

N. 03678/2012REG.PROV.COLL.  
N. 03417/2004 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3417 del 2004, proposto dalla società Cooperativa Pisana Servizi Ausiliari a responsabilità limitata (in seguito, Copisa), in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Dino Buoncristiani, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Mauro in Roma, via Angelo Emo, 106;

*contro*

il Comune di Pisa, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Gloria Lazzeri, con domicilio eletto presso l'avv. Benito Piero Panariti in Roma, via Celimontana, 38;

*nei confronti di*

dell'ATI tra la capogruppo Saba Italia spa e la mandante ITER srl (in seguito, ATI Saba Italia), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, n. c. , e della srl Parcheggio Pisa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Vinti, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via Emilia n. 88;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE -SEZIONE II, n. 6034/2003, resa tra le parti, concernente ESCLUSIONE DA PROCEDURA DI GARA PER LA REALIZZAZIONE DI UN PARCHEGGIO INTERRATO -RISARCIMENTO DEL DANNO, con la quale è stato in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile e improcedibile il ricorso proposto dalla Copisa contro:

a) l'atto dirigenziale del Comune di Pisa n. 1515 del 20 dicembre 2002, di approvazione dei verbali di gara della Commissione giudicatrice della procedura per l'affidamento in concessione della progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione di un autoparcheggio interrato in Piazza Vittorio Emanuele II, e con il quale è stata dichiarata aggiudicataria in via provvisoria della concessione di costruzione e gestione ex art. 19, comma 2, della l. n. 109/94 la costituenda Ati tra Saba Italia spa e Iter srl;

b) l'atto dirigenziale n. 851 del 7 luglio 2003 con il quale, "a gara conclusa, lavori della commissione approvati e aggiudicazione provvisoria disposta", Copisa è stata esclusa dalla licitazione privata;

c) l'atto dirigenziale n. 1139 datato 9 luglio 2003 con il quale è stato approvato il progetto esecutivo ed è stata disposta l'aggiudicazione definitiva all'Ati controinteressata della concessione di progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione del parcheggio interrato;

d) l'intera procedura di gara e, in particolare, l'atto di nomina della Commissione giudicatrice (provvedimento del Segretario generale del Comune di Pisa n. 997 del 6.9.2002);

nonchè contro ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con ogni conseguenza di legge, ivi compreso il risarcimento del danno "ex art. 35 d. lgs. n. 80/98, in forma specifica ovvero per perdita di *chance* e per i costi sopportati per la partecipazione alla gara";

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pisa e della Parcheggi

Pisa s.r.l. ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 31 gennaio 2012 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Vito Agresti, su delega dell'avv. Dino Buoncristiani, Benito Panariti, su delega dell'avv. Gloria Lazzeri, nonché Elia Barbieri, su delega dell'avv. Stefano Vinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1.-Nel ricorso in appello diretto a vedere riformata la sfavorevole sentenza pronunciata dal TAR Toscana, meglio specificata in epigrafe, la Copisa ha esposto, in sintesi:

- che il 19 luglio 1996 il Comune di Pisa, con deliberazione consiliare n. 90, aveva indetto una procedura di gara per la concessione in diritto di superficie di aree comunali e di aree private per la realizzazione di parcheggi interrati;
- che la Copisa aveva partecipato alla procedura presentando una proposta corredata di un progetto preliminare per realizzare un parcheggio interrato in Piazza Vittorio Emanuele II e che il Comune, con deliberazione di Giunta n. 1508 del 24 luglio 1997, aveva approvato la graduatoria assegnando alla Copisa l'area, "ritenuta ammissibile", di Piazza Vittorio Emanuele II;
- che la procedura relativa al parcheggio interrato era stata successivamente sospesa (ma l'esito della prima gara non risultava formalmente revocato);
- che nel febbraio del 2001 il Comune ha indetto una nuova procedura di gara per l'affidamento in concessione della progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione sempre di un autoparcheggio interrato in Piazza Vittorio Emanuele II, procedura alla quale la Copisa ha partecipato e che si è svolta tra il luglio e il dicembre del 2002;

- che il 3 dicembre 2002 si sono concluse le operazioni di gara e il 20 dicembre 2002, con la determinazione dirigenziale in epigrafe specificata sub a), il Comune ha approvato i verbali di gara e ha dichiarato aggiudicataria in via provvisoria della concessione di costruzione e gestione la costituenda Ati tra Saba Italia spa e Iter srl;
- di avere impugnato, davanti al TAR Toscana, la determinazione in epigrafe indicata sub a) contestando in particolare la mancata esclusione dell'ATI dalla gara;
- che l'ATI Saba ha a sua volta proposto ricorso incidentale chiedendo l'esclusione della Copisa per violazione dell'art. 17, comma 9, della l. n. 109 del 1994 perché il progetto preliminare posto a base di gara è dotato di una relazione geologica redatta dalla stessa ricorrente principale e di ulteriori approfondimenti e studi svolti, su incarico del Comune, dalla medesima professionista che ha redatto poi alcuni elaborati del progetto definitivo, oggetto della offerta tecnica presentata dalla stessa Copisa;
- che verso la fine del mese di giugno del 2003 il presidente della Commissione giudicatrice ha deciso di attivare una fase di verifica della intera procedura di gara al termine della quale, con la determina dirigenziale n. 851/03 meglio in epigrafe specificata sub b), la Copisa è stata esclusa dalla procedura poichè la relazione geologica presentata dalla stessa Copisa nel progetto definitivo costituente l'offerta tecnica era stata redatta dalla stessa geologa che aveva predisposto la relazione geologica posta a base di gara: “l'attività di progettazione geologica della dr.ssa Fagioli, di cui alla offerta tecnica presentata dalla Copisa in sede di gara, ricade nell'ipotesi di partecipazione indiretta di soggetto già incaricato dall'Ente di parte della progettazione preliminare posta a base di gara e viola pertanto il divieto” derivante dal combinato disposto degli articoli 17, comma 9, della l. n. 109 del 1994, 8, comma 6 e 48, comma 2 del d.P.R. n. 554 del 1999 “determinando l'esclusione della impresa che si è avvalsa dell'apporto di

detto soggetto”;

- che con determina del. 9 luglio 2003 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura a favore dell'ATI Saba Italia, “rimasta l'unica gareggiante”;

- che il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti proposti dalla Copisa sono stati disattesi dal TAR con la sentenza n. 6034 del 2003.

In particolare il TAR:

- ha giudicato insussistente la rilevata illegittimità dell'esclusione dalla procedura per incompetenza a disporla da parte del presidente della Commissione giudicatrice;

- ha negato esservi contraddittorietà tra la determina di aggiudicazione provvisoria n. 1515/2002, nella parte in cui era stata verificata la regolarità delle operazioni di gara, e la determina n. 851/03 di esclusione della Copisa dalla procedura, per non avere, il Comune, con quest'ultima determina, rimosso in via preventiva la determina precedente, incorrendo così nella violazione del principio del *contrarius actus*;

- ha giudicato legittima l'esclusione della Copisa per essersi quest'ultima avvalsa della collaborazione della medesima professionista geologa che, su incarico del Comune, aveva redatto anche la relazione geologica posta a corredo del progetto preliminare posto a base di gara, integrando la fattispecie in esame la violazione dell'art. 17, comma 9, della l. n. 104/1994, ove si dispone che i soggetti affidatari (e anche i loro collaboratori) di incarichi di progettazione, o anche di supporto alla stessa, non possono partecipare agli appalti per i quali abbiano svolto attività di progettazione;

- ha fatto discendere, dalla accertata legittimità della disposta esclusione, la carenza di interesse a coltivare i motivi dedotti con il ricorso introduttivo specificamente contro l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata e avverso il provvedimento di nomina della Commissione

di gara;

- ha dichiarato inammissibile il motivo aggiunto incentrato sulla omessa revoca della approvazione della precedente procedura di gara;

Tutto ciò premesso, con l'atto d'appello la Copisa ha contestato statuizioni e argomentazioni della sentenza riproponendo, nella sostanza, i motivi formulati in primo grado.

In particolare, sub I. (da pag. 12 a pag. 16 ric. app.) l'appellante ha dedotto l'invalidità della intera procedura di gara a causa della omessa revoca dell'atto di approvazione della precedente gara inerente il parcheggio interrato sempre in piazza Vittorio Emanuele II. Si sostiene che per effetto dell'accoglimento del motivo la Copisa acquisirebbe il diritto di realizzare il parcheggio interrato per una durata tra l'altro maggiore rispetto a quanto previsto dal secondo bando di gara.

Sub II. e III. (da pag. 16 a pag. 29 ric. app.) la Copisa ha criticato la sentenza con riguardo al rigetto della impugnazione promossa contro l'aggiudicazione all'ATI Saba Italia e avverso l'esclusione ai danni della stessa Copisa. L'accoglimento del motivo comporterebbe il subentro dell'appellante all'ATI Saba Italia nell'aggiudicazione della concessione.

Infine, sub IV. (da pag. 31 ric. app.) l'appellante ha impugnato l'intera procedura di gara, con particolare riferimento all'atto di nomina della Commissione giudicatrice, riproponendo alla fine la domanda di risarcimento in forma specifica o in subordine per equivalente già avanzata dinanzi al TAR.

Resiste la società Parcheggi Pisa.

Nel 2003 risulta essere stato stipulato il "contratto di costruzione e gestione" tra Comune e ATI Saba Italia.

Risultano altresì completati i lavori di realizzazione del parcheggio e avviata la gestione dello stesso mediante l'apertura al pubblico.

All'udienza del 31 gennaio 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2.-L'appello è infondato e va respinto.

2.1.- E' anzitutto privo di fondamento il primo motivo, con il quale la Copisa deduce l'invalidità della intera procedura di gara a causa della omessa revoca della precedente procedura, indetta dal Comune nel 1996, ai sensi dell'art. 9 della l. n. 122/89, per la concessione a privati, in diritto di superficie, di aree comunali, o aree private cedute al Comune, per la realizzazione di parcheggi interrati, con particolare riferimento alla mancata revoca della DGC n. 90/96 di emanazione del bando di concessione e della DGC n. 1508/97 di approvazione della graduatoria e di assegnazione provvisoria delle aree, nella parte in cui alla Copisa è stata assegnata provvisoriamente Piazza Vittorio Emanuele.

Ad avviso dell'appellante una revoca formale non c'è stata, la prima procedura è stata di fatto abbandonata e l'intera seconda gara andrebbe quindi annullata, prevalendo gli esiti della prima.

In realtà, in primo luogo, come correttamente osserva la difesa di Parcheggi Pisa, guardando al motivo proposto nella prospettiva sostanziale della pretesa dell'appellante di ottenere l'atto di preconcessione dell'area, al cui schema si riferisce la DGC n. 1508/97, a pag. 1, specificando che la concessione definitiva del diritto di superficie sarà approvata con deliberazione del Consiglio comunale dopo avere accertato la fattibilità tecnica dell'intervento e rilasciato la relativa concessione edilizia; guardando, si diceva, al motivo proposto sotto questa angolazione risulta evidente come Copisa avrebbe dovuto impugnare nei termini gli atti con i quali l'Amministrazione, prima della pubblicazione del bando di gara *de quo*, che è del febbraio del 2002, aveva manifestato una volontà inconciliabile con la volontà di dare seguito alla procedura avviata nel 1996 (procedura diversa, invero, da quella svolta nel 2002-2003 e che ha avuto a oggetto l'affidamento in concessione della progettazione definitiva ed esecutiva per la costruzione dell'autoparcheggio interrato, l'esecuzione delle

relative opere, la gestione funzionale ed economica del parcheggio e la manutenzione dello stesso, dei relativi impianti e delle superfici esterne).

Ci si riferisce alle deliberazioni, consiliari e di Giunta, come tali assoggettate alla pubblicazione nell'albo pretorio ai sensi dell'art. 124 del t. u. n. 267 del 2000, adottate tra il marzo del 2001 e il gennaio del 2002, con le quali è stata oggetto di valutazione la realizzazione dell'intervento in piazza Vittorio Emanuele non più come parcheggio pertinenziale ex art. 9 della l. n. 122 del 1989, ma in regime di concessione di costruzione e gestione ai sensi dell'art. 19 della l. n. 109 del 1994.

Più esattamente:

-con la DCC n. 17 del 29.3.2001 è stato approvato il programma triennale delle opere pubbliche comprendente, tra l'altro, la realizzazione dell'intervento suddetto mediante il ricorso alla concessione di costruzione e gestione ex art. 19 cit. ;

-con la DGC n. 75 del 27.2.2001 è stato approvato il progetto preliminare posto a base di gara, e

-con la DCC n. 4 del 28.1.2002 è stato approvato il piano urbano del traffico che prevede, tra l'altro, la realizzazione di un parcheggio non pertinenziale, interrato, in piazza Vittorio Emanuele,

In questo contesto, l'istanza di accesso del 26.8.2003 appare null'altro se non un espediente diretto a giustificare una inammissibile rimessione in termini.

Che, poi, la Copisa non potesse vantare alcun affidamento nei confronti degli esiti della vecchia procedura, e non potesse quindi considerare "prevalenti gli esiti della prima gara", lo si ricava dalla constatazione, verificabile esaminando la DGC n. 1508/97, di approvazione della graduatoria e di assegnazione provvisoria delle aree, per cui la procedura indetta nel 1996 era da ritenersi tutt'altro che conclusa e approvata.

Del resto, la stessa Copisa appare consapevole di ciò, e del fatto che il



Comune non avrebbe dato seguito, concludendola, alla procedura iniziata nel 1996 avendo, la medesima appellante, quantificato all'Amministrazione i costi sopportati per l'attività di progettazione svolta per partecipare alla detta procedura, e avendo ottenuto dall'Amministrazione il rimborso delle spese sostenute: se la prima procedura si fosse effettivamente conclusa l'appellante avrebbe dovuto sostenere tali costi in proprio.

Oltre a quanto appena osservato, di per sé decisivo, va aggiunto che dagli atti emessi dal Comune a partire dal 2001 deve comunque desumersi una volontà pubblica incompatibile con l'approvazione e con la conclusione della precedente gara, oltre che con l'intenzione di dare prevalenza alle risultanze della gara stessa, potendosi quindi configurare nel caso in esame una revoca tacita dei provvedimenti adottati nell'ambito della prima procedura (o, più precisamente, un mero ritiro dei provvedimenti medesimi, non sembrando sussistere, in capo alla Copisa, a seguito della DGC n. 1508/97, una posizione soggettiva consolidata o anche soltanto qualificata, conseguibile unicamente per effetto del completamento della prima procedura).

2.2.- L'appellante deduce poi la incompetenza del presidente del seggio di gara a procedere alla esclusione della Copisa rilevando che:

- le operazioni di gara si sono concluse il 3.12.2002 (cfr. 3° verbale di gara);
- con provvedimento del 20.12.2002 il Comune ha approvato i verbali di gara aggiudicando in via provvisoria la concessione all'ATI Saba Italia;
- "con la formale approvazione dei verbali di gara cessa(va) ogni potere del seggio di gara e del suo presidente": la Commissione aveva esaurito la propria funzione, si era sciolta, non c'era più e non poteva quindi rivedere gli atti compiuti;
- ciò nondimeno, ben sei mesi dopo si è aperto il sub procedimento di esclusione della Copisa (v. nota 26.6.2003 del responsabile del procedimento, già presidente della Commissione di gara, da cui risulta che a

seguito del ricorso incidentale proposto avanti al TAR dall'ATI Saba Italia il presidente di gara ha deciso di provvedere a una nuova verifica della regolarità di tutta la procedura di gara, in forza del potere di autotutela che contraddistingue l'attività amministrativa) ;

-il presidente di gara era incompetente all'apertura del sub procedimento di esclusione, a gara ormai conclusa e lavori approvati da tempo.

Anche il motivo sopra sintetizzato è infondato e va respinto.

Le operazioni di gara sono infatti rivedibili anche dopo la chiusura dei verbali della gara stessa, finché il competente organo di amministrazione attiva non si sia pronunciato sulla approvazione dell'aggiudicazione in via definitiva (in generale, su ambito di applicazione, condizioni e limiti dell'autotutela decisoria nella materia degli appalti pubblici v. Cons. St. , sez. V, n. 661 del 2000, dal p. 10.).

Nella specie, la revisione delle operazioni di gara ben poteva considerarsi consentita –su “impulso” della “domanda incidentale” dell'ATI Saba Italia dinanzi al TAR- , avuto anche riguardo al fatto che, con la determina n. 1515 del 20.12.2002 la concessione era stata aggiudicata, all'ATI Saba Italia, a) in via soltanto provvisoria e b) la Copisa si era classificata seconda in graduatoria, cosicché il potere amministrativo di riesame non si era ancora consumato e non sussisteva, in capo all'appellante, alcuna aspettativa giuridicamente “rinforzata” da poter opporre alla azione di revisione degli atti di gara.

In questo contesto, tenuto conto che l'esclusione della Copisa è stata disposta in modo appropriato con la determina 7.7.2003, n. 851, dal dirigente del Servizio Progetti Nuove Opere, vale a dire dall'organo competente di amministrazione attiva, perde peso lo specifico profilo di censura che riguarda l'incompetenza del presidente di seggio in quanto tale, vale a dire come organo monocratico opposto alla commissione giudicatrice quale organismo collegiale (profilo introdotto in appello e ribadito in

memoria affermando che “non c’è alcun verbale della Commissione di gara relativo al sub procedimento di esclusione”, e però di alquanto dubbia corrispondenza al motivo aggiunto così come formulato davanti al TAR al p. 2. del ricorso per motivi aggiunti datato 22.8.2003).

La questione della incompetenza del presidente del seggio a dare impulso al sub procedimento che si concluderà il 7.7.2003 con l’esclusione della Copisa dalla procedura non richiede approfondimenti particolari, restando assorbita dalla constatazione che il provvedimento conclusivo di esclusione è stato adottato in modo rituale e, come si dirà più sotto, legittimo.

2.3.-Va respinto anche il motivo sub II.2. , con cui la Copisa ripropone la violazione del principio del *contrarius actus* , sub specie di “invalidità dell’esclusione per omesso annullamento dell’atto di approvazione dei verbali di gara” (si intende, *in parte qua*, vale a dire nella parte in cui non è stata disposta l’esclusione della stessa Copisa), censura basata sul “palese contrasto sussistente tra la determinazione n. 1515 del 20.12.2002, di approvazione dei verbali di gara, e la determinazione n. 851 del 7.7.2003 di esclusione della Copisa dalla procedura” .

Il motivo è infondato poiché, come è stato correttamente osservato dal TAR, il “non avere rilevato, in sede di approvazione dell’aggiudicazione provvisoria, una causa di esclusione dalla gara di una determinata impresa, non determina a carico dell’Amministrazione la perdita del potere di autotutela e tanto meno comporta il dovere di rimuovere nella sua interezza il provvedimento di approvazione provvisoria; sotto quest’ultimo aspetto le ammissioni alla procedura delle singole imprese, recepite dall’approvazione provvisoria, conservano la loro valenza di atti soggettivamente scindibili dal complesso procedurale e, ove l’esclusione non conduca ad aggiudicazione in favore di impresa differente da quella provvisoriamente individuata, possono essere rimossi senza necessità di rimuovere l’atto che ha asseverato complessivamente la fase procedimentale cui si riferisce...” .

Va posta in risalto, inoltre, la circostanza (cui si è fatto cenno sopra, al p. 2.2. , sia pure sotto una differente angolazione) che la Copisa intende applicare, seguendo una impostazione formalistica che non può essere condivisa, il principio del *contrarius actus* in una fattispecie contraddistinta da una approvazione dei verbali di gara cui ha fatto seguito un'aggiudicazione soltanto in via provvisoria (all'ATI Saba Italia: Copisa si era infatti classificata seconda), in un ambito endoprocedimentale, privo di rilevanza esterna, entro il quale non potevano ritenersi maturate aspettative particolari in capo all'appellante.

In definitiva, la manifestazione di volontà espressa mediante la determina di esclusione n. 851/03 supera e assorbe la precedente approvazione dei verbali di gara di cui alla determina n. 1515/02, per quel che attiene alla posizione della Copisa.

Tanto basta per rigettare anche il motivo sub II.2. .

2.4. –Circa il p. II. 3. , recante “inammissibilità/ improcedibilità del ricorso incidentale –diretto all'esclusione della Copisa- per difetto di impugnazione dell'atto di approvazione dei verbali di gara”, è appena il caso di osservare che, avendo il Comune di Pisa provveduto a escludere l'appellante dalla gara, in sostanziale accoglimento delle censure formulate con il ricorso incidentale dell'ATI Saba Italia avanti al TAR, quest'ultimo ricorso è da ritenersi sostanzialmente superato dalla determina di esclusione n. 851/03: di qui la inammissibilità del motivo, così come formulato, per carenza di interesse.

2.5.- Sub II. 4. la Copisa critica la sentenza e ribadisce l'illegittimità dell'esclusione deducendo la violazione degli articoli 17, comma 9, della l. n. 109/94 e 8 e 48 del d.P.R. n. 554/99.

Si sostiene che alla dr. ssa Fagioli, consulente della Copisa, era stato commissionato –dalla Copisa, non dal Comune- esclusivamente uno studio di fattibilità idrogeologica preliminare dell'opera, studio che, come tale, non

può essere considerato attività di progettazione.

La l. n. 109 del 1994, e il suo regolamento di attuazione, intendono evitare che chi si occupa di progettazione per conto e su incarico dell'Amministrazione possa poi partecipare agli appalti dei lavori pubblici.

Nella specie, la dr. ssa Fagioli ha redatto uno studio –verifica di fattibilità idrogeologica-, che non fa parte della progettazione.

Non esiste una relazione idrogeologica, della dr. ssa Fagioli, svolta su incarico del Comune di Pisa, a corredo del progetto preliminare del Comune posto a base della seconda gara.

Inoltre, le risultanze della relazione della dr. ssa Fagioli sono pubbliche e dunque nella disponibilità dei vari concorrenti, cosicché nessun vantaggio poteva comunque sussistere per l'appellante rispetto agli altri partecipanti alla procedura.

Il motivo è infondato e va respinto.

Se è vero che, inizialmente, la dr. ssa Fagioli aveva redatto la relazione su incarico della Copisa, è vero anche che il Comune, nel redigere il progetto preliminare posto a base della gara, e allo scopo di procedere a un sollecito avvio delle operazioni concorsuali, ha deliberato di acquisire la “perizia e verifica della fattibilità idrogeologica e idraulica” redatta in precedenza dalla Copisa, e di affidare alla geologa dr. ssa Fagioli, consulente della stessa Copisa, integrazioni delle indagini suddette. La perizia geologica è stata fornita al Comune direttamente dalla Copisa, che ne ha assunto la diretta paternità e provenienza.

Ciò chiarito, indipendentemente dalla soluzione da dare alla questione se la “perizia geologica Fagioli” si inserisca in pieno, per dir così, nell'attività di progettazione, oppure si riduca effettivamente a un semplice studio di fattibilità, il Collegio reputa decisivo, per rigettare la censura (ri)proposta, osservare che l'art. 17, comma 9, della l. n. 109/94 –norma applicabile all'epoca dei fatti per i quali è causa-, nel vietare agli affidatari di incarichi

di progettazione la partecipazione agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione, sancisce che “i divieti di cui al presente comma” sono estesi, tra gli altri, agli “affidatari di attività di supporto alla progettazione” e ai loro dipendenti.

Orbene, il documento tecnico redatto dalla dr. ssa Fagioli ben può essere qualificato come un documento di “supporto alla progettazione”, sicchè in modo plausibile il Comune, nella determina di esclusione, ha ritenuto che “l'attività di progettazione geologica della dr.ssa Fagioli, di cui alla offerta tecnica presentata dalla Copisa in sede di gara, ricade(sse) nell'ipotesi di partecipazione indiretta di soggetto già incaricato dall'Ente di parte della progettazione preliminare posta a base di gara e viola(sse) pertanto il divieto” derivante dal combinato disposto degli articoli 17, comma 9, della l. n. 109 del 1994, 8, comma 6 e 48, comma 2 del d.P.R. n. 554 del 1999 “determinando l'esclusione della impresa che si è avvalsa dell'apporto di detto soggetto”.

Quanto è stato da poco osservato appare risolutivo per superare anche il motivo sub II.4. , indipendentemente da accertamenti e valutazioni –per loro natura problematiche- in ordine alla sussistenza di una posizione di partenza di vantaggio in capo alla Copisa.

Pare utile aggiungere che vanno condivisi i rilievi difensivi ulteriori della Parcheggi Pisa là dove si ritengono sussistere indizi seri e concreti idonei a configurare una posizione di partenza di vantaggio a favore della Copisa rispetto all'ATI Saba Italia, con un rischio di alterazione della parità di trattamento fra i concorrenti, coerentemente con le osservazioni del TAR secondo le quali:

- la *ratio* del su citato art. 17, comma 9, consiste nell' “escludere radicalmente ogni fattore soggettivo che possa alterare la *par condicio* tra concorrenti, situazione che può determinarsi proprio nella fattispecie di

rapporti professionali di collaborazione di contenuto coincidente intrattenuti dal professionista sia con l'Amministrazione che ha indetto la procedura che con l'impresa che domanda di partecipare alla procedura;

- è pacifico in atti che la Copisa, nel presentare l'offerta di gara e in ordine alla documentazione geologica, si è avvalsa della collaborazione del medesimo professionista geologo (la dott. ssa Fagioli) che su incarico del Comune aveva redatto la relazione geologica posta a corredo del progetto preliminare posto a base di gara;

- la presenza del medesimo professionista, sia nella fase procedimentale pre-gara, di predisposizione del progetto di massima su cui aprire la procedura di scelta, sia successivamente in quella selettiva vera e propria (attraverso l'attività di supporto fornita alla partecipante COPISA) ha quindi configurato per l'impresa ricorrente un elemento quanto meno di potenziale agevolazione (a quest'ultimo proposito la difesa della Parcheggi Pisa rammenta che in base alla *lex specialis* le partecipanti avrebbero dovuto presentare, entro 60 giorni, un'offerta tecnica contenente un progetto definitivo corredato di numerosi documenti, tra i quali una relazione geologica, geotecnica, idrogeologica, idraulica e sismica illustrante le scelte poste a base della proposta fatta).

In questo contesto, tenuto conto delle peculiari circostanze del caso concreto, correttamente il TAR ha ritenuto che l'esecuzione della perizia di fattibilità da parte della dr. ssa Fagioli fosse potenzialmente in grado di influire sulla *par condicio* dei concorrenti, avvantaggiando in modo indebito la Copisa.

Il carattere di "dominio pubblico" della perizia di fattibilità idrogeologica, "scaricabile dal sito internet del Comune di Pisa", non è idoneo a sovvertire l'esito del motivo proposto.

Va detto infine che in maniera corretta il TAR, dopo avere precisato che le preclusioni soggettive stabilite dall'art. 17, comma 9, della l. n. 109/94

sono applicabili alla fattispecie *de qua*, venendo in rilievo una redazione di progettazione rispetto a una concessione di costruzione di opera pubblica, ha ritenuto che il riferimento giurisprudenziale fatto dalla Copisa a Cons. St., VI, ord. n. 2321/03 (ordinanza cautelare assorbita dalla conforme sentenza di merito della sesta sezione n. 561/04) non si attagliasse alla fattispecie in esame.

Si trattava, infatti, di un precedente che riguardava un'ammissione alla gara per la progettazione definitiva ed esecutiva di un professionista già incaricato della progettazione preliminare, vale a dire di una ipotesi racchiusa entro i limiti dei rapporti tra le diverse fasi della progettazione (sul punto v. Cons. St., VI, n. 561/04 cit. secondo cui “nessuna disposizione preclude a colui cui sia stato affidato l'incarico della progettazione preliminare di partecipare anche all'appalto per il servizio di progettazione definitiva ed esecutiva, dovendosi, anzi, ritenere, alla luce dell'art.17, comma 14 *sexies* della legge n.109/1994, che il legislatore abbia privilegiato un criterio di continuità nello svolgimento delle varie fasi della progettazione (Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2001, n.4968”).

Il TAR Toscana ha ritenuto che l'ipotesi in parola non contrastasse col divieto di cui al comma 9 dell'art. 17, “operando in un quadro di concorsualità omogeneo e paritario in quanto costituito interamente da soggetti progettisti che non abbiano prestato la propria collaborazione professionale anche nella impostazione delle caratteristiche tecniche dell'appalto”.

2.6.- La Copisa andava dunque esclusa dalla procedura.

E in modo legittimo è stata esclusa dalla procedura.

Il rigetto dei motivi su esposti determina il venire meno dell'interesse dell'appellante a coltivare e a vedere accolti gli ulteriori motivi formulati (da III.1. a III.6. , da pag. 22 a pag. 31 ric. app. e poi sub IV. da pag. 31 ric. app.) e diretti contro l'aggiudicazione definitiva all'ATI Saba Italia e in via



subordinata avverso l'atto di nomina della Commissione giudicatrice, restando precluso a questo Giudice l'esame delle domande dell'appellante avanzate a questo riguardo (cfr. Cons. St. , Ad. plen. , n. 4 del 2011, cui si rinvia ex artt. 60, 74 e 88, comma 2, lett. d) c. p. a.).

Il rigetto della domanda di risarcimento danni discende *de plano* da tutte le considerazioni sopra svolte.

2.7.- Nella peculiarità delle questioni trattate il Collegio ravvisa, in base al combinato disposto di cui agli articoli 26, comma 1, c. p. a. e 92, comma 2, c. p. c. , eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 31 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/06/2012

IL SEGRETARIO

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