



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 811 del 2011, proposto da CONCISE Consorzio Stabile s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandatario della costituenda ATI con Studio Tecnico Associato Tecnass, rappresentato e difeso dagli avv.ti Alessandro Pizzato, Renato Fusco e Michela Reggio D’Aci, presso lo studio di quest’ultima elettivamente domiciliato, in Roma, via degli Scipioni n. 288

contro

- il Commissario delegato per l'emergenza della mobilità riguardante la A4 (Tratto Venezia – Trieste) ed il Raccordo Villesse – Gorizia, in persona del Commissario p.t.;
- la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri p.t.;

rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale sono elettivamente domiciliati, in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

- Technital S.p.A., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con Polistudio S.p.A., Valentini Giorgio e Bissoli Beatrice Architetti associati, Cooproggetti s.c. a r.l. e ing. Vittorio Bozzetto, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Mazzoleni e Vania Romano, presso lo studio di quest'ultima elettivamente domiciliata, in Roma, viale Mazzini n. 6
- Valentini Giorgio e Bissoli Beatrice Architetti associati, Cooproggetti s.c.a r.l. e ing. Vittorio Bozzetto;
- A.N.A.S. S.p.A., in persona del legale rappresentante, non costituitasi in giudizio;
- AUTOVIE VENETE S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianni Zgagliardich, Elvio Mengotti, Luigi ed Andrea Manzi, elettivamente domiciliata presso lo studio di questi ultimi, in Roma, via Confalonieri n. 5

per l'annullamento

- della determina del responsabile unico del procedimento n. 26 del 25 gennaio 2011, che ha definitivamente assegnato all'ATI controinteressata l'appalto avente ad oggetto "il servizio di ingegneria attinente alle prestazioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori così come definite dall'art. 92 del D.Lgs. 81/2008 e s.m.i.

per i lavori di ampliamento dell'A4 con la realizzazione della terza corsia – Lotto Quarto D'Altino – San Donà di Piave (CIG 04689952EA)” e della nota di avviso datata 26 gennaio 2011 U/320;

- dei verbali delle sedute e delle operazioni di gara compiute dalla Commissione giudicatrice (verbale n. 1 del 2 agosto 2010; verbale n. 2 del 9 agosto 2010; verbale n. 3 del 18 agosto 2010; verbale n. 4 del 20 agosto 2010; verbale n. 5 del 15 settembre 2010; verbale n. 6 del 5 ottobre 2010), nella parte in cui l'ATI controinteressata è stata ammessa alla gara e ne è stata valutata l'offerta;
- dell'atto con cui l'ATI controinteressata è stata ammessa alla gara e della graduatoria finale;
- del contratto che fosse stato stipulato fra l'Amministrazione aggiudicatrice e l'ATI controinteressata, con declaratoria della sua inefficacia e/o invalidità;
- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, ivi compresa la determina di aggiudicazione provvisoria (verbale n. 5 del 5 ottobre 2010) e, per quanto di ragione, della nota del Commissario delegato in data 29 ottobre 2010 U/6993

E PER LA CONDANNA

delle Amministrazioni intimare a risarcire al ricorrente i danni tutti subiti e subendi per effetto della illegittima attività censurata:

- in principalità, in forma specifica mediante aggiudicazione dell'appalto al ricorrente, che ne ha titolo e che d'ora dichiara di voler subentrare all'ATI controinteressata;

- in subordine, per equivalente, mediante pagamento in favore del ricorrente delle somme dovute a titolo di ristoro dell'illecito affidamento dell'appalto all'ATI controinteressata, nelle componenti del danno emergente (per le spese sostenute ai fini della partecipazione alla gara) e del lucro cessante (per il mancato utile conseguente all'impossibilità di eseguire in tutto o in parte l'appalto).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Commissario Delegato Per L'Emergenza della Mobilità Riguardante La A4 e il Raccordo Villesse - Gorizia e di Soc Technital Spa + Ati e di Venete Spa Spa Autovie;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2011 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Esponne preliminarmente la ricorrente di aver preso parte alla gara indetta dal Commissario delegato per l'emergenza della mobilità riguardante la A4 (Tratto Venezia – Trieste) ed il Raccordo Villesse – Gorizia ai fini dell'affidamento del servizio di ingegneria attinente alle prestazioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori, così

come definite dall'art. 92 del D.Lgs. 81/2008 e s.m.i., per i lavori di ampliamento dell'A4 con la realizzazione della terza corsia – Lotto Quarto D'Altino-San Donà di Piave.

Relativamente al lotto da ultimo indicato, si graduava al primo posto la controinteressata Technital, mentre il Consorzio ricorrente si classificava secondo.

L'ATI vincitrice, secondo quanto esposto dal Consorzio CONCISE, non avrebbe peraltro dovuto essere ammessa alla gara, in quanto taluni dei suoi componenti si sarebbero trovati nelle situazioni di esclusione previste dagli artt. 5 e 12 del disciplinare di gara, che precludevano la partecipazione a tutti coloro che avessero concorso alla redazione del progetto preliminare e/o definitivo dell'opera.

Technital e Coopprogetti (riunite in ATI, la prima quale capogruppo e la seconda in qualità di mandante) avrebbero infatti eseguito la progettazione specialistica delle opere d'arte principali e delle opere d'arte minori nell'ambito del progetto definitivo dei lavori per il Lotto Quarto d'Altino-San Donà di Piave; mentre lo studio dell'Ing. Bozzetto avrebbe curato la stesura del Piano di Sicurezza e Coordinamento allegato al progetto definitivo dei lavori (oltre a partecipare, in qualità di capogruppo, alle gare per il servizio di Coordinatore dei lavori riguardanti gli altri due lotti dell'opera).

Avverso gli atti impugnati vengono dedotti i seguenti motivi di censura:

- 1) Violazione della lex specialis di gara (artt. 5 e 12 del disciplinare).

Violazione di legge (art. 90 del D.Lgs. 163/2006). Eccesso di potere per difetto ed erroneità del presupposto, travisamento del fatto, difetto di istruttoria.

Alla stregua di quanto precedentemente posto in luce, l'ATI Technital avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione, avuto riguardo alla presenza delle specifiche cause di incompatibilità previste dalle epigrafate disposizioni del disciplinare di gara.

Nel sottolineare come tali previsioni siano preordinate a garantire l'imparzialità della Stazione appaltante ed a tutelare la par condicio fra i concorrenti, evidenzia parte ricorrente come taluno di essi, ove partecipanti a pregresse fasi di progettazione, verrebbe ad acquisire un ingiustificato vantaggio competitivo nei confronti degli altri candidati, rappresentato dall'acquisita conoscenza dei contenuti progettuali.

Né, in contrario avviso, rivelerebbe condivisibilità quanto sostenuto dal Commissario delegato con nota del 29 ottobre 2010 (in replica ad osservazioni al medesimo fatte pervenire da CONCISE), secondo il quale la disposizione dell'art. 12 del Capitolato:

- sarebbe stata inclusa nell'originaria versione del disciplinare “per mero refuso tipografico”;
- ed avrebbe, peraltro, formato oggetto di successiva rettifica, sul sito web di Autovie Venete, mediante “cassazione” della stessa previsione.

Viene, in particolare, osservato:

- che il suindicato avviso non recherebbe carattere di espressa (e, comunque, legittima) modifica alla *lex specialis*, sia in relazione all'omessa adozione di essa ad opera della competente Autorità, sia con riferimento alle stesse modalità di pubblicazione sul web;

- e che, comunque, la (pur contestata) espunzione della disposizione di cui al citato art. 12 non possa essere legittimamente sussunta nel novero dei poteri derogatori conferiti all'organo commissariale.

In ogni caso, rimarrebbe pur sempre ferma la previsione – di omogeneo contenuto – di cui all'art. 5 del Capitolato, sostanzialmente riprodotiva delle indicazioni in materia dettate dall'art. 90 del D.Lgs. 163/2006.

2) Violazione di legge e dei principi fondamentali in materia di concorrenza, di imparzialità, di trasparenza e di par condicio dei concorrenti (artt. 90 e 164 del D.Lgs. 163/2006). Eccesso di potere per difetto di presupposto e difetto di istruttoria. Sviamento.

Anche in ragione dei principi affermati in giurisprudenza, la presenza di una iniziale situazione di disomogeneità fra concorrenti scaturente dalla posizione di vantaggio da uno di essi acquisita in relazione alla pregressa attività svolta con l'Amministrazione determinerebbe, secondo la prospettazione di parte ricorrente, una situazione di incompatibilità suscettibile di escludere l'ammissione ad una gara.

Vengono, per l'effetto, ribadite le già svolte considerazioni con le quali è stata illustrata l'attività di concorso nella progettazione definitiva dei lavori per il lotto in esame svolta da Technital e da

Cooprogetti, nonché l'intervenuta predisposizione del Piano di Sicurezza e Coordinamento da parte dello studio dell'Ing. Bozzetto (anch'esso figurante fra le mandanti del raggruppamento proclamato aggiudicatario).

Nel sottolineare come le prestazioni da dedurre in offerta per il servizio messo in gara fossero strettamente connesse ai contenuti del progetto definitivo e del relativo PSC, ribadisce parte ricorrente il vantaggio competitivo – rispetto agli altri concorrenti – rinvenibile in capo ai soggetti che avevano concorso alla predisposizione degli elaborati progettuali

3) Violazione dei principi generali di logicità, congruenza ed adeguatezza dell'azione amministrativa. Sviamento.

Rileva parte ricorrente che le ditte che si sono aggiudicate le tre gare relative ai distinti lotti dell'opera in questione avrebbero indicato i medesimi professionisti a ricoprire i vari ruoli di supporto al servizio di Coordinatore dei lavori, garantendone la presenza continuativa giornaliera in cantiere.

Tale circostanza, secondo quanto dalla parte ricorrente argomentato, si rivelerebbe di impossibile attuazione, atteso che la diversità dei lotti nei quali l'opera è stata suddivisa precluderebbe una contemporanea presenza in una pluralità di cantieri.

Le tre offerte risultate aggiudicatarie per i tre lotti sarebbero quindi, fra loro, reciprocamente incompatibili, in quanto insuscettibili di contemporanea esecuzione.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Sollecita ulteriormente parte ricorrente il riconoscimento del pregiudizio asseritamente sofferto a seguito dell'esecuzione dell'atto impugnato, con riveniente accertamento del danno e condanna dell'Amministrazione intimata alla liquidazione della somma a tale titolo spettante.

L'Amministrazione statale intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Analoghe considerazioni e conclusioni sono state rassegnate da Autovie Venete, concessionaria dell'opera, parimenti costituitasi in giudizio.

Si è inoltre costituita in giudizio Technital S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI proclamata aggiudicataria della gara relativa al lotto de quo.

Nell'escludere la fondatezza delle argomentazioni esposte con l'atto introduttivo del giudizio, la parte sopra indicata ha, ulteriormente, proposto ricorso incidentale, chiedendo l'annullamento dei verbali di gara del 2 agosto 2010 n. 1 (nella parte in cui è stata disposta l'ammissione della ricorrente), del 9 agosto 2010 n. 2, del 18 agosto 2010 n. 3, del 20 agosto 2010 n. 4, del 15 settembre 2010 n. 5 e del 5 ottobre 2010 n. 6, nonché degli atti di approvazione della graduatoria finale (nella parte in cui non hanno escluso, ed hanno anzi valutato,

la domanda di gara dell'ATI CONCISE), alla luce dei seguenti profili di censura:

Violazione di legge: omessa applicazione degli artt. 5 del disciplinare di gara e 90 e 164 del D.Lgs. 163/2006. Eccesso di potere per violazione dei principi di concorrenza e par condicio dei concorrenti. Difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

Premesso che fra i soci del Consorzio CONCISE figurano C & T Engineering s.r.l., nonché Eng. Team & Partners S.p.A., rileva la ricorrente incidentale come l'ing. Francesco Toninato sia il legale rappresentante della prima ed il Direttore Tecnico di entrambe le società.

La stessa C & T Engineering ha partecipato, quale progettista individuato, all'appalto integrato concernente la progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di costruzione dell'ampliamento della terza corsia della A4, proprio con riferimento al tratto Quarto d'Altino-S. Donà di Piave.

Argomenta conseguentemente Technital che la costituenda ATI formata dal Consorzio CONCISE e dallo Studio Tecnico Associato Tecness avrebbe dovuto essere stata esclusa dalla selezione, in quanto l'art. 5 del disciplinare di gara prevedeva che "il concorrente e il Coordinatore per l'esecuzione, pena l'esclusione, non devono trovarsi nelle condizioni previste dagli articoli 38 e 90, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i."; ovvero che non debbono essere stati affidatari di incarichi di progettazione.

Nell'osservare come le suindicate disposizioni siano poste a presidio del principio di imparzialità dell'Amministrazione ed a tutela della par condicio dei concorrenti (in quanto chi ha preso parte alla fase progettuale dell'opera finirebbe per trovarsi – mercé la più approfondita conoscenza dei documenti – in posizione privilegiata rispetto ad ogni altro partecipante) sostiene Technital che, alla luce della *lex specialis*, il seggio di gara non avrebbe dovuto ammettere l'ATI ricorrente principale.

Soggiunge la ricorrente incidentale che nella formulazione dell'offerta – proprio in ragione della pregressa partecipazione all'elaborazione progettuale di carattere esecutivo – CONCISE avrebbe fruito di una posizione di oggettivo vantaggio a fronte della conoscenza del modo con cui era stata individuata la durata del servizio posto in gara ed in relazione alla cantierizzazione materiale dei lavori.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 6 aprile 2011.

DIRITTO

1. La prima questione che il Collegio è chiamato ad affrontare, con riferimento alla illustrata proposizione di ricorso incidentale ad opera dell'intimata Technital, risiede nell'individuazione dell'ordine di esame dei contrapposti mezzi di tutela che caratterizzano la presente controversia.

1.1 Come è noto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

(sentenza 10 novembre 2008 n. 11) ha affermato la necessità di esaminare sia il ricorso principale che quello incidentale, a prescindere dal relativo ordine, nel solo caso in cui i ricorrenti principale e incidentale siano i due soli soggetti ammessi ad una gara di appalto.

Per i casi in cui alla gara di appalto siano ammessi più di due soggetti e, segnatamente, soggetti diversi dal ricorrente principale e incidentale, la Plenaria ha ribadito il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui se il ricorso incidentale deve essere accolto, comportando così l'esclusione dalla gara del ricorrente principale, viene meno in capo al ricorrente principale la legittimazione al ricorso, che va pertanto dichiarato improcedibile.

Si sostiene, infatti, che “il giudice può esaminare prima il ricorso incidentale, come avviene quando l'aggiudicatario di una gara – cui siano state ammesse almeno tre offerte – abbia dedotto l'illegittimità dell'atto che vi abbia ammesso il ricorrente principale”.

Infatti, ove il ricorso incidentale vada accolto, per la risalente pacifica giurisprudenza (incontestata in sede dottrina):

- l'impresa ricorrente principale, che ha presentato l'offerta da escludere (come statuito dal giudice), non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara, poiché, pur se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione della aggiudicataria, l'amministrazione – salvo l'esercizio del potere di autotutela – non

potrebbe che prendere in considerazione l'offerta o le offerte presentate dalle altre imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili;

- il ricorso principale diventa conseguentemente improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità.

La soluzione accolta fa leva sulla nozione di interesse strumentale al ricorso e sul principio di imparzialità del giudice e parità delle parti, principi che prevarrebbero sulle regole ordinarie relative all'ordine di trattazione delle questioni.

Si è, pertanto, ritenuto che quando entrambe le imprese ammesse alla gara (nel caso in cui esse siano state solo due; ovvero tutte le imprese ammesse alla gara, nell'ipotesi in cui esse siano in numero superiore a due) abbiano impugnato l'atto (o gli atti) di ammissione dell'altra (delle altre), la scelta del giudice quanto all'ordine di trattazione dei ricorsi non possa avere rilievo decisivo sull'esito della lite.

Ne consegue che l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale – esaminato anteriormente – non rivela valenza preclusiva rispetto all'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale – esaminato prima – non preclude l'esame di quello incidentale, poiché tutte le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di un'ulteriore gara.

Quanto precede comporta che, nel rispetto dei principi processuali sull'interesse e sulla legittimazione a ricorrere, il giudice, qualunque

sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato (principale o incidentale), debba in ogni caso pronunciarsi su tutti i ricorsi al fine di garantire la tutela dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara.

1.2 Nell'osservare come i suesposti principi abbiano formato oggetto di critica, ad opera della VI Sezione dello stesso Consiglio di Stato (la quale, con ordinanza 18 gennaio 2011 n. 251, ha nuovamente rimesso la relativa questione interpretativa all'Adunanza Plenaria), rileva il Collegio come la problematica come sopra sintetizzata sia, invero, estranea al quadro di mezzi di tutela proposto dall'odierno giudizio.

A fronte del ricorso principale proposto da CONCISE (seconda graduata) e del ricorso incidentale successivamente presentato dall'aggiudicataria Technital, va infatti osservato come la conclusiva graduatoria della selezione formata relativamente all'affidamento del servizio di ingegneria per la realizzazione della terza corsia dell'Autostrada A4 (Lotto Quarto d'Altino-San Donà di Piave) contempli la presenza di ulteriori soggetti, tutti costituiti in ATI (SINECO S.p.A., Presents s.a.s. e Cilento Ingegneria), successivamente graduatisi e le cui offerte sono state, tutte, giudicate non anomale.

2. A quanto sopra esposto, consegue l'esigenza di esaminare, con carattere di inevitabile priorità logica, le questioni proposte (da Technital) con il ricorso incidentale, il cui (eventuale) accoglimento

condurrebbe alla esclusione della ricorrente CONCISE dalla procedura di gara oggetto del presente giudizio.

Va infatti ribadito che, nei giudizi relativi alle procedure di affidamento, ove le censure del ricorso incidentale riguardino la partecipazione del ricorrente principale, l'accoglimento del mezzo di tutela sotto tale profilo rende improcedibile il ricorso principale, non sussistendo più in capo al ricorrente l'interesse concreto ed attuale alla decisione di quest' ultimo, neppure sotto l'aspetto della tutelabilità dell'interesse strumentale al rifacimento della gara, atteso che la presenza di ulteriori soggetti utilmente graduatisi esclude in nuce la praticabilità di detta ipotesi.

2.1 Ciò posto, la ricorrente incidentale Technital deduce:

- in primo luogo, che fra i soci del Consorzio CONCISE figurano C & T Engineering s.r.l., nonché Eng. Team & Partners S.p.A.; osservando come l'ing. Francesco Toninato sia il legale rappresentante della prima ed il Direttore Tecnico di entrambe le società;
- secondariamente, che C & T Engineering ha partecipato, quale progettista individuato, all'appalto integrato concernente la progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di costruzione dell'ampliamento della terza corsia della A4, proprio con riferimento al tratto Quarto d'Altino-S. Donà di Piave;
- la costituenda ATI formata dal Consorzio CONCISE e dallo Studio Tecnico Associato Tecness avrebbe dovuto essere stata

esclusa dalla selezione, in quanto l'art. 5 del disciplinare di gara prevedeva che “il concorrente e il Coordinatore per l'esecuzione, pena l'esclusione, non devono trovarsi nelle condizioni previste dagli articoli 38 e 90, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.”; ovvero che non debbono essere stati affidatari di incarichi di progettazione.

L'art. 90, comma 8, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 prevede l'esclusione dagli appalti o dalle concessioni di lavori pubblici, nonché dagli eventuali subappalti o cottimi, degli affidatari di incarichi di progettazione i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione.

Nel precisare come le situazioni di controllo e di collegamento si determinino con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 c.c., la norma soggiunge che i divieti di cui sopra sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti.

La riportata previsione di legge è analoga a quanto era previsto dall'art. 17, comma 9, della legge 11 febbraio 1994 n. 109: la quale stabiliva che gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la

suddetta attività di progettazione; né ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione.

Tale disposizione è stata interpretata in giurisprudenza come espressione di un principio generale: imponendosi, per l'effetto, di valutare se lo svolgimento del precedente incarico possa creare tra i partecipanti ad una gara una posizione di vantaggio, incompatibile con i principi, anche comunitari, di concorrenza e disparità di trattamento.

In altri termini, la concreta attuazione del fondamentale cardine interpretativo rappresentato dal principio generale di trasparenza ed imparzialità (direttamente strumentale alla garanzia di parità di trattamento fra i partecipanti alle pubbliche selezioni) implica l'esigenza che i concorrenti ad una procedura di evidenza pubblica debbano rivestire la medesima posizione.

La regola generale della incompatibilità, come sopra fissata, quanto ai profili di interesse, dall'art. 90 del Codice dei contratti, garantisce la genuinità della gara, e il suo rispetto prescinde dal fatto che realmente si sia dato un vantaggio per un concorrente a motivo di una qualche sua contiguità con l'Amministrazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. VI 2 ottobre 2007 n. 5087).

Non si tratta, dunque, di ricercare ipotesi tipiche, normativamente individuate dal legislatore, ma di valutare se vi sia stata una differente

posizione di partenza nella partecipazione alla procedura per l'affidamento dell'incarico di progettazione, che abbia dato luogo a un possibile indebito vantaggio per taluno dei partecipanti.

Lo svolgimento della gara nei contratti pubblici ha la funzione di assicurare la par condicio tra tutti i potenziali interessati a contrattare con l'amministrazione e di consentire all'amministrazione stessa, mediante l'acquisizione di una pluralità di offerte, di contrattare alle condizioni più vantaggiose.

La concorrenza è un principio valorizzato al massimo grado della normativa comunitaria, alla stregua della quale la scelta del contraente, al di là delle ipotesi legislativamente disciplinate, incontra, in ogni caso, i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza, imponendosi così una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (Consiglio Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 889).

2.2 Come sopra chiarito il quadro normativo ed interpretativo concerne le ipotesi di incompatibilità delineate dal comma 8 dell'art. 90 del D.Lgs. 163/2006, va ulteriormente precisato come l'applicabilità della disposizione all'esame relativamente alla presente procedura selettiva transiti attraverso il richiamo ad essa operato dagli artt. 5 e 12 del Disciplinare di gara (con riserva, alla stregua di quanto verrà in seguito esposto, di verifica in ordine alla persistente

vigenza della disposizione ex art. 12 citato).

Va infatti osservato che l'Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 settembre 2008 n. 3702 (recante Disposizioni urgenti di protezione civile per fronteggiare l'emergenza determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nell'asse autostradale Corridoio V dell'autostrada A4 nella tratta Quarto d'Altino-Trieste e nel raccordo autostradale Villesse-Gorizia) abbia autorizzato il Commissario delegato all'uopo nominato ai sensi dell'art. 1 a derogare, ove ritenuto indispensabile e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e della direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 ottobre 2004 alle seguenti disposizioni di cui al D.Lgs. 16 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni ed integrazioni (art. 4, comma 1, lett. c):

- Parte I, titolo I, articoli 6, 7, 8, 11 e 12;
- Parte II, titolo I, articolo 30; Capi II, III e IV, articoli 34, 36, 37, 42, 49, 50, 53, 55, 56, 57, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 70, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 111, 118 e 120, titolo II, articoli da 121 a 125, titolo III, articoli da 126 a 194;
- Parte IV, articoli da 239 a 246;
- Parte V, articolo 253 e disposizioni regionali in materia di pubblici appalti;
- disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 e del decreto ministeriale 19 aprile 2000, n. 145, strettamente collegate all'applicazione delle suindicate norme;

- nonché, una volta entrati in vigore, regolamenti e capitoli di cui all'articolo 5 del decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 2006 n. 163 per la parte attuativa ed integrativa delle suindicate norme.

Se, alla stregua di quanto sopra riportato, l'art. 90 rientra fra le disposizioni suscettibili di deroga, il richiamo ad esso operato in seno al Disciplinare (segnatamente, i rammentati artt. 5 e 12) rende pienamente applicabile la norma in questione alla fattispecie all'esame, atteso che il potere come sopra conferito all'organismo commissariale, per espressa indicazione di *lex specialis*, non ha formato oggetto di esercizio relativamente alla previsione di che trattasi ex D.Lgs. 163/2006.

2.3 Quanto sopra osservato – e ribadita, dunque, la piena operatività dell'art. 90 relativamente alla procedura selettiva di che trattasi – la censura dedotta dalla ricorrente incidentale non incontra, tuttavia, elementi di fattuale riscontro suscettibili di orientare il giudizio rimesso all'adito organo di giustizia nel senso della fondatezza della doglianza.

Come illustrato nella nota del RUP in data 29 ottobre 2010 (allegato n. 3 alla documentazione depositata in giudizio dalla ricorrente incidentale il 17 febbraio 2011), C & T Engineering – consorziata di CONCISE – ha, invero, partecipato, in veste di progettista individuato, all'appalto integrato concernente la progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di costruzione dell'ampliamento

dell'A4 con la terza corsia nel tratto Quarto d'Altino-San Donà di Piave.

Tale appalto integrato, peraltro, è stato aggiudicato all'ATI costituita fra Impregilo S.p.A., Impresa di costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A., COVECO Consorzio Veneto Cooperativo, SOCOSTRAMO s.r.l., Carron cav. Angelo S.p.A.

Se, alla stregua di quanto sopra esposto, C & T Engineering non è risultata aggiudicataria dell'appalto integrato anzidetto, va quindi escluso che possa trovare applicazione la fattispecie descritta al comma 8 dell'art. 90 del Codice dei Contratti: la quale, giova ribadirlo, esclude che possano “partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi” i soli “affidatari di incarichi di progettazione”, in quanto abbiano “svolto la suddetta attività di progettazione”: previsione che, in ragione della tassatività dell'ipotesi di esclusione, appare insuscettibile di interpretazione estensiva riferita (oltre che agli affidatari, anche) ai (meri) partecipanti (non affidatari) alla procedura selettiva.

Conclusione, quella ora illustrata, che si dimostra avvalorata anche dalla previsione dettata all'art. 5 del Disciplinare di gara, laddove si stabilisce che “il Concorrente ed il Coordinatore per l'Esecuzione, pena l'esclusione, non devono trovarsi nelle condizioni previste dagli articoli 38 e 90, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. e dagli articoli 51 e 52 del D.P.R. n. 554/1999 e s.m.i.”: per l'effetto

escludendosi un'ulteriore ambito espansivo – anche con riferimento (non ai soli affidatari, ma anche) ai partecipanti – della fondamentale previsione ex art. 90 citato.

2.4 Del resto, come illustrato da CONCISE con memoria depositata il 20 marzo 2011, al momento dell'indizione della procedura i cui esiti hanno formato oggetto di contestazione nell'ambito del presente giudizio, la progettazione esecutiva non aveva ancora trovato inizio, come esplicitamente indicato nello stesso Disciplinare di gara, laddove si dà espressamente atto che “è imminente l'avvio della fase della progettazione esecutiva e della redazione del PSC, e pertanto la documentazione di riferimento a base della presente offerta ... attiene necessariamente al Progetto definitivo, completo di PSC, approvato dal Commissario Delegato con decreto n. 13 del 20 aprile 2009”.

Se, quindi, C & T Engineering è estranea all'attività di progettazione definitiva e, con riferimento all'attività di progettazione esecutiva, ha bensì partecipato alla relativa procedura di affidamento, ma non ne è risultata vincitrice (affidataria) sulla base di quanto precedentemente osservato, va escluso che, in una con l'applicabilità dell'art. 90 del D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 5 del Disciplinare di gara, possa fondatamente essere ascritta in capo all'ATI CONCISE la presenza di una causa di esclusione dalla gara ora all'esame.

Il ricorso incidentale di Technital deve, conseguentemente, essere respinto.

3. Viene, per l'effetto, all'esame il ricorso principale proposto da CONCISE.

3.1 Il primo dei motivi di gravame esposti con tale mezzo di tutela riguarda – come indicato in narrativa – l'affermata violazione degli artt. 5 e 12 del Disciplinare di gara, atteso che:

- Technital (mandataria dell'ATI affidataria) e Cooprogetti (mandante) hanno svolto la progettazione specialistica delle opere d'arte principali e delle opere d'arte minori nell'ambito del progetto definitivo dei lavori per il Lotto Quarto d'Altin-San Donà di Piave;
- lo studio dell'Ing. Bozzetto (altra mandante della suddetta ATI) ha curato la stesura del Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC) allegato al progetto definitivo dei lavori;
- lo stesso Ing. Bozzetto figurava fra i redattori del progetto preliminare.

Fermo quanto disposto dall'art. 5 del Disciplinare (riportato sub 2.2), va osservato come l'art. 12 dello stesso documento di gara prevedesse che, “ai sensi dell'art. 90, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., le persone fisiche e giuridiche che hanno concorso alla redazione del Progetto preliminare e/o del Progetto definitivo, non possono in alcuna forma e a qualsiasi altro titolo partecipare alla presente procedura di affidamento, a pena di esclusione. Il predetto divieto è esteso anche a tutti i soggetti che abbiano collaborato, a diverso titolo, alla stesura del Progetto preliminare e/o del Progetto definitivo”.

L'art. 12 in questione, peraltro, ha conosciuto una – invero singolare – vicenda, atteso che la disposizione di *lex specialis* in discorso, pur inserita nel Disciplinare, è stata tuttavia contemplata in un “avviso di rettifica” pubblicato sul sito web di Autolinee Venete S.p.A. (concessionaria dell'opera; e del cui “supporto tecnico, operativo e logistico” il Commissario era facoltizzato ad avvalersi ai sensi dell'art. 2, comma 1, dell'O.P.C.M. 3702/2008), nel quale testualmente leggesi:

“ATTENZIONE: L'art. 12 (ESECUZIONE DELL'APPALTO) del Disciplinare di gara è stato “cassato” ed è dunque da considerarsi come non apposto”.

Ora, impregiudicate le questioni sollevate dalle parti resistenti (Amministrazione dello Stato; Autovie Venete; Technital) in ordine al corretto esercizio delle modalità di espunzione dell'art. 12 (a fronte delle argomentazioni con le quali parte ricorrente ha, al contrario, contestato l'illegittimità sia della forma di pubblicizzazione sul web, sia dello stesso esercizio del potere di “incisione” sulle norme di *lex specialis*, rientrante nelle prerogative del Commissario e non della concessionaria) è importante sottolineare che, quand'anche si acceda alla tesi della “valida” eliminazione dell'art. 12 (il quale, quindi, andrebbe considerato ai fini in esame *tamquam non esset*), nondimeno la “penetrazione” dell'art. 90 nel novero delle regole di gara è assicurata dalla (persistente) operatività dell'art. 5 dello stesso Disciplinare (il quale, diversamente dal successivo art. 12, non ha

formato oggetto di interventi “cassatori”).

Orbene, proprio l’art. 5 di lex specialis stabilisce che “il concorrente ed il coordinatore per l’esecuzione, pena l’esclusione, non devono trovarsi nelle condizioni previste dagli articoli 38 e 90, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. e dagli articoli 51 e 52 del D.P.R. n. 554/1999 e s.m.i.”.

Il chiaro disposto della riportata previsione di gara impone, con ogni evidenza, di anettere vigenza alla preclusione, ai fini della partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, che colpisce i soggetti affidatari di incarichi di progettazione, laddove essi abbiano svolto la suddetta attività di progettazione.

3.2 Che tale divieto, per come richiamato dall’art. 5 – e, quindi, si ribadisce, avente piena applicabilità alla gara in questione – rivesta carattere tassativo, è invero insuscettibile di contrario convincimento. Depone, in tal senso, la stessa giurisprudenza da Autovie Venete a sostegno della tesi dalla predetta parte ex adverso sostenuta rispetto alle argomentazioni della ricorrente CONCISE.

In particolare, appare utile soffermarsi sui principi – del tutto condivisibilmente – affermati dalla Sezione VI del Consiglio di Stato (sentenza 2 ottobre 2007 n. 5087), laddove (in sede di esame della disposizione ex art. 17, comma 9, della legge 109/1994, omogenea contenutisticamente rispetto all’art. 90, comma 8, del D.Lgs. 163/2006), si sostiene che:

- se “la regola, di cui all[1] ... art. 17, comma 9, della legge n. 109/1994, è chiara nel porre un divieto nella sola ipotesi in cui il progettista partecipi della esecuzione dei lavori, e non nel caso in cui un soggetto che abbia eseguito lavori partecipi ad una gara per l'affidamento di un incarico di progettazione”

- tale “regola è ... espressione del principio generale di trasparenza ed imparzialità, la cui applicazione è necessaria per garantire parità di trattamento, che ha per suo indefettibile presupposto il fatto che i concorrenti ad una procedura di evidenza pubblica debbano rivestire la medesima posizione”;

- trattandosi, quindi, di valutare, esclusivamente, “se vi sia stata una differente posizione di partenza nella partecipazione alla procedura per l'affidamento dell'incarico di progettazione ..., che abbia dato luogo a un possibile indebito vantaggio per l'aggiudicataria”.

Prosegue la sentenza in rassegna precisando che “la regola generale della incompatibilità garantisce la genuinità della gara, e il suo rispetto prescinde dal fatto che realmente si sia dato un vantaggio per un concorrente a motivo di una qualche sua contiguità con l'Amministrazione appaltante. In tal senso, quel che rileva è la situazione dei partecipanti alla gara, il cui esame deve evidenziare, in modo oggettivo, una disomogeneità di partenza per la particolare posizione in cui qualche concorrente viene a trovarsi”.

Apparentemente dissonante con il convincimento sopra riportato si rivela il contenuto della decisione della Corte di Giustizia CE, Sez. II,

3 marzo 2005 (resa a fronte dei procedimenti riuniti C-21/03 e C-34/03 ed avente ad oggetto talune domande di pronuncia pregiudiziale sottoposte alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Conseil d'Etat del Regno del Belgio), che ha affermato il contrasto con l'ordinamento comunitario di una disposizione nazionale che consenta l'esclusione "di una domanda di partecipazione o la formulazione di un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, da parte di una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda alla medesima la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza".

Ora, impregiudicata la non puntuale sovrapponibilità dei (generici) presupposti in fatto indicati dalla Corte lussemburghese (ricerca, sperimentazione, studio o sviluppo) rispetto al rapporto che ricongiunge la partecipazione alla progettazione preliminare o definitiva rispetto alla progettazione esecutiva, quand'anche si voglia accedere alla tesi del giudice europeo (nel senso che la preclusione alla partecipazione non opererebbe automaticamente, ma implicherebbe pur sempre la possibilità di dimostrare l'ininfluenza della partecipazione a pregressi stadi di formazione progettuale rispetto a quello oggetto di gara), nondimeno le chiare evidenze acquisite in atti consentono di ritenere pienamente raggiunta tale prova; e, con essa, dimostrato il vantaggio anticompetitivo

ravvisabile in capo al progettista definitivo rispetto alla progettazione esecutiva di cui alla procedura selettiva all'esame del Collegio.

3.3 Come dimostrato dalla ricorrente con concludente corredo documentale, l'ATI costituita, fra gli altri, da Technital e Cooproggetti (rispettivamente, mandataria e mandante dell'ATI aggiudicataria della gara oggetto della presente controversia) ha predisposto la progettazione specialistica riguardanti le seguenti opere d'arte concernenti (proprio) il Tratto autostradale Quarto d'Altino-San Donà di Piave:

- sottopasso S.P. 41 Quarto d'Altino-Pontegradi;
- ponte sul fiume Sile;
- sottopasso S.C. Quarto d'Altino-La Costa;
- ponte sul fiume Musestre;
- ponte sul fiume Vallo;
- sottopasso S.C. Roncade-Meolo;
- ponte sul fiume Meolo;
- ponte sul fiume Piave;

oltre ad aver progettato in via definitiva, per come parimenti documentato dalla ricorrente principale, opere d'arte minori pure riguardanti la tratta autostradale in questione.

La non irrilevante partecipazione progettuale della controinteressata alla definizione di non marginali opere afferenti il medesimo tratto autostradale oggetto, a mezzo della gara oggetto ora di esame, di affidamento del servizio di ingegneria attinente alle prestazioni del

coordinatore per l'esecuzione dei lavori, appieno consente di dare ingresso al principio (già affermato dall'art. 17 della legge 109/1994; ribadito poi dall'art. 90 del D.Lgs. 163/2006; ed applicabile alla gara de qua mercé il recepimento della norma da ultimo citata, pur astrattamente suscettibile di deroga, ad opera dell'art. 5 del Disciplinare di gara) di incompatibilità: al quale necessariamente avrebbe dovuto far seguito l'esclusione del raggruppamento Technital.

È appena il caso di osservare come la parità di trattamento dei concorrenti costituisca principio indefettibile di ordine generale, che ha come punto di partenza l'estraneità dei concorrenti alle strategie programmatiche dei soggetti che indicano la gara.

Alla generalità del principio non osta la sua enunciazione in ipotesi tipiche, giacché esso è immanente al sistema generale della scelta dei contraenti da svolgersi con le garanzie dell'evidenza pubblica.

La tipizzazione delle differenti ipotesi non indica altro che una particolare attenzione dal legislatore prestata a fenomeni che più degli altri possono dare luogo alla distorsiva partecipazione alla gara in posizione di vantaggio, a causa della ordinaria partecipazione di soggetti esterni a momenti di formazione progressiva delle linee strategiche della stazione appaltante.

Una regola generale di incompatibilità (per il soggetto che abbia concorso a definire le linee programmatiche della stazione appaltante, a partecipare al concorso indetto per dare concreta

attuazione al programma) deve essere quindi desunta direttamente dalla operatività – in tutte le gare ad evidenza pubblica – del principio in sé, per la considerazione che la “parità” finisce con l'essere esclusa in radice allorché uno dei concorrenti abbia partecipato al momento di fissazione degli obiettivi da perseguire attraverso la gara.

Pur non essendovi, infatti, immedesimazione fra stazione appaltante e soggetto (che abbia partecipato alla redazione, come nel caso di specie, del progetto definitivo) viene nondimeno a determinarsi una contiguità che, nella gara intesa alla attuazione dell'elaborato progettuale (o di una sua parte), pone quest'ultimo, in partenza, in una posizione diseguale rispetto alla generalità dei concorrenti.

In ciò, dunque, risiede l'incompatibilità denunciata dal ricorrente principale (la cui operatività non avrebbe, peraltro, richiesto di essere espressamente enunciata e ribadita nella *lex specialis* laddove la norma ex art. 90 non fosse stata suscettibile di deroga ad opera dell'organo commissariale), ex se rilevando l'insanabile asimmetria di partenza, dalla quale muovono, rispettivamente, le posizioni di chi abbia concorso a formulare la progettazione definitiva (o, come nel caso in esame, parte essenziale e/o qualificante di essa) e di chi, essendone rimasto totalmente estraneo, abbia partecipato alla (successiva) selezione preordinata a definire la sua attuazione (cfr., in termini, Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2007 n. 1302).

3.4 In tali limiti, e con inevitabile assorbimento dei rimanenti

argomenti di censura, il ricorso principale proposto da CONCISE rivela elementi di condivisibile fondatezza; e merita, pertanto, accoglimento.

A tale determinazione accede, conseguenzialmente, l'annullamento degli atti di gara che, muovendo dall'ammissione alla procedura selettiva dell'ATI Technital, sono conclusivamente pervenuti all'aggiudicazione dell'appalto in favore di quest'ultima.

4. All'annullamento dell'aggiudicazione, di cui sopra, non accede la declaratoria di inefficacia del contratto atteso che lo strumento negoziale, per come appalesato dagli atti del giudizio, non risulta, alla data di decisione della presente controversia, essere stato inter partes stipulato.

Tale circostanza riverbera intuibili conseguenze in ordine alla pretesa risarcitoria dalla parte ricorrente ulteriormente fatta valere in conseguenza del sollecitato accoglimento del gravame.

Per effetto della sancita illegittimità dell'aggiudicazione e, conseguentemente, dell'annullamento di tale atto, la ricorrente CONCISE, in quanto seconda graduata, vanta titolo a conseguire l'aggiudicazione della procedura selettiva in luogo dell'ATI Technital. Nel caso in cui, al ricorrere dei necessari presupposti – e nel quadro della riefusione del potere che la valenza conformativa della presente decisione impone in capo alla competente Autorità commissariale – l'aggiudicazione venga, effettivamente, disposta in favore di CONCISE, all'adozione di tale atto – ed alla riveniente

stipula del contratto – accederà l'integrale soddisfacimento della pretesa sostanziale dalla ricorrente principale fatta valere in giudizio: dimostrandosi per l'effetto realizzato, con carattere di specificità, l'interesse del quale la parte è portatrice.

Nella diversa ipotesi in cui, per difetto dei requisiti o per altra circostanza all'atto estranea alla presente controversia, l'aggiudicazione non dovesse intervenire nei confronti della stessa CONCISE – e ferma, ovviamente, la sollecitabilità del sindacato giurisdizionale avverso future effusioni provvedimenti pregiudizievoli per la posizione pretensiva vantata dalla ricorrente principale – rimane impregiudicata la rinnovata adizione del giudice amministrativo, al fine di far valere, a mezzo di distinta azione giudiziaria, la pretesa risarcitoria per equivalente scaturente dalla presente pronunzia.

Quanto sopra doverosamente puntualizzato, dispone conclusivamente il Collegio di porre le spese di lite a carico della resistente Amministrazione commissariale e della controinteressata (e ricorrente incidentale) Technital, giusta la liquidazione di cui in dispositivo; al contempo rilevando la presenza di giusti motivi per compensare integralmente le spese anzidette fra la parte ricorrente ed AUTOVIE VENETE S.p.A.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) così dispone in ordine al ricorso indicato in epigrafe:

- respinge il ricorso incidentale proposto da Technital S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con Polistudio S.p.A., Valentini Giorgio e Bissoli Beatrice Architetti associati, Cooprogetti s.c. a r.l. e ing. Vittorio Bozzetto;
 - accoglie il ricorso principale proposto da CONCISE Consorzio Stabile s.c. a r.l., in proprio e quale capogruppo mandatario della costituenda ATI con Studio Tecnico Associato Tecnass, e, per l'effetto, annulla – nei limiti e con gli effetti di cui in motivazione – gli atti con tale mezzo di tutela gravati;
 - condanna il Commissario delegato per l'emergenza della mobilità riguardante la A4 (Tratto Venezia – Trieste) ed il Raccordo Villesse – Gorizia, nonché Technital S.p.A., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con Polistudio S.p.A., Valentini Giorgio e Bissoli Beatrice Architetti associati, Cooprogetti s.c.a r.l. e ing. Vittorio Bozzetto, al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente CONCISE Consorzio Stabile s.c. a r.l., in proprio e quale capogruppo mandatario della costituenda ATI con Studio Tecnico Associato Tecnass, in ragione di € 2.500,00 (euro duemila e cinquecento) per ciascuna delle anzidette parti;
 - COMPENSA le spese di lite fra CONCISE ed AUTOVIE VENETE S.p.A.,
- Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 aprile
2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere, Estensore

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/05/2011

IL SEGRETARIO

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