

N. 03342/2015REG.PROV.COLL.

N. 03373/2012 REG.RIC.

N. 03459/2012 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 3373 del 2012, proposto da:
Pac S.p.A., Iniziative Bresciane Spa e Coestra Spa, rappresentati e difesi dall'avv. Duccio M. Traina, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, Via G. Carducci, 4;

contro

Toto Costruzioni Generali Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Fabrizio Rapposelli e Marco Mariani, con domicilio eletto presso l'avv. Marco Mariani in Roma, Via Savoia, 78;

nei confronti di

Città Metropolitana di Firenze, già Provincia di Firenze, rappresentata e difesa dall'avv. Stefania Gualtieri, con domicilio eletto presso l'avv. Pasquale Mosca in Roma, Corso d'Italia, 102;

sul ricorso numero di registro generale 3459 del 2012, proposto da:
Toto S.p.A. Costruzioni Generali (già Toto Costruzioni Generali Spa), rappresentato e difeso dall'avv. Marco Mariani, con domicilio eletto presso lo Studio Associati Mariani Menaldi in Roma, Via Savoia, 78;

contro

Città Metropolitana di Firenze, già Provincia di Firenze, rappresentata e difesa dall'avv. Stefania Gualtieri, con domicilio eletto presso l'avv. Pasquale Mosca in Roma, Corso d'Italia, 102;

nei confronti di

Pac S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Duccio Maria Traina, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, Via G. Carducci, 4;

Iniziative Bresciane S.p.A. e Coestra S.p.A., rappresentati e difesi dall'avv. Duccio Traina, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, Via G. Carducci, 4;

per la riforma

quanto al ricorso n. 3373 del 2012 e al ricorso n. 3459 del 2012:

della sentenza del TAR Toscana, Sezione I, n. 00541/2012, resa tra le parti, concernente l'appalto relativo alla straordinaria manutenzione, ristrutturazione e rifunzionalizzazione di 13 briglie/traverse presenti nel demanio fluviale del fiume Arno.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Toto Costruzioni Generali Spa, della Città Metropolitana di Firenze, già Provincia di Firenze, di Pac S.p.A., di Iniziative Bresciane S.p.A. e di Coestra S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 aprile 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Francesco Paoletti su delega dell'Avv. Duccio Maria Traina, Marco Mariani, Pasquale Mosca su delega dell'Avv. Stefania Gualtieri;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sez. I, con la sentenza 15 marzo 2012, n. 541 ha accolto, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso principale proposto dall'appellata Toto s.p.a. Costruzioni Generali per l'annullamento dell'atto dirigenziale n. 37078 del 5.8.2011, comunicato al ricorrente via fax in data 5.8.2011, con nota di accompagnamento del Dirigente Servizi Amministrativi LL.PP. del 5.8.2011, avente ad oggetto la "straordinaria manutenzione, ristrutturazione, rifunzionalizzazione di n. 13 briglie/traverse presenti nel demanio fluviale del fiume Arno nel territorio della Provincia di Firenze, realizzazione di relativi impianti per la produzione di energia elettrica e gestione ai fini della produzione idroelettrica. CIG: 0521789852 - CUP: B46D800000007 - Presa d'atto relazione del RUP aggiudicazione provvisoria e successivi adempimenti".

Il TAR, inoltre, ha dichiarato inammissibili i motivi aggiunti e ha in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibili i ricorsi incidentali, respingendo invece la domanda di accesso agli atti amministrativi.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- la ricorrente principale di primo grado non ha interesse giuridicamente rilevante a far valere la censura relativa al fatto che l'RTI risultato aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura per violazione dell'art. 37, commi 7 e 10, del d.lgs. n. 163 del 2006, avendo illegittimamente variato la propria composizione con l'aggiunta della società Coestra s.p.a., che aveva già partecipato alla selezione del promotore in altro raggruppamento temporaneo d'impres; ciò sul rilievo che l'eventuale accoglimento della medesima porterebbe come inevitabile conseguenza all'esclusione del promotore dalla selezione, in tal modo però travolgendo l'intera procedura di Finanza di Progetto e quindi vanificando le stesse aspettative della ricorrente principale a conseguire l'aggiudicazione della concessione all'esito del confronto comparativo tra la sua offerta e quella del promotore;
- per analoghe ragioni sono inammissibili tutte le censure proposte dalla ricorrente principale con l'atto di motivi aggiunti, trattandosi di quattro doglianze tutte volte ad escludere il promotore dalla competizione, per carenze attinenti alle dichiarazioni rese in punto di assenza di cause preclusive di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 (i primi tre motivi aggiunti) ovvero per violazione del disposto di cui all'art. 49, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006;
- in caso di mancanza di pluralità di offerte viene meno il ruolo selettivo della procedura ristretta e si passa direttamente alla procedura negoziata, così come dispone il punto 10 del Disciplinare, nonché l'art. 155, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 163-2006, nel testo originario, che stabilisce che "nel caso i cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto"; nella specie è tuttavia accaduto che, in luogo di procedere alla procedura negoziata il RUP ha ritenuto di procedere ad un approfondito esame dell'offerta tecnica della ricorrente principale, giungendo alla conclusione che la stessa risultasse inammissibile in quanto proponente progettualità non ascrivibili al concetto di progetti migliorativi, ma integranti un inammissibile aliud pro alio;
- in tal modo, ha concluso il TAR, si è realizzata la censurata confusione tra procedura ristretta e procedura negoziata, avendo il RUP realizzato quel vaglio tecnico dell'offerta che, in assenza della procedura ristretta, avrebbe potuto essere svolto solo in seno alla procedura negoziata, che invece non è neppure stata avviata.

Per quanto riguarda i ricorsi incidentali di primo grado, il TAR ha ritenuto che:

- le censure relative al progetto del ricorrente in primo grado, non riconducibile a quello posto a base della selezione bensì costituente un aliud pro alio sono improcedibili, attesa, come detto, l'illegittimità della valutazione del merito dell'offerta tecnica della Toto s.p.a., giacché al contrario l'offerta della ricorrente principale avrebbe dovuto essere direttamente ammessa alla procedura negoziata e qui esaminata nel rispetto delle regole procedurali previste dalla legge;

- il possesso in capo all'intermediario finanziario dei requisiti richiesti (iscrizione dell'elenco speciale e possesso dell'autorizzazione ministeriale) è nella specie dimostrato in gara in termini più diretti rispetto a quelli richiesti dalla lex specialis e cioè con dichiarazione dello stesso intermediario finanziario anziché con autodichiarazione del concorrente;

- quanto alla durata della fideiussione, la Toto s.p.a. ha presentato in gara polizze fideiussorie aventi la durata prescritta dalla normativa di gara e non le può essere imputato il superamento da parte della stazione appaltante della tempistica in origine fissata.

Infine, sulla domanda di accesso, il TAR ha rilevato che erano ancora in corso le verifiche circa il possesso da parte delle società del raggruppamento aggiudicatario dei requisiti di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163-2006, essendo l'Amministrazione in attesa delle risposte da parte delle Prefetture di Firenze e Brescia e, quindi, correttamente la Provincia di Firenze ne ha ricavato la necessità di differimento dell'accesso richiesto fino all'esito del procedimento di verifica in corso.

Con l'appello RG n. 3373-2012 la parte appellante (società PAC s.p.a., Iniziative bresciane s.p.a. e CO.E.STRA. s.p.a.) contestava la sentenza del TAR, deducendo:

- Falsa applicazione dell'art. 155, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 163-2006 e dell'art. 10 del Disciplinare di gara;

- in subordine, violazione dell'art. 21-octies l. n. 241-1990;

- violazione del paragrafo 8.4 delle "modalità e prescrizioni per la presentazione dell'offerta" del disciplinare di gara, dell'art. 155 d.lgs. n. 163-2006, dei principi in tema di gara per la selezione dei competitors nelle procedure di finanza di progetto;

- violazione degli artt. 75 e 155, comma 3, e d.lgs. n. 163-2006, nonché del punto 11.2 del disciplinare di gara.

Con l'appello in esame, si chiedeva la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva la parte controinteressata, appellata, chiedendo il rigetto dell'appello.

Con l'appello RG n. 3459-2012, l'appellante Toto s.p.a. contestava la sentenza del TAR, deducendo:

- violazione e/o falsa applicazione dell'art. 37, commi 7 e 9, d.lgs. n. 163-2006;

- violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163-2006; violazione della lex specialis di gara, punto III.1.1) del disciplinare di gara; eccesso di potere per carenza e/o difetto di istruttoria; violazione di legge per ulteriore violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163-2006; violazione di legge per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163-2006;

- violazione della lex specialis di gara, punto III.1.1 del disciplinare di gara; eccesso di potere per carenza e/o difetto di istruttoria; violazione di legge per ulteriore violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163-2006; violazione della lex specialis di gara, punto III.1.1 del disciplinare di gara, eccesso di potere per difetto di istruttoria, violazione di legge per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 49 d.lgs. n. 163-2006, eccesso di potere per carenza e/o difetto di istruttoria.

- violazione lex specialis di gara, eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità nei presupposti, difetto di istruttoria, contraddittorietà ed illogicità manifesta, perplessità.

Nel secondo appello proponevano appello incidentale la società PAC s.p.a., Iniziative bresciane s.p.a. e CO.E.STRA. s.p.a.

Si costituiva la Provincia di Firenze, chiedendo la conferma della sentenza del TAR.

All'udienza pubblica del 14 aprile 2015 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio dispone preliminarmente la riunione degli appelli indicati in epigrafe in quanto rivolti contro la medesima sentenza, ai sensi dell'art. 96 c.p.a.

2. In punto di fatto si osserva che la vicenda oggetto del giudizio riguarda un procedimento di project financing relativo ad interventi vari su 13 briglie/traverse presenti sul fiume Arno, nonché la realizzazione di impianti per la produzione di energia elettrica e gestione degli stessi ai fini della produzione idroelettrica.

Detta procedura veniva avviata in data 23.1.2008 con la pubblicazione di un "avviso indicativo"; in base alla data di pubblicazione dell'atto di indizione di detta procedura, doveva quindi farsi applicazione, *ratione temporis*, della normativa del d.lgs. n. 163-2006 antecedente alla novella del c.d. terzo decreto correttivo.

In data 28.1.2011 la Dirigente della Direzione Servizi Amministrativi LL.PP. prendeva atto che era pervenuta solo l'offerta della ricorrente in primo grado Toto s.p.a. e, ritenuto di non dover procedere all'attribuzione di un punteggio all'offerta tecnica, veniva incaricato il RUP di provvedere alle relative verifiche.

Con Atto Dirigenziale n. 3078 del 5.8.2011 veniva comunicata alla società ricorrente l'esclusione dalla procedura in ragione dell'inammissibilità dell'offerta ritenuta dal RUP nella relazione del 3.8.2011, prot. n. 2444 e l'aggiudicazione provvisoria in favore del RTI già dichiarato Promotore.

3. Preliminarmente, con riguardo all'appello RG n. 3459-2012 (appellante Toto S.p.a. Costruzioni Generali), si deve rilevare che l'eccezione di inammissibilità formulata dall'appellante incidentale (società PAC s.p.a., Iniziative bresciane s.p.a. e CO.E.STRA. s.p.a.) è basata sul fatto che Toto S.p.A. Costruzioni Generali è succeduta a titolo particolare alla Toto Costruzioni Generali S.p.A. a seguito di cessione di ramo di azienda (atto Notaio Tragnone 21.10.2011, rep. n. 44356, raccolta n. 8130); la cessionaria odierna appellante si è costituita nel giudizio di primo grado (pur non notificando un atto di intervento nel giudizio di primo grado), ma la cedente Toto Costruzioni Generali S.p.A. non è stata estromessa (neppure per implicito) dal giudizio di primo grado.

Come è noto, il successore a titolo particolare di una delle parti nel rapporto giuridico controverso, il quale proponga impugnazione avverso la sentenza pronunciata nei confronti del suo dante causa che non sia stato in precedenza estromesso e che, per questo motivo, conserva la veste di litisconsorte necessario, è onerato a chiamarlo nell'instaurato giudizio di gravame, con la conseguenza che la relativa omissione comporta un difetto di integrità del contraddittorio rilevabile d'ufficio (cfr. Cassazione civile, sez. III, 19 luglio 2005, n. 15208; Cassazione civile, sez. II, 27 gennaio 2014, n. 1622).

Infatti, la cessione del ramo di azienda integra una successione a titolo particolare nel rapporto, con la conseguenza che il giudizio prosegue tra le parti originarie (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1435).

Nel caso di specie, in via generale, in assenza di estromissione del cedente, il giudizio si deve ritenere proseguito nei suoi confronti, con la conseguenza che anche nei suoi confronti doveva essere notificato l'appello.

Tuttavia, a norma dell'art. 95 c.p.a., nel giudizio di appello l'impugnazione della sentenza pronunciata in causa non inscindibile o in cause non tra loro dipendenti, deve essere notificata alle sole parti che hanno interesse a contraddire in quanto controinteressate mentre non rivestono tale qualità le altre parti private evocate in primo grado che rivestono semmai la qualità di cointeressati (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 23 dicembre 2014, n. 6363): di conseguenza l'appello RG n. 3459-2012 (appellante Toto S.p.a. Costruzioni Generali) si deve ritenere ammissibile poiché Toto Costruzioni Generali S.p.A. è indubbiamente un cointeressato; per inciso, si deve precisare che anche il primo appello RG n. 3373-2012 è ammissibile poiché la parte appellante (società PAC s.p.a., Iniziative bresciane s.p.a. e CO.E.STRA. s.p.a.) ha correttamente notificato l'appello al cedente Toto Costruzioni Generali S.p.A.

Sotto altro profilo, è pur vero che alla società cessionaria è solo consentito di intervenire nel giudizio, seguendo la procedura di cui all'art. 50, comma 2, c.p.a., e quindi, in particolare, con atto di intervento notificato alle altre parti costituite e non con semplice atto di costituzione in giudizio, così come essa ha fatto nel giudizio di primo grado.

Pertanto, la cessionaria, successore a titolo particolare, Toto S.p.A. Costruzioni Generali non potrebbe proporre appello ai sensi dell'art. 102, comma 1, c.p.a., stante l'irritualità del suo intervento in giudizio e la mancanza, quindi, della sua qualità di parte processuale in senso formale, qualità che sola le consente di impugnare la sentenza attribuendole all'uopo la relativa legittimazione.

Tuttavia, la relativa legittimazione le deriva dal disposto di cui all'art. 111 c.p.c., che stabilisce espressamente che la sentenza pronunciata contro il cedente, "spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui", integrando quindi un'ulteriore causa di legittimazione all'impugnazione pacificamente

applicabile anche nel processo amministrativo, non riscontrandosi ragioni che inducano a ritenere la predetta disposizione incompatibile ex art. 39 c.p.a.

4. Preliminarmente, deve anche essere disattesa l'eccezione di carenza di interesse della società PAC s.p.a., formulata dalla difesa della Toto, poiché la società PAC ha espressamente dichiarato di rinunciare alla partecipazione alla procedura negoziata con Toto, ma solo in considerazione del fatto che l'offerta Toto è stata considerata aliud pro alio e, quindi, in relazione ad una circostanza per cui vi è controversia nell'odierno giudizio.

5. Cominciando l'esame, per ragioni logico-giuridico, nonché per anzianità di iscrizione a ruolo, dall'appello RG n. 3373-2012 (società PAC s.p.a., Iniziative bresciane s.p.a. e CO.E.STRA. s.p.a.), rileva il Collegio che con atto dirigenziale 22 ottobre 2009, n. 3629 era stata dichiarata di pubblico interesse, ai sensi dell'art. 154 d.lgs. n. 163-2006, la proposta presentata dal raggruppamento costituito da PAC S.p.A (Capogruppo) e da Iniziative Bresciane S.p.a, che veniva così individuato come soggetto promotore; conseguentemente, il relativo progetto veniva posto a base della successiva fase di gara per la scelta dei competitors, ai sensi dell'art. 155 d.lgs. n. 163-2006.

Con successiva determinazione dirigenziale 19 luglio 2010, n. 1325 veniva approvato lo schema di disciplinare di gara da svolgersi con le modalità della procedura ristretta da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, aprendo così la seconda fase della procedura volta all'individuazione dei competitors.

Nella seduta pubblica del 28 gennaio 2011 (doc. 9 della Provincia, fascicolo TAR) si dava atto che entro il termine di scadenza previsto dal bando era pervenuto un solo plico da parte della società Toto Costruzioni Generali S.p.a.

Pertanto, avendo partecipato alla procedura un unico soggetto, non si rendeva necessario procedere all'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica al fine di determinare quali offerte avrebbero avuto accesso alla fase negoziata.

Tuttavia, si dava atto, sempre nella predetta seduta, che restava necessario verificare l'idoneità dell'offerta pervenuta al fine di poter espletare la successiva fase di gara: per tali motivi l'offerta presentata veniva trasmessa al RUP.

Dopo un accurato e approfondito esame da parte del RUP e da tre consulenti esterni dotati di specifica professionalità (cfr. docc. nn. 10-13 Provincia nel fascicolo TAR), la proposta presentata dalla società Toto risultava completamente diversa rispetto al progetto del promotore dichiarato di pubblico interesse.

In forza di tali valutazioni, con determinazione 5.8.2011, n. 3078, si procedeva ad approvare il verbale della seduta pubblica del 28.1.2011 e ad escludere dalla procedura l'offerta presentata dalla Toto Costruzioni Generali S.p.A., avendo la stessa presentato una proposta non migliorativa rispetto a quella presentata dal promotore e con scelte tecnologiche completamente diverse rispetto a quelle individuate come di pubblico interesse per l'Amministrazione, concretizzandosi, in tal modo, un inammissibile aliud pro alio.

Questo Collegio ritiene, diversamente opinando rispetto al TAR, che la modalità procedurale che ha portato all'esclusione della società Toto sia immune da censure.

Infatti, pur in presenza di una sola offerta valida, nelle procedure di project financing cd. trifasiche, come quella del caso di specie, l'Amministrazione conserva il potere di verificare l'ammissibilità dell'offerta, che non solo costituisce operazione logicamente e tecnicamente preliminare rispetto a qualsiasi operazione di valutazione dell'offerta medesima, ma che costituisce altresì il titolo giuridico per poter accedere alla successiva fase.

In altre parole, non soltanto la verifica dell'ammissibilità dell'offerta è necessaria poiché, altrimenti, sarebbe impossibile qualsivoglia sua valutazione; il fatto di effettuare tale verifica di ammissibilità nella fase due del procedimento, come è accaduto nella specie, risponde, dunque, a ragioni di economia procedimentale e di efficienza del medesimo, atteso che comunque tale offerta avrebbe dovuto subire una sua previa verifica di ammissibilità in vista dello svolgimento della terza fase; la verifica è tuttavia anche indispensabile, poiché l'apertura della terza fase è condizionata proprio dall'esistenza di offerte valide nella seconda fase; se l'offerta è inammissibile, non è dunque all'evidenza possibile l'apertura della terza fase con riguardo all'impresa che l'ha confezionata.

Pertanto, l'appello formulato dalla società PAC riguardo a tale punto deve essere accolto e deve essere riformata pedissequamente la sentenza impugnata.

6. Passando all'esame dell'appello di Toto S.p.a. Costruzioni Generali (RG n. 3459-12), si deve ribadire, come ha fatto correttamente il TAR, che la ricorrente di primo grado non ha un interesse giuridicamente rilevante a far valere le censure il cui eventuale accoglimento porterebbero come inevitabile conseguenza all'esclusione del promotore dalla selezione, poiché l'unitarietà logico-giuridica del procedimento trifasico in cui si articola il procedimento in esame, così come previsto dagli artt. 154 e 155 d.lgs. n. 163-06, comporterebbe il travolgimento dell'intera procedura di Finanza di Progetto, vanificando l'interesse della Toto S.p.a. Costruzioni Generali a conseguire l'aggiudicazione della concessione

all'esito del confronto comparativo tra la sua offerta e quella del promotore, atteso che la Toto, come detto, non era il promotore del procedimento di Finanza di Progetto.

Ciò vale sia per la censura attinente la modificabilità soggettiva del proponente, sia con riguardo alle ulteriori quattro censure proposte nei motivi aggiunti di primo grado e riproposte con il secondo motivo d'appello.

7. In ogni caso, con riguardo in specifico alla modificabilità soggettiva del promotore nella procedura in esame, si può ulteriormente precisare che essa trova la sua base normativa nel combinato disposto degli artt. 98 e 99 d.P.R. n. 554-1999, applicabile *ratione temporis*; infatti, è il solo art. 99 d.P.R. 554-99 a fissare i "requisiti del promotore", rinviando al precedente art. 98 (che individua i "requisiti del concessionario") per precisare i requisiti che lo stesso promotore deve possedere "al fine di ottenere l'affidamento della concessione" (comma 3).

Di conseguenza, mentre i requisiti ex art. 99 devono essere posseduti (e documentati) dall'impresa fin dall'inizio della fase di scelta del "promoter", quelli di cui all'art. 98 è sufficiente siano posseduti, una volta che il promotore sia stato individuato, al momento del conferimento della concessione.

Tale conclusione è in piena armonia con l'orientamento che si era consolidato in base alla precedente normativa, secondo cui non si riteneva applicabile al caso di "project financing" il divieto di modifica delle associazioni temporanee (allora già sancito dall'art. 13, comma 5-bis, l. n. 109-1994), ben potendo un soggetto dapprima essere selezionato come promotore e quindi associarsi con altre imprese ai fini del rilascio della concessione.

Nel caso in esame, inoltre, l'ingresso di CO.E.STRA. s.p.a. è motivato all'evidenza dal possesso di quest'ultima di un requisito SOA non posseduto dall'appellante PAC, con la conseguenza che anche i sospetti di anticoncorrenzialità della nuova ATI, avanzati dall'appellante Toto, possono ritenersi chiaramente fugati.

Del tutto irrilevante, infine, è l'impegno del promotore a mantenere ferma la propria offerta anche a mezzo di cauzione già da un momento antecedente l'indizione della procedura ristretta e fino al suo termine, avendo essa la valenza di rendere impegnativa la proposta e non di congelare la composizione soggettiva del proponente.

8. Con riferimento al secondo motivo d'appello, con il quale sono state riproposte le censure contenute nel ricorso per motivi aggiunti di primo grado da parte della società Toto, si deve osservare innanzitutto (e comunque fermo restando quanto dedotto in relazione al primo motivo d'appello) che la ricorrente in primo grado, essendo stata esclusa dalla procedura negoziata (come è evidente, avendo accolto sul punto l'appello di PAC - RG n. 3373-12, come sopra meglio argomentato), è carente di legittimazione (cfr. Ad. Plen. n. 4-2011); tale osservazione vale anche con riguardo alla dedotta notizia sommariamente assunta on line da Toto (ma non compiutamente dimostrata) secondo cui dal 16 aprile 2014 Coestra spa è stata dichiarata dal Tribunale di Firenze in "concordato preventivo liquidatorio", ben diverso dal concordato in continuità aziendale e, pertanto, priva dei requisiti generali di partecipazione ai sensi dell'art. 38 del Codice dei Contratti.

In ogni caso, in specifico, passando all'esame dei singoli punti in cui si articola il secondo motivo d'appello, si deve osservare che:

- la censura relativa al fatto che le dichiarazioni ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici devono essere sottoscritte dai singoli interessati e non dal legale rappresentante della partecipante alla gara, potrebbe al limite ritenersi corretta (salvo l'esame della nullità della clausola, questione in questa sede irrilevante in quanto mera ipotesi) soltanto se ciò è espressamente richiesto dalla stazione appaltante: nel caso in esame, la Provincia non ha richiesto dichiarazioni sottoscritte individualmente (cfr. disciplinare di gara, punto c), pag. 7);

- quanto alla mancata dichiarazione relativa al Procuratore Giovanni Zana, si deve premettere che l'individuazione del novero dei soggetti nei cui confronti il Codice dei Contratti pone l'onere di dimostrare l'assenza di fattori pregiudizievoli ai sensi del richiamato art. 38, non è suscettibile di applicazioni estensive e riguarda soltanto coloro cui sono conferiti poteri di amministrazione ovvero i Direttori tecnici, categorie alle quali non appartiene il suddetto Procuratore;

- il legale rappresentante della Società, Signor Battista Albertani, ha reso idonea dichiarazione di insussistenza generale della causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice, per sé e per tutti gli altri amministratori, direttori e procuratori speciali soggetti a tale dichiarazione (cfr. doc. 48 società Toto);

- per quanto concerne gli atti della società CO.E.STRA., si deve osservare che la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) è richiesta per i soli amministratori in carica, e non per quelli cessati (a differenza della dichiarazione di cui alla lett. c);

- per quanto riguarda la dichiarazione della società INSO, la censura è infondata, in quanto, come detto, le dichiarazioni non sono necessarie per i procuratori e l'appellante Toto non ha fornito alcun elemento per dedurre che essi siano titolari di poteri tali da assimilarli agli amministratori;

- la censura sulla carenza delle dichiarazioni ex art. 38 relative ai progettisti è infondata non solo perché le dichiarazioni risultano comunque rese, ma soprattutto poiché la società PAC è qualificata anche per la progettazione (v. autocertificazione unica presentata alla Provincia di Firenze ex doc. n. 42 appello Toto) e perché la compagine del promotore-aggiudicatario non è composta dai progettisti, in base a quanto prevede l'art. 98 del regolamento n. 554-1999; pertanto, la loro presenza non è necessaria;

- infondata è anche la censura relativa al fatto che la società PAC, indicata come mandataria del costituente RTI, è ausiliaria, ai fini dell'avvalimento, della mandante Imbre, posto che la disciplina dell'RTI non può essere inteso come limite all'avvalimento, che ha portata generale (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 857).

9. Il terzo motivo d'appello ripropone il quarto motivo del ricorso in primo grado che il TAR ha ritenuto assorbito, con cui si contesta che il progetto Toto rappresenti un aliud pro alio rispetto a quello posto a base di gara e che le varianti proposte siano complessivamente peggiorative.

Il motivo è inammissibile perché impinge chiaramente nel merito delle valutazioni tecniche dell'Amministrazione.

Infatti, come è noto, laddove non risulta all'evidenza (dunque, in modo manifesto o macroscopico, come richiede l'ormai consolidata giurisprudenza - cfr., da ultimo, ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 246) alcuna irragionevolezza od illogicità od erroneità della valutazione dell'offerta, il relativo giudizio sfugge al sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo che – come è noto - non può invadere la sfera propria della pubblica amministrazione.

Nel caso di specie, il RUP ha dato conto delle ragioni dell'esclusione, perché si rende evidente (nei limiti della cognizione di questo Giudice, sopra precisati) che il progetto preliminare presentato dalla società Toto è da ritenersi radicalmente diverso da quello ritenuto di pubblico interesse e non una mera variante rispetto a quest'ultimo.

10. L'appello incidentale di PAC, con il quale si ripropongono i motivi del ricorso incidentale di primo grado deve conseguentemente dichiararsi improcedibile.

11. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello RG n. 3373-12 deve essere accolto, mentre l'appello RG n. 3459-12 deve essere respinto in quanto infondato e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi, legati alla novità della questione centrale del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti, accoglie l'appello RG n. 3373-12 e respinge l'appello RG n. 3459-12 e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 07/07/2015

IL SEGRETARIO

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