

N. 05057/2014REG.PROV.COLL.
N. 00802/2014 REG.RIC.
N. 01889/2014 REG.RIC.
N. 02234/2014 REG.RIC.
N. 02300/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 802 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Salini Impregilo S.p.A., in proprio e quale mandataria di ATI con mandanti Codelfa S.p.A. e SST - Consorzio Stabile Servizi per la Sanità del Trentino, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Giuffrè e Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Giuseppe Giuffrè in Roma, via degli Scipioni n. 288;

contro

- C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi, in proprio e quale mandataria di ATI con mandanti Consorzio Stabile Techint Infrastrutture, Consorzio Lavoro Ambiente Società

Cooperativa, Collini Lavori S.p.A., Misconel S.r.l., Coopsette Società Cooperativa, Edilitione S.p.A., Garbari S.p.A., Cordioli & C. S.p.A. con socio unico, Martinelli e Benoni S.r.l., Impresa di costruzioni Pretti e Scalfi S.p.A., Benedetti S.r.l., Elettrica S.r.l., Grisenti S.r.l., Masé Termoimpianti S.r.l., Consorzio Stabile Trentino Impianti S.r.l., D.S. Medica S.r.l., Servizi Ospedalieri S.p.A. a socio unico, Manuntencoop Facility Management S.p.A., Trentina Calore S.r.l., Lavanderia Industriale Z.B.M. S.p.A. a socio unico, Pulinet Servizi S.r.l., Sico Società Italiana Carbuoro Ossigeno S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Carbone, con domicilio eletto in Roma, viale Regina Margherita, n. 290;

- Impresa di costruzione Ing. E. Mantovani S.p.A., in proprio e quale mandataria di ATI con mandanti Guerrato S.p.A., Gelmini Cav. Nello S.p.A., Medipass S.r.l. e Unifarm S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Fulvio Lorigiola, Luciana Palaro e Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

- Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., in proprio e quale mandataria di RTI con mandanti Astaldi S.p.A., Astaldi Concessioni S.r.l., Cristoforetti Servizi Energia S.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Annoni e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, via Udine n. 6;

nei confronti di

Provincia Autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Paolo Pettinelli, Nicolò Pedrazzoli, Giuliana Fozzer e Franco Mastragostino, con domicilio eletto presso avv. Paolo Pettinelli in Roma, Lungotevere dei Mellini, n. 10;

sul ricorso numero di registro generale 1889 del 2014, proposto da:

C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi, in proprio e quale mandataria di ATI con mandanti Consorzio Stabile Techint Infrastrutture, Consorzio Lavoro Ambiente Società Cooperativa, Collini Lavori S.p.A., Misconel S.r.l., Coopsette Società Cooperativa, Edilitione S.p.A., Garbari S.p.A., Cordioli & C. S.p.A. con socio unico, Martinelli e Benoni S.r.l., Impresa di costruzioni Pretti e Scalfi S.p.A., Benedetti S.r.l., Elettrica S.r.l., Grisenti S.r.l., Masé Termoimpianti S.r.l., Consorzio Stabile Trentino Impianti S.r.l., D.S. Medica S.r.l., Servizi Ospedalieri S.p.A. a socio unico, Manuntencoop Facility Management S.p.A., Trentina Calore S.r.l., Lavanderia Industriale Z.B.M. S.p.A. a socio unico, Pulinet Servizi S.r.l., Sico Società Italiana Carbuco Ossigeno S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Carbone, con domicilio eletto in Roma, viale Regina Margherita, n. 290;

contro

Provincia Autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Paolo Pettinelli, Nicolò Pedrazzoli, Giuliana Fozzer e Franco Mastragostino, con domicilio

eletto presso Paolo Pettinelli in Roma, Lungotevere dei Mellini, n. 10;

nei confronti di

- Salini Impregilo S.p.A., in proprio e quale mandataria di ATI con mandanti Codelfa S.p.A., SST - Consorzio Stabile Servizi per la Sanità del Trentino, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Giuffrè e Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Giuseppe Giuffrè in Roma, via degli Scipioni n. 288;

- Impresa di costruzione Ing. E. Mantovani S.p.A., in proprio e quale mandataria di ATI con mandanti Guerrato S.p.A., Gelmini Cav. Nello S.p.A., Medipass S.r.l., Unifarm S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Fulvio Lorigiola, Luciana Palaro e Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

- Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., in proprio e quale mandataria di RTI con mandanti Astaldi S.p.A., Astaldi Concessioni S.r.l., Cristoforetti Servizi Energia S.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Annoni e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, via Udine n. 6.

sul ricorso numero di registro generale 2234 del 2014, proposto da:

Provincia Autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Paolo Pettinelli, Nicolò Pedrazzoli, Giuliana Fozzer e Franco Mastragostino, con domicilio

eletto presso Paolo Pettinelli in Roma, Lungotevere dei Mellini, n. 10;

contro

- C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi, in proprio e quale mandataria di ATI con mandanti Consorzio Stabile Techint Infrastrutture, Consorzio Lavoro Ambiente Società Cooperativa, Collini Lavori S.p.A., Misconel S.r.l., Coopsette Società Cooperativa, Edilitione S.p.A., Garbari S.p.A., Cordioli & C. S.p.A. con socio unico, Martinelli e Benoni S.r.l., Impresa di costruzioni Pretti e Scalfi S.p.A., Benedetti S.r.l., Elettrica S.r.l., Grisenti S.r.l., Masé Termoimpianti S.r.l., Consorzio Stabile Trentino Impianti S.r.l., D.S. Medica S.r.l., Servizi Ospedalieri S.p.A. a socio unico, Manuntencoop Facility Management S.p.A., Trentina Calore S.r.l., Lavanderia Industriale Z.B.M. S.p.A. a socio unico, Pulinet Servizi S.r.l., Sico Società Italiana Carbuoro Ossigeno S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Carbone, con domicilio eletto in Roma, viale Regina Margherita, n. 290;

- Impresa di costruzione Ing. E. Mantovani S.p.A., in proprio e quale mandataria di ATI con mandanti Guerrato S.p.A., Gelmini Cav. Nello S.p.A., Medipass S.r.l., Unifarm S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Fulvio Lorigiola, Luciana Palaro e Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

- Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., in proprio e quale mandataria di RTI con mandanti Astaldi S.p.A., Astaldi Concessioni S.r.l., Cristoforetti

Servizi Energia S.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Annoni e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, via Udine n. 6.

- Salini Impregilo S.p.A., in proprio e quale mandataria di ATI con mandanti Codelfa S.p.A., SST - Consorzio Stabile Servizi per la Sanità del Trentino, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Giuffrè e Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Giuseppe Giuffrè in Roma, via degli Scipioni n. 288;

sul ricorso numero di registro generale 2300 del 2014, proposto da:

Impresa di costruzione Ing. E. Mantovani S.p.A., in proprio e quale mandataria di ATI con mandanti Guerrato S.p.A., Gelmini Cav. Nello S.p.A., Medipass S.r.l., Unifarm S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Fulvio Lorigiola, Luciana Palaro e Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

contro

Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., in proprio e quale mandataria di RTI con mandanti Astaldi S.p.A., Astaldi Concessioni S.r.l., Cristoforetti Servizi Energia S.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Annoni e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, via Udine n. 6;

nei confronti di

- Provincia Autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Paolo Pettinelli, Nicolò Pedrazzoli, Giuliana Fozzer e Franco Mastragostino, con domicilio eletto presso avv. Paolo Pettinelli in Roma, Lungotevere dei Mellini, n. 10;
- Salini Impregilo S.p.A., in proprio e quale mandataria di ATI con mandanti Codelfa S.p.A., SST - Consorzio Stabile Servizi per la Sanità del Trentino, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Giuffrè e Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Giuseppe Giuffrè in Roma, via degli Scipioni n. 288;
- C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi, in proprio e quale mandataria di ATI con mandanti Consorzio Stabile Techint Infrastrutture, Consorzio Lavoro Ambiente Società Cooperativa, Collini Lavori S.p.A., Misconel S.r.l., Coopsette Società Cooperativa, Edilitione S.p.A., Garbari S.p.A., Cordioli & C. S.p.A. con socio unico, Martinelli e Benoni S.r.l., Impresa di costruzioni Pretti e Scalfi S.p.A., Benedetti S.r.l., Elettrica S.r.l., Grisenti S.r.l., Masé Termoimpianti S.r.l., Consorzio Stabile Trentino Impianti S.r.l., D.S. Medica S.r.l., Servizi Ospedalieri S.p.A. a socio unico, Manuntencoop Facility Management S.p.A., Trentina Calore S.r.l., Lavanderia Industriale Z.B.M. S.p.A. a socio unico, Pulinet Servizi S.r.l., Sico Società Italiana Carburo Ossigeno S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Paolo

Carbone, con domicilio eletto in Roma, viale Regina Margherita, n. 290;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento n. 30 del 31 gennaio 2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento in project financing della progettazione ed esecuzione dei lavori per la realizzazione del Nuovo Polo Ospedaliero del Trentino (NOT), nonché del precedente dispositivo di sentenza n. 406 del 2013.

Visti i ricorsi in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti;

Visto l'appello incidentale autonomo proposto avverso la stessa sentenza dall'Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., in proprio e quale mandataria di RTI con mandanti Astaldi S.p.A., Astaldi Concessioni S.r.l. e Cristoforetti Servizi Energia S.r.l.;

Visti gli appelli incidentali proposti dalle parti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2014 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Carbone, Pettinelli, Carpani, su delega di Mastragostino, Vinti, Giuffrè, Annoni, Pellegrino, Clarizia e Lorigiola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- E' stata appellata davanti al Consiglio di Stato la sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (T.R.G.A.), n. 30 del 31 gennaio 2014, riguardante la gara per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione del Nuovo Polo Ospedaliero del Trentino (NOT), di cui al bando del 15 dicembre 2011 (pubblicato il 21 dicembre 2011 nella G.U.U.E. e il 13 gennaio 2012 nella G.U.R.I., della Provincia autonoma di Trento).

La gara prevedeva l'esecuzione e la gestione dell'opera mediante finanza di progetto (project financing), ai sensi dall'art. 50 quater della legge provinciale n. 26 del 10 settembre 1993, ed aveva, in particolare, ad oggetto:

- a) - la progettazione definitiva ed esecutiva e la realizzazione dei lavori di costruzione della nuova struttura ospedaliera;
- b) la fornitura delle attrezzature medicali e degli arredi, con la loro manutenzione e il loro rinnovo;
- c) - la gestione di servizi non sanitari, tra cui la manutenzione edile, la manutenzione e la conduzione degli impianti elettromeccanici e idrico-sanitari, la fornitura di energia elettrica, la climatizzazione, la fornitura e la gestione dei gas medicali, i sistemi di ITC, le pulizie e la sanificazione, lavanderia e guardaroba, l'assistenza e la manutenzione tecnica delle apparecchiature medicali e degli arredi, la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti ospedalieri;
- d) - la gestione dei servizi commerciali richiesti dall'Amministrazione e di servizi commerciali aggiuntivi, compatibili con l'attività sanitaria,

offerti facoltativamente dal concessionario;

e) - la gestione dei parcheggi.

1.1. Il costo di costruzione del nuovo ospedale è stato stimato in € 300.000.000,00, comprensivi di I.V.A.

La durata massima della concessione è stata prevista in 10.800 giorni (circa 30 anni), dei quali 9.000 (circa 25 anni) per la gestione dei servizi.

1.2.- In particolare, lo studio di fattibilità posto a base della gara ha stimato un costo di:

- € 160.000.000,00, (comprensivo di IVA) quale prezzo da corrispondere da parte della Provincia al concessionario in relazione agli stati di avanzamento dei lavori;

- € 42.600.000,00, (oltre IVA) quale canone annuo per i servizi di gestione dell'immobile, di assistenza e manutenzione di apparecchiature medicali ed arredi, di gestione dei rifiuti, di pulizia e di lavanderia;

- € 17.300.000,00, (oltre IVA) quale canone annuo integrativo per la disponibilità di altri servizi contrattualmente non prefissati: manutenzioni ordinarie e straordinarie degli immobili e degli impianti, sostituzione degli arredi e delle apparecchiature, rimborso del debito.

In totale, quindi, l'importo complessivo stimato dell'intervento, considerato il periodo di durata massima della concessione (10.800 giorni), e la durata massima della gestione dei servizi (9.000 giorni), risultava di circa 2 miliardi di euro (compreso l'IVA).

2.- La gara doveva essere aggiudicata con il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 50 quater, comma quattro, della legge provinciale n. 26 del 1993, con il metodo aggregativo-compensatore.

Il disciplinare prevedeva l'assegnazione di 70 punti per gli elementi qualitativi dell'offerta (distribuiti nella valutazione del valore tecnico-estetico, del valore funzionale del progetto preliminare, delle modalità di gestione e qualità dei servizi, della qualità dello schema di convenzione di concessione) e di 30 punti per gli elementi quantitativi (assegnati in relazione alle offerte riguardanti il piano economico finanziario, i canoni per i servizi e per la disponibilità, il tempo di esecuzione lavori, la durata della concessione, l'affidamento di lavori e servizi a terzi).

3.- Hanno partecipato alla gara quattro RTI di imprese, i cui componenti sono stati specificati in epigrafe, che si sono così classificati:

- 1) RTI Impregilo: punti 85,541 (70 punti per l'offerta tecnica e 15,541 per l'offerta economica);
- 2) RTI Mantovani: punti 78,671 (57,065 punti per l'offerta tecnica e 21,606 offerta economica);
- 3) RTI Pizzarotti: punti 78,522 (49,717 punti per l'offerta tecnica e 25,805 offerta economica);
- 4) RTI CMB: punti 71,025 (59,559 punti per l'offerta tecnica e 11,465 offerta economica).

4.- La gara è stata quindi aggiudicata al RTI Impregilo, di seguito anche solo Impregilo, e avverso tale aggiudicazione sono insorti

davanti al T.R.G.A. gli altri tre concorrenti (RTI Pizzarotti, di seguito anche solo Pizzarotti; RTI CMB, di seguito anche solo CMB, e RTI Mantovani, di seguito anche solo Mantovani), che hanno contestato, con numerosi motivi, l'esito della gara e/o la stessa procedura di gara. Ai tre ricorsi principali gli altri concorrenti hanno opposto diversi appelli incidentali.

4.1.- In particolare, in ordine cronologico:

- il primo giudizio (R.G. 270/2012) è stato promosso (già nel corso della procedura) dal terzo classificato Pizzarotti in via principale per chiedere l'esclusione di Impregilo e Mantovani (primo e secondo classificati), e poi anche del RTI CMB, e in via subordinata per sostenere l'illegittimità sotto diversi profili della gara; in tale giudizio hanno spiegato ricorso incidentale CMB, Impregilo e Mantovani sostenendo che Pizzarotti avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara;
- il secondo giudizio (R.G. 121/2013) è stato promosso dalla quarta classificata CMB ed era diretto ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura di gara; in tale giudizio hanno proposto ricorso incidentale (chiedendo l'esclusione di CMB) sia Impregilo che Mantovani;
- il terzo giudizio (R.G. 123/2013) è stato promosso dalla seconda classificata Mantovani avverso l'ammissione dell'offerta di Impregilo, che, a sua volta, ha spiegato ricorso incidentale avverso l'ammissione in gara di Mantovani.

5.- Il T.R.G.A., riuniti tutti i ricorsi, li ha esaminati secondo l'ordine di presentazione ed ha così deciso:

A) ricorso di Pizzarotti (III classificato):

a1) contro l'ammissione di CMB ha dichiarato la carenza di interesse delle doglianze e quindi l'improcedibilità anche del ricorso incidentale proposto da CMB (pag. 30 della decisione);

a2) contro l'ammissione di Mantovani ha respinto sette motivi di ricorso (da pag. 32 a 37) ed ha quindi dichiarato improcedibile l'incidentale proposto da Mantovani (pag. 37);

a3) contro l'ammissione di Impregilo ha prima respinto 15 motivi dell'incidentale di Impregilo (da pag. 38 a 53) ed ha poi dichiarato la carenza di interesse (sul punto) del ricorso principale, risultando comunque Pizzarotti preceduta da Mantovani (pag. 54);

a4) contro le regole e la procedura di gara (motivi proposti da Pizzarotti in via subordinata), ha respinto il motivo riguardante la prevista ammissibilità di offerte in aumento del canone per la disponibilità (pag. 55/56);

a5) ha respinto altre censure di contraddittorietà della disciplina di gara (56/57);

a6) ha accolto la censura di incompatibilità di due membri della Commissione Tecnica di gara, con il conseguente annullamento del provvedimento di nomina di tale Commissione e di tutti gli atti successivi (da pag. 58 a 66);

B) ricorso di CMB (IV classificato):

b1) ha sostenuto la fondatezza del motivo (analogo a quello di Pizzarotti) sull'irregolare composizione della Commissione Tecnica di gara (pag. 67);

b2) ha esaminato il motivo riguardante l'ammissibilità di offerte in

aumento del canone per la disponibilità accogliendo (sul punto) l'incidentale di Impregilo che sosteneva la violazione in concreto (da parte di CMB) della disposizione provinciale che le vieta (da 68 a 72); b3) ha quindi dichiarato improcedibile il ricorso principale di CMB (pag. 72);

C) ricorso di Mantovani (II classificato):

c1) ha respinto i motivi del ricorso incidentale di Impregilo (da pag. 73 a 82);

c2) ha accolto il primo motivo del ricorso principale di Mantovani nei confronti di Impregilo, riguardante l'irregolare utilizzazione dell'istituto dell'avvalimento (da pagg. 83 a 89), sostenendo che tale istituto è riservato ai soli concorrenti e non anche ad un raggruppamento di progettazione;

c3) ha assorbito gli altri motivi del ricorso.

6.- Per effetto di quanto deciso dal T.R.G.A.:

- Impregilo e CMB sono state escluse dalla gara (CMB in ragione dell'accoglimento del ricorso incidentale promosso da Impregilo, a sua volta esclusa dalla gara);

- la Provincia dovrebbe nominare una nuova Commissione Tecnica per la valutazione delle offerte;

- la nuova Commissione dovrebbe procedere alla rivalutazione delle offerte tecniche già presentate da Mantovani e Pizzarotti, unici concorrenti rimasti in gara;

- la Provincia dovrebbe procedere ai conseguenti atti di aggiudicazione e nomina del promotore.

7.- Avverso la predetta pronuncia hanno interposto appello Impregilo, CMB, Mantovani, la Provincia Autonoma di Trento e, con appello incidentale autonomo, Pizzarotti: sono stati quindi proposti quattro appelli principali e un appello incidentale autonomo. I suddetti RTI partecipanti alla procedura di gara hanno poi opposto diversi appelli incidentali per contrastare gli appelli principali proposti dagli altri concorrenti.

7.1. In particolare, Impregilo (R.G. 802 del 2014) ha sostenuto:

- che il T.R.G.A, non avrebbe dovuto esaminare ed accogliere il motivo di Mantovani sull'avvalimento per i progettisti ma avrebbe dovuto dichiarare l'improcedibilità delle censure proposte da Mantovani contro la sua partecipazione alla gara, non essendo più nota, a seguito del già disposto annullamento degli atti della Commissione Tecnica per la valutazione delle offerte, la graduatoria ed essendo pertanto venuto meno l'interesse per le censure sollevate contro la partecipazione alla gara dei diversi concorrenti;
- la fondatezza delle censure proposte in via incidentale nei confronti di Mantovani (che erano state respinte dal T.R.G.A.), per effetto delle quali il ricorso principale di quest'ultima doveva essere dichiarato inammissibile;
- l'erroneità (nel merito) della sentenza del T.R.G.A, nella parte in cui ha accolto il ricorso principale di Mantovani avverso l'ammissione in gara di Impregilo (per la questione dell'avvalimento di progettisti);
- la fondatezza delle censure proposte in via incidentale nei confronti di Pizzarotti (non esaminate dal T.R.G.A.), per effetto delle quali il

ricorso principale di Pizzarotti (già inammissibile per non avere superato la prova di resistenza, per l'infondatezza delle censure mosse da Pizzarotti contro Mantovani) sarebbe comunque inammissibile;

- l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto il ricorso principale di Pizzarotti avverso la composizione della Commissione Tecnica;

In via subordinata, per l'ipotesi di conferma della pronuncia di illegittimità della composizione della Commissione Tecnica, Impregilo contesta quella parte della sentenza appellata in cui è stata disposta la rivalutazione delle offerte tecniche (di Pizzarotti e Mantovani) ad offerte economiche oramai conosciute.

7.2. CMB, con appello principale (R.G. 1889 del 2014):

- ha contestato la sentenza nella parte in cui accogliendo il ricorso incidentale di Impregilo ha disposto la sua esclusione dalla procedura;

- ha contestato la sentenza nella parte in cui, a seguito della pronuncia di illegittimità della composizione della Commissione Tecnica, ha annullato i soli atti di tale Commissione invece di annullare l'intera gara;

- ha riproposto tutti gli ulteriori motivi avverso la regolarità della procedura di gara, rigettati dal T.R.G.A.

Incidentali verso CMB sono stati proposti da Mantovani e Pizzarotti (in relazione alla questione del contratto di avvalimento), mentre Impregilo ha insistito sulla fondatezza del motivo di esclusione accolto dal T.R.G.A.

7.3. Pizzarotti ha proposto appello incidentale autonomo (nel ricorso

R.G. 1889 del 2014 proposto da CMB) sostenendo di avere interesse ad ottenere l'aggiudicazione della gara (e non solo la sua ripetizione) ed appelli incidentali in relazione agli appelli principali di Impregilo, Mantovani, CMB e della Provincia di Trento.

In particolare, Pizzarotti:

- ha sostenuto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto i motivi che aveva sollevato per sostenere l'esclusione di Mantovani;
- ha riproposto le censure svolte in primo grado contro Impregilo e non esaminate dal T.R.G.A. per ritenuta carenza di interesse;
- ha dedotto, in via subordinata, la fondatezza delle censure svolte in primo grado avverso l'illegittimità (sotto ulteriori e diversi profili rispetto a quelli accolti dal T.R.G.A.) degli atti della Commissione Tecnica nonché delle censure sulla illegittimità dell'intera gara (respinte o assorbite dal T.R.G.A.);
- ha riproposto le censure svolte in via incidentale in primo grado avverso l'ammissione in gara di CMB (sulle quali il T.R.G.A. aveva dichiarato la carenza di interesse) sostenendo (pag.66 e segg.) che CMB doveva essere esclusa per aver fatto ricorso ad un avvalimento con un contratto nel quale non erano stati specificati mezzi e risorse prestatati.

7.4.- La Provincia Autonoma di Trento, con appello principale (R.G. 2234 del 2014):

- ha contestato l'annullamento degli atti della Commissione Tecnica;
- ha contestato la pronuncia di esclusione di Impregilo in accoglimento del ricorso di Mantovani, insistendo per la legittimità

della procedura e degli atti adottati.

7.5. Mantovani con appello principale (R.G. n. 2300 del 2014.):

- ha contestato la pronuncia di improcedibilità del proprio ricorso incidentale spiegato nei confronti di Pizzarotti, insistendo per il suo accoglimento;
- ha contestato la pronuncia di accoglimento della censura di Pizzarotti relativa alla composizione della Commissione Tecnica;
- ha riproposto le censure svolte in primo grado contro l'ammissione di Impregilo e non esaminate dal T.R.G.A., perché assorbite (dopo l'accoglimento del motivo sull'avvalimento dei progettisti).

8.- A seguito di istanza congiunta delle parti, i predetti ricorsi sono stati trattati in unica udienza pubblica.

Deve essere quindi preliminarmente disposta la riunione dei diversi ricorsi proposti avverso la stessa sentenza, ai sensi dell'articolo 96 del c.p.a.

9.- Sempre in via preliminare deve esaminata la censura, sollevata nel suo appello incidentale da Pizzarotti, secondo cui gli appelli di Mantovani, Impregilo e della Provincia di Trento devono ritenersi inammissibili perché proposti in via autonoma mentre l'art. 96 del c.p.a., che rinvia all'art. 333 c.p.c., stabilisce che una volta ricevuto un appello avverso una sentenza le altre parti che vogliano proporre impugnazione devono farlo in via incidentale, a pena di inammissibilità.

A tal fine Pizzarotti ha richiamato una recente sentenza di questo Consiglio di Stato nella quale è stato affermato il principio secondo

cui «ai sensi dell'art. 333 c.p.c., ... le parti alle quali sono state fatte le notificazioni previste negli articoli precedenti debbono proporre, a pena di decadenza, le loro impugnazioni in via incidentale nello stesso processo» (Consiglio di Stato, Sezione V n. 1955 del 5 marzo 2014).

9.1.- Al riguardo si deve osservare che Pizzarotti non ha sollevato una questione riguardante il mancato rispetto dei termini processuali di impugnazione della stessa sentenza, sullo stesso capo o su capi diversi (questione su cui si è espressa di recente anche l'Adunanza Plenaria con la decisione n. 24 del 2011) ma ha posto solo una questione riguardante lo strumento processuale utilizzato da diverse parti per l'impugnazione di una stessa sentenza.

Limitata così la questione, l'eccezione non può essere accolta.

E' vero che sussiste l'interesse, manifestato dal legislatore, che tutte le impugnazioni contro la stessa sentenza siano concentrate e trattate unitariamente e decise dal giudice dell'impugnazione in un unico giudizio, sia per ragioni di economia processuale che per ragioni di coerenza sostanziale ed al fine di evitare l'eventuale formarsi di giudicati contraddittori.

Tuttavia l'eventuale violazione del principio, posto dall'art. 333 c.p.c., secondo il quale avverso la stessa sentenza dopo un primo appello deve essere proposto un appello incidentale non produce conseguenze in ordine alla ammissibilità di una eventuale seconda impugnazione proposta autonomamente.

Nel processo amministrativo ciò si ricava proprio dalla lettura dell'art. 96 del c.p.a. che, nel prevedere, al comma uno, la concentrazione in

un unico giudizio delle diverse impugnazioni proposte avverso la stessa sentenza, non esclude che avverso la medesima decisione possano essere proposte impugnazioni non solo in forma incidentale ma anche in via principale, purché nel rispetto dei termini processuali. Infatti lo stesso primo comma dell'art. 96 del c.p.a., nel prevedere la riunione dei ricorsi proposti contro la stessa sentenza, ammette che possano essere presentati separatamente nei confronti della stessa decisione diversi appelli principali (oltre che appelli incidentali).

9.2.- Peraltro non solo non può costituire motivo di inammissibilità dell'appello la sua eventuale proposizione in via autonoma (purché nel rispetto dei termini processuali) dopo la precedente proposizione di altro appello nei confronti della stessa sentenza ma non può incidere sulla procedibilità dell'impugnazione nemmeno l'eventuale mancata riunione dei diversi ricorsi proposti e una intervenuta decisione su una (o più) delle impugnazioni, come si evince da quanto disposto dal comma 6 del citato art. 96 del c.p.a. secondo cui *«in caso di mancata riunione di più impugnazioni ritualmente proposte contro la stessa sentenza, la decisione di una delle impugnazioni non determina l'improcedibilità delle altre»*.

9.3.- L'eccezione sollevata da Pizzarotti deve essere quindi respinta.

9.4.- Peraltro, nella fattispecie, l'esigenza di una trattazione congiunta delle diverse questioni sollevate, anche con diversi ricorsi, nei confronti della medesima sentenza è stato raggiunto attraverso la riunione per connessione dei diversi ricorsi proposti che è stata disposta anche a seguito della istanza congiunta delle parti.

10. Passando all'esame delle numerose censure sollevate dalle diverse parti nei confronti della appellata sentenza del T.R.G.A. n. 30 del 2014, la prima questione che questa Sezione deve affrontare riguarda l'ordine dell'esame dei ricorsi e delle relative censure.

10.1.- Il T.R.G.A. ha ritenuto di dover esaminare i diversi ricorsi sollevati avverso la procedura e gli esiti della gara secondo il loro ordine cronologico di presentazione.

10.2.- Tale modo di operare ha comportato, peraltro, alcune illogicità che le appellanti non hanno mancato di evidenziare. In particolare Impregilo ha evidenziato che la sua esclusione dalla gara è stata disposta, in accoglimento di una censura sollevata da Mantovani, dopo che il T.R.G.A. aveva già accertato l'irregolarità delle operazioni di gara (e quindi l'illegittimità delle valutazioni compiute e della graduatoria finale) per l'illegittima composizione della Commissione Tecnica che aveva valutato le offerte.

Pure CMB ha sostenuto l'illogicità della sua esclusione dalla gara disposta dal giudice di primo grado in relazione ad un vizio alla sua partecipazione denunciato da Impregilo a sua volta esclusa dalla gara.

Anche l'ordine di esame dei diversi ricorsi incidentali e delle diverse censure, con l'esame sulla persistenza dell'interesse ad agire dei singoli concorrenti, è stato condizionato, in modo non sempre coerente, dal disposto esame dei ricorsi secondo l'ordine di presentazione.

10.3.- Nel giudizio di appello alle questioni sollevate dalle diverse parti in ordine al corretto procedere del giudice di primo grado si deve aggiungere anche l'ulteriore profilo derivante dalla circostanza che

oggetto degli appelli è, in primo luogo, la sentenza del giudice di primo grado nei confronti della quale tutte le parti cercano di far valere le proprie ragioni, per chiederne la riforma integrale o parziale e impedire la formazione del giudicato, ovvero la conferma, in tutto o in parte.

10.4.- Ciò posto è chiaro che l'ordine di esame delle questioni seguito dal giudice di primo grado, anche a prescindere dalle evidenziate problematicità, non può essere replicato nel giudizio di appello nel quale il Collegio deve tenere presente innanzitutto i contenuti della decisione appellata.

Infatti il giudizio di appello davanti al Consiglio di Stato non ha per oggetto immediato il provvedimento impugnato in primo grado, soprattutto se la decisione appellata è stata di accoglimento (anche solo parziale) di censure sollevate nei confronti degli atti impugnati, ma innanzitutto la sentenza con la quale è stato deciso il ricorso della quale si contesta la giustizia e della quale viene chiesta la riforma integrale o parziale.

10.5.- L'interesse dell'appellante è, infatti, volto alla eliminazione (anche solo parziale) della sentenza appellata, per evitare che la situazione giuridica oggetto del ricorso si cristallizzi e diventi definitiva con il passaggio in giudicato, e per giungere, così, ad una regolamentazione degli interessi diversa da quella disposta all'esito del giudizio di primo grado.

10.6.- Diversa è invece la posizione delle altre parti che possono proporre un appello incidentale volto sia alla eliminazione della

sentenza (cd. appello incidentale autonomo) che alla sua modifica ovvero alla sua integrale conservazione.

10.7.- Sebbene, per effetto del principio devolutivo, il giudice di appello possa avere cognizione dell'intera controversia, in relazione ai motivi sollevati, oggetto dell'appello è quindi innanzitutto la sentenza appellata e solo in via mediata la controversia sollevata nel giudizio di primo grado nel quale era stata contestata la legittimità di uno o più atti amministrativi. E solo l'eliminazione della sentenza consente al giudice di appello di poter esaminare, nei limiti dei motivi di impugnazione, le altre questioni che hanno formato oggetto del giudizio di primo grado.

11.- Facendo applicazione di tali principi, la Sezione ritiene di dover esaminare in via prioritaria la questione riguardante la composizione della Commissione Tecnica per la valutazione delle offerte, che è stata ritenuta fondata dal T.R.G.A. (in accoglimento del motivo, posto in via subordinata, da Pizzarotti e che era stata sollevata in primo grado anche da CMB).

Tale questione ha, infatti, determinato l'annullamento della nomina della Commissione Tecnica e di tutti gli atti successivi, fino all'aggiudicazione della gara ed alla individuazione del promotore. Secondo quanto ritenuto dal T.R.G.A. tale decisione imporrebbe, quindi, alla Provincia la rinnovazione di buona parte della procedura di gara a partire dalla nomina di una nuova Commissione Tecnica per la valutazione delle offerte.

11.1.- L'impugnazione di tale parte della sentenza del T.R.G.A. è stata

sollevata in appello dalla Provincia Autonoma di Trento, con il primo motivo, nonché da Impregilo e Mantovani.

11.2.-Pizzarotti ritiene, invece, condivisibili le conclusioni raggiunte sul punto dal T.R.G.A., ma solo in via subordinata, avendo chiesto preliminarmente la riforma della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto fondate le altre censure proposte in primo grado nei confronti di Impregilo e Mantovani, che l'avevano preceduta in graduatoria, e avverso gli esiti della gara.

11.3.- CMB egualmente ritiene condivisibili le conclusioni raggiunte sul punto dal T.R.G.A. ma ha chiesto anche la riforma della sentenza nella parte in cui, avendo disposto la sua esclusione dalla gara, non le consentirebbe di beneficiare degli effetti di una eventuale rinnovazione, anche parziale, della procedura.

12.- Come si è già accennato, il T.R.G.A. ha ritenuto che l'aggiudicazione della gara in favore di Impregilo doveva essere annullata per l'illegittima composizione della Commissione Tecnica e quindi per l'illegittimità di tutti gli atti posti in essere dalla suddetta Commissione, nonché dei conseguenti atti dell'Amministrazione, compreso l'aggiudicazione della gara e l'individuazione del promotore e concessionario.

Secondo il T.R.G.A., infatti, era fondata la censura, sollevata da Pizzarotti (e da CMB), secondo cui era illegittima, per la violazione dell'art. 60, comma 3, del regolamento, in data 11 maggio 2012, di attuazione della legge provinciale in materia di lavori pubblici (e dell'art. 84, comma 4, del codice dei contratti), la nomina, nella

Commissione Tecnica per la valutazione delle offerte, della dr.ssa Livia Ferrario e del dr. Luciano Flor, rispettivamente Dirigente generale del Dipartimento Politiche Sanitarie della Provincia e Direttore generale dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari, che si trovavano in una situazione di incompatibilità, per aver fatto parte del Gruppo di lavoro che aveva predisposto lo studio di fattibilità oggetto della procedura di gara.

13.- Tale conclusione è stata contestata innanzitutto, con il suo primo motivo di appello, dalla Provincia Autonoma di Trento che ha interesse ad ottenere, attraverso l'annullamento di tale statuizione della sentenza appellata, la riviviscenza delle operazioni di gara. La Provincia ha poi manifestato interesse anche alla conservazione degli altri atti della gara, compreso l'aggiudicazione in favore di Impregilo, ed ha quindi anche impugnato, con un secondo motivo, quella parte della sentenza con la quale è stata disposta l'esclusione di Impregilo (oggi Salini Impregilo) per essersi servita dell'istituto (ritenuto non consentito dal T.R.G.A.) dell'avvalimento per una parte dei progettisti.

14.- Con il primo motivo del suo appello, la Provincia ha, quindi, sostenuto l'erroneità delle conclusioni alle quali è giunto T.R.G.A. perché il gruppo di lavoro del quale avevano fatto parte la dr.ssa Ferrario e il dr. Flor aveva solo finalità istruttorie e programmatiche ed era volto alla definizione dei caratteri generali dell'intervento e delle condizioni di contesto, in raccordo con l'organo politico, mentre solo successivamente, chiuso tale gruppo di lavoro, ne era stato poi

costituito un altro, del quale non facevano parte i due dirigenti in questione, per la predisposizione dei documenti tecnici ed amministrativi della gara.

L'azione del gruppo di lavoro al quale avevano partecipato la dr.ssa Ferrario e il dr. Flor, ha aggiunto la Provincia, non può essere pertanto considerata di natura tecnica, volta alla predisposizione degli atti di gara o degli elaborati progettuali da sottoporre ai concorrenti ma era esclusivamente finalizzata all'elaborazione preliminare delle scelte della pubblica amministrazione volte ad individuare il migliore percorso per la realizzazione dell'opera pubblica.

L'attività del gruppo di lavoro, secondo la Provincia, si colloca quindi a monte dell'attività finalizzata alla scelta del contraente sulla quale incidono le situazioni di incompatibilità dettate dalla normativa provinciale e dall'art. 84, comma 4, del codice dei contratti pubblici.

La Provincia ha anche aggiunto che lo studio di fattibilità al quale avevano lavorato i dirigenti in questione era prodromico all'attività di programmazione dell'Ente ed ha evidenziato il diverso contenuto degli studi di fattibilità posti a base di gara, disciplinati dagli articoli 58 e 153 del Codice dei contratti, e degli studi di fattibilità disciplinati dell'articolo 128 del Codice, propedeutici all'inserimento dell'intervento negli strumenti di programmazione.

La Provincia ha poi sostenuto che il T.R.G.A., nell'affermare che l'attività svolta dalla dr.ssa Ferrario e dal dr. Flor non consentiva la loro partecipazione alla Commissione Tecnica per la valutazione dei progetti, ha retrocesso la linea di confine delle incompatibilità ed ha

aggiunto che, seguendo la logica della decisione, i dirigenti non potrebbero mai partecipare alle commissioni di gara.

14.1.- Anche Impregilo ha ritenuto, nel suo appello, non condivisibili le conclusioni raggiunte sul punto dal T.R.G.A.

Secondo Impregilo, infatti, la partecipazione della dr.ssa Ferrario e del dr. Flor al gruppo di lavoro ed alla redazione dello studio di fattibilità era avvenuta in forza dei loro compiti d'ufficio, e non certo per un incarico professionale, e non aveva determinato, in concreto, alcuna incompatibilità.

Impregilo ha aggiunto che l'incompatibilità invocata – che trova la propria fonte in una norma che mira ad impedire incarichi forieri di commissioni con gli interessi privati dei professionisti e/o dei concorrenti, a detrimento della trasparenza e della imparzialità della gara – non si è determinata anche perché la stessa normativa impone poi di nominare nelle commissioni funzionari dell'amministrazione committente.

Non risultava poi prevista la partecipazione del dr. Flor alla successiva fase di esecuzione del contratto, unico momento in cui, per il ruolo ricoperto, avrebbero potuto porsi dubbi di incompatibilità. Né risulta, ha aggiunto Impregilo, che la dr.ssa Ferrario abbia rivestito (anche) cariche di amministratore presso la stessa committenza nel biennio precedente, avendo in realtà ricoperto il ruolo di consigliere di amministrazione in una società solo partecipata dalla Provincia di Trento, società distinta dall'Ente committente.

14.2.- Mantovani nel suo appello (pag. 28 e segg.) ha aggiunto che

l'incompatibilità deve escludersi tutte le volte in cui il commissario ha svolto funzioni amministrative relative alla procedura con qualifica di dirigente per conto e nell'esclusivo interesse pubblico della stazione appaltante, altrimenti vi sarebbe l'irragionevole impossibilità di funzionamento nelle piccole stazioni appaltanti e il contrasto con la regola che impone di valutare previamente l'esistenza di professionalità nella stessa amministrazione prima di nominare esterni nelle procedure di gara.

Nella specie il dr. Flor e la dr.ssa Ferrario non hanno partecipato alla fase preliminare alla formazione degli atti di gara nell'interesse proprio o dei concorrenti ma esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, né hanno svolto un'attività idonea ad interferire sul processo formativo della volontà che ha condotto alle valutazioni tecniche delle offerte.

In ogni caso, ha aggiunto Mantovani, i suddetti dirigenti non hanno partecipato alla predisposizione del Bando di gara, del disciplinare e della proposta di concessione, che costituiscono la *lex specialis* della gara in questione, né è riferibile ai due funzionari lo studio di fattibilità che è stato definito ed approvato dopo il 21 settembre 2011, quando il gruppo di lavoro del quale facevano parte i due dirigenti è stato sciolto.

Comunque, ha sostenuto Mantovani, la partecipazione dei due funzionari al gruppo di lavoro neppure astrattamente avrebbe potuto recare pregiudizio all'imparzialità, alla correttezza ed oggettività delle valutazioni tecnico/discrezionali riservate, come risulta comprovato

anche dall'assoluta diversità delle offerte presentate dai quattro concorrenti.

Mantovani ha poi sottolineato che la conferenza di servizi del 22 giugno e 28 luglio 2011 (presieduta dalla dr.ssa Ferrario) aveva natura puramente istruttoria perché volta alla valutazione dei diversi interessi in campo.

15.- Ciò premesso, si deve ricordare che ai sensi dell'art. 84, comma quattro, del codice dei contratti pubblici, in caso di aggiudicazione di una gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nelle commissioni giudicatrici *«i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta»*.

La stessa disposizione è stata integralmente riportata nel comma 3 dell'art. 60 del Regolamento di attuazione della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26, concernente "Norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti e di altre norme provinciali in materia di lavori pubblici", di cui al Decreto del Presidente della Provincia di Trento 11 maggio 2012, n. 9-84/Leg.

16.- Come ha ricordato anche il T.R.G.A. tale disposizione ha il fine di impedire la presenza nelle commissioni giudicatrici di soggetti che abbiano svolto un'attività che possa poi interferire con il giudizio di merito sulle offerte presentate e possa incidere sul processo formativo della volontà nell'attività di valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito.

17.- L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 13

del 7 maggio 2013, nell'affrontare la questione dell'estensibilità alle commissioni di gara per l'affidamento di concessioni di pubblici servizi delle disposizioni relative alla nomina delle commissioni giudicatrici, contenute nei commi 4 e 10 dell'art. 84 del codice dei contratti, ha ricordato che la previsione di cui al citato comma 4, come il precedente storico contenuto nell'art. 21, comma 5, della legge n.109 del 1994, *«è evidentemente destinata a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti disfunzionali derivanti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale»*.

17.1.- Tale regola, ricorda l'Adunanza Plenaria, mira, quindi, ad impedire la partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti che, nell'interesse proprio o in quello privato di alcuna delle imprese concorrenti, abbiano assunto o possano avere assunto compiti di progettazione, di esecuzione o di direzione di lavori oggetto della procedura di gara, e ciò a tutela del diritto delle parti del procedimento ad una valutazione effettuata da un organo terzo ed imparziale.

La Plenaria ha anche sottolineato che tale motivo di incompatibilità, che riguarda soltanto i commissari diversi dal presidente, trova la sua ragione nella volontà di conservare, almeno in parte, la distinzione tra i soggetti che hanno definito i contenuti e le regole della procedura e quelli che ne fanno applicazione nella fase di valutazione delle offerte. L'interesse pubblico che la norma rappresenta è quindi non solo

quello volto a garantire la doverosa imparzialità delle valutazioni discrezionali ma anche quello *«di assicurare che la valutazione sia il più possibile “oggettiva” e cioè non “influenzata” dalle scelte che la hanno preceduta»*, se non per ciò che è stato dedotto formalmente negli atti di gara.

17.2.- Del resto tale disposizione, come pure quella che impone la nomina della commissione dopo l'avvenuta presentazione delle offerte, è volta ad evitare, aggiunge l'Adunanza Plenaria, *«situazioni in cui le offerte siano influenzate dalle preferenze, anche solo presunte o supposte, dei commissari, o da loro suggerimenti e che vi possano essere tentativi di collusione o anche solo di contatti con imprese “amiche”»*.

Sul punto correttamente la sentenza appellata ha aggiunto che *«la prescrizione legislativa in esame mira ad assicurare due concorrenti ma distinti valori: quello dell'imparzialità, per evitare indebiti favoritismi da parte di chi conosce approfonditamente le regole del gioco avendo contribuito alla loro gestazione, nascita e formalizzazione; quello dell'oggettività, ad evitare che lo stesso autore di quelle regole dia ad esse significati impliciti, presupposti, indiretti o, comunque, effetti semantici che risentano di convinzioni o concezioni preconcrete che hanno indirizzato la formulazione delle regole stesse»*.

17.3.- Per tali ragioni, conclude l'Adunanza Plenaria n. 13 del 2013, la regola dettata dal comma 4 dell'art. 84 del codice dei contratti pubblici (come quella di cui al comma 10), deve essere ritenuta espressione di un principio generale della materia, inerente il corretto funzionamento delle procedure selettive di scelta dell'affidatario e, pertanto, deve ritenersi applicabile anche alle concessioni di servizi pubblici di cui ai all'articolo 30 del codice.

18.- Alla luce di tali principi e considerato che il divieto indicato ha una sua applicazione generale (e rigorosa), la sentenza del T.R.G.A. risulta, sul punto, condivisibile ed esente dalle censure sollevate.

18.1.- Si deve al riguardo evidenziare, come ha già fatto il T.R.G.A., che, nel caso di realizzazione di lavori pubblici finanziati in parte con capitali privati, la procedura a gara unica per la scelta del promotore, disciplinata dall'art. art. 50 quater (Finanza di progetto) della legge provinciale n. 26 del 1993, *«è volta alla ricerca non solo di un contraente ma anche di una proposta che integri l'individuazione degli obiettivi da raggiungere come definiti dalla Stazione appaltante nello studio di fattibilità»* che *«indica e delimita gli interessi e le finalità dell'Amministrazione, e fornisce la base su cui si innesta la proposta del promotore privato»*.

Infatti, ha aggiunto il T.R.G.A., nel codice dei contratti pubblici, e nella legge provinciale trentina in materia di lavori pubblici, *«lo studio di fattibilità assume il ruolo, al contempo, di:*

- *strumento preliminare per orientare le decisioni dell'Amministrazione sul fare, sul come fare, sul procedimento, sulle valutazioni di budget, sulla tempistica;*
- *documento di approfondimento di una complessità di aspetti (dalle caratteristiche tecniche a quelle economiche, alla definizione della sostenibilità dell'intervento) che acquisisce pertanto un ruolo strategico per l'individuazione delle caratteristiche funzionali, tecniche e gestionali dell'opera pubblica da realizzare; quindi, preordinato allo svolgimento della gara»*.

18.2.- Ciò premesso il T.R.G.A., ha evidenziato che *«il primo allegato al disciplinare della gara in esame (cfr. pag. 69) consisteva, giustappunto, nello studio di fattibilità, che conteneva sia gli elementi del documento preliminare di*

progettazione che quelli stabiliti dall'allegato F del regolamento provinciale: ossia la relazione tecnico-descrittiva, gli elaborati grafici e, soprattutto, la valutazione economico-finanziaria dell'intervento, con la stima dei costi di realizzazione e di gestione, l'individuazione delle fonti di finanziamento, i possibili sistemi di realizzazione da impiegare, l'analisi della fattibilità finanziaria, economica e sociale».

18.3.- Dall'esame degli atti depositati in giudizio il T.R.G.A. ha quindi rilevato che *«i due indicati dirigenti provinciali sono stati nominati con nota del Presidente della Provincia componenti del gruppo di lavoro incaricato di predisporre lo studio di fattibilità da porre a base della gara per la realizzazione del NOT»* e che dalla lettura dei verbali del predetto gruppo di lavoro e della conferenza di servizi all'uopo indetta è emerso che *«nel settembre 2011 (quando il gruppo si è sciolto), lo studio di fattibilità posto a base di gara era pressoché completo e che esso è stato predisposto e approvato (“condiviso”) dallo stesso gruppo di lavoro»* che *«discutendo e condividendo i documenti predisposti da alcuni dei suoi componenti ha avuto un ruolo determinante nella progettazione preliminare e nella definizione delle caratteristiche sia della nuova opera pubblica che dei servizi da affidare in concessione».*

18.4.- In conseguenza, ha aggiunto il T.R.G.A., vista la preclusione posta dall'art. 60, comma 3, del regolamento, in data 11 maggio 2012, di attuazione della legge provinciale in materia di lavori pubblici (e dall'art. 84, comma 4, del codice dei contratti), *«è evidente che la dott.ssa Ferrario e il dott. Flor versavano in situazione di incompatibilità, avendo partecipato al gruppo di lavoro che ha predisposto pressoché tutto lo studio di fattibilità; più precisamente: “gran parte della documentazione necessaria ... per*

qualificare e quantificare con maggior precisione possibile vincoli e parametri da considerare nella redazione dei capitolati, della convenzione e degli altri atti relativi al procedimento», fra cui quella “finanziaria, che ha comportato valutazioni che verranno poi tradotte in specifiche clausole contrattuali” (cfr., verbale del gruppo di lavoro del 15.7.2013» (recte 15.7.2011).

19.- Come si rileva dall'esame della documentazione in atti, la dott.ssa Ferrario e il dott. Flor hanno, quindi, certamente posto in essere atti di concreta elaborazione dello studio di fattibilità e l'attività da loro posta in essere, anche se li rendeva fra i migliori conoscitori dell'oggetto della gara, non consentiva agli stessi, facendo applicazione della suindicata rigorosa disposizione normativa, di far parte anche della Commissione giudicatrice per la valutazione dei progetti.

19.1.- Dall'esame dei verbali dei sette incontri del Gruppo di lavoro al quale i suddetti dirigenti hanno partecipato e degli altri atti elaborati ai fini della procedura si evince, infatti, che decisivo è stato l'apporto degli stessi dirigenti nella predisposizione dello studio di fattibilità che era il documento (primo allegato al disciplinare di gara) sulla base del quale le parti dovevano presentare poi le loro offerte.

Del resto lo stesso disciplinare di gara (a pag, 2) aveva affermato che l'oggetto del contratto era specificato nello Studio di fattibilità e nei suoi allegati posti a base di gara.

19.2.- Il Gruppo di lavoro era stato peraltro costituito proprio «*per la predisposizione dello studio di fattibilità e dei documenti di gara*» e la sua attività, a partire dalla prima riunione del 14 aprile 2011, è stata volta a

definire i contenuti allo studio di fattibilità.

Particolarmente significativo, in proposito, risulta il verbale del 15 luglio 2011 dal quale si evince che il Gruppo di lavoro ha oramai valutato i costi per la realizzazione dell'opera mediante finanza di progetto, nelle due ipotesi di contributi pubblici (pari a 150 o 200 milioni di euro), ha dettagliato i servizi che dovrà fornire la società di progetto, riepilogati nell'apposita Tabella 1, con indicazione dei relativi costi (per l'ipotesi di un contributo pubblico di 200 milioni di euro) e con la specifica indicazione delle voci di costo ricomprese nel canone di disponibilità (nella Tabella 2).

Il Gruppo di lavoro aveva poi precisato che alla Giunta provinciale sarebbero stati presentati gli scenari, per le ipotesi di contributo pubblico pari a 150 o 200 milioni di euro, raffrontati con lo scenario di un appalto tradizionale.

Anche il verbale del 18 agosto evidenzia lo stato di avanzamento del lavoro svolto dal Gruppo di lavoro che si appresta a presentare alla Giunta provinciale, convocata per il successivo 19 agosto, i risultati del lavoro fatto, con l'analisi della sostenibilità economico finanziaria del Nuovo Ospedale del Trentino, con tre scenari di possibile contributo provinciale pari a 150, 175 e 200 milioni di euro.

20.- Infondati si rilevano quindi le censure sollevate avverso tale parte della sentenza appellata.

20.1.- Non può innanzitutto convenirsi con la Provincia quando afferma che la dr.ssa Ferrario e il dr. Flor avevano partecipato ad un gruppo di lavoro con finalità solo istruttorie e programmatiche per la

definizione dei caratteri generali dell'intervento e delle condizioni di contesto.

Risultano al contrario compiute dal Gruppo di lavoro non solo scelte di carattere programmatico e finalizzate alle successive valutazioni degli organi politici ma anche scelte molto concrete sulle modalità di realizzazione dell'opera pubblica, della sua gestione con i servizi ad essa connessi.

Non può avere quindi rilievo la circostanza che lo studio di fattibilità ha costituito anche elemento della programmazione provinciale né che lo stesso ha costituito la base per le decisioni di tipo politico adottate dall'Amministrazione provinciale.

20.2.- E' poi vero che, come risulta dal verbale del 13 settembre 2011, il Gruppo di lavoro è stato poi ridefinito nei suoi componenti, con l'esclusione dei dirigenti in questione proprio in vista della definizione degli atti di gara e che, quindi, prima della formale preparazione dei documenti tecnici di gara i due dirigenti sono usciti dal Gruppo di lavoro, ma ciò non consente di non dare rilevanza alla loro partecipazione, anche per le funzioni rivestite nell'amministrazione, nella redazione degli elementi decisivi dello studio di fattibilità posto a base della gara e sulla base del quale i diversi concorrenti hanno presentato le loro offerte.

Non può ritenersi del tutto priva di rilievo nemmeno la circostanza che la dr.ssa Ferrario aveva presieduto la conferenza di servizi nella quale dovevano essere evidenziate le eventuali problematiche connesse alla realizzazione dell'opera pubblica, benché tale

conferenza avesse una natura prevalentemente istruttoria.

Non può quindi condividersi l'affermazione della Provincia secondo cui in tal modo verrebbe retrocessa, in modo eccessivo, la linea di confine delle incompatibilità.

20.3.- Né ha valore l'obiezione che avendo i dirigenti in questione predisposto tali atti (o meglio avendo partecipato alla predisposizione di tali atti) loro meglio di chiunque altro avrebbero potuto scegliere la proposta più rispondente all'interesse pubblico della Provincia, tenuto conto che la legge ha preferito subordinare tale interesse a quello (ritenuto prevalente) di una netta separazione fra chi prepara gli atti di gara e chi invece deve valutare le offerte presentate dai diversi concorrenti.

20.4.- Per le stesse ragioni non può darsi rilievo nemmeno all'osservazione secondo cui la rilevanza delle decisioni tecniche (ed anche politiche) da assumere per la realizzazione di un'opera di assoluto rilievo per la Provincia imponevano il coinvolgimento dei più alti dirigenti della Provincia nella redazione degli atti preliminari della gara.

Pertanto, nella fattispecie, proprio la complessità della procedura scelta, ha comportato che tale coinvolgimento si è tradotto nella determinazione di elementi poi decisivi dello studio di fattibilità che poi è stato posto a base della gara.

21.- Non può avere poi rilievo la circostanza che, nella fattispecie, la gara non sia stata bandita sulla base di un progetto preliminare ma sulla base di uno studio di fattibilità per realizzare e gestire l'opera con

lo strumento della finanza di progetto (project financing).

Il principio affermato dall'art. 84, comma 4, del codice dei contratti (e dalla legge provinciale) ha, infatti, come ha ricordato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella già citata decisione n. 13 del 2013, una sua portata generale, e deve, quindi, ritenersi applicabile anche nel caso in cui la gara sia stata bandita non sulla base di un progetto preliminare ma, come nella fattispecie, sulla base di uno studio di fattibilità.

22.- Mantovani (in particolare) ha poi sostenuto che l'incompatibilità deve escludersi tutte le volte in cui i commissari hanno svolto funzioni amministrative relative alla procedura con qualifica di dirigente per conto e nell'esclusivo interesse pubblico della stazione appaltante, e quindi in forza dei loro compiti d'ufficio, altrimenti vi sarebbe l'irragionevole impossibilità di funzionamento nelle piccole stazioni appaltanti e il contrasto con la regola che impone di valutare previamente l'esistenza di professionalità nella stessa amministrazione prima di nominare esterni nelle procedure di gara.

22.1.- Ma anche tale tesi non risulta condivisibile.

E' vero che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che, soprattutto nelle piccole stazioni appaltanti, l'incompatibilità dettata dall'art. 84, comma quattro, del codice dei contratti, non si determina quando il dirigente dell'Amministrazione ha dovuto compiere una qualche attività di predisposizione degli atti di gara in virtù della funzione rivestita, ma tale eccezione alla regola può trovare applicazione solo se le attività poste in essere, oltre ad essere

doverose, non hanno determinato contenuti dei documenti di gara tali da poter poi in qualche modo influenzare le successive scelte della Commissione giudicatrice.

Mentre, nella fattispecie, come si è già sottolineato e come emerge con chiarezza dall'esame dei verbali del Gruppo di lavoro, i suddetti dirigenti non si sono limitati a compiere atti necessari per l'avanzamento amministrativo della procedura ma hanno partecipato attivamente a definire i contenuti dello studio di fattibilità che è stato poi posto a base della gara.

22.2.- Infondata è poi certamente la tesi secondo cui l'Amministrazione non avrebbe potuto nominare altri componenti nella Commissione Tecnica per la valutazione delle offerte posto che la disposizione che impone la prioritaria scelta nelle commissioni giudicatrici di dirigenti della stessa amministrazione trova un suo limite proprio nel caso in cui i dirigenti versino in situazioni di incompatibilità.

23.- L'appellata sentenza del T.R.G.A. deve essere quindi confermata nella parte in cui ha disposto l'annullamento della deliberazione della Giunta provinciale n. 1984 del 21 settembre 2012 con la quale è stata nominata la Commissione Tecnica e, in conseguenza, ha disposto l'annullamento di tutti gli atti dalla stessa posti in essere, con assorbimento delle censure sollevate avverso il concreto operato della medesima commissione, e degli altri atti della gara ad essa successivi.

24.- Il T.R.G.A., ha peraltro ritenuto, nella parte motiva (al punto 5e., pagina 66), che, per effetto dell'annullamento di tali atti,

l'Amministrazione, *«in base al principio di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici»*, debba *«rinnovare la procedura di gara a decorrere da detto passaggio procedimentale»*.

Secondo il T.R.G.A., infatti, a tale conclusione non osta la circostanza dell'avvenuta apertura delle buste delle offerte economiche, avendo la giurisprudenza amministrativa chiarito che è possibile rinnovare parzialmente una gara improntata al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche ad offerte economiche già note.

25.- Facendo applicazione di tale affermazione (peraltro non riportata anche nel dispositivo della sentenza) l'Amministrazione dovrebbe procedere alla nomina di una nuova Commissione Tecnica per l'esame delle uniche due offerte che all'esito del giudizio di primo grado sono state ritenute ammissibili: quelle presentate da Mantovani e da Pizzarotti.

26.- Tale conclusione è stata contestata da Impregilo, in via subordinata (per il caso di conferma della pronuncia di illegittimità della nomina della Commissione Tecnica) e da CMB, con il quarto motivo del suo appello (pagg. 56 e segg.), per il contrasto con il principio che vuole che le offerte tecniche devono essere esaminate tassativamente prima (e nella sconoscenza) di quelle economiche.

Secondo gli indicati RTI, l'accoglimento del motivo di ricorso proposto da Pizzarotti (e dallo stesso RTI CMB) sulla illegittima composizione della Commissione Tecnica di valutazione delle offerte dovrebbe pertanto comportare l'annullamento dell'intero

procedimento di gara.

27.- Al riguardo si deve ricordare che, nelle procedure nelle quali è prevista l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, l'automaticità della valutazione esclude che la mancata operatività dei principi di continuità e segretezza possa comportare effetti pregiudizievoli in ordine alla obiettività ed omogeneità delle valutazioni compiute. Con la conseguenza che, dovendo essere svolte solo valutazioni di ordine aritmetico, l'avvenuta conoscenza degli autori delle offerte non impedisce l'eventuale parziale rinnovazione del procedimento, a partire dall'ultimo atto eventualmente annullato.

27.1.- Nelle gare nelle quali è prevista l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per principio generale, deve essere mantenuta la segretezza delle offerte economiche fino all'esaurimento, da parte della apposita commissione, dell'esame delle offerte tecniche: ciò allo scopo di evitare che la conoscenza del prezzo offerto possa influenzare i componenti della commissione nella formazione dei giudizi tecnici.

27.2.- Si è posto quindi il problema di come conciliare, nelle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tale principio, che è volto a garantire la par condicio fra i concorrenti, con l'esigenza di assicurare un'effettività di tutela per quelle imprese che siano risultate escluse illegittimamente da una procedura di gara e che, pur essendo già conosciute le offerte economiche delle concorrenti, dovrebbero essere riammesse alla procedura.

27.3.- L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n

30 del 26 luglio 2012, ha in proposito affermato che, anche nelle procedure che si svolgono con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possa esservi un rinnovo degli atti, anche dopo l'avvenuta conoscenza delle offerte economiche, limitato alla sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla gara.

Secondo quanto affermato dall'Adunanza Plenaria è quindi possibile, anziché rinnovare l'intero procedimento, mantenere ferma la fase di presentazione delle offerte e rinnovare solo la fase di esame comparativo delle offerte.

Per giustificare tale eccezione al principio secondo il quale, come si è ricordato, nelle gare che si svolgono con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa deve essere mantenuta la segretezza delle offerte economiche fino all'esaurimento, da parte della apposita commissione, dell'esame delle offerte tecniche, l'Adunanza Plenaria, ha ricordato che la pretesa fatta valere da un concorrente illegittimamente pretermesso non può che essere soddisfatta dalla valutazione della sua originaria offerta in comparazione con le altre offerte coevamente presentate ed ha osservato che la nuova valutazione interviene «allorché i giudizi sulle altre offerte sono ormai del tutto definiti».

Tale nuova valutazione si inserisce perciò, aggiunge la Plenaria, «in un quadro complessivo nel quale emergono con compiutezza, unitamente ai criteri di valutazione stabiliti dalla *lex specialis* ed alle ulteriori specificazioni eventualmente determinate dalla

commissione... anche le linee concretamente seguite da quest'ultima nella loro applicazione». Con la conseguenza che tali riferimenti «consentono di assicurare l'omogeneità della valutazione postuma da parte della stazione appaltante della offerta illegittimamente pretermessa e d'altro lato, in caso di impugnazione, rendono particolarmente stringente il sindacato giurisdizionale di legittimità circa l'effettivo rispetto di tale omogeneità di giudizio e quindi, in definitiva, della par condicio del soggetto precedentemente escluso rispetto agli altri concorrenti già valutati».

28.- Nella fattispecie, il principio affermato dall'Adunanza Plenaria non può tuttavia trovare applicazione.

In primo luogo perché tale principio si riferisce ai casi nei quali si procede a riconvocare la medesima Commissione per la rinnovazione della procedura di gara, ai sensi di quanto disposto dall'art. 84, comma 12, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Soluzione che non è evidentemente possibile nel caso in esame nel quale si è ritenuta illegittima la stessa composizione della Commissione Tecnica di valutazione delle offerte.

28.1.- Ma tale principio non è applicabile anche per ragioni di carattere sostanziale.

Infatti, la deroga al principio che impone la segretezza delle offerte economiche fino alla conclusione della fase di valutazione delle offerte tecniche è stata giustificata dall'Adunanza Plenaria solo perché occorreva procedere alla valutazione di un'unica offerta (illegittimamente pretermessa) in un quadro generale già ben definito,

sia attraverso la predeterminazione di criteri di valutazione delle offerte sia attraverso la valutazione (già compiuta dalla stessa commissione) delle offerte tecniche degli altri concorrenti.

Mentre, nella fattispecie, tali specifiche condizioni non sussistono, dovendo essere rivalutate da una nuova commissione le offerte di più concorrenti e mancando, per effetto dell'annullamento della nomina della Commissione Tecnica e di tutti gli atti da questa posti in essere, quei parametri precisi che possono consentire (e giustificare) un possibile esame di offerte tecniche anche quando sono già conosciute le offerte economiche.

A ciò si deve aggiungere che, nella fattispecie, anche l'offerta economica (quantitativa) che doveva essere presentata dai concorrenti ha una struttura complessa, essendo articolata in diverse voci che sono anche correlate alla proposta tecnica, e ciò rende ancora più evidente la necessità di una valutazione delle offerte tecniche non condizionata dalla avvenuta conoscenza delle offerte economiche.

29.- La Sezione ritiene pertanto che non sia possibile procedere, nella fattispecie, ad un nuovo esame, da parte di una nuova Commissione, delle offerte tecniche già presentate dalle concorrenti dovendo essere consentita una nuova valutazione di offerte non condizionata dalla conoscenza delle offerte economiche.

Ciò può essere reso possibile attraverso la riapertura dei termini per la presentazione di nuove offerte sia tecniche che economiche.

30.- Come si è già accennato, la questione riguardante l'illegittima composizione della Commissione Tecnica per la valutazione delle

offerte era stata sollevata, nel giudizio di primo grado, da Pizzarotti (peraltro in via subordinata) ed anche da CMB.

Il T.R.G.A. pur evidenziando tale circostanza (pag. 67 della sentenza) ha poi ritenuto di dover comunque escludere dalla gara la stessa CMB per effetto dell'accoglimento della censura escludente sollevata da Impregilo (egualmente poi esclusa dalla gara in accoglimento di una censura escludente proposta da Mantovani).

31.- Si è già fatto cenno alla problematiche sollevate dalla scelta operata dal T.R.G.A. sull'ordine di esame dei ricorsi (anche incidentali) e delle relative censure.

Peraltro la questione risultava oggettivamente complessa anche facendo applicazione dei criteri elaborati dalla giurisprudenza in materia, che sono poi stati oggetto di ulteriore esame da parte dell'Adunanza Plenaria con le note decisioni n. 7 del 30 gennaio 2014 e n. 9 del 25 febbraio 2014.

32.- In una fattispecie come quella in esame, nella quale erano stati sollevati ricorsi (anche incidentali) da tutti i partecipanti alla gara, nei quali si contestava sia la correttezza degli atti della procedura sia l'ammissione alla gara delle diverse concorrenti, la Sezione ritiene che più correttamente il T.R.G.A., riuniti tutti i ricorsi, per non giungere alle conclusioni contraddittorie che si sono già evidenziate, avrebbe dovuto procedere all'esame dei motivi sollevati con riferimento alle diverse fasi della procedura.

Del resto, anche la Corte di Giustizia dell'UE, in una recente pronuncia (sentenza del 4 luglio 2013 nella causa C-100/12) ha

affermato che, anche se vengono messi in discussione i titoli sulla base dei quali un concorrente ha partecipato al procedimento di gara, questi non deve incontrare ostacoli per accedere al processo al fine di sottoporre al controllo e alla valutazione del giudice l'intero procedimento di gara.

33.- Facendo applicazione di tale criterio, ritiene la Sezione che il T.R.G.A., una volta accertata l'illegittimità degli atti di gara (per l'illegittima nomina della Commissione Tecnica), non avrebbe dovuto più esaminare la questione riguardante la presentazione da parte di CMB di una offerta economica ritenuta in aumento, nella voce riguardante il canone di disponibilità, ed escludere dalla gara CMB (per aver ritenuto fondata la censura sollevata da Impregilo), investendo tale questione una fase della gara (quella dell'apertura e della valutazione delle offerte economiche/quantitative) che è certamente successiva alla fase di valutazione delle offerte tecniche e che, al pari di queste, era stata già travolta dall'annullamento degli atti di gara che era stato disposto dal giudice di primo grado a seguito dell'accertata illegittimità della nomina della Commissione Tecnica.

34.- Senza contare che il motivo del ricorso incidentale di Impregilo riguardava l'applicazione di una regola della gara, riguardante la presentazione dell'offerta quantitativa, che era stata anche oggetto di impugnazione.

Peraltro l'offerta economica di CMB era stata ritenuta ammissibile dal Seggio di gara proprio in applicazione dei criteri dettati dalla *lex specialis*.

35.- A ciò si aggiunge, come CMB ha giustamente evidenziato nel suo appello, che il motivo che, secondo il T.R.G.A., doveva determinare la sua esclusione dalla gara era stato sollevato da Impregilo che, secondo il giudice di primo grado, doveva essere egualmente escluso dalla gara per una questione riguardante i requisiti di partecipazione che attengono ad una fase certamente precedente della procedura di gara.

36.- In realtà, applicando i criteri elaborati dalla giurisprudenza in materia, il T.R.G.A. avrebbe dovuto ritenere prioritario solo l'esame di questioni riguardanti il rispetto dei requisiti di partecipazione alla gara (in pratica sugli elementi contenuti nella busta A "Documentazione amministrativa" oggetto di preliminare valutazione del seggio di gara) senza esaminare anche quei motivi che erano stati sollevati in riferimento a fasi della gara successiva alla nomina della Commissione Tecnica ed alla conseguente valutazione delle offerte tecniche.

37.- Ma occorre pure considerare che l'annullamento delle valutazioni qualitative compiute dalla apposita Commissione Tecnica ha determinato, come sostenuto da Impregilo, il venir meno anche della graduatoria della gara, con l'evidente problematica connessa alla individuazione della prevalenza degli interessi delle parti nei loro ricorsi e nei diversi ricorsi incidentali sollevati.

38.- Per tali motivi la sentenza appellata deve essere quindi riformata nella parte in cui, accogliendo l'indicata censura proposta da Impregilo, ha ritenuto che CMB dovesse essere esclusa dalla

procedura.

39.- Per completezza, si deve aggiungere che nei confronti di CMB era stata sollevata una ulteriore censura escludente, da parte di Pizzarotti e Mantovani, riguardante la mancata completezza del contratto di avvalimento di una mandante di CMB. Tale censura era stata dichiarata improcedibile dal T.R.G.A.

Ma la censura (riposta in appello) era comunque infondata.

39.1.- Come accertato dal seggio di gara, infatti, il mandante Consorzio stabile Techint Infrastrutture, per soddisfare il possesso del requisito economico finanziario richiesto dal bando di gara, aveva dichiarato di avvalersi del consorziato Techint Compagnia Tecnica Internazionale S.p.A. che era in possesso dei requisiti richiesti. Del resto, le deducenti non hanno provato in alcun modo che, in concreto, il citato Consorzio o la società consorziata non fossero in possesso dei requisiti in questione.

39.2.- In proposito l'art. 49, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, in applicazione di quanto previsto dall'art. 48, § 3) della dir. n. 2004/18/CE, prevede che il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto. L'art. 49, al comma 2, aggiunge che chi intende fare affidamento sulle capacità di altri soggetti per la partecipazione alla gara, deve indicare l'impresa

ausiliaria con i relativi requisiti, deve dichiarare di essere in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 e deve allegare una dichiarazione dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento.

39.3.- Sulla base di tali disposizioni la giurisprudenza ha affermato che l'istituto dell'avvalimento ha portata generale e deve ritenersi ammesso, senza rilevanti preclusioni, per ogni tipo di requisito tecnico professionale o finanziario (Corte Giustizia UE, 10 ottobre 2013, causa C-94/12), limitandosi a richiedere la specificità dell'indicazione dei requisiti utilizzati e dell'impresa ausiliaria. Del resto l'avvalimento ha la funzione di consentire la massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando di concorrere, ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, ed agevolare così l'ingresso sul mercato di nuovi operatori e quindi la concorrenza fra le imprese (Consiglio di Stato, Sezione III, n. 1636 del 7 aprile 2014; n. 5161 del 1° ottobre 2012).

39.4.- Peraltro, nella fattispecie, rilava anche l'art. 49, comma 2, lett. g) del codice dei contratti secondo cui nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo è sufficiente una dichiarazione sul legame giuridico ed economico esistente nel gruppo e ciò costituisce uno dei vantaggi dell'appartenenza di più società ad un unico gruppo aziendale.

40.- In conclusione, per tutti i motivi esposti, l'appellata sentenza del T.R.G.A. n. 30 del 31 gennaio 2014 deve essere confermata, nella

parte in cui, accogliendo il ricorso proposto dal RTI Pizzarotti, ha annullato il provvedimento di nomina della Commissione Tecnica di gara e tutti gli atti ad esso successivi, con il conseguente rigetto delle censure sollevate in proposito nei ricorsi della Provincia di Trento, da Impregilo e da Mantovani.

41.- La sentenza deve essere invece riformata nella parte in cui ha disposto, nella parte motiva (alla pagina 66), la rinnovazione della procedura di gara «*a decorrere da detto passaggio procedimentale*», in accoglimento delle censure sollevate da CMB ed anche da Impregilo.

La sentenza deve essere poi anche riformata, sempre per i motivi indicati, nella parte in cui ha disposto l'esclusione dalla gara di CMB e di Impregilo, in accoglimento delle censure sollevate dagli stessi RTI.

42.- Come si è già accennato, per effetto di quanto disposto, la Provincia può procedere alla rinnovazione della gara a partire dalla fase di presentazione delle offerte.

Peraltro, anche alla luce delle criticità emerse nei motivi sollevati dalle parti nei loro ricorsi, si ritiene che l'Amministrazione possa anche intervenire, nell'occasione, per perfezionare alcuni profili contestati delle disposizioni di gara.

Sono fatti salvi ovviamente gli ulteriori atti dell'Amministrazione.

43.- Le spese del doppio grado di giudizio, considerato il numero e la complessità delle questioni trattate nonché la novità di alcune di esse, devono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti:

conferma l'appellata sentenza del T.R.G.A. n. 30 del 31 gennaio 2014 nella parte in cui ha annullato il provvedimento di nomina della Commissione Tecnica e tutti gli atti di gara successivi;

accoglie, in parte, l'appello del RTI CMB e del RTI Impregilo (oggi Salini Impregilo) e, per l'effetto riforma l'appellata sentenza nella parte in cui ha disposto l'esclusione dalla procedura dei suddetti RTI;

accoglie in parte, l'appello del RTI CMB e del RTI Impregilo (oggi Salini Impregilo) e, per l'effetto riforma, nei sensi di cui in motivazione, l'appellata sentenza nella parte in cui ha disposto la rinnovazione della procedura di gara «*a decorrere da detto passaggio procedimentale*»;

respinge tutti gli altri motivi sollevati con appello principale o appello incidentale dalla Provincia Autonoma di Trento; dal RTI Impregilo, dal RTI Mantovani, dal RTI Pizzarotti e dal RTI CMB;

dispone la compensazione integrale fra le parti delle spese e competenze del doppio grado di giudizio;

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del 26 giugno e del 10 settembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/10/2014

IL SEGRETARIO

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