

Pubblicato il 22/02/2017

N. 00841/2017REG.PROV.COLL.  
N. 06550/2016 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 6550 del 2016, proposto da:

Salini Impregilo s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni C.F. NNNMRC55D11H501R, Pier Giuseppe Torrani C.F. TRRPGS37C30F205D e Giuseppina Incorvaia C.F. NCRGPP74S70H792D, con domicilio eletto presso l'avvocato Marco Annoni in Roma, via Udine n. 6;

*contro*

Infrastrutture Lombarde s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Greco C.F. GRCGDU46S18C351B, Luigi Manzi C.F. MNZLGU34E15H501Y e Manuela Muscardini C.F. MSCMNL54L46B615Y, con domicilio eletto presso l'avvocato Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri n. 5;  
Regione Lombardia in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata

e difesa dagli avvocati Piera Pujatti C.F. PJTPRI62C51C722G e Pio Dario Vivone C.F. VVNPDR58A28H981N, con domicilio eletto presso l'avvocato Alessandro Mangano in Roma, via delle Montagne Rocciose n. 69;

*nei confronti di*

Società Italiana per Condotte D'Acqua s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Guarino C.F. GRNNDR53T20H501M, Elena Cerchi e Carlo Cerami C.F. CRMCRL65B02L781S, con domicilio eletto presso l'avvocato Andrea Guarino in Roma, piazza Borghese n. 3;

Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro s.p.a. non costituita in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo della Lombardia, sede di Milano, Sezione I, n. 01134/2016, resa tra le parti, concernente affidamento progettazione definitiva ed esecutiva e realizzazione complesso ospedaliero "Città della Salute e della Ricerca" in Sesto San Giovanni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Infrastrutture Lombarde s.p.a. e di Regione Lombardia e di Società Italiana per Condotte D'Acqua s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2016 il consigliere Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Marco Annoni, Luigi Manzi, Alessandro Mangano su delega dichiarata dell'avvocato Piera Pujatti ed Elena Cerchi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale Amministrativo della Lombardia, sede di Milano, rubricato al n. 1877/2015, Salini Impregilo s.p.a. impugnava:

- il provvedimento tacito di diniego di autotutela formatosi a seguito del decorso del termine a provvedere sull'informativa ex art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006, trasmessa a mezzo pec in data 8 giugno 2015, in ordine all'intento di proporre ricorso avverso la mancata esclusione di una delle controinteressate dalla procedura ristretta per l'affidamento della concessione avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva e la realizzazione del complesso ospedaliero denominato "Città della Salute e della Ricerca" in Sesto San Giovanni;
- i verbali della commissione giudicatrice relativi alle sedute pubbliche del 19.03.2014, 11.12.2014, 17.02.2015 e del 21.04.2015;
- i verbali relativi a tutte le sedute riservate della commissione giudicatrice;
- la graduatoria provvisoria disposta dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 21 aprile 2015;
- ogni altro atto presupposto e/o preparatorio e/o connesso e/o consequenziale rispetto agli atti impugnati, anche di contenuto non conosciuto, ivi compresa, per quanto occorrer possa, la nota del 30 giugno 2015 del Responsabile Unico del Procedimento.

Con motivi aggiunti estendeva l'impugnazione:

- al provvedimento datato 14 settembre 2015 con il quale il Presidente del Consiglio di Gestione di ILSPA ha disposto la nomina a promotore del raggruppamento Condotte nella procedura ristretta avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva e la realizzazione della Città della Salute e della Ricerca nel Comune di Sesto San Giovanni;
- al verbale datato 1 settembre 2015 del Responsabile del procedimento;
- ai provvedimenti con cui la commissione giudicatrice ha ammesso alla procedura il raggruppamento Condotte e il raggruppamento Maltauro, anziché disporre l'esclusione per carenza dei requisiti richiesti dai

documenti di gara, atti impugnati con motivi aggiunti;

- a ogni altro atto inerente, preordinato, correlato, connesso, ivi espressamente inclusi i verbali delle sedute della Commissione giudicatrice già impugnati con il ricorso principale, nonché i verbali interni del sub procedimento di valutazione delle offerte tramite confronto a coppie e gli atti con cui la stazione appaltante ha verificato, relativamente al raggruppamento controinteressato:

1. la conformità della busta "C - Offerta relativa agli elementi quantitativi";
2. la sostenibilità economico-finanziaria del piano economico finanziario;
3. la conformità del progetto presentato alle prescrizioni vincolanti dei documenti di gara;

- al provvedimento con il quale ILSPA ha parzialmente negato l'ostensione della documentazione richiesta con istanza di accesso del 21 settembre 2015.

La ricorrente deduceva l'illegittimità della procedura, innanzitutto, sul presupposto che la formazione della graduatoria provvisoria sarebbe stata falsata dalla mancata esclusione del RTI Maltauro, nonostante l'intervenuta condanna del legale rappresentante della società mandataria del suddetto raggruppamento per condotte, tenute nella stessa gara in esame, di associazione a delinquere, corruzione, turbata libertà degli incanti e rivelazione di segreti di ufficio.

Con due atti di motivi aggiunti, con i quali è stata impugnata anche la nomina a promotore dell'associazione temporanea di imprese aggiudicataria, la Società ricorrente deduceva l'illegittimità dell'aggiudicazione della gara di cui si tratta al raggruppamento controinteressato, sotto i seguenti, ulteriori profili, di cui alcuni finalizzati alla riformulazione della graduatoria:

- rilascio di fidejussioni invalide da parte del raggruppamento Maltauro e dell'impresa aggiudicataria, che di conseguenza avrebbero dovuto essere

escluse dalla procedura;

- mancata sottoscrizione del codice etico da parte di una delle consorziate del raggruppamento Maltauro;

- mancate dichiarazioni sostitutive da parte di alcuni dei soggetti (sempre facenti parte del RTI Maltauro) asseritamente tenuti a fornirle ai sensi del vecchio codice dei contratti pubblici;

- mancato possesso da parte del progettista indicato dal suddetto raggruppamento dei requisiti richiesti dal bando di gara;

- illegittima proroga da parte di Maltauro e del raggruppamento aggiudicatario della validità dell'offerta e delle cauzioni prestate, in quanto la conferma delle stesse sarebbe avvenuta dopo la scadenza del termine perentorio esplicitamente previsto;

- mancata dichiarazione sostitutiva dovuta *ex lege* da parte del rappresentante legale del socio persona giuridica della società mandante del raggruppamento di progettisti indicato dall'aggiudicataria;

- mancate dichiarazioni sostitutive da parte delle due persone fisiche incaricate dalla mandante del RTI Condotte di compiere tutti gli adempimenti correlati alla procedura pubblica;

- inidoneità delle dichiarazioni dei progettisti componenti del costituendo RTI indicato dall'aggiudicataria ad attestare il possesso dei requisiti tecnici ed economico - finanziari richiesti dalla *lex specialis* di gara;

- violazione delle norme sui requisiti di progettazione da parte del costituendo raggruppamento di progettisti indicato dall'aggiudicataria, in quanto presentatosi come raggruppamento di tipo misto e non come raggruppamento di tipo orizzontale;

- carenza dei requisiti di progettazione, connessa alla circostanza che nel raggruppamento di progettisti indicati dall'aggiudicataria la mandataria MC Architects s.r.l. non avrebbe posseduto in misura maggioritaria il requisito relativo ai cosiddetti servizi di punta;

- plurime violazioni da parte del raggruppamento aggiudicatario delle invariante progettuali stabilite dagli atti di gara a pena di esclusione (censura contenuta nei secondi motivi aggiunti).

La ricorrente chiedeva quindi l'annullamento dei provvedimenti impugnati e la condanna della stazione appaltante e della commissione giudicatrice, per quanto di rispettiva competenza, alla rimodulazione della graduatoria provvisoria e, conseguentemente, alla aggiudicazione della procedura in suo favore, previa dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Si sono costituite, resistendo al ricorso, ILSPA e Società Italiana per Condotte d'Acqua s.p.a., la quale ha proposto altresì ricorso incidentale, deducendo l'illegittimità del provvedimento di ammissione alla gara della ricorrente principale per i seguenti ordini motivi:

1. difformità del progetto preliminare dell'RTI Salini Impregilo dalle invariante progettuali:

- con riferimento alla recinzione dell'area destinata ad uso esclusivo delle Fondazioni INT e Besta (con prospettata violazione, al riguardo, anche dell'art. 38, comma 1, lett. f del codice dei contratti pubblici);

- con riferimento alle caratteristiche del "blocco operatorio multifunzionale" (mancata ubicazione della "Area Tac");

- con riferimento al numero di posti letto per il modulo "Hospice" (previsione di una poltrona al posto di un vero e proprio letto per il parente del malato);

- con riferimento alla soppressione del modulo "Hospice" risultante dall'elaborato grafico esplicativo della relazione illustrativa;

2. mancata comprova dell'effettiva sussistenza e consistenza del Servizio n. 1 (cosiddetto servizio di punta) indicato da Salini Impregilo – per il tramite del RTP di progettisti di cui si avvale – quale requisito tecnico di partecipazione (con conseguente non veridicità della dichiarazione firmata

dall'architetto Giulio Altieri, ed incidenza anche sui fatturati complessivi richiesti per alcune categorie di lavori);

3. violazione dell'ultimo comma dell'art. 252 del d.lgs. n. 163/2006, in quanto le referenze tecniche prodotte dai progettisti non avrebbero rispettato i limiti di legge in materia di subappalto;

4. mancata indicazione, in sede di pre-qualifica, delle quote di partecipazione delle singole imprese da parte del costituendo RTP facente capo alla ricorrente principale;

5. mancate dichiarazioni, ex art. 38 del d.lgs. 163/2006:

- da parte di uno dei soggetti cui erano stati conferiti tutti i poteri correlati alla partecipazione della gara;

- da parte di un procuratore generale (sig. Massimo Villa) che aveva sottoscritto la domanda in sede di pre-qualifica;

- da parte del Direttore generale Group Finance e Corporate della Salini Impregilo S.p.A;

- da parte di uno dei tre componenti del comitato esecutivo di Salini S.p.A.;

6. inidoneità della documentazione prodotta dalla ricorrente principale a comprovare il possesso dei requisiti del giovane professionista di cui all'art. 253, comma 5 del d.P.R. n. 297/2010.

7. mancata comprova da parte di Salini del requisito afferente al possesso di personale tecnico per almeno ottanta unità;

8. violazione delle norme sui requisiti di progettazione da parte del costituendo raggruppamento di progettisti indicato dall'aggiudicataria, in quanto presentatosi come raggruppamento di tipo misto e non come raggruppamento di tipo orizzontale.

A seguito di documentazione presentata in data 5 gennaio 2016 dalla ricorrente principale e al fine di evidenziare le seguenti criticità ravvisabili con riguardo ai requisiti di partecipazione dichiarati dall'RTP Salini Condotte s.p.a. ha proposto i seguenti motivi aggiunti al ricorso incidentale:

- la referenza costituita dalla progettazione dell'ospedale pediatrico "Al Jalila" di Dubai, indispensabile per soddisfare i requisiti di partecipazione stabiliti per le categorie III(a), III(b) e III(c), e per dimostrare il requisito relativo ai servizi di punta per le categorie I(g), III(b) e III(c), in realtà non sussisterebbe, poiché Studio Altieri S.p.A. avrebbe eseguito soltanto la progettazione architettonica;
- vi sarebbe assoluta incertezza su quale sia il reale importo dei lavori per la realizzazione dell'Ospedale "Al Jalila", sopra citato;
- Studio Altieri S.p.A., di conseguenza, avrebbe reso dichiarazioni e rappresentazioni documentali non veritiere sull'attività di progettazione eseguita con riferimento al predetto ospedale, al valore della realizzazione dello stesso, e, conseguentemente, al possesso dei requisiti di partecipazione.

Con la sentenza in epigrafe, n. 1134 in data 8 giugno 2016 il Tribunale Amministrativo della Lombardia, sede di Milano, Sezione Prima, respingeva il ricorso principale, nonché i relativi motivi aggiunti, e il ricorso incidentale, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Il Tribunale Amministrativo dichiarava inoltre cessata la materia del contendere con riferimento alla domanda di annullamento del provvedimento con cui la società resistente aveva parzialmente respinto l'istanza di accesso presentata in data 21 settembre 2015.

2. Avverso la predetta sentenza Salini Impregilo s.p.a. propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 6550/2016, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio Infrastrutture Lombarde s.p.a. chiedendo il rigetto dell'appello.

Anche la regione Lombardia si è costituita in giudizio formulando analoghe conclusioni.

Si è costituita in giudizio anche Condotte s.p.a. chiedendo il rigetto dell'appello e riproponendo, con appello incidentale, le argomentazioni dedotte in primo grado con ricorso incidentale.

Le parti hanno scambiato memorie.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 20 dicembre 2016.

3. La presente sentenza viene redatta in forma semplificata ai sensi dell'art. 120, sesto comma, del codice del processo amministrativo.

Le questioni dedotte dalle parti private con i ricorsi, e ora gli appelli, principali e incidentali, possono essere riunite in tre gruppi:

- a) illegittimità degli atti di ammissione alla gara;
- b) presenza, negli elaborati di appellante principale e incidentale, di difformità essenziali rispetto alla normativa di gara;
- c) correttezza del procedimento di valutazione delle offerte, specie in relazione all'individuazione delle offerte da ammettere alla comparazione.

Il Collegio deve anticipare di considerare fondate le censure proposte dall'appellante principale catalogabili sotto la lettera c).

Di conseguenza, assume rilievo, e deve essere esaminato per primo, l'appello incidentale, nella parte in cui contesta la regolarità della documentazione presentata dall'appellante principale per partecipare alla gara.

3.a. Deve preliminarmente essere rilevato come il primo giudice abbia esaminato nel merito il ricorso incidentale, respingendolo.

3.a.1. Le censure proposte avverso la sentenza appellata, nella parte relativa alle cosiddette "invarianze progettuali" (punti 1 – 4 del relativo esame) non possono essere condivise.

Invero, nella fase procedimentale di cui si tratta i partecipanti alla gara hanno dovuto predisporre un progetto preliminare; l'elaborato quindi doveva avere il grado di specificità, e quindi di vincolo per le ulteriori fasi

progettuali, propri di tale livello di progettazione.

Se tale affermazione è corretta, appare manifestamente contraddittorio pretendere che l'elaborato di base, predisposto dalla stazione appaltante, significativamente intitolato "linee guida" vincoli i progettisti in aspetti di mero dettaglio (l'appellante incidentale sostiene che costituisce motivo di esclusione dal procedimento anche la previsione di poltrone anziché letti per i familiari dei degenti) agevolmente correggibili in sede di progettazione definitiva.

Giustamente quindi il primo giudice ha riconosciuto alla commissione giudicatrice la facoltà di ammettere limitate deroghe alle previsioni di base.

Tale impostazione di base poteva essere censurata dimostrando l'illogicità delle scelte operate ma l'appellante incidentale non imposta la sua azione in tal senso, attribuendo invece alla progettazione di massima della stazione appaltante una rigidità irragionevole, in palese contraddizione con il contributo progettuale cui era finalizzata la gara.

La sua argomentazione non può quindi essere condivisa.

3.a.2. Nemmeno le censure proposte avverso la dimostrazione della qualificazione del progettista indicato dall'appellante principale possono essere condivise.

Il primo giudice ha affermato che *"il progettista indicato da Salini Impregilo ha adeguatamente comprovato l'avvenuto svolgimento del servizio di punta su cui si sono appuntate le censure di controparte, dovendosi considerare idonei sia il certificato rilasciato dall'Ente sanitario di Dubai (prodotto anche nella sua traduzione) che il certificato rilasciato dallo Studio Altieri International (non risultando vietata la possibilità di attestazione da parte di un privato), fermo restando che le eventuali incongruenze di tali certificati e degli importi ivi indicati non avrebbero potuto portare all'automatica esclusione del concorrente, ai sensi e per gli effetti dell'art. 46 del vecchio codice dei contratti pubblici;"*

*"la dichiarazione contestata dalla ricorrente incidentale e resa in data 23 gennaio 2014*

*dall'arch. Giulio Altieri, acclusa nella documentazione prodotta ai fini della comprova del possesso del requisito dei "servizi di punta", non aveva la finalità di attestare il possesso di un requisito di partecipazione e quindi una sua eventuale falsità, peraltro non dimostrata in modo inequivoco, non può considerarsi ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 come causa automatica di esclusione dalla procedura".*

Quanto osservato dal primo giudice deve essere condiviso atteso che l'appellante incidentale non giunge ad affermare che il raggruppamento indicato dall'appellante principale non avrebbe svolto il servizio di progettazione, relativo a un ospedale di Dubai, sul quale si basa la sua legittimazione alla partecipazione alla gara.

L'appellante contesta solo la regolarità della documentazione depositata.

Al riguardo deve essere rilevato che la regolarità della documentazione deve essere esaminata alla luce del fatto che questa proviene da Stato estero, e non può essere redatta secondo le forme tipiche dell'ordinamento amministrativo italiano.

Tale osservazione ulteriormente comprova l'esattezza dell'affermazione del primo giudice secondo la quale le anzidette irregolarità avrebbero, al più, imposto l'attivazione del cosiddetto soccorso istruttorio.

Analoghe considerazioni devono essere svolte in relazione alla dichiarazione del vice presidente di Studio Altieri International la cui eventuale poca chiarezza nel delineare i rapporti fra la suddetta organizzazione e Studio Altieri s.p.a. può comportare solo l'esperimento del soccorso istruttorio e non l'immediata esclusione dalla gara del partecipante, come richiesto dall'appellante incidentale.

Nemmeno può essere condivisa l'argomentazione con la quale l'appellante incidentale sostiene che il progettista non ha integralmente progettato il suddetto ospedale.

La documentazione alla quale si riferisce l'appellante incidentale infatti, non esclude affatto che l'importo dei servizi di progettazione svolti raggiunga la

cifra indicata dall'appellante principale.

E' infine evidente, alla luce delle considerazioni svolte fino a ora, che le dichiarazioni dei rappresentanti della Società che ha eseguito la progettazione non possono essere dichiarate false.

3.a.3. La violazione del compenso minimo per il subappaltatore, di cui all'art. 118 del codice degli appalti non rileva, nel caso di specie, in quanto, come esattamente osservato dall'appellante principale, tale vincolo non può essere invocato in relazione a un contratto di subappalto stipulato ed eseguito all'estero.

3.a.4. L'appellante incidentale sostiene che uno dei procuratori, nominati dall'appellante principale proprio per partecipare alla gara di cui si discute, non ha reso le dichiarazioni di cui all'art. 38 del codice degli appalti, per cui la Società doveva essere esclusa.

La censura deve essere respinta in quanto è rimasta priva di contestazione l'affermazione, dell'appellante principale, condivisa dal primo giudice, secondo la quale il suddetto procuratore non ha, in realtà, firmato gli atti di gara.

Il mancato utilizzo della procura lo esenta, quindi, dalla presentazione delle dichiarazioni di legge.

3.a.5. L'appellante incidentale sostiene che un procuratore dell'appellante principale, dotato di amplissimi poteri, tali da assimilarlo a un amministratore di fatto, doveva rinnovare la dichiarazione, già resa.

La censura si basa sul fatto che il suddetto dirigente era procuratore di Salini; la fusione con Impregilo avrebbe reso necessario il rinnovo delle dichiarazioni.

La tesi non può essere condivisa in quanto la fusione fra le due Società non ha innovato la situazione soggettiva del suddetto procuratore.

3.a.6. L'appellante incidentale sostiene che la dichiarazione di cui all'art. 38 doveva essere resa anche dal Direttore Generale *Group Finance and Corporate*

dell'appellante principale, in ragione degli ampi poteri attribuiti.

La censura deve essere respinta in quanto la necessità della dichiarazione è quanto meno dubbia per cui – a tutto voler concedere – la sua mancanza avrebbe imposto l'attivazione del soccorso istruttorio.

Inoltre, è rimasta priva di contestazione l'affermazione, del primo giudice, circa il possesso dei necessari requisiti di onorabilità da parte del dirigente di cui si tratta.

3.a.7. Per le stesse argomentazioni deve essere respinta anche la censura relativa alla necessità della dichiarazione di un componente del Comitato Esecutivo.

3.a.8. L'appellante principale sostiene che il raggruppamento incaricato della progettazione doveva indicare le quote di partecipazione dei soggetti associati, al fine di consentire il controllo del possesso delle qualificazioni necessarie, come richiesto dal bando di gara.

La censura è infondata in quanto il suddetto obbligo è imposto solo agli esecutori delle opere, non ai progettisti, come poi definitivamente chiarito dall'art. 37, tredicesimo comma, del codice dei contratti, come novellato dall'art. 1, comma 2 bis, lett. a), del d.l. 6 luglio 2012, n. 95.

3.a.9. L'appellante principale ha adeguatamente dimostrato la presenza di un giovane professionista all'interno del soggetto incaricato della progettazione.

Non può essere dato rilievo al fatto che il suddetto professionista per qualche tempo abbia operato come semplice apprendista, e quindi con l'assistenza di un supervisore, essendo usuale che, al di là dell'eventuale obbligo, il giovane professionista operi, all'interno dello studio, sotto il controllo di altro soggetto più esperto, anche dopo il periodo di apprendistato.

3.a.10. L'eventuale poca chiarezza della documentazione, certamente fornita, a comprova del personale tecnico impiegato non poteva

comportare l'esclusione dalla gara ma l'esperimento del soccorso istruttorio; giova sottolineare che l'appellante incidentale non ipotizza la mancanza, di fatto, del requisito.

3.a.11. La censura circa l'inammissibilità di un raggruppamento di tipo misto è formulata in termini sostanzialmente assertivi, senza motivazione specifica.

3.a.12. La censura circa la tardiva proposizione del ricorso di primo grado (stranamente proposta per ultima, nonostante il suo carattere preliminare e assorbente) è infondata in quanto la tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione definitiva fa venire meno l'interesse a coltivare l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria.

3.a.13. L'appello incidentale deve, in conclusione, essere respinto.

3.b.1. Il Collegio deve quindi procedere all'esame dell'appello principale.

Questo non è fondato, in relazione alle critiche formulate avverso la proposta di progetto dell'aggiudicataria, sostanzialmente per gli stessi motivi di cui al paragrafo 3.a. in quanto anche l'appellante principale pretende di dare alle linee guida una rigidità incompatibile con il livello di progettazione richiesto e con la stessa funzione delle linee guida.

3.b.2. L'appellante principale sostiene che l'appellante incidentale doveva essere esclusa per inidoneità dell'intermediario finanziario che ha rilasciato la necessaria fidejussione.

La doglianza non può essere accolta in quanto la cancellazione dell'intermediario dall'elenco speciale di cui all'art. 107 del T.U.B. è stata sospesa in sede giurisdizionale, per cui lo stesso legittimamente ha rilasciato la garanzia la cui efficacia non è venuta meno in forza dell'intervento giurisdizionale.

L'appellante principale sostiene poi che l'appellante incidentale ha confermato tardivamente la propria volontà di mantenere la validità della propria offerta e rinnovato la garanzia; la doglianza non può essere

condivisa in quanto il termine di cui si tratta non era prescritto a pena di decadenza.

3.b.3. Tutte le censure relative alle dichiarazioni ex art. 38 devono essere respinte in quanto relative a problemi di completezza, superabili con il ricorso al soccorso istruttorio.

3.b.4. La censura circa la partecipazione dei progettisti dell'appellante incidentale in raggruppamento di tipo misto devono essere respinte in quanto tale forma di partecipazione, come esattamente osservato dal primo giudice, non è esclusa dalla normativa di gara.

3.b.5. L'appellante principale sostiene che l'appellante incidentale doveva essere esclusa in quanto la mandataria del raggruppamento di progettisti indicato non possiede e non spende in misura maggioritaria all'interno del raggruppamento medesimo il requisito relativo ai servizi di punta, in violazione dell'art. 261 del regolamento approvato con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

La tesi non può essere condivisa in quanto, come esattamente rilevato dal primo giudice, il settimo comma del richiamato art. 261 esplicitamente si riferisce ai soli requisiti finanziari e tecnici di cui al successivo art. 263, comma primo lett. a), b) e d) e in base al principio della massima partecipazione non è consentita un'interpretazione estensiva della norma, che precluderebbe la presentazione dell'offerta in un'ipotesi non espressamente considerata dal legislatore.

3.b.6. E' invece fondata l'ulteriore censura, con al quale l'appellante principale lamenta l'illegittima partecipazione alla procedura di altro soggetto, chiamato in giudizio ma non costituitosi, la cui esclusione inciderebbe sul risultato del confronto a coppie, rendendo la sua offerta la migliore.

Occorre premettere come sia sostanzialmente pacifico che la concorrente in questione ha perso i requisiti di onorabilità di cui all'art. 38, primo

comma lett. c), del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, necessari per partecipare alla gara.

Infatti, l'allora rappresentante legale e firmatario dell'offerta per partecipare alla gara è stato condannato, insieme al responsabile del procedimento e ad alcuni componenti della commissione giudicatrice, tutti successivamente sostituiti, per illeciti commessi nel corso della procedura di cui ora si tratta.

La stazione appaltante risulta quindi parte lesa dell'illecito, ed è necessariamente venuta a conoscenza della condanna (il fatto peraltro non è contestato).

Tali elementi, come anticipato, non sono contestati; le parti appellate sostengono peraltro la loro irrilevanza sul piano processuale, sotto diversi profili.

In primo luogo la doglianza sarebbe inammissibile in quanto la candidata della cui ammissione si discute ha presentato la sesta migliore offerta, mentre l'appellante incidentale ha presentato, ovviamente, la migliore offerta e l'appellante principale la seconda; la sua esclusione dalla gara non potrebbe quindi incidere sull'individuazione dell'aggiudicatario.

Su tale base le parti appellate affermano la carenza di interesse dell'appellante principale.

L'eccezione non può essere accolta in quanto l'appellante afferma, in realtà non contraddetta dalle controparti, che la sua esclusione imporrebbe il ricalcolo del risultato del confronto a coppie per l'individuazione delle migliore offerta tecnica.

Tale operazione comporterebbe una diversa articolazione dei punteggi spettanti all'aggiudicataria e all'appellante, con l'attribuzione a quest'ultima del miglior punteggio.

L'appellante ha quindi dimostrato il suo interesse all'accoglimento della censura.

Le parti appellate oppongono che tale risultato non è ottenibile in quanto

l'art. 48, secondo comma, del d. lgs. 2 aprile 2006, n. 163, stabilisce che: *“la richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”*.

Ad avviso delle parti resistenti la norma impone la riformulazione della graduatoria solo qualora i controlli effettuati conducano all'esclusione dei primi due graduati; essa non sarebbe quindi applicabile nel caso che ora occupa, nel quale si discute dell'esclusione di chi ha presentato la sesta migliore offerta.

L'argomentazione non può essere condivisa.

E' vero che l'art. 48 tratta dei soggetti che hanno presentato la prima e la seconda migliore offerta, ma ciò non significa che solo le loro posizioni incidano sull'aggiudicazione della gara.

La norma, ad avviso del Collegio, impone un adempimento obbligatorio alla stazione appaltante, che deve necessariamente provvedere alle verifiche ivi previste nei confronti dei presentatori delle due migliori offerte, ma non sancisce affatto l'irrilevanza dell'irregolare partecipazione alla gara di altri soggetti.

Gli appellanti incidentali sostengono poi che la riformulazione della graduatoria sarebbe preclusa dall'art. 38, comma 2 *bis* ultimo periodo, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ai sensi del quale *“ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per la soglia di anomalia delle offerte”*.

Le questioni sollevate dalle appellate non possono essere condivise nemmeno sotto questo profilo in quanto la norma ha un contenuto

palesamente eccezionale, per cui può essere applicata esclusivamente nell'ambito ivi delineato, costituito dal calcolo della media o della soglia di anomalia.

Afferma, di conseguenza, il Collegio che la norma non può essere applicata nella ben diversa ipotesi, evidenziata nel caso in esame, della determinazione delle offerte da assoggettare al confronto a coppie; la norma non rileva quindi nemmeno in ordine alla determinazione dei punteggi conseguenti.

Sulla base di tali osservazioni afferma il Collegio che deve essere condivisa l'impostazione dell'appellante principale, secondo la quale il suddetto punteggio deve essere rideterminato espungendo dal confronto quella che poi è risultata essere la sesta migliore offerta.

Le appellate sostengono infine che a voler seguire il ragionamento dell'appellante principale anche altro partecipante si troverebbe nella stessa situazione del sesto classificato e l'esclusione del suddetto altro partecipante, che costituirebbe, per la stazione appaltante, atto dovuto, imporrebbe di rimaneggiare ulteriormente l'esito del confronto a coppie.

L'operazione imporrebbe, in conclusione, di confermare l'attuale aggiudicazione.

Neanche questa argomentazione può essere condivisa essendo precluso al giudice pronunciarsi su poteri che l'Amministrazione non ha ancora esercitato.

In forza di tutte le considerazioni fino a ora svolte la tesi dell'appellante principale circa l'illegittima ammissione alla gara della sesta classificata e sulla conseguente illegittimità dell'esito del confronto a coppie, inficiato dall'inserimento, al suo interno, della predetta offerta, deve essere condivisa.

4. L'appello principale deve, in conclusione, essere accolto e, in riforma della sentenza gravata, accolto il ricorso di primo grado, per l'effetto annullando l'impugnata aggiudicazione, nei sensi di cui in motivazione.

Non può invece essere accolta la domanda dell'appellante principale di immediata aggiudicazione della gara in proprio favore.

In base al principio di cui all'art. 34, secondo comma, del codice del processo amministrativo, già richiamato, spetta infatti all'Amministrazione esercitare i propri poteri rinnovando il procedimento, nel rispetto dei principi stabili dalla presente sentenza.

Le spese del giudizio devono essere integralmente compensate fra le parti costituite in ragione della complessità della controversia.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello n. 6550/2016, come in epigrafe proposto, accoglie il gravame principale, nei sensi di cui in motivazione, e respinge l'appello incidentale.

Compensa integralmente spese e onorari del giudizio fra le parti del giudizio fermo restando il diritto, dell'appellante principale, al recupero del contributo unificato versato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Manfredo Atzeni**

**IL PRESIDENTE**  
**Lanfranco Balucani**

## IL SEGRETARIO