

Consiglio di stato, sezione sesta, sentenza n. 588 del 20 Febbraio 2008

Riunione in a.t.i. di imprese prequalificatesi separatamente - Legittimità – Il principio dell'immodificabilità soggettiva dei concorrenti riguarda solo la presentazione dell'offerta

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da SOCIETA' ITALIANE CONDOTTE D'ACQUA SPA, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con IMPREGILO SPA, SIEMENS SPA e SIRTI SPA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. ... con domicilio eletto presso il suo studio in Roma

contro

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE, AUTORITA' PORTUALE DI GENOVA, SIIT - SERVIZI INTEGRATI INFRASTRUTTURE E TRASPORTI LOMBARDIA, LIGURIA, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma Via

e nei confronti

TECNIS S.P.A., in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. costituita con BOSKALIS ITALIA s.r.l. e SIGENCO s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli Avv.ti con domicilio eletto in Roma, presso lo studio del secondo;

GLF GRANDI LAVORI FINCOSIT SPA, in proprio e n.q. di capogruppo mandataria dell'ATI costituenda, IMPRESA PIETRO CIDONIO SPA,

COOPSETTE SOC. COOP.A R.L., SOCIETA' ITALIANA DRAGAGGI
SPA, CONSORZIO STABILE PAMOTER SCARL, in persona dei
rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli
Avv.ti con domicilio eletto presso il primo in Roma

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione
III ter, n. 4242/07 pubblicata il 10-5-2007;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimato;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza dell'11-12-2007 relatore il Consigliere
Roberto Chieppa.

Uditi gli avvocati e l'Avv. dello Stato

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con bando pubblicato nella G.U.C.E. n. 178/2005, veniva avviata
la procedura relativa all'appalto integrato per la progettazione esecutiva e la
costruzione del Terminal Contenitori del Porto di Genova, comprensiva di
tre lotti, per un importo a base d'asta di 137.847.795,17 Euro.

Con la sentenza n. 2059/2006, preceduta da una ordinanza cautelare
di ammissione con riserva alla procedura, il TAR Lombardia, sez. III ter,
accoglieva il ricorso proposto dall'ATI con capogruppo la società Tecnis
avverso l'esclusione disposta nel corso della procedura ai suoi danni in

ragione della supposta mancata produzione di taluni documenti nella forma richiesta dalla *lex specialis*.

Con la successiva sentenza n. 12512/06 del 2-11-2006 il TAR Lazio, sez. III ter, dichiarava l'inammissibilità del ricorso principale proposto da GLF, Grandi Lavori Fincosit s.p.a., in proprio e quale capogruppo della relativa A.T.I., avverso l'aggiudicazione provvisoria intervenuta in favore dell'ATI Tecnis, riammessa alla procedura grazie alla misura cautelare concessa nel corso del primo giudizio; la declaratoria di inammissibilità era conseguente all'accoglimento del ricorso incidentale proposto dall'ATI aggiudicataria.

L'ATI GLF Grandi Lavori Fincosit s.p.a. proponeva avverso tali decisioni due distinti ricorsi in appello, che venivano riuniti e decisi con la sentenza di questa Sezione n. 2310/07 dell'11 maggio 2007.

Con tale decisione la Sezione respingeva il ricorso n. 9837/06 proposto avverso la sentenza del Tar del Lazio e dichiarava improcedibile il ricorso n. 9061/06 proposto avverso la sentenza del Tar Lombardia. Il ricorso per revocazione proposto avverso la sentenza n. 2310/07 di questa Sezione è stato in parte dichiarato inammissibile e in parte respinto (disp. n. 558/07 del 7-12-2007).

Dopo la pubblicazione della sentenza del Tar del Lazio n. 12512/06 (poi confermata da questa Sezione), la Società Italiane Condotte d'Acqua s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con Impregilo s.p.a., Siemens s.p.a. e Sirti s.p.a. (di seguito, ATI Condotte), ha impugnato, con ricorso notificato il 15 gennaio 2007, l'aggiudicazione provvisoria della gara intervenuta in data 8 maggio 2006 in favore dell'ATI Tecnis.

La ricorrente Condotte chiariva che per effetto della sentenza del Tar Lazio n. 12512 del 2006, l'A.T.I. Grandi Lavori era stata esclusa dalla gara e la ricorrente, prima collocata al terzo posto della graduatoria, era slittata al secondo, vedendo in tal modo attualizzarsi e concretizzarsi il proprio interesse ad impugnare l'aggiudicazione della licitazione privata nei confronti dell'ATI Tecnis.

L'ATI Condotte proponeva poi tre atti di motivi aggiunti, impugnando anche il provvedimento di aggiudicazione definitiva del 22 marzo 2007.

Con sentenza n. 4242/07 del 10 maggio 2007 il Tar del Lazio accoglieva il ricorso incidentale proposto da Tecnis e dichiarava inammissibile il ricorso proposto dall'ATI Condotte, oltre che il ricorso incidentale proposto dall'ATI Grandi Lavori Fincosit.

Il giudice di primo grado fondava l'accoglimento del ricorso incidentale Tecnis sulla accertata violazione da parte dell'ATI Condotte del principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti di imprese durante le fasi di gara, ritenendo – sulla base di un precedente di questa Sezione (Cons. Stato, VI, n. 1267/06) – che imprese qualificatesi separatamente non potessero poi riunirsi ai fini della presentazione dell'offerta.

La Società Impregilo, infatti, aveva chiesto di partecipare quale mandataria in costituendo RTI con la mandante Società Sirti e la Società Italiana Condotte d'Acqua S.p.A., a sua volta, aveva fatto richiesta di partecipare alla gara quale mandataria di un costituendo RTI con la Società Siemens S.p.A.. Dopo che l'Amministrazione le aveva invitate

separatamente, nella successiva fase di offerta i due raggruppamenti temporanei hanno proceduto ad una unificazione, presentando un'offerta unica ed indicando, come capogruppo, la Società Condotte.

L'ATI Condotte ha proposto ricorso in appello avverso tale decisione contestando l'accoglimento del ricorso incidentale Tecnis e riproponendo le censure avverso i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva della gara, dichiarate inammissibili dal Tar.

Le amministrazioni appellate e l'ATI Tecnis si costituivano in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso, mentre l'ATI Grandi Lavori Fincosit chiedeva la reiezione del motivo relativo all'esclusione di Condotte e l'accoglimento dei motivi proposti avverso l'aggiudicazione, facendo valere il proprio interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

Con ordinanza n. 2754/07 del 29 maggio 2007 questa Sezione accoglieva la domanda di Condotte di sospensione dell'efficacia dell'impugnata sentenza, al fine di non pregiudicare, nelle more del giudizio di merito, le posizioni delle parti, tenuto anche conto della complessità delle questioni controverse.

All'esito dell'udienza di merito del 10 luglio 2007, con ordinanza istruttoria n. 4065/07, questa Sezione riteneva necessario, ai fini del decidere, acquisire dall'Autorità portuale di Genova: a) una relazione della Commissione di gara, avente ad oggetto l'esame sotto il profilo tecnico delle contestazioni mosse dalla società appellante nel presente giudizio; b) una relazione della Commissione di gara e separata relazione dell'Autorità in cui siano indicati ed allegati i documenti prodotti in sede di gara dall'aggiudicataria e contestati in giudizio, con particolare riferimento ai

documenti AA i), AA o) VIII, IX e X (precisando le date di produzione di tali documenti, anche in seguito all'esecuzione delle misure cautelari disposte dal Tar ed allegando prova della data di ricezione dei documenti).

Con la stessa ordinanza, rilevato che al fascicolo del giudizio di appello non risultava allegato il fascicolo di primo grado, veniva ordinato alla segreteria di reperire tale fascicolo e veniva altresì ordinato alla società Tecnis di produrre gli originali dei documenti richiesti all'Autorità portuale, che nel corso di gara sono stati prodotti in copia semplice o in copia la cui autenticazione è oggetto di contestazione e di produrre una relazione attestante il riepilogo di quanto prodotto in sede di gara con le relative date.

Espletata l'istruttoria, all'odierna udienza la causa veniva trattenuta in decisione.

2. L'oggetto della presente controversia è costituito da una procedura di gara, relativa all'appalto integrato per la progettazione esecutiva e la costruzione del Terminal Contenitori del Porto di Genova, che è già stata esaminata da questa Sezione con riferimento ai ricorsi proposti dall'ATI Grandi Lavori Fincosit (seconda classificata) avverso l'aggiudicazione provvisoria all'ATI Tecnis (dapprima esclusa dalla gara e poi vincitrice a seguito della sua riammissione avvenuta in esecuzione di decisioni giurisdizionali).

Il presente contenzioso ha ad oggetto in parte gli stessi atti, impugnati da Grandi Lavori (aggiudicazione provvisoria) ed in parte i nuovi provvedimenti (aggiudicazione definitiva), impugnati dall'ATI Condotte (terza classificata), che, a seguito dell'esclusione dell'ATI Grandi Lavori (seconda classificata) per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale

Tecnis nel precedente giudizio, si è collocata al secondo posto della graduatoria.

E' parte del presente giudizio anche l'ATI Grandi Lavori, che non ha però proposto appello avverso la sentenza n. 4242/07 del Tar in relazione alla dichiarazione di inammissibilità del suo ricorso incidentale, fondata sul fatto che l'ATI Grandi Lavori è stata ormai definitivamente esclusa dalla gara.

Va subito premesso come non sia perseguibile l'obiettivo, cui dichiaratamente tende l'ATI Grandi Lavori: reiezione del ricorso Condotte avverso la sua esclusione dalla gara, accoglimento dei motivi proposti da Condotte avverso l'aggiudicazione e necessità di rinnovare l'intera procedura di gara, che non avrebbe così vincitori.

Infatti, non essendo l'ATI Grandi lavori parte appellante, l'oggetto del presente giudizio è delimitato dalle domande proposte dall'ATI Condotte, che ha chiaramente contestato in prima battuta la statuizione del Tar di accoglimento del ricorso incidentale Tecnis e, in caso di fondatezza di tale censura, ha riproposto i motivi aventi ad oggetto l'aggiudicazione della gara a Tecnis.

In alcun modo, l'ATI Condotte ha proposto un motivo tendente a chiedere l'esame dei motivi inerenti l'aggiudicazione, anche in caso di reiezione del suo primo motivo di appello.

Nella sostanza, l'ATI Condotte non ha sostenuto che il Tar avrebbe dovuto comunque esaminare i motivi proposti avverso l'aggiudicazione, dopo aver accolto il ricorso incidentale Tecnis, potendo residuare un interesse alla rinnovazione della gara; ha anzi definito "consolidato"

l'indirizzo giurisprudenziale in base al quale l'accoglimento del ricorso incidentale con cui si contesta l'ammissione alla gara della ricorrente fa venire meno una condizione dell'azione principale, che diventa così inammissibile (v. pag. 9 del ricorso in appello).

Deve, quindi, ritenersi che l'eventuale conferma dell'accoglimento del ricorso incidentale Tecnis impedirebbe l'esame delle censure proposte avverso l'aggiudicazione, senza alcuna possibilità di realizzazione del menzionato obiettivo processuale dichiarato dall'ATI Grandi Lavori.

3. Ciò premesso, deve essere esaminato il primo motivo del ricorso in appello, avente appunto ad oggetto il ricorso incidentale Tecnis.

Come già detto, tale ricorso è stato accolto dal Tar sulla base della tesi, secondo cui in caso di licitazione privata le imprese qualificate separatamente non possono poi riunirsi ai fini della presentazione dell'offerta.

Non è in contestazione che ciò sia avvenuto, in quanto l'ATI Condotte è composta da Impregilo e Sirti, che avevano fatto richiesta di partecipare alla gara in ATI e da Condotte e Siemens, che anche si erano qualificate ed erano state invitate separatamente, per poi riunirsi (le quattro società) nella successiva fase di offerta.

L'ATI Condotte invoca la prassi finora seguita in favore dell'ammissibilità di un tale comportamento e la diversità della fattispecie esaminata da Consiglio di Stato con il precedente richiamato dal Tar (VI, n. 1267/06); sostiene, inoltre, che il principio dell'immodificabilità soggettiva dei concorrenti alle gare di appalto riguarda solo il momento della presentazione dell'offerta.

Il motivo è fondato.

Innanzitutto, va rilevato come la questione dell'ammissibilità di un raggruppamento in sede di offerta di imprese qualificatesi separatamente in gare di appalto di lavori pubblici viene per la prima volta all'esame della Sezione.

Nel citato precedente, pur essendo stato richiamato anche il d.P.R. n. 554/99, il principio dell'inammissibilità di un tale comportamento è stato affermato con riferimento ad una gara di servizi nei c.d. settori (ex) esclusi.

Ciò comporta che la Sezione sia ora chiamata ad esaminare in modo specifico la disciplina degli appalti pubblici di lavori per risolvere la questione della possibilità, per due o più concorrenti individualmente prequalificatesi, di concorrere in ATI alla successiva gara mediante la presentazione di un'offerta congiunta.

Nelle procedure indette con il metodo della licitazione privata (oggi "procedure ristrette"), gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara e, successivamente, le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera invito.

Pur in presenza di una sostanziale unitarietà del procedimento di evidenza pubblica che si apre con la pubblicazione del bando per concludersi con l'aggiudicazione definitiva, in tali procedure la fase di prequalificazione assolve all'esclusiva funzione di accertare il possesso dei requisiti di partecipazione (con la conseguente selezione delle imprese da invitare) ed è distinta dalla gara vera e propria, in cui a seguito delle lettere di invito vengono presentate le offerte.

La disciplina vigente si limita a richiedere che alla presentazione dell'offerta siano ammesse imprese già selezionate nella fase di prequalificazione, ma non impedisce a queste ultime di associarsi temporaneamente in vista della gara, posto che l'a.t.i. non estingue la soggettività delle imprese già qualificate e che, quindi, il raggruppamento non può definirsi quale soggetto diverso da quelli invitati.

L'art. 13 della legge n. 109/94, vigente al momento dello svolgimento della procedura, consente la presentazione di offerte da parte di associazioni temporanee di concorrenti, i quali, *prima della presentazione dell'offerta*, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato capogruppo, il quale esprime *l'offerta* in nome e per conto proprio e dei mandanti (comma 5) e vieta qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di *offerta* (comma 5-bis, oggi riprodotto nell'art. 37, comma 9, del D. Lgs. n. 163/2006).

L'art. 93, comma 2, del d.P.R. n. 554/99 stabilisce che in caso di *licitazione privata*, di appalto concorso o di trattativa privata, l'impresa *invitata individualmente* ha la facoltà di presentare *offerta* o di trattare per sè o quale capogruppo di imprese riunite.

Da tali disposizioni emerge come il legislatore abbia inteso favorire il fenomeno del raggruppamento di imprese e individuare la presentazione dell'offerta come momento della procedura, da cui scatta il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti.

Tutte le citate disposizioni fanno riferimento all'offerta, che è cosa diversa dalla richiesta di invito, senza ricollegare in alcun modo il principio

di immodificabilità soggettiva alla fase della prequalificazione in caso di procedura ristretta.

In presenza di disposizioni espresse che non consentono la modifica della composizione dei partecipanti dopo l'offerta e in assenza di analogo divieto per la fase della prequalificazione, deve escludersi che si possa pervenire in via pretoria ad un divieto, non sancito dal legislatore.

Tale considerazione è di per sé sufficiente per sostenere la tesi dell'ammissibilità della riunione di imprese prequalificatesi separatamente.

Ogni ulteriore argomento può al limite costituire spunto di riflessione per una modifica normativa, ma non può condurre - come appena detto - all'introduzione di un divieto, che le norme non prevedono.

E', quindi, irrilevante il richiamo al parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 7 febbraio 2003, n. AS251, ove si sottolinea il rischio che il modello del raggruppamento possa evolvere a strumento di collaborazione restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, in quanto detto parere è finalizzato a suggerire alle stazioni appaltanti, "pur nel silenzio della legge", di "limitare la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese, che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara".

Peraltro, non può non rilevarsi come nel diritto comunitario il raggruppamento temporaneo di imprese sia considerato uno strumento pro-competitivo, il cui utilizzo non è limitato alle imprese prive dei requisiti individuali di qualificazione.

L'ammissibilità del raggruppamento di imprese qualificatesi separatamente non può, inoltre, derivare da un eventuale uso distorto di tale strumento: a fronte di fattispecie, in cui si può ipotizzare che il raggruppamento delle imprese maggiori riduca l'effettiva concorrenza e incida negativamente sull'interesse della stazione appaltante a poter contare su un numero più ampio di offerte, si può presentare il diverso caso dell'introduzione con la lettera di invito di elevati requisiti, richiesti anche solo ai fini della valutazione dell'offerta, che fanno sorgere la necessità di riunione di soggetti già qualificati in modo separato e tale riunione può avere effetti pro-competitivi per impedire che i requisiti elevati finiscano per restringere l'effettivo ambito della competizione.

Si tratta in entrambi i casi di situazioni specifiche, da cui non si possono trarre elementi per introdurre, o meno, un divieto in via giurisprudenziale, ma che possono essere valutate dal legislatore per decidere se sia opportuno introdurre tale divieto, che – si ribadisce – non è stato finora introdotto.

Deve, quindi, condividersi la tesi dell'ammissibilità della riunione in a.t.i. di imprese prequalificatesi separatamente, non vigendo alcun espresso divieto in tal senso (in senso conforme, Cons. Stato, V, n. 6619/02; n. 5309/03; contra la già citata, VI, n. 1267/06; mentre V, n. 5509/03 riguarda una fattispecie avente ad oggetto il diverso caso di un'ATI esclusa a causa della sottoscrizione della domanda da parte della sola capogruppo); tale divieto, inoltre, non era previsto dalla *lex specialis* della gara.

In accoglimento del primo motivo di appello proposto dall'ATI Condotte, deve essere, dunque, respinto il ricorso incidentale proposto in primo grado da Tecnis.

4. Passando all'esame dei motivi proposti dall'ATI Condotte avverso l'aggiudicazione della gara in favore dell'ATI Tecnis, assumono rilievo preliminare le eccezioni proposte da quest'ultima.

E' innanzitutto infondata la tesi dell'impossibilità di esaminare tali censure in assenza dell'impugnazione da parte di Condotte della dichiarazione da parte del Tar di inammissibilità del suo ricorso principale.

Tale inammissibilità ha costituito la conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale Tecnis e la riforma in questa sede di tale statuizione determina la necessità di esaminare i motivi del ricorso principale di primo grado, riproposti con l'atto di appello.

Un espressa impugnazione della declaratoria di inammissibilità sarebbe stata necessaria, come già detto, per procedere all'esame di tali motivi anche in caso di reiezione del primo motivo dell'appello, che è stato, invece, accolto e il problema, quindi, non si pone.

5. L'ATI Tecnis eccepisce anche la tardività del ricorso di primo grado e dei successivi motivi aggiunti.

Al riguardo, si deve distinguere tra l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria e quella dell'aggiudicazione definitiva.

L'aggiudicazione provvisoria dell'8 maggio 2006 è stata impugnata dall'ATI Condotte con il ricorso notificato il 15 gennaio 2007, ben oltre il termine di decadenza di 60 giorni; peraltro, nel frattempo l'ATI Condotte

era intervenuta *ad adiuvandum* nel giudizio intrapreso dall'ATI Grandi Lavori proprio avverso l'aggiudicazione provvisoria della gara.

Non costituisce elemento idoneo a giustificare la tardiva impugnazione il fatto che solo per effetto della sentenza del Tar Lazio n. 12512 del 2006, l'A.T.I. Grandi Lavori era stata esclusa dalla gara e la ricorrente, prima collocata al terzo posto in graduatoria, era slittata al secondo, vedendo in tal modo attualizzarsi e concretizzarsi il proprio interesse ad impugnare l'aggiudicazione della licitazione privata nei confronti dell'ATI Tecnis.

Infatti, fin dalla conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria e del contenuto dei relativi atti (comunque avvenuto nel corso del precedente giudizio), l'ATI Condotte avrebbe potuto impugnare l'aggiudicazione provvisoria, deducendo motivi contro la prima e la seconda classificata e facendo così valere il proprio interesse all'aggiudicazione della gara.

L'ATI Condotte ha, invece, scelto di intervenire nel giudizio intrapreso dall'ATI Grandi Lavori ed ha così lasciato decorrere il termine per contestare l'aggiudicazione provvisoria.

Ritenere che le imprese non collocate ai primi due posti di una graduatoria di una gara di appalto possano attendere l'esito dei giudizi tra le prime classificate e poi decidere se proporre a loro volta ricorso, significherebbe allungare la catena dei ricorsi in modo indeterminato con evidente sacrificio del principio di certezza delle situazioni giuridiche, al cui presidio è posto proprio il termine di decadenza.

E', quindi, evidente che il ricorso e i motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione provvisoria devono essere dichiarati irricevibili perché tardivi.

Tuttavia, il caso di specie è caratterizzato dalla peculiarità, consistente nell'ampio lasso di tempo decorso tra l'aggiudicazione provvisoria (8-5-06) e l'aggiudicazione definitiva (22-3-07), dovuto al fatto che la stazione appaltante ha deciso di attendere l'esito del contenzioso prima di procedere all'aggiudicazione definitiva.

Una tale scelta non ha tenuto però conto della pacifica giurisprudenza, secondo cui il concorrente non aggiudicatario ha la facoltà, ma non l'onere, di impugnare l'aggiudicazione provvisoria, ben potendo optare per la diversa soluzione di impugnare la successiva aggiudicazione definitiva; l'aggiudicazione provvisoria non è, infatti, l'atto conclusivo del procedimento, bensì atto preparatorio che produce solo effetti prodromici e, di conseguenza, non vi è un onere di immediata impugnazione della stessa (cfr., fra tutte, Cons. Stato, IV, n. 6456/06; V, n. 484/07; VI, n. 7802/04).

E' quindi errata la tesi dell'appellata, secondo cui l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria costituirebbe un onere, e non una mera facoltà, per i concorrenti di una procedura di gara.

Né può ritenersi che nel caso di specie a seguito dell'intervento dell'ATI Condotte nel precedente giudizio proposto dall'ATI Grandi Lavori si sia formato un giudicato non compatibile con le successive contestazioni mosse dall'odierna appellante avverso l'aggiudicazione definitiva; infatti, nel precedente giudizio, l'accoglimento del ricorso incidentale proposto dall'ATI Tecnis avverso l'ATI Grandi Lavori ha impedito l'esame delle

censure proposte avverso l'aggiudicazione in favore di Tecnis, in relazione alla quale non si è formato alcun giudicato.

Pertanto, i motivi aggiunti proposti in primo grado contro l'aggiudicazione definitiva del 22 marzo 2007 sono tempestivi ed ammissibili e l'irricevibilità del ricorso introduttivo avverso l'aggiudicazione provvisoria non comporta alcun effetto sui successivi motivi aggiunti, che comunque conservano la forma e la sostanza di una contestazione autonoma dell'aggiudicazione definitiva.

Tuttavia, l'ATI Condotte nell'impugnare con motivi aggiunti l'aggiudicazione definitiva non ha riprodotto tutte le censure proposte avverso l'aggiudicazione provvisoria, ma solo alcune di queste.

Ne deriva che l'irricevibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione provvisoria non consente l'esame dei motivi dedotti tardivamente e non riproposti avverso l'aggiudicazione definitiva.

I motivi non riprodotti sono quelli contenuti al punto II del ricorso di primo grado (pagg. 11 – 17) ed attengono alle questioni dei mezzi marittimi; della dichiarazione relativa agli obblighi sul lavoro dei disabili; della sottoscrizione da parte del direttore tecnico e non del proprietario della cava della dichiarazione di cui al punto viii della lettera di invito; delle varianti sostanziali e non consentite che sarebbero state proposte dall'ATI Tecnis.

Con i motivi aggiunti del 4 aprile 2007 è stata impugnata l'aggiudicazione definitiva, ma i motivi attinenti alle summenzionate questioni non sono stati riprodotti, come si ricava dalla lettura di tale atto, in cui dopo il punto 1 relativo ai materiali di scavo si passa al punto 2, inerente

la verifica di congruità dell'offerta e corrispondente al punto III del ricorso introduttivo.

6. Si deve, quindi, passare ad esaminare i soli motivi del ricorso in appello, proposti originariamente avverso l'aggiudicazione definitiva.

L'esame di tali motivi ha richiesto un approfondimento istruttorio, disposto con la citata ordinanza n. 4065/07, la cui esecuzione ha consentito solo ora di avere a disposizione tutti gli elementi utili ai fini del decidere.

Con il primo motivo l'ATI Condotte sostiene che l'ATI Tecnis avrebbe previsto nella propria offerta il temporaneo scarico in mare del materiale di scavo, in difformità dal progetto definitivo, posto a base di gara, che invece prevedeva la realizzazione di due vasche di colmata al fine di evitare il rilascio in mare dei materiali di scavo.

Tale rilascio sarebbe vietato o comunque soggetto ad autorizzazione, con la conseguenza che l'offerta Tecnis sarebbe quanto meno condizionata all'effettiva possibilità di ottenere l'autorizzazione per il rilascio in mare di tali materiali.

Il motivo è privo di fondamento.

Innanzitutto, si deve rilevare come non sia vero che sussiste un assoluto divieto di scarico in mare di materiale dragato, come sostenuto dall'appellante, in quanto anche l'istruttoria svolta ha confermato che tale attività è soggetta ad autorizzazione, ma non è in assoluto vietata.

L'art. 35 del D. Lgs. n. 152/1999 consente l'immersione deliberata in mare di materiali di scavo di fondali marini, quando è dimostrata, nell'ambito dell'istruttoria, l'impossibilità tecnica o economica del loro

utilizzo ai fini di ripascimento o di recupero ovvero lo smaltimento alternativo in conformità a predeterminate modalità.

La disposizione, oggi contenuta nell'art. 109 del D. Lgs. n. 152/2006, riguarda in primo luogo lo scarico definitivo di materiale in mare e non disciplina in modo specifico il caso in esame, in cui, nell'ambito dei lavori nel porto di Genova, l'ATI aggiudicataria ha previsto una movimentazione in mare dei materiali poi destinati al riutilizzo nell'ambito dei lavori portuali.

Peraltro, dalla relazione tecnica della Commissione di gara, acquisita a seguito dell'istruttoria, emerge che il preliminare e temporaneo dragaggio delle cabalette di fondazione dei cassoni dovrà essere necessariamente svolto in via preliminare per ciascuno dei progetti presentati.

A conferma di ciò, l'ATI Tecnis ha prodotto una perizia tecnica dell'ing. Corsini, dirigente del servizio difesa delle coste dell'Agenzia per la protezione dell'ambiente, da cui si ricava che l'aggiudicataria della gara, chiunque essa sia e a prescindere dal progetto presentato, dovrà comunque richiedere l'autorizzazione alla movimentazione dei materiali di scavo, in quanto la Regione Liguria ha approvato nel 2004 solo la procedura di verifica "*screening*", riservando evidentemente alla successiva autorizzazione le eventuali ulteriori prescrizioni, che, se dettate, avrebbero l'effetto di modificare qualunque progetto presentato.

Inoltre, l'effettiva destinazione del materiale di scavo potrà essere stabilita solo all'esito dell'esame dei materiali, che potrebbero anche risultare non idonei al riempimento della calata Bettolo, dovendo essere trattati come rifiuti; anche in questo caso, si dovrebbe apportare modifiche

al progetto, la cui necessità prescinde dalla specifica offerta dell'aggiudicatario.

In definitiva, sia la relazione tecnica della Commissione che (soprattutto) la perizia tecnica di parte dimostrano che la movimentazione e la destinazione finale dei materiali di scavo marino del progetto in questione costituiscono attività complesse, influenzate da una serie di variabili non predeterminabili, che rendono comunque necessaria per tutti gli eventuali aggiudicatari il conseguimento di una autorizzazione, che ovviamente non può precedere l'aggiudicazione.

Il progetto Tecnis non contiene modalità vietate dalla disciplina vigente, né può intendersi come progetto illegittimamente condizionato, o meglio è condizionato, come lo sarebbe qualsiasi altro progetto compreso quello dell'ATI Condotte, ad una serie di elementi, che potranno essere accertati solo successivamente all'aggiudicazione.

Peraltro, l'ATI Condotte non ha adeguatamente contrastato il contenuto della perizia tecnica prodotta da controparte e anche sotto tale profilo il motivo di ricorso non è meritevole di accoglimento.

7. E' infondato anche l'ulteriore censura con cui l'appellante ha contestato la verifica di coerenza e congruità dell'offerta Tecnis, sostenendo che tale offerta presenterebbe chiari elementi di anomalia con riferimento ad alcuni costi, tra cui quello dei cassoni e il costo unitario per fornitura e posa dell'acciaio per cemento armato.

Innanzitutto, è bene precisare che nel verbale n. 10/06, richiamato dall'appellante, non si è svolta la verifica dell'anomalia dell'offerta Tecnis,

ma una generale verifica di coerenza delle offerte economiche presentate da tutte le ATI ammesse, avvenuta prima dell'attribuzione del punteggio.

Anche in questo caso, l'ATI Tecnis ha prodotto una dettagliata relazione tecnica (doc. n. 37 prodotto in primo grado), dalla quale emergono adeguate giustificazioni sia del costo dei cassoni, che è stato contenuto grazie alla rielaborazione dei tipi di cassone, sia del costo unitario dell'acciaio, a giustificazione del quale è stata prodotta l'offerta commerciale ricevuta dalla Tecnis e indicata l'analisi in base a cui si è pervenuti al costo finale.

Si ricorda che tra le censure irricevibili perché non riproposte avverso l'aggiudicazione definitiva rientra anche quella inerente le presunte varianti non consentite, proposte dall'ATI Tecnis anche con riferimento alla tipologia dei cassoni; si deve, qui, valutare non l'ammissibilità della tipologia dei cassoni proposti dall'ATI Tecnis, ma la coerenza dell'offerta economica in relazione a tale punto; coerenza dimostrata dagli elementi contenuti dalla richiamata relazione tecnica.

Tale precisi elementi tecnici sono stati contestati da controparte con mere asserzioni, inidonee a confutare i suddetti dati.

Peraltro, era onere dell'ATI ricorrente introdurre quanto meno un principio di prova a supporto delle proprie contestazioni e non essendo tale onere stato assolto, non si può certo supplire attraverso una consulenza tecnica, che, pur potendo essere disposta di ufficio, non può essere utilizzata al fini di supplire ad un onere probatorio non assolto dalla parte (Cons. Stato, VI, n. 1261/04).

8. Alcun profilo di illegittimità dell'aggiudicazione finale può derivare dal tempo (3 ore e mezza), impiegato dalla Commissione per l'esame delle offerte e ritenuto dall'appellante eccessivamente esiguo.

A parte l'ipotesi, che qui non ricorre, di evidente abnormità del tempo impiegato dalla Commissione, si ritiene che l'elemento temporale non sia idoneo di per sé a dimostrare la superficialità dell'esame delle offerte, che va invece rapportata a concreti elementi da dedurre nel ricorso.

9. L'appellante contesta il punteggio attribuito all'aggiudicataria per il tempo offerto per la conclusione dei lavori, che assumeva una particolare rilevanza nell'ambito della gara in oggetto.

I 36 mesi previsti non sarebbero compatibili con la complessità dell'intervento e sarebbero il frutto di una serie di criticità emergenti dal cronoprogramma Tecnis, rilevate peraltro dalla stessa Commissione di gara in una comunicazione inviata al Ministero delle infrastrutture.

L'ATI Condotte indica poi una serie di punti, per i quali il tempo previsto da Tecnis sarebbe inferiore al necessario, arrivando ad indicare in 14 mesi il maggior tempo che impiegherà l'aggiudicataria per completare il progetto.

Il tempo complessivo di 50 mesi (36 + 14) determinerebbe una variazione nel punteggio finale con conseguente aggiudicazione della gara all'ATI Condotte.

Anche tale censura è infondata.

In primo luogo, come chiarito dalla Commissione nella già citata relazione tecnica, la raccomandazione della stessa alla stazione appaltante non conteneva certo un giudizio di non attendibilità del cronoprogramma

dell'ATI Tecnis, ma si limitava a segnalare la previsione di diverse lavorazioni in parallelo, da seguire con particolare attenzione nella fase della direzione dei lavori.

Va poi rilevato che la censura relativa al cronoprogramma non riguarda una causa di esclusione dell'offerta Tecnis, ma concerne la tempistica prevista e il punteggio attribuito per tale tempistica.

Tenuto conto dell'ampia differenza di punteggio tra l'ATI Tecnis (p. 91,176) e l'ATI Condotte (p. 75,648), non sono sufficienti lievi differenze temporali per attribuire rilevanza alla censura, ma è necessario una consistente differenza ed infatti l'appellante arriva ad ipotizzare che la durata dei lavori passi da 36 mesi a 50 mesi.

Tuttavia, anche in questo caso la contestazione sui tempi delle singole fasi dell'intervento non sono supportate da idonee elementi probatori ed anzi contrastano con le produzioni di controparte, che non sono state adeguatamente contrastate.

Nella già citata perizia dell'ing. Corsini viene evidenziato che l'offerta dell'ATI Tecnis presenta un significativo vantaggio temporale per la previsione di eseguire in via prioritaria le opere marittime della nuova darsena Oli Minerali senza interferenza con l'attività di bunkeraggio grazie ad un c.d. "by-pass" temporaneo, idoneo a consentire il trasferimento delle funzioni di carico e scarico delle navi nella calata Oli Minerali; ciò consente di sovrapporre in contemporanea le fasi di lavoro "Darsena tecnica" ed "Spostamento bunker", altrimenti previste come sequenziali (altre ulteriori fasi sono poi previste in contemporanea).

L'appellante non ha dimostrato l'impossibilità delle lavorazioni in contemporaneo, indicate dall'ATI Tecnis, che, invece, sulla base delle spiegazioni da questa fornite appaiono possibili.

L'eventuale minima differenza tra il cronoprogramma Tecnis e quello firmato dagli enti concessionari non assume rilievo significativo ai fini dell'esito della gara, come puntualizzato nella sua responsabilità dalla Commissione.

In definitiva, il maggior tempo di 14 mesi indicato dall'appellante sembra costituire una ipotesi, che non tiene conto della possibilità di alcune lavorazioni in contemporanea e che soprattutto non è supportata da idonei elementi probatori.

10. L'ultimo gruppo di censure attengono alla questione della regolarità della documentazione amministrativa.

Si ricorda che l'irregolarità di alcuni documenti prodotti dall'ATI Tecnis aveva condotto in un primo momento all'esclusione del raggruppamento e che poi l'ATI Tecnis era stata riammessa alla gara con ordinanza del Tar Lombardia, poi confermata dalla sentenza dello stesso Tribunale n. 2059/2006, ora passata in giudicato.

Appare utile descrivere gli elementi di fatto della questione.

La lettera d'invito alla lettera p) ha individuato una serie di dichiarazioni che dovevano essere presentate dalle imprese partecipanti alla licitazione privata, tra le quali, per quanto qui rileva: la *“dichiarazione attestante la disponibilità a fornire all'impresa offerente il materiale di cava pari a 120.000 mq”* (sub viii), la *“dichiarazione attestante la disponibilità a fornire, a titolo esclusivo ed impegnativo per i lavori in*

oggetto, verso l'impresa offerente, il materiale di risulta per un quantitativo pari a 1.800.000 mq" (sub ix) e la "dichiarazione attestante la disponibilità di idoneo impianto di frantumazione, per il riutilizzo del materiale di risulta" (sub x).

La Commissione giudicatrice, come risulta dal verbale n. 6 del 7 marzo 2006, aveva disposto l'esclusione dell'ATI Tecnis, avendo rilevato nelle dichiarazioni presentate dalla stessa una "*carezza sostanziale non formalizzabile in sede di gara*", cioè non sanabile pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

Le carenze sostanziali riscontrate sui documenti presentati dall'ATI Tecnis consistevano, secondo la Commissione giudicatrice, nel fatto che, quanto alle dichiarazioni di cui ai punti viii) e ix), le stesse erano state "*<prodotte in fotocopia, senza l'allegazione del documento d'identità e senza l'allegazione di un documento che espliciti i relativi poteri di firma*", mentre la dichiarazione *sub x)* "*risulta[va] presentata in fotocopia senza esplicitazione nel testo della stessa del sottoscrittore e dei relativi poteri di rappresentanza, con firma illeggibile né timbro individuante il nominativo e le qualifiche del soggetto firmatario non deducibili aliunde da copia di documento d'identità né da atto di procura alla firma del sottoscrittore poiché mancanti*".

Non è qui in discussione l'illegittimità del provvedimento di esclusione, in quanto si è formato il giudicato sul fatto che:

- la *lex specialis* della gara non prevedeva la forma richiesta dalla Commissione per le dichiarazioni provenienti da terzi, non potendosi quindi escludere la presentazione dei documenti in semplice fotocopia;

- in presenza di dubbi sulla regolarità delle dichiarazioni, al massimo la Commissione avrebbe potuto chiedere alle imprese offerente chiarimenti o la produzione delle dichiarazioni in originale.

In esecuzione delle menzionate decisioni giurisdizionali, la stazione appaltante in data 6 aprile 2006 ha richiesto all'ATI Tecnis, riammessa alla gara, la produzione delle menzionate dichiarazioni in originale o copia conforme all'originale con allegazione della documentazione che esplicitasse i poteri di firma dei relativi sottoscrittori.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, tale documentazione è stata prodotta alla seduta pubblica del 10 aprile 2006 e l'istruttoria svolta a seguito della citata ordinanza di questa Sezione del luglio del 2007 ha consentito di chiarire definitivamente tale aspetto.

Infatti, in allegato alla relazione della Commissione sono state trasmesse la richiesta del 6-4-2006 e la successiva risposta dell'ATI Tecnis, con cui viene trasmessa in data 10 aprile 2006 la documentazione richiesta.

La nota di trasmissione della documentazione in questione riporta il timbro dell'ufficio ricevente (Ministero infrastrutture e trasporti, S.I.I.T.) , in cui è apposta la data del 10 aprile 2006; ciò toglie ogni dubbio sulla data di presentazione della documentazione, la cui ricezione non doveva necessariamente risultare dal verbale della seduta della Commissione del 10-4-2006.

La documentazione trasmessa era rispondente a quella richiesta e includeva le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà per autentica di fotocopia in relazione ai documenti viii e ix della lettera di invito, rese dall'ing. Marotta della ditta Allara con idonea attestazione dei poteri di

quest'ultimo, e l'originale della dichiarazione di cui al punto x, resa dal Direttore Tecnico della CESA s.r.l. con attestazione dei relativi poteri.

Si ricorda che la richiesta della stazione appaltante era relativa agli originali o alle copie conformi dei documenti e che tale richiesta era conforme al giudicato, che anzi aveva ritenuto regolare anche la produzione di copie semplici, aggiungendo che al più potevano essere chiesti chiarimenti e integrazioni all'offerente (il giudicato non imponeva, quindi, la produzione degli originali).

L'appellante sostiene che la documentazione mancante sarebbe stata regolarizzata solo nel corso del 2007 a distanza di quasi un anno dall'aggiudicazione provvisoria.

Tale affermazione è erronea e si fonda sulla risposta data dall'ATI Tecnis ad un'ulteriore richiesta di documenti formulata prima di procedere all'aggiudicazione definitiva.

Dato il tempo trascorso l'Autorità portuale ha chiesto all'ATI Tecnis di produrre le dichiarazioni che attestassero il permanere delle disponibilità dichiarate in sede di gara e previste dai punti da i a xii del capo AA della lettera di invito ed ha anche chiesto la produzione degli originali dei documenti di cui ai punti viii e ix, presentati in precedenza – come detto – in copia conforme.

L'ATI Tecnis ha tempestivamente prodotto quanto richiesto, compreso gli originali dei due documenti nei giorni 21 e 22 marzo 2007 e il successivo 23 marzo è stata disposta l'aggiudicazione definitiva.

E' bene ribadire che la richiesta degli originale dei due documenti ha costituito un adempimento ulteriore, richiesto per mera completezza dalla

stazione appaltante e che ogni onere di produzione documentale, richiesto dalla lettera di invito e dal menzionato giudicato, era già stato assolto in data 10-4-2006 attraverso la produzione delle menzionate copie conformi dei documenti.

La differenza indicata dall'appellante con riferimento alla dichiarazione della CESA s.r.l. è del tutto irrilevante, in quanto nella copia semplice prodotta in sede di gara non compare il timbro di ricezione dell'impresa Tecnis e ciò consente di accertare che la fotocopia è stata fatta e poi prodotta prima dell'apposizione del timbro di ricezione, ma non è contestabile che l'atto sia lo stesso nella forma e nella sostanza.

In definitiva, una volta ritenuta illegittima l'esclusione dell'ATI Tecnis per le menzionate irregolarità formali, la successiva produzione documentale è avvenuta in modo tempestivo e del tutto conforme alle richieste della stazione appaltante e al contenuto del giudicato formatosi sul punto.

Sono, quindi, infondate le contestazioni mosse dall'appellante in ordine alle asserite irregolarità delle ulteriori produzioni documentali dell'aggiudicataria.

11. In conclusione, l'accoglimento del primo motivo dell'appello proposto dall'ATI Condotte con reiezione del ricorso incidentale dell'ATI Tecnis ha determinato l'esame nel merito delle censure proposte avverso l'aggiudicazione della gara in favore di quest'ultima a.t.i., facendo venire meno la contestazione secondo cui un utilizzo improprio dei ricorsi incidentali avrebbe in ben due giudizi impedito la verifica del giudice in ordine a dette censure.

Tali motivi, quanto meno quelli proposti avverso l'aggiudicazione definitiva (tenuto conto dell'irricevibilità di quelli proposti avverso l'aggiudicazione provvisoria), sono stati ora respinti e ciò conduce al definitivo consolidamento dell'aggiudicazione della gara all'ATI Tecnis.

La reiezione riguarda anche i motivi aggiunti del 12 ottobre 2007, che in realtà non contengono censure nuove, ma solo la specificazione di motivi già proposti.

Con riferimento al rallentamento del progetto, lamentato in alcuni atti del giudizio, va rilevato che il susseguirsi di ben tre giudizi, aventi ad oggetto la stessa procedura di gara, è stato determinato da un primo errore nell'esclusione dell'ATI Tecnis per presunte irregolarità formali, risultate poi inesistenti e dalla scelta della stazione appaltante di attendere l'esito del primo giudizio prima di procedere all'aggiudicazione definitiva.

Tale decisione non ha tenuto conto della possibilità pacificamente ammessa di contestare l'esito della gara solo dopo l'aggiudicazione definitiva ed ha esposto quindi l'amministrazione ad un ulteriore contenzioso, avente ad oggetto quest'ultimo atto, che si è comunque definito in tempi rapidi, tenuto conto che a fronte del provvedimento di aggiudicazione definitiva del 23 marzo 2007 la sentenza di primo grado è intervenuta il 10 maggio 2007 e il giudizio di appello è stato ora definito, dopo l'ordinanza istruttoria del luglio del 2007, grazie alla quale è stato acquisito ogni elemento utile per l'esame nel merito delle censure proposte dall'ATI Condotte.

In considerazione della complessità della controversia e della parziale novità della questione oggetto del ricorso incidentale dell'ATI

Tecnis, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie in parte il ricorso in appello indicato in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso incidentale proposto da Tecnis in primo grado.

Respinge nel resto il ricorso in appello e, per l'effetto, in parte dichiara irricevibile e in parte respinge i motivi dell'impugnativa proposta in primo grado dalla società Condotte d'Acqua spa, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I..

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, in data 11-12-2007

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il....20/02/2008
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Maria Rita Oliva