

N. 00351/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00321/2012 REG.RIC.
N. 00322/2012 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 la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 321 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Stabile PA.MO.TER S.c.r.l., Comes Tigullio S.r.l., Teas S.r.l. e S.IM.E.S. Tigullio S.r.l., rappresentate e difese dagli avv. Giuseppe Inglese e Giovanni Olivieri, con domicilio eletto presso il loro studio in Genova, via alla Porta degli Archi, 3;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Commissario Delegato *ex d.P.C.M.* dell'11/10/2010, in persona del Presidente *pro tempore*, e Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Genova, viale Brigate Partigiane, 2;

nei confronti di

C.S.I. – Consorzio Stabile per le Infrastrutture, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituita A.T.I. con VIPP Lavori S.p.a.,

Sirce S.p.a. e Impresa Tre Colli S.p.a., rappresentato e difeso dagli avv. Daniela Anselmi, Giulio Bertone e Sarah Garabello, con domicilio eletto presso il loro studio in Genova, via Corsica, 21/18;

VIPP Lavori S.p.a., Sirce S.p.a. e Impresa Tre Colli S.p.a., rappresentate e difese dagli avv. Daniela Anselmi, Giulio Bertone e Sarah Garabello, con domicilio eletto presso il loro studio in Genova, via Corsica, 21/18;

sul ricorso numero di registro generale 322 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Grandi Lavori Fincosit. S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Corrado Mauceri, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Genova, via XII Ottobre, 2/63;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Commissario Delegato ex d.P.C.M. dell'11/10/2010, in persona del Presidente pro tempore, e Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del Ministro pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria ex lege in Genova, viale Brigate Partigiane, 2;

nei confronti di

C.S.I. – Consorzio Stabile per le Infrastrutture, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituita A.T.I. con VIPP Lavori S.p.a., Sirce S.p.a. e Impresa Tre Colli S.p.a., rappresentato e difeso dagli avv. Daniela Anselmi, Giulio Bertone e Sarah Garabello, con domicilio eletto presso il loro studio in Genova, via Corsica, 21/18;

VIPP Lavori S.p.a., Sirce S.p.a. e Impresa Tre Colli S.p.a., rappresentate e difese dagli avv. Daniela Anselmi, Giulio Bertone e Sarah Garabello, con domicilio eletto presso il loro studio in Genova, via Corsica, 21/18;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 321 del 2012:

della nota 8/3/2012 prot. n. 50 del Commissario delegato recante comunicazione, all'A.T.I. capeggiata dal ricorrente, dell'esclusione dalla gara per la progettazione ed esecuzione di tutte le opere necessarie per il recupero funzionale della copertura del tratto terminale del torrente Bisagno;

dei verbali di gara, ricevuti in data 14/3/2012 a mezzo raccomandata a.r., con i quali è stata disposta detta esclusione;

dei non conosciuti atti con i quali sono stati nominati i componenti della Commissione giudicatrice;

della nota 8/3/2012 di comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria;

del non conosciuto provvedimento di aggiudicazione provvisoria;

dell'atto 19/3/2012 con il quale il Commissario delegato non ha accolto la richiesta di riesame formulata dal ricorrente;

nonché

del non conosciuto provvedimento di aggiudicazione definitiva all'A.T.I. controinteressata, in quanto esistente;

del non conosciuto provvedimento di consegna in via di urgenza dei lavori all'A.T.I. controinteressata, in quanto esistente;

di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o connesso e, segnatamente, del bando di gara e del disciplinare di gara;

nonché

della nota 20/3/2012 prot. n. 102, con la quale il Commissario delegato ha disposto il differimento dell'accesso agli atti;

per la declaratoria di nullità e inefficacia

del contratto di appalto eventualmente stipulato tra il Commissario delegato e l'A.T.I. controinteressata;

e, con motivi aggiunti, del provvedimento del Commissario delegato del

28/3/2012, n. 11, prot. n. 200, di aggiudicazione definitiva dell'appalto a favore del R.T.I. controinteressato;

quanto al ricorso n. 322 del 2012:

del provvedimento di esclusione (comunicato con nota 8/3/2012) dalla gara per la progettazione ed esecuzione di tutte le opere necessarie per il recupero funzionale della copertura del tratto terminale del torrente Bisagno, adottato come da verbale n. 11 del 13/2/2012 della Commissione giudicatrice;

dei verbali tutti della Commissione giudicatrice;

del provvedimento del Commissario delegato, comunicato con nota in data 6/3/2012, di aggiudicazione provvisoria a favore della controinteressata;

dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva;

di ogni altro atto antecedente, richiamato, presupposto e conseguente;

nonché, con primi motivi aggiunti, per l'annullamento

del provvedimento del Commissario delegato del 28/3/2012, n. 11, prot. n. 200, di aggiudicazione definitiva dell'appalto a favore del R.T.I. controinteressato;

nonché, con secondi motivi aggiunti, per l'annullamento

del provvedimento commissariale 19/7/2012, n. 30, con il quale il Commissario ha disposto l'avvio della procedura per la stipula del contratto di appalto;

dell'atto del Commissario 19/7/2012, n. 341, mediante il quale è stato comunicato alla ricorrente il provvedimento n. 30 del 19/7/2012;

di ogni altro atto antecedente, richiamato, presupposto e conseguente rispetto a quelli sopra indicati.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Commissario Delegato *ex d.P.C.M.* dell'11/10/2010, e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e i ricorsi incidentali (con successivi motivi aggiunti) di C.S.I. – Consorzio Stabile per le Infrastrutture, Sirce S.p.a. e Impresa Tre Colli S.p.a;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti dei due giudizi;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2013 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. del 27 ottobre 2011, il Commissario delegato *ex d.P.C.M.* dell'11/10/2010 ha indetto una procedura di gara aperta per l'affidamento dell'appalto integrato avente ad oggetto il secondo stralcio del secondo lotto delle opere necessarie per il recupero funzionale della copertura del tratto terminale del torrente Bisagno in Genova.

Il disciplinare di gara prevedeva che le offerte sarebbero state valutate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di 25 punti al prezzo, 70 punti al valore tecnico e 5 punti al tempo di esecuzione dei lavori.

Hanno presentato la propria offerta, nel termine prescritto dalla legge di gara, sedici concorrenti, tra cui il costituendo raggruppamento capeggiato dal Consorzio stabile PA.MO.TER (esecutore del precedente lotto di lavori relativi alla sistemazione della copertura del torrente Bisagno) e il costituendo raggruppamento capeggiato da Grandi Lavori

Fincosit S.p.a. (G.L.F.).

Nella seduta del 13 febbraio 2012, la Commissione giudicatrice decideva di considerare inammissibili ed escludere dalla gara dieci delle sedici offerte pervenute, fra cui quelle dei raggruppamenti PA.MO.TER e G.L.F.: tutte le esclusioni erano motivate (come meglio si riferirà in parte motiva) con riferimento all'asserita presentazione di varianti progettuali non consentite dalla legge di gara.

All'esito delle operazioni di gara, l'appalto era provvisoriamente aggiudicato al raggruppamento capeggiato da C.S.I. – Consorzio stabile per le infrastrutture.

Le suindicate determinazioni di esclusione dalla gara e di aggiudicazione provvisoria della stessa erano tempestivamente impugnate dalle imprese del raggruppamento PA.MO.TER e da G.L.F. in proprio.

Le censure di legittimità contenute nei due ricorsi, parzialmente sovrapponibili, sono incentrate sull'irregolare composizione della Commissione giudicatrice, i cui membri non avrebbero posseduto adeguate competenze nelle materie cui si riferiva l'opera posta in gara, e sul travisamento della natura delle migliorie proposte dalle concorrenti, erroneamente qualificate alla stregua di varianti essenziali.

Entrambe le parti ricorrenti instavano per l'annullamento dei provvedimenti impugnati e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato *inter partes*; PA.MO.TER proponeva anche istanza per la concessione di misure cautelari provvisorie, respinta con decreto presidenziale n. 117 del 6 aprile 2012.

Si costituivano nei due giudizi l'amministrazione intimata e le imprese del raggruppamento aggiudicatario, contrastando nel merito la fondatezza dei ricorsi e, nel caso delle controinteressate, proponendo anche plurime eccezioni di rito.

Queste ultime hanno poi introdotto, nei due giudizi, ricorsi incidentali volti a contrastare la legittimità degli atti di gara nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione delle ricorrenti principali anche per gli ulteriori motivi ivi indicati.

Con provvedimento del 30 marzo 2012, la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Entrambe le ricorrenti principali hanno impugnato quest'ultima determinazione con motivi aggiunti.

Anche le ricorrenti incidentali hanno proposto, distintamente nei due giudizi, motivi aggiunti.

Dopo ripetuti rinvii, i due ricorsi sono stati chiamati all'udienza del 12 luglio 2002, all'esito della quale ne è stata disposta, con ordinanza n. 998 in pari data, la riunione.

Con il medesimo provvedimento, è stata disposta una verifica intesa ad accertare se, sulla base di una corretta applicazione delle regole e delle conoscenze tecniche proprie della materia, sia ragionevole ritenere che le soluzioni tecniche rispettivamente proposte dai ricorrenti principali e dal raggruppamento aggiudicatario fossero tali da alterare i caratteri essenziali del progetto definitivo posto a base di gara.

La verifica è stata affidata al Dipartimento di ingegneria civile, chimica ed ambientale della Facoltà di ingegneria dell'Università degli studi di Genova, il cui responsabile, avvalendosi della facoltà attribuitagli con il provvedimento giurisdizionale, ha delegato l'incombente all'ing. Roberto Passalacqua, docente di geotecnica, il quale si è avvalso della collaborazione di altri due docenti del Dipartimento: l'ing. Stefano Podestà, docente di tecnica delle costruzioni, e l'ing. Giorgio Roth, docente di costruzioni idrauliche.

Tutte le parti del giudizio hanno nominato propri consulenti tecnici.

Nelle more, la stazione appaltante ha disposto, con atto del 19 luglio 2012, l'avvio della procedura per la stipulazione del contratto con il raggruppamento aggiudicatario.

Con ordinanza n. 302 del 24 agosto 2012, sono state respinte le istanze cautelari aventi ad oggetto quest'ultima determinazione nonché le istanze del raggruppamento controinteressato per la sostituzione del verificatore e per la modificazione del quesito sottopostogli.

E' stata quindi disposta, con ordinanza n. 1233 del 18 ottobre 2012, una breve proroga del termine fissato per il completamento delle operazioni peritali.

In data 30 ottobre 2012, il verificatore ha depositato la propria relazione conclusiva, unitamente alle memorie dei consulenti tecnici di parte e alla nota di liquidazione delle spese.

Con ordinanza n. 1538 del 29 novembre 2012, al fine di approfondire taluni aspetti controversi della relazione peritale evidenziati dalle parti, è stata disposta l'audizione dei verificatori.

L'incombente è stato espletato all'udienza pubblica del 13 dicembre 2012, nel corso della quale i verificatori hanno illustrato i contenuti essenziali della relazione e fornito le delucidazioni richieste dal Collegio.

In tale contesto, hanno esposto i propri rilievi i difensori e i consulenti tecnici delle parti e sono stati forniti chiarimenti verbali da parte del responsabile unico del procedimento.

Previo deposito di ulteriori memorie difensive e di replica, i ricorsi sono stati chiamati, infine, alla pubblica udienza del 23 gennaio 2013 e ritenuti in decisione.

In pari data, è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 156/2013.

DIRITTO

1) Con i ricorsi in trattazione – previamente riuniti in ragione del

rapporto di connessione tra loro intercorrente – le imprese del costituendo raggruppamento capeggiato dal Consorzio stabile P.A.MO.TER e G.L.F. S.p.a., mandataria di un secondo raggruppamento concorrente, hanno impugnato i provvedimenti con cui il Commissario delegato *ex d.P.C.M.* dell'11/10/2010 ne ha disposto l'esclusione dalla procedura aperta di gara per l'affidamento dell'appalto integrato avente ad oggetto le opere di copertura del tratto terminale del torrente Bisagno, con l'aggiudicazione provvisoria della gara al raggruppamento controinteressato.

Con motivi aggiunti di ricorso, sono state impuginate le determinazioni di aggiudicazione definitiva della gara e di avvio delle procedure volte alla stipulazione del contratto.

Così schematicamente delimitato l'oggetto del contendere, il corretto ordine di scrutinio delle numerose questioni introdotte nei due giudizi (con il supporto di scritti difensivi spesso ponderosi) implica - in conformità all'orientamento espresso da Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4 - che siano esaminati dapprima i ricorsi incidentali, in quanto diretti a contestare la legittimazione delle ricorrenti principali mediante la censura dell'ammissione delle stesse alla procedura di gara, quindi le eccezioni di rito proposte dalle parti resistenti e, infine, il merito dei ricorsi.

2) Nel giudizio introdotto da P.A.MO.TER (r.g. n. 321 del 2012), le imprese controinteressate, con ricorso incidentale notificato il 16 aprile 2012 e depositato il successivo 20 aprile, hanno denunciato altre circostanze, non rilevate dalla stazione appaltante, che avrebbero asseritamente imposto l'esclusione del ricorrente principale dalla gara.

Con motivi aggiunti all'impugnativa incidentale notificati il 28 aprile 2012 e depositati il 2 maggio 2012, è stata evidenziata un'ulteriore causa

di pretesa esclusione.

Il ricorrente principale ha ampiamente controdedotto ai rilievi delle ricorrenti incidentali, mentre la difesa erariale non ha preso posizione al riguardo.

2.1) La prima criticità individuata con il ricorso incidentale concerne la pretesa carenza dei requisiti di qualificazione in capo al Consorzio capogruppo del costituendo raggruppamento avversario.

Il Consorzio PA.MO.TER, infatti, aveva designato quale esecutrice la consorziata B.T.C. S.r.l., senza tuttavia produrre in gara la SOA di quest'ultima Società, bensì la propria SOA.

La Società esecutrice, inoltre (come anche le altre due imprese del Consorzio), non risulta in possesso della qualificazione richiesta dal disciplinare di gara per la categoria prevalente e tale carenza non potrebbe essere supplita attraverso la qualificazione posseduta dal Consorzio, atteso che lo stesso aveva dichiarato di voler eseguire l'opera, non con la struttura comune, ma con una singola consorziata.

Si afferma, in sostanza, che il Consorzio avrebbe potuto far valere la propria categoria o classifica qualora avesse inteso operare con la struttura comune, mentre occorre fare riferimento ai requisiti della sola impresa consorziata nei casi in cui, come avvenuto nella specie, solo quest'ultima sia stata designata come esecutrice.

Va precisato che il Consorzio PA.MO.TER si configura quale consorzio stabile *ex art.* 36 del d.lgs. n. 163/2006 e, come tale, costituisce un'autonoma realtà imprenditoriale, con dimensione organizzativa propria ed una struttura comune a rilevanza esterna.

Giusta la previsione del comma 7 dell'art. 36, esso "si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate".

Ciò premesso, occorre rendere conto delle oscillazioni giurisprudenziali

in materia.

Talune pronunce, infatti, hanno affermato (in coerenza con la posizione oggi fatta propria dalle ricorrenti incidentali) che il possesso dei requisiti di qualificazione deve essere verificato in capo alle imprese consorziate indicate dal consorzio stabile quali esecutrici dell'appalto (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 22 ottobre 2010, n. 7609).

I più recenti approdi giurisprudenziali, però, sostengono la contraria tesi della necessità del possesso dei requisiti solo in capo ai consorzi stabili (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2011, n. 2454).

Tale tipologia di soggetti si connota, infatti, per il possesso di una personalità giuridica autonoma e di una propria qualificazione, che consente ai consorzi stabili di partecipare alle gare pubbliche, assumendo direttamente su di sé l'onere di eseguire le prestazioni contrattuali anche nel caso in cui sia designata per l'esecuzione una delle imprese consorziate.

I consorzi stabili si pongono, pertanto, direttamente in veste di parte contrattuale, con relativa assunzione in proprio di tutti gli obblighi e le responsabilità (Cons. Stato, sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8720).

Ne deriva che i requisiti di partecipazione devono essere posseduti e verificati solo in capo al consorzio stabile che partecipa alla gara e non anche in capo all'impresa consorziata indicata come esecutrice, tanto più che, ricadendo la prestazione contrattuale direttamente sul consorzio, esso potrà anche provvedervi direttamente, senza essere vincolato alla originaria designazione (Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2004, n. 7765).

Solo in questa prospettiva acquistano un senso, d'altronde, la qualificazione SOA direttamente in capo al consorzio stabile (non prevista per i raggruppamenti temporanei di imprese) e la stessa

partecipazione alle gare pubbliche da parte di imprese costituite in consorzi stabili.

La tesi appena illustrata è ritenuta meritevole di condivisione dal Collegio in quanto appare l'unica coerente con le caratteristiche della figura soggettiva in esame.

Deve ritenersi, in conseguenza, che i requisiti di partecipazione alla gara, nel caso del consorzio stabile, debbano essere posseduti e verificati solo in capo a quest'ultimo e non anche in capo all'impresa consorziata indicata come esecutrice.

Va disattesa, pertanto, la censura delle ricorrenti incidentali.

2.2) Con il secondo motivo del ricorso incidentale, viene denunciata l'insussistenza dei requisiti di carattere economico in capo all'impresa consorziata designata per l'esecuzione dei lavori, atteso che B.T.C. S.r.l. aveva realizzato nel periodo preso in considerazione dalla legge di gara una cifra d'affari di gran lunga inferiore a quella ivi richiesta.

La censura, analoga alla precedente, va disattesa per le ragioni appena evidenziate.

Infatti, essendo PA.MO.TER, in modo incontestato, un consorzio stabile, ogni attività deve ricondursi direttamente alla compagine consortile.

Ne consegue che anche i requisiti di idoneità finanziaria devono essere sempre posseduti e comprovati in capo al consorzio, con il cumulo dei requisiti posseduti dalle singole consorziate, essendo irrilevante che il consorzio abbia dichiarato che eseguirà i lavori a mezzo di un'impresa consorziata (cfr., in un caso analogo, T.A.R. Umbria, 11 luglio 2012, n. 274).

2.3) La terza censura del ricorso incidentale concerne la mancata presentazione della dichiarazione prescritta dall'art. 38 del d.lgs. n.

163/2006 da parte dell'amministratore unico dell'impresa individuale "Agnoli Claudio" che, nel marzo del 2011, dunque nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando, era stata acquisita dalla consorziata B.T.C. S.r.l.

Sostengono le deducenti, con il supporto di plurimi richiami giurisprudenziali, che gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza delle imprese cedute avrebbero l'obbligo di rendere la prescritta dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti morali, alla stregua degli amministratori cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, e che l'omissione di tale adempimento comporta doverosamente l'esclusione dalla gara della società cessionaria.

La questione attiene, in sostanza, all'inclusione nel novero dei soggetti tenuti a rendere la dichiarazione *de qua* anche degli amministratori dell'impresa cedente, nel caso in cui la cessione di azienda in favore della concorrente sia avvenuta nell'anno anteriore al bando.

In presenza di contrasti giurisprudenziali, tale questione è stata recentemente rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 10 del 4 maggio 2012, ha definitivamente delineato le coordinate ermeneutiche del caso.

Ha precisato l'Adunanza plenaria, innanzitutto, che lo scopo essenziale della disposizione normativa in esame è quello di impedire la possibilità di inquinamento dei pubblici appalti derivante dalla partecipazione alle relative procedure di affidamento di soggetti di cui sia accertata la mancanza di rigore comportamentale, con riguardo a circostanze gravemente incidenti sull'affidabilità morale e professionale.

Tale scopo essenziale e preminente comporta che il cessionario, il quale si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione alle gare

pubbliche, debba anche risentire delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente.

Corollario di tali considerazioni è l'affermazione della sussistenza dell'onere del cessionario di presentare la dichiarazione *ex art. 38* anche in riferimento agli amministratori (e ai direttori tecnici) che hanno operato presso la cedente nell'ultimo anno.

L'Adunanza plenaria, però, ha ulteriormente precisato che, tenendo conto della non univocità delle norme relative all'onere *de quo* in capo al cessionario, l'effettiva esclusione del medesimo, nel caso di omessa dichiarazione, può essere disposta solo nel caso in cui sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione e sempre che il bando non contenga al riguardo una espressa comminatoria di esclusione.

Queste ultime circostanze non ricorrono nella fattispecie all'esame in quanto, fra le dichiarazioni da rendere ai fini della partecipazione alla gara, minuziosamente previste dal disciplinare, nessuna era riferita agli amministratori delle imprese cedute ai concorrenti e, come dimostrato *per tabulas* dalla difesa di PA.MO.TER, l'amministratore unico dell'impresa cedente (Claudio Agnoli) non aveva precedenti penali a proprio carico.

Non ricorrono, pertanto, le condizioni che avrebbero imposto l'esclusione dalla gara della ricorrente principale.

2.4) Il quarto e ultimo motivo di ricorso incidentale concerne nuovamente la mancanza della dichiarazione prescritta dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici, questa volta con riferimento a taluni amministratori che operavano o avevano operato presso D'Appolonia S.p.a., componente del raggruppamento di progettisti di cui si è avvalso il ricorrente principale.

Il disciplinare di gara prevedeva, infatti, che la dichiarazione in ordine al

possesso dei requisiti di carattere generale avrebbe dovuto essere resa, a pena di esclusione, da ogni componente dell'eventuale raggruppamento di progettisti (pag. 16).

Nel caso in esame, non avrebbero reso la prescritta dichiarazione i seguenti soggetti:

- a) il presidente e il vicepresidente del consiglio di amministrazione (Pingiori e Ziliotto), nominati in data 14 dicembre 2011, prima della presentazione dell'offerta di PA.MO.TER;
- b) un amministratore cessato dalla carica il 7 aprile 2011 (Moroni);
- c) tre procuratori speciali asseritamente muniti di poteri di rappresentanza in materie di gare di appalto (Fasciolo, Raffetti e Cannavacciuolo).

La puntualità di questi rilievi non vale, tuttavia, ad evidenziare alcuna irregolarità idonea a comportare l'esclusione dell'offerta di PA.MO.TER.

Attraverso i chiarimenti e la documentazione prodotta in giudizio dalla difesa del ricorrente principale, si rileva, infatti, che:

2.4.1) il nuovo presidente e vicepresidente del consiglio di amministrazione di D'Appolonia sono stati nominati il 14 dicembre 2011.

L'amministratore delegato della Società aveva reso la dichiarazione *ex art. 38* in data 12 dicembre 2011, quando tali soggetti non facevano ancora parte della compagine societaria.

L'offerta di PA.MO.TER è stata presentata il 19 dicembre 2011 e il limitato scarto temporale rispetto alla dichiarazione di D'Appolonia appare più che giustificabile in rapporto alla complessità della documentazione da raccogliere ai fini della partecipazione alla gara.

Non si può imputare al concorrente/ricorrente principale, quindi,

alcuna negligenza in ordine alla pretesa omissione denunciata dalle ricorrenti incidentali né può ritenersi che la dichiarazione di D'Appolonia, siccome predisposta nei giorni immediatamente precedenti, avesse perso validità o attualità al momento della presentazione dell'offerta.

Ha carattere dirimente, in ogni caso, la comprovata assenza di precedenti penali a carico dei due amministratori di che trattasi, dovendosi conseguentemente escludere che la denunciata omissione implicasse in alcun modo la possibilità (e tanto meno la volontà) che restasse celata una situazione di inaffidabilità morale del raggruppamento concorrente, tale da imporne l'esclusione dalla gara;

2.4.2) quanto alla posizione dell'amministratore (consigliere delegato) cessato dalla carica nell'anno precedente la pubblicazione del bando, lo stesso risultava regolarmente compreso nella menzionata dichiarazione *ex art. 38* rilasciata dall'amministratore delegato di D'Appolonia in data 12 dicembre 2011, con la seguente formula: "Il sottoscritto dichiara che nei confronti dei suddetti soggetti cessati, della cui situazione giuridica è a diretta conoscenza ai sensi dell'articolo 47, comma 2, del D.P.R. n. 445 del 2000, assumendone le relative responsabilità, non sussiste alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), D.Lgs. 163/2006".

La giurisprudenza amministrativa, dopo talune oscillazioni dei giudici di prime cure, si è definitivamente orientata a favore dell'ammissibilità di questo tipo di dichiarazione.

E' stato chiarito, infatti, che la dichiarazione richiesta dall'art. 38 relativamente ai soggetti cessati dalle cariche sociali nell'anno precedente, concernendo stati, fatti e qualità riguardanti terzi e non il dichiarante, non può che essere resa ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n.

445/2000, “per quanto a conoscenza” del dichiarante medesimo il quale non è neppure tenuto a indicare le ragioni per le quali non ha potuto produrre le dichiarazioni dei diretti interessati (Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2012, n. 1646 e 27 giugno 2011, n. 3862);

2.4.3) infine, per quanto concerne i tre procuratori speciali che avevano ommesso di rendere la dichiarazione prescritta dall’art. 38, la visura camerale in atti comprova che le procure conferite loro riguardavano gli affari da svolgere per conto della Società in un’area geografica delimitata, diversa dal luogo di esecuzione dell’appalto in contestazione. Più in generale, va precisato che - pur in presenza (anche in questo caso) di orientamenti non sempre univoci – la giurisprudenza amministrativa è prevalentemente orientata nel senso di affermare che l’onere dichiarativo *ex art. 38* non si estende ai procuratori speciali, neppure qualora essi siano muniti di poteri di rappresentanza (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513).

Anche la giurisprudenza che ha mostrato di voler aderire alla tesi contraria, però, ha precisato come tale onere debba intendersi limitato ai casi in cui il procuratore speciale sia titolare di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura (Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 134).

Anche aderendo alla tesi “più rigorosa”, pertanto, la censura si rileva infondata in quanto, come si evince agevolmente dalla visura camerale di D’Appolonia, i tre procuratori speciali in questione erano muniti di poteri circoscritti e, in conseguenza, non erano tenuti a rendere la dichiarazione in parola.

2.5) Con motivi aggiunti, infine, le ricorrenti incidentali hanno denunciato una situazione di collegamento sostanziale tra PA.MO.TER e l’altra ricorrente principale G.L.F., asseritamente tale da comportare

l'imputabilità delle rispettive offerte ad un unico centro decisionale.

Il denunciato collegamento sarebbe dimostrato dal fatto che l'amministratore unico di PA.MO.TER (Cabria) e il direttore tecnico/procuratore generale di CO.ED.MAR. S.r.l. (Boscolo Contadin), mandante del raggruppamento costituendo con G.L.F., sono entrambi consiglieri di una terza Società (la Nuovo Bisagno S.c.r.l.) che, in conseguenza, risulterebbe controllata dalle prime.

Ulteriori elementi rivelatori dell'intreccio societario sarebbero rappresentati dall'identità della sede legale di PA.MO.TER e di Nuovo Bisagno nonché dal fatto che le offerte dei due concorrenti sono state presentate lo stesso giorno, a poco più di due ore di distanza l'una dall'altra.

Gli elementi così adottati paiono, già ad una prima lettura, piuttosto aleatori e inidonei a configurare con certezza l'esistenza di una situazione di collegamento distorsiva della concorrenza.

Gli intrecci di amministratori, d'altronde, valgono a dimostrare l'esistenza di un centro decisionale comune alle imprese concorrenti in presenza dell'ulteriore condizione che abbiano avuto un impatto concreto sul comportamento delle stesse nell'ambito della gara (cfr., fra le ultime, Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2012, n. 844).

Va dimostrato, cioè, attraverso l'esame sostanziale delle offerte, che la pretesa situazione di collegamento ne ha realmente influenzato la formulazione, comprovandone la riconducibilità ad un comune centro decisionale.

Tale onere non è stato assolto dalle deducenti, mentre la difesa di controparte ha fornito un'agevole spiegazione del collegamento indiretto derivante dalla coincidenza di amministratori con un terzo soggetto.

Come dimostrato dalla documentazione versata in atti, Nuovo Bisagno non è altro che la società consortile costituita *ex art.* 96 del d.P.R. n. 554/1999 fra PA.MO.TER e CO.ED.MAR. per l'esecuzione del primo lotto dei lavori della copertura del Bisagno che, nel 2004, le stesse società si erano aggiudicate in A.T.I.

Trattasi, quindi, di un soggetto avente oggetto sociale circoscritto alle opere per le quali era stato costituito e durata limitata all'esecuzione delle stesse, pertanto inidoneo, per natura, a generare scelte imprenditoriali congiunte con riferimento ad un diverso appalto pubblico.

Nella specie, le opere del primo lotto risulterebbero pressoché completate, cosicché va escluso che la mera comunanza di amministratori con un soggetto terzo, peraltro prossimo all'esaurimento dei compiti per cui era stato costituito, valga a comprovare l'esistenza di un centro di interessi comune cui ricondurre le offerte presentate in gara.

Ciò spiega agevolmente anche l'identità di sede fra PA.MO.TER e Nuovo Bisagno.

Quanto alla pretesa coincidenza temporale di presentazione delle offerte di PA.MO.TER e di G.L.F., si tratta di circostanza palesemente irrilevante, poiché quasi tutti i concorrenti, compreso lo stesso raggruppamento C.S.I., hanno presentato la propria offerta il 19 dicembre 2012, termine di scadenza previsto dal bando, a breve distanza di tempo l'uno dall'altro.

2.6) In conclusione, il presente ricorso incidentale è infondato e deve essere respinto.

3) Anche nel giudizio introdotto con il ricorso di G.L.F. (r.g. n. 322 del 2012), le controinteressate hanno proposto ricorso incidentale volto a

contestare la legittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale.

La difesa erariale non ha preso posizione neppure in questo caso.

3.1) Con il primo motivo di ricorso, viene denunciata l'omissione della dichiarazione *ex* art. 38 del codice dei contratti pubblici da parte di un procuratore speciale di G.L.F. (Zanchini di Castiglionchio), la cui procura comportava il potere di assumere qualsiasi tipo di appalto per conto della Società, anche in seguito a gare.

Si sostiene che la circostanza, qualora rilevata dalla stazione appaltante, avrebbe precluso l'ammissione della ricorrente principale, in applicazione delle previsioni del disciplinare che imponevano, sotto espressa comminatoria di esclusione dalla gara, di produrre la dichiarazione sostitutiva del certificato del casellario giudiziale per tutti i "procuratori muniti di poteri inerenti l'affidamento di lavori pubblici".

La doglianza non merita favorevole considerazione.

Vanno richiamate, a questo riguardo, le precisazioni svolte al punto 2.4.3), ove si è reso conto delle oscillazioni giurisprudenziali in materia, schematizzabili nell'esistenza di una posizione che nega la configurabilità di alcun obbligo dichiarativo a carico dei procuratori speciali, mentre un altro orientamento riconosce la sussistenza dell'obbligo *de quo* nei soli casi in cui i procuratori siano titolari di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura.

La procura conferita nel caso di specie (cfr. doc. 20 G.L.F.) non attesta l'esistenza di effettivi poteri gestionali con tali caratteristiche, risolvendosi invece nel conferimento del mero potere di rappresentare la Società nell'ambito di procedure selettive e di stipulare i relativi contratti.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare sancito

dall'art. 46, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006, comporta l'impossibilità di estendere l'obbligo dichiarativo a soggetti non direttamente contemplati dall'art. 38 del medesimo decreto (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13 ottobre 2011, n. 7929) nonché la nullità delle previsioni della *lex specialis* (punti BB.3, BB.4 e BB.5 del disciplinare di gara) nelle parti in cui, attraverso il generico riferimento alle figure dei procuratori, hanno esteso la sanzione espulsiva al di là dei casi espressamente previsti dalle vigenti disposizioni legislative e regolamentari.

3.2) Anche il secondo motivo del ricorso incidentale concerne l'omessa presentazione delle dichiarazioni *ex* art. 38 del codice dei contratti pubblici da parte di soggetti asseritamente tenuti a tale adempimento.

Si tratta di alcuni componenti del raggruppamento di progettisti indicato da G.L.F., precisamente un amministratore munito di poteri vicari di rappresentanza della Sidercad S.p.a. (Bordo) e tre progettisti della Favero e Milan Ingegneria S.p.a. (Moro, Masiero e Roda).

Va precisato preliminarmente che dette società di progettazione non sono state associate al raggruppamento concorrente, ma semplicemente indicate ai fini della progettazione, avvalendosi della facoltà riconosciuta in via generale dall'art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 e contemplata nel caso specifico dal punto BB.6 del disciplinare di gara.

Ciò premesso, il Collegio è a conoscenza dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale secondo il quale, negli appalti integrati di progettazione esecutiva e di esecuzione, il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 cit. deve essere attestato anche in relazione al soggetto incaricato delle attività di progettazione dal soggetto partecipante, poiché la *ratio* agevolatrice del concorrente della prevista possibilità di indicazione del progettista non può incidere sulla necessità che sia garantita, quanto meno tendenzialmente, l'affidabilità e

l'onorabilità nei riguardi di chi venga comunque in rapporto con la pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2012, n. 178; T.A.R. Sardegna, sez. I, 22 marzo 2012, n. 306).

Con la recente sentenza n. 69 del 11 gennaio 2013, tuttavia, la Sezione ha ritenuto di doversi discostare da tali conclusioni, ritenendole non del tutto conformi alle ragioni di certezza giuridica che, a maggior ragione dopo la recente riformulazione dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici, implicano l'esigenza di fondare la materia dell'ammissione alle gare d'appalto su basi il più possibile oggettive e su un numero chiuso, tassativamente predeterminato, di motivi di esclusione.

E' appena il caso di rammentare, infatti, come la *ratio* sottesa all'obbligo dichiarativo di cui all'art. 38 sia pacificamente quella di garantire l'amministrazione appaltante in ordine all'affidabilità, dal punto di vista della morale professionale, dei soggetti che aspirano a divenire contraenti con la pubblica amministrazione.

In coerenza, l'obbligo dichiarativo in parola si deve estendere a tutti i soggetti che, alla stregua dei poteri sostanziali ad essi attribuiti, abbiano il potere di impegnare la persona giuridica nei confronti della stazione appaltante.

Non vi è ragione, invece, per ritenere che la dichiarazione debba anche essere resa dai progettisti qualificati di cui si avvale l'impresa o il raggruppamento partecipante alla gara per l'affidamento di un appalto integrato, poiché tali soggetti non assumono il ruolo di concorrenti, né di parte contrattuale, e non entrano, in conseguenza, in rapporti diretti con l'amministrazione, ma solo con i soggetti che si avvalgono delle loro prestazioni i quali, comunque, possono sostituirli senza necessità di autorizzazione da parte della stazione appaltante.

Va anche sottolineato come, nell'ipotesi generale di avvalimento (in

senso stretto), l'obbligo dichiarativo di che trattasi sia espressamente sancito, con riguardo all'impresa ausiliaria, dall'art. 49, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, trovando giustificazione nella previsione di responsabilità solidale che il comma 4 dello stesso art. 49 pone a carico di quest'ultima impresa.

La previsione inerente detto obbligo dichiarativo non è ripetuta, significativamente, nella diversa ipotesi configurata dall'art. 53, comma 3, del codice, secondo cui gli operatori economici possono avvalersi (in senso generico) di soggetti qualificati dal punto di vista professionale in materia di progettazione, mediante la semplice indicazione degli stessi, dando così vita ad una collaborazione esterna che non comporta diretta assunzione di responsabilità né interlocuzione con l'amministrazione.

Ricorrendo quest'ultima ipotesi, pertanto, deve ritenersi che l'obbligo dichiarativo *ex* art. 38 non possa essere riferito ai progettisti indicati dalla concorrente.

Quanto alla previsione della *lex specialis* su cui fa perno l'argomentazione delle ricorrenti incidentali, va sottolineato, comunque, che il citato punto BB.6 del disciplinare di gara pone l'obbligo dichiarativo in parola a carico dei "soggetti designati alla redazione della progettazione esecutiva".

Tale obbligo è stato regolarmente assolto dai legali rappresentanti di Sidercad e di Favero e Milan i quali, con dichiarazioni sostitutive in atti (docc. 22 e 23 G.L.F.), hanno precisato di "non trovarsi nella cause di esclusione e di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006".

Si tratta della modalità dichiarativa che il disciplinare di gara - al punto AA.20, lett.d) - richiedeva espressamente nel caso di avvalimento e che deve ritenersi ammissibile, a maggior ragione, nel caso in cui il

concorrente, anziché dare luogo ad un avvalimento in senso tecnico, si sia limitato a indicare i soggetti incaricati della progettazione.

Va disatteso, per tali motivi, il secondo motivo del ricorso incidentale.

3.3) Il terzo e ultimo motivo riproduce puntualmente i rilievi, già svolti nel primo giudizio, inerenti una pretesa situazione di collegamento sostanziale tra P.A.MO.TER e G.L.F.

Per la diagnosi di infondatezza della censura, è sufficiente, quindi, fare rinvio alle considerazioni già svolte *sub* 2.5).

3.4) Anche il ricorso incidentale proposto nel secondo giudizio, in conclusione, è infondato e deve essere respinto.

4) Prima di vagliare il merito dei ricorsi, è ancora necessario soffermarsi sulle numerose eccezioni di rito proposte dalle parti resistenti, in particolare dalla difesa delle controinteressate.

4.1) Una prima eccezione di inammissibilità, concernente l'omessa impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto, deve ritenersi superata in ragione del fatto che tutte le ricorrenti principali hanno ritualmente impugnato tale determinazione nel prosieguo del giudizio, mediante tempestiva notifica dei ricorsi per motivi aggiunti di cui si riferirà più avanti.

4.2) Quanto al ricorso di G.L.F., le controinteressate eccepiscono, con la memoria depositata il 24 aprile 2012, che esso sarebbe inammissibile per difetto di legittimazione attiva in quanto la ricorrente, che ha partecipato alla gara di appalto in qualità di mandataria di un costituendo raggruppamento di imprese, ha proposto il gravame in proprio, senza spendere il nome dell'A.T.I. capeggiata.

In altre parole, l'interesse di G.L.F., che deriva dalla sua partecipazione al raggruppamento, non sarebbe stato fatto valere in giudizio.

Le esponenti richiamano a sostegno della propria tesi una pronuncia del

T.A.R Campania – Salerno (la n. 509 del 18 aprile 2006) che, però, risulta contraddetta dalla giurisprudenza successiva, orientata in modo nettamente prevalente a riconoscere la legittimazione ad impugnare eventuali provvedimenti lesivi in via autonoma in capo alla singola impresa facente parte di un'A.T.I., sia quando il raggruppamento risulti già costituito al momento della presentazione dell'offerta sia, come si verifica nella specie, nel caso in cui esso debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione (cfr., fra le ultime, Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2012, n. 3314).

La questione, peraltro, è stata affrontata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con la decisione n. 2155 del 15 aprile 2010, ha affermato il principio secondo cui “la legittimazione individuale delle singole imprese associate in r.t.i. discende dai comuni principi della nostra legislazione in tema di legittimazione processuale e di personalità giuridica, tenuto conto che pacificamente il fenomeno del raggruppamento di imprese non dà luogo a un'entità giuridica autonoma che escluda la soggettività delle singole imprese che lo compongono”.

Il Collegio condivide tali principi la cui applicazione comporta la reiezione dell'eccezione in questione.

4.3) Con la memoria depositata in data 8 maggio 2012, le controinteressate hanno eccepito che i due ricorsi sarebbero inammissibili in quanto non notificati a tutti i soggetti (tra i quali il Ministero dell'ambiente, la Regione Liguria e il Comune di Genova) firmatari dell'accordo di programma del 16 settembre 2010.

Si tratta dell'accordo finalizzato alla programmazione e al finanziamento di interventi urgenti per la mitigazione del rischio idrogeologico nel territorio della regione Liguria che, tra gli altri, aveva individuato con carattere di priorità l'intervento cui si riferisce la gara di appalto oggetto

della presente controversia, da realizzarsi sulla base del progetto definitivo elaborato e approvato dal Comune di Genova.

Tutti i soggetti firmatari dell'accordo *de quo* e coinvolti a vario titolo nella sua attuazione dovrebbero essere configurati, secondo la prospettazione delle eccezioni, quali "amministrazioni resistenti", cui il ricorso introduttivo avrebbe dovuto essere notificato a pena di inammissibilità.

L'eccezione risulta destituita di fondamento, in quanto le censure dedotte con i due ricorsi non investono i risultati dell'accennata attività progettuale (non sono tese, cioè, a denunciare criticità o irregolarità del progetto definitivo posto a base di gara), ma esclusivamente gli atti e i provvedimenti adottati ai fini dell'espletamento della successiva procedura concorrenziale e nell'ambito di essa.

Controvertendosi circa la legittimità di atti e provvedimenti autonomamente adottati dal Commissario delegato, il ricorso contenente la domanda di annullamento andava quindi notificato, ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p.a., solamente a detto soggetto.

4.4) Sempre nella memoria depositata in data 8 maggio 2012, viene anche eccepita l'inammissibilità dei ricorsi per mancata dimostrazione dell'interesse ad agire, poiché le esponenti – che, attraverso la caducazione del provvedimento di esclusione dalla gara, sarebbero rimesse in condizioni di concorrere per la sua aggiudicazione - non hanno tuttavia dimostrato, attraverso l'illustrazione dei contenuti delle proprie offerte, di possedere concrete *chances* di vittoria della gara stessa. Anche questa eccezione è priva di pregio, risultando evidente che, in una gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'esito della selezione non può che dipendere dalle valutazioni discrezionali effettuate dalla commissione giudicatrice,

cosicché parte ricorrente, laddove agisca per la caducazione dell'antecedente provvedimento di esclusione dalla gara, versa nell'impossibilità logica e materiale di provare le proprie *chances* di aggiudicazione.

D'altronde, le ricorrenti hanno anche svolto censure che riguardano la composizione della commissione giudicatrice, che sono astrattamente idonee a determinare, in caso di accoglimento, il rifacimento dell'intera attività valutativa.

4.5) Solamente con la memoria depositata il 13 novembre 2012, la difesa delle controinteressate ha eccepito l'incompetenza territoriale dell'adito T.A.R. periferico, trattandosi di controversia asseritamente rimessa alla competenza funzionale del T.A.R. Lazio dall'art. 135, comma 1, lett. e), c.p.a.

Tale disposizione, nel testo vigente al momento dell'introduzione dei due ricorsi, stabiliva che "sono devolute alla competenza inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, salvo ulteriori previsioni di legge ... le controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225".

La giurisprudenza ha chiarito che tale disposizione, introducendo una deroga all'ordinario riparto di competenza territoriale, esprime una norma eccezionale da interpretare restrittivamente (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2011, n. 3921).

La competenza funzionale del T.A.R. Lazio – Roma, quindi, deve ritenersi sussistente solo con riguardo alle ordinanze emergenziali e ai provvedimenti commissariali strettamente consequenziali, non anche nell'ipotesi di provvedimenti amministrativi che, pur esplicandosi in una

situazione emergenziale, costituiscano esercizio di una ordinaria attività gestionale.

Nel caso di specie, i provvedimenti impugnati non possono essere considerati alla stregua di atti commissariali in senso stretto, costituendo l'esplicazione di una normale attività gestionale di una gara di appalto per l'esecuzione di lavori di cui la situazione emergenziale non costituisce la causa diretta, ma semmai l'occasione per la loro prioritaria esecuzione.

Va disattesa, quindi, l'eccezione di incompetenza funzionale.

4.6) L'ultima eccezione preliminare, anch'essa proposta con la memoria depositata il 13 novembre 2012, investe la mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva ed efficace.

Tale sarebbe, ad avviso delle eccepienti, la reale natura del provvedimento adottato dal Commissario delegato in data 19 luglio 2012, poiché dalla data dello stesso (e non dalla precedente aggiudicazione disposta il 28 marzo 2012) è stato fatto decorrere il termine di legge per la stipulazione del contratto.

Le ricorrenti principali, peraltro, non hanno espressamente impugnato il provvedimento in questione, limitandosi a gravarlo con un'istanza cautelare (è il caso di PA.MO.TER), ovvero lo hanno impugnato nella sola parte in cui dispone l'avvio della procedura per la stipulazione del contratto (come nel caso di G.L.F.) e tali omissioni comporterebbero l'inammissibilità (o l'improcedibilità) dei ricorsi introduttivi.

A prescindere da ogni considerazione sulla reale natura del provvedimento in questione, è sufficiente, per disattendere quest'ultima eccezione di rito, richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale il ricorso avverso l'esito sfavorevole di una gara di appalto deve ritenersi ammissibile (o procedibile, nel caso

di preventiva impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria) quando intervenga tempestivamente l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva (Cons. Stato, Ad. plen., 31 luglio 2012, n. 31).

Poiché tale provvedimento costituisce l'atto conclusivo della procedura concorrenziale ed il presupposto necessario per l'avvio della successiva fase contrattuale, non è necessario impugnare anche l'atto con cui, verificato il possesso dei requisiti in capo al soggetto aggiudicatario, ne viene dichiarata l'efficacia ai sensi dell'art. 11, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006: quest'ultima determinazione non implica, infatti, nuove ed autonome valutazioni discrezionali da parte dell'amministrazione appaltante, ma costituisce l'esito di una verifica vincolata che conduce al perfezionamento di una mera condizione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva (cfr., fra le ultime, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 23 marzo 2012, n. 2750).

Anche quest'ultima eccezione, pertanto, è infondata e deve essere respinta.

5) Può procedersi, a questo punto, all'esame delle questioni di merito dedotte con i due ricorsi, schematizzabili come segue:

- una prima questione fondamentale concerne la regolarità della composizione della Commissione giudicatrice;
- una seconda questione, anch'essa di rilievo centrale, investe il merito delle valutazioni poste a fondamento delle contestate esclusioni dalla gara;
- residua un terzo gruppo di censure, riferite a circostanze diverse e obiettivamente di minor rilievo, che, per comodità espositiva, verranno affrontate per prime.

5.1) Con il secondo motivo del ricorso introduttivo, G.L.F. denuncia la tardiva costituzione della Commissione giudicatrice, asseritamente

nominata con provvedimento del 10 dicembre 2011, prima della scadenza del termine fissato dal bando per la presentazione delle offerte.

La censura è frutto di travisamento in quanto, come si è già avuto modo di precisare, la Commissione è stata costituita il giorno successivo alla scadenza del termine predetto, con provvedimento commissariale n. 15 del 20 dicembre 2011, in atti.

5.2) Con il quarto motivo del ricorso introduttivo, G.L.F. deduce il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà estrinseca, sul rilievo che la stazione appaltante, rispondendo formalmente al quesito formulato da un concorrente, aveva riconosciuto l'ammissibilità di varianti migliorative in sede di offerta, anche tali da determinare l'eliminazione di singole lavorazioni previste dal progetto definitivo a base di gara, salvo poi mutare drasticamente avviso e fondare l'esclusione del raggruppamento capeggiato dalla ricorrente proprio sulla circostanza inerente la presentazione di pretese varianti progettuali.

Il vizio non sussiste, in quanto la risposta della stazione appaltante, nonostante l'impiego della dizione "varianti migliorative", va riferita alle semplici migliorie progettuali, pacificamente consentite dal punto L del disciplinare di gara, non alle varianti propriamente intese che, in modo altrettanto pacifico, dovevano ritenersi precluse a pena di inammissibilità dell'offerta.

Fermo restando che, per costante orientamento giurisprudenziale, i chiarimenti della stazione appaltante sono ammissibili se contribuiscono, con una sorta di operazione di interpretazione autentica, a rendere chiaro e comprensibile il significato di clausole della *lex specialis* impropriamente formulate o, comunque, tali da prestarsi ad incertezze interpretative (cfr., fra le ultime, Cons. Stato, sez. V, 17

ottobre 2012, n. 5296), mentre nella specie non sono stati allegati né paiono sussistere particolari profili di ambiguità delle disposizioni della legge di gara applicate nella specie.

5.3) Con il primo motivo aggiunto di ricorso, P.A.MO.TER denuncia, tra l'altro, la violazione dell'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, relativo alla composizione della commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, atteso che le note con cui il Commissario delegato aveva chiesto alla Regione Liguria e alla Provincia di Genova la designazione di un dirigente da chiamare a far parte della Commissione non precisavano che tale soggetto avrebbe dovuto essere, come prescritto dalla citata disposizione normativa, "esperto nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto".

Nel caso della Provincia di Genova, inoltre, non era stato nemmeno precisato che si dovesse trattare di un dirigente tecnico e la scelta, di fatto, è poi ricaduta su una figura amministrativa.

Tali rilievi paiono frutto di eccessivo formalismo e sono inidonei, comunque, a rivelare l'esistenza di un vizio del sub-procedimento volto alla costituzione della commissione giudicatrice, non essendo seriamente ipotizzabile - data la rilevanza dell'opera, le soluzioni adottate per l'appalto del primo lotto dei lavori e l'ampia possibilità di circolazione delle informazioni - che le amministrazioni richieste della designazione potessero, pur in assenza di specificazioni da parte dell'ufficio richiedente, travisarne in qualche modo l'oggetto specifico, logicamente riferito all'indicazione di soggetti esperti nel settore interessato dall'appalto.

Né può rilevare la circostanza, ulteriormente evidenziata dal ricorrente, che le richieste medesime riguardassero la nomina di una "commissione

di gara”, senza precisare che si sarebbe trattato di una commissione giudicatrice titolare di funzioni valutative delle offerte tecniche, poiché, anche in questo caso, non può seriamente opinarsi che la genericità dell’indicazione abbia in qualche modo fuorviato l’esercizio delle opzioni da parte delle amministrazioni interpellate.

5.4) Con il secondo motivo aggiunto di PA.MO.TER e il terzo motivo aggiunto di G.L.F., viene denunciata la violazione dell’art. 84, comma 10, del d.lgs. n. 163/2006, secondo cui “la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte”.

Nel caso del commissario designato dalla Regione Liguria, invece, l’autorizzazione ad espletare il relativo incarico è stata rilasciata con deliberazione di giunta in data 16 dicembre 2011, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte che il bando aveva fissato al 19 dicembre 2011, con conseguente frustrazione della finalità di cautela perseguita dal citato comma 10 che, vietando la nomina anticipata dei componenti la commissione giudicatrice, vuole evitare il rischio di condizionamenti capaci di alterare la regolarità del procedimento di selezione delle offerte.

Con la deliberazione cui fanno riferimento le esponenti, però, la Regione Liguria si era limitata a rilasciare al proprio dipendente la speciale autorizzazione richiesta dal contratto di lavoro per l’assunzione di incarichi extraistituzionali.

Tale atto esauriva i propri effetti nell’ambito del rapporto di servizio, senza assumere rilievo esterno né, tantomeno, equivalere alla nomina effettiva.

Considerando, inoltre, che l’amministrazione appaltante non era neppure vincolata a nominare il commissario così designato, va escluso

che il semplice rilascio dell'autorizzazione allo svolgimento dell'incarico abbia potuto preconstituire le condizioni per un'eventuale turbativa dell'imparzialità della gara, tanto più che il breve lasso di tempo intercorrente tra la data di adozione del provvedimento regionale in parola e quella fissata per la scadenza della presentazione delle offerte era chiaramente insufficiente per confezionare l'offerta tecnica.

La nomina della Commissione giudicatrice è stata regolarmente disposta, invece, con provvedimento del Commissario delegato in data 20 dicembre 2011, successivo alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Ne consegue la diagnosi di infondatezza della censura.

5.5) Parimenti infondata è la censura, dedotta con il terzo motivo aggiunto di PA.MO.TER e il secondo motivo aggiunto di G.L.F., relativa alla violazione dell'art. 84, commi 2 e 8, del d.lgs. n. 163/2006.

Tali disposizioni affidano alla stazione appaltante il compito di individuare i membri della commissione giudicatrice e sarebbero state disattese nella specie in quanto il Commissario delegato, con le richieste di designazione di cui sopra, avrebbe delegato o attribuito ad altre autorità detta incombenza.

E' sufficiente rilevare, a questo riguardo, come il Commissario delegato, con le richieste cui si è fatto cenno, avesse letteralmente chiesto alla Regione Liguria e alla Provincia di Genova di "indicare la disponibilità" di un dirigente da chiamare a far parte della commissione di gara.

Si trattava, quindi, di una semplice richiesta di designazione (neppure vincolante, si ribadisce), non equiparabile né implicante alcuna delega o trasferimento dei poteri propri della stazione appaltante.

5.6) Con il quarto motivo aggiunto di ricorso, PA.MO.TER denuncia nuovamente la violazione dei principi in tema di nomina della

commissione giudicatrice negli appalti da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nonché il vizio di eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, sul rilievo che il Commissario delegato avrebbe ommesso di vagliare preventivamente i *curricula* degli esperti designati da altre amministrazioni, così confermando che la nomina dei membri della Commissione era stata sostanzialmente delegata a queste ultime.

In particolare, il ricorrente rileva che il *curriculum* del dott. Maurizio Torre, designato dalla Provincia di Genova, è addirittura successivo alla nomina della Commissione giudicatrice, poiché vi è menzionata una circostanza (l'iscrizione all'albo degli avvocati – elenco speciale) verificatasi il 12 gennaio 2012.

La difesa delle controinteressate eccepisce l'inammissibilità della censura in quanto fondata su mere supposizioni, non corredate da adeguato supporto probatorio.

L'obiezione è condivisibile per quanto si riferisce alla posizione degli altri membri della Commissione, mentre parte ricorrente ha sufficientemente dimostrato, richiamando la documentazione versata in atti dalla difesa erariale, che il *curriculum* del precitato dott. Torre non era stato previamente ponderato dall'amministrazione appaltante in quanto, pur privo di data, tale documento era necessariamente successivo alla nomina dell'organo collegiale.

L'Avvocatura dello Stato sostiene sbrigativamente, a quest'ultimo riguardo, che il documento in questione avrebbe formato oggetto di successivi aggiornamenti, ma la tesi non appare molto verosimile e, comunque, non è suffragata dalla produzione del *curriculum* nella pretesa versione originaria.

Deve ritenersi comprovato, perciò, che la stazione appaltante ha

dapprima nominato la Commissione giudicatrice, sulla base delle designazioni ricevute, e, solo in un secondo momento, ha acquisito i *curricula* dei relativi componenti o, perlomeno, di uno di essi.

L'accertata incongruenza procedimentale non dà luogo, tuttavia, ad un vizio di legittimità inficiante il provvedimento di nomina della Commissione e i successivi atti del procedimento di gara.

Il Commissario delegato, infatti, non disponendo di un proprio apparato tecnico-amministrativo, era autorizzato dall'art. 4 del decreto istitutivo ad avvalersi di altri uffici pubblici "per l'espletamento di tutte le attività tecnico-amministrative connesse alla realizzazione degli interventi".

Nell'ambito di un rapporto di leale collaborazione tra amministrazioni pubbliche, non sono ravvisabili, peraltro, profili di rimproverabilità nella condotta del Commissario che, presumendo la piena idoneità dei soggetti indicatigli dalle amministrazioni interpellate, sul presupposto implicito che si trattasse di esperti nella materia oggetto dell'appalto, non ha ritenuto di dover condurre penetranti verifiche in ordine ai titoli di studio, professionali e di servizio degli stessi.

La censura, pertanto, merita di essere disattesa, senza pregiudizio per le successive valutazioni di carattere sostanziale inerenti l'effettivo possesso dei requisiti prescritti da parte dei componenti della Commissione giudicatrice.

5.7) Con la memoria depositata in data 8 maggio 2012, infine, PA.MO.TER ha dedotto altre due censure concernenti pretesi vizi formali dell'offerta aggiudicataria, con riferimento al fatto che i membri del raggruppamento di progettisti di cui si sono avvalse le controinteressate non avrebbero indicato le quote di partecipazione e di lavori assunte e che sarebbero state apportate inammissibili correzioni

alla lista delle lavorazioni.

Tali censure vanno dichiarate inammissibili in quanto contenute in uno scritto difensivo non notificato alle controparti.

6) Comune a entrambi i ricorsi è la denuncia della violazione delle norme e dei principi in tema di costituzione delle commissioni giudicatrici, con specifico riferimento ai vincoli posti dall'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, in quanto l'organico della Commissione nominata dal Commissario delegato non avrebbe garantito le professionalità necessarie in relazione al carattere specialistico delle opere.

6.1) PA.MO.TER sostiene che l'oggetto del contratto avrebbe richiesto la presenza di ingegneri strutturisti, idraulici e geotecnici, mentre le competenze specifiche di tali figure erano del tutto assenti in capo ai tre componenti la Commissione.

La scelta di limitarne l'organico a tre membri avrebbe impedito, inoltre, di far sì che fossero rappresentate nel suo ambito tutte le professionalità occorrenti in rapporto alla complessità del confronto tecnico cui era chiamato l'organo valutativo.

G.L.F. svolge rilievi sostanzialmente analoghi, sottolineando, in particolare, che i singoli membri della Commissione non possedevano titoli di studio ed esperienze professionali coerenti con le competenze occorrenti per la valutazione delle offerte tecniche relative a una grande opera idraulica.

Inoltre, PA.MO.TER formula, con il primo motivo aggiunto di ricorso, una specifica contestazione relativa alla posizione del dott. Torre (nominato, come già riferito, sulla base della designazione della Provincia di Genova) il quale, essendo un dirigente amministrativo laureato in giurisprudenza, sarebbe privo della preparazione tecnica

necessaria per valutare gli aspetti previsti dal bando, tanto più con il sistema del confronto a coppie che implica l'autonoma attribuzione dei punteggi da parte di ciascun membro della commissione giudicatrice.

Analoghe argomentazioni sostengono, *in parte qua*, il secondo ricorso per motivi aggiunti di G.L.F.

Le parti resistenti svolgono opposte considerazioni, argomentando nel senso della piena idoneità di tutti i membri della Commissione in rapporto al compito loro affidato e, quanto alla posizione del dott. Torre, evidenziano che la presenza di un esperto in materia di procedimenti di gara costituirebbe un'opzione imposta dalla complessità delle operazioni giuridico-amministrative da compiere.

6.2) La regola da seguire in questa materia è dettata, come accennato, dal comma 2 dell'art. 84 del codice dei contratti pubblici, giusta il quale, negli appalti da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte è demandata a una commissione giudicatrice composta da esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto.

Tale regola – che costituisce il portato dei principi di rango costituzionale dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa e, in quanto tale, non è suscettibile di deroga (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 novembre 2011, n. 8414) – comporta che i componenti la commissione giudicatrice devono essere scelti fra i soggetti dotati di competenza tecnica adeguata alla peculiarità dello specifico settore interessato dall'appalto da assegnare.

La questione da dirimere nel caso in esame concerne, pertanto, la sussistenza o meno in capo ai soggetti nominati dalla stazione appaltante di un bagaglio di conoscenze, competenze ed esperienze professionali tale da poterli qualificare come “esperti del settore”.

In considerazione dei margini di discrezionalità che connotano le valutazioni della stazione appaltante, il sindacato giurisdizionale in materia deve essere circoscritto ai casi di manifesta erroneità o irragionevolezza delle scelte compiute dall'amministrazione.

6.3) Tanto preliminarmente precisato, occorre evidenziare come l'appalto di cui si controverte concerna lavori di notevole rilievo economico (oltre trenta milioni di euro) e di particolare complessità, comprendenti non solo interventi di natura idraulica (che connotano in modo prevalente l'opera), ma anche strutturale e geotecnica.

Ne deriva che, per poter valutare consapevolmente le offerte dei concorrenti, i membri della Commissione dovevano possedere competenze tecniche (desumibili dagli specifici titoli di studio e dalle pregresse esperienze professionali), di tipo prettamente ingegneristico, tali da consentire l'apprezzamento della qualità delle offerte in relazione ai multiformi aspetti delle opere comprese nell'appalto.

Dall'esame dei *curricula* dei singoli membri della Commissione, si evince, tuttavia, l'insussistenza di tali requisiti.

6.3.1) L'organo collegiale era presieduto dal già citato dott. Maurizio Torre, membro designato dalla Provincia di Genova, che aveva sostituito in tale posizione il dimissionario ing. Francesco Errichiello, Provveditore alle opere pubbliche (la posizione di quest'ultimo non rileva, peraltro, ai fini del presente giudizio di legittimità in quanto la Commissione, nella sua definitiva composizione, ha provveduto al riesame collegiale di tutte le offerte).

Il dott. Torre è un laureato in giurisprudenza, abilitato all'esercizio della professione di avvocato, che ha svolto la maggior parte della sua attività lavorativa alle dipendenze della Provincia di Genova, in veste di funzionario e, poi, di dirigente amministrativo.

La specifica e incontestata esperienza in materia di gare e contratti pubblici non può ovviamente comprendere gli aspetti squisitamente tecnici degli appalti di lavori pubblici, siccome del tutto estranei alla professionalità dell'interessato.

6.3.2) Faceva parte della Commissione, inoltre, l'arch. Giovanni Battista Poggi, designato dalla Regione Liguria.

Lo scarso *curriculum* in atti documenta una carriera interamente svolta alle dipendenze di enti pubblici (Comune di Genova e Regione Liguria), con specifiche esperienze nell'ambito della programmazione urbanistica che potevano giustificare la presenza in Commissione in ragione delle implicazioni urbanistiche dell'intervento, ma certo non garantivano il possesso delle competenze occorrenti per valutare gli aspetti specialistici, *in primis* quello idraulico, delle offerte tecniche.

Né vale rilevare, come fanno le eccepienti, che l'arch. Poggi ha svolto, dal 2007 al 2012, l'incarico di "Commissario straordinario di protezione civile - Soggetto attuatore degli interventi idraulici e viari del rio Fereggiano", non essendo stato dimostrato che l'assolvimento di tale incarico abbia comportato anche compiti di natura tecnica i quali, in ogni caso, non avrebbero consentito di supplire alla carenza del titolo di ingegnere richiesto per la progettazione delle opere idrauliche.

E' ragionevole ritenere, infatti, che un soggetto privo del titolo necessario per la progettazione di una particolare tipologia di opere non possa essere ritenuto, *a fortiori*, esperto in tale ambito.

6.3.3) Il *curriculum* del terzo membro della Commissione, l'ing. Gaetanino Tufaro, documenta il possesso della laurea in ingegneria civile ed esperienze lavorative svolte quasi interamente alle dipendenze dell'Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico "Gaslini" di Genova, con prevalenza di mansioni nei settori tecnici e logistici.

Sono anche attestate specializzazioni in prevenzione incendi e prestazioni energetiche degli edifici.

In questo caso, quindi, il titolo di studio appare coerente con l'oggetto dei compiti valutativi ascritti alla Commissione giudicatrice, ma rileva in senso negativo la totale mancanza di specializzazioni e di esperienze professionali nel settore delle opere idrauliche, carenza tanto più rilevante ove si abbia riguardo alle notevoli dimensioni e alla complessità dell'opera.

6.4) Sulla scorta della considerazioni che precedono, deve conclusivamente rilevarsi come nessuno dei membri della Commissione giudicatrice fosse provvisto di specifica e documentata esperienza in materia di opere idrauliche: tale carenza, unitamente alla considerazione delle limitate competenze che la Commissione nel suo complesso garantiva per la valutazione degli aspetti strutturali e geotecnici delle opere in appalto, induce a ritenere che la stessa non fosse in grado, in ragione delle professionalità che vi erano rappresentate, di apprezzare adeguatamente i contenuti tecnici delle proposte formulate dai concorrenti.

Per tali ragioni, le scelte compiute dalla stazione appaltante appaiono viziate sotto i profili dell'irrazionalità e dell'erroneità.

6.5) Nel rassegnare tali conclusioni, il Collegio ha tenuto conto dei principi affermati dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2265 del 12 aprile 2011 (richiamata dalle parti resistenti), secondo cui il tenore dell'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, "è tale da far desumere che i commissari debbano essere esperti nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto, non già in tutte e ciascuna delle materie tecniche o scientifiche o addirittura alle tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla *lex*

specialis di gara ai fini valutativi”.

Tali principi, infatti, possono trovare congrua applicazione nel caso di gare di appalto non connotate da aspetti marcatamente specialistici o di particolare complessità ovvero, ancora (come nel caso preso in esame dalla citata sentenza), quando i criteri di valutazione prefissati siano tali “da ridurre fortemente il grado di discrezionalità dei commissari ed il livello di analisi richiesto ai medesimi e semplificarne, dunque, i compiti”.

La procedura concorrenziale cui si riferisce la presente controversia si pone agli antipodi di tali situazioni, riguardando, come si è già avuto modo di sottolineare, opere di notevole complessità, rilievo economico nonché spiccatamente caratterizzate in senso specialistico (soprattutto sotto il profilo idraulico), che le professionalità presenti in seno alla Commissione non potevano, in ragione del proprio *background* di competenze, apprezzare in modo adeguato.

6.6) L'accertata violazione delle regole sulla composizione della Commissione giudicatrice non ha una valenza meramente procedimentale, poiché un organo composto di “veri” esperti nel settore interessato dall'appalto avrebbe, in ipotesi, potuto valutare diversamente le soluzioni tecniche proposte dai ricorrenti principali, così determinandone l'ammissione alla gara e un diverso esito della procedura (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 aprile 2012, n. 2054).

Il vizio in esame comporta, pertanto, l'illegittimità dei conseguenti atti del procedimento di gara impugnati con i ricorsi introduttivi, fino all'aggiudicazione provvisoria dell'appalto.

6.7) Rimane da accennare, per completezza, alle censure che riguardano in modo specifico la posizione del dott. Torre il quale, in quanto figura amministrativa, sarebbe da considerare in radice “non esperto” e privo

dei requisiti richiesti per far parte della Commissione giudicatrice.

Quest'ultima argomentazione non pare persuasiva.

L'art. 84, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, infatti, sembra differenziare la posizione del presidente rispetto a quella degli altri membri della commissione, con il risultato di rendere più elastico il vaglio dei requisiti di professionalità in capo alla prima figura.

Sotto questo profilo, può quindi ritenersi che la soluzione applicata dalla stazione appaltante non contrastasse frontalmente con la regola posta dall'art. 84, comma 2, poiché l'incontestata esperienza del dott. Torre in materia di gare pubbliche poteva preconstituire le condizioni per un regolare svolgimento del procedimento amministrativo, così giustificandone la nomina al vertice della commissione, ferma restando l'esigenza, non garantita nel caso in esame, di assicurare il possesso delle necessarie competenze tecniche in capo agli altri membri dell'organo collegiale.

7) Nonostante il carattere dirimente dei rilievi che precedono, il Collegio ritiene che, per la rilevanza intrinseca, siano meritevoli di approfondimento anche le censure inerenti il merito delle valutazioni tecniche che hanno condotto all'esclusione delle ricorrenti principali.

7.1) Sostiene P.A.MO.TER, con il secondo motivo del ricorso introduttivo, che la Commissione giudicatrice avrebbe erroneamente interpretato le soluzioni tecniche contenute nella propria offerta, valutandole alla stregua di varianti essenziali al progetto definitivo posto a base di gara, mentre si sarebbe trattato, in realtà, di semplici proposte migliorative, come tali consentite dalla legge di gara, anzi richieste ai fini dell'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica.

Rileva ulteriormente P.A.MO.TER, con il terzo motivo di ricorso, che in caso contrario (ossia laddove si reputassero imm modificabili le opere

oggetto dell'appalto) l'intera disciplina di gara risulterebbe illegittima per illogicità, non potendosi conciliare la pretesa immodificabilità del progetto definitivo posto a base di gara con il criterio di aggiudicazione prescelto nel caso di specie.

Con il ricorso per motivi aggiunti, proposto a seguito della conoscenza dei contenuti delle offerte ammesse in gara, l'esponente deduce il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento, sul rilievo che queste ultime offerte (e, in particolare, quella del raggruppamento aggiudicatario) contemplerebbero proposte migliorative al progetto definitivo di rilievo, impatto e portata addirittura superiore a quelle contenute nella sua offerta.

Anche G.L.F. contesta nel merito le scelte della Commissione giudicatrice, sottolineando, con il supporto di ampie e approfondite considerazioni tecniche, la pretesa erroneità ed arbitrarietà delle valutazioni formulate da tale organo, dal momento che le proposte formulate con la propria offerta tecnica (con particolare riferimento alle opere provvisoriale ed a quelle di consolidamento del suolo) avrebbero avuto consistenza di varianti migliorative del progetto definitivo, come tali ammesse dal bando, e non di varianti essenziali al progetto medesimo.

Le difese delle parti resistenti fanno leva su argomenti opposti, tesi ad evidenziare, soprattutto sulla scorta di rilievi afferenti il merito delle soluzioni tecniche proposte dalle ricorrenti, come le stesse contemplassero vere e proprie varianti progettuali, peraltro peggiorative rispetto al progetto posto a base di gara.

7.2) La disamina di tali censure presuppone alcuni chiarimenti preliminari.

E' pacifico, alla luce del criterio di aggiudicazione prescelto e della

disciplina dettata dalla *lex specialis*, che il progetto definitivo posto a base di gara non fosse imm modificabile, ma soggetto a proposte migliorative che, peraltro, avrebbero avuto autonomo rilievo in sede di valutazione degli aspetti di natura qualitativa.

Il punto L del disciplinare di gara stabiliva espressamente, infatti, che “ai concorrenti sono richieste le migliori al progetto definitivo posto a base di gara”.

La valutazione di tali migliorie o proposte migliorative avrebbe dato luogo all’attribuzione dei punteggi per i sub-criteri di valutazione individuati al punto D del disciplinare.

Per quanto rileva maggiormente in questa sede, si richiama il sub-criterio di cui al punto D.B2 che prevedeva l’attribuzione di un massimo di 10 punti per le “modalità di esecuzione delle opere di sostegno provvisorie e definitive in relazione alla influenza delle stesse rispetto alle strutture circostanti”.

Altrettanto incontestabile è l’inammissibilità di varianti al progetto definitivo, stante l’espreso divieto posto dal punto II.1.9 del bando.

La questione controversa attiene, pertanto, al corretto esercizio dei poteri discrezionali della Commissione giudicatrice, dovendosi accertare se le valutazioni rese da tale organo in merito alla natura degli scostamenti progettuali derivanti dalle soluzioni contenute nelle proposte tecniche delle ricorrenti siano eventualmente viziate sotto i dedotti profili del travisamento e dell’irrazionalità.

7.3) In difetto di più puntuali indicazioni desumibili dalla legge di gara, la linea di demarcazione tra varianti e proposte migliorative va tratteggiata tenendo conto delle coordinate poste dall’elaborazione giurisprudenziale.

Il giudice amministrativo ha chiarito già da tempo che, nel caso di gare

da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le concorrenti possono proporre, anche qualora il progetto posto a base di gara sia definitivo, variazioni migliorative che, onde non ledere la *par condicio*, non devono alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste (Cons. Stato, sez. IV, 1° febbraio 1999, n. 149).

La giurisprudenza successiva ha elaborato alcuni criteri guida relativi alle varianti in sede di offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2003, n. 923 e 9 febbraio 2001, n. 578):

- si ammettono varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera (o del servizio), purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dall'amministrazione appaltante;
- risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della pubblica amministrazione sottese alla prescrizione variata;
- viene lasciato un ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Anche le pronunce più recenti hanno ribadito, nei termini già indicati, il *discrimen* tra varianti e proposte migliorative, identificando la seconda tipologia con tutte quelle precisazioni, integrazioni e migliorie che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste e senza incidere sulla *par condicio* (Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2010, n. 3806; sez. V, 11 luglio 2008, n.

3481).

Con specifico riferimento all'appalto integrato, è stato recentemente precisato che le "varianti progettuali migliorative", qualora ammesse dalla legge di gara, pur incidendo normalmente su aspetti in grado di incidere in maniera rilevante e consistente sulla qualità dell'opera (sul piano strutturale, prestazionale e funzionale), non devono tuttavia alterare l'essenza strutturale e prestazionale, così come fissate dal progetto definitivo, onde non ledere lo stesso interesse della stazione appaltante al conseguimento delle funzionalità perseguite (Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 2012, n. 285).

7.4) Tanto precisato, la valutazione rimessa nella fattispecie alla discrezionalità della Commissione giudicatrice implicava, quindi, l'individuazione dei caratteri essenziali delle opere oggetto dell'appalto, come definiti dal progetto definitivo posto a base di gara, e la successiva valutazione delle proposte migliorative dei concorrenti, onde accertare se queste ultime avessero o meno incidenza sui caratteri essenziali predetti.

Nel caso in esame, la Commissione ha impostato i propri lavori secondo una metodologia formalmente corretta, essendosi previamente preoccupata, nella seduta riservata del 7 febbraio 2012, di "esplicitare le linee guida e i criteri di analisi che intende adottare" per qualificare le proposte migliorative dei concorrenti.

Per quanto assume specifico rilievo ai fini del presente giudizio, si richiamano alcuni criteri definiti in quella sede dalla Commissione:

"(1) la descrizione dell'elemento B2 di valutazione delle offerte fa riferimento a modalità di esecuzione delle opere provvisorie e definitive, come descritte nel capitolato speciale d'oneri e non a modifiche delle stesse, e non richiede ai concorrenti di ricercare soluzioni diverse

strutturalmente da quelle previste dal progetto definitivo posto a base di gara;

(2) nell'intervento oggetto di gara le soluzioni previste per le opere di sostegno provvisorie e definitive lungo la linea d'argine, costituiscono l'idea progettuale centrale e più importante ai fini della qualificazione dell'opera e al conseguimento degli obiettivi che il committente si è dato, relativamente alla salvaguardia degli edifici, alla mitigazione dei rischi idraulici ed in generale al mantenimento delle condizioni di sicurezza durante l'esecuzione dei lavori”.

7.5) Facendo applicazione di tali criteri, la Commissione giudicatrice, nella seduta riservata del 13 febbraio 2012, ha disposto l'esclusione delle offerte delle odierne ricorrenti.

7.5.1) In particolare, l'offerta di P.A.MO.TER è stata dichiarata inammissibile con la seguente testuale motivazione:

“Opere in alveo: unifica micropali del cunicolo tecnologico con quello di fondazione della spalla, con micropalo $\varnothing=200$ i=50 cm.; successiva demolizione spalla, per realizzazione struttura cunicolo tecnologico-spalla. Eliminazione i tiranti inferiori tipo "Titan Ischebeck". Si ritiene variante progettuale rispetto fasi 2 e 3 previste nel progetto "definitivo" sia in sponda dx che in sponda sx”.

7.5.2) Queste le motivazioni, sempre riportate testualmente, che hanno fondato l'esclusione dell'offerta di G.L.F.:

“Cunicolo tecnologico: In sostituzione delle paratie di micropali mediante perforazione a rotazione ed esecuzione di iniezioni cementizie prevede pali auto perforanti $\varnothing=240$ ad interasse i=45-60. Si ritiene variante progettuale rispetto fase 2 prevista nel progetto "definitivo" sia in sponda dx che in sponda sx.

Opere in alveo: In sostituzione della iniezione di miscela cementizia e

della paratia di micropali prevede la realizzazione di colonne di jet-grouting $\varnothing=1800$ e l'eliminazione dei tiranti inferiori tipo "Titan Ischebeck". Si ritiene variante progettuale rispetto fasi 2 e 7 nel progetto "definitivo".

Opere in sotterraneo: Dopo il completamento della platea di fondazione, prevede il getto del setto centrale (tra le canne B e C) di larghezza di 50 cm. contro il setto esistente, previa interposizione di pannelli di polistirolo; ne consegue che il nuovo setto centrale risulterebbe spostato trasversalmente di 50 cm., portando la larghezza delle canne rispettivamente a 11,40 e 12,40 m., a fronte di una lunghezza identica di 11,90 m. previsto nel progetto "definitivo". Si ritiene variante progettuale rispetto alla relazione tecnica 12.05.01.00".

7.5.3) Per rendere pienamente intelligibili i rilievi di cui sopra, è necessario affidarsi ai chiarimenti forniti dai verificatori, dalle parti e dai rispettivi consulenti.

Si desume, dal complesso degli elementi di conoscenza così acquisiti, che l'offerta di PA.MO.TER è stata esclusa per ragioni essenzialmente legate alle modalità esecutive delle opere di sostegno: il progetto definitivo prevedeva la realizzazione di una cortina di pali in prossimità degli edifici esistenti, la realizzazione del cunicolo tecnologico e, infine, della spalla; la proposta del ricorrente contemplava, invece, la completa demolizione della spalla e la sua successiva ricostruzione.

Inoltre, PA.MO.TER aveva previsto la realizzazione di colonne di *jet grouting* (una tecnica di consolidamento del terreno con iniezioni di miscela cementizia) alla base delle spalle e l'eliminazione dei tiranti previsti dal progetto.

Quanto all'offerta di G.L.F., un primo scostamento essenziale rispetto al progetto definitivo riguarderebbe le fasi esecutive della copertura del

torrente: mentre il progetto a base di gara prevedeva prima la demolizione, per tratti, delle vecchie strutture di sostegno e, successivamente, la realizzazione di nuove strutture (setti in cemento armato) nell'esatta posizione di quelle demolite, l'impresa aveva proposto di costruire, dapprima, alcuni setti a fianco di quelli esistenti e, solo in seguito, demolire le vecchie strutture.

Un altro elemento negativamente valutato dalla Commissione riguarda, anche in questo caso, le modalità di realizzazione delle opere di sostegno delle spalle esistenti, poiché G.L.F. aveva proposto di eliminare i tiranti previsti e di realizzare una cortina di colonne di *jet grouting*.

7.5.4) In ogni caso, va sottolineato come la Commissione giudicatrice abbia fondato la valutazione di inammissibilità delle due offerte (e, quindi, l'esclusione dalla gara) sulla qualificazione delle stesse alla stregua di varianti, non sull'assenza di profili migliorativi rispetto al progetto base, ipotesi peraltro non verosimile in ragione della riduzione dei tempi di esecuzione dell'opera che entrambe le proposte risultavano tese a conseguire.

7.6) L'apprezzamento dell'intrinseca razionalità delle valutazioni compiute dalla Commissione giudicatrice ha richiesto, data la tecnicità della materia, l'espletamento di una verifica affidata a docenti del Dipartimento di ingegneria civile, chimica ed ambientale della Facoltà di ingegneria dell'Università degli studi di Genova.

Tale accertamento deve ritenersi ammissibile alla luce dell'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, che consente l'esercizio del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione, non nei ristretti limiti del mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito, ma anche con riguardo alla verifica

diretta della loro attendibilità sotto il profilo della correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo (cfr., fra le ultime, Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2628).

7.7) Prima di riferire le conclusioni cui è pervenuto l'organismo incaricato della verifica, occorre ancora soffermarsi su due aspetti formali contestati dalle parti resistenti.

7.7.1) Con la memoria depositata il 9 agosto 2012, la difesa delle controinteressate aveva proposto la sostituzione del verificatore, a causa di una pretesa situazione di incompatibilità comprovata dalle seguenti circostanze:

- la Facoltà di ingegneria dell'Università degli studi di Genova era indicata, in tutti gli elaborati costituenti l'offerta tecnica di G.L.F., quale consulente del raggruppamento concorrente;
- la preside della Facoltà siede in qualità di consigliere nel Consiglio di amministrazione della già citata D'Appolonia S.p.a., facente parte del raggruppamento di progettisti di cui si è avvalsa G.L.F.;
- un altro docente del Dipartimento incaricato della verifica (il prof. Andrea Del Grosso) è stato vice presidente del Consiglio di amministrazione di D'Appolonia.

Tali rilievi sono già stati motivatamente disattesi con l'ordinanza n. 302 del 24 agosto 2012.

E' opportuno, però, farvi un ulteriore cenno al fine di escludere che possa, in alcun modo, essere posta in dubbio l'imparzialità dei verificatori.

Le situazioni evidenziate dalle controinteressate appaiono del tutto prive di consistenza ove si abbia riguardo al fatto che:

- il rapporto di collaborazione con l'Università di Genova non ha coinvolto il Dipartimento incaricato della verifica, ma un'altra

struttura della Facoltà di ingegneria (il Dipartimento di ingegneria della produzione, termoenergetica e modelli matematici, peraltro successivamente soppresso), composto da altri docenti e avente competenze diverse dal primo;

- le situazioni di pretesa incompatibilità derivanti dalla partecipazione, attuale o passata, di alcuni docenti di ingegneria al Consiglio di amministrazione di D'Appolonia riguardano soggetti terzi, non coloro che hanno effettuato la verifica né il responsabile del Dipartimento che ha designato il verificatore.

Si tratta, perciò, di circostanze affatto inidonee a scalfire la posizione dell'organismo verificatore e dei singoli docenti che hanno espletato l'incombente, tutti perfettamente estranei alle parti del giudizio.

Ne è consapevole, d'altronde, la difesa erariale che ha affidato l'incarico di consulente tecnico di parte ad un altro docente dello stesso Dipartimento: l'ing. Antonio Brencich.

7.7.2) Entrambe le parti resistenti hanno formulato contestazioni relative alle modalità con cui è stata condotta la verifica, asseritamente tali da non consentire un sufficiente contraddittorio con i consulenti tecnici di parte.

Anche questa critica si appalesa ingiustificata, poiché i verificatori hanno svolto due riunioni (il 10 e il 24 settembre 2012) con la partecipazione di tutti i consulenti di parte i quali, nella seconda occasione, avrebbero anche dato vita ad un "interessante confronto tecnico" fra le rispettive tesi; gli stessi consulenti, in ogni caso, erano stati richiesti di produrre memorie tecniche i cui contenuti sono stato debitamente presi in considerazione dai verificatori.

Un ulteriore ampliamento del confronto fra i tecnici delle parti e gli ausiliari del giudice, oltre che non necessario, sarebbe risultato

inconciliabile con la ristrettezza dei tempi assegnati per l'espletamento dell'incarico, producendo altresì una dilatazione processuale incompatibile con il carattere di urgenza delle opere che le stesse parti resistenti hanno più volte sottolineato.

Senza dimenticare, infine, che è stata dedicata un'apposita udienza all'audizione dei verificatori e che, in tale occasione, i difensori delle parti e i rispettivi consulenti tecnici hanno avuto modo di controdedurre, pur nel rispetto della sinteticità imposta dalle esigenze processuali, alle considerazioni svolte dai primi.

7.8) Nel merito, le valutazioni formulate dai verificatori offrono, attraverso un percorso argomentativo chiaro e coerente, conferma della fondatezza dei rilievi critici mossi dalle ricorrenti.

7.8.1) In via preliminare, essi hanno provveduto ad individuare i caratteri essenziali del progetto definitivo posto a base di gara, circoscrivendoli ai seguenti aspetti:

- a) "che la portata di progetto di 850 m³/s possa defluire con franco libero di 1 m nella configurazione definitiva di progetto a seguito della totale realizzazione di tutti gli interventi previsti";
- b) "che la portata 500 m³/s possa defluire con franco libero di 1 m nella configurazione conseguente alla completa realizzazione del progetto fino al 2° Lotto 2° Stralcio";
- c) "il rispetto delle dimensioni totali dell'alveo, la sua collocazione spaziale ed il suo tracciato globale".

In buona sostanza, i verificatori hanno logicamente ritenuto che - trattandosi di un'opera complessa ma avente natura sostanziale di sistemazione idraulica - i caratteri essenziali del progetto definitivo andassero individuati nei soli aspetti idraulici, cosicché le proposte migliorative afferenti gli aspetti strutturali delle opere non potevano, per

loro natura, risultare idonee a configurare varianti sostanziali al progetto.

Ciò conferma l'irrazionalità dell'impostazione, fatta propria dalla Commissione giudicatrice, che identifica nelle soluzioni previste per le opere di sostegno "l'idea progettuale centrale e più importante" ai fini della qualificazione di un intervento che configura un'opera di sistemazione idraulica, dichiaratamente rivolta alla "salvaguardia della vita umana attraverso la riduzione del rischio idraulico" (cfr. art. 3, comma 2, dell'accordo di programma).

Precisano i verificatori, in conseguenza, che "tutti i punti che rientrano nelle migliorie da suggerire rispetto al PbG" (ossia tutti gli elementi indicati al punto D, lettere B1)-B6), del disciplinare di gara) "non sono da considerare quali fattori che possono alterare i caratteri essenziali del progetto definitivo".

7.8.2) Su questi presupposti, i verificatori hanno proceduto all'analisi delle offerte tecniche dei ricorrenti, precisando, per quanto riguarda gli aspetti strutturali, che le parti in elevazione dell'opera non possono individuarne i caratteri essenziali, a meno che "le loro alterazioni non modifichino il tracciato e la sezione d'alveo o non garantiscano il transito dei carichi utili previsti".

Questi effetti non sono riscontrabili nelle soluzioni tecniche proposte dai ricorrenti (e neppure dal raggruppamento aggiudicatario), giudicate "tali da non alterare caratteri essenziali del PbG che risulta sempre soddisfatto sia nella funzione di copertura dell'alveo in sotterraneo sia in quella di garantire le portate utili richieste dal traffico in superficie".

Concludono i verificatori nel senso che le proposte dei ricorrenti, pur contemplando tecniche esecutive diverse, garantiscono le finalità delle opere in elevazione, senza intaccare i caratteri essenziali del progetto

definitivo.

7.8.3) Considerazioni in buona parte analoghe sono svolte con riguardo agli aspetti geotecnici delle opere, anch'essi considerati inadeguati per loro natura a connotare caratteri essenziali del progetto definitivo, tanto più che la stessa *lex specialis*, con la previsione di cui al punto D, lettera B2), del disciplinare di gara, incentivava la presentazioni di migliorie sotto tale profilo, mediante la previsione dell'attribuzione di punteggi incrementali.

Indifferenti sono anche le diverse soluzioni tecnico-costruttive previste per la realizzazione delle "barriere di schermatura": precisano i verificatori, a tale riguardo, come la tipologia del *jet grouting* debba considerarsi equivalente a quelle previste dal progetto definitivo, purché una consapevole progettazione ed esecuzione permetta di raggiungere in concreto la finalità prefissata.

7.8.4) Sulla scorta di tali considerazioni, è già possibile formulare una diagnosi di illegittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara, nella parte in cui si riferisce all'offerta di PA.MO.TER, siccome determinata da variazioni relative ad una tipologia di lavori (le opere di sostegno) che, per le ragioni indicate dai verificatori, non potevano essere considerate idonee ad individuare i caratteri essenziali del progetto.

La contestata esclusione, pertanto, si appalesa erronea ed illogica in quanto le soluzioni innovative proposte dal raggruppamento ricorrente, impropriamente qualificate alla stregua di varianti, non erano soltanto ammesse dalla legge di gara, ma si rendevano necessarie nella logica del confronto concorrenziale voluto dalla stazione appaltante e, come tali, comportavano l'attribuzione di apposito punteggio secondo le previsioni di cui al punto D.B2 del disciplinare di gara.

Fermo restando, con riferimento alla censura di disparità di trattamento introdotta con i motivi aggiunti di ricorso, che anche il raggruppamento aggiudicatario avrebbe introdotto “una variazione strutturale al progetto definitivo”, non rilevata dalla Commissione giudicatrice, attraverso la previsione di “una riduzione dello spessore di soletta”, da considerarsi, tuttavia, “migliorativa se vista in relazione all’utilizzo di materiali maggiormente performanti ed al tempo di esecuzione”.

7.8.5) Nel caso di G.L.F., la Commissione giudicatrice ha anche individuato una variante interessante agli aspetti idraulici dell’opera (gli unici idonei, in linea di principio,, a configurare caratteri essenziali del progetto definitivo), consistente nello spostamento del setto centrale di 50 cm, con la conseguenza che le due canne (fornici) centrali non avrebbero più uguale larghezza di 11,90 m., ma rispettivamente di 11,40 m. e 12,40 m.

Ritengono i verificatori, però, che anche tali modifiche non abbiano inciso su aspetti essenziali del progetto, trattandosi di specificità delle quali si dovrebbe tener conto, eventualmente, in sede di attribuzione del punteggio.

Anche per quanto concerne l’offerta di G.L.F., pertanto, le conclusioni rassegate dai verificatori ne confermano la coerenza, quanto agli aspetti essenziali, con il progetto definitivo posto a base di gara.

7.9) Il lavoro degli ausiliari del giudice è stato fatto oggetto di aspre critiche da parte della difesa erariale e delle controinteressate, volte alla contestazione sia dei presupposti come sopra delineati, sia delle conclusioni che ne sono state tratte dai verificatori.

Nonostante l’ampiezza e il grado di approfondimento di tali rilievi, essi non paiono in grado di rivelare l’esistenza di alcun errore metodologico atto ad inficiare i risultati della verifica ovvero a suggerire

l'opportunità di ulteriori approfondimenti istruttori.

In aderenza alle conclusioni rassegnate dai verificatori, deve essere dichiarata, pertanto, l'illegittimità delle avversate esclusioni dalla gara, siccome fondate sulla valorizzazione di aspetti tecnici inidonei a configurare caratteri essenziali del progetto definitivo, con il risultato che soluzioni tecniche aventi natura e consistenza di semplici proposte migliorative, come tali ammesse (anzi incentivate) dalla legge di gara, sono state arbitrariamente qualificate alla stregua di inammissibili varianti.

L'eccessivo rigore della Commissione giudicatrice (o, meglio, l'erroneità delle decisioni assunte da tale organo) spiegano, di fatto, l'inusuale esito penalizzante dell'attività valutativa, con l'esclusione di dieci offerte sul totale delle sedici presentate e la conseguente sensibile contrazione dell'ampiezza del confronto concorrenziale relativo ad un appalto di primario rilievo economico.

7.10) Rimane solo da riferire che i verificatori, forse estendendo l'indagine al di là di quanto strettamente richiesto dal quesito loro affidato, hanno anche segnalato pretese contraddittorie intrinseche del progetto definitivo posto a base di gara.

In particolare, essi avrebbero accertato l'esistenza di un'incongruenza tra la relazione di calcolo idraulico allegata al progetto definitivo e le situazioni ivi rappresentate graficamente, in conseguenza del fatto che il primo documento non avrebbe tenuto conto del restringimento delle canne laterali determinato dalla realizzazione di una precedente variante in fase esecutiva, con il risultato che la sezione idraulica prevista dal progetto non corrisponderebbe a quella del tratto già realizzato.

Sul piano formale, ciò comporterebbe altresì che le offerte tecniche delle ricorrenti (ma anche quella del raggruppamento aggiudicatario)

l'opportunità di ulteriori approfondimenti istruttori.

In aderenza alle conclusioni rassegnate dai verificatori, deve essere dichiarata, pertanto, l'illegittimità delle avversate esclusioni dalla gara, siccome fondate sulla valorizzazione di aspetti tecnici inidonei a configurare caratteri essenziali del progetto definitivo, con il risultato che soluzioni tecniche aventi natura e consistenza di semplici proposte migliorative, come tali ammesse (anzi incentivate) dalla legge di gara, sono state arbitrariamente qualificate alla stregua di inammissibili varianti.

L'eccessivo rigore della Commissione giudicatrice (o, meglio, l'erroneità delle decisioni assunte da tale organo) spiegano, di fatto, l'inusuale esito penalizzante dell'attività valutativa, con l'esclusione di dieci offerte sul totale delle sedici presentate e la conseguente sensibile contrazione dell'ampiezza del confronto concorrenziale relativo ad un appalto di primario rilievo economico.

7.10) Rimane solo da riferire che i verificatori, forse estendendo l'indagine al di là di quanto strettamente richiesto dal quesito loro affidato, hanno anche segnalato pretese contraddittorie intrinseche del progetto definitivo posto a base di gara.

In particolare, essi avrebbero accertato l'esistenza di un'incongruenza tra la relazione di calcolo idraulico allegata al progetto definitivo e le situazioni ivi rappresentate graficamente, in conseguenza del fatto che il primo documento non avrebbe tenuto conto del restringimento delle canne laterali determinato dalla realizzazione di una precedente variante in fase esecutiva, con il risultato che la sezione idraulica prevista dal progetto non corrisponderebbe a quella del tratto già realizzato.

Sul piano formale, ciò comporterebbe altresì che le offerte tecniche delle ricorrenti (ma anche quella del raggruppamento aggiudicatario)

dovrebbero essere considerate tutte inammissibili se valutate alla stregua dei dati contenuti nella relazione idraulica allegata al progetto (e tale considerazione rende ragione delle apparenti contraddizioni letterali che figurano nella parte conclusiva della relazione di verifica).

Il Collegio non è chiamato a pronunciarsi su tali aspetti in quanto estranei alle motivazioni dell'esclusione e, quindi, all'oggetto della controversia.

Tuttavia, considerando la rilevanza della problematica sollevata dai verificatori, soprattutto per le implicazioni in tema di rispetto del franco di sicurezza, si è ritenuto di doverne fare menzione (come già avvenuto in occasione dell'udienza pubblica del 13 dicembre 2012) perché l'amministrazione ne tenga debito conto e, ove del caso, possa rimediare alle criticità rilevate mediante l'esercizio dei poteri di autotutela.

8) Per le ragioni esposte ai punti 6) e 7), vanno dichiarati illegittimi e conseguentemente annullati gli atti del procedimento di gara impugnati con i ricorso introduttivi, dalla nomina della Commissione giudicatrice all'aggiudicazione provvisoria.

8.1) L'invalidità di tali atti comporta, in via derivata, l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva, impugnato da entrambe le ricorrenti con motivi aggiunti e anch'esso soggetto alla statuizione giudiziale di annullamento.

8.2) Quanto all'impugnativa del provvedimento commissariale in data 19 luglio 2012, con cui era stato disposto l'avvio della procedura per la stipulazione del contratto con il raggruppamento aggiudicatario, ne va confermata (come già rilevato in sede cautelare) l'inammissibilità, stante la natura meramente endoprocedimentale di tale determinazione, come tale inidonea a produrre alcuna definitiva lesione degli interessi delle concorrenti escluse dalla gara.

8.4) Non vi è luogo, infine, a provvedere sulle domande volte alla declaratoria di inefficacia e al subentro nel contratto, atteso che, nelle more del giudizio, l'amministrazione appaltante non ha ritenuto di dare luogo alla stipulazione dello stesso.

9) Rimane da provvedere in ordine alle spese di lite e della verifica.

9.1) Le spese del grado di giudizio seguono la soccombenza e, tenendo conto della complessità della controversia e dell'impegno defensionale richiesto, possono essere forfetariamente liquidate nell'importo di euro seimila, oltre IVA e accessori di legge, per ognuno dei due giudizi, da porsi nella misura di due terzi a carico dell'Amministrazione resistente e di un terzo a carico delle controinteressate.

Anche l'obbligo di rimborso del contributo unificato viene posto a carico delle parti processuali soccombenti nella suddetta misura percentuale.

9.2) Per quanto riguarda l'attività prestata dai verificatori, l'art. 66, comma 4, c.p.a., prevede che si applichino "le tariffe stabilite dalle disposizioni in materia di spese di giustizia, ovvero, se inferiori, quelle eventualmente stabilite per i servizi resi dall'organismo verificatore".

L'ing. Roberto Passalacqua, con istanza depositata al termine della verifica, ha indicato per sé e per gli altri due docenti che lo hanno affiancato nelle operazioni peritali la somma complessiva di € 10.500, oltre IVA e contributi previdenziali.

Tale importo, che appare *prima facie* congruo in rapporto alla complessità dell'incarico affidato agli ausiliari del giudice, è stato correttamente determinato sulla base delle percentuali indicate, per le perizie e le consulenze tecniche in materia di opere idrauliche, dall'art. 11 del d.M. giustizia 30 maggio 2002.

Tenendo conto delle difficoltà poste dalle indagini compiute dai

verificatori, è certamente riconoscibile l'incremento richiesto nella misura del venti per cento, ampiamente contenuto entro il limite previsto dall'art. 52, comma 1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

Il trascurabile ritardo con cui l'incarico è stato assolto, rispetto al termine inizialmente fissato dal Tribunale, appare giustificato dalla complessità delle questioni affrontate e non rende applicabile la riduzione prevista dal comma 2 del citato art. 52.

In definitiva, deve essere liquidato all'ing. Roberto Passalacqua, all'ing. Stefano Podestà e all'ing. Giorgio Roth l'importo di € 3.500 cadauno, oltre Iva e accessori, e il relativo obbligo va posto a carico delle parti processuali soccombenti nelle già definite percentuali di due terzi per l'Amministrazione e di un terzo per le controinteressate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, previamente riuniti, e sui motivi aggiunti, li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Amministrazione resistente e la parte controinteressata al pagamento delle spese del grado di giudizio e della verifica, liquidate come da motivazione.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Paolo Peruggia, Consigliere

Richard Goso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/02/2013

IL SEGRETARIO

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

