

N. 01047/2015REG.PROV.COLL.

N. 01631/2012 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 1631 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cmb Societa' Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi in proprio e quae capogruppo del raggruppamento costituito con Ghella Spa, Ccc Consorzio Cooperative e Costruzioni, Dicos Spa, Italiana Costruzioni Spa, Master Engineering Srl, De Sanctis Costruzioni Spa, Procoedi Consorzio Stabile Scarl, Monaco Spa, Donati Spa, Provera e Carrassi Spa, Ircop Spa e Romana Scavi Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Michele De Cilla e Salvatore Napolitano, con domicilio eletto presso questi ultimi in Roma, Via Zara, n. 16;

contro

Roma Capitale, rappresentato e difeso per legge dall'avv. Antonio Graziosi, domiciliata in Roma, alla Via del Tempio di Giove, n. 21;

Roma Metropolitane Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Vinti e Ferruccio Barone, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, Via Emilia, n. 88;

nei confronti di

Salini Costruttori Spa in proprio e in qualità di capogruppo del raggruppamento temporaneo di imprese costituito con Vianini s.p.a. e Ansaldo Sts Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Sanino, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, al viale Parioli, n. 180;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n. 00270/2012, resa tra le parti, concernente affidamento in concessione della progettazione esecutiva della realizzazione del **prolungamento** della linea b della **metropolitana**.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale, di Roma Metropolitane Srl e del raggruppamento aggiudicatario;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2014 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Salvatore Napolitano, Antonio Graziosi, Elia Barbieri, su delega dell'avv. Stefano Vinti, e Mario Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno dichiarato l'inammissibilità del ricorso proposto dal raggruppamento capitanato dal C.M.B., Società Cooperativa Costruttori Muratori e Braccianti di Carpi, avverso gli atti della gara finalizzata all' "affidamento in concessione della progettazione esecutiva, della realizzazione del **prolungamento** della linea B della **metropolitana** di Roma, tratta Rebibbia – Casal Monastero, e della successiva gestione degli impianti e dei servizi di stazione, nonché delle aree e degli impianti destinati all'interscambio dei flussi passeggeri", gara culminata dell'aggiudicazione in favore del controinteressato raggruppamento Salini. Il Tribunale di prima istanza ha posto a fondamento del *decisum* l'accoglimento del ricorso incidentale con il quale l'ATI aggiudicataria aveva dedotto la ricorrenza di una causa di esclusione ai danni della CMB in ragione della non conformità della relativa offerta alle prescrizioni dettate in modo inderogabile dalla normativa di gara.

Il raggruppamento CMB contesta gli argomenti posti a fondamento della sentenza e ripropone i motivi del ricorso principale originario, integrato da successivi motivi aggiunti.

Resistono Roma Capitale e Roma Metropolitane. Si è costituito anche il raggruppamento controinteressato, che ha riproposto i motivi del ricorso incidentale di prime cure ritenuti assorbiti dalla sentenza appellata.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

2. L'appello è infondato.

2.1. Non coglie nel segno, in primo luogo, il motivo di ricorso con il quale si censura il capo della sentenza che ha accolto il ricorso incidentale di primo grado.

La Sezione osserva, infatti, che le argomentazioni svolte dall'appellante nell'atto di gravame e nelle successive memorie non riescono a scalfire la solidità delle motivazioni poste dalla sentenza impugnata a fondamento dell'accoglimento del motivo di ricorso incidentale con il quale si era censurata la mancata esclusione dell'offerta dell'ATI ricorrente per avere la stessa formulato una proposta di valorizzazione delle aree di proprietà comunale in contrasto con le vincolanti prescrizioni previste dalla disciplina di gara, con riguardo agli inderogabili parametri urbanistici in materia di dimensionamento e destinazione delle aree oggetto di valorizzazione.

Il disciplinare precisava che per il sostegno finanziario del progetto, ovvero per garantire l'apporto di ulteriori quote di capitale finalizzate alla realizzazione delle opere oggetto dell'affidamento in concessione, era previsto il trasferimento di aree di proprietà comunale specificate nell'ordinanza del Sindaco quale commissario delegato del 28 gennaio 2010 n. 262, come poi modificata con ordinanza del 12 marzo 2010 n. 267, del valore stimato in un minimo di euro 255.095.460,00, al netto dell'aumento offerto in gara dai concorrenti. Su dette aree i concorrenti potevano prevedere operazioni di valorizzazione immobiliare nel rispetto di quanto previsto dalle citate ordinanze. In pratica, il valore delle aree messe a disposizione dall'amministrazione comunale, e definito "contributo in conto impianti a carico del concessionario", costituiva uno dei fattori economici (da mettere in equilibrio con gli altri previsti) quale copertura dei costi di realizzazione. In definitiva, una parte del finanziamento diretto alla realizzazione dell'opera proveniva dalla previsione del trasferimento di aree di proprietà comunale al concessionario e dalla possibilità, per quest'ultimo, di procedere alla valorizzazione delle stesse, nel rispetto ovviamente di quanto previsto nel disciplinare di gara.

Tale essendo il generale quadro regolatorio di riferimento, la *lex specialis* stabiliva altresì che "la proposta di valorizzazione immobiliare delle aree...dovrà dettagliatamente descrivere le operazioni di valorizzazione immobiliare sotto il profilo tecnico-funzionale, urbanistico-ambientale, architettonico e tecnologico, evidenziando ...gli aspetti caratteristici in termini di zonizzazione urbanistica di dettaglio e di assetto planivolumetrico".

Dall'esame del tenore della normativa di gara e della *ratio* posta a fondamento della medesima si ricava con chiarezza che la *lex specialis* intendeva sollecitare le proposte progettuali di valorizzazione delle aree, con salvezza del rispetto delle destinazioni indicate nelle richiamate ordinanze sindacali e, quindi, senza incidere sull'interesse pubblico al mantenimento, pur nell'auspicabile miglioramento, del delineato assetto funzionale.

Ne consegue, alla stregua delle coordinate esposte, che la possibilità che le soluzioni adottate dai diversi concorrenti comportassero variazioni degli strumenti urbanistici andava coniugata con i limiti invalicabili dati dal dimensionamento e dalle destinazioni funzionali fissate dalle ordinanze commissariali. Non è dunque in questione, come correttamente osservato nella sentenza gravata, la pacifica ipotizzabilità di varianti urbanistiche rispetto alla strumentazione urbanistica vigente sulle singole aree, quanto l'esistenza di cogenti vincoli destinatori e funzionali.

2.1.1. Ciò premesso, si deve concludere, in adesione ai rilievi svolti da Primo Giudice, per la non conformità dell'offerta della ricorrente principale rispetto alle prescrizioni di gara relative alla destinazione non residenziale dell'area di Pietralata e la destinazione esclusiva a *housing* sociale per l'area Torraccia Casal Monastero.

In primo luogo, con riferimento all'area di Pietralata, in presenza di un disciplinare che vietava espressamente la destinazione dell'area a edilizia residenziale, l'offerta dell'ATI CMB aveva previsto una destinazione quasi integralmente residenziale (nella misura del 97%).

Con riferimento all'area 5 bis Torraccia - Casal Monastero, la CMB aveva poi offerto 77.742 mq di SUL residenziale, in totale difformità dal disciplinare che prevedeva in via esclusiva la destinazione a *housing* sociale.

Va soggiunto, con riguardo all'area 1b Tiburtino, che, a fronte di 25.000 mq, indicati nel disciplinare quale somma della SUL residenziale (30%) e di quella della quota flessibile (50%), l'offerta CMB aveva sottostimato l'area da destinare a uso residenziale

Si deve osservare che la stessa commissione di gara aveva letteralmente rilevato la difformità delle proposte di CMB rispetto "a quanto previsto dalla documentazione a base di gara" nel senso di "una sostanziale modifica della destinazione dei lotti oggetto di valorizzazione", e ciò in ragione della prevalente destinazione ad edilizia residenziale (verbali nn. 12 e 14).

2.1.2. Ritiene, in definitiva, questo Consiglio che la Commissione di gara, una volta preso atto di una difformità significativa dell'offerta rispetto alle non derogabili prescrizioni di gara, dettate a pena di esclusione in ragione della cogenza dell'interesse pubblico perseguito, avrebbe dovuto procedere all'esclusione dell'offerta della ricorrente principale.

A conferma dell'assunto si deve aggiungere che il mancato rispetto dei parametri urbanistici, per effetto del significativo aumento delle aree destinate a edilizia residenziale rispetto agli spazi dedicati a quella non residenziale, è idoneo a comportare un vantaggio in termini economici per la ricorrente principale che, proprio in ragione del maggior valore ottenibile dalla proposta formulata, ha conseguito un indebito vantaggio competitivo. Di qui la violazione del valore della *par condicio* e la stessa impossibilità tecnica di porre a raffronto le offerte dei concorrenti.

2.2. Si deve a questo punto verificare quali dei motivi del ricorso principale debbano essere esaminati nonostante la fondatezza di un motivo di ricorso incidentale teso a dedurre la sussistenza di una causa di esclusione dell'offerta in ragione dell'insanabile violazione della disciplina di gara.

2.2.1. Il tema dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale è stato approfondito, con particolare riguardo alla materia degli appalti pubblici, dalle sentenze nn. 7 e 9 del 2014 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio,

Dando seguito alle indicazioni della giurisprudenza comunitaria, il massimo Consesso della giustizia amministrativa, dopo avere ribadito il principio generale dell'effetto paralizzante del ricorso incidentale escludente, ha delimitato la portata dell'eccezione che viene in rilievo allorché, in una gara con due partecipanti, i gravami deducano il medesimo vizio relativo alla stessa fase della procedura.

Sul punto l'Adunanza ha ritenuto che si debba utilizzare un criterio che, nel rispetto delle vincolanti indicazioni provenienti dalla Corte del Lussemburgo, contemperi la natura eccezionale della *regula iuris* forgiata dalla sentenza *Fastweb* resa dalla Corte di Giustizia, con le esigenze di uguaglianza ed equità sostanziali di cui sono portatrici le imprese in gara, le ragioni di certezza del diritto e di pronta soluzione dell'accertamento demandato al giudice, le caratteristiche dello sviluppo del procedimento amministrativo posto in essere dalla stazione appaltante e gli interessi sostanziali presidiati dalle varie cause di esclusione.

Facendo applicazione dei menzionati criteri, si è escluso che il <<motivo identico>> possa essere individuato equiparando l'identità della causa (del vizio escludente) all'identità dell'effetto (escludente).

In questa esegesi, infatti, non rilevarebbe tanto il motivo o la causa per cui è stata disposta l'esclusione, quanto la conseguenza che ne è derivata, e cioè appunto l'esclusione.

Questa conclusione in pratica ricondurrebbe la questione nell'alveo della teoria (rifiutata dalla Corte di giustizia e dall'Adunanza plenaria), dell'incondizionato riconoscimento dell'interesse strumentale.

L'esegesi basata sull'identità dell'effetto è da escludersi in base allo stesso testuale tenore della sentenza *Fastweb* la quale non ripudia i propri precedenti ma, al contrario, si limita ad enunciare una singola eccezione.

L'eccezione è testualmente riconducibile quindi non già all'effetto (esclusione) bensì alla causa dell'esclusione, causa che deve essere identica sia per il ricorrente principale che per l'incidentale.

Che si tratti della causa generatrice dell'effetto non pare dubbio e ciò si evince anche esaminando il testo della decisione Fastweb in lingue diverse dall'italiano: nel testo francese si fa riferimento a <<motifs de nature identique>>; nel testo inglese si parla di offerta contestata nello stesso procedimento <<and on identical grounds>>; nel testo spagnolo si specifica <<por motivos de naturaleza idéntica>>.

Le parole <<motivo, motifs, grounds, motivos>> fanno riferimento non già all'effetto bensì alla causa che ha dato luogo all'esclusione.

Resta da stabilire il significato dell'identità e cioè se si tratti di identità in senso stretto (quasi una riproposizione speculare dello stesso motivo del ricorrente principale), ovvero se e in che misura possano variare i presupposti di fatto o di diritto.

Il testo italiano potrebbe legittimare l'identità in senso stretto, ma non così le versioni nelle altre lingue che sembrano ricollegare l'identità più che all'aspetto formale all'aspetto sostanziale ovvero alla <<natura del motivo>> ed all'interesse sottostante alla disposizione che lo prevede.

Pertanto, secondo l'interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria, deve ritenersi comune la causa di esclusione che afferisce alla medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara dell'impresa e della sua offerta, correlando le sorti delle due concorrenti in una situazione di simmetria invalidante: in quest'ottica deve escludersi che si richieda l'assoluta identità causale del vizio.

Tale esegesi, da un lato, è conforme al tenore testuale della sentenza (anche nelle versioni in lingua francese, inglese, spagnola), ed al contesto procedimentale all'interno del quale è stata resa (due offerte accomunate dalla carenza di elementi tecnici essenziali, perché previsti a pena di esclusione, ma di differente contenuto); dall'altro, è coerente, sotto il profilo diacronico ed organizzativo, con l'attività posta in essere dalla stazione appaltante nelle sue varie articolazioni (in particolare responsabile del procedimento e commissione o seggio di gara).

Devono, in definitiva, considerarsi comuni, ai fini individuati dalla sentenza Fastweb, i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie:

- a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara);
- b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione);
- c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza).

2.2.2. Dalle coordinate fin qui esposte deriva l'inammissibilità, per difetto di legittimazione, di tutti i motivi di ricorso eterogenei, nei sensi fin qui esposti, rispetto al motivo di ricorso incidentale favorevolmente apprezzato dal Primo Giudice con statuizione confermata in questa sede.

Si tratta:

- a) dei motivi di ricorso non escludenti, in quanto volti a contestare le valutazioni della commissione aggiudicatrice in sede di attribuzione dei punteggi (motivi quarto e quinto del ricorso principale di primo grado);
- b) dei motivi di ricorso volti a stigmatizzare le modifiche apportate, su richiesta della stazione appaltante, all'offerta in un turno successivo all'attribuzione dei punteggi, alla formazione della graduatoria e all'aggiudicazione provvisoria (in parte il primo motivo, il secondo motivo del ricorso principale, con particolare riferimento alla dedotta alterazione del PEF presentato in sede di gara).

Gli altri motivi sono, invece, infondati alla stregua delle seguenti considerazioni:

- a) non è suffragato da riscontro fattuale il primo motivo del ricorso originario, volto a dedurre l'apprezzamento negativo dell'offerta CMB da parte della Commissione di gara, non essendo possibile trarre tale dato dalla richiesta di integrazione della proposta di valorizzazione immobiliare effettuata dalla stazione appaltante solo dopo il positivo giudizio sui termini originari dell'offerta e la conseguente attribuzione del relativo punteggio;

b) è infondato anche il secondo motivo del ricorso principale in quanto la tesi, sostenuta dall'appellante, della pretesa inadeguatezza dell'offerta formulata dall'ATI Salini, limitata alla previsione di soli due anni di gestione, rispetto allo strumento della concessione prescelto dall'Amministrazione per la realizzazione dell'opera, è smentita dalla duplice considerazione dell'assenza di un limite temporale minimo nella normativa di gara e della peculiarità strutturale e funzionale della concessione in esame, che non attribuiva al concessionario l'esercizio del servizio pubblico di trasporto ma il compito di assicurare la funzionalità dell'opera mediante la gestione dei servizi inerenti alla manutenzione e alla fruibilità delle stazioni della linea **metropolitana**, con la percezione di un non remunerativo canone di gestione;

c) è destituito di fondamento il primo motivo aggiunto al ricorso di primo grado, in quanto non risulta ricorrere, a carico del direttore tecnico di Ansaldo STS, Ing. Antonio Casazza, la denunciata "condanna passata in giudicato emessa ai sensi dell'art. 41 della L. 17.8.1942 n. 1150 per violazione della legge urbanistica" ma solo una sentenza dell'11.11.2002 di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. emessa dal Tribunale di Genova e divenuta irrevocabile l'8.1.2003 per il reato di violenza privata ex art. 610 c.p., relativa a reato dichiarato estinto ai sensi dell'art. 445, secondo comma, c.p.p., con ordinanza del medesimo Tribunale del 22.12.2008;

d) a confutazione del secondo motivo aggiunto si deve rimarcare che l'amministratore in carica può rendere dichiarazioni anche con riguardo agli amministratori muniti di legale rappresentanza cessati nell'ultimo triennio e che, comunque, a carico di questi ultimi, non risultano precedenti penali;

e) non merita positiva valutazione neanche il terzo motivo aggiunto con cui si deduce che "l'ATI Salini avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la Tecnosistem S.p.a., impresa ausiliaria di cui la Società IN.CO. Ingegneri Consulenti S.p.a. (mandataria del RT di progettisti indicato) si è avvalsa, non avrebbe indicato in maniera precisa e dettagliata le risorse messe a disposizione del concorrente indicandole solo genericamente", in quanto la dichiarazione di avvalimento contiene, in coerenza con la normativa *ratione temporis* vigente, il concreto e puntuale impegno a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, per tutta la durata dell'appalto e con riguardo alla gara in esame le risorse necessarie ai fini della realizzazione dei servizi progettuali relativi a lavori concernenti edifici industriali di importanza costruttiva concorrente, impianti tecnologici, impianti elettromeccanici trasportatori, stazioni di trasformazione e di conversione e impianti di trazione elettrica. Detta dichiarazione - coerente con la disciplina applicabile alla gara (art. 49, comma 2, lettere d) e f) del codice dei contratti pubblici), anteriore al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che ha imposto, all'art. 88, comma 1, l'indicazione delle risorse e dei mezzi in modo determinato e specifico - risulta idonea anche alla luce della circostanza che l'oggetto dell'avvalimento, relativo a servizi di progettazione e di consulenza, non richiedeva l'indicazione di specifiche risorse materiali ma postulava l'indicazione, evincibile dalla dichiarazione e dalla documentazione allegata, delle professionalità all'uopo tecnicamente attrezzate;

f) non coglie, infine, nel segno l'ultimo motivo aggiunto in primo grado, volto a dedurre l'omessa formulazione della dichiarazione ex art. 38 del codice dei contratti pubblici da parte degli Ingg. Paolo Caporilli Razza e Pasquale Alcini, in qualità di amministratori cessati dalla carica, evincendosi dalla documentazione in atti che tali soggetti hanno reso le dichiarazioni normativamente prescritte con riferimento all'art. 38, comma 1, lettera c.

2.3. Vanno infine considerati inammissibili i motivi aggiunti proposti per la prima volta in grado di appello con i quali, in contrasto con il limite stabilito dall'art. 104, comma 3, c.p.a., si censurano atti diversi e sopravvenuti, con un autonomo contenuto dispositivo, rispetto a quelli gravati in prime cure (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21.9.2011, n. 5329; VI, 12 aprile 2011, n. 2257).

3. Le considerazioni che precedono impongono la reiezione dell'appello.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nei termini in dispositivo specificati

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida nella misura di 20.000//00 (ventimila//00) euro, da dividere in parti uguali tra Roma Capitale, Roma Metropolitane e ATI Salini.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 03/03/2015

IL SEGRETARIO

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