N. 00774/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00134/2014 REG.RIC.

N. 00057/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 57 del 2014, proposto da:
CO.S.PE.F. S.r.l. a socio unico, in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Submarine S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Inglese e Giovanni Olivieri, con domicilio eletto presso gli stessi difensori nel loro studio in Genova, via alla Porta degli Archi, 3/16A;

contro

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Genova, viale Brigate Partigiane, 2;

nei confronti di

C.E.M. S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Gianluca Caporaso, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandro Della Valle nel suo studio in Genova, via Ceccardi, 1/12;

sul ricorso numero di registro generale 134 del 2014, proposto da:
Geoconsult Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Veronese, Erica Masala e Luigi Cocchi, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Cocchi nel suo studio in Genova, via Macaggi, 21/5;

contro

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria ex lege in Genova, viale Brigate Partigiane, 2;

nei confronti di

C.E.M. S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Gianluca Caporaso, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandro Della Valle nel suo studio in Genova, via Ceccardi, 1/12;
CO.S.PE.F. S.r.l. a socio unico, in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Submarine S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Inglese e Giovanni Olivieri, con domicilio eletto presso gli stessi difensori nel loro studio in Genova, via alla Porta degli Archi, 3/16A;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 57 del 2014:

del decreto del Provveditore interregionale alle opere pubbliche per la Lombardia e la Liguria n. 11091 del 25/11/2013, comunicato con nota 6/12/2013, prot. n. 9632, recante aggiudicazione provvisoria e definitiva alla controinteressata C.E.M. S.p.a. della procedura aperta per l'affidamento della "progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di prolungamento del molo sopraflutto del porto di Camogli (GE) – Codice gara M004/2013";

della suddetta nota del Provveditorato 6/12/2013, prot. n. 9632;

dei verbali di gara;

di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente,

nonché per l'accertamento e la declaratoria di inefficacia

del contratto di appalto che venisse eventualmente stipulato tra il Provveditorato interregionale alle OO.PP. e la controinteressata C.E.M. S.p.a.

e per l'accertamento e la declaratoria

del diritto della ricorrente alla stipula del contratto e/o al subentro nel contratto medesimo;

quanto al ricorso n. 134 del 2014:

del provvedimento del Provveditore 25 novembre 2013, n. 11091, notificato alla ricorrente a mezzo fax in data 6 dicembre 2013, con cui è stata aggiudicata definitivamente a C.E.M. S.p.a. la gara per l'affidamento a corpo tramite procedura aperta della progettazione ed esecuzione dei lavori di prolungamento del molo sopraflutto del porto di Camogli (GE);

della comunicazione di aggiudicazione definitiva *ex* art. 79, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 163/2006, 6 dicembre 2013, n. 9632;

dei verbali di gara del 24 ottobre, 4 novembre e 20 novembre 2013;

dei decreti del Provveditore 11 ottobre 2013, n. 9529, e 15 ottobre 2013, n. 9681;

di qualsivoglia altro atto connesso per presupposizione o consequenzialità,

nonché per la dichiarazione di inefficacia

del contratto d'appalto che dovesse essere stipulato tra l'Amministrazione resistente e C.E.M. S.p.a.,

e per la condanna

dell'Amministrazione resistente all'aggiudicazione alla ricorrente ed alla consequenziale stipulazione del contratto con la stessa e, solo in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e delle imprese controinteressate;

Visti i ricorsi incidentali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2014 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. del 26 agosto 2013, il Provveditorato interregionale alle opere pubbliche per la Lombardia e la Liguria ha indetto una procedura aperta di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dell'appalto integrato avente ad oggetto la redazione del progetto esecutivo e la realizzazione dei lavori di prolungamento del molo sopraflutto del porto di Camogli, per un importo complessivo di € 3.245.000.

Il disciplinare di gara prevedeva i seguenti criteri di valutazione delle offerte: prezzo (massimo 20 punti), valore tecnico (massimo 75 punti) e tempo di esecuzione dei lavori (massimo 5 punti).

Per l'attribuzione del punteggio relativo al valore tecnico, erano previsti i seguenti sub-criteri e sub-punteggi: organizzazione del cantiere (massimo 15 punti); organizzazione dell'impresa e gestione della commessa (massimo 20 punti); ottimizzazione della configurazione della mantella atta a migliorare la durabilità delle opere, a ridurre il costo di manutenzione e ridurre la tracimazione anche mediante l'utilizzo di massi artificiali (massimo 40 punti).

Venivano presentate nove offerte.

All'esito delle operazioni di gara, l'appalto era definitivamente aggiudicato, con provvedimento del 25 novembre 2013, all'impresa C.E.M. S.p.a. che aveva conseguito complessivi 69 punti (51 per l'offerta tecnica, 17 per l'offerta economica e 1 per il tempo di esecuzione dei lavori).

Al secondo posto della graduatoria si classificava il raggruppamento formato da CO.S.PE.F. S.r.l. e Submariner S.r.l., con 68 punti (53 per l'offerta tecnica, 14 per l'offerta economica e 1 per il tempo di esecuzione dei lavori).

Sotto il profilo economico, la differenza fra le due offerte ammontava a circa 500.000 euro: l'aggiudicataria, infatti, aveva proposto un ribasso del 26,333% (prezzo complessivo a corpo pari a € 2.283.681,86); la seconda classificata un ribasso del 10,147%, (prezzo complessivo a corpo pari a € 2.785.446,57).

Al terzo posto della graduatoria, si classificava l'impresa Geoconsult Costruzioni S.r.l. che aveva cumulato 60 punti (45 per l'offerta tecnica, 14 per l'offerta economica e 1 per il tempo di esecuzione dei lavori).

Il raggruppamento classificatosi al secondo posto della graduatoria, dopo aver presentato un preavviso di ricorso rimasto privo di riscontro, ha impugnato l'aggiudicazione della gara con ricorso giurisdizionale notificato il 7 gennaio 2014 e depositato il successivo 17 gennaio (r.g. n. 57 del 2014).

Parte ricorrente, che ha presentato anche domanda di inefficacia e di subentro nel contratto eventualmente stipulato, contesta sia l'ammissione alla gara della controinteressata (per asserita violazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici e della *par condicio* tra i concorrenti) sia la legittimità dell'aggiudicazione (per l'ingiusta sopravvalutazione dell'offerta di controparte).

In data 21 gennaio 2014, la ricorrente ha depositato una memoria difensiva con cui argomenta nel senso della sussistenza della competenza territoriale dell'adito T.A.R. Liguria.

Si costituiva formalmente in giudizio l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Genova, in rappresentanza dell'intimato Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Il ricorso è stato chiamato all'udienza camerale del 23 gennaio 2014, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente, all'esito della quale, con ordinanza n. 36 in pari data, è stata fissata l'udienza per la sollecita definizione del giudizio di merito.

Nel prosieguo, si è costituita in giudizio anche l'impresa C.E.M. S.p.a., aggiudicataria della gara.

L'Avvocatura dello Stato ha depositato una memoria difensiva, con cui contrasta nel merito la fondatezza del ricorso.

In data 21 febbraio 2014, la controinteressata ha depositato una memoria difensiva (contenenti eccezioni sia di rito sia di merito) e contestuale ricorso incidentale (teso a contestare la legittimità dell'ammissione alla gara dell'offerta della ricorrente principale).

Parte ricorrente ha depositato un'articolata memoria conclusionale nonché note di replica.

Il ricorso, infine, è stato chiamato alla pubblica udienza del 20 marzo 2014 e, previa trattazione orale, è stato ritenuto in decisione.

L'esito della gara d'appalto è stato contestato anche dalla terza classificata Geoconsult Costruzioni S.r.l., con ricorso proposto dapprima dinanzi al T.A.R. Lombardia, Milano, e successivamente riassunto dinanzi a questo T.A.R. (r.g. n. 134 del 2014).

Geoconsult propone plurime censure di legittimità, con riferimento sia alla regolarità della procedura concorrenziale sia a pretese carenze delle prime due offerte classificate che, a suo avviso, ne avrebbero imposto l'esclusione dalla gara, conclusivamente instando per l'annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione dell'appalto e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e conseguente subentro nel medesimo ovvero, in subordine, per la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento dei danni per equivalente

Le controparti hanno assunto una posizione speculare a quella del primo giudizio.

La difesa erariale contrasta nel merito la fondatezza delle pretese di parte ricorrente.

C.E.M. S.p.a. ha proposto ricorso incidentale e, nel contesto dello stesso atto difensivo, ha preso posizione nel senso dell'inammissibilità e dell'infondatezza del ricorso principale.

Anche la mandataria del raggruppamento secondo classificato, infine, si è costituita in giudizio per opporsi all'accoglimento del ricorso.

All'udienza camerale del 19 febbraio 2014, i difensori intervenuti per la parti hanno chiesto che fosse sollecitamente fissata l'udienza di trattazione del merito, previa unanime rinuncia ai termini a difesa e, per quanto concerne la ricorrente principale, rinuncia all'istanza cautelare incidentalmente proposta con l'atto introduttivo del giudizio.

Il ricorso, quindi, è stato chiamato alla pubblica udienza del 20 marzo 2014 e, previa trattazione orale, è stato ritenuto in decisione.

In pari data, è stato pubblicato, per entrambi i giudizi, il dispositivo di sentenza n. 434/2014.

DIRITTO

1) In via preliminare, vanno riuniti d'ufficio, ai sensi dell'art. 70 cod. proc. amm., i ricorsi giurisdizionali in trattazione che, concernendo la medesima gara d'appalto, sono connessi dal punto di vista oggettivo nonché, parzialmente, da quello soggettivo.

2) Sebbene nessuna delle parti costituite abbia eccepito l'incompetenza territoriale dell'adito T.A.R. Liguria, è opportuno soffermarsi brevemente sul relativo presupposto processuale.

Nei giudizi in esame, infatti, si verifica un conflitto potenziale fra i criteri di collegamento previsti dal codice del processo amministrativo.

Essendo stati impugnati gli atti di gara adottati da un organo periferico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, dovrebbe riconoscersi, in base al criterio della sede dell'autorità emanante (art. 13, comma 1, primo periodo, cod. proc. amm.), la competenza del T.A.R. Lombardia, ossia dell'organo giurisdizionale nella cui circoscrizione ha sede il Provveditorato interregionale alle opere pubbliche per la Lombardia e la Liguria.

Il criterio dell'efficacia spaziale (art. 13, comma 1, secondo periodo, cod. proc. amm.) porta a riconoscere, invece, la competenza del T.A.R. Liguria, cioè del Tribunale nel cui ambito territoriale dovrà essere realizzata l'opera pubblica cui si riferiscono gli impugnati atti di gara.

A tale riguardo, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha recentemente precisato che il criterio ordinario o principale è rappresentato dalla sede dell'autorità amministrativa cui fa capo l'esercizio

del potere oggetto della controversia; tale criterio, tuttavia, è sostituito da quello inerente agli effetti "diretti" dell'atto qualora essi si esplichino in luogo compreso nella circoscrizione territoriale di uno specifico Tribunale amministrativo regionale (Ad. plen., ordinanze nn. 3 e 4 del 4 febbraio 2013).

Per determinare la sfera di efficacia dei provvedimenti impugnati, riguardanti la progettazione e l'esecuzione di una specifica opera pubblica, rileva ovviamente l'ambito territoriale nel quale la stessa dovrà essere realizzata (Cons. Stato, sez. IV, 31 luglio 2009, n. 4821).

L'applicazione di tali principi conduce ad affermare la competenza dell'adito T.A.R. Liguria, poiché gli effetti immediati e diretti dei provvedimenti impugnati, concernenti la progettazione e l'esecuzione dei lavori di prolungamento del molo sopraflutto del porto di Camogli (in provincia di Genova), sono destinati ad esaurirsi nel delimitato e circoscritto ambito territoriale nel quale sarà realizzata detta opera pubblica.

Ad identica conclusione è pervenuto, d'altronde, il T.A.R. Lombardia, Milano, originariamente adito con il ricorso di Geoconsult Costruzioni S.r.l., che, con ordinanza della prima Sezione n. 347 del 30 gennaio 2014, ha declinato la propria competenza, indicando quale giudice territorialmente competente il T.A.R. Liguria.

3) Tanto precisato, può procedersi allo scrutinio del primo ricorso (r.g. n. 57 del 2014), proposto dal raggruppamento classificatosi al secondo posto della graduatoria finale.

Secondo i principi affermati da un consolidato orientamento giurisprudenziale (del tutto recentemente ribaditi da Ad. plen. n. 9 del 25 febbraio 2014), dovrebbe essere esaminato con priorità il ricorso incidentale "escludente" proposto dall'impresa aggiudicataria, poiché fondato su censure che sollevano un'eccezione di carenza di legittimazione della ricorrente principale in quanto mandataria di un raggruppamento che, in ipotesi, avrebbe dovuto essere escluso dalla gara d'appalto.

La ricorrente incidentale afferma, infatti, che l'offerta del raggruppamento CO.S.PE.F. avrebbe dovuto essere esclusa in quanto, in violazione dello specifico divieto posto dal bando, aveva previsto un rialzo rispetto al prezzo posto a base di gara.

Più precisamente, la percentuale di ribasso proposta dal raggruppamento (10,147%) sconterebbe errori di calcolo per effetto dei quali il prezzo di trasporto dei massi naturali deve ritenersi sensibilmente maggiore di quanto dichiarato, traducendosi in rialzo complessivo del 1,34%.

Con una seconda censura di legittimità, la ricorrente incidentale sostiene che l'offerta di controparte avrebbe comunque dovuto essere esclusa in quanto manifestamente inattendibile, sia a causa dell'errore di calcolo su accennato sia perché affetta da altre gravi incongruità o carenze (non vi è indicato il costo del nolo della nave per il trasporto dei massi naturali; tale nave non avrebbe le caratteristiche tecniche necessarie allo scopo, come anche le gru che si prevede di utilizzare per lo spostamento dei massi; ecc.).

La natura di tali rilievi, non implausibilmente argomentati, implica, però, l'esigenza di approfondimenti istruttori (consulenza tecnica d'ufficio o verificazione) che comporterebbero un'inevitabile dilatazione dei tempi del processo.

Considerando che analoghe problematicità non si manifestano per lo scrutinio del ricorso principale, si ritiene conseguentemente, per ragioni di economia processuale, di dover procedere con priorità al vaglio di quest'ultimo.

Anche l'orientamento giurisprudenziale recentemente confermato da Ad. plen. n. 9/2014 valorizza, d'altronde, tali esigenze di economia processuale, ammettendo l'esame prioritario del ricorso principale che risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile.

4) L'impresa controinteressata eccepisce preliminarmente l'inammissibilità del ricorso principale, per mancato superamento della prova di resistenza e per omessa impugnazione del silenzio diniego formatosi a seguito della presentazione del preavviso di ricorso *ex* art. 243 *bis* del codice dei contratti pubblici.

Entrambe le eccezioni sono infondate.

4.1) La prima di esse appare *prima facie* inconsistente, ove si abbia riguardo alla minima differenza di punteggio che separava le due offerte nella graduatoria finale (un solo punto che, tenendo conto dei decimali, si ridurrebbe ad un divario ancora inferiore) e della natura della censura proposta con il terzo motivo del ricorso principale, tesa a contestare proprio l'entità dei punteggi attribuiti alle due offerte.

Essa non varrebbe, in ogni caso, a dimostrare l'inammissibilità del ricorso contenente (primo e secondo motivo) anche censure intese a dimostrare che l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura concorrenziale.

4.2) Per quanto concerne la seconda eccezione, è sufficiente richiamare il consolidato e pacifico orientamento giurisprudenziale, secondo il quale il meccanismo previsto dall'art. 243 *bis* del d.lgs. n. 163/2006 non dà luogo ad un procedimento contenzioso o paracontenzioso a tutela di una posizione giuridica soggettiva, cosicché dall'inerzia sull'informativa non deriva alcun onere di impugnazione in capo al ricorrente (cfr., *ex multis*, Cons.Stato, sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712).

5) Con il primo motivo di gravame, la ricorrente principale denuncia la violazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

La censura fa riferimento alla posizione del signor Leopoldo Sena, procuratore speciale di C.E.M. S.p.a. con poteri in materia di affidamento ed esecuzione di lavori pubblici, il quale avrebbe omesso di rendere la dichiarazione inerente all'insussistenza di precedenti pregiudizievoli richiesta a pena di esclusione anche dal disciplinare di gara.

5.1) La difesa di controparte eccepisce che la procura in questione non poteva ritenersi rilevante in quanto revocata con atto del 6 novembre 2012.

Tale circostanza non ha, tuttavia, carattere dirimente, poiché la revoca è intervenuta entro l'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara (avvenuta il 26 agosto 2013).

In relazione al mero dato temporale, perciò, il procuratore in questione andrebbe potenzialmente annoverato tra i soggetti che, anche se già cessati dalla carica, erano ugualmente tenuti a rendere la dichiarazione.

5.2) Occorre accertare, pertanto, se il signor Leopoldo Sena, in relazione all'incarico già svolto nella compagine aziendale, fosse effettivamente tenuto a rendere la dichiarazione *de qua* (e, in caso affermativo, quali fossero le conseguenze dell'omissione).

In generale, la posizione dei procuratori speciali è stata recentemente esaminata, in presenza di orientamenti giurisprudenziali non univoci, dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 23 del 16 ottobre 2013.

Premesso che il dato letterale dell'art. 38, comma 1, lett. c), codice dei contratti pubblici, collega la causa di esclusione dalla gara per mancanza dei requisiti di moralità e di affidabilità agli amministratori muniti del potere di rappresentanza (oltre che al direttore tecnico), la Plenaria si è soffermata sulla figura del procuratore *ad negotia* il quale, a differenza degli amministratori, rappresenta una figura eventuale e non necessaria nell'assetto istituzionale delle società di capitali.

Il procuratore, di regola, deriva il proprio potere dalla volontà degli amministratori e opera di massima nell'interesse societario per un oggetto limitato, soggiacendo al controllo del soggetto che ha conferito la procura.

Ciò premesso, "nella modulazione degli assetti societari la prassi mostra tuttavia l'emersione, in talune ipotesi, di figure di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori".

"Anche in questo caso", prosegue la sentenza citata, "si pone l'esigenza di evitare, nell'ottica garantista dell'art. 38, comma 1, lett. c), che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale, che si giovino dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza".

L'opzione illustrata aderisce, pertanto, ad un'interpretazione sostanzialistica della figura in parola che implica, come espressamente precisato dalla Plenaria, la sua equiparazione all'amministratore di fatto *ex* art. 2639, comma 1, cod. civ., inteso quale soggetto cui sono attribuite funzioni gestorie caratterizzate da sistematicità e completezza.

5.3) La posizione del signor Leopoldo Sena si discostava ampiamente dal modello sopra delineato.

Infatti, come si evince dalla visura camerale in atti, la delega conferitagli (comunque revocata prima che fosse indetta la gara *de qua*) comportava la facoltà di:

- "presentare osservazioni, anche da inserirsi a verbale, in nome e per conto della Società, in corso di esperimenti di gare ed **appalti**";

- "eseguire sopralluoghi e visionare gli elaborati per la partecipazione a gare d'appalto";

- "prendere in consegna i lavori, proporre e discutere nuovi prezzi, presentare riserve, firmare per accettazione ordini di servizio, firmare verbali di sospensione di ripresa ed ultimazione dei lavori, libretti di misura, registri di contabilità, stati di avanzamento lavori e, in genere, tutti gli atti e documenti, sia contabili che tecnici, relativi all'esecuzione dei lavori, compreso il collaudo";

- "espletare gli atti di ordinaria amministrazione relativi all'esecuzione dei lavori, con firma dei relativi documenti e della corrispondenza";

- "stipulare accordi, contratti o convenzioni con enti pubblici o privati per esigenze logistiche connesse alla esecuzione dei lavori, quali lo spostamento di servizi da parte degli enti gestori ed altri";

- “compiere tutte le formalità relative ai contratti di trasporto quali: lo svincolo e ritiro merci, firme verbali e quanto altro necessario per l’espletamento delle relative pratiche”;

- “compiere tutte le formalità relative allo svincolo e ritiro di pacchi postali”.

Alla luce dell’elencazione sopra trascritta, appare evidente come tale soggetto non fosse affatto munito di poteri generali in materia di affidamento di lavori pubblici, bensì di ben delimitati e circoscritti compiti, prevalentemente concernenti la fase di esecuzione, i quali, nel loro complesso, non potevano certo implicare la capacità di condizionare l’attività e le scelte dell’impresa.

Non ricorrono, pertanto, i presupposti che consentirebbero di equiparare la posizione del procuratore speciale a quella dell’amministratore, con la conseguente insorgenza dell’obbligo dichiarativo previsto dall’art. 38, comma 1, lett. c), del codice dei contratti pubblici.

5.4) Per tali ragioni, la disposizione del disciplinare di gara che imponeva ai “procuratori muniti di poteri inerenti l’affidamento di lavori pubblici” di produrre la dichiarazione *ex* art. 38 cit., a pena di esclusione dalla gara, non poteva essere riferita alla posizione del signor Leopoldo Sena.

Ne consegue l’infondatezza del motivo di ricorso.

6) Con il secondo motivo, l’esponente denuncia la violazione della legge di gara e del principio di *par condicio*, con riferimento alla scelta della Commissione giudicatrice di consentire che C.E.M. S.p.a. sanasse, tramite integrazione documentale, la mancata presentazione da parte del legale rappresentante di alcune dichiarazioni previste dal disciplinare di gara (precisamente di quelle previste ai punti AA 2/d), AA 2/e), 23 e 24).

6.1) Nella prima seduta pubblica del 24 ottobre 2013, infatti, la Commissione giudicatrice aveva accertato la mancanza di tali dichiarazioni e conseguentemente escluso l’offerta di C.E.M. S.p.a. (e di altre due imprese che avevano omesso di produrre le medesime dichiarazioni).

Nella successiva seduta del 4 novembre 2013, la Commissione, constatato che i modelli di autocertificazione predisposti dalla stazione appaltante non comprendevano le dichiarazioni predette, aveva deciso di esercitare il potere di soccorso, consentendo alle imprese escluse di produrre la documentazione mancante.

6.2) Ad avviso delle ricorrenti, tale decisione sarebbe illegittima, poiché lo stesso disciplinare di gara prevedeva che l’utilizzo del modello predisposto dalla stazione appaltante fosse facoltativo e che, nel caso in cui le concorrenti si fossero avvalse di tale facoltà, era necessario integrare o adattare il modello stesso alle prescrizioni del bando.

6.3) A prescindere dai chiarimenti in fatto resi dalle controparti, secondo le quali le dichiarazioni omesse sarebbero state comunque rese con distinta dichiarazione inserita nel plico contenente l’offerta, la tesi di parte ricorrente non appare persuasiva.

Conformandosi al prevalente orientamento giurisprudenziale, infatti, questa Sezione ha già avuto modo di precisare come l’applicazione dei principi in materia di *favor partecipationis* e di tutela dell’affidamento osti all’esclusione dell’impresa che abbia compilato l’offerta in conformità alla modulistica predisposta dalla stazione appaltante (T.A.R. Liguria, sez. II, 11 gennaio 2013, n. 69).

Ne consegue che l’eventuale incongruenza tra il modello di domanda e gli obblighi dichiarativi previsti dalla legge di gara a carico dei concorrenti deve essere imputata alla stazione appaltante che

ha predisposto la modulistica di gara, non potendo certo gravare sull'impresa la quale si è limitata alla puntuale compilazione.

6.4) Tale conclusione non muta nel caso in esame, nonostante la previsione della legge di gara che onerava i concorrenti all'adattamento della modulistica, essendo palesemente contraddittoria la condotta della stazione appaltante la quale, da un lato, mette a disposizione delle imprese appositi facsimile per la presentazione delle offerte e, dall'altro, riconosce preventivamente che gli stessi poterebbero risultare incompleti o non corretti.

A fronte di tali incertezze e ambiguità, del tutto correttamente la Commissione giudicatrice ha consentito alle imprese già escluse di regolarizzare la documentazione di gara, nel senso di integrare le dichiarazioni non presenti nel modello predisposto dalla stazione appaltante.

La decisione in esame, peraltro, non lede neppure in astratto le esigenze di *par condicio*, poiché tutti i concorrenti sono stati posti in condizione di rimediare ad un errore che, in definitiva, era stato provocato dalla stessa stazione appaltante.

7) Le censure dedotte con il terzo e ultimo motivo di ricorso riguardano l'asserita sopravvalutazione dell'offerta aggiudicataria e, per converso, la sottovalutazione dell'offerta del raggruppamento ricorrente.

I rilievi di parte ricorrente si appuntano, in particolare, sul criterio di valutazione B3 ("ottimizzazione della configurazione della mantella atta a migliorare la durabilità delle opere, a ridurre il costo di manutenzione e ridurre la tracimazione anche mediante l'utilizzo di massi artificiali"), relativamente al quale, tenendo conto delle soluzioni concretamente proposte dalle concorrenti, la differenza fra i punteggi attribuiti alle due offerte risulterebbe del tutto illogica.

Ciò varrebbe, in particolare, per le valutazioni formulate da uno dei membri della Commissione (l'ing. Flavio Destefanis), come rivelano i punteggi concretamente attribuiti da tale componente esperto.

7.1) In generale, è appena il caso di rammentare che, per univoco orientamento giurisprudenziale, le valutazioni in ordine al valore tecnico di un'offerta, nell'ambito di una procedura di appalto condotta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione di lata discrezionalità tecnica la quale non può essere sindacata nel merito se non inficiata da profili di manifesta erroneità, illogicità o sviamento.

L'applicazione di questo pacifico principio conduce a rigettare le doglianze di parte ricorrente, non sorrette da argomenti idonei a rivelare alcun profilo di manifesta irragionevolezza o sproporzione delle contestate valutazioni.

7.2) Non può ritenersi illogica, infatti, la scelta di premiare con l'attribuzione di un maggior punteggio l'offerta della controinteressata, nonostante essa prevedesse l'utilizzo di materiali artificiali (massi realizzati in calcestruzzo) per la realizzazione del molo frangiflutti, mentre il raggruppamento ricorrente aveva previsto di utilizzare esclusivamente massi di granito, ossia un materiale di maggior pregio perlomeno sotto il profilo ambientale.

Anche prescindendo dai rilievi della controinteressata (tesi a dimostrare l'inattendibilità dell'offerta del raggruppamento ricorrente, poiché formulata senza tener conto dei costi occorrenti per il trasporto del materiale predetto dalle cave della Sardegna), si rileva come parte ricorrente non abbia

fornito elementi atti a dimostrare che la soluzione proposta della controparte fosse effettivamente (e significativamente) meno valida sotto il profilo tecnico.

La difesa dell'impresa aggiudicataria, al contrario, produce una perizia di parte nella quale si evidenziano i vantaggi che la soluzione prescelta comporta dal punto di vista strutturale, poiché il miglior grado di incastro garantito dagli elementi artificiali assicura una maggiore resistenza contro il moto ondoso e, quindi, più elevate caratteristiche di stabilità.

Per quanto concerne l'aspetto ambientale e paesistico, inoltre, è incontestato che gli elementi in questione saranno utilizzati soltanto per la realizzazione della parte sommersa del molo, non risultando perciò visibili dall'esterno.

7.3) Identiche considerazioni valgono per i criteri B1 e B2, relativamente ai quali il raggruppamento ricorrente ha conseguito, peraltro, un punteggio assai più elevato di quello attribuito alla controinteressata.

7.4) Parte ricorrente, inoltre, sospetta sostanzialmente che la Commissione abbia assunto, particolarmente nelle valutazioni formulate dall'ing. Destefanis, un atteggiamento discriminatorio nei confronti della propria offerta.

Tale ipotesi non è supportata, però, da elementi concreti.

L'attenta lettura dei punteggi attribuiti dai singoli membri della Commissione giudicatrice evidenzia, invece, come le oscillazioni dei giudizi fossero contenute entro limiti fisiologici, non evidenziando *ex se* alcun intento di penalizzare l'offerta di parte ricorrente.

Ne costituisce prova la già ricordata prevalenza dell'offerta del raggruppamento ricorrente in relazione ai criteri di valutazione B1 e B2.

I punteggi attribuiti dall'ing. Destefanis, infine, erano più favorevoli all'aggiudicataria per tutti i criteri, ma una certa difformità di valutazione tra i singoli membri della Commissione costituisce una costante che si riscontra anche per le altre offerte ed appare sintomatica, quindi, di punti di vista differenti che, di per sé, non rivelano alcuna disfunzione del potere valutativo o, tanto meno, un atteggiamento preconcetto favorevole ad un particolare concorrente.

8) Il ricorso n. 57/2014, in conclusione, è infondato e deve essere respinto.

9) Anche nel giudizio introdotto con il ricorso n. 134/2014, proposto dall'impresa classificatasi al terzo posto della graduatoria finale, la controinteressata/aggiudicataria ha presentato un ricorso incidentale di tipo escludente.

Sostiene la difesa di C.E.M. S.p.a. che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara d'appalto perché il direttore tecnico geom. Ferdinando Caldarera aveva omesso di rendere (ovvero aveva reso in modo irregolare) la dichiarazione prevista dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici ed a causa di una situazione di incompatibilità esistente in capo al professionista incaricato della progettazione esecutiva, l'ing. Antonio Ricciardi, in quanto dipendente del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ossia dell'Amministrazione che aveva indetto la gara in questione.

Alla pretesa situazione di incompatibilità dell'ing. Ricciardi, nella sua qualità di dipendente in servizio dell'Amministrazione aggiudicatrice, fa riferimento anche l'unica censura di legittimità dedotta con il ricorso incidentale proposto dal raggruppamento CO.S.PE.F./Submariner.

Dette censure sono infondate in fatto.

9.1) Come si evince dalla documentazione versata in atti dalla ricorrente principale, infatti, il menzionato direttore tecnico ha correttamente reso la dichiarazione concernente le sanzioni penali a suo carico, indicando il decreto penale di condanna applicato nei suoi confronti nel 2009, per violazione delle norme relative all'inquinamento provocato dalle navi, e precisando che il reato era stato dichiarato estinto dal G.I.P. di Genova nel 2012, come da ordinanza allegata alla dichiarazione prodotta alla stazione appaltante.

9.2) Il progettista, invece, risulta essere stato collocato in quiescenza a decorrere dal 31 dicembre 2011 e, da tale data, esercita l'attività di libero professionista.

9.3) Entrambi i ricorsi incidentali, pertanto, sono privi di fondamento e devono essere disattesi.

10) La difesa di C.E.M. S.p.a. eccepisce, anche in questo caso, l'inammissibilità del ricorso principale per mancato superamento della prova di resistenza.

L'inconsistenza dell'eccezione appare evidente ove si consideri che le censure dedotte dalla ricorrente principale sono volte, in parte, a contestare l'esistenza dei requisiti di ammissione in capo alle due imprese che la precedono in graduatoria e, in altra parte, a travolgere l'intera procedura di gara.

11) Può procedersi, pertanto, allo scrutinio del primo motivo del ricorso principale, con cui l'esponente sostiene che le offerte delle controinteressate avrebbero dovuto essere escluse entrambe dalla gara in quanto, in violazione dell'obbligo asseritamente previsto dagli artt. 86, comma 3 *bis*, e 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici, non avevano indicato gli oneri di sicurezza "aziendali".

Precisa la ricorrente che tale indicazione sarebbe doverosa (e necessariamente sanzionata con l'esclusione dalla gara) anche qualora la legge di gara non detti, come nel caso in esame, una specifica prescrizione al riguardo.

A differenza delle controinteressate, la ricorrente ha indicato nella propria offerta i costi aziendali relativi alla sicurezza, quantificandoli nell'importo di € 10.000.

11.1) Prima di entrare nel merito della questione, è opportuno sottolineare come nessuna disposizione in tema di **appalti** pubblici o di sicurezza sul lavoro fornisca una positiva definizione dei cosiddetti costi "aziendali" per la sicurezza.

Tale nozione è stata forgiata, infatti, dalla prassi e dall'elaborazione giurisprudenziale, includendovi eterogenee voci di costo che possono venire in rilievo o meno a seconda del tipo di appalto.

Con elencazione non tassativa, si possono far rientrare in tale ambito i costi per i dispositivi di protezione individuale e collettiva, dei dispositivi antincendio, della sorveglianza sanitaria, delle attività di formazione dei lavoratori.

11.2) Nel caso in esame, la legge di gara non conteneva, come già precisato, alcun riferimento ai costi cd. "aziendali" né richiedeva ai concorrenti di indicare separatamente, nell'offerta economica, l'importo relativo a tale tipologia di oneri.

L’eventuale omissione ricadrebbe, pertanto, sulla responsabilità della stazione appaltante, non essendo ipotizzabile che possano essere escluse dalla gara le offerte mancanti di una dichiarazione in alcun modo prevista dalla *lex specialis*.

11.3) La censura deve essere disattesa anche per un’altra ragione.

I precedenti giurisprudenziali richiamati da parte ricorrente si riferiscono, infatti, a procedure per l’affidamento di **appalti** di servizi e forniture.

In relazione agli **appalti** di lavori, invece, si è formato un differente orientamento giurisprudenziale, cui il Collegio aderisce, che, muovendo da un’analitica disamina del quadro normativo di riferimento, esclude che sia necessario indicare nell’offerta gli oneri per la sicurezza aziendale.

Si fa riferimento alla sentenza n. 4964 del 9 ottobre 2013, con cui la quinta Sezione del Consiglio di Stato ha rilevato come l’obbligo dichiarativo previsto dal citato art. 87, comma 4, riguardi solamente i servizi e le forniture, laddove per i lavori si deve invece fare riferimento alla quantificazione effettuata dalla stazione appaltante, nell’ambito del piano di sicurezza e coordinamento che deve essere predisposto ai sensi dell’art. 131 del codice dei contratti pubblici.

Ha chiarito il giudice d’appello, altresì, che gli oneri per la sicurezza devono essere indicati dalle imprese partecipanti nelle sole procedure di affidamento di servizi e forniture, proprio per supplire all’assenza di una preventiva quantificazione da parte dell’amministrazione.

Alla luce della maggiore rischiosità insita nella predisposizione di cantieri, infatti, la speciale disciplina normativa riservata agli **appalti** di lavori si connota per l’analisi preventiva dei costi per la sicurezza aziendale, cui consegue la necessità di apposita pianificazione dei profili inerenti alla sicurezza delle maestranze e delle conseguenti misure di prevenzione dei rischi e dei connessi oneri economici.

11.4) In applicazione di tali principi, può quindi affermarsi che, trattandosi di un appalto di lavori, non sussisteva alcun obbligo di dichiarare, in sede di offerta economica, gli oneri per la sicurezza aziendale, già compresi nel piano di sicurezza e coordinamento predisposto dalla stazione appaltante.

Ne consegue la reiezione del motivo di ricorso.

12) La censura dedotta con il secondo motivo riguarda il raggruppamento secondo classificato che non avrebbe reso la dichiarazione, prevista a pena di esclusione, concernente l’insussistenza di situazioni di controllo (trattasi della dichiarazione prevista dall’art. 38, comma 1, lett. m-*quater*), del codice dei contratti pubblici).

Rileva l’esponente, più precisamente, che il controinteressato non avrebbe indicato alcuna delle opzioni previste al punto 7) del modello di autocertificazione predisposto dalla stazione appaltante, cosicché la dichiarazione in parola dovrebbe intendersi sostanzialmente omessa.

Anche questo rilievo, peraltro frutto di accentuato formalismo, non coglie nel segno, poiché il dichiarante, pur non avendo sbarrato o cancellato alcuna delle ipotesi alternativamente previste al punto 7) citato, ha tuttavia regolarmente compilato il successivo punto 27), dichiarando di non trovarsi in alcuna situazione di controllo ai sensi dell’art. 2359 cod. civ. come controllante o come controllata.

Attesa l'equivalenza fra tale attestazione e quella prevista al punto 7a) dello stesso modello, deve ritenersi compiutamente assolto l'obbligo dichiarativo previsto prevista dall'art. 38, comma 1, lett. m-*quater*), del codice dei contratti pubblici.

13) Con il terzo motivo di ricorso, viene denunciata l'omissione delle dichiarazioni *ex* art. 38 del codice dei contratti pubblici da parte di molteplici soggetti facenti parte della compagine aziendale delle prime due classificate.

13.1) L'esponente si sofferma, in particolare, sulla posizione del signor Leopoldo Sena, procuratore speciale di C.E.M. S.p.a.

La censura è identica a quella proposta nel ricorso n. 57/2014 e va disattesa per le ragioni esposte *sub* 5).

13.2) In modo assai più sbrigativo, l'esponente accenna poi ai numerosi procuratori speciali nominati da CO.S.PE.F., mandataria del raggruppamento secondo classificato, con atto del 5 dicembre 2008.

A prescindere dalla genericità della doglianza, essa è radicalmente infondata in quanto ai 37 procuratori speciali di che trattasi non risulta attribuita alcuna rappresentanza della Società, ma solo circoscritti compiti esecutivi (presa visione della documentazione relativa alle gare d'appalto, ritiro dei pertinenti elaborati, esecuzione di sopralluoghi e sottoscrizione dei relativi verbali) che in alcun modo li rendono assimilabili agli amministratori.

13.3) Neppure era tenuto a rendere la dichiarazione *ex* art. 38 il signor Salvatore Verde, nell'indicata qualità di "responsabile tecnico" di C.E.M. S.p.a., per il semplice fatto che, come risulta dal verbale di assemblea in atti, egli si era dimesso dalla carica in data 8 ottobre 2007.

14) Lamenta quindi l'esponente, con il quarto motivo di ricorso, che l'Amministrazione aggiudicatrice non avrebbe svolto valutazioni di sorta in merito alla natura e gravità delle condanne penali dichiarate dal legale rappresentante dell'impresa aggiudicataria.

In difetto di ulteriori rilievi concernenti la situazione del raggruppamento secondo classificato, però, la censura si appalesa inammissibile in quanto, anche nell'eventualità di accoglimento, non consentirebbe di conseguire una posizione utile ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

15) La censura dedotta con il quinto motivo di ricorso ha carattere strumentale, non essendo intesa a conseguire l'aggiudicazione del'appalto, bensì il rifacimento dell'intero procedimento di gara.

Viene contestata la regolarità del provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice i cui membri, ad eccezione del Presidente, sono stati scelti tra i funzionari di altre amministrazioni, senza rendere conto delle eventuali carenze di organico o di altre esigenze oggettive che avrebbero giustificato tale opzione.

I provvedimenti di costituzione della Commissione, in sostanza, sarebbero viziati per difetto di motivazione.

15.1) Premesso che i provvedimenti in questione, in effetti, nulla specificano in ordine alle ragioni che hanno determinato il ricorso a commissari esterni, deve rendersi conto dell'esistenza di orientamenti giurisprudenziali non univoci in materia.

Secondo un primo orientamento, la nomina di soggetti estranei alla stazione appaltante, non sorretta da adeguata motivazione relativa alla mancanza di funzionari interni idonei a comporre la commissione giudicatrice, sarebbe illegittima in quanto, in caso contrario, potrebbero risultare compromessi i principi di imparzialità e buona amministrazione, in virtù dei quali la scelta dei componenti delle commissioni non può soggiacere all'arbitrio delle amministrazioni aggiudicatrici (T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 18 marzo 2013, n. 237; T.A.R. Veneto, sez. I, 31 luglio 2012, n. 1079).

Si contrappone un secondo orientamento, secondo il quale non è necessario dare conto in motivazione dell'accertata carenza in organico di adeguate professionalità, poiché l'art. 84, comma 8, del codice dei contratti pubblici, non impone alcun obbligo di motivare diffusamente la scelta di nominare commissari esterni, ma si limita a prescrivere che la stazione appaltante accerti la predetta carenza prima di attingere a soggetti esterni (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 26 ottobre 2011, n. 4975; T.R.G.A. Trento, 13 ottobre 2011, n. 254).

15.2) Secondo quest'ultimo orientamento, la disposizione in esame avrebbe una rilevanza esclusivamente interna alle stazioni appaltanti, risultando preordinata a garantire che, attraverso l'utilizzo prioritario del personale interno, siano evitati esborsi di denaro non necessari per retribuire i componenti esterni delle commissioni.

Tale ricostruzione non appare soddisfacente, poiché la *ratio* della norma va identificata, invece, nell'esigenza di assicurare che la formazione delle commissioni giudicatrici, elemento nevralgico per il buon esito delle gare d'appalto, avvenga secondo meccanismi procedimentali che ne garantiscono la terzietà e competenza (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 18 giugno 2012, n. 738).

15.3) Tanto precisato, non può però trascurarsi l'evidente sproporzione tra il vizio ipotizzato, riguardante un atto prodromico della procedura di gara, e la gravità delle conseguenze che si verificherebbero nell'eventualità di accoglimento della censura, consistenti nel travolgimento della procedura medesima a partire dall'atto di nomina della commissione fino all'aggiudicazione dell'appalto (tanto più laddove il confronto concorrenziale abbia dato luogo, come nel caso in esame, ad esiti apprezzabili soprattutto sotto il profilo economico).

Nella prospettiva sostanzialista che, giusta la previsione di cui all'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990, definisce ormai uno dei principi fondamentali dell'ordinamento, occorre evitare che un esito così rilevante possa essere determinato dalla mera imperfezione formale degli atti di gara.

E' doveroso ritenere, quindi, che non sia sufficiente denunciare la carenza di motivazione del provvedimento di costituzione della commissione, ma sia anche necessario allegare elementi atti a rendere concreta l'ipotesi di violazione del precetto che impone di fare prioritario ricorso al personale interno.

15.4) Nel caso in esame, invece, parte ricorrente non ha in alcun modo affermato che la Commissione avrebbe potuto essere effettivamente costituita con personale interno alla stazione appaltante.

Essa non ha neppure formulato rilievi atti a mettere in dubbio la competenza, l'effettiva professionalità o l'imparzialità dei componenti esterni della Commissione medesima.

Il denunciato vizio di motivazione, in conseguenza, si connota quale carenza di natura prettamente formale che, per le ragioni su esposte, non compromette la correttezza sostanziale del confronto concorrenziale e non risulta idonea, pertanto, a determinare la caducazione degli atti di gara.

Ne consegue la reiezione del motivo di ricorso.

16) Residua da esaminare il sesto motivo, volto a contestare l’attendibilità dell’offerta tecnica delle prime due classificate (e la conseguente carenza dell’istruttoria compiuta dalla stazione appaltante), nella parte in cui si prevede di utilizzare strutture portuali che, in realtà, non rientrerebbero nella disponibilità delle offerenti.

Tale censura si appalesa inammissibile in quanto dedotta in termini puramente dubitativi, senza l’allegazione di alcun elemento atto a costituire perlomeno un principio di prova di quanto ipotizzato.

17) Anche il ricorso n. 134/2014, in conclusione, è infondato e deve essere respinto.

18) In considerazione della peculiarità e della complessità delle questioni affrontate, le spese del grado di giudizio vanno integralmente compensate fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, previamente riuniti, li respinge entrambi.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Paolo Peruggia, Consigliere

Richard Goso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/05/2014

IL SEGRETARIO

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