

N. 02402/2012REG.PROV.COLL.
N. 05900/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5900 del 2011, proposto da:

Technital S.p.a, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Rtp-Cooprogetti Soc. coop. a r.l, Rtp - Polistudio S.p.a., Rtp-Valentini Giorgio e Bissoli Beatrice architetti associati, Rtp - Bozzetto Vittorio, rappresentato e difeso dall'Avv. Francesco Mazzoleni e dall'Avv. Vania Romano, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 6;

contro

Concise Consorzio Stabile Soc. coop. a r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo del costituendo raggruppamento di imprese con Studio Tecnico Associato Tecness, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Alessandro Pizzato, dall'Avv. Renato Fusco e dall'Avv. Michela Reggio D'Acì, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Roma, via degli Scipioni, 288;

nei confronti di

Presidenza del Consiglio dei Ministri - Commissario delegato per l'emergenza della mobilità riguardante l'Autostrada A4 (tratto Venezia - Trieste) e il raccordo autostradale Villesse - Gorizia - Ente Nazionale per le Strade (ANAS), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, costituitisi in giudizio, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12; Autovie Venete S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Gianni Zgagliardich, dall'Avv. Andrea Manzi e dall'Avv. Luigi Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Roma, Sez. I, n. 3707 dd. 2 maggio 2011, resa tra le parti e concernente appalto servizi di ingegneria attinente alle prestazioni di Coordinatore per l'esecuzione dei lavori di ampliamento dell'Autostrada A4 con la realizzazione della terza corsia - Lotto quarto Quarto d'Altino - San Donà di Piave (Venezia).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autovie Venete S.p.a., della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Commissario delegato per l'emergenza della mobilità riguardante l'Autostrada A4 (tratto Venezia - Trieste) e il raccordo autostradale Villesse - Gorizia - Ente Nazionale per le Strade (ANAS), nonché di Concise Consorzio Stabile Soc.coop. a r.l., in proprio e quale Capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Studio Tecnico Associato Tecness;

Visto - altresì - l'appello incidentale proposto da Concise Consorzio Stabile Soc.coop. a r.l., in proprio e quale Capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Studio Tecnico Associato Tecness, contestualmente al proprio atto di costituzione nel presente grado

di giudizio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2011 il Cons. Fulvio Rocco e uditi per la Technital S.p.a. l'Avv. Francesco Mazzoleni, per Autovie Venete S.p.a. l'Avv. Gianni Zgagliardich e l'Avv. Luigi Manzi, nonché per la Concise Consorzio Stabile Soc.coop. a r.l., l'Avv. Renato Fusco, e l'Avv. Michela Reggio d'Acì;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con decreto n. 57 dd. 3 maggio 2010 il Commissario delegato per l'emergenza della mobilità riguardante l'Autostrada A4 (Tratto Venezia – Trieste) ed il Raccordo Villesse – Gorizia, insediato a seguito dell'Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3702 dd. 5 settembre 2008 e recante – per l'appunto – *“disposizioni urgenti di protezione civile per fronteggiare l'emergenza determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nell'asse autostradale Corridoio V dell'autostrada A4 nella tratta Quarto d'Altino - Trieste e nel raccordo autostradale Villesse Gorizia”* – ha approvato il bando di gara avente ad oggetto l'affidamento del *“Servizio di ingegneria attinente alle prestazioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori, così come definite dall'art. 92 del D.L.vo 9 aprile 2008 n. 81 e s.m.i., per i lavori di costruzione dell'ampliamento dell'A4 con la realizzazione della terza corsia – Lotto Quarto D'Altino-San Donà di Piave”*.

All'esito di tale procedimento di scelta del contraente si è collocato al primo posto il raggruppamento di imprese costituendo tra la Technital S.p.a, quale mandataria, e le mandanti Rtp-Cooprogetti Soc. coop. a r.l, Rtp - Polistudio S.p.a., Rtp-Valentini Giorgio e Bissoli Beatrice architetti associati, Rtp - Bozzetto Vittorio (d'ora innanzi indicato nella presente

sentenza come Technital) , nel mentre al secondo posto si è collocato il raggruppamento temporaneo di imprese costituendo tra la Concise Consorzio Stabile Soc. coop. a r.l., mandataria, e lo Studio Tecnico Associato Tecness, mandante (qui di seguito indicato come Concise).

Technital è stata pertanto dichiarata aggiudicataria provvisoria con un'offerta al ribasso pari al 52,58%, non considerata anomala dalla stazione appaltante a' sensi e per gli effetti dell'art. 86, comma 2, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163.

Con determina dd. 25 gennaio 2011 il Responsabile unico del procedimento ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara a favore di Technital per l'importo netto complessivo di € 1.999.969,78.- più I.V.A e i competenti oneri previdenziali per i liberi professionisti.

Con nota dd. 5 ottobre 2010 Concise ha peraltro significato alla stazione appaltante che il raggruppamento dichiarato vincitore della gara non avrebbe potuto essere ammesso alla stessa in quanto taluni dei suoi componenti si sarebbero trovati nelle situazioni di esclusione previste dagli artt. 5 e 12 del disciplinare di gara, i quali – per l'appunto - precludevano la partecipazione a tutti coloro che avessero concorso alla redazione del progetto preliminare e/o definitivo dell'opera.

Concise ha in tal senso rimarcato che Technital e Coopprogetti avevano infatti già eseguito la progettazione specialistica delle opere d'arte principali e delle opere d'arte minori nell'ambito del progetto definitivo dei lavori per il Lotto Quarto d'Altino-San Donà di Piave, nel mentre lo studio dell'Ing. Bozzetto aveva non solo curato la stesura del Piano di Sicurezza e Coordinamento allegato al progetto definitivo dei lavori, ma aveva partecipato, in qualità di capogruppo, alle gare indette per l'aggiudicazione del servizio di Coordinatore dei lavori riguardanti altri due lotti della medesima opera (complessivamente articolata nei lotti Quarto d'Altino – San Donà di Piave, San Donà di Piave – Alvisopoli, Alvisopoli – San

Giorgio di Nogaro, San Giorgio di Nogaro – Villesse, più il lotto concernente la riqualificazione del raccordo autostradale Villesse – Gorizia Autoporto e Valico di Sant'Andrea).

In dipendenza di ciò Concise ha pertanto chiesto alla stazione appaltante di annullare in via di autotutela l'aggiudicazione disposta a favore di Technital, con conseguente riformulazione della graduatoria della gara.

La stazione appaltante ha motivatamente respinto tale richiesta con nota prot. U/6993 dd. 29 ottobre 2010 a firma del Responsabile unico del procedimento.

1.2. Con ricorso proposto sub R.G. 811 del 2011 innanzi al T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, Concise ha pertanto chiesto l'annullamento:

a) della determina del Responsabile unico del procedimento n. 26 del 25 gennaio 2011, recante l'aggiudicazione definitiva a Technital dell'appalto avente ad oggetto *“il servizio di ingegneria attinente alle prestazioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori così come definite dall'art. 92 del D.L.vo 81 del 2008 e s.m.i. per i lavori di ampliamento dell'A4 con la realizzazione della terza corsia – Lotto Quarto D'Altino – San Donà di Piave (CIG 04689952EA)”* e della relativa nota di avviso prot. U/320 dd.26 gennaio 2011;

b) dei verbali delle sedute e delle operazioni di gara compiute dalla Commissione giudicatrice della gara (verbale n. 1 del 2 agosto 2010; verbale n. 2 del 9 agosto 2010; verbale n. 3 del 18 agosto 2010; verbale n. 4 del 20 agosto 2010; verbale n. 5 del 15 settembre 2010; verbale n. 6 del 5 ottobre 2010), nella parte in cui Technital è stata ammessa alla gara e ne è stata valutata l'offerta;

c) dell'atto con cui Technital è stata ammessa alla gara e della graduatoria finale;

d) del contratto eventualmente stipulato fra l'Amministrazione aggiudicatrice e Technital, con declaratoria della sua inefficacia e/o invalidità;

e) nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente, ivi compresa la determina di aggiudicazione provvisoria (verbale n. 5 del 5 ottobre 2010) e, per quanto di ragione, della nota del Commissario delegato prot. U/6993 dd. 29 ottobre 2010.

Concise ha – altresì – chiesto la condanna del Commissariato delegato e di Autovie Venete S.p.a., soggetto concessionario della tratta autostradale Quarto d'Altino – Trieste e che garantisce il supporto tecnico, logistico ed operativo al Commissario predetto, al pagamento di tutti i danni subiti e subendi per effetto degli atti predetti; in principalità, in forma specifica mediante aggiudicazione a proprio favore dell'appalto sopradescritto, avendone asseritamente titolo e avendo dichiarato con lo stesso atto introduttivo del giudizio di primo grado di voler subentrare in tal senso a Technital; in subordine, per equivalente, mediante pagamento in proprio favore delle somme dovute a titolo di ristoro dell'illecito affidamento dell'appalto alla medesima Technital, nelle componenti del danno emergente (ossia per le spese sostenute ai fini della partecipazione alla gara) e del lucro cessante (e, cioè, per il mancato utile conseguente all'impossibilità di eseguire in tutto o in parte l'appalto).

Concise ha dedotto nel primo grado del giudizio le seguenti censure:

1) Violazione della *lex specialis* della gara (artt. 5 e 12 del disciplinare); violazione di legge dell'art. 90 del D.L.vo 163 del 2006; eccesso di potere per difetto ed erroneità del presupposto, travisamento del fatto e difetto di istruttoria.

Secondo Concise, in dipendenza di quanto dianzi esposto in linea di fatto, Technital avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione, avuto riguardo alla presenza delle specifiche cause di incompatibilità previste dalle precitate disposizioni del disciplinare di gara.

Nel rimarcare come tali previsioni siano all'evidenza deputate a garantire l'imparzialità della Stazione appaltante ed a tutelare la parità di trattamento

tra i concorrenti, Concise ha evidenziato come taluno di essi, ove partecipanti a pregresse fasi di progettazione, otterrebbe un ingiustificato vantaggio competitivo nei confronti degli altri candidati all'aggiudicazione, rappresentato dalla già acquisita conoscenza dei contenuti progettuali.

Né – sempre ad avviso di Technital - potrebbe condividersi quanto sostenuto dal Commissario delegato con nota dd. 29 ottobre 2010 in replica ad osservazioni formulate dalla medesima ricorrente in primo grado, ossia che la disposizione dell'art. 12 del Capitolato sarebbe stata inclusa nell'originaria versione del disciplinare “*per mero refuso tipografico*” e che in relazione a ciò sarebbe stata pubblicata una rettifica, sul sito *web* di Autovie Venete, “*cassando*” la relativa previsione: in tal senso; tale avviso di Autovie Venete non recherebbe, infatti, carattere di espressa (e, comunque, legittima) modifica alla *lex specialis*, sia in relazione all'omessa adozione di essa ad opera della competente Autorità, sia con riferimento alle stesse modalità di pubblicazione sul *web*; e, in ogni caso, la (pur contestata) espunzione della disposizione di cui all'art. 12 anzidetto non potrebbe essere legittimamente sussunta nel novero dei poteri derogatori conferiti all'organo commissariale.

In ogni modo – ha osservato conclusivamente Concise - rimarrebbe pur sempre ferma la previsione, di omologo contenuto di cui all'art. 5 del Capitolato, sostanzialmente riprodotiva delle disposizioni in materia dettate dall'art. 90 del D.L.vo 163 del 2006, a loro volta concomitantemente violate.

2) Violazione degli artt. 90 e 164 del D.L.vo 163 del 2006, nonché dei principi fondamentali in materia di concorrenza, di imparzialità, di trasparenza e di parità di trattamento dei concorrenti; eccesso di potere per difetto di presupposto e difetto di istruttoria, nonché sviamento di potere.

Concise ha rilevato in tal senso che, anche in ragione dei principi affermati in giurisprudenza, la presenza di una iniziale situazione di disomogeneità

fra concorrenti scaturente dalla posizione di vantaggio da uno di essi acquisita in relazione alla pregressa attività svolta con l'Amministrazione appaltante determinerebbe una situazione di incompatibilità suscettibile di escludere l'ammissione ad una gara.

Concise ha pertanto ribadito la fondatezza delle già svolte considerazioni con le quali è stata illustrata l'attività di concorso nella progettazione definitiva dei lavori per il lotto in esame svolta da Technital e da Coopprogetti, nonché l'intervenuta predisposizione del Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC) da parte dello studio dell'Ing. Bozzetto, anch'esso figurante fra i mandanti del raggruppamento proclamato aggiudicatario.

Nel sottolineare come le prestazioni da dedurre in offerta per il servizio messo in gara fossero strettamente connesse ai contenuti del progetto definitivo e del relativo PSC, Concise ha pertanto rimarcato, ancora una volta, il vantaggio competitivo rispetto agli altri concorrenti rinvenibile in capo ai soggetti che hanno già concorso alla predisposizione degli elaborati progettuali.

3) Violazione dei principi generali di logicità, congruenza ed adeguatezza dell'azione amministrativa, nonché sviamento di potere sotto ulteriore profilo.

Technital ha rimarcato che le imprese resesi aggiudicatarie delle tre gare relative ai distinti lotti dell'opera in questione avrebbero indicato i medesimi professionisti a ricoprire i vari ruoli di supporto al servizio di Coordinatore dei lavori, garantendone la presenza continuativa giornaliera in cantiere; e tale circostanza, secondo quanto argomentato dalla medesima Concise, si rivelerebbe – per l'appunto - di impossibile attuazione, atteso che la stessa diversità dei lotti nei quali l'opera è stata suddivisa precluderebbe una contemporanea presenza di tali soggetti in una pluralità di cantieri.

Concise afferma conseguentemente che le tre offerte risultate aggiudicatarie

per i tre lotti sarebbero reciprocamente incompatibili tra loro, in quanto insuscettibili di contemporanea esecuzione.

1.3. Nel giudizio di primo grado si sono costituiti il Commissario delegato e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, deducendo l'infondatezza delle censure dianzi esposte e concludendo per la reiezione del ricorso.

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

Si è anche costituita nel giudizio di primo grado Technital, replicando puntualmente alle censure avversarie e proponendo ricorso incidentale, avente a sua volta oggetto l'annullamento del verbale di gara n. 1 dd. 2 agosto 2010 limitatamente alla parte in cui era stata disposta l'ammissione alla gara di Concise, e – per conseguenza, e sempre per quanto di interesse – dei susseguenti verbali n. 2 dd. 9 agosto 2010, n. 3 dd. 18 agosto 2010, n. 4 dd. 20 agosto 2010, n. 5 dd. 15 settembre 2010 e n. 6 dd. 5 ottobre 2010 n. 6, nonché degli atti di approvazione della graduatoria finale nella parte in cui non recano l'esclusione di Concise dalla gara, ma – anzi – la valutazione dell'offerta presentata da quest'ultima.

In tal senso Technital ha pertanto dedotto, a sostegno della propria impugnativa, violazione di legge per omessa applicazione dell'art. 5 del disciplinare di gara e degli artt. 90 e 164 del D.L.vo 163 del 2006, eccesso di potere per violazione dei principi di concorrenza e di parità di trattamento tra i concorrenti, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

Technital ha rilevato che tra i soci del Consorzio Concise figurano la C & T Engineering S.r.l., nonché la Eng. Team & Partners S.p.a., che l'ing. Francesco Toninato è il legale rappresentante della C & T Engineering, nonché Direttore Tecnico sia di C & T Engineering, sia di Eng. Team & Partners e che C & T Engineering ha partecipato, quale progettista individuato, all'appalto integrato concernente la progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di costruzione dell'ampliamento della terza corsia

della A4 proprio con riferimento al tratto Quarto d'Altino-S. Donà di Piave.

Secondo Technital, pertanto, Concise avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione per cui è ora causa, in quanto l'art. 5 del disciplinare di gara prevede che *“il concorrente e il Coordinatore per l'esecuzione, pena l'esclusione, non devono trovarsi nelle condizioni previste dagli articoli 38 e 90, del D.L.vo. 163 del 2006 e s.m.i.”*; ovvero che non debbono essere stati affidatari di incarichi di progettazione.

Technital, quindi, ha a sua volta rimarcato che tali disposizioni sono deputate alla tutela del principio di imparzialità dell'Amministrazione e del principio di parità di trattamento dei concorrenti, in quanto chi ha preso parte alla fase progettuale dell'opera finirebbe per trovarsi, mediante la più approfondita conoscenza degli elaborati progettuali medesimi, in posizione privilegiata rispetto ad ogni altro partecipante, e che, proprio in relazione a tale circostanza, Technital non doveva essere ammessa al procedimento di scelta del contraente.

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

1.4. Con sentenza n. 3707 dd. 2 maggio 2011 la Sezione I dell'adito T.A.R.:

a) ha previamente disaminato e respinto il ricorso incidentale proposto da Technital, S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con Polistudio S.p.A., Valentini Giorgio e Bissoli Beatrice Architetti associati, Coopprogetti s.c. a r.l. e ing. Vittorio Bozzetto;

b) ha accolto il ricorso principale proposto da Concise e, per l'effetto, ha annullato - nei limiti e con gli effetti di cui in motivazione - gli atti

impugnati con tale mezzo;

c) ha condannato il Commissario delegato nonché Technital al pagamento delle spese di giudizio in favore di Concise, liquidandole nella misura di € 2.500,00 a carico di ciascuna di tali parti soccombenti;

d) ha compensato ogni ragione di lite tra Concise e Autovie Venete.

2.1. A questo punto, Technital impugna con il ricorso in epigrafe tale sentenza, deducendo con un unico, articolato motivo di appello l'avvenuta violazione dell'art. 90, comma 8, del D.Lvo 163 del 2006 e dell'art. 5 della L. 24 febbraio 1992 n. 225, in relazione all'art. 91, comma 4 e all'art. 66 del medesimo D.L.vo 163 del 2006, all'art. 1362 cod. civ. e all'art. 14 disp. prel. cod. civ., violazione dell'art. 88, comma 2, cod. proc. amm., difetto di motivazione della sentenza, nonché violazione dei principi di concorrenza, proporzionalità, parità di trattamento dei concorrenti e di libertà del commercio.

In buona sostanza, secondo Technital il giudice di primo grado, nel riferirsi all'art. 90, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006, non avrebbe esattamente perimetrato i principi di libertà di concorrenza e di parità di trattamento tra i partecipanti alle gare pubbliche, obliterando innanzitutto che il fine perseguito da tale disciplina sarebbe non già quello di prefigurare la stazione appaltante quale arbitro neutro nella scelta di un soggetto da una qualsiasi schiera di concorrenti, ma quale soggetto selezionatore del proprio contraente da una platea più ampia possibile di concorrenti, in modo tale da garantire la qualità delle prestazioni ricercate: e ciò anche nella necessaria considerazione della consonante giurisprudenza comunitaria formatasi sul punto (cfr., ad es., Corte di Giustizia CE, Sez. II, 3 marzo 2005 n. 51).

Il giudice di primo grado – evidenzia Technital – avrebbe considerato l'art. 90, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006 come *“espressione di un principio di ordine generale”* al punto tale da omettere la ricerca della sussistenza di ipotesi tipiche normativamente previste al riguardo, dovendosi pertanto

esclusivamente valutare se vi sia stata una differente considerazione delle posizioni dei vari concorrenti.

Secondo Technital, poiché a' sensi dell'art. 93 del D.L.vo 163 del 2006 vige – come è ben noto - un

triplice livello di progettazione delle opere pubbliche (progetto preliminare, progetto definitivo e progetto esecutivo), nel mentre in via orizzontale sono annoverate diverse prestazioni di ingegneria (ad es., la validazione dei progetti, la direzione lavori, il coordinamento in fase di progettazione, il coordinamento per l'esecuzione, il collaudo), e poiché il giudice di primo grado ha ravvisato nella specie un'incompatibilità – per così dire – “*di tipo intermedio*” tra il progettista preliminare e le prestazioni proprie del coordinatore per l'esecuzione, la tesi del medesimo T.A.R., ove condivisa in linea di principio, porterebbe alle seguenti, e quanto mai distorte conseguenze:

- a) l'autore o il compartecipe al progetto preliminare dell'opera risulterebbe incompatibile con tutte le attività susseguenti, ossia la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva, la direzione lavori e il coordinamento per l'esecuzione;
- b) l'autore o il compartecipe al progetto definitivo dell'opera risulterebbe, a sua volta, incompatibile con le restanti attività successive, ossia la progettazione esecutiva, la direzione lavori e il coordinamento per l'esecuzione;
- c) l'autore o il compartecipe al progetto esecutivo dell'opera risulterebbe incompatibile con la direzione lavori e il coordinamento per l'esecuzione;
- d) l'autore o il compartecipe al progetto preliminare dell'opera diverrebbe incompatibile con tutte le attività successive, riguardanti tutti i lotti dell'opera medesima;
- e) l'autore o il compartecipe al progetto definitivo dell'opera diverrebbe incompatibile con tutte le attività successive, riguardanti tutti i lotti

dell'opera medesima;

f) l'autore o il compartecipe al progetto esecutivo di un lotto dell'opera diverrebbe incompatibile con la direzione lavori e il coordinamento per l'esecuzione di tutti gli altri lotti dell'opera medesima.

In tal modo, sempre secondo Technital, non potrebbe escludersi la conseguenza per cui la stazione appaltante si troverebbe dinanzi ad una platea di concorrenti sempre più ristretta, determinandosi in tal modo non soltanto il venir meno della pur necessaria qualità delle prestazioni, ma anche la stessa concorrenza tra i partecipanti alla gara.

Technital rimarca inoltre che il giudice di primo grado avrebbe in sostanza omesso di verificare la ben particolare natura delle prestazioni rese in concreto dal coordinatore per l'esecuzione dei lavori, segnatamente implicanti il "*coordinamento*" tra le imprese esecutrici dei lavori, a' sensi dell'art. 92, lett. a), b), c) e d) del D.L.vo 9 aprile 2006 n. 163, e l' "*alta sorveglianza*" e la verifica delle inosservanze, secondo quanto disposto dal medesimo art. 92, lett. e) ed f), del D.L.vo 163 del 2006; senza sottacere, poi, che in ordine alle prestazioni medesime sarebbero già previste dall'ordinamento, segnatamente all'art. 89 del medesimo D.L.vo 81 del 2008, fattispecie di incompatibilità.

Più in generale, l'appellante contesta l'assunto del giudice di primo grado secondo il quale l'art. 90, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006, sostanzialmente riproduttivo dell'art. 17, comma 14-sexies della L. 11 febbraio 1994 n. 109, costituirebbe puntuale applicazione del principio ancor più generale enunciato dall'art. 2, comma 1, dello stesso Codice, laddove – per l'appunto – si afferma che l'affidamento deve comunque rispettare i principi di libera concorrenza, di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità e di pubblicità.

Secondo Technital, infatti, non solo non sussisterebbe alcun legame testuale tra le disposizioni ora riferite, ma dovrebbe per contro evidenziarsi che

l'interpretazione dell'art. 90, comma 8, non potrebbe ignorare il contenuto del susseguente art. 91, comma 4, del Codice medesimo, laddove si afferma, in via del tutto inequivoca, che *“le progettazioni definitiva ed esecutiva sono di norma affidate al medesimo soggetto, pubblico o privato, salvo che in senso contrario sussistano particolari ragioni accertate dal responsabile del procedimento”*; né andrebbe sottaciuto che *“nessuna disposizione preclude al professionista incaricato della progettazione preliminare di un'opera pubblica di partecipare all'appalto per il servizio di progettazione definitiva; anzi l'art. 17, comma 14 sexies, della L. 11 febbraio 1994 n. 109 privilegia proprio il criterio di continuità nello svolgimento delle varie fasi di progettazione”* (Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2004 n. 561; cfr., altresì, nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2001 n. 4968, secondo cui nessuna disposizione esclude la possibilità che il professionista il quale abbia redatto il progetto preliminare possa essere affidatario dell'incarico concernente la progettazione definitiva ed esecutiva).

Technital rimarca in tal senso che la disciplina legislativa in esame di per sé contemplerebbe il solo divieto per gli affidatari degli incarichi di progettazione di partecipare alle gare per l'affidamento dell'appalto o della concessione, e che le norme preclusive della partecipazione a procedimenti competitivi soggiacciono ad un'interpretazione restrittiva, nella misura in cui contemplano una limitazione della libertà di iniziativa economica e dell'esplicazione delle dinamiche concorrenziali.

Detto altrimenti, secondo Technital il principio della parità di trattamento tra i concorrenti non potrebbe essere irrigidito fino al punto di stigmatizzare asimmetrie competitive fondate su meriti acquisiti per effetto della partecipazione a procedimenti di scelta del contraente complessivamente retti dalla disciplina comunitaria e nazionale, ispirata – per contro – alla logica della concorrenza economica.

Technital afferma – inoltre – che l'interpretazione sistematica dell'art. 90, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006 rispetto all'art. 49, comma 5, del D.P.R.

5 ottobre 2010 n. 207, recante le disposizioni di attuazione dello stesso Codice (*“L’affidamento dell’incarico di verifica e’ incompatibile con lo svolgimento per il medesimo progetto della progettazione, del coordinamento della medesima, della direzione lavori, del coordinamento della sicurezza e del collaudo”*) e all’art. 216, comma 7, dello stesso D.P.R. (*“non possono essere affidati incarichi di collaudo ...c) a coloro che hanno comunque svolto o svolgono attività di controllo, progettazione, approvazione, autorizzazione, vigilanza o direzione dei lavori da collaudare”*) confermerebbe l’esistenza nel *“sistema”* non già di varie disposizioni settoriali recettive del predetto principio generale di cui all’art. 2 del Codice stesso, ma di più divieti, da interpretare restrittivamente a’ sensi dell’art. 14 disp. prel. cod. civ., in quanto limitativi della libertà di iniziativa economica e della concorrenza.

Il tutto – poi – secondo l’appellante dovrebbe ora essere opportunamente riguardato nell’ottica dell’art. 4, lett. n), del D.L. 13 maggio 2011 n. 70, convertito con modificazioni in L. 12 luglio 2011 n. 106, laddove ha introdotto il nuovo principio della *“tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione e attuazione, con irrilevanza delle clausole addizionali eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara”*, con conseguente modifica dell’art. 46 del D.L.vo 163 del 2006.

Da ciò, pertanto, discenderebbe la necessità dell’esclusione dalla gara del solo partecipante per cui sussistano *“indizi seri, precisi e concordanti”* per cui questi *“abbia rivestito un ruolo determinate nell’indirizzo delle (precedenti) scelte dell’Amministrazione o abbia ricevuto un tale flusso di informazioni riservate da falsare la concorrenza”* (cfr. sul punto, altresì, negli stessi termini la sentenza di questa Sezione n. 2650 dd. 3 maggio 2011), come del resto affermato anche dalla Corte della Giustizia CE, Sez. II, nella sua anzidetta sentenza n. 51 dd. 3 marzo 2005.

Technital afferma pure che nel non impugnato disciplinare di gara si

disponeva che eventuali rettifiche o integrazioni allo stesso sarebbero state pubblicate sul sito di Autovie Venete *www.autovie.it*, con il conseguente onere per i concorrenti di verificare ivi l'avvenuta pubblicazione di comunicazioni in tal senso a loro dirette, e che – per l'appunto – nel giorno successivo alla pubblicazione del bando è stato inserito nel sito anzidetto l'avviso per cui l'art. 12 dell'annesso disciplinare di gara era stato soppresso e che, pertanto, doveva considerarsi come non inserito nel relativo articolato.

Technital ribadisce che tale scelta della stazione appaltante risultava pienamente giustificata dall'anzidetta considerazione, secondo la quale il divieto contenuto nell'art. 90, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006 non è, di per sé, suscettibile di essere applicato al di fuori delle ipotesi espressamente previste.

L'appellante dà pure atto che la medesima stazione appaltante non ha eliminato anche l'art. 5 del disciplinare di gara, recante omologa previsione mediante un espresso rinvio all'art. 90, comma 8, del Codice, evidenziando peraltro che anche nella stessa sentenza impugnata non è stata esclusa a tale riguardo la sussistenza di un errore materiale, e reputa che – quindi – risulterebbe nella specie del tutto inequivoca la volontà della stazione appaltante di espungere dalla *lex specialis* una clausola di esclusione *ab origine* introdotta nella *lex* medesima, ma a ragione reputata poi illegittima e pertanto sollecitamente rimossa in via di autotutela.

Secondo Technital, pertanto, il giudice di primo grado non avrebbe nella specie fatto corretta applicazione dell'art. 1362 cod. civ. in tema di ermeneutica contrattuale, avendo omesso di valutare in tal senso l'intenzione concretamente e probatamente perseguita dalla stazione appaltante anche con riguardo al comportamento da questa coerentemente tenuto nel corso dell'intera gara.

Né – sempre secondo l'appellante – lo stesso giudice di primo grado

avrebbe considerato che nell'anzidetta ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3702 dd. 5 settembre 2008 è stata inequivocabilmente disposta, tra l'altro, la deroga all'anzidetto art. 90 del D.L.vo 163 del 2006, con la conseguenza che risulterebbe incongruo e contraddittorio – in quanto, all'evidenza, frutto di un mero errore materiale – l'inserzione, nella *lex specialis* qui in discussione, di norme comunque riprodotte dell'art. 90 medesimo.

Comunque sia, Technital, dopo aver puntualmente esposto l'insieme degli argomenti che a suo dire conforterebbero la riforma della sentenza del T.A.R. mediante la reiezione del ricorso principale proposto in primo grado da Concise, conclude il proprio ragionamento nel seguente modo:

I) il giudice di primo grado, laddove ha configurato l'art. 90, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006 quale regola generale del “*sistema*” derivata dall'art. 2 del medesimo D.L.vo 163 del 2006 e da applicare quindi anche al di fuori del caso in esso espressamente indicato, avrebbe all'evidenza violato l'art. 14 delle disp. prel. cod. civ., nonché l'art. 91, comma 4, dello stesso D.L.vo 163 del 2006;

II) il giudice di primo grado, peraltro, laddove ha respinto il ricorso incidentale proposto innanzi a sé dalla medesima appellante, nel presupposto che l'art. 90, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006 non potrebbe essere esteso anche ai meri partecipanti “*non affidatari*” al procedimento di scelta del contraente, sarebbe parimenti incorso nella medesima violazione dell'art. 14 delle disp. prel. cod. civ., nonché dell'art. 91, comma 4, dello stesso D.L.vo 163 del 2006;

III) va evidenziato che, ora, l'art. 50, comma 4, del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, attuativo del Codice approvato con D.L.vo 163 del 2006, espressamente dispone che “*il soggetto che intende partecipare alla gara non deve partecipare o aver partecipato direttamente o indirettamente né alla gara per l'affidamento della progettazione né alla redazione della stessa in qualsiasi suo livello*”

e che, pertanto, ove si intendesse configurare la relativa norma quale ulteriore emersione del principio generale di incompatibilità di cui all'anzidetto art. 2 del D.L.vo 163 del 2006 si otterrebbe la prova della circostanza che l'incompatibilità sussiste anche per la mera circostanza dell'avvenuta partecipazione alla gara da parte del soggetto normativamente definito come "*incompatibile*".

In dipendenza di tale ultima serie di argomenti, Technital chiede pertanto, in subordine, la riforma della sentenza qui impugnata, anche mediante l'accoglimento del ricorso incidentale da essa proposto in primo grado.

2.2.1. Si è costituita in giudizio Concise, replicando puntualmente agli argomenti sviluppati da Technital e concludendo, quindi, per la conferma della sentenza impugnata.

2.2.2. Contestualmente Concise ha pure proposto appello incidentale avverso la medesima sentenza resa dal giudice di primo grado, nella parte in cui risulterebbe affermato in via implicita che l'art. 12 del disciplinare di gara è stato rimosso dal contesto della *lex specialis* della gara medesima per effetto del mero "*avviso di rettifica*" pubblicato sul sito di Autovie Venete.

In tal senso, quindi, Concise ripropone in via di impugnazione incidentale il primo e il terzo motivo del ricorso già da essa proposti in primo grado e che risultano assorbiti nella sentenza resa dal T.A.R.

2.3. Si sono pure congiuntamente costituiti in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissario delegato per l'emergenza della mobilità riguardante l'Autostrada A4 (tratto Venezia – Trieste) e il raccordo autostradale Villesse – Gorizia e l'Ente Nazionale per le Strade (ANAS), concludendo per l'accoglimento dell'appello proposto da Technital nella forma della reiezione del ricorso proposto in primo grado da Concise.

2.4. Si è – altresì – costituita in giudizio Autovie Venete, parimenti concludendo, con ampie argomentazioni, nel senso dell'accoglimento dell'appello proposto da Technital nella forma della reiezione del ricorso

proposto in primo grado da Concise.

3. Alla pubblica udienza del 6 dicembre 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

4.1. Tutto ciò premesso, l'appello in epigrafe va respinto.

4.2. Va innanzitutto rilevato che a ragione il giudice di primo grado ha disaminato dapprima il ricorso incidentale proposto da Technital e, quindi, dopo averlo respinto, ha disaminato il ricorso incidentale proposto da Concise.

Tale scelta del T.A.R. va condivisa.

Sul punto è invero *medio tempore* intervenuta la sentenza di Cons. Stato, A.P., 7 aprile 2011 n. 4 che, definendo da ultimo la questione sulla priorità della disamina del ricorso principale ovvero del ricorso incidentale proposti in materia di pubbliche gare, ha affermato che l'esame del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara deve precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale e dalle richieste dell'Amministrazione resistente, nel mentre l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, solo qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile.

Nel caso in esame non può dirsi che l'impugnativa presentata in primo grado da Concise sia manifestamente infondata, inammissibile, irricevibile o improcedibile.

Semmai, va evidenziato che Technital, proprio mediante l'allegazione nel suo ricorso incidentale che C & T Engineering, aderente al Consorzio Concise, aveva già partecipato, quale progettista individuato, all'appalto

integrato concernente la progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di costruzione dell'ampliamento della terza corsia della A4 per lo stesso tratto Quarto d'Altino-S. Donà di Piave, intendeva – per l'appunto - contestare la stessa legittimazione di Concise a proporre il ricorso principale innanzi al T.A.R.

Deve pertanto concludersi nel senso che la statuizione assunta dal giudice di primo grado sull'ordine di trattazione delle questioni a lui sottoposte dalle parti è scevra da qualsivoglia rilievo.

4.3. Ciò posto, a ragione il giudice di primo grado ha respinto il ricorso incidentale proposto da Technital.

Come detto innanzi, Technital aveva dedotto con tale impugnativa che tra i soci del Consorzio Concise figurano C & T Engineering S.r.l., nonché Eng. Team & Partners S.p.A., per entrambe delle quali l'Ing. Francesco Toninato è Direttore Tecnico, nonché legale rappresentante dell'anzidetta C & T.

Technital aveva – altresì – rappresentato la circostanza che la medesima C & T aveva già partecipato, quale progettista individuato, all'appalto integrato avente ad oggetto la progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di costruzione dell'ampliamento della terza corsia della A4, proprio con riferimento al tratto Quarto d'Altino-S. Donà di Piave, e che pertanto, a' sensi dell'art. 5 del disciplinare il raggruppamento di imprese rappresentato da Concise avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per la quale è qui ora causa, posto che in tale articolo della *lex specialis* di gara si dispone che *“il concorrente e il coordinatore per l'esecuzione, pena l'esclusione, non devono trovarsi nelle condizioni previste dagli articoli 38 e 90, del D.L.vo. 163 del 2006 e s.m.i.”*, ossia che non devono essere stati affidatari di incarichi di progettazione.

Nell'art. 90, comma 8, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 , si dispone – quindi - quanto segue: *“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”.

Va evidenziato che la disciplina innanzi riportata è analoga a quanto era previsto dall'art. 17, comma 9, della L. 11 febbraio 1994 n. 109, come integrato dall'art. dall'art. 6 della L. 18 novembre 1998 n. 415.

La questione riguardante l'inerenza - o meno - della disciplina sopradescritta a un principio di carattere generale vigente in materia di pubbliche gare sarà trattata appresso, al § 4.4. della presente sentenza, laddove saranno disaminati i motivi di impugnazione inerenti al contenuto della sentenza impugnata segnatamente riguardanti il ricorso principale proposto in primo grado da Concise.

Sulla posizione di incompatibilità di quest'ultima qui dedotta da Technital risulta, infatti, del tutto assorbente al fine del decidere la constatazione della non omologabilità della situazione che Technital contesta a Concise rispetto a quanto, viceversa, quest'ultima ha riferito nei confronti di Technital con il proprio ricorso principale proposto in primo grado.

Nelle proprie deduzioni, infatti, Technital ha in qualche modo lasciato intravedere che C & T

si sia resa affidataria dell'appalto integrato avente ad oggetto la progettazione esecutiva e la realizzazione di ampliamento dell'Autostrada A4 e che in tale veste essa avrebbe pertanto partecipato alla “*progettazione esecutiva e alla successiva realizzazione dei lavori*” (cfr. pag. 7 del ricorso incidentale proposto da Technital in primo grado): il che, peraltro, non è

avvenuto in quanto – come puntualmente comprovato dalla documentazione prodotta in primo grado da Concise - l'appalto integrato di cui trattasi è stato aggiudicato al raggruppamento temporaneo di imprese formato dalla mandataria ImpregiloS.p.a. e da altre imprese mandatarie.

Né va sottaciuto che, allorquando è stata indetta la gara per cui ora è causa, neppure era iniziata la progettazione esecutiva, come del resto si desume dalle stesse premesse del disciplinare di gara, laddove – per l'appunto – si afferma che *“è imminente l'avvio della fase della progettazione esecutiva e della redazione della P.S.C.”*, e che *“la documentazione di riferimento a base della presente offerta ... attiene necessariamente”* ad uno stato di progettazione diversa rispetto a quella data solo per *“imminente”*, e che è pertanto individuata *expressis verbis* dalle premesse anzidette nel *“progetto definitivo completo di P.S.C. approvato dal Commissario Delegato con decreto n. 13 dd. 20 aprile 2009”*, per l'appunto redatto da Technital e da Cooprogetti Soc. coop.

Orbene, da tutto ciò si deduce quindi C & T non ha materialmente svolto attività di progettazione e di esecuzione di lavori in alcuna delle fasi di progettazione dell'opera: né ha comunque ricevuto dalla stazione appaltante incarichi in tal senso, né – ancora – risulta comprovata una sua attività al riguardo in regime di subappalto o di avvalimento.

Solo se C & T avesse agito in tali vesti sarebbe infatti possibile argomentare che essa (e, di riflesso, Concise) abbia fruito di una posizione privilegiata nella gara per cui ora è causa; e – viceversa – dalla mera partecipazione di C & T alla precedente gara per l'affidamento dell'appalto integrato per l'ampliamento della medesima autostrada, proprio perché non seguita dall'aggiudicazione in suo favore, non è materialmente possibile argomentare l'avvenuta acquisizione, in capo alla stessa C & T, di un vantaggio nella gara per cui è ora causa.

Sul punto giova pure rilevare che questa stessa Sezione, con la propria sentenza n. 2650 dd. 3 maggio 2011, ha già avuto modo di affermare che la

situazione di incompatibilità non è *“la conoscenza dell’elaborato sulla cui base occorre procedere ... bensì, in senso soggettivo, l’aver redatto un documento che costituisce il presupposto per la valutazione delle offerte, che a quello devono conformarsi”*; e – per l’appunto – tale documento probatamente non è stato nella specie redatto da C & T..

Né – da ultimo – giova all’appellante principale richiamarsi all’art. 50 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, laddove espressamente dispone che *“il soggetto che intende partecipare alla gara non deve partecipare o aver partecipato direttamente o indirettamente né alla gara per l’affidamento della progettazione né alla redazione della stessa in qualsiasi suo livello”*, affermando quindi che, ove si intendesse configurare la relativa norma quale ulteriore emersione del principio generale di incompatibilità di cui all’anzidetto art. 2, comma 1, del D.L.vo 163 del 2006 si otterrebbe la comprova della circostanza che l’incompatibilità sussiste anche per la mera circostanza dell’avvenuta partecipazione alla gara da parte del soggetto normativamente definito come *“incompatibile”*.

A tale conclusione osta non soltanto la già di per sé assorbente circostanza che la disciplina regolamentare ora riportata è stata pubblicata nel Supplemento ordinario n. 270 alla *Gazzetta Ufficiale* 10 dicembre n. 288, è entrata in vigore a’ sensi dell’art. 359 del medesimo D.P.R. centottanta giorni dopo la pubblicazione stessa e che pertanto la stessa non era vigente all’epoca dei fatti di causa, ma anche l’ulteriore rilievo per cui la disciplina medesima si riferisce specificamente alle gare aventi ad oggetto il servizio di verifica dei progetti e assolve alla specifica funzione di non consentire che il progetto sia verificato dal soggetto che ha precedentemente concorso per l’affidamento del progetto medesimo: funzione che, proprio per la sua indubbia specificità - oltre tutto affidata ad una disposizione regolamentare e non già legislativa - non può prefigurare un risultato ermeneutico che in via generale sancisca il principio per cui la mera partecipazione ad una gara

di progettazione costituisce causa di incompatibilità per la partecipazione ad ogni altra gara per i servizi di ingegneria relativi alla stessa opera.

4.4. Venendo – ora – alla disamina della sentenza impugnata nella parte in cui è stato accolto il ricorso principale proposto in primo grado da Concise, ben si vede che il T.A.R. ha segnatamente condiviso il secondo ordine di censure ivi dedotto, con conseguente assorbimento del primo e del terzo motivo di ricorso.

Secondo il primo giudice, la disciplina contenuta nell'art. 90, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006 va reputata quale espressione di un principio generale (cfr. sul punto, ad es., anche Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 2007 n. 1302), in forza del quale ai concorrenti ad una procedura di scelta del contraente da parte della Pubblica Amministrazione deve essere riconosciuta un'omogenea posizione, *ex se* implicante la più rigorosa parità di trattamento, dovendo comunque essere valutato se lo svolgimento di pregressi affidamenti presso la stessa stazione appaltante possa aver creato, per taluno dei concorrenti stessi, degli speciali vantaggi incompatibili con i principi - propri non soltanto dell'ordinamento italiano, ma anche di quello comunitario - di libera concorrenza e di parità di trattamento.

Tale valutazione deve essere effettuata in concreto dalla stazione appaltante, con eventuale sua verifica in punto di legittimità da parte del giudice amministrativo, nel contesto del vizio di eccesso di potere, ove reputato sussistente: tutto ciò – si ribadisce – nella consapevolezza che la regola generale dell'incompatibilità, come sopra fissata, garantisce la genuinità della gara (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2007 n. 5087) e che, in tale contesto, non devono essere ricercate ipotesi tipiche, normativamente individuate dal legislatore, ma deve essere valutato se vi sia stata – per l'appunto, in concreto - una differente posizione di partenza nella partecipazione alla procedura per l'affidamento dell'incarico di progettazione, che abbia dato origine a un possibile indebito vantaggio per

taluno dei partecipanti.

In tal modo, quindi, è assicurata nel nostro ordinamento la materiale e costante applicazione del principio di libera concorrenza, notoriamente valorizzato al massimo grado della normativa comunitaria, e alla stregua del quale la scelta del contraente, al di là delle ipotesi legislativamente disciplinate, incontra, in ogni caso, i limiti indicati dalle norme del Trattato istitutivo dell'UE in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento e la trasparenza, imponendosi per questa via una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali dunque da assicurare in ogni caso la libera concorrenza tra i soggetti interessati (cfr. sul punto, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 2008 n. 889 e l'ulteriore giurisprudenza ivi indicata).

Questo Collegio, a sua volta, non può che condividere tali notazioni di fondo, da cui muove il giudice di primo grado, e respinge quindi la tesi dell'appellante, di Autovie Venete e del Commissariato secondo la quale l'art. 90, comma 8, del D.L.vo 163 del 2005 non esprimerebbe un principio di ordine generale del "sistema" delle gare pubbliche, ma recherebbe una specifica e tassativa ipotesi di limitazione alla partecipazione alla gara, da interpretare in senso restrittivo a tutela dell'iniziativa economica: il che - per l'appunto - non è, posto che il principio di massima partecipazione alla gara non va tutelato in senso assoluto, ma deve estrinsecarsi nel rispetto del prevalente principio della tutela della libera concorrenza; tutela, questa, che si realizza - a sua volta - proprio mediante la tutela della parità di trattamento dei concorrenti e, quindi, con il necessario riconoscimento della valenza della disciplina contenuta nell'art. 90, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006, quale espressione di un principio generale del "sistema" (cfr. in tal senso la già citata sentenza di Cons. Stato, Sez. IV, 3 maggio 2011 n. 2650).

A ulteriore comprova dell'infondatezza della tesi di fondo propugnata

dall'appellante, va evidenziato che, secondo la decisione della Corte di Giustizia CE, Sez. II, 3 marzo 2005, tra l'altro citata (non propriamente) a conforto della propria tesi dalla medesima appellante, resa a fronte dei procedimenti riuniti C-21/03 e C-34/03 ed avente ad oggetto talune domande di pronuncia pregiudiziale sottoposte alla Corte, a' sensi dell'art. 234 del Trattato UE, dal *Conseil d'Etat* del Regno del Belgio, sussiste invero il contrasto con l'ordinamento comunitario di una disposizione di ordinamento interno che consenta l'esclusione *“di una domanda di partecipazione o la formulazione di un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, da parte di una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi”*, ma solo qualora l'ordinamento interno medesimo non conceda alla persona stessa *“la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza”*.

Tale notazione del giudice comunitario rende pertanto possibile, anche per il caso di specie, una lettura *“comunitariamente orientata”* dell'art. 90, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006, quale disciplina deputata a garantire la libera concorrenza e la libertà di iniziativa economica (art. 80 e ss. Trattato UE), concedendo comunque all'interessato la prova che la partecipazione in astratto vietata non potrebbe falsare la concorrenza.

Né può assumere rilievo il richiamo fatto dall'appellante all'art. 4, lett. n, del D.L. 13 maggio 2011 n. 70, convertito in L. 12 luglio 2011 n. 106, laddove ha introdotto il nuovo principio della *“tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione e attuazione, con irrilevanza delle clausole addizionali eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara”*, con conseguente modifica dell'art. 46 del D.L.vo 163 del 2006: anche a prescindere che si tratta di disciplina entrata in vigore successivamente ai fatti di causa, l'incompatibilità qui deriva, infatti,

proprio da una disposizione di legge contenuta nel Codice dei contratti pubblici e puntualmente richiamata dalla *lex specialis*, e non già da una “*clausola addizionale*” introdotta per scelta della stazione appaltante.

Il Collegio rimarca – altresì – la fondatezza dell’ulteriore corollario enunciato dallo stesso T.A.R., secondo cui l’art. 90 predetto e i principi da esso discendenti devono reputarsi operanti anche a prescindere da un’espressa loro recezione nella *lex specialis* di gara.

Nel caso di specie va soggiunto che i principi stessi sono stati comunque esplicitamente recepiti nella *lex specialis* per effetto degli artt. 5 e 12 del disciplinare di gara, con ciò comprovando la volontà della stazione appaltante di darvi applicazione.

Il Collegio non sottace – come, del resto, fatto anche dal giudice di primo grado - che l’art. 4, comma 1, lett. c), dell’Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 settembre 2008 n. 3702, recante “*Disposizioni urgenti di protezione civile per fronteggiare l'emergenza determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nell'asse autostradale Corridoio V dell'autostrada A4 nella tratta Quarto d'Altino-Trieste e nel raccordo autostradale Villesse-Gorizia*” autorizza il Commissario delegato a derogare, ove ritenuto indispensabile e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e della direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 ottobre 2004, alle seguenti disposizioni contenute nel Codice approvato con D.L.vo 163 del 2006, ossia:

- alla Parte I, titolo I, articoli 6, 7, 8, 11 e 12;
- alla Parte II, titolo I, articolo 30; Capi II, III e IV, articoli 34, 36, 37, 42, 49, 50, 53, 55, 56, 57, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 70, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 111, 118 e 120, titolo II, articoli da 121 a 125, titolo III, articoli da 126 a 194;
- alla Parte IV, articoli da 239 a 246;
- alla Parte V, articolo 253 e disposizioni regionali in materia di pubblici

appalti;

- alle disposizioni del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e del D.M. 19 aprile 2000 n. 145, all'epoca vigenti e strettamente collegate all'applicazione delle disposizioni anzidette;

- nonché, una volta entrati in vigore, ai regolamenti e capitolati di cui all'art. 5 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 per la parte attuativa ed integrativa delle suindicate norme.

E' dunque incontestata la circostanza che la stazione appaltante ben poteva, nella specie, derogare *in toto* all'art. 90 del D.L.vo 163 del 2006; ma è pure incontestato che – nondimeno – tale potere di deroga non è stato materialmente esercitato in quanto:

a) *ab origine*, il richiamo al comma 8 del medesimo art. 90 risultava inequivocabilmente inserito negli artt. 5 e 12 del disciplinare di gara; il primo di essi dispone che *“il Concorrente ed il Coordinatore per l'Esecuzione, pena l'esclusione, non devono trovarsi nelle condizioni previste dagli articoli 38 e 90, comma 8, del D.L.vo n. 163 del 2006 e s.m.i. e dagli articoli 51 e 52 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 544 e s.m.i.”*; il secondo, a sua volta, dispone che *“ai sensi dell'art. 90, comma 8, del D.L.vo n. 163 del 2006 e s.m.i., le persone fisiche e giuridiche che hanno concorso alla redazione del Progetto preliminare e/o del Progetto definitivo, non possono in alcuna forma e a qualsiasi altro titolo partecipare alla presente procedura di affidamento, a pena di esclusione. Il predetto divieto è esteso anche a tutti i soggetti che abbiano collaborato, a diverso titolo, alla stesura del Progetto preliminare e/o del Progetto definitivo”*.

b) anche ove si accedesse alla tesi della legittimità dell'avvenuta espunzione, nel corso della gara, del surriportato art. 12, comunque l'operatività del principio espresso dall'art. 90, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006 seguiva ad essere nella specie assicurata dall'incontestabile permanenza nella stessa *lex specialis* del parimenti surriportato art. 5 del disciplinare di gara, in forza del quale, come detto innanzi e anche al di fuori delle ipotesi espressamente

descritte in quest'ultimo, *“il Concorrente ed il Coordinatore per l'Esecuzione, pena l'esclusione, non devono trovarsi nelle condizioni previste dagli articoli ... 90, comma 8, del D.L.vo. n. 163 del 2006”*; il quale a sua volta dispone – per quanto qui segnatamente interessa – che *“gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione”*.

Nel caso di specie Technital, quale mandataria del raggruppamento di imprese vincitore della gara per cui è ora causa, e Cooprogetti, quale mandante, avevano già svolto la progettazione specialistica delle opere d'arte principali e delle opere d'arte minori nell'ambito del progetto definitivo dei lavori per il lotto Quarto d'Altino - San Donà di Piave dell'Autostrada A 4; lo studio dell'Ing. Vittorio Bozzetto, parimenti mandante di Technital, aveva curato la stesura del Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC) allegato al progetto definitivo dei lavori, e lo stesso Ing. Bozzetto risultava tra gli estensori del progetto preliminare.

Quanto sopra non può essere posto nel nulla dall'obiezione dell'appellante secondo cui, anche sul piano strettamente logico, non si porrebbe alcuna incompatibilità tra il progettista dei lavori e il coordinatore previsto dal Codice per lo svolgimento della progettazione definitiva ed esecutiva, ove parte attività in capo al medesimo soggetto.

A ragione l'appellata ha – per contro – evidenziato che tale favore per l'affidamento allo stesso soggetto dei predetti due livelli di progettazione si fonda sul postulato che i rispettivi affidamenti avvengano contestualmente, in modo che il confronto concorrenziale si realizzi sul complesso delle prestazioni richieste dalla stazione appaltante: il che non è per certo avvenuto nel caso di specie, dove invece si sono avuti distinte gare e, quindi, distinti affidamenti.

Ma, soprattutto, va evidenziato che la tesi dell'appellante non rileva

nell'economia della presente causa proprio in quanto l'affidamento per cui è ora causa concerne la fase materialmente attuativa del progetto, ossia il coordinamento dell'esecuzione dei lavori già progettati dall'appellante medesima.

Tale progetto, ancorché formalmente intestato ad Autovie Venete, risulta elaborato per una parte consistente, ossia per tutte le opere d'arte strutturali (giòva ribadire, sia principali, che minori: sottopasso S.P. 41 Quarto d'Altino – Portegrandi; ponte sul fiume Sile; sottopasso strada comunale Quarto d'Altino – La Costa; ponte sul Fiume Musestre; ponte sul fiume Vallio; sottopasso strada comunale Roncade – Meolo; ponte sul fiume Meolo; ponte sul fiume Piave) da Technital e da Cooproggetti.

E' innegabile, pertanto, che Technital e le imprese mandanti (ivi anche compreso lo Studio dell'Ing. Bozzetto, a sua volta estensore del PSC allegato al progetto definitivo dei lavori e co-estensore del progetto preliminare dello stesso tratto dell'opera) si sono palesemente trovati in una situazione di indubbio privilegio rispetto agli altri concorrenti nella gara per cui ora è causa, ossia l'affidamento del servizio di ingegneria attinente alle prestazioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori dello stesso lotto.

In particolare, il raggruppamento di Technital ben ha potuto valorizzare per la presentazione della propria offerta un consistente patrimonio di informazioni, materiale di lavoro e pregressi contatti con la stazione appaltante soprattutto per quanto attiene ai sub-elementi individuati al punto 9 del disciplinare di gara e resi – per l'appunto – oggetto di valutazione della Commissione giudicatrice della gara.

L'offerta, infatti, doveva segnatamente essere valutata, tra l'altro, con riferimento: al *“piano delle attività che il proponente intende intraprendere ... in rapporto al programma dei lavori, così come previsto dal progetto definitivo”* (sub-elemento T1); all' *“interfaccia con la stazione appaltante, il Responsabile unico del procedimento, il Direttore dei lavori”* (sub-elemento T2); all' *“adeguata*

analisi dei problemi da affrontare nelle diverse fasi della gestione ... nel rispetto delle condizioni al contorno e all'organizzazione di cantiere così come prevista nel progetto definitivo posto a base di gara, indicando gli elementi sensibili; ... il controllo delle attività interferenziali; ... ogni altra circostanza operativa e tecnica che a giudizio del concorrente rende ottimale la prestazione nel suo complesso" (sub-elemento T3).

In sostanza, quindi, Technital e Coopprogetti hanno tratto indubbio vantaggio in quanto:

- a) potevano fruire di importanti conoscenze pregresse nella definizione del piano delle attività da intraprendere in cantiere;
- b) essendo state affidatarie del progetto definitivo, avevano già sviluppato l' "interfaccia" con il Responsabile unico del procedimento, con la stazione appaltante e con il Direttore dei lavori;
- c) disponevano, per lo stesso motivo, di conoscenze e di materiali di lavoro non in possesso degli altri concorrenti, al fine di elaborare analisi e soluzioni utili per la formulazione dell'offerta.

La comprova di tale complessiva situazione di vantaggio è puntualmente tratta da Concise dalla stessa lettura dei verbali di gara, laddove il presidente della commissione giudicatrice della gara, ing. Giancarlo Chermetz, ha elogiato il contenuto dell'offerta di Technital avuto riguardo al "quadro generale di riferimento della stessa", soprattutto laddove "è individuato l'intero range delle problematiche del traffico alle attività di cantiere con tutto il complesso delle conseguenti azioni di cautela. Ogni termine ed elemento addotto implica un attento ed avvenuto esame della documentazione di progetto, con l'individuazione delle criticità a diversi livelli di scala", concludendo quindi nel senso che "il concorrente dimostra di aver profondamente esaminato il progetto definitivo e valutato rischi, criticità e azioni preparatorie/preventive".

Né diversamente si è espresso altro membro della commissione giudicatrice della gara, il p.i. Luigi Molinaro, secondo il quale "il concorrente ha effettuato lo studio del progetto definitivo in modo approfondito e di aver valutato ogni tipo di

azione da intraprendere per l'esecuzione del servizio"; e, ancora, il terzo membro della Commissione medesima, ing. Giampaolo Centrone, ha evidenziato che il piano proposto da Technital *"evidenzia un'articolazione completa rispetto alla normativa, nonché all'operatività dei lavori"*, essendo in esso *"riscontrabili una precisa conoscenza del territorio, l'identificazione di elementi di attenzione, l'evidenza di azioni specifiche aggiuntive"* rispetto alle stesse richieste della stazione appaltante.

E' evidente che consimili giudizi elogiativi sono stati indotti proprio da quegli elementi aggiuntivi di illegittimo vantaggio dianzi illustrati: elementi che, secondo lo stesso postulato giurisprudenziale comunitario dianzi riferito, Concise ha comprovato e Technital non è stata in grado di smentire.

4.5. Quanto esposto sin d'ora risulta, dunque, di per sé, assorbente per la reiezione dell'appello principale proposto da Technital, nonché per la declaratoria di improcedibilità dell'appello incidentale proposto da Concise (cfr. sul punto, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2007 n. 4172, secondo cui va, per l'appunto, dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'appello incidentale condizionato svolto dall'appellato, in conseguenza della pronuncia di infondatezza dell'appello principale).

Per mera completezza espositiva va comunque evidenziato che l'anzidetto art. 12 del disciplinare di gara - recante a sua volta, come si è detto innanzi, un'ulteriore disposizione puntualmente applicativa dell'art. 90, comma 8, del D.L.vo 163 del 2006, nel senso che *"le persone fisiche e giuridiche che hanno concorso alla redazione del Progetto preliminare e/o del Progetto definitivo, non possono in alcuna forma e a qualsiasi altro titolo partecipare alla presente procedura di affidamento, a pena di esclusione"*, con l'ulteriore, contestuale precisazione che *"il predetto divieto è esteso anche a tutti i soggetti che abbiano collaborato, a diverso titolo, alla stesura del Progetto preliminare e/o del Progetto definitivo"* - è stato reso oggetto di un *"avviso di rettifica"* pubblicato sul sito *web* di Autolinee Venete

successivamente alla pubblicazione del bando di gara, nel quale testualmente si legge: *“Attenzione: L’art. 12 (Esecuzione dell’appalto) del Disciplinare di gara è stato “cassato” ed è dunque da considerarsi come non apposto”*. Le censure di Concise circa la ritualità dell’espunzione di tale disciplina dalla *lex specialis* risultano fondate, posto che per espressa dichiarazione del Responsabile unico del procedimento contenuta nella sua nota dd. 23 novembre 2010 (prodotta da Concise nel fascicolo di primo grado) consta l’*“assenza di un qualunque provvedimento che abbia sancito la “cassazione” dell’art. 12 del disciplinare di gara”*; circostanza, questa, che toglie pertanto la valenza di provvedimento formale recante l’espunzione di cui trattasi che la difesa dell’organo commissariale vorrebbe assegnare alla nota dello stesso Responsabile dd. 29 ottobre 2010 (parimenti prodotta nel giudizio di primo grado, ma dalla stessa difesa dell’organo commissariale): nota che, per contro, ha solo recepito la determinazione meramente *“orale”* della stazione appaltante di provvedere in tal senso.

Né giova alla posizione dell’organo commissariale (nonché a quella della stessa Autovie Venete) il richiamo all’art. 7 del disciplinare di gara, laddove segnatamente contempla, quale informazione legittimamente ed esaustivamente data ai concorrenti, la pubblicazione sul sito di Autovie Venete di *“rettifiche e/o integrazioni”* alla *lex specialis*: è evidente, infatti, che la comunicazione di tali *“rettifiche e/o integrazioni”* non identifica il formale provvedimento che modifica il contenuto della *lex specialis*, ma solo la forma in cui esso è – per l’appunto – reso noto ai concorrenti.

Deve pertanto concludersi nel senso che l’art. 12 del disciplinare di gara è stato nella specie illegittimamente modificato soltanto in via informatica, da soggetto o soggetti a ciò incompetenti e che hanno provveduto al riguardo senza previa adozione di un formale provvedimento firmato da parte dello stesso soggetto che aveva in precedenza sottoscritto e promulgato l’intero testo della *lex specialis*.

4.6. Nel confermare l'annullamento della gara disposta dal giudice di primo grado, questo giudice conferma pure la statuizione di reiezione della domanda di Concise della declaratoria di inefficacia del contratto conseguente all'aggiudicazione medesima, posto che lo stesso non consta sia stato stipulato.

Per effetto della sentenza di primo grado, qui confermata, Concise e il suo raggruppamento – quale seconda graduata - vanta dunque titolo a conseguire l'aggiudicazione della procedura selettiva in luogo di Technital e del suo raggruppamento.

Va pertanto puntualmente ribadito al riguardo quanto già disposto dal T.A.R., ossia che, nell'evenienza dei necessari presupposti – e nel quadro della rieffusione del potere che la valenza conformativa della statuizione qui confermata impone in capo alla competente Autorità commissariale – l'aggiudicazione venga, effettivamente, disposta in favore di Concise.

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

Per contro, ove per difetto dei requisiti o per altra circostanza estranea alla presente controversia, l'aggiudicazione non dovesse intervenire nei confronti della medesima Concise – e ferma, ovviamente, restando la sollecitabilità del sindacato giurisdizionale avverso future effusioni provvedimenti pregiudizievoli per la posizione pretensiva vantata dalla ricorrente principale – rimane impregiudicata la rinnovata adizione del giudice amministrativo, al fine di far valere, a mezzo di distinta azione giudiziaria, la pretesa risarcitoria per equivalente scaturente dalla sentenza qui confermata.

5. L'esito del giudizio sul ricorso principale comporta l'improcedibilità del ricorso incidentale di parte appellata.

6. Da ultimo questo Collegio reputa di confermare per il presente grado di giudizio la regola della soccombenza per quanto attiene alle spese e agli onorari di causa, come da dispositivo.

A tale regola – diversamente, peraltro, da quanto disposto dal giudice di primo grado – non va sottratta per questo giudizio di appello la Autovie Venete S.p.a., e ciò in considerazione che a' sensi dell'art. 2 dell' Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3702 dd. 5 settembre 2008, *“il Commissario delegato, per l'espletamento dei compiti di cui alla presente ordinanza, si avvale del supporto tecnico, operativo e logistico della Concessionaria Autovie Venete S.p.A. nonché di una struttura appositamente costituita, composta complessivamente da non più di sei unità di personale, anche con qualifica dirigenziale ed equiparata, appartenenti ad Amministrazioni statali, regionali, Enti locali ed Enti pubblici territoriali e non territoriali, nonché a società con prevalente capitale di titolarità dello Stato o delle regioni o di altri Enti locali”*.

Già nello scenario descritto dalla disposizione ora riportata risulta ben evidente il ruolo di Autovie Venete quale soggetto di cui l'organo commissariale preminentemente si avvale.

Così è, del resto, nella realtà dei fatti: come si è visto innanzi, ad Autovie Venete sono stati infatti anche formalmente intestati gli elaborati della progettazione definitiva, ed i membri della Commissione giudicatrice della gara qui annullata erano tutti dipendenti di Autovie Venete; senza sottacere la ben evidente partecipazione di personale dipendente dalle Autovie Venete alla dianzi descritta e del tutto illegittima *“cassazione”* dell'art. 12 del disciplinare di gara pubblicata sul sito istituzionale della stessa Società.

In dipendenza di tutto ciò non devono pertanto essere scisse le sorti di Autovie Venete con quelle del soccombente organo commissariale.

Viceversa, la compensazione integrale delle spese di lite dovrà essere disposta tra Concise e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nonché tra la stessa Concise e l'Ente Nazionale per le Strade – ANAS, posto che tali

Amministrazioni non hanno avuto alcuna partecipazione alla formazione degli atti di gara annullati.

Va, inoltre, dichiarato irripetibile il contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello principale di Technital S.p.a., come in epigrafe proposto, lo respinge come da motivazione.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto da Concise Consorzio Stabile Soc. coop. a r.l.

Condanna in solido l'appellante principale, il Commissario delegato per l'emergenza della mobilità riguardante l'Autostrada A4 (tratto Venezia – Trieste) e il raccordo autostradale Villesse – Gorizia, nonché la Autovie Venete S.p.a. al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, complessivamente liquidati nella misura di € 6.000,00.- (seimila/00) oltre ad I.V.A. e C.P.A.

Compensa ogni ragione di lite tra l'appellante principale, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e l'Ente Nazionale per le Strade (ANAS).

Dichiara irripetibile il contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

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

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

Paolo Numerico, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

Umberto Realfonzo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/04/2012

IL SEGRETARIO

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