



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8752 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Nuova Co.ed.mar. s.r.l., in proprio e quale mandataria di costituenda Ati con Consorzio Cooperative Costruzioni - CCC, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Calderera e Antonio Sottile, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Crescenzo, n. 9;

contro

Presidenza del Consiglio dei ministri, Sindaco del Comune di Messina nella qualità di Commissario delegato ex Opcom 3633/2007, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la cui sede domiciliario in Roma, via dei Portoghesi, n.12;

Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare;

nei confronti di

Si.gen.co Sistemi Generali Costruzione s.p.a., rappresentata e difesa prima dagli avv.ti Giovanni Pitruzzella, Andrea Scuderi, Massimo Frontoni, poi dagli avv.ti Andrea Scuderi, Massimo Frontoni, Carlo Comandè, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via Guido d'Arezzo, n. 2;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Comune di Messina, rappresentato e difeso dall'avv. Arturo Merlo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Accardo in Roma, via G. Bazzoni, n. 3;

per l'annullamento

- del provvedimento n. 26 del 22 agosto 2011 del Sindaco del Comune di Messina, quale Commissario delegato per l'emergenza traffico ex Opcom 3633/07, di aggiudicazione definitiva alla Si.gen.co. s.p.a. dell'appalto per l'affidamento della "Progettazione e realizzazione della piattaforma logistica intermondiale di Tremestieri con annesso scalo portuale – primo stralcio" indetto con bando di gara del 21 gennaio 2010;

- di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali, ivi compresi il provvedimento commissariale n. 43 del 30 luglio di aggiudicazione in via provvisoria del suddetto appalto pubblico all'impresa Si.gen.co. e tutti i verbali di gara della commissione giudicatrice, dal n. 1 al n. 16 nonché quello finale, laddove non dispongono l'esclusione dalla gara della Si.gen.co., e, ove occorra, il decreto di Via n. dva dec 2011 0000402 nonché la notifica dell'aggiudicazione definitiva (*RICORSO*);

- del bando e del disciplinare di gara (art. 5, punto 3, lett. c) laddove debba intendersi nel senso indicato dalla ricorrente incidentale (*PRIMIMOTIVI AGGIUNTI*),

nonché

per la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica, mediante declaratoria, previa dichiarazione di inefficacia in via retroattiva del contratto stipulato, del diritto del ricorrente all'affidamento dell'incarico o, in via subordinata, del diritto a subentrare nel contratto o, in via ulteriormente subordinata, per l'equivalente, con la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni costituiti da danno emergente, lucro cessante, danno curriculare, nonché ogni altro danno ritenuto di giustizia, nella misura che sarà determinata in corso di causa, occorrendo anche in via equitativa o a mezzo CTU (*RICORSO E SECONDI MOTIVI AGGIUNTI*).

Visto il ricorso;

Visti gli atti di proposizione di motivi aggiunti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Sindaco di Messina nella qualità di Commissario delegato per l'emergenza traffico;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale di Si.gen.co. s.p.a.;

Visto l'atto di intervento *ad opponendum* del Comune di Messina;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica dell'11 luglio 2012 il cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti i difensori come da relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Sindaco del Comune di Messina, nella qualità di Commissario delegato per l'emergenza traffico giusta OPCM 3721/2008, indiceva in data 25 gennaio 2010 una procedura aperta ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. c) del codice dei contratti per l'affidamento della progettazione e realizzazione della piattaforma logistica intermodale di Tremestieri (Messina) con annesso scalo portuale – primo stralcio funzionale – € 80.000.000,00.

Il disciplinare di gara (art. 13) prevedeva l'attribuzione alle offerte dei partecipanti ammessi alla gara di un punteggio complessivo massimo pari a 100, da determinarsi sulla base di elementi di valutazione in parte qualitativi, in forza di valutazioni discrezionali della competente commissione esaminatrice (75/100), in parte oggettivi (25/100).

A conclusione dei lavori, protrattisi per 17 sedute, la commissione valutatrice formalizzava in data 27/28 luglio 2010 la graduatoria di merito della gara, nella quale si classificava al primo posto l'offerta della Si.gen.co. s.p.a. (punti 90,306), al prezzo complessivo ed omnicomprendente di € 55.841.051,94.

Si classificavano in posizione immediatamente successiva alla Si.gen.co., nell'ordine, Nuova Co.ed.mar + altri (punti 86,444), Consorzio Stabile Infrastrutture + altri (68,299), Consorzio Stabile Pelagus + altri (punti 61,067).

La Sigenco veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria dell'appalto con atto commissariale n. 43 del 30 luglio 2010.

Intervenivano a vario titolo nel procedimento l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e l'Avvocatura dello Stato.

Con decreto n. 26 del 22 agosto 2011 il Commissario delegato aggiudicava definitivamente la gara alla Sigenco.

Con l'atto introduttivo del presente giudizio Nuova Co.ed.mar, seconda classificata nella graduatoria *de qua*, ha

impugnato la predetta aggiudicazione definitiva e tutti gli atti presupposti.

A sostegno dell'azione la ricorrente ha denunciato le illegittimità di seguito riassunte.

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 5 della *lex specialis* in relazione all'inidoneità delle referenze bancarie prodotte dalla Sigenco.

La Sigenco avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per carenza e inidoneità delle due referenze bancarie prodotte. In particolare, la dichiarazione della Unicredit Corporate Banking non sarebbe rapportabile ad alcun soggetto determinato o determinabile titolare di una carica all'interno dell'Istituto bancario; la referenza della Banca Popolare di Lodi farebbe riferimento a indefinite informazioni riferite genericamente da imprecisati altri soggetti.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 5 della *lex specialis*.

La Sigenco avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per varie carenze riscontrabili nelle dichiarazioni *ex art. 38* del codice dei contratti pubblici.

In particolare, diversamente da quanto dichiarato dall'aggiudicataria, sussisterebbero indizi seri, precisi e concordanti, partitamente indicati, che farebbero ritenere che tra la Sigenco e il raggruppamento pure partecipante alla gara costituito da Tecnis s.p.a., capogruppo mandataria, e Cogip s.p.a. e Ing. Pavesi & C. s.p.a., mandanti, vi sia un collegamento di fatto, e che le rispettive offerte siano riconducibili ad un medesimo centro decisionale.

Ulteriormente, la ricorrente non avrebbe prodotto la dichiarazione *ex art. 38*, comma 1, lettere b) e c) dell'attuale direttore tecnico della E.i.s. s.p.a. in liquidazione, da cui la Sigenco ha acquistato un ramo d'azienda nell'ultimo triennio.

Infine, le dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b) dagli amministratori, legali rappresentanti e direttori tecnici della Sigenco sarebbero carenti del riferimento anche alla mancata estensione nei propri confronti quali soggetti conviventi delle cause ostantive di cui all'art. 10, l. 575/1965.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del d.lgs. 163/2006.

La Sigenco avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per inidoneità ed insufficienza delle dichiarazioni relative all'avvalimento dell'ausiliaria Franco Giuseppe s.r.l., e indi per carenza dei requisiti di qualificazione richiesti per la partecipazione alla gara.

In dette dichiarazioni sarebbe previsto solo un generico e astratto prestito del possesso della qualifica nella Categoria SOA OG7, avulso da qualsiasi specifico impegno alla concreta e effettiva messa a disposizione dell'ausiliata delle relative risorse tecnico-organizzative.

La carenza non avrebbe potuto essere sanata mediante l'acquisizione di chiarimenti integrativi ai sensi dell'art. 46 del codice dei contratti.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 5 della *lex specialis* in relazione alla documentazione prodotta dall'ausiliaria Franco Giuseppe.

a) La Sigenco avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per plurimi motivi relativi alle dichiarazioni *ex art. 38* del codice dei contratti pubblici, prodotte dall'ausiliaria ai sensi del successivo art. 49, comma 2, lett. c).

In particolare:

a.1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 5, punto 1, lett. b) del disciplinare di gara.

L'ausiliaria Franco Giuseppe avrebbe dichiarato di aver acquistato nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara un ramo d'azienda da Immobiliare Apravitola s.p.a., Golden House Società Cooperativa di Produzione e Lavoro, Giometrante Cinzia e Coccia Colaiuda, e avrebbe prodotto le correlate dichiarazioni *ex art. 38* relativamente ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente per cessione di ramo d'azienda. Ma avrebbe omesso sia di dichiarare l'acquisizione di un ramo di azienda da Raem s.r.l., intervenuta nello stesso periodo con

atto rep. n. 39603 del 28 dicembre 2008, sia di indicare tra i soggetti cessati il rappresentante legale della cedente e di produrre la dichiarazione *ex art. 38* di quest'ultimo. E poiché tale cessione sarebbe stata comunque efficace e operativa, non rileverebbe, al riguardo, che a distanza di più di tre mesi tale contratto sia stato risolto consensualmente. Diversamente opinando, si invererebbe una facile elusione degli obblighi dichiarativi;

a.2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 5, punto 1, lett. b) del disciplinare di gara.

Il sig. Coccia Colaiuda Antonio, titolare di una delle predette imprese acquisite nel triennio dall'ausiliaria, non avrebbe reso la dichiarazione relativa alla sussistenza o meno nei propri confronti di condanne con beneficio della non menzione;

a.3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 5, punto 1, lett. b) del disciplinare di gara, degli artt. 41 e 46 del d.p.r. 445/2000.

Le dichiarazioni di Arovitola Raffaele, Arovitola Domenico e Arovitola Giuseppe, rispettivamente direttore tecnico, amministratore in carica e amministratore cessato della Arovitola s.p.a., sarebbero datate 30 aprile 2009; parimenti sarebbe a dirsi per la dichiarazione di Cairo Raffaele, presidente del c.d.a. della Golden House; le dichiarazioni di Geometrante Cinzia e di Coccia Colaiuda Antonio sarebbero datate, rispettivamente, 11 giugno 2008 e 27 ottobre 2008.

Le stesse non sarebbero, pertanto, utili ai fini della partecipazione alla gara, sia perché gli artt. 41 e 46 del d.p.r. 445/2000 ne limitano la validità temporale a sei mesi, sia avuto riguardo alla loro riferibilità solo in parte al triennio antecedente la pubblicazione del bando.

Inoltre, a fronte del bando di gara che disponeva all'art. 5 che alle dichiarazioni di cui al punto 1, ivi comprese quelle *ex art. 38*, dovesse essere allegato a pena di esclusione copia di un documento di identità del dichiarante in corso di validità, alle dichiarazioni di Arovitola Raffaele e di Arovitola Giuseppe sarebbero allegati documenti di identità scadenti, rispettivamente, il 16 e il 17 giugno 2009;

a.4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-ter), dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del d.lgs. 163/2006, dell'art. 5, punto 1, lett. b) del disciplinare di gara.

Le dichiarazioni prodotte dall'ausiliaria relativamente ai soggetti cessati dalla carica per cessione di ramo d'azienda risulterebbero comunque tutte incomplete, in relazione all'ipotesi descritta alla lettera m-ter);

a.5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. b) del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 5, punto 1, lett. b) del disciplinare di gara.

Le dichiarazioni rese *ex art. 38*, comma 1, lett. b) dagli amministratori, legali rappresentanti e direttori tecnici delle imprese cedenti rami di azienda a favore dell'ausiliaria nel triennio antecedente sarebbero carenti per omesso riferimento anche alla mancata estensione nei propri confronti quale soggetto convivente delle cause ostative *ex art. 10, l. 575/1965*;

b) La Sigenco avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per ulteriori violazioni relative alle dichiarazioni *ex art. 38* del codice dei contratti pubblici, prodotte dall'ausiliaria.

In particolare:

b.1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. m) del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 5, punto 1, lett. b) del disciplinare di gara.

La dichiarazione resa dall'ausiliaria ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m) sarebbe carente per mancato riferimento anche ai provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36-bis, comma 1, del d.l. 223/2006, convertito dalla l. 248/2006;

b.2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. b) del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 5, punto 1, lett. b) del disciplinare di gara.

La dichiarazione dell'ausiliaria di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) risulterebbe non riferibile alla normativa disciplinante le misure di prevenzione della sorveglianza ivi richiamata e carente quanto al riferimento anche alla mancata estensione nei propri confronti quale soggetto convivente delle cause ostative di cui all'art. 10 della l. 575/1965;

b.3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. l) del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 5, punto 1, lett. b) del disciplinare di gara.

La dichiarazione dell'ausiliaria, che presenterebbe un organico aziendale superiore ai 15 dipendenti, risulterebbe inadeguata anche rispetto a quanto previsto dalla lett. l), comma 1, della *lex specialis*, per omessa attestazione del rispetto della normativa in materia di diritto al lavoro dei disabili, a tal riguardo dovendosi ritenere insufficiente, oltre che non veritiera, la dichiarazione di non essere assoggettata alle norme di cui all'art. 17 della l. 68/1999;

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 5, punto 3, lett. c), II) in relazione alla documentazione prodotta dai progettisti designati ex art. 90 dello stesso d.lgs.

Le dichiarazioni rese dagli amministratori e legali rappresentanti delle società facenti parte del costituendo raggruppamento temporaneo di progettisti (Interprogetti s.r.l., capogruppo, Seacon s.r.l. e Cipra s.r.l., mandanti), designato da Sigenco quale esecutore delle attività di progettazione, farebbero emergere ulteriori vizi ed omissioni che avrebbero dovuto essere sanzionate con l'inammissibilità.

Le stesse, in particolare, risulterebbero carenti sotto il profilo dell'omesso riferimento alla mancata estensione nei propri confronti degli effetti delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della l. 1423/1956 o di una delle cause ostative di cui all'art. 10 della l. 575/1965 irrogate nei confronti di un proprio convivente;

6) Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del d.lgs. 163/2006 nonché degli artt. 8, lett. g) e 14 del disciplinare di gara.

La Sigenco, che avrebbe prodotto il SIA in fase di gara, avvalendosi di una delle due modalità alternative previste dalla procedura, non avrebbe rispettato, all'esito dell'aggiudicazione provvisoria, il termine perentorio di 15 giorni per la presentazione dei documenti correlati.

La Sigenco avrebbe disatteso anche l'ulteriore termine perentorio di 60 giorni per l'attivazione presso il competente Ministero della richiesta di pronuncia di compatibilità ambientale sul progetto definitivo di gara.

Per entrambe le suddette violazioni la Sigenco avrebbe dovuto essere dichiarata decaduta dall'aggiudicazione provvisoria;

7) Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 del disciplinare di gara – Illegittimità dell'ammissione alla gara di Sigenco per carenza dei requisiti minimi prestazionali dei progetti prescritti dalla *lex specialis* a pena di esclusione.

Il progetto Sigenco, come attesterebbero le allegate perizie giurate, sarebbe carente sotto il profilo dei requisiti prestazionali relativi:

- alla verifica del prescritto tempo di vita minima dell'opera pari a 50 anni in relazione ai tempi di corrosione degli acciai utilizzati per il molo foraneo;

- alle prescritte verifiche del pericolo di liquefazione dei terreni;

- al rispetto del coefficiente di riflessione dell'onda di cui all'art. 7, lett. I) del disciplinare, "Contorni interni al porto, banchi nati e non: $\leq 40\%$ ".

Anche per tali motivi l'offerta Sigenco avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile.

Esaurita l'illustrazione delle illegittimità rilevate a carico degli atti gravati con l'atto introduttivo del giudizio, la ricorrente ne ha domandato l'annullamento.

Nuova Coedmar ha altresì domandato la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica, mediante declaratoria, previa dichiarazione di inefficacia in via retroattiva dell'eventuale contratto

stipulato, del diritto del ricorrente all'affidamento dell'incarico o, in via subordinata, del diritto a subentrare nel contratto o, in via ulteriormente subordinata, per l'equivalente, con la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni costituiti da danno emergente, lucro cessante, danno curriculare, nonchè ogni altro danno ritenuto di giustizia, nella misura da determinarsi in corso di causa, occorrendo anche in via equitativa o a mezzo CTU.

Si sono costituiti in resistenza la Presidenza del Consiglio dei ministri e l'intimato Ufficio commissariale, il Comune di Messina, la Sigenco.

L'amministrazione straordinaria resistente ha eccepito in via preliminare il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei ministri e ha sostenuto l'infondatezza di tutte le censure ricorsuali.

Analoghe difese nel merito delle proposte questioni sono state svolte dal Comune di Messina, che ha spiegato intervento *ad opponendum*, rappresentando il proprio interesse alla conservazione degli atti impugnati, il cui portato assume fondamentale per le finalità di decongestione del traffico urbano.

Sigenco ha contestato la fondatezza di tutte le censure ricorsuali, eccependo anche la tardività del ricorso, oltre che l'inammissibilità e la improcedibilità delle censure da esso veicolate.

Al riguardo, la contro-interessata ha invocato il principio di tassatività delle cause di esclusione, sostenendo poi sia che l'impianto ricorsuale si caratterizza per eccesso di formalismo, sia che la stessa Nuova Coedmar sarebbe incorsa nelle singole omissioni e carenze denunciate in gravame.

Sigenco ha altresì interposto ricorso incidentale avverso gli atti e i verbali di gara nella parte in cui Nuova Coedmar è stata ammessa al confronto concorrenziale, ivi compreso il provvedimento commissariale n. 26 del 22 agosto 2011, adottato dopo l'intervento dell'Autorità di vigilanza, nella parte in cui ha affermato l'insussistenza delle condizioni per procedere alla rivalutazione della posizione della Nuova Coedmar.

Sigenco ha indi domandato la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione e interesse ad agire.

Queste le doglianze formulate da Sigenco.

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 90, comma 8, del d.lgs. 163/2006, dell'art. 2 del d.lgs. 163/2006, dei principi inerenti alla *par condicio* tra i concorrenti – Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Come evidenziato nel corso della procedura da altro concorrente, Nuova Coedmar avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per l'incompatibilità *ex art. 90, comma 8, del codice dei contratti* sussistente in capo all'Ing. Franco Grimaldi, presidente, direttore tecnico e legale rappresentante di Idrotec, ovvero uno dei progettisti indicati dall'Ati Nuova Coedmar, già co-redattore del Piano regolatore portuale dei porti di Messina e di Tremestieri, giusta incarico conferitogli dall'Autorità portuale nel 2005, che avrebbe all'uopo svolto consulenza specialistica in pianificazione portuale e urbanistica in sede di direzione del Piano.

Il medesimo professionista avrebbe inoltre supportato l'opera svolta da Cetena s.p.a., su incarico dell'Autorità portuale di Messina, in sede di redazione degli studi di agibilità nautica nell'area portuale di Tremestieri (rapporto Cetena n. 9748), sia partecipando alle simulazioni di manovre di arrivo e partenza in condizioni meteo marine severe ed estreme che si possono verificare nella zona marina antistante e all'interno dell'area portuale, svoltesi il 15 marzo 2007 con simulatore di manovra Simon II, sia fornendo i dati sulle condizioni meteo marine propedeutici all'esecuzione delle manovre stesse.

La partecipazione del professionista alla formazione degli elaborati progettuali vertenti sulla pianificazione e sulla fattibilità dell'intervento da realizzarsi mediante l'appalto *de quo*, posti a base di gara, avrebbero garantito al medesimo, e per esso alla Nuova Coedmar, un ingiusto vantaggio, come del resto sarebbe stato espressamente riconosciuto anche nel provvedimento n. 51360 del 10 maggio 2011 dell'Autorità di vigilanza del settore;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 4, del d.p.r. 554/1999, dell'art. 5, *sub* 3 del disciplinare, dell'art. 34, comma 1, lett. d) del d.lgs. 163/2006, dell'art. 37, commi 3 e 13 del d.lgs. 163/2006, dell'art. 95, comma 2, del d.p.r. 554/1999 – Indeterminatezza, genericità e perplessità del tipo associativo – Illegittimità manifesta – Eccesso di potere.

La ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per l'equivocità delle dichiarazioni di associazione della costituenda ati di tipo orizzontale tra Nuova Coedmar, capogruppo, e Consorzio Cooperative Costruzioni - CCC, mandante cooptata, afferente a due forme associative (ati orizzontale e cooptazione) tra loro differenti e incompatibili.

La costituenda associazione sarebbe priva dei requisiti normativamente prescritti sia per la cooptazione che per l'associazione orizzontale.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 5 del disciplinare.

Tra le dichiarazioni prodotte da Nuova Coedmar quanto ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando non comparirebbero quelle di Soverini Ines e Calcioli Roberto, procuratori dal 21 aprile al 6 maggio 2008, cui sarebbe state delegate attività economiche di indubbia rilevanza anche nei rapporti con i terzi.

Inoltre, la dichiarazione resa dal legale rappresentante dell'impresa designata da CCC avrebbe omesso il riferimento all'assenza nel periodo prescritto di segnalazioni a proprio carico presso l'Autorità di vigilanza per omessa denuncia dei reati di cui agli artt. 317 e 629 c.c., aggravati ai sensi dell'art. 7 del d.l. 152/1991, convertito dalla l. 203/1991;

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 del d.lgs. 163/2006 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 5 del disciplinare.

In via subordinata, in relazione al primo motivo del ricorso principale, l'art. 41 del codice dei contratti non si applicherebbe negli appalti di lavori, ove la capacità economica sarebbe già adeguatamente comprovata dall'attestazione SOA.

E, coerentemente, contrariamente a quanto *ex adverso* osservato, neanche l'art. 5 del disciplinare di gara avrebbe imposto la produzione delle referenze bancarie a pena di esclusione dalla procedura.

Laddove la prescrizione di gara potesse essere diversamente interpretata, la stessa dovrebbe ritenersi nulla in quanto contraria all'art. 46 dello stesso codice, irragionevole e illogica.

In via ulteriormente subordinata, le referenze bancarie prodotte da Nuova Coedmar e da CCC sarebbero inidonee alla partecipazione alla procedura, in quanto contenenti una sottoscrizione a penna non decifrabili né rapportabili ad alcun soggetto determinato o determinabile rivestente una carica nell'ambito dell'istituto bancario.

Le referenze di Nuova Coedmar non indicherebbero neanche il periodo prescritto dal disciplinare.

La prima doglianza prospettata dal ricorrente principale sarebbe conseguentemente sfornita del sottostante interesse ad agire;

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 5 del disciplinare.

Anche ove si dovesse propendere per l'interpretazione restrittiva, che afferma la sussistenza dell'obbligo dichiarativo *ex art.* 38 in capo ai cessati in caso di cessione di azienda, il ricorso principale non potrebbe mai, sul punto, trovare accoglimento, atteso che in tal caso Nuova Coedmar avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto la medesima avrebbe prodotto dichiarazioni limitatamente al periodo in cui tali soggetti hanno rivestito incarichi per conto della ceduta. Inoltre, le dichiarazioni rese dall'impresa designata da CCC sarebbero limitate alla data di cessazione della carica nella società ceduta.

Ulteriormente, la ricorrente principale sarebbe incorsa nelle medesime (pretese) ulteriori violazioni dell'art. 38 del codice dei contratti imputate alla Sigenco con il ricorso principale.

A monte, tali eccepite (da Nuova Coedmar) violazioni dell'art. 38 ad opera di Sigenco sarebbero frutto di una lettura distorta delle prescrizioni di gara.

Ove mai, comunque, tale lettura potesse essere condivisibile, la ricorrente principale, che avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per essere incorsa nelle stesse irregolarità, sarebbe del tutto carente di interesse alla proposizione delle censure in parola.

6) Violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e o del disciplinare e dell'art. 49 del d.p.r. 753/1980 – Violazione della *par condicio* – Illegittimità manifesta – Eccesso di potere per manifesta illogicità e arbitrarietà – Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

L'elaborato proposto da Nuova Coedmar non rispetterebbe i requisiti minimi prestazionali richiesti dalla *lex specialis* quanto:

- alle invarianti progettuali;
- al ripascimento;
- all'organizzazione logistica delle aree a terra;
- alla banchina non antiriflettente;
- alla galleria e alla strada sopraelevata;
- alle verifiche strutturali;
- alla tipologia costruttiva del molo foraneo.

Fermo quanto sopra, e per quanto occorrente, le clausole di esclusione indicate da Nuova Coedmar in riferimento ai requisiti prestazionali tecnici minimi asseritamente violati da Sigenco sarebbero frutto di una erronea lettura delle norme di gara.

Ove le stesse potessero essere interpretate nel senso richiesto dalla ricorrente principale, le stesse sarebbero comunque nulle e inefficaci per irragionevolezza e illogicità oltre che non rispondenti ad un interesse dell'amministrazione, secondo il principio della tassatività delle cause di esclusione.

Successivamente all'interposizione da parte di Sigenco del ricorso incidentale, Nuova Coedmar ha proposto motivi aggiunti di gravame.

In particolare, Nuova Coedmar, illustrata l'infondatezza delle censure con le quali Sigenco ha denunciato la incompatibilità dell'ing. Grimaldi, ha domandato, in via subordinata, e al fine di compulsare una pronuncia di improcedibilità del ricorso incidentale, l'annullamento del bando e del disciplinare di gara (art. 5, punto 3, lett. c) laddove gli stessi possano intendersi nel senso indicato dalla ricorrente incidentale, ovvero di estendere l'applicabilità del divieto di cui all'art.90, comma 8, a tutti i progettisti, senza distinzione tra progettisti associati e progettisti indicati *ex art. 53 d.lgs. 163/2006*.

Con ordinanza 22 dicembre 2011, n. 4957 la Sezione ha respinto la domanda cautelare incidentalmente proposta da Nuova Coedmar.

Con ordinanza 1° febbraio 2012, n. 432, il Consiglio di Stato, VI, in parziale riforma dell'ordinanza della Sezione, ha ordinato la sollecita fissazione dell'udienza di merito *ex art. 55, comma 10, c.p.a.*

Nel prosieguo, preso atto dell'intervenuta stipula del contratto per l'esecuzione delle opere per cui è causa tra la stazione appaltante e Sigenco in data 9 marzo 2012, Nuova Coedmar ha interposto ulteriori motivi aggiunti, a mezzo dei quali ha confermato l'attualità dell'interesse alla domanda di inefficacia del contratto stipulato e di subentro nel contratto stesso, e alla subordinata domanda di risarcimento del danno per equivalente, già introdotte con il ricorso principale.

Le parti hanno affidato a memorie e a repliche lo sviluppo delle rispettive tesi difensive.

La controversia è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza dell'11 luglio 2012.

DIRITTO

1. Nuova Co.ed.mar. agisce con l'odierna impugnativa al fine di ottenere l'annullamento degli atti della procedura aperta indetta dal Sindaco del Comune di Messina, nella qualità di Commissario delegato per l'emergenza traffico, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. c) del codice dei contratti (d.lgs. 163/2006), per l'affidamento della progettazione e realizzazione della piattaforma logistica intermodale di Tremestieri (Messina) con annesso scalo portuale – primo stralcio funzionale – € 80.000.000,00.

La gara si è conclusa con l'aggiudicazione definitiva dei lavori alla Si.gen.co. s.p.a., al prezzo complessivo ed onnicomprensivo di € 55.841.051,94.

In particolare, a mezzo delle censure proposte con l'atto introduttivo del giudizio, Nuova Coedmar, che si è classificata al secondo posto della graduatoria di gara, impugna gli atti della procedura nella parte in cui non hanno escluso Sigenco per gravi irregolarità della partecipazione, pervenendo all'aggiudicazione definitiva dell'affidamento a favore della medesima.

Indi Nuova Coedmar domanda, per l'effetto, la declaratoria dell'inefficacia dell'eventuale contratto stipulato tra la stazione appaltante e Sigenco, il subentro nel contratto stesso, e, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente.

L'intimata amministrazione straordinaria si è costituita in giudizio per resistere al ricorso principale, sollevando questioni pregiudiziali e sostenendo l'infondatezza delle relative censure.

Analoghe difese nel merito delle sollevate questioni sono state svolte dal Comune di Messina, intervenore *ad opponendum*.

Anche l'aggiudicataria Sigenco si è costituita in giudizio per resistere alle censure mosse nei suoi confronti con eccezioni di rito e di merito.

Mediante il proposto ricorso incidentale Sigenco sostiene poi che la sanzione dell'esclusione dalla partecipazione alla procedura *de qua* avrebbe dovuto piuttosto riguardare Nuova Coedmar, il cui gravame ritiene, per l'effetto, inammissibile, non potendo la ricorrente principale vantare la legittima partecipazione alla gara. Nell'ambito dello stesso ricorso incidentale sono formulate, in via subordinata, doglianze condizionate all'eventualità che alcune censure dedotte in via principale possano essere favorevolmente vagliate.

Nel prosieguo, Nuova Coedmar ha impugnato con motivi aggiunti il bando e il disciplinare di gara laddove gli stessi possano intendersi nel senso indicato dalla ricorrente incidentale in una delle proposte censure.

Intervenuta la stipula del contratto per l'esecuzione delle opere tra la stazione appaltante e Sigenco in data 9 marzo 2012, ovvero nelle more del giudizio, con ulteriori motivi aggiunti Nuova Coedmar ha confermato l'attualità dell'interesse alla pronuncia sulle domande di inefficacia del contratto, di subentro nello stesso, e, in via subordinata, di risarcimento del danno per equivalente, già introdotte con il ricorso principale.

2. Esaurita la sintetica ricognizione dell'andamento della controversia, vanno prioritariamente esaminate, com'è d'uopo, le questioni di carattere pregiudiziale.

2.1. In tale ambito, va immediatamente affrontato l'esame dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva spiegata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri.

L'eccezione deve essere respinta.

E' vero che gli atti gravati sono stati assunti dal Sindaco del Comune di Messina, nominato con O.P.C.M. 19 dicembre 2008, n. 3721 Commissario delegato per l'intervento di cui all'O.P.C.M. 5 dicembre 2007, n. 3633, diretto a fronteggiare l'emergenza ambientale determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nella città di Messina.

Ma è altresì vero che il Commissario delegato, benché come sopra costituito nell'ambito del Comune interessato dall'iniziativa, ha veste di organo straordinario, di cui il competente apparato statale, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della protezione civile, si avvale per lo svolgimento dei compiti di cui alla legge 24 febbraio 1992, n. 225 in materia di protezione civile.

Ne consegue che il Sindaco del Comune di Messina, nella qualità di Commissario delegato, e nell'assunzione degli atti connessi alla funzione, fa capo alla Presidenza del Consiglio dei ministri, che, per l'effetto, non può ritenersi estranea alla materia dell'odierno contendere.

E nulla muta considerando che il Commissario delegato è dotato, rispetto al delegante, di indubbia autonomia amministrativa: essa, invero, unitamente alla possibilità di essere destinatario, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, di poteri derogatori ad ogni disposizione vigente (art. 5, comma 2, l. 225/92), è finalizzata strettamente ed esclusivamente al raggiungimento degli obiettivi assegnatigli per il superamento dello stato emergenziale alle condizioni e nei termini, anche temporali, previsti ai sensi dell'art. 5, commi 1 e 2, della l. 225/92.

Gli atti assunti nell'esercizio delle funzioni delegate sono, pertanto, riferibili alla stessa Presidenza del Consiglio dei ministri, autorità che esercita nei confronti del Commissario delegato attività di supervisione e di indirizzo (in termini, tra altre, Tar Lazio, I, 9 agosto 2010, n. 30424; C. Stato, sez. IV, 28 aprile 2004, n. 2576).

2.2. Proseguendo nell'esame delle questioni pregiudiziali, va poi affrontata la questione inerente la tempestività del ricorso principale, che, attenendo alla ritualità dell'atto introduttivo della controversia, si profila logicamente antecedente a ogni altra questione.

Al riguardo, afferma Sigenco che Nuova Coedmar, che ha esperito l'accesso agli atti salienti della gara nelle date del 5 e 11 agosto 2010 – ancorché mediante mera visione, avendone ottenuto copia solo successivamente – avrebbe dovuto adire la tutela giurisdizionale nel termine di trenta giorni decorrente da tale momento, in cui si è integrata in capo all'impresa la piena conoscenza degli atti lesivi, ai sensi dell'art. 120, comma 5, ultimo alinea, c.p.a., mentre il ricorso è stato, invece, notificato a distanza di oltre un anno dalla conclusione delle operazioni di gara.

Soggiunge Sigenco che a nulla varrebbe sostenere che l'art. 79 del codice dei contratti prevede che il termine perentorio per l'impugnazione decorre dalla ricezione della notifica dell'aggiudicazione definitiva: la disposizione, secondo l'eccepente, troverebbe applicazione solo ove gli atti e i documenti di gara siano resi accessibili dopo l'aggiudicazione definitiva, ai sensi degli artt. 13 e 79 del codice dei contratti, tant'è che lo stesso articolo, all'ultimo alinea, fa decorrere lo stesso termine decadenziale dalla conoscenza dell'atto.

L'eccezione è infondata.

L'art. 120 del codice del processo amministrativo, al comma 5, dispone, per quanto qui di interesse, che l'impugnazione degli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, deve essere proposta nel termine di trenta giorni decorrente, per il ricorso principale, dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. 163/2006.

La disposizione costituisce la norma principe della tematica in discussione.

Tant'è che se è vero che, nel prosieguo, come rilevato da Sigenco, la stessa previsione riconduce la decorrenza del termine dell'impugnativa anche alla "conoscenza dell'atto", evidentemente in altro modo verificatasi, è altresì vero che tale seconda ipotesi, dipinta con la locuzione "in ogni altro caso", riveste chiaro carattere residuale.

Ne deriva che alla conoscenza del non soddisfacente esito della propria partecipazione a una procedura a evidenza pubblica concretatosi in capo a una impresa per effetto dell'accesso agli atti di gara, nelle more della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva ad altra concorrente, ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett., a) del codice

dei contratti, non consegue la decorrenza del termine perentorio per adire la tutela giurisdizionale.

In altre parole, “Per impugnare i risultati di una gara il termine normalmente decorre dalla ricezione della comunicazione di cui al già citato articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ma è fatta salva ovviamente l'ipotesi della piena conoscenza dell'atto, acquisita con altre modalità, come è d'altronde confermato in via generale dall'articolo 41 del c.p.a.

Si è quindi affermato che, per la impugnazione del provvedimento di aggiudicazione di una gara pubblica da parte di chi ad essa ha partecipato, il termine decorre, quando non vi sia stata la notificazione individuale, dalla piena conoscenza dello stesso, mentre la relativa pubblicazione costituisce forma di conoscenza legale solo per chi, non avendo partecipato alla procedura selettiva, non è direttamente contemplato nell'atto in questione (Consiglio Stato, sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696).

La giurisprudenza è inoltre pacifica nel ritenere che l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria è solo una facoltà e non anche un onere per l'impresa partecipante alla gara, la quale può legittimamente attendere l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Con la conseguenza che il termine per impugnare il risultato di una gara, se del caso facendo valere anche i vizi dell'aggiudicazione provvisoria, decorre dall'aggiudicazione definitiva” (C. Stato, III, 12 maggio 2011, n. 2842).

Applicando tali canoni al caso di specie, si osserva che la comunicazione *ex art. 79* è stata effettuata a Nuova Coedmar con provvedimento n. 544 del 26 agosto 2011, in atti.

La stessa è quindi ricaduta nel periodo 1° agosto-15 settembre di sospensione dei termini processuali di cui all'art. 53, comma 2, c.p.a., “istituto applicabile anche ai procedimenti di cui all'art. 23-*bis* l. 6 dicembre 1971, n. 1034 perché lo speciale regime processuale stabilito da detta norma non opera al di là di quanto dalla stessa strettamente previsto” (C. Stato, IV, 31 luglio 2009, n. 4851), e, ora, ai giudizi di cui all'art. 119 c.p.a., nulla disponendo, in contrario, il codice stesso.

La notificazione del gravame, intervenuta il 14 ottobre 2011, ovvero entro trenta giorni dalla scadenza del termine del periodo di sospensione feriale, risulta, pertanto, tempestiva.

2.3. Altre eccezioni pure attinenti alla ritualità dell'atto introduttivo del giudizio, e che pertanto possono essere a questo punto affrontate, sono quelle con le quali Sigenco afferma l'inammissibilità e la improcedibilità delle censure veicolate con il ricorso principale, invocando il principio di tassatività delle cause di esclusione, e sostenendo poi sia che l'impianto ricorsuale si caratterizza per eccesso di formalismo, sia che la stessa Nuova Coedmar sarebbe incorsa nelle omissioni e carenze denunciate in gravame.

La prima eccezione non è convincente.

Alla luce delle note regole che presiedono il giudizio di legittimità, l'apprezzamento da parte del giudice dell'eventuale inconsistenza, anche particolarmente accentuata, delle argomentazioni in forza delle quali il soggetto che ha adito ritualmente la tutela giudiziale sostiene la contrarietà a legge degli atti impugnati, postula necessariamente lo scrutinio di ogni singolo profilo di censura, il quale, in disparte la sorte di tutti gli altri, può essere astrattamente idoneo a comprovare la sussistenza del vizio con esso denunciato, così determinando l'annullamento degli atti stessi e la correlata soddisfazione dell'interesse soggettivo azionato con il ricorso.

Di talchè va decisamente escluso che i motivi di censura possano essere apprezzati in sede pregiudiziale nel loro complesso, sotto il profilo della generale impostazione ermeneutica che li ispira.

Quanto alla seconda eccezione, osserva il Collegio che il tema della irregolarità della partecipazione alla procedura di Nuova Coedmar, meramente accennato nelle difese pregiudiziali all'esame, è stato da parte di Sigenco nel prosieguo ritualmente introdotto e compiutamente svolto nell'ambito del presente giudizio mediante la proposizione di ricorso incidentale.

E dovendo al riguardo trovare applicazione il portato della decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4, il tema stesso va affrontato immediatamente e puntualmente, mediante lo scrutinio del ricorso incidentale.

La decisione appena richiamata, infatti, nel riprendere gli arresti giurisprudenziali cui era pervenuta la precedente Adunanza Plenaria n. 11 del 2008, in tema di ordine delle questioni da esaminarsi da parte del giudice nell'ipotesi in cui al ricorso principale segua ricorso incidentale volto a contestare la legittimazione al ricorso principale, e sulla base dello svolgimento dei seguenti punti:

"a) l'esame delle questioni preliminari deve sempre precedere la valutazione del merito della domanda formulata dall'attore;

b) il vaglio delle condizioni e dei presupposti dell'azione, comprensivo dell'accertamento della legittimazione ad agire e dell'interesse al ricorso, deve essere saldamente inquadrato nell'ambito delle questioni pregiudiziali;

c) il ricorso incidentale costituisce uno strumento perfettamente idoneo ad introdurre, nel giudizio, una questione di carattere pregiudiziale rispetto al merito della domanda;

d) la nozione di interesse strumentale non identifica un'autonoma posizione giuridica soggettiva, ma indica il rapporto di utilità tra l'accertata legittimazione al ricorso e la domanda formulata dall'attore;

e) salve puntuali eccezioni, individuate in coerenza con il diritto comunitario, la legittimazione al ricorso, in materia di affidamento di contratti pubblici, spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva",

ha affermato il principio di diritto secondo cui:

“il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura.

Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente.

L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità”.

Nella fattispecie, in cui si verte, appunto, nell'ipotesi in cui il ricorso incidentale è diretto a contestare la legittimazione a ricorrere della ricorrente principale, mediante varie censure volte ad affermare che Nuova Coedmar non ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva, tali censure devono essere esaminate prima del ricorso principale.

3. Si passa pertanto all'esame del ricorso incidentale di Sigenco.

Con l'avvertenza che, in armonia con la appena citata statuizione 4/2011, la priorità di cui sopra non può che essere riservata alle sole censure del ricorso incidentale stesso (prima; seconda; terza; sesta) finalizzate al vaglio delle condizioni e dei presupposti generali dell'azione principale, e indi, a quelle doglianze con cui Sigenco lamenta che Nuova Coedmar avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura.

Infatti, le altre censure del ricorso incidentale (quarta; quinta), anche se parimenti finalizzate all'accertamento della irregolare partecipazione alla procedura di Nuova Coedmar, risultano proposte, come già sopra riferito, in via meramente subordinata, ovvero per l'ipotesi che alcune doglianze dedotte in via principale possano essere qui oggetto di un favorevole vaglio: la loro sede logica di apprezzamento non può, pertanto, che seguire all'eventuale e successivo esame delle correlate censure del ricorso principale.

4. Con il primo motivo Sigenco afferma che l'Ing. Franco Grimaldi, presidente, direttore tecnico e legale rappresentante di Idrotec s.p.a., ovvero uno dei progettisti indicati dall'Ati Nuova Coedmar in sede di

partecipazione all'appalto integrato per cui è causa, ai sensi dell'art. 53, comma 3, del d.lgs. 163/2006, sarebbe stato co-redattore del Piano regolatore portuale dei porti di Messina e di Tremestieri, giusta incarico conferitogli dall'Autorità portuale nel 2005, e avrebbe all'uopo svolto consulenza specialistica in pianificazione portuale e urbanistica in sede di direzione del Piano.

Soggiunge Sigenco che il medesimo professionista avrebbe inoltre supportato l'opera svolta da Cetena s.p.a., su incarico dell'Autorità portuale di Messina, in sede di redazione degli studi di agibilità nautica nell'area portuale di Tremestieri (rapporto Cetena n. 9748), sia partecipando alle simulazioni di manovre di arrivo e partenza in condizioni meteo marine severe ed estreme che si possono verificare nella zona marina antistante e all'interno dell'area portuale, svoltesi il 15 marzo 2007 con simulatore di manovra Simon II, sia fornendo i dati sulle condizioni meteo marine propedeutici all'esecuzione delle manovre stesse. Più in generale, tutta la progettazione preliminare si baserebbe sugli studi Idrotec.

Per tali motivi, inveranti, secondo Sigenco, la fattispecie di incompatibilità di cui all'art. 90, comma 8, del codice dei contratti, si sostiene che Nuova Coedmar avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara. In particolare, la partecipazione dell'indicato professionista alla formazione degli elaborati progettuali vertenti sulla pianificazione e sulla fattibilità dell'intervento da realizzarsi mediante l'appalto *de quo*, posti a base di gara, avrebbero garantito al medesimo, e per esso a Nuova Coedmar, un ingiusto vantaggio informativo, così determinando quell'asimmetria di partenza lesiva della *par condicio* dei concorrenti che il citato art. 90, comma 8, è volta a scongiurare.

Sigenco corrobora la censura facendo constare che la questione è stata evidenziata nel corso della procedura da altro concorrente, e che l'incompatibilità di cui si discute è stata riconosciuta dall'Autorità di vigilanza del settore nel provvedimento n. 51360 del 10 maggio 2011.

4.1. La disposizione di cui all'art. 90, ripropositiva della regola già posta dall'art. 17, comma 9, della legge n. 109/1994, recita che “8. *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; 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. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma 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 *ratio* della normativa risponde all'esigenza di assicurare *par condicio*, trasparenza e concorrenzialità nello svolgimento delle procedure a evidenza pubblica, ciò in particolare mirando a evitare che colui che ha avuto una parte determinante nell'elaborazione del progetto posto a base di gara possa poi concorrere all'aggiudicazione della stessa.

La scongiurata evenienza risulterebbe, infatti, potenzialmente suscettibile di compromettere ovvero falsare la concorrenza tra i partecipanti alla gara stessa, a esclusivo favore dell'impresa posta in grado di profittare di informazioni riservate attinenti alla fase progettuale, o addirittura di giovare di un progetto redatto in maniera da favorire nell'aggiudicazione l'impresa stessa.

Per tale motivo, la condizione ostativa alla partecipazione viene posta dalla disposizione in esame non solo nei confronti del soggetto affidatario dell'incarico di progettazione, ma anche nei confronti di quei soggetti che possano ritenersi a vario titolo compartecipi dell'attività di progettazione (dipendenti; collaboratori, responsabili di attività di supporto a quella di progettazione) e che siano ricollegabili all'affidatario medesimo, nei termini normativamente previsti.

Nel detto contesto, si è inserita la giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia CE, III, 3 marzo 2005), recepita da pronunciamenti del giudice nazionale, che ha evidenziato come l'art. 90, comma 8 del codice dei contratti sia norma di stretta interpretazione, e ha chiarito che la normativa nazionale non può *ex se* precludere, pena la violazione del principio di proporzionalità e di libertà di iniziativa economica, la presentazione di una domanda di partecipazione o di una offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi da parte di una impresa (o di una persona fisica alla stessa collegata nei termini sopra considerati) 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, nel caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non possa falsare la concorrenza.

Indi l'ente aggiudicatore deve valutare, alla luce delle circostanze del caso concreto, se l'impresa, in ragione del ruolo svolto in sede di progettazione, possa effettivamente beneficiare di un vantaggio ingiustificato e comunque tale da falsare le normali condizioni concorrenziali tra gli offerenti.

Nel caso di specie, la commissione di gara ha definitivamente escluso, nella seduta di cui al verbale n. 16, la sussistenza della predetta incompatibilità a carico del nominato professionista e quindi di Nuova Coedmar.

Tale determinazione risulta indenne dalle denunciate mende, per quanto in immediato seguito.

4.2. Sul punto, va innanzitutto chiarito che non è vero che nella nota del 10 maggio 2011, n. 51360, invocata da Sigenco, l'Autorità di vigilanza abbia rilevato tale incompatibilità.

Infatti i rilievi critici sull'operato della stazione appaltante ivi contenuti non hanno assunto un carattere definitivo, venendo superati dagli ulteriori approfondimenti istruttori eseguiti e comunicati all'Autorità, la quale, per l'effetto, con nota 15 luglio 2011, n. 75052, archiviava l'istruttoria.

Tanto premesso, al fine della disamina del merito della questione, va rammentato che l'affidamento riguardava la progettazione e l'esecuzione dei lavori di costruzione della piattaforma logistica di Tremestieri con annesso scalo portuale.

L'art. 1 del disciplinare richiedeva ai concorrenti "la redazione di un progetto che, prendendo spunto dal preliminare allegato alla gara e tenendo ben presente gli imprescindibili requisiti prestazionali richiesti all'art. 7 del disciplinare di gara, affronti e risolva i temi ingegneristici posti nel medesimo e negli atti di gara tutti, al fine di massimizzare la qualità dell'opera a costi e tempi non superiori a quelli posti a base di gara" (art. 1).

L'art. 2 del disciplinare specificava altresì:

- che i "concorrenti dovranno, pertanto individuare soluzioni tecnologiche efficaci, affidabili e concretamente eseguibili...capaci di risolvere le problematiche sopra evidenziate" [rappresentate da i) esecuzione in luoghi che presentano particolari problematiche geotecniche, idrauliche geologiche e ambientali, ii) complessità di funzionamento d'uso o necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità, iii) esecuzione in ambienti aggressivi];

- che "Il progetto preliminare allegato agli atti di gara nello spirito proprio dell'appalto di progettazione e costruzione costituisce ... una soluzione possibile la cui funzionalità e fattibilità tecnico economica è stata accertata in modo particolare per gli aspetti progettuali di carattere generale, che pertanto costituiscono elementi invariabili non soggetti a modifica da parte dei singoli concorrenti partecipanti, pena la esclusione dalla gara".

Ciò posto, il Collegio non rinviene in capo all'Ing. Grimaldi una fattispecie di incompatibilità *ex art.* 90, comma 8, d.lgs. 163/2006, in relazione all'attività prestata nell'ambito della redazione del Piano Regolatore Portuale di Messina.

Infatti, è vero che, come emerge dagli artt. 1 e 2 del disciplinare di incarico del 18 febbraio 2005, in atti, l'Autorità portuale di Messina ha affidato alla Idrotec, rappresentata dall'Ing. Grimaldi, quale mandataria di Associazione temporanea di professionisti, i servizi di "consulenza specialistica in materia di pianificazione portuale e

urbanistica, necessari a supportare l'Ufficio del Piano nella redazione del Piano Regolatore Portuale di Messina", che tali servizi sono consistiti nello sviluppo di "... studi, le ricerche, le analisi di settore ed ogni altra elaborazione sotto qualunque forma essa debba essere inquadrata, purchè utile a sostenere l'Ufficio Piano nella elaborazione del PRP di Messina", e che in tale ampia attività era prevista anche "la redazione degli elaborati descrittivi e grafici necessari alla redazione del PRP".

Ma è altresì vero, per un verso, che si è trattato di attività chiaramente servente il competente Ufficio piano, e che, per espressa disposizione dell'art. 2, dall'incarico consulenziale era espressamente esclusa l'attività "legata allo studio dell'impatto ambientale"; per altro verso, gli aspetti progettuali di carattere generale dell'opera di cui trattasi costituivano elementi invariati dell'appalto.

Inoltre, deve concordarsi con le difese di Nuova Coedmar sia quando afferma che la consulenza in parola non è attività analogicamente assimilabile alla progettazione in senso tecnico, sia quando evidenzia che l'attività consulenziale è stata svolta non in relazione all'opera da appaltare bensì in funzione della redazione, ad opera del competente ufficio pubblico, del Piano generale regolatore portuale.

Entrambi tali elementi consentono infatti di escludere l'operatività del divieto di cui trattasi, diretto esclusivamente al soggetto già affidatario degli incarichi di progettazione dell'opera per cui si concorre.

Proprio tali dirimenti considerazioni hanno indotto la stazione appaltante a riscontrare negativamente i dubbi sollevati dall'Autorità di vigilanza nella nota invocata da Sigenco.

Infatti con atto n. 265 del 27 maggio 2011, indirizzato alla stessa Autorità, la stazione appaltante puntualizzava che l'incarico svolto dal menzionato tecnico aveva riguardato il layout del porto, ovvero la sagoma determinata dai contorni delle banchine e il dimensionamento delle aree totali del piazzale di attesa.

Ciò senza entrare nel merito tecnico dei singoli interventi costituenti l'opera e, segnatamente, senza ricercare quelle "condizioni volte al miglioramento della qualità ambientale e paesaggistica del contesto territoriale" che l'Autorità aveva ritenuto rilevanti nel sollevare il problema della eventuale incompatibilità del professionista.

La stazione appaltante rappresentava anche che lo studio svolto dall'ing. Grimaldi "non comprendeva in alcun modo lo studio di impatto ambientale del PRP", affidato ad altri professionisti, e che il medesimo non aveva redatto il documento di prefattibilità ambientale allegato al progetto preliminare.

Evidenziava, vieppiù, la stazione appaltante, che "proprio le conclusioni tecniche (nei termini sopra indicati) cui è giunto l'ing. Grimaldi nel suo precedente lavoro sono state poste chiaramente negli atti di gara come elementi invariati dell'appalto (cfr. art. 7 del disciplinare di gara)".

Di talchè, concludeva l'amministrazione, "la sagoma e il layout del porto, la dimensione dei piazzali e gli altri elementi caratteristici del progetto preliminare, in parte dei quali l'ing. Grimaldi può aver avuto un ruolo qualificante sia pure nell'ambito del predetto atto di pianificazione, non potevano essere in alcun modo modificati, sia pure ottimizzandoli, migliorandoli o approfondendoli, pena l'esclusione dalla gara".

Le approfondite motivazioni di cui sopra venivano indi favorevolmente vagliate dall'Autorità di vigilanza che, come già sopra accennato, archiviava l'istruttoria con nota 15 luglio 2011, n. 75052.

Alla luce di tutto quanto sopra, deve escludersi anche in questa sede che dallo svolgimento dell'attività consulenziale in parola possa essere derivato e a carico del professionista indicato da Nuova Coedmar l'asimmetria informativa e il conseguente oggettivo vantaggio nella procedura di gara, presidiati dalla sanzione dell'esclusione di cui al comma 8 dell'art. 90 del codice dei contratti.

Tanto non senza rammentare ulteriormente che la conclusione di cui sopra è confortata dalle coordinate ermeneutiche ricavabili dalla giurisprudenza amministrativa che, ai fini dell'applicazione della predetta norma, osserva:

- che non è rinvenibile un'attività analogicamente assimilabile alla progettazione in senso tecnico nella prestazione di consulenze (pareri, relazioni di ricerca e quant'altro) costituenti l'individuazione del quadro dei fabbisogni, rese in favore dell'amministrazione, e dalla stessa poi utilizzate come base istruttoria per la redazione del bando e degli ulteriori documenti di gara (C. Stato, V, 15 gennaio 2008, n. 36);

- che la situazione di incompatibilità e, quindi, il divieto di partecipazione non è, in senso oggettivo, la conoscenza dell'elaborato sulla cui base occorre procedere bensì, in senso soggettivo, l'aver redatto un documento che costituisce specifico presupposto per la valutazione delle offerte (C. Stato, IV, 3 maggio 2011, n. 2647). E nella statuizione in parola la preclusione è stata infatti ritenuta sussistente in relazione alla progressiva partecipazione alla redazione delle "Linee guida per la progettazione della sicurezza nelle gallerie stradali", in una gara concernente i servizi di consulenza per studi sulla sicurezza in galleria, nell'ambito della quale tali Linee guida erano poste tra gli elementi fondamentali fin dalla definizione dell'oggetto della gara, rendendole, pertanto, il riferimento puntuale per la redazione delle offerte e, indi, per la loro successiva valutazione;

- che il divieto, imposto agli affidatari di incarichi di progettazione, di partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, per i quali abbiano svolto attività di progettazione, non riguarda le imprese (o i raggruppamenti di imprese) partecipanti alla gara che si avvalgano, per scelte organizzative proprie, delle prestazioni di detti tecnici, atteso che questi non possono essere considerati alla stregua di partecipanti alla gara in una alle imprese per le quali hanno reso eventuali prestazioni (Tar Basilicata, Potenza, I, 24 gennaio 2009, n. 6);

- che la prevista esclusione dalla partecipazione dei soli affidatari di incarichi di progettazione, in quanto abbiano svolto la suddetta attività di progettazione, è previsione che, in ragione della tassatività delle ipotesi di esclusione, appare insuscettibile di interpretazione estensiva riferita (oltre che agli affidatari, anche) ai meri partecipanti (non affidatari) alla procedura selettiva (Tar Lazio, I, 2 maggio 2011, n. 3707).

4.3. Alla stregua delle dette coordinate interpretative, anche la restante parte della censura è da respingere.

Essa è sostanzialmente basata sull'affermazione che poiché Idrotec, con l'apporto dell'ing. Grimaldi, nell'ambito della consulenza di cui al punto che precede, ha prodotto alcuni studi specifici, contenenti dati che a loro volta sono stati utilizzati quali fonti di informazione per altri studi poi utilizzati per la redazione del progetto preliminare, tutta la progettazione preliminare dell'opera di cui trattasi sarebbe basata sugli studi Idrotec.

Non è chi non veda, infatti, che, a fronte della circostanza che l'ing. Grimaldi e la Idrotec risultano estranei sia alla redazione e elaborazione del progetto preliminare posto a base di gara, sia alla redazione ed elaborazione dei correlati studi specialistici di supporto, le vie indirette e derivate di cui sopra non risultano idonee ad integrare il pericolo che nella procedura in esame si sia sostanziato il denunciato vantaggio informativo in capo ai medesimi.

Ulteriormente, si rileva che le affermazioni della Sigenco che l'ing. Grimaldi abbia svolto attività di supporto tecnico-amministrativo in favore di Cetena s.p.a., in sede di redazione degli Studi di agibilità nautica nell'area portuale di Tremestieri (rapporto Cetena n. 9748) commessi dall'Autorità portuale non trova riscontro negli atti di causa.

Dai quali emerge, invece, esclusivamente che l'ing. Grimaldi risulta essere stato fisicamente presente a una simulazione di manovre il 15 marzo 2007, operazione la cui estraneità alla progettazione dell'opera messa a gara è testimoniata proprio dalla circostanza che tale simulazione è citata nell'ambito del riferimento agli studi di agibilità nautica preliminari al progetto, viepiù eseguiti autonomamente da Cetena, come emerge dalla relazione illustrativa al progetto preliminare, (pag. 16).

E anche a voler, infine, valorizzare, come fa Sigenco, la circostanza che nel corso dell'espletamento della gara, ovvero in occasione di due chiarimenti forniti ai quesiti proposti dai partecipanti (nn. 41 e 44), sono stati citati sia il rapporto Cetena che uno degli studi formati da Idrotec nella ridetta attività di consulenza, così "incardinando" tali

atti nella *lexspecialis*, ai sensi dell'art. 16 del disciplinare, si tratterebbe comunque, pur sempre, di studi, messi a disposizione di tutti i partecipanti.

4.4. Il primo motivo del ricorso incidentale deve pertanto essere respinto.

5. Con il secondo motivo del ricorso incidentale Sigenco individua a carico di Nuova Coedmar altre cause di esclusione dalla gara.

5.1. Osserva in primo luogo Sigenco l'equivocità e l'incompatibilità delle dichiarazioni rese ai fini della partecipazione alla gara *de qua* dalla costituenda ati tra Nuova Coedmar, capogruppo, e Consorzio Cooperative Costruzioni - CCC, mandante, e degli impegni assunti agli stessi fini, che non permetterebbero l'individuazione del tipo associativo prescelto (associazione orizzontale o cooptazione).

Al riguardo, si rileva che secondo la giurisprudenza amministrativa la cd. "associazione per cooptazione" già contemplata dall'art. 23 del d.lgs. 406/1991, si caratterizza per la possibilità di far partecipare all'appalto anche imprese di modeste dimensioni, non suscettibili di raggrupparsi nelle forme previste dai commi 2 e 3 dell'art. 95 del d.p.r. 554/199 (applicabile *ratione temporis* alla procedura in esame), purché l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati e i lavori eseguiti dalle cooptate non superino il 20% dell'importo complessivo dei lavori (C. Stato, V, 10 settembre 2009, n. 5161).

In particolare, mentre parte della giurisprudenza opina che la possibilità dell'impresa singola o delle imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 95 citato, di associare, nei modi di cui al comma 4, altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, sia insita nello stesso dettato normativo che impone alle imprese cooptate il solo obbligo della qualificazione e il solo limite percentuale delle opere (in termini, C. Stato, V, 11 giugno 2001, n. 3129), altro orientamento (C. Stato, 5161/2009 cit.) ritiene che tale possibilità sia, piuttosto, subordinata ad un'espressa e inequivoca dichiarazione, risultante dalla domanda di partecipazione alla gara, in assenza della quale è da ritenere sussistente la figura (di carattere generale) dell'associazione temporanea (orizzontale o verticale) prevista dai commi 2 e 3.

E ciò sia in osservanza della *par condicio* fra i partecipanti alla gara (non potendosi costringere l'amministrazione a verificare tutte le ipotesi interpretative in astratto consentite dalla normativa vigente, al fine di ricondurre la tipologia realizzata da taluno dei concorrenti) sia in considerazione del diverso grado di impegno, responsabilità e garanzia dei partecipanti alla riunione (che vale a differenziare significativamente le due fattispecie associative in considerazione) cui si riconnette un diverso onere di dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione.

La cooptazione, infatti, è un istituto di carattere speciale che abilita un soggetto, privo dei prescritti requisiti di qualificazione (e, dunque, di partecipazione), alla sola esecuzione dei lavori nei limiti del 20%, in deroga alla disciplina vigente in tema di qualificazione SOA.

Il soggetto cooptato pertanto:

- non può acquistare lo *status* di concorrente;
- non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto;
- non può rivestire la posizione di offerente, prima, e di contraente, poi;
- non può prestare garanzie, al pari di un concorrente o di un contraente;
- non può, in alcun modo, subappaltare o dichiarare di affidare a terzi una quota dei lavori, di cui non è titolare, essendo privo della prescritta SOA.

Ciò posto, il profilo di censura in esame è infondato.

La stessa giurisprudenza di cui sopra chiarisce che il ricorso alla cooptazione, alla luce del carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto, deve necessariamente scaturire da una dichiarazione espressa e inequivoca del

concorrente, per evitare che un uso improprio consenta l'elusione della disciplina inderogabile, in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.

Indi, in assenza di una espressa ed inequivoca dichiarazione di cooptazione, deve senz'altro ritenersi sussistere un'associazione temporanea di imprese (orizzontale o verticale), anziché la cooptazione (C. Stato, V, 5161/09 cit.; negli stessi termini, IV, 27 novembre 2010, n. 8253).

Già quanto sopra fa emergere che una non rituale dichiarazione relativa alla cooptazione non avrebbe potuto comunque condurre *ex se* all'esclusione dalla procedura, dovendosi, in ogni caso, accertarsi da parte della stazione appaltante la eventuale sussistenza dei presupposti dell'associazione temporanea di tipo ordinario.

Tant'è che la stessa giurisprudenza sul punto invocata da Sigenco (C. Stato, V, 16 settembre 2011, n. 5187), che riconduce all'equivocità della dichiarazione di associazione, relativa a forme tra loro incompatibili (ati orizzontale e associazione in cooptazione), una autonoma causa di esclusione per indeterminatezza, genericità e perplessità del tipo associativo, è relativa ad una fattispecie ben precisa, nella quale non solo la partecipazione dell'associazione temporanea alla gara non poteva "di certo" essere ricondotta nell'ambito della cooptazione, ma, ulteriormente, non poteva neanche essere postulata un'associazione temporanea di impresa orizzontale, stante la carenza in capo ad una delle due imprese della prescritta qualificazione SOA.

Tanto osservato in linea generale, va registrato che non vi è dubbio che nel caso di specie Nuova Coedmar fosse in integrale possesso di tutti i requisiti per l'accesso alla gara (Categoria unica "Opere marittime e lavori di dragaggio", categoria OG7, classifica VIII illimitata).

E va immediatamente dopo rilevato che, contrariamente a quanto affermato da Sigenco, è ravvisabile una inequivoca dichiarazione di Nuova Coedmar in relazione alla scelta della cooptazione.

Invero, come emerge dalla domanda di partecipazione versata in atti dalla stessa Sigenco (all. n. 26.2), Nuova Coedmar ha chiesto di partecipare alla gara quale capogruppo di costituenda Ati, con mandante CCC, cooptata ai sensi dell'art. 95, comma 4, del d.p.r. 554/1999.

E anche nella "Dichiarazione di impegno Ati" (26.1) Nuova Coedmar ha espressamente dichiarato di voler avvalersi della facoltà di cui all'art. 95, comma 4, del d.p.r. 554/1999 e associare CCC, la quale, qualificandosi quale impresa mandante cooptata, con la firma della stessa dichiarazione si è impegnata a eseguire lavori per un importo entro l'ammontare delle qualificazioni dalla stessa possedute e comunque non superiore al 20% dell'importo complessivo dei lavori eventualmente aggiudicati, ai sensi del ridetto art. 95, comma 4.

La puntuale indicazione contenuta nella domanda di partecipazione alla procedura impedisce indi di aderire al profilo di censura in esame.

Quanto alle altre dichiarazioni e impegni evidenziati da Sigenco, che risultano effettivamente non del tutto coerenti con l'adesione al modello della cooptazione, essendo propri, invece, dell'Ati orizzontale ordinaria, deve darsi conto delle difese svolte da Nuova Coedmar, nella parte in cui evidenziano che il bando di gara imponeva, all'art. 5, di indicare per l'ipotesi di associazione "... il modello, se orizzontale, verticale, misto ed *anche* se vi sono imprese cooptate ai sensi dell'art. 95, comma 4, del D.P.R. n. 554/1999 e s.m.i., nonché le parti dell'opera secondo le categorie del disciplinare, che verranno eseguite da ciascuna associata", ciò che, viene riferito, ha indotto l'impresa – anche sul presupposto che, come affermato dalla giurisprudenza, l'associazione in cooptazione è comunque una forma di associazione di imprese, seppur distinta dalle più frequenti e note figure di Ati (C. Stato, VI, 18 settembre 2009, n. 5626) – a rappresentare non solo l'intenzione di avvalersi della cooptazione, ma anche la modalità associativa più in generale prescelta (ati orizzontale).

5.2. Anche gli ulteriori profili di censura introdotti con il motivo in esame vanno respinti.

Sigenco rappresenta che nella specie erano insussistenti due condizioni richieste dalla giurisprudenza per la

costituzione di associazione in cooptazione: a) l'alterità dell'impresa cooptata rispetto a quelle che costituiscono l'ati (divieto di cooptazione interna); b) la qualificazione della cooptata per categorie e importi diversi da quelli richiesti nel bando.

Quanto al primo punto, va accolta la difesa di Nuova Coedmar che espone che l'applicazione del cd. divieto di cooptazione interna risulta inapplicabile laddove, come nel caso di specie, l'impresa sia cooptata nella costituenda Ati da impresa già in possesso di tutte le qualificazioni richieste dalla gara.

Non si versa, infatti, nell'ipotesi di evitare che un uso improprio dell'istituto della cooptazione consenta l'elusione della disciplina inderogabile in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.

Quanto al secondo punto, il ridetto art. 95, comma 4, del d.p.r. 554/1999 prevede che l'impresa cooptata può essere qualificata "anche per categorie e importi diversi da quelli previsti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20% e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad esse affidate".

E, nel caso di specie, CCC risulta qualificata come OG/III, nonché in altre categorie, e si è come sopra impegnata a eseguire lavori per un importo entro l'ammontare delle qualificazioni dalla stessa posseduto e comunque non superiore al 20% dell'importo complessivo dei lavori eventualmente aggiudicati.

Sigenco assume ancora che la costituenda ati andava esclusa dalla gara per insussistenza delle condizioni previste dal comma 2 del ridetto art. 95 per poter essere ammessa alla gara quale ati orizzontale.

Tale rilievo può essere superato tenuto conto della già accertata presenza delle condizioni per il ricorso alla cooptazione, istituto che rispetto alla associazione temporanea di imprese orizzontale è retto da regole sue proprie, che nella specie risultano rispettate.

5.3. In definitiva, il secondo motivo di ricorso incidentale deve essere respinto.

6. Con il terzo motivo incidentale Sigenco afferma che CCC non avrebbe prodotto le dichiarazioni *ex art. 38*, d.lgs. 163/2006 nei confronti di due soggetti (Ives Soverini e Roberto Calcioli) che hanno ricoperto la qualifica di procuratore dal 26 aprile al 6 maggio 2008 con rilevanti deleghe, quali quelle di prestare garanzie fideiussorie e sottoscrivere i relativi atti.

La censura non è conducente.

E' vero che recente giurisprudenza afferma che sono tenuti alla dichiarazione dell'insussistenza delle cause di esclusione richiesta dall'art. 38 codice degli appalti anche i procuratori speciali, al di là della loro qualifica formale, a ragione dei poteri che siano ad essi in sostanza conferiti, se in realtà gestiscono affari sociali; ciò in quanto la *ratio legis* (in precedenza espressa nell'identica previsione dell'art. 75, d.p.r. 554/1999.) è di escludere dalla partecipazione alla gara di appalto le società in cui abbiano commesso gravi reati i soggetti che nella società medesima abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale; il fondamento della disposizione consiste, infatti, nell'assicurare preventivamente la piena affidabilità morale dell'impresa che ambisce all'esecuzione dell'opera pubblica; affidabilità che, ridotta al rango soggettivo in ragione della personalità della responsabilità penale, va garantita e dichiarata anche per quanti comunque in concreto risultino svolgere un'effettiva funzione di amministrazione dell'impresa ed esercitarne i tipici poteri di gestione (C. Stato, VI, 15 giugno 2011, n. 3655).

Ma è altresì vero che l'applicazione del predetto criterio "sostanziale" nella identificazione dei soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 del codice appalti richiede un presupposto concreto – ovvero che tali soggetti abbiano svolto un'effettiva funzione di amministrazione dell'impresa, esercitandone i tipici poteri di gestione – che Sigenco assume come presente, senza porre il Collegio nelle condizioni di verificarne l'effettiva sussistenza.

Del resto, sempre sul punto, va anche evidenziata la ridottissima durata temporale delle deleghe in parola.

Nello stesso motivo, Sigenco lamenta che Nuova Coedmar avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché la dichiarazione resa ai sensi del predetto art. 38, dal legale rappresentante della impresa designata dalla mandante CCC sarebbe irregolare, in quanto il dichiarante avrebbe fatto constare solo di non essere stato vittima nei tre anni antecedenti la pubblicazione del bando dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 e 628 c.p. aggravati ai sensi dell'art. 7 del d.l. 152/1991, convertito dalla l. 203/1991, omettendo di estendere la dichiarazione anche agli altri fatti previsti nel testo dell'art. 38 applicabile *ratione temporis* alla fattispecie.

Anche sul punto, deve convenirsi con le difese di Nuova Coedmar la quale, richiamando i principi di proporzionalità e di *favor participationis* come declinati dalla giurisprudenza intervenuta nella materia, che non assimila l'eventuale ambiguità della dichiarazione all'ipotesi della sua mancanza, rileva che la contestata dichiarazione (*ex* art. 38, comma 1, lett. *m-ter*, poi modificata dal d.l. 70/2011, convertito dalla l. 106/2011) è esaustiva del significato e della *ratio* della prescrizione, dal momento che dichiarare di non essere stato vittima nel periodo richiesto dei predetti reati vale ad attestare la non omissione di denunce per i reati stessi e, pertanto, equivale a confermare anche l'assenza nel triennio di eventuali richieste di rinvio a giudizio dalle quali emerga l'omessa denuncia.

7. Con il sesto motivo di ricorso incidentale Sigenco sostiene, sempre al fine di pervenire all'accertamento dell'illegittima ammissione alla gara di Nuova Coedmar, che gli elaborati e le soluzioni tecniche contenute nell'ipotesi progettuale proposta dall'impresa sarebbe affetta da gravi carenze, costituite dallo scostamento dalle invarianti, non rilevate dal seggio di gara e non debitamente sanzionate con l'esclusione.

Al riguardo, osserva il Collegio che trattasi di doglianze che, come emerge chiaramente dal loro tenore, coinvolgono piuttosto nella critica, sotto vari profili, della validità e della qualità della soluzione progettuale offerta da Nuova Coedmar, ovvero su questioni estranee a quelle di rilievo ai fini dell'ammissibilità della domanda di partecipazione.

Sul punto, pertanto, il Collegio, nel respingere integralmente la censura, può limitarsi a rilevare che:

- i tre primi scostamenti dal progetto preliminare prospettati da Sigenco in relazione alla quota del fondale interno della darsena, calcolata sul livello mare, all'allineamento del tratto C-D verso l'esterno, e alla soluzione tecnica per la foce del torrente Farota risultano chiaramente conformi alla diversa modulazione delle invarianti ammessa, rispettivamente, nelle risposte ai quesiti nn. 2, 41 e 31;
- Sigenco non indica in forza di quali specifiche previsioni della legge di gara l'asserita debolezza del progetto Sigenco quanto alle modalità e alle localizzazioni del ripascimento dei sedimenti di dragaggio dovesse trovare sanzione espulsiva;
- il progetto Nuova Coedmar, quanto all'organizzazione logistica delle aree a terra, in relazione alla viabilità compresa tra lo sbocco del sottovia ferroviario e la biglietteria/varco portuale e specificamente quanto al numero di varchi previsti, risulta rispettoso di quello previsto dal progetto preliminare (4), a nulla rilevando, quanto all'ammissibilità della soluzione progettuale di Nuova Coedmar, che la Sigenco abbia raddoppiato detto numero;
- costituisce una mera supposizione di Sigenco, secondo quanto dalla medesima espressamente affermato nell'ambito della censura, che l'opera costituita dalla "banchina non antiriflettente" non rispetti il vincolo richiesto dall'art. 7 del disciplinare;
- il richiamo al mancato rispetto della distanza di cui all'art. 49 del d.p.r. 753/1980, quanto all'infrastruttura prevista nell'ambito del sistema di viabilità, non tiene conto del fatto che la disposizione è dichiarata espressamente derogabile dall'art. 60 dello stesso d.p.r.;
- l'affermazione secondo cui le verifiche strutturali prodotte da Nuova Coedmar siano insufficienti ai fini della partecipazione alla procedura è correlata all'individuazione delle opere più problematiche, e indi investe le

valutazioni discrezionali effettuate dal seggio di gara;

- le critiche rivolte all'inidoneità del procedimento costruttivo del molo foraneo assumono la consistenza di una ulteriore mera supposizione di Sigenco.

8. Il ricorso incidentale di Sigenco, nella parte appena esaminata, ovvero diretta a paralizzare il ricorso principale di Nuova Coedmar, deve per tutto quanto sopra essere respinto.

9. Può, quindi passarsi all'esame del ricorso principale.

Nell'ambito delle articolate censure con esso proposte da Nuova Coedmar, la denuncia di cui al terzo motivo si colora di immediata ed evidente fondatezza.

10. Come già sopra riferito, la categoria unica dei lavori stabilita per la partecipazione alla gara era "Opere marittime e lavori di dragaggio", categoria OG7, classifica VIII illimitata.

Sigenco, non in possesso della prescritta qualificazione SOA, si è avvalsa della facoltà di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici.

Rappresenta Nuova Coedmar con il motivo in trattazione che Sigenco andava esclusa dalla gara per inidoneità e insufficienza delle dichiarazioni relative all'ausiliaria, l'impresa Franco Giuseppe s.r.l.

Orbane, per illustrare la fondatezza della censura non occorre spendere molte parole.

L'avvalimento dell'attestazione SOA sottende necessariamente una totale o parziale carenza, in capo all'impresa concorrente, di risorse (economico-finanziarie e/o tecnico-organizzative) necessarie all'esecuzione dei lavori previsti in appalto e possedute dall'impresa ausiliaria.

Attraverso l'avvalimento, dette risorse, e non il mero documento certificativo della qualificazione all'esecuzione di lavori pubblici, che delle prime costituisce la sintesi espressiva, devono essere messe a disposizione in tutto o in parte dell'impresa ausiliata, a seconda della relativa carenza (Tar Campania, Napoli, VIII, 25 febbraio 2011, n. 1209).

Tanto è desumibile dal tenore dell'art. 49, comma 2, lett. a), d) e f), del d.lgs. n. 163/2006, che prevede che il concorrente alleghi, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:

a) "una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria";

- "una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente";

- "in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto".

Nel caso in esame, sia Sigenco che l'ausiliata Franco Giuseppe hanno dichiarato e convenuto che l'avvalimento avrebbe avuto per oggetto unicamente l'attestazione SOA posseduta da quest'ultima nella categoria prevista dalla gara.

In particolare:

- Sigenco ha prodotto l'atto datato 18 maggio 2010, dichiarando di "utilizzare per la partecipazione alla gara, ai sensi dell'art. 49 e s.m.i. del Codice, i seguenti requisiti: OG7 classifica illimitata dell'impresa ausiliaria Franco Giuseppe s.r.l. con sede legale in ...";

- Franco Giuseppe, con atto 3 maggio 2010, ha dichiarato "ai sensi dell'art. 49 del Codice e s.m.i., di obbligarsi nei confronti dell'impresa Si.gen.co. s.p.a. e della stazione appaltante ... a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto i seguenti requisiti: possesso della categoria OG7 classifica VIII";

- il "contratto per partecipazione a gara (ai sensi dell'art. 49 del d.lgvo n. 163/06 e s.m.i." sottoscritto il 14 maggio

2010 in Catania tra Sigenco e Franco Giuseppe prevede (all'art. 1) che "L'impresa Franco Giuseppe s.r.l., ausiliaria, si obbliga nei confronti della Si.gen.co. s.p.a., in possesso della categoria OG7 classifica VI, a fornire i propri requisiti ed a mettere a disposizione le risorse come sopra descritte in premessa e precisamente il possesso della Categoria OG7 classifica VIII, per tutta la durata dell'appalto" e (all'art. 2) che "Le Parti si obbligano in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alla prestazione oggetto del contratto";

- a loro volta, le premesse del contratto non contengono alcun accenno a quelle "risorse" evocate nell'art. 1, diverse dal possesso dell'attestazione SOA, attenendo meramente all'illustrazione dell'intenzione di Sigenco di partecipare alla gara, del mancato raggiungimento di Sigenco dei previsti requisiti della categoria OG7 classifica VIII e del possesso di questi da parte dell'impresa Franco Giuseppe.

La prestazione oggetto del contratto di avvalimento, indi, alla luce sia delle sue premesse che dell'articolato – che, si ribadisce, evidenzia che le "risorse" sono specificamente il possesso della categoria richiesta – va indi chiaramente ed esclusivamente individuata nel "possesso della Categoria OG7 classifica VIII".

Di talchè, nel limitarsi a dichiarare l'avvalimento e a convenirlo per la sola astratta qualificazione nella categoria richiesta dalla gara, incorporata nella correlativa attestazione SOA, Sigenco e l'ausiliata hanno, al contempo, svuotato di contenuto e violato la disciplina del bando di gara e il dettato dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006.

Esso subordina infatti il ricorso all'avvalimento alla concreta messa a disposizione, in tutto o in parte, delle risorse economico-finanziarie e/o tecnico-organizzative necessarie all'esecuzione dei lavori per i quali è richiesta la qualificazione.

Né può accedersi, al riguardo, alla prospettazione difensiva della Sigenco e dell'amministrazione resistente secondo cui il termine "requisiti" contrattualmente utilizzato contemplava tanto il requisito formale dell'attestazione quanto il requisito sostanziale delle risorse organizzative.

Infatti, è vero, per costante giurisprudenza, anche della Sezione, ivi compresa quella citata dalle parti resistenti, che nelle gare d'appalto i requisiti formali dell'accordo di avvalimento, descritti dall'art. 49, comma 2, lett. f), del codice dei contratti pubblici non sono previsti "*ad substantiam*" e non possono, quindi, sottrarsi al principio della libertà delle forme degli atti di volontà fra privati, con tutto ciò che ne consegue in tema di libertà delle forme da utilizzarsi e in tema di interpretazione di quelle utilizzate.

Ma è altresì vero che l'avvalimento dei requisiti soggettivi di qualità deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente "prestare" la certificazione posseduta, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, garantendo nondimeno l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati.

Tant'è che, in forza dell'indice normativo fissato in materia di avvalimento dall'art. 49 del codice dei contratti pubblici, il concorrente che si avvalga delle risorse dell'impresa ausiliaria deve avere una disponibilità immediata, ossia, a prescindere dalla forma contrattuale scelta, possa usarle per eseguire il contratto senza intermediazione dell'impresa ausiliaria stessa (C. Stato, V, 12 giugno 2009, n. 3791; VI, 22 aprile 2008, n. 1856).

E non è chi non veda come un tale utile effetto – che si dirige a beneficio dell'interesse pubblico primario alla corretta esecuzione della prestazione possa a base di gara, e che pertanto la documentazione posta a base della partecipazione alla procedura deve poter inequivocabilmente garantire *ex ante* – non possa essere rinvenuto nelle generiche formulazioni dichiarative e contrattuali prescelte nel caso di specie, le quali, riferendo univocamente ed esclusivamente l'avvalimento alla sola astratta qualificazione nella categoria prescritta, non consentono in alcun modo di far emergere l'effettiva partecipazione dell'impresa ausiliaria all'esecuzione dell'appalto.

Nulla muta, infine, considerando la responsabilità solidale assunta nei confronti della stazione appaltante

dall'ausiliata e dall'ausiliaria, trattandosi di conseguenza che discende proprio dalla effettiva partecipazione della seconda all'esecuzione dell'appalto.

11. Stante le conclusioni appena raggiunte in ordine al profilo di censura scrutinato, di valenza assorbente ogni altra censura pure avanzata da Nuova Coedmar, il ricorso principale deve essere accolto.

Vanno, pertanto, annullati gli atti impugnati con esso ricorso principale, laddove non dispongono l'esclusione dalla gara della Sigenco, e ogni altro atto conseguente, ivi compresa l'aggiudicazione definitiva.

12. Ne consegue l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, delle censure di cui ai primi motivi aggiunti, rivolti da Nuova Coedmar avverso prescrizioni di bando e di disciplinare di gara per l'ipotesi che gli stessi potessero essere intesi nel senso indicato dalla ricorrente incidentale, evenienza non verificatasi sì alla luce delle conclusioni di cui al punto 8.

13. Ne consegue anche l'improcedibilità, sempre per sopravvenuta carenza di interesse, delle censure del ricorso incidentale da Sigenco proposte, in via meramente subordinata, per l'ipotesi di un favorevole vaglio di alcune doglianze del ricorso principale, tra cui non rientra la censura (terzo motivo) appena sopra accolta.

14. Disposto come sopra l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di Sigenco e gli atti presupposti, il Collegio è chiamato a pronunciarsi sulla domanda di risarcimento in forma specifica o per equivalente di Nuova Coedmar, introdotta in via cautelativa nel ricorso principale e confermata a mezzo della proposizione dei secondi motivi aggiunti, susseguenti al perfezionamento, nelle more del giudizio, dell'affidamento dell'appalto per cui è causa.

Viene primariamente in rilievo la possibilità di disporre a favore della ricorrente principale il risarcimento in forma specifica, previa dichiarazione di inefficacia in via retroattiva del contratto già stipulato con Sigenco e declaratoria del diritto di Nuova Coedmar stessa, seconda classificata nella graduatoria della gara di cui si discute, a subentrare nel contratto in parola.

Al riguardo, si osserva che, non vertendosi nella fattispecie di cui all'art. 121 del c.p.a. (inefficacia del contratto nei casi delle gravi violazioni ivi declinate), trova applicazione la regola di cui all'art.122 dello stesso codice (inefficacia del contratto negli altri casi).

La norma dispone che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva – laddove il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e vi sia domanda di subentro, presupposti entrambi sussistenti nel caso in esame – stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nello stesso.

Occorre quindi, in particolare, tener conto dello stato di esecuzione del contratto, della possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e subentrare nel contratto, degli interessi di tutte le parti.

E ove anche sussista la possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione stessa, l'avanzato stato di esecuzione dell'appalto preclude la dichiarazione di inefficacia del contratto *contra legem* stipulato, e quindi la reintegrazione in forma specifica del danno subito dal ricorrente attraverso il subentro contrattuale, determinando la conservazione del contratto stesso ed il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno per equivalente, in presenza dei relativi presupposti (C. Stato, VI, 15 giugno 2010, n. 3759).

Nel caso di specie, a fronte dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva appena disposto, la ricorrente, quale seconda classificata nella gara di cui si discute (e a favore della quale sono state risolte in questa sede le questioni proposte sulla regolarità della sua ammissione alla gara stessa), avrebbe titolo a conseguire l'aggiudicazione definitiva e il contratto in luogo di Sigenco.

Resta, pertanto, da scrutinare l'eventuale sussistenza della condizione preclusiva consistente nell'avanzato stato di esecuzione dell'appalto.

Essa non si rinviene.

Infatti è la stessa Sigenco a rappresentare, ancora alla data del 30 giugno 2012, che “l’esecuzione dell’opera è ormai imminente”, con ciò intendendosi esclusivamente l’avvenuta predisposizione e consegna alla data del 21 giugno 2012 della progettazione esecutiva, “la cui fattibilità è stata accertata e decretata da tutti gli organismi amministrativi ministeriali e regionali ... interpellati”.

L’esecuzione dell’opera pubblica non risulta, pertanto, neanche iniziata.

Né potrebbe in contrario avviso ritenersi che la predisposizione e la consegna della progettazione esecutiva nell’appalto per cui è causa, volto all’affidamento sia della progettazione che della realizzazione dell’opera pubblica, integrino *ex se* il presupposto dell’avanzato stato di esecuzione dell’appalto.

Invero, si osserva che, a fronte del già citato art. 122 c.p.a., che prescrive che l’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione va valutata anche “alla luce dei vizi riscontrati”, che, nel caso di specie, attengono alla fase esecutiva.

Non sussiste, quindi, alcun impedimento alla dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato tra la stazione appaltante e Sigenco in data 9 marzo 2012, che va, pertanto, conseguentemente dichiarato inefficace a decorrere dalla stessa data.

15. Vanno infine esaminate le ulteriori domande avanzate da Nuova Coedmar quanto segue.

Quanto alla domanda di subentro nel contratto, vero è quanto rappresentato dalla Sigenco in ordine alla totale impraticabilità di una statuizione su di essa favorevole, atteso, per un verso, che il negozio è conformato sulla progettazione definitiva e esecutiva di Sigenco, in relazione alla quale Nuova Coedmar non potrebbe assumere le relative responsabilità. Ciò, anche in disparte ogni altra questione più generale, tenuto quantomeno conto delle gravi carenze denunciate da Nuova Coedmar con l’atto introduttivo del giudizio proprio al riguardo della progettazione Sigenco.

Per altro verso, deve osservarsi che il progetto Nuova Coedmar resta comunque sottoposto all’alea costituita dalla necessità di acquisire le autorizzazioni conseguenti alla sua valutazione sotto il profilo tecnico e ambientale, di cui all’art. 14 del disciplinare di gara.

Dovendosi, pertanto, in definitiva, individuare l’utilità da Nuova Coedmar ricavabile dalle statuizioni a lei favorevoli sin qui deliberate nella sola assunzione della qualità di aggiudicataria provvisoria.

Con l’effetto di far, naturalmente, salve le ulteriori attività e determinazioni, rimesse alla stazione appaltante, relative alla necessità di acquisire, ai fini dell’aggiudicazione definitiva, il decreto di compatibilità ambientale del progetto Nuova Coedmar, partitamente indicate nell’art. 14 del disciplinare di gara, sulla scorta dei correlati adempimenti cui l’aggiudicatario provvisorio è tenuto ai sensi della stessa disposizione.

Da quanto sopra discende che va esclusa non solo la possibilità di disporre il subentro di Nuova Coedmar nel contratto, ma anche la sussistenza dei presupposti per disporre il risarcimento del danno per equivalente, all’attualità non rinvenibili alla luce dell’art. 124 c.p.a., che prevede che il danno risarcibile per equivalente risulti provato.

16. Le spese di lite in parte seguono la soccombenza, come liquidate in dispositivo, in parte possono essere compensate per giusti motivi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)
definitivamente pronunciando sulla controversia di cui epigrafe:

- in parte respinge e in parte dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- accoglie il ricorso principale e i secondi motivi aggiunti nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, per l’effetto

disponendo l'annullamento degli atti impugnati, nella parte in cui la ricorrente incidentale non è stata esclusa dalla procedura di gara, risultandone l'aggiudicataria definitiva, e dichiarando l'inefficacia del contratto all'esito stipulato dalla data della stipula;

- dichiara improcedibili i primi motivi aggiunti al ricorso principale;
- condanna l'amministrazione straordinaria resistente alle spese di lite in favore della parte ricorrente, complessivamente liquidate in € 5.000,00 (euro cinquemila/00);
- compensa le altre spese.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dell'11 luglio e del 10 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/10/2012

IL SEGRETARIO

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