto conto della percentuale di lavori che non costituiscono subappalto, bensì fornitura, così come errata è la statuizione secondo cui la impresa aggiudicataria avrebbe avuto l'onere di contestare le percentuali affermate dalla ricorrente nei suoi calcoli analitici.

In ogni caso si deduce come le eventuale violazione della percentuale di subappalto non rileva, in quanto il subappalto è comunque soggetto ad autorizzazione e in caso di eccedenza si avrebbe al più una non autorizzabilità.

Allo stesso modo, è errata la pronuncia del primo giudice laddove ha ritenuto illegittima la mancata esclusione di Prismo (sostenuta perché avrebbe indicato come subappaltatrici due imprese prive di qualificazione SOA), poiché la verifica di tale



attestazione diviene rilevante solo al momento concreto di indicazione di tale impresa nella richiesta di subappalto, né può considerarsi che tale circostanza renderebbe inattendibili le giustificazioni.

Il Ministero appellante contesta anche la condanna risarcitoria, in quanto erroneamente si è fatto riferimento all'art. 134 del codice contratti pubblici, che si riferisce al recesso e non al danno per "spettanza" della aggiudicazione al "giusto contraente" attribuita illegittimamente ad altri.

In tale giudizio si è costituita la Prismo Universal Italiana.

Si sono costituiti i signori Fabrizi, Imbrigli e De Santis, componenti della commissione aggiudicatrice, intervenendo *ad adiuvandum* rispetto all'appello proposto dal Ministero.

Anche in tale giudizio si è costituito il Consorzio Stabile Itaca scarl e il Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro, Cons. Coop, proponendo appello incidentale, sostenendo che già nel ricorso introduttivo sarebbe stata impugnata la aggiudicazione definitiva.

Alla udienza pubblica del 5 maggio 2009 le cause sono state trattenute in decisione.

## **DIRITTO**

1. In via preliminare, va disposta la obbligatoria riunione ai sensi dell'articolo 335 c.p.c., trattandosi di due appelli svolti avverso la medesima sentenza.

2. Con il suo appello la primitiva aggiudicataria Prismo lamenta la ingiustizia della sentenza sostanzialmente sotto i

seguenti profili: 1) la pronuncia erroneamente non avrebbe esaminato in via prioritaria il ricorso incidentale, il cui accoglimento avrebbe privato la ricorrente (seconda graduata) dell'interesse a ricorrere, così come è errata la affermazione di gara con soli due concorrenti, che invece erano dieci; 2) la sentenza non ha quindi ritenuto di dover concludere per la esclusione dell'ATI seconda classificata, che aveva presentato una offerta irregolare, in quanto il medesimo consorzio faceva parte sia del consorzio mandante che di quello mandatario; 3) non avrebbe pronunciato la irricevibilità per tardività della impugnativa della aggiudicazione definitiva, che invece era stata sia comunicata specificamente alla seconda classificata che sottoposta a pubblicazione in Gazzetta Ufficiale; 4) in ogni caso, con riguardo alla legittimità della sua ammissione e conseguente aggiudicazione, si sosteneva la erroneità della pronuncia di primo grado, che aveva ritenuto essere illegittima la mancata esclusione di Prismo, ritenendo che la sanzione di esclusione riguardava non solo le modalità di presentazione delle offerte ma anche i suoi contenuti e tutte le singole voci, che la Prismo avrebbe superato le percentuali consentite per il subappalto e che i subappaltatori indicati non sarebbero muniti della attestazione SOA.

L'appello della amministrazione statale sostiene la legittimità dell'operato di gara e la illegittimità, anche intrinseca, oltre che consequenziale, della condanna risarcitoria.

3. Il Collegio ritiene fondati gli appelli principali, osservando quanto segue.

Con riguardo alla priorità da assegnare all'esame del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale nelle gare di appalto, vale in generale il principio secondo cui nel caso di ricorso incidentale che contesti la legittimità della ammissione del ricorrente, esso ricorso incidentale deve essere esaminato prioritariamente, atteso che la sua fondatezza determina la improcedibilità, per sopravvenuto difetto di interesse, del gravame principale, fermo restando che per ragioni di economia processuale è anche possibile l'esame prioritario di quest'ultimo (in tal senso da ultimo Consiglio di Stato, V, 23.3.2009, n.1755, in caso di gara con ammissione di almeno tre offerte).

In generale, il principio da seguire è che l'operato del giudice amministrativo nella soluzione della priorità dell'esame (se del ricorso principale o di quello definitivo) deve ancorarsi solo ai pilastri fondanti del giudizio e cioè ai principi di economia processuale e di logicità (Consiglio Stato, a.plen. 10 novembre 2008, n.11).

Se quindi in via di principio, in caso di censura con il ricorso incidentale della mancata esclusione o ammissione del ricorrente principale, l'esame del ricorso incidentale non precede quello del ricorso principale perché residua l'interesse strumentale del ricorrente in via principale a ottenere la rinnovazione della gara di appalto (in tal senso, Consiglio di Stato, a.plen., 10.11.2008, n.11), nella specie, sulla base dei motivi di censura la esclusione dell'ATI ricorrente avrebbe potuto privarla di ogni interesse, non

essendo state proposte censure miranti alla rinnovazione totale della gara.

Il Collegio in ogni caso ritiene che la priorità nell'esame del ricorso incidentale in luogo di quello incidentale (o viceversa) nella specie non sia decisivo ai fini della decisione della causa, per le ragioni che seguono.

4. Con riguardo al motivo di appello (ripropositivo dell'appello incidentale) di doglianza della ammissione dell'ATI seconda graduata, in quanto sarebbe stata effettuata una violazione in ordine alle partecipazioni incrociate dei partecipanti (quantomeno perché si determinerebbe una duplice qualificazione del consorziato, facente parte del consorzio mandante e al contempo del consorzio mandatario) così come dei motivi relativi alla possibile irregolarità contributiva di ATI Itaca- Conscoop, oltre che per i profili attinenti al subappalto di quest'ultima, il Collegio ritiene di dover prescindere dal suo esame, atteso che si ritiene di dover accogliere come fondati gli appelli di Prismo e del Ministero appellante sulla sostanza della legittimità dell'operato dell'amministrazione, come si evidenzia in seguito.

5. Per i medesimi motivi, oltre che per una ritenuta doverosa completezza nell'esame della controversia, il Collegio ritiene di poter prescindere non già dall'esaminare del tutto, ma dal trarne le dovute conseguenze, rispetto al motivo con il quale si ripropone la tardività dei motivi aggiunti aventi ad oggetto la aggiudicazione definitiva.

Per inciso, al riguardo, il Collegio ritiene che sia condivisibile il principio secondo cui il termine per la impugnazione del provvedimento di aggiudicazione di gara pubblica da parte di chi ad essa ha partecipato decorra dalla piena conoscenza dello stesso, atteso che la sua pubblicazione o pubblicità costituisce forma di conoscenza legale solo per chi, non avendo partecipato alla procedura selettiva, non è direttamente contemplato nell'atto in questione (*ex plurimis*, C. Stato, V, 31.12.2007, n.6900), mentre rispetto ai diretti destinatari vale la effettiva e specifica conoscenza.

Al riguardo, l'articolo 79, comma 5 del D.Lgs.163 del 2006 prevede l'obbligo di comunicare di ufficio tempestivamente entro cinque giorni anche al secondo graduato il provvedimento di aggiudicazione (definitiva, si intende).

Nella specie, l'appello di Prismo, in verità senza specificare compiutamente se tale comunicazione riguardava la aggiudicazione provvisoria oppure quella definitiva (a pagina 19 dell'appello) fa presente che la nota n.6815 del 16 febbraio 2007 aveva comunicato l'esito di gara al RTI secondo classificato finale.

Il Collegio rileva che: il ricorso principale di prime cure era stato proposto solo avverso l'aggiudicazione provvisoria; la pubblicazione risale al febbraio 2007; la conoscenza degli elementi essenziali (conoscenza sufficiente ai fini della decorrenza del termine per impugnare secondo C. Stato, IV, 19.6.2007, n.3303) è riconosciuta dalla medesima parte; lo stesso RTI ha proposto appello incidentale sostenendo di avere impugnato anche la

aggiudicazione definitiva già con il ricorso originario notificato in data 14 aprile (pagina 7 dell'appello incidentale), appello incidentale che deve ritenersi destituito di fondamento, non essendo idonei a integrare la impugnazione di un atto clausole di stile, come il generico riferimento ad atti "qualora *medio tempore* intervenuti".

La tardività del ricorso principale si desume anche, e più chiaramente, dal tenore del ricorso originario dell'ATI Itaca-Conscoop, che, a pagina 11 riconosce di avere avuto conoscenza già con nota del Provveditorato del 19 marzo della definitività della aggiudicazione in favore di Prismo (i motivi aggiunti sono successivi di quasi tre mesi).

Pertanto, il Collegio ritiene che in relazione alla impugnazione della aggiudicazione definitiva il ricorso originario (*rectius*, i motivi aggiunti, notificati solo il 7 giugno 2007) avrebbe dovuto essere dichiarato irricevibile per tardività.

6.Come detto, per completezza di esame, in relazione alla sostanziale legittimità dell'operato dell'amministrazione appaltante, il Collegio ritiene fondati sui profili di merito gli appelli principali.

7.Il giudice di primo grado ha ritenuto sussistere tre possibili cause di esclusione di Prismo, la prima delle quali attiene alla incompletezza delle voci dei giustificativi.

Di contrario avviso, rispetto al primo giudice, il Collegio osserva che il disciplinare a pagina 3 prevedeva quanto segue: "il concorrente dovrà presentare, con le *modalità* che seguono ed a

pena di inammissibilità, in un plico sigillato, la propria offerta tecnica, quella economica e tutta la documentazione amministrativa richiesta a corredo dell'offerta nonché idonee giustificazioni dell'offerta presentata". E' quindi chiaro che la *comminatoria* di esclusione era relativa, come si evince dal tenore letterale e dal senso delle parole e del periodo, alle modalità di consegna e sigillatura dell'offerta (per evidenti ragioni), ma non riguardava le modalità compilative delle giustificazioni, che avrebbero rilevato nella fase successiva di valutazione.

Vale al riguardo, in caso di dubbi interpretativi della clausola, dubbi che nella specie non sussistono, il richiamo al principio secondo cui nelle gare pubbliche le cause di esclusione, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza nonché il principio di massima partecipazione, sono tassative e non possono essere interpretate analogicamente (*ex plurimis*, Consiglio Stato, IV, 21.2.2005, n.550).

8.La sentenza di primo grado è da riformare anche nel punto in cui ha ritenuto sussistere causa di esclusione della aggiudicataria, perchè avrebbe effettuato specifiche dichiarazioni di subappalto superando le percentuali subappaltabili in ordine a categorie non consentite, in quanto, a parte il rilievo della genericità della formulata censura, è chiaro che tali dichiarazioni (che tra l'altro riguardavano anche rapporti di fornitura e non subappalti, come incisivamente deduce il Ministero appaltante) non erano altro che giustificazioni a dimostrazione della congruità

del prezzo di gara su tutte le categorie oggetto dell'appalto, così come ha fatto il RTI ricorrente.

Vale anche la considerazione che il subappalto è soggetto ad autorizzazione, sicchè eventuale superamento della percentuale ammessa non sarebbe autorizzabile nella fase esecutiva del rapporto.

Infatti eventuali violazioni dei limiti del subappalto consentito possono valere nella successiva fase, ma la incompletezza delle indicazioni e dei documenti concernenti la identità e la qualificazione dei subappaltatori indicati in sede di offerta preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina la esclusione dell'offerente che partecipa alla procedura, ove non venga in rilievo il diverso profilo del difetto di qualificazione di quest'ultima in relazione ai lavori interessati dal subappalto (in tal senso, C. Stato, VI, 13.2.2004, n.557).

Il superamento delle percentuali di subappalto non comporta l'esclusione del concorrente, potendo al più comportare l'esclusione del subappalto in caso di aggiudicazione (in tal senso, C. Stato, IV, 5.7.1999, n.1163).

Il Collegio osserva, per ulteriore completezza, che la pronuncia di primo grado non è condivisibile neanche laddove ha ritenuto che pari illegittimità del ricorrente secondo graduato – illegittimità che questo giudicante non ritiene sussistere - non rilevarebbe, perché non dedotta.



Al contrario, tale illegittimità certamente avrebbe dovuto rilevare ai fini della spettanza della tutela in forma specifica, e *a fortiori* della tutela per equivalente.

9. Allo stesso modo non risulta convincente e condivisibile a questo giudicante la opinione del primo giudice sulla mancata esclusione di Prismo, che avrebbe indicato come subappaltatrici due imprese prive della attestazione SOA, sulla base della motivazione che si tratterebbe di giustificazioni inattendibili.

Il ragionamento è errato, nel senso che una cosa è il corredo di giustificazioni per la presentazione dell'offerta (eventualmente destinate alla verifica in contraddittorio delle offerte anomale); altra cosa è la disciplina del subappalto, che attiene al momento esecutivo e che richiede una specifica autorizzazione rispetto al destinatario subappaltatore.

Oltre al medesimo rilievo per il quale l'ATI Itaca –Conscoop si sarebbe trovata in condizione uguale rispetto a Prismo (*in pari causa*) e al fatto che il primo giudice non ha considerato che si trattava di forniture, il Collegio osserva che in relazione alla validità delle giustificazioni si ritiene sufficiente che esse siano munite di una sufficiente certezza legale.

10. L'accoglimento dei motivi dei due appelli principali relativamente al giudizio di validità e legittimità dell'operato di gara dell'amministrazione e della commissione giudicatrice, consente di concludere per il rigetto della consequenziale (rispetto alla illegittimità) domanda risarcitoria, errata già in sé, a prescindere dai pur fondati rilievi formulati dall'appellante

Ministero in ordine al *quomodo* della liquidazione, rilievi che non debbono più essere esaminati e che facevano riferimento alla erroneità del parametro normativo utilizzato (quello della responsabilità contrattuale e dell'articolo 134 in tema di recesso, in luogo di quella per *contratto non concluso*, e cioè dell'interesse negativo tipico della responsabilità precontrattuale).

11.Come già detto in precedenza, sono infondati – oltre che, a questo punto, privi di interesse – gli appelli incidentali svolti dall'ATI Itaca- Conscoop, che sostiene di avere esaustivamente impugnato anche l'aggiudicazione definitiva con il ricorso originario di prime cure.

12.Per le considerazioni sopra svolte, vanno accolto gli appelli principali di Prismo e del Ministero appellante; vanno respinti gli appelli incidentali; conseguentemente, in riforma della impugnata sentenza, va respinto il ricorso di primo grado.

Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio del doppio grado.

#### **P.Q.M.**

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

previa riunione, accoglie gli appelli principali e rigetta gli appelli incidentali; conseguentemente, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado.

Spese doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 5 maggio 2009, con l'intervento dei magistrati:

Gaetano Trotta	Presidente
Luigi Maruotti	Consigliere
Goffredo Zaccardi	Consigliere
Salvatore Cacace	Consigliere
Sergio De Felice	Consigliere, est.
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Sergio De Felice	Gaetano Trotta

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

***Depositata in Segreteria***

**II 12/06/2009**

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Per il / Il Dirigente

Sig.ra Maria Grazia Nusca