

N. 08595/2012 REG.PROV.COLL.
N. 08699/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8699 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Stabile Pelagus s.c.a r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Rosario Achille Grasso, Paolo Turiano Mantica, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paola D'Elia in Roma, via Principe Amedeo, n.126;

contro

Sindaco di Messina, nella qualità di Commissario delegato per l'emergenza traffico *ex* O.P.C.M. 3633/2007 e successive, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento della protezione civile, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la cui sede domiciliario in Roma, via dei Portoghesi, n.12;

nei confronti di

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

D'Arezzo, n. 2;

- Nuova Co.ed.mar. s.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda Ati con Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Caldarera, presso lo studio del quale elettivamente domicilia in Roma, via Crescenzo, n. 9;

- Consorzio Stabile Infrastrutture;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Comune di Messina, rappresentato e difeso dall'avv. Arturo Merlo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Accardo in Roma, via degli Scipioni, n. 288;

per l'annullamento:

- della nota n. 544 del 26 agosto 2011 con la quale il Sindaco del Comune di Messina, quale Commissario delegato per l'emergenza traffico, ha comunicato l'aggiudicazione definitiva della gara per la progettazione e realizzazione della piattaforma logistica intermodale di Tremestieri (Messina) con annesso scalo portuale – primo stralcio, pronunciata con decreto n. 26 del 22 agosto 2011;

- del decreto del Commissario delegato n. 26 del 22 agosto 2011 con cui si è proceduto all'aggiudicazione definitiva della gara anzidetta;

- del decreto del Commissario delegato n. 43 del 30 luglio 2010 con cui si è proceduto all'aggiudicazione in via provvisoria dei lavori in questione, con contestuale approvazione dei verbali di gara della commissione giudicatrice;

- dei verbali della commissione giudicatrice da uno a sedici nonché del verbale conclusivo n. 17 (*RICORSO*);

nonché

per l'annullamento o comunque la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra il Sindaco di Messina e la Si.gen.co. in data 9 marzo 2012 concernente l'affidamento della progettazione e costruzione dei lavori di

cui sopra (*MOTIVI AGGIUNTI*).

Visto il ricorso;

Visto l'atto di proposizione di motivi aggiunti;

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

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

Visti l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale di Nuova Co.ed.mar. s.r.l., in proprio e quale mandataria di costituenda Ati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

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

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

A conclusione dei lavori, protrattisi per 17 sedute, la commissione

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

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

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

Il Consorzio Stabile Pelagus, classificatosi, come sopra, al quarto posto della graduatoria, richiedeva infruttuosamente alla stazione appaltante, mediante memorie e diffide, l'esclusione dalla gara dei soggetti figuranti nelle prime tre posizioni e l'aggiudicazione a se dei lavori.

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

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

Con l'atto introduttivo del presente giudizio il Consorzio Stabile Pelagus ha impugnato la predetta aggiudicazione definitiva e tutti gli atti presupposti.

A sostegno dell'azione il ricorrente denuncia le illegittimità di seguito riassunte, riferite a ciascuno dei partecipanti classificatisi nelle prime tre posizioni della graduatoria.

In particolare, i primi quattro motivi di gravame sono diretti ad avversare la posizione dell'aggiudicataria Sigenco; gli ultimi due motivi si rivolgono avverso Nuova Coedmar e Consorzio Stabile Infrastrutture, rispettivamente seconda e terza classificata della gara.

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 34 e ss. del d.lgs. 163/2006 – Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, del travisamento dei

fatti, della illogicità manifesta e del difetto di istruttoria.

Sigenco fa parte, insieme alla Tecnis s.p.a. e ad altre imprese operanti nel settore dei lavori pubblici, del Consorzio Stabile Uniter, costituito nel 2003.

E poiché la Tecnis ha partecipato in Ati con Trevi s.p.a ed altri soggetti facenti parte del Consorzio Uniter (Cogip s.p.a e Ing. Pavesi) alla gara in parola con autonoma offerta, troverebbe applicazione la regola di cui all'art. 34, comma 2, del codice dei contratti, che, a tutela della *par condicio* e della trasparenza e correttezza delle operazioni di gara, prevede l'esclusione dalla procedura dei concorrenti le cui offerte sono imputabili a un unico centro decisionale.

La Sigenco avrebbe quindi dovuto essere esclusa dalla procedura.

Nulla muterebbe considerando che il comma 2 del predetto art. 34 è stato di recente abrogato per effetto del d.l.135/2009 convertito dalla l. 166/2009, atteso che la stessa normativa ha novellato l'art. 38 del codice dei contratti, inserendo in esso la causa di esclusione (comma 1, lett. *m-quater*) correlata a situazioni di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. ovvero sostanziale tra imprese partecipanti alla stessa gara.

Il collegamento sostanziale esistente nella fattispecie si evincerebbe agevolmente da univoci elementi, partitamente indicati.

La mendace dichiarazione resa dalla Sigenco ai sensi del disciplinare di gara di non trovarsi in situazione di collegamento sostanziale con altri partecipanti alla gara rileverebbe anche sul piano penale.

2) Violazione e falsa applicazione dei principi e delle disposizioni di legge in materia di offerta anomala – Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, del vizio del procedimento, travisamento, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza, erroneità dei presupposti di fatto, illogicità e contraddittorietà.

La commissione valutatrice ha sottoposto a verifica di congruità la misura dei ribassi offerti dalla Sigenco in relazione ai tempi di realizzazione dei

lavori e all'offerta economica sull'importo a base d'asta.

Tale misura, risultando di notevole entità specie con riguardo all'offerta economica (24,989%), avrebbe dovuto comportare, alla luce dei principi operanti nella materia, un rigoroso accertamento volto a escludere il sottodimensionamento dell'offerta e la conseguente falsità del confronto concorrenziale.

Nella specie ciò non sarebbe avvenuto.

A monte, figura negli atti di gara, per essere stata depositata dalla Sigenco, una nota dell'Assessore alle politiche del mare e manutenzioni del Comune di Messina, datata 23 marzo 2010 e indirizzata alla Sigenco.

Le espressioni contenute nella nota farebbero emergere un accordo preliminare intercorso prima della presentazione delle offerte tra l'impresa ed un soggetto terzo rispetto alla procedura – rilevante sia quale prova della turbativa della regolarità della gara sia sotto il profilo penale – in forza del quale la Sigenco, a fronte dell'aggiudicazione, poi avvenuta, avrebbe assunto a proprio totale carico la realizzazione di un intervento (ripascimento del litorale di San Saba) del tutto estraneo all'oggetto della competizione.

Tale accordo, i cui termini non solo non sarebbero stati valutati nell'ambito della procedura nella loro esatta portata, ma, anzi, sarebbero stati recepiti tra gli esiti della gara, dimostrerebbe che il vincitore della competizione era conosciuto sin dalla data del 23 marzo 2010.

La verifica dell'anomalia sarebbe stata inoltre inficiata da gravi irregolarità, partitamente indicate.

L'offerta presentata dalla Sigenco si profilerebbe palesemente e inconfutabilmente affetta da carenze progettuali, che manifesterebbero l'assoluta insufficienza delle soluzioni previste a fronte di un'opera di enorme complessità, e che risulterebbero chiaramente finalizzate alla realizzazione di incredibili risparmi di spesa.

Tanto emergerebbe dagli elaborati tecnici “Relazione di calcolo delle strutture” e “Relazione geotermica e sismica”, nonché dalla carenza di analisi relativa al fenomeno della liquefazione.

Tali carenze sono evidenziate nel motivo in relazione al molo foraneo, al bacino interno, alle banchine interne.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 49, comma 2, lett. d) e f) del codice dei contratti – Illegittimità per violazione delle norme e dei principi generali in materia di gara a evidenza pubblica e segnatamente del principio di efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa – Eccesso di potere per vizio del procedimento, travisamento, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza, erroneità dei presupposti di fatto, illogicità e contraddittorietà.

Il bando e il disciplinare di gara prevedevano ai fini della partecipazione alla procedura il requisito, fondamentale rispetto alla natura dell'opera da eseguire, del possesso della Categoria unica “opere marittime e lavori di dragaggio”, categoria OG7, classifica VIII illimitata.

La commissione valutatrice avrebbe indubbiamente dovuto valutare rigorosamente il contratto di avvalimento presentato dalla Sigenco, non in possesso del requisito, al fine di escludere che lo stesso potesse mascherare un subappalto generalizzato, senza il rispetto dei limiti fissati per la materia.

E così non sarebbe stato, in quanto il contratto stipulato dalla Sigenco in data 14 maggio 2011 con l'impresa ausiliaria Franco Giuseppe s.r.l.:

- da un lato, avrebbe sostanziale natura di subappalto, ciò che avrebbe consentito all'impresa, sotto il profilo del regime fiscale, di eludere il pagamento dell'Iva, e di poter conseguentemente offrire il predetto notevole ribasso nell'offerta economica;
- dall'altro, non attesterebbe in capo alla Sigenco, così come del resto la dichiarazione dell'ausiliaria, la disponibilità immediata delle risorse dell'impresa ausiliaria per tutta la durata dell'appalto, come richiesto

dall'art. 49, lett. d) e f) del codice dei contratti, essendosi quest'ultima limitata in ambedue a mettere a disposizione all'aggiudicataria solo il possesso della categoria OG7, classifica VIII, senza alcuna ulteriore specificazione.

Le predette conclusioni sarebbero rafforzate: dall'art. 4 del contratto, che prevederebbe che l'impresa ausiliaria si riserva la possibilità di assumere il titolo di sub-appaltatore; dal verbale della commissione valutatrice n. 15, pag. 4, che attesterebbe che l'escavo subacqueo con draga aspirante refluyente viene eseguito dall'ausiliaria; dall'elaborato "Relazione giustificativa" (prot. 353 OPCM del 20 luglio 2010), che affermerebbe che il rapporto con l'ausiliaria sarà trattato come subappalto.

Anche per tale motivo la Sigenco avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del disciplinare di gara – Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, del travisamento, della contraddittorietà, del difetto di istruttoria e della illogicità.

Lo studio di impatto ambientale prescritto dagli atti di gara presentato dalla Sigenco sarebbe incompleto e insufficiente, tanto che la commissione esaminatrice non gli ha attribuito alcun punteggio.

Successivamente all'aggiudicazione provvisoria, la Sigenco avrebbe presentato uno studio completamente diverso da quello proposto in sede di gara, definito "elaborato spontaneo" e inviato al Ministro dell'ambiente senza alcun esame da parte della commissione esaminatrice. Tale studio potrebbe contenere elementi tecnico-economici di valutazione tali da stravolgere le previsioni del progetto-offerta.

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 90, comma 8, del codice dei contratti – Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, del travisamento dei fatti, del difetto di istruttoria, della contraddittorietà e della illogicità manifeste.

Le irregolarità che affliggerebbero la classificazione in seconda e terza

posizione della graduatoria di gara, rispettivamente, delle offerte di Nuova Coedmar e del Consorzio Stabile Infrastrutture risulterebbero avallate dalle consultazioni rese nel corso della procedura dall'Autorità di vigilanza e dall'Avvocatura dello Stato.

In particolare:

- tra i progettisti incaricati da Consorzio Stabile Infrastrutture figurerebbe l'ing. Antonio Pio D'Arrigo, incompatibile in quanto già collaboratore nell'ambito della redazione della relazione generale degli studi specialistici del progetto del porto di Tremestieri;

- tra le collaborazioni indicate da Coedmar figurerebbe l'ing. Franco Grimaldi, incompatibile in quanto già incaricato, nella qualità di capo del gruppo di professionisti indicato da Idrotec s.r.l., della consulenza specialistica in pianificazione portuale e urbanistica in sede di redazione del Piano regolatore portuale dei porti di Messina e di Tremestieri, a stretto contatto con i tecnici della Cetena s.p.a., incaricati di effettuare, per conto dell'Autorità portuale di Messina, simulazioni di manovre di arrivo e partenza in condizioni meteomarine severe e estreme, i cui dati sono stati forniti da Idrotec, che si possono verificare nella zona marina antistante e all'interno della nuova area portuale.

Entrambe le predette imprese, non presentando una posizione simmetrica con gli altri partecipanti quanto alla conoscenza di elementi confluiti negli studi e negli elaborati fondamentali posti direttamente o indirettamente a base di gara, avrebbero dovuto indi essere escluse dalla partecipazione.

6) Violazione e falsa applicazione della normativa tecnica in materia di costruzione di porti e dei principi e delle disposizioni di legge in materia di offerta anomala – Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, del vizio del procedimento, travisamento, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza, erroneità dei presupposti di fatto, illogicità e contraddittorietà.

Anche gli elaborati e le soluzioni progettuali contenute nelle ipotesi progettuali proposte da Coedmar e da Consorzio Stabile Infrastrutture sarebbero affette da gravi carenze, partitamente indicate.

Esaurita l'illustrazione delle illegittimità rilevate a carico degli atti gravati, il ricorrente ne ha domandato l'annullamento.

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

Le amministrazioni resistenti hanno eccepito in via preliminare il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei ministri e hanno sostenuto l'infondatezza di tutte le censure ricorsuali.

Il Comune di Messina ha spiegato intervento *ad opponendum*, rappresentando il proprio interesse alla conservazione degli atti impugnati, il cui portato assume fondamentale per le finalità di decongestione del traffico urbano

La Sigenco, oltre a contestare la fondatezza delle censure ricorsuali per quanto di suo interesse, ha altresì interposto ricorso incidentale, domandando la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione e interesse ad agire di Pelagus.

Queste le doglianze formulate da Sigenco.

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37, commi 3, 6 e 13 del d.lgs. 163/2006, dell'art. 95 del d.p.r. 554/1999, dell'art. 3 del disciplinare di gara – Indeterminatezza, genericità e perplessità del tipo associativo – Illegittimità manifesta – Eccesso di potere.

Le imprese associate avrebbero dovuto essere munite dei requisiti minimi di cui all'art. 95 del d.p.r. 554/99 nella categoria OG7, l'unica prescritta nel disciplinare.

Pelagus avrebbe invece partecipato al confronto concorrenziale quale designata mandataria di Ati con Procoge s.p.a. e Trasporti e Movimenti

Terra s.r.l., mandanti, prive di qualificazione per la OG7.

In ogni caso, l'impegno assunto dalle società a costituire l'associazione temporanea, privo della specificazione degli importi delle categorie scorporabili e dell'indicazione delle percentuali di ripartizione delle predette categorie tra i singoli associati, non sarebbe conforme al dettato normativo.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. b), c) e *m-ter*) del d.lgs. 163/2006, dell'art. 5, punto 1, lett. b) del disciplinare di gara, degli artt. 46 e 47 del d.p.r. 445/2000 – Illegittimità manifesta – Eccesso di potere per difetto di istruttoria – Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

Le dichiarazioni rese dalle imprese del costituendo raggruppamento temporaneo avente quale capogruppo il ricorrente principale, in relazione ai rappresentanti cessati nell'ultimo triennio, non garantirebbero la prova della sussistenza dei requisiti morali per l'intero triennio antecedente la gara.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. *m-ter*) del d.lgs. 163/2006, degli artt. 46 e 47 del d.p.r. 445/2000 – Illegittimità manifesta – Eccesso di potere per difetto di istruttoria – Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

Le stesse dichiarazioni di cui al motivo che precede sarebbero carenti di quanto prescritto al secondo periodo della lettera *m-ter* dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37, commi 4, 5 e 13 del d.lgs. 163/2006, dell'art. 90 del d.p.r. 554/1999, dell'art. 3 del disciplinare di gara – Indeterminatezza, genericità e perplessità del tipo associativo – Illegittimità manifesta – Eccesso di potere per manifesta illogicità e arbitrarietà – Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

Difetterebbe la indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento e la indicazione dei requisiti posseduti da ciascun

membro.

5) Violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 8 del disciplinare di gara e degli artt. 1326 e 1346 c.c. – Violazione della *par condicio* – Illegittimità manifesta – Eccesso di potere per manifesta illogicità e arbitrarietà – Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

Il progetto del ricorrente principale presenterebbe gravi carenze, partitamente illustrate, rispetto a quanto previsto a pena di esclusione dal disciplinare

Anche la Nuova Coedmar (che ha impugnato in via autonoma innanzi a questo Tribunale gli atti della stessa procedura qui contestata con ricorso rubricato al n.r.g. 8752/2011), oltre a contestare la fondatezza delle censure ricorsuali per quanto di suo interesse, ha altresì interposto ricorso in via incidentale, domandando il rigetto del ricorso principale e, in subordine, previo eventuale annullamento degli impugnati atti e verbali di gara, mediante i quali Pelagus è stata ammessa alla gara, la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale.

Queste le censure introdotte da Nuova Coedmar, che si rivolgono anche, in via subordinata, al bando e al disciplinare di gara (settimo motivo).

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

Alcuni rappresentanti legali delle consorziate indicate dal capogruppo Pelagus, delle società mandanti Procoge e Trasporti Movimenti Terra e della Dinamica s.r.l., mandante ai sensi dell'art. 90 del d.lgs. 163/2006, non avrebbero reso le dichiarazioni di cui all'art. 38, lett. m) del codice dei contratti né l'ulteriore specifica dichiarazione di cui al punto 5, punto 1, lett. f) del disciplinare.

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

Le dichiarazioni rese *ex art.* 38 da tutti gli amministratori, legali

rappresentanti e direttori tecnici delle consorziate indicate dalla capogruppo, delle società mandanti nonché dai progettisti indicati ai sensi dell'art. 90 del d.lgs. 163/2006 risulterebbero carenti sotto il profilo dell'omesso riferimento anche alla mancata estensione nei loro confronti, quali soggetti conviventi, delle cause ostative di cui all'art. 10 della l. 575/1965.

3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 95, comma 2, e 97 del d.p.r. 554/1999 – Insufficiente qualificazione delle consorziate – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del disciplinare.

Le consorziate indicate da Pelagus, ivi comprese la I.s.l.e.m. s.r.l. e la Dragaggi s.r.l., che dovrebbe eseguire le opere di appalto, non possiederebbero la qualificazione minima necessaria nella Categoria unica OG7 in relazione all'importo dei lavori posti a base di gara.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 del d.lgs. 163 del 2006 e dell'art. 5 della *lex specialis* in relazione alla inidoneità della referenza bancaria prodotta dalla mandante Procoge.

Il costituendo raggruppamento avrebbe prodotto referenza bancaria carente e inidonea alla partecipazione alla gara.

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

Sarebbero carenti i requisiti prestazionali di progetto relativi: alle verifiche di stabilità delle opere strutturali progettate ai fini della valutazione dei rischi dovuti alla liquefazione del terreno; alla stabilità globale dei pendii interessati dalle opere; alla progettazione delle opere di banchina nel rispetto dei prefissati coefficienti; alla capacità di stoccaggio dei piazzali.

6) Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del disciplinare – Illegittimità dell'ammissione alla gara del Consorzio Pelagus per difformità e carenze

progettuali sanzionate dalla *lex specialis* a pena di esclusione.

Vi sarebbero ulteriori carenze progettuali e anche la relazione descrittiva sarebbe carente degli elementi prescritti.

7) In via subordinata e condizionata (in relazione al quinto motivo del ricorso principale nella parte in cui si dirige avverso Nuova Coedmar): Violazione e falsa applicazione dell'art. 90, comma 8, del d.lgs. 163 del 2006.

Il ricorrente principale ha indicato tra i progettisti di cui intende avvalersi il prof. Fulci e l'ing. Miceli, che incorrerebbero nel divieto posto dalla norma epigrafata in quanto già progettisti del primo modulo del porto di Tremestieri.

Le norme di gara, ove interpretabili nel senso fatto proprio dal quinto motivo del ricorso principale, ovvero nel senso di estendere indistintamente a tutti i progettisti, anche a quelli indicati, la condizione interdittiva di cui all'art. 90, comma 8, d.lgs. 163/2006, sarebbero illegittime perché atipiche e non corrispondenti ad uno specifico interesse pubblico.

Con ordinanza 22 dicembre 2011, n. 4958, confermata in sede di appello (C. Stato, IV, 20 marzo 2012, n. 1116), la Sezione ha respinto la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati presentata dalla ricorrente principale.

Nel prosieguo, Pelagus ha proposto motivi aggiunti di ricorso.

In particolare, essendo intervenuto nelle more del giudizio (9 marzo 2012) il contratto di affidamento a favore di Sigenco della progettazione e costruzione dei lavori per cui è causa, il ricorrente principale ne ha domandato l'annullamento o comunque la declaratoria di inefficacia.

A sostegno dell'ulteriore azione, Pelagus ha reiterato le stesse doglianze formulate nell'atto introduttivo del giudizio, cui ha aggiunto la censura di invalidità derivata dall'illegittimità degli atti presupposti.

Le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

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

DIRITTO

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

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

Pelagus, che si è classificato al quarto posto della graduatoria, ovvero dopo Sigenco, Nuova Co.ed.mar + altri, Consorzio Stabile Infrastrutture + altri, afferma che sia l'aggiudicataria sia le due imprese che lo precedono al secondo e al terzo posto avrebbero dovuto essere escluse dalla competizione.

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

L'aggiudicataria Sigenco e la seconda classificata Nuova Coedmar resistono alle censure mosse per quanto di interesse di ognuna, e sostengono poi, entrambe, mediante i rispettivi ricorsi incidentali interposti, che la sanzione dell'esclusione dalla partecipazione alla procedura *de qua* avrebbe dovuto piuttosto riguardare lo stesso Pelagus, il cui gravame ritengono, per l'effetto, inammissibile, non potendo il ricorrente principale vantare la legittima partecipazione alla gara.

Ha interposto intervento *ad opponendum* il Comune di Messina.

Consorzio Stabile Infrastrutture non si è costituito in giudizio.

2. In via pregiudiziale, va deliberato in ordine all'eccezione di carenza di legittimazione passiva nella controversia in esame, spiegata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri.

L'eccezione deve essere respinta.

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

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

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

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

Gli atti assunti nell'esercizio delle funzioni delegate sono, pertanto, riferibili

alla stessa Presidenza del Consiglio dei ministri, autorità che esercita nei confronti del Commissario delegato attività di supervisione e di indirizzo (in termini, tra altre, Tar Lazio, I, 9 agosto 2010, n. 30424; C. Stato, sez. IV, 28 aprile 2004, n. 2576).

3. Entrando nel merito delle questioni poste dal gravame, osserva il Collegio che deve trovare applicazione il portato dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4.

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

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

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

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

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

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

ha affermato il principio di diritto secondo cui:

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

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

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

Vertendosi nel caso di specie nell'ultima delle ipotesi appena dette, risultando con ogni evidenza il ricorso principale in parte infondato, in parte inammissibile per carenza di interesse, secondo quanto di seguito, può procedersi prioritariamente al suo esame.

4. Come si evince da quanto riferito in premessa, al fine di ottenere l'utilità perseguita con l'azione impugnatoria sottoposta all'odierno scrutinio, ovvero l'aggiudicazione della gara di cui si discute, il ricorrente principale Pelagus, quarto classificato nella relativa graduatoria, sostiene che tutte e tre le imprese che lo precedono nella graduatoria stessa avrebbero dovuto essere escluse dalla procedura, essendo le relative domande di partecipazione affette da gravi irregolarità.

Nell'ambito delle articolate censure cui Pelagus affida la dimostrazione dell'assunto, il Collegio ritiene utile e sufficiente soffermarsi esclusivamente sulle censure indirizzate avverso l'ammissione alla procedura di Consorzio Stabile Infrastrutture, che precede Pelagus in graduatoria, essendosi classificato al terzo posto.

Infatti, poiché non è oggettivamente ravvisabile nella controversia in esame

un interesse giuridicamente rilevante di Pelagus al mero avanzamento nella graduatoria in argomento di una o di due posizioni, comunque non utili all'aggiudicazione – tant'è che neanche Pelagus lo invoca – è evidente che l'accertamento della legittima ammissione alla gara anche di una sola delle prime tre classificate, nella specie Consorzio Stabile Infrastrutture, renderebbe inammissibile per carenza di interesse alla loro delibazione le ulteriori censure rivolte avverso Sigenco e Nuova Coedmar.

Il loro eventuale accoglimento non potrebbe infatti neanche condurre alla rinnovazione della gara.

Inoltre, le posizioni di Sigenco, aggiudicataria della gara, e di Nuova Coedmar, seconda classificata, anche per quanto concerne la legittimità della loro ammissione alla procedura, formano già oggetto di scrutinio nel distinto ricorso proposto da Nuova Coedmar, rubricato al n.r.g. 8752/2011 di questo Tribunale, e nel correlato ricorso incidentale innestatovi da Sigenco, trattenuti in decisione contestualmente al presente gravame.

Operando nella indicata direzione, rileva il Collegio che le censure proposte da Pelagus avverso l'ammissione alla procedura di Consorzio Stabile Infrastrutture, che sono contenute nel quinto e nel sesto motivo di ricorso, in parte, sono infondate e devono, pertanto, essere respinte.

Ne consegue che la restante parte del ricorso risulta inammissibile.

5. Sostiene Pelagus, mediante il quinto motivo di gravame, che l'irregolarità che affliggerebbe la classificazione in terza posizione della graduatoria di gara delle offerta di Consorzio Stabile Infrastrutture sarebbe stata avallata dalla consultazione resa nel corso della procedura dall'Avvocatura dello Stato.

Tale irregolarità consisterebbe nel fatto che tra i progettisti indicati da Consorzio Stabile Infrastrutture figura l'ing. Antonio Pio D'Arrigo, che risulterebbe incompatibile *ex* art. 90, comma 8 del codice dei contratti in quanto già collaboratore nell'ambito della redazione della relazione generale

degli studi specialistici del progetto del porto di Tremestieri.

Pertanto, secondo il ricorrente principale, l'impresa, non presentando una posizione simmetrica con gli altri partecipanti quanto alla conoscenza di elementi confluiti negli studi e negli elaborati fondamentali posti direttamente o indirettamente a base di gara, non in possesso delle altre partecipanti, avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura.

La tesi deve essere respinta.

Il Collegio, infatti, non può concordare con l'impianto argomentativo di Pelagus né a monte, laddove si individua la predetta asimmetria informativa, né a valle, quando si sostiene che l'irregolarità è stata accertata nel corso del procedimento dall'Avvocatura dello Stato.

5.1. La questione inerente la presenza, tra i progettisti incaricati dal Consorzio Stabile Infrastrutture, dell'ing. Antonio Pio D'Arrigo, sospetto di incompatibilità in quanto già collaboratore nell'ambito della redazione della relazione generale degli studi specialistici del progetto del porto di Tremestieri, è stata oggetto di specifica disamina nella fase stragiudiziale che ha preceduto la proposizione del gravame, come attestato dal parere reso dall'Avvocatura dello Stato di Messina il 31 maggio 2010, n. 248, su richiesta della commissione valutatrice (parere allegato al verbale n. 3).

La consultazione ha avuto ad oggetto la portata dell'art. 90, comma 8, del codice dei contratti (d.lgs. 163/2006).

La disposizione, ripropositiva della regola già posta dall'art. 17, comma 9, della legge n. 109/1994, recita che “8. *Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al*

presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti”.

Al riguardo, il citato parere dell'Avvocatura dello Stato premette che la *ratio* della normativa risponde all'esigenza di assicurare *par condicio*, trasparenza e concorrenzialità nello svolgimento delle procedure a evidenza pubblica, ciò in particolare mirando a evitare che colui che ha avuto una parte determinante nell'elaborazione del progetto posto a base di gara possa poi concorrere all'aggiudicazione della stessa.

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

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

Nel detto contesto, osserva l'Avvocatura dello Stato che la giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia CE, sez. III, 3 marzo 2005), recepita da pronunciamenti del giudice nazionale, che ha evidenziato come l'art. 90, comma 8 del codice dei contratti sia norma di stretta interpretazione (C. Stato, V, 15 gennaio 2008, n. 36; Tar Piemonte, Torino, I, 28 febbraio 2007, n. 882; Tar Basilicata, Potenza, I, 24 gennaio 2009, n. 6), ha avuto modo di chiarire che la normativa nazionale non può *ex se* precludere, pena la

violazione del principio di proporzionalità e di libertà di iniziativa economica, la presentazione di una domanda di partecipazione o di una offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi da parte di una impresa (o di una persona fisica alla stessa collegata nei termini sopra considerati) che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda alla medesima la possibilità di provare che, nel caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non possa falsare la concorrenza.

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

In applicazione delle richiamate coordinate ermeneutiche, la consultazione ha indi rimesso alla commissione di gara la verifica sulla reale configurabilità di un'asimmetria informativa tra le concorrenti nella gara *de qua*, tale da concretizzare una posizione di oggettivo vantaggio del Consorzio Stabile Infrastrutture, a cagione della disponibilità di informazioni e cognizioni ottenute a titolo esclusivo dall'ing. D'Arrigo in occasione della sua partecipazione allo svolgimento dell'attività di consulenza nella fase preparatoria e di supporto alla progettazione, e correlativamente non a disposizione della generalità delle restanti imprese.

Già da quanto appena riferito emerge come, contrariamente a quanto evocato da Pelagus, il citato parere dell'Avvocatura dello Stato si configuri del tutto neutro in ordine alla sussistenza o meno nella fattispecie della denunciata causa ostativa alla partecipazione alla gara di Consorzio Stabile Infrastrutture.

La consultazione ha, anzi, decisamente escluso proprio l'operatività di

qualsiasi automatismo quanto alle eventuali conseguenze da far discendere nella procedura dalla indicata collaborazione svolta a suo tempo dal nominato tecnico, rimettendo alla commissione di gara la verifica di cui sopra.

Nel prosieguo, in riscontro al detto parere, la commissione di gara (seduta del 9 giugno 2010, verbale n. 3) ha esperito la verifica di competenza, pervenendo alla conclusione dell'insussistenza della causa ostativa alla partecipazione di cui si discute.

Tale determinazione risulta indenne dalle denunziate mende.

In particolare, entrando nel vivo delle questioni poste dalla censura in esame, osserva il Collegio che l'organo consultivo, nel rimettere alla commissione esaminatrice l'analitica disamina della vicenda, ha fornito una interpretazione della considerata normativa conforme al consolidato avviso della giurisprudenza amministrativa.

Infatti, ai fini della declaratoria di incompatibilità di cui si discute, la giurisprudenza nazionale e comunitaria richiede la presenza di indizi seri, precisi e concordanti sulla circostanza che il partecipante alla gara, o il soggetto a questo collegato, abbia rivestito un ruolo determinante nell'indirizzo delle scelte dell'amministrazione o ne abbia ricevuto un tale flusso di informazioni riservate da falsare la concorrenza (C. Stato, V, n. 36 del 2008, cit.).

E' stato anche di recente specificato che tali indizi non devono necessariamente riguardare soltanto situazioni limite, come quelle appena descritte, ovvero l'essersi determinata, nel passato o nel presente, una situazione di influenza sulle scelte dell'amministrazione o una situazione di connivenza, con conseguente flusso di informazioni, dall'amministrazione all'impresa che pretende di partecipare alla gara.

Ciò in quanto le norme sulle incompatibilità ed i connessi divieti agiscono in prevenzione, ovvero sono norme che tendono a prevenire il pericolo di

pregiudizio, e, verificato il caso di incompatibilità, tendono a salvaguardare la genuinità della gara attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione.

Di talchè le stesse non presuppongono né intervenuta la lesione, né la sussistenza di un concreto tentativo di compromissione.

E', dunque, sufficiente che gli indizi (ferma la loro serietà, precisione e concordanza) riguardino situazioni che, oggettivamente, pongono un determinato concorrente in una posizione di squilibrio (per sé favorevole) nei confronti degli altri concorrenti, e tale da determinare – indipendentemente dal concretizzarsi del vantaggio – una violazione della *par condicio* (C. Stato, IV, 3 maggio 2011, n. 2650).

Tanto doverosamente premesso in ordine alla correttezza e alla condivisibilità in linea generale delle linee interpretative assunte nel ridetto parere 31 maggio 2010, n. 248 dall'Avvocatura dello Stato, deve osservarsi che la rivalutazione della posizione di Consorzio Stabile Infrastrutture, effettuata dalla commissione di gara in esecuzione della consultazione, e conclusasi nel senso della insussistenza nel caso concreto Consorzio Stabile Infrastrutture della condizione preclusiva (conclusione che risulta confortata anche dal successivo parere dell'Avvocatura 25 ottobre 2010, n. 32659, menzionato a pag. 8 della nota n. 582 del 9 novembre 2010 indirizzata dal Commissario delegato all'Autorità di vigilanza) può essere in questa sede confermata.

In particolare, come risulta dal citato verbale n. 3, la commissione ha tenuto conto delle controdeduzioni, allegate al verbale, formulate dall'ing. D'Arrigo, individuato tra i progettisti dal Consorzio Stabile Infrastrutture nella qualità di libero professionista iscritto all'ordine degli ingegneri della Provincia di Messina, non esercente attività d'impresa.

Da tali controdeduzioni emerge che il Prefetto di Messina, nella qualità di precedente Commissario delegato per l'emergenza in discorso, stipulava nel

2008 convenzione n. 1402 con l'Università di Messina per la produzione di "Studi di supporto e indagini in campo propedeutici alla progettazione e realizzazione della <<Piattaforma Logistica Intermodale di Tremestieri con annesso scalo portuale>>".

Tale convenzione coinvolgeva il Dipartimento di ingegneria civile della predetta Università, e, indi, i componenti dello stesso Dipartimento, per diverse attività specialistiche, con particolare riferimento alle aree: geologia, geotecnica, sedimentologia, rilievi batimetrici, rilievi topografici, indagini geognostiche, geofisica, idrologia, idraulica marittima, strutture.

Nell'ambito dell'area specialistica "strutture" il nominato tecnico veniva incaricato di una consulenza per l'assistenza dei responsabili dell'area specialistica della convenzione, e in tale ambito si occupava di "modelli e elementi finiti".

Ha chiarito l'ing. D'Arrigo nelle controdeduzioni che il suo apporto è consistito, in pratica, nel "tradurre in modelli matematici alcune tipologie strutturali e fornire i risultati delle elaborazioni al responsabile che ha prodotto l'elaborato finale. Non esiste quindi alcun elaborato prodotto dal sottoscritto".

Gli studi e le indagini commissionate alla predetta Università sono stati conclusi e consegnati il 30 novembre 2008, data nella quale si è conclusa anche la consulenza in parola.

Ha soggiunto il nominato tecnico:

- che gli studi suddetti "non possono in alcun modo configurarsi come attività di progettazione e a maggior ragione l'attività svolta dal sottoscritto", anche atteso che l'Università di Messina non avrebbe potuto svolgere, per statuto, tale attività, tant'è che l'Ufficio di progettazione per la redazione del progetto preliminare, nominato dal Commissario delegato con decreto del 6 novembre 2008, risulta costituito esclusivamente da funzionari di uffici pubblici competenti per territorio (Provveditorato

Interregionale; Autorità portuale; Genio civile; Provincia, Comune), tra cui non compare la predetta Università;

- che, vieppiù, il progetto preliminare come sopra redatto, consegnato il 17 dicembre 2008 e approvato in pari data con prescrizioni, è stato completato e aggiornato da parte dell'Ufficio 4° Opere marittime Sicilia del Provveditorato Interregionale OO.PP. Sicilia-Calabria, che ha redatto anche lo stralcio funzionale del progetto preliminare, depositandolo in data 31 dicembre 2009, che costituisce l'atto tecnico posto a base di gara;

- che tale stralcio, il cui gruppo di progettazione risulta costituito dal solo citato Ufficio 4°, ha proposto soluzioni tecniche radicalmente diverse dalle soluzioni adottate dal progetto preliminare del 17 dicembre 2008;

- che tra il materiale messo a disposizione dei concorrenti nella gara in parola figurava sia il progetto preliminare stralcio del 31 dicembre 2009 sia gli studi specialistici a suo tempo redatti dall'Università di Messina.

Alla luce degli elementi sopra elencati, ritiene il Collegio di dover concordare sia con il professionista, quando afferma, nelle stesse controdeduzioni, che l'esperienza acquisita dalla partecipante in argomento mediante l'indicazione del progettista non era idonea a falsare la concorrenza, non rinvenendosi in capo alla stessa, per il suo tramite, alcun vantaggio ingiustificato, derivante dalla conoscenza di elementi specifici, non in possesso delle altre imprese pure partecipanti, sia con la commissione di gara che, nel vagliare la posizione del Consorzio Stabile Infrastrutture, ha escluso che lo stesso potesse essere escluso dalla partecipazione alla competizione per l'indicazione di cui trattasi.

I predetti elementi, infatti, nella misura in cui attestano l'alterità della predisposizione del documento tecnico alla cui redazione ha collaborato l'ing. D'Arrigo e dell'apporto specifico fornito dal professionista rispetto alla formazione dell'elaborato progettuale posto a base di gara, la integrale rimessione della fase progettuale dell'intervento a funzionari pubblici, la

soluzione di continuità intervenuta nell'andamento di tale fase, la messa a disposizione degli studi specialistici a tutti i partecipanti, depongono inequivocabilmente e univocamente per l'inapplicabilità al caso di specie del divieto di cui all'art. 90, comma 8 del codice dei contratti.

Può ancora aggiungersi – e l'elemento ancora testimonia a sfavore della tesi qui propugnata da Pelagus – che le conclusioni cui è pervenuta la commissione di gara in relazione alla posizione del Consorzio Stabile Infrastrutture e dell'ing. D'Arrigo sono state comunicate dalla stazione appaltante anche all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, nell'ambito dell'esame da quest'ultima effettuato di una più ampia serie di questioni relative alla gara per cui è causa, e sono state oggetto di un vaglio sostanzialmente favorevole da parte dell'Autorità, espressamente per quanto concerne l'andamento e la consistenza del segmento procedimentale costituito dalla predetta verifica, avendo la detta Autorità rilevato, con atto n. 51360 del 10 maggio 2011, che “la commissione ha seguito una procedura completa, acquisendo ulteriore documentazione e le controdeduzioni dell'impresa” (pag. 3), senza null'altro approfondire o richiedere sul punto.

5.3. In definitiva, il quinto motivo del ricorso principale di Pelagus nella parte in cui si dirige avverso l'ammissione alla gara di Consorzio Stabile Infrastrutture va respinto.

6. Con il sesto motivo Pelagus afferma, sempre al fine di pervenire all'accertamento dell'illegittima ammissione alla gara di Consorzio Stabile Infrastrutture, che gli elaborati e le soluzioni tecniche contenute nell'ipotesi progettuale proposta dalla citata impresa sarebbe affetta da gravi carenze, dalla Commissione di gara non rilevate e non debitamente sanzionate con l'esclusione.

In particolare, con specifico riferimento al molo foraneo, la censura imputa al progetto Consorzio Stabile Infrastrutture l'impiego anche di pali

inclinati, elementi da evitare o sostanzialmente vietati a termini delle normative tecniche di riferimento, nonché l'errato utilizzo di una formula ormai in disuso per il calcolo delle azioni indotte dal moto ondoso, che per l'effetto risulterebbero gravemente sottostimate.

Al riguardo, osserva il Collegio che trattasi di doglianze che, come risulta evidente dalla mera illustrazione del loro tenore e contenuto, involvendo nella critica delle determinazioni della competente commissione esaminatrice relative alla validità e alla qualità delle soluzioni progettuali ammesse alle procedura, impingono nel merito tecnico "puro" delle presupposte valutazioni discrezionali.

E va, naturalmente, escluso che la presente sede giudiziale possa, a sua volta, entrare nello stesso merito, sostituendosi all'organo competente nell'esame complessivo del progetto ovvero di sue singole parti.

Sul punto, pertanto, il Collegio può limitarsi a rilevare, in relazione ai pali inclinati, che, come emerge dallo stesso tenore della censura, nessuna delle norme tecniche invocate da Pelagus (d.m. 14 gennaio 2008, par. 7.2.5; norma UNI EN 1998-2-2006, par. 2.4.; rapporto di lavoro n. 34 della Commissione della navigazione marittima) ne vieta in assoluto l'utilizzo.

Quanto al restante, l'amministrazione resistente riferisce che il censurato metodo per il calcolo dell'azione del moto ondoso, come attestato anche dall'esame di diversi progetti posti a gara, dove esso ha trovato ampia e giustificata diffusione, è cautelativo, corretto e ampiamente in uso, specie nel mondo anglosassone, per i dimensionamenti di opere in assenza di frangimento, fenomeno nel caso di specie da escludersi.

Anche il sesto motivo del ricorso principale di Pelagus nella parte in cui si dirige avverso l'ammissione alla gara di Consorzio Stabile Infrastrutture deve, per quanto sopra, essere respinto.

7. Alla luce delle conclusioni raggiunte nei punti che precedono, il ricorso principale proposto da Consorzio Stabile Pelagus s.c.a r.l. deve essere

integralmente respinto laddove si dirige avverso l'ammissione alla gara per cui è causa di Consorzio Stabile Infrastrutture.

Ne consegue, sempre per quanto sopra, che la restante parte del gravame, rivolta avverso l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria Si.gen.co Sistemi Generali Costruzione s.p.a. e della seconda classificata Nuova Co.ed.mar. s.r.l., va dichiarata inammissibile per carenza di interesse alla sua decisione.

Stessa sorte seguono i motivi aggiunti al gravame, fondati su censure già accertate infondate e inammissibili.

Per l'effetto, i ricorsi incidentali interposti da Si.gen.co e da Nuova Co.ed.mar. vanno dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse alla loro deliberazione.

Tenuto conto dell'andamento e della specificità della controversia, le spese di lite possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

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

- in parte respinge e in parte dichiara inammissibile il ricorso principale, integrato da motivi aggiunti;
- dichiara improcedibili i ricorsi incidentali.
- compensa integralmente tra le parti costituite le spese di lite.

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

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

Calogero Piscitello, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/10/2012

IL SEGRETARIO

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