

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29685-esclusione-da-un-gara-pubblica-e-tutela-giurisdizionale>

Autore: sentenza

## **Esclusione da un gara pubblica e tutela giurisdizionale**

**L'aggiudicatario, anche se provvisorio, di una gara di appalto indetta dalla Pubblica Amministrazione assume la veste di controinteressato, nel ricorso proposto dal concorrente escluso, solo quando l'esclusione e l'aggiudicazione siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara, potendo la ditta esclusa rendersi conto del fatto che la sua impugnativa incide sulla posizione di altro soggetto privato.**

<b>Area tematica</b>		<b>Ambiente e sicurezza</b>
		<b>Appalti e lavori pubblici</b>
	*	<b>Atti e procedimenti</b>
		<b>Attività economiche</b>
		<b>Bilancio e Contabilità</b>
		<b>Controlli</b>
		<b>Edilizia e Urbanistica</b>
		<b>Finanziamenti ed agevolazioni</b>
		<b>Fiscalità e previdenza</b>
		<b>Ordinamento istituzionale</b>
		<b>Personale e organizzazione</b>
		<b>Polizia locale</b>
		<b>Servizi</b>
	<b>Tributi locali</b>	
<b>Data</b>		
<b>Titolo</b>	<b>Esclusione da un gara pubblica e tutela giurisdizionale</b>	
<b>Abstract</b>	L'aggiudicatario, anche se provvisorio, di una gara di appalto indetta dalla Pubblica Amministrazione assume la veste di controinteressato, nel ricorso proposto dal concorrente escluso, solo quando l'esclusione e l'aggiudicazione siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara, potendo la ditta esclusa rendersi conto del fatto che la sua impugnativa incide sulla posizione di altro soggetto privato.	
<b>Autore</b>		
<b>Testo</b>	<p>Giusta il principio della domanda il sindacato giurisdizionale può essere attivato soltanto ad iniziativa del soggetto che si ritiene leso e il processo amministrativo resta nella disponibilità della parte che lo ha avviato, senza che il giudice adito abbia alcuna possibilità di deciderlo nel merito ove la parte attrice, prima dell'introito del ricorso per la delibazione nel merito, abbia dichiarato di rinunciarvi o di non avere più alcun interesse alla pronuncia di annullamento degli atti gravati.</p> <p>Invero, sul punto l'art. 46 del r.d. 17 agosto 1907 n. 642 prevede, che in qualunque stadio della controversia si può rinunciare al ricorso mediante dichiarazione sottoscritta dalla parte o dall'avvocato, munito di mandato speciale e depositato nella segreteria, o mediante dichiarazione verbale, di cui è steso processo.</p> <p>Con particolare riferimento all'ipotesi di esclusione da una gara pubblica, il ricorso avverso tale esclusione non deve essere notificato ad alcun controinteressato salvo che il provvedimento intervenga quando la gara si è già conclusa, nel qual caso il gravame deve essere notificato all'impresa aggiudicataria. Non solo.</p> <p>L'aggiudicatario, anche se provvisorio, di una gara di appalto indetta dalla p.a. assume la veste di controinteressato, nel ricorso proposto dal concorrente escluso, solo quando l'esclusione e l'aggiudicazione siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara, potendo la ditta esclusa rendersi conto del fatto che la sua impugnativa incide sulla posizione di altro soggetto privato.</p>	

<b>Estremi</b>	<p><b>N. 01701/2010 REG.SEN.</b> <b>N. 01543/2008 REG.RIC.</b> <b>N. 02267/2008 REG.RIC.</b></p> <p><b>REPUBBLICA ITALIANA</b> <b>IN NOME DEL POPOLO ITALIANO</b> <b>Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia</b> <b>(Sezione Prima)</b> ha pronunciato la presente</p> <p><b>SENTENZA</b></p> <p>Sul ricorso numero di registro generale 1543 del 2008, proposto da: CONSORZIO STABILE SIS SCPA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Raffaella di Tarsia di Belmonte, Patrizio Leozappa, Giuseppe Rusconi, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Giuseppe Rusconi in Milano alla Via Vincenzo Monti n. 8;</p> <p><i>contro</i></p> <p>INFRASTRUTTURE LOMBARDE SPA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Nico Moravia, Giorgia Romitelli, Giovanna Piazzalunga, Ernesto Stajano, elettivamente domiciliata in Milano alla Via del Lauro, 7;</p> <p><i>nei confronti di</i></p> <p>SABROM SOC.- Autostrada Broni-Mortara Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Morbidelli, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Riccardo Villata in Milano alla Via S. Barnaba, 30;</p> <p><i>e con l'intervento di</i></p> <p>ad opponendum:</p> <p>REGIONE LOMBARDIA, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Piera Pujatti e Pio Dario Vivone dell'Avvocatura regionale presso i cui uffici è elettivamente domiciliata in Milano alla Via Fabio Filzi 22;</p> <p>COOPSETTE SOC. COOP, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianluigi Pellegrino, Giovanni Pellegrino, Gualtiero Pittalis, Fabio Roversi Monaco, Giulia Roversi Monaco, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Luciano Quarta in Milano alla Via Lovanio 10;</p> <p>Sul ricorso numero di registro generale 2267 del 2008, proposto da: COOPSETTE SOC. COOP., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianluigi Pellegrino, Giovanni Pellegrino, Gualtiero Pittalis, Fabio Roversi Monaco, Giulia Roversi Monaco, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Luciano Quarta in Milano, via Lovanio 10;</p> <p><i>contro</i></p> <p>INFRASTRUTTURE LOMBARDE SPA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Nico Moravia, Giorgia Romitelli, Giovanna Piazzalunga, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Giovanna Piazzalunga in Milano alla Via del Lauro, 7;</p> <p><i>nei confronti di</i></p> <p>S.A.BRO.M.. – Società Autostrada Broni-Mortara s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Morbidelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Riccardo Villata in Milano alla Via S. Barnaba, 30;</p> <p><i>e con l'intervento di</i></p>
----------------	---

ad opponendum:

REGIONE LOMBARDIA, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Maria Lucia Tamborino dell'Avvocatura regionale presso i cui uffici è elettivamente domiciliata in Milano alla Via Fabio Filzi 22;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

quanto al ricorso n. 1543 del 2008:

- del provvedimento di esclusione dalla gara volta all'affidamento, in regime di concessione, della progettazione definitiva, del relativo studio di impatto ambientale, della progettazione esecutiva, della costruzione e della gestione dell'autostrada regionale "Integrazione del sistema Transapadano – Direttrice Broni – Pavia – Mortara", ai sensi della legge regionale n.9/2001, comunicata con nota a firma del RUP della Infrastrutture Lombarde S.p.a. prot. UFF-G-020708-00001 AR/nc K-A-2-002-OUT-15 del 2 luglio 2008;

e con i successivi motivi aggiunti:

- dell'aggiudicazione provvisoria in favore della S.A.Bro.M. S.p.a. adottata dal RUP della Infrastrutture Lombarde S.p.a. con nota prot. UFF-G-040708-00006-K-A-2-002-OUT-20 del 4 luglio 2008, mai comunicata al Consorzio SIS;

- dei verbali di gara del 17 e 18 settembre 2007 nella parte in cui sono state ammesse alla procedura ristretta la S.A.Bro.M. S.p.a. e l'ATI Coopsette soc. coop., nonché dei verbali e degli atti della fase successiva di gara nelle parti in cui la S.A.Bro.M. S.p.a. e l'ATI Coopsette soc. coop. non sono state escluse;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale a quelli impugnati, anche di estremi e contenuti ignoti;

nonché per l'adozione delle conseguenti statuizioni risarcitorie, in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente;

quanto al ricorso numero di registro generale 2267 del 2008:

dell'atto del Responsabile del procedimento in data 4.7.2008 prot. UFF-G-040708-00006 K-A-2-002-OUT-20, di aggiudicazione provvisoria della gara per la concessione di progettazione, realizzazione e gestione dell'asse autostradale "Broni – Mortara" a S.A.Bro.M. S.p.a. nonché di ogni atto presupposto, connesso o consequenziale;

Visti i ricorsi principali, integrati da motivi aggiunti, del Consorzio Sis e di Coopsette, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in entrambi i giudizi di Infrastrutture Lombarde Spa;

Visti gli atti di costituzione in entrambi i giudizi di Sabrom Soc. Autostrada Broni-Mortara Spa;

Visti i ricorsi incidentali presentati in entrambi i giudizi da Sabrom Soc. Autostrada Broni-Mortara Spa;

Visti gli atti di intervento in entrambi i giudizi della Regione Lombardia;

Viste le memorie difensive;

Viste le ordinanze cautelari ed istruttorie adottate in entrambi i giudizi;

Viste le relazioni del verificatore depositata il 28.10.2008 e del CTU depositata il 20.1.2010;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 27/2010;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 18/05/2010 il dott. Hadrian Simonetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

Oggetto del presente giudizio è una procedura di affidamento in regime di concessione secondo lo schema del project financing, per la costruzione e gestione di un tratto autostradale regionale (Broni – Pavia – Mortara) della lunghezza di 52 Km. e per un valore stimato in circa € 1.800.000.000,00.

Vertendo in materia di autostrade di interesse regionale, il quadro normativo di riferimento all'interno del quale inscrivere l'odierno contenzioso è costituito dalla L.R. n. 9/2001, "Norme per l'attuazione della programmazione regionale e per la modifica e l'integrazione di disposizioni legislative", e dal relativo R.R. di attuazione n. 4/2002.

La qualificazione dell'opera in esame, nei termini sopra indicati, discende all'art. 6 della L.R. n. 9/2001, a norma della quale "si definiscono autostrade regionali, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2 del d.lgs. 112/1998, nonché in attuazione della potestà legislativa riconosciuta alla Regione in materia di lavori pubblici dal titolo V della parte II della Costituzione, le arterie stradali aventi le seguenti caratteristiche: a) sviluppo del tracciato interamente compreso nel territorio della Lombardia, ivi compreso il raccordo ai confini regionali qualora concorrente alla funzionalità del tracciato; b) assolvimento di richieste di mobilità prevalentemente originate o destinate nel territorio della Lombardia;..."

Avvalendosi del disposto dell'art. 10 bis, comma 1, del medesimo provvedimento legislativo, la Giunta Regionale della Regione Lombardia, con Delibera n. VIII/001789 del 25.01.06, conferiva le funzioni relative alla realizzazione dell'opera a Infrastrutture Lombarde spa (società costituita ai sensi dell'articolo 23, comma 3 bis, della L.R. n. 22/1998, "Riforma del trasporto pubblico locale in Lombardia" e dell'articolo 15 bis della L.R. n. 36/1994, "Amministrazione dei beni immobili regionali"), affinché procedesse ad individuare, ai sensi dell'art. 3 del R.R. 8 luglio 2002, "Procedure di concessione delle autostrade regionali", il soggetto Promotore incaricato di redigere il progetto preliminare dell'autostrada regionale, tratto Broni – Mortara.

Tale Soggetto era individuato nell'ATI SATAP spa, Milano Serravalle spa e Grassetto Lavori spa che, al fine della successiva partecipazione alla procedura di affidamento, costituiva la società di progetto Sabrom.

Il progetto preliminare elaborato dal Promotore, previa approvazione della Giunta Regionale deliberata con provvedimento n. 4659 del 04.05.07, veniva quindi posto a base della procedura di selezione dei Competitori indetta con Bando spedito in G.U.C.E. il 28.06.07 e, in G.U.R.I. il 29.06.08.

Detta gara, sul modello della disciplina (precedente alle modifiche introdotte con il d.lgs. 152/2008) dettata dal legislatore statale in tema di project financing, risulta strutturata in due fasi:

- una prima fase (c.d. procedura ristretta) finalizzata all'individuazione dei due migliori offerenti da ammettere al successivo segmento procedurale, da svolgersi ricorrendo al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa come da Determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui ll.pp. n. 4 del 06.03.02;

- una seconda fase (c.d. procedura negoziata), nel corso della quale, l'Amministrazione, in contraddittorio con i Competitori ed il Promotore, è chiamata a definire le soluzioni progettuali maggiormente confacenti all'interesse pubblico e ad individuare il soggetto concessionario chiamato alla realizzazione e gestione dell'opera.

All'esito della procedura ristretta venivano selezionati l'ATI Coopsette (costituita fra Coopsette, Autostrada del Brennero spa, Impresa Pizzarotti & C. spa e Profacta spa) ed il Consorzio Stabile SIS spa (composto da Sacyr S.a., INC Generale

Contractor spa, Sipal spa).

Al termine della procedura negoziata l'Amministrazione, con riserva di verifica della congruità e conformità del PEF, stilava la graduatoria provvisoria (comunicata alle Imprese interessate) che vedeva al primo posto il Consorzio SIS (punti 62,1329), seguito da SABROM (punti 61,6406) e, in ultima posizione, dall'ATI Coopsette (punti 55,7934)

Esperite le suindicate verifiche, Infrastrutture Lombarde rilevava che, tanto nella redazione del PEF prodotto in sede di procedura ristretta, che in quello prodotto in sede di procedura negoziata, il provvisorio aggiudicatario non aveva indicato, nel prescritto modello Dicoter, l'ammontare dei costi del personale.

Ritenuto che l'omissione integrasse una sostanziale violazione della lex specialis di gara, con nota del 02.07.08, la Stazione appaltante provvedeva quindi all'esclusione del Consorzio.

Parte ricorrente, con ricorso iscritto al n. 1543/2008, ha impugnato la propria esclusione contestando la configurabilità del presupposto fattuale della pretesa omissione ed eccependo, in ogni caso, l'illegittimità della sua qualificazione in termini di "grave irregolarità sostanziale", riconosciuta dall'Amministrazione - si afferma - al solo scopo di ricondurla ad una delle espresse cause di esclusione contemplate dalla lex specialis.

Ha dedotto, inoltre, diversi profili di illegittimità riferiti, in particolare, alla parte motiva del provvedimento di esclusione; al mancato rispetto delle garanzie procedurali, prima fra tutte, la comunicazione ex art. 7 della L. n. 241/1990, relativamente al procedimento di secondo grado di riesame del PEF prodotto (e già vagliato) in procedura ristretta; all'incompetenza del responsabile del procedimento, in luogo della Commissione giudicatrice, all'adozione dell'atto di esclusione.

Con Decreto presidenziale n. 1098 dell'11.07.08 è stata concessa la misura cautelare ante causam.

Infrastrutture Lombarde, costituitasi in giudizio, e la Regione Lombardia, intervenuta in giudizio ad opponendum hanno eccepito preliminarmente l'inammissibilità del gravame, per mancata notifica alla controinteressata Sabrom e, nel merito, hanno confutato le avverse doglianze chiedendo la reiezione del ricorso. Nella Camera di Consiglio del 23 luglio 2008, preso atto delle argomentazioni difensive della ricorrente circa l'inclusione nel PEF dei costi del personale, ancorché non fossero stati indicati nel modulo Dicoter, e ritenuta la rilevanza della circostanza ai fini della decisione, con Ordinanza n. 1192/2008, è stata richiesta al Provveditore Regionale alle Opere Pubbliche della Lombardia una verifica sul PEF del Consorzio SIS onde accertare se, in quale misura e sotto quale voce, i costi relativi al personale fossero stati presi in considerazione (incombente istruttorio cui il verificatore ha adempiuto con la relazione del 29.09.08).

Nelle more, Infrastrutture Lombarde ha completato la procedura di gara e, per effetto dell'esclusione del Consorzio SIS, con provvedimento del 4.07.08, ha proceduto alla provvisoria aggiudicazione in favore di Sabrom, seconda classificata. In data 10.10.08, Coopsette ha depositato atto di intervento ad opponendum nel giudizio n. 1543/2008, sostenendo la legittimità dell'esclusione del Consorzio SIS. La medesima Impresa, con un distinto ricorso notificato alla Stazione appaltante il 17.10.08, ha impugnato il nuovo provvedimento di aggiudicazione provvisoria con ricorso iscritto al n. 267/2008, contestando, con riferimento alla nuova provvisoria aggiudicataria Sabrom, la mancata esclusione della medesima per incompletezza delle dichiarazioni in ordine ai requisiti morali dei legali rappresentanti delle Imprese costituenti la compagine societaria del promotore; l'erroneità della valutazione dell'elemento quantitativo riguardante i tempi di costruzione offerti e,

infine, diverse irregolarità e carenze del PEF.

Infrastrutture Lombarde e Sabrom, costituitesi in giudizio, e la Regione Lombardia intervenuta ad opponendum anche nel giudizio 2267/2008, hanno confutato le avverse doglianze sostenendo la legittimità degli atti impugnati.

Nella Camera di Consiglio del 19 novembre 2008, previa riunione dei due ricorsi, gli atti impugnati sono stati sospesi nelle more dell'acquisizione istruttoria dei PEF di Coopsette e Sabrom.

Con atto notificato il 21.11.08, Sabrom ha proposto ricorso incidentale (nel giudizio n. 2267/2008) avverso l'ammissione della ricorrente Coopsette ad entrambe le fasi procedurali di gara (ristretta e negoziata) deducendo l'incompletezza ed erroneità delle dichiarazioni prodotte da quest'ultima in ordine ai requisiti morali dei propri legali rappresentati in fase di prequalifica nonché, per invalidità derivata, l'illegittimità di tutti i successivi atti riferiti alla procedura ristretta ed alla successiva procedura negoziata.

Con il medesimo mezzo di gravame, ha evidenziato ulteriori profili di inammissibilità e incongruità del PEF di Coopsette deducendo l'insostenibilità economica dell'offerta di quest'ultima.

Con ricorso per motivi aggiunti (al ricorso incidentale proposto nel giudizio n. 2267/2008), Sabrom ha integrato le proprie doglianze relativamente all'ammissione alla gara della ricorrente Coopsette rilevando ulteriori profili di illegittimità riferiti alle dichiarazioni prodotte da quest'ultima (in estrema sintesi, il fatto di avere allegato, ad una delle dichiarazioni prodotte, una fotocopia di carta di identità scaduta).

Con successivi atti per motivi aggiunti, al ricorso proposto nel giudizio n. 1543/2008, il Consorzio Sis ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria in favore di Sabrom, nonché gli atti e verbali di gara con cui quest'ultima e Coopsette erano state ammesse alla procedura negoziata, nonché gli atti di quest'ultimo segmento procedurale, nella parte in cui le due Imprese non erano state escluse.

In tale sede, il Consorzio ricorrente:

- con riferimento alla propria esclusione ha rinnovato le doglianze già esposte con il ricorso introduttivo;
- ha censurato l'ammissione di Sabrom, eccependo l'incompletezza ed erroneità delle dichiarazioni da questa prodotte ex art. 38 del D. L.vo n. 163/2006;
- ha contestato l'ammissione di Coopsette sotto un duplice profilo: da un lato, ha eccepito l'illegittimità delle dichiarazioni rese ex art. 38 da alcuni esponenti della Società; dall'altro ha rilevato la violazione dell'art. 13 del DL n. 223/2006, convertito in L. n. 248/2006, in virtù della partecipazione al costituendo RTI di Autostrada del Brennero spa, società mista a prevalente capitale pubblico.

Sabrom, con ricorso incidentale, proposto anche nel giudizio n. 1543/2008, ha impugnato gli atti di gara riferiti ad entrambe le fasi (ristretta e negoziata) nella parte in cui è stata ammessa e non esclusa, la ricorrente SIS, eccependo profili di illegittimità riferiti alle dichiarazioni prodotte da quest'ultima.

Ha dedotto, ulteriormente, la violazione del Bando di gara in virtù del ricorso all'istituto dell'avvalimento da parte di una consorziata di SIS (Sacyr) in luogo del Consorzio, nonché, l'incompletezza della documentazione prodotta relativamente a Itinere Infraestructuras SA, impresa in possesso del requisito di cui la componente del Consorzio, Sacyr, si sarebbe avvalsa.

A seguito della pubblica udienza del 25 febbraio 2009, fissata per la discussione nel merito di entrambi i ricorsi, con ordinanza n. 173/2009 è stata disposta CTU, in entrambi i ricorsi, nominando all'uopo l'allora Presidente del Consiglio Superiore dei Lavori pubblici, formulando sei quesiti inerenti tanto il PEF di SIS quanto quello

di Coopsette e di Sabrom.

Prima ancora che il CTU prestasse giuramento, con atto del 18.9.2009, sottoscritto per accettazione da tutte le altre parti in giudizio, Coopsette ha rinunciato al ricorso proposto nella causa n. 2267/2008.

Dopo il deposito della Relazione del CTU in data 20.1.2010, le difese di Sabrom, Infrastrutture Lombarde, Regione Lombardia hanno presentato una nuova istanza istruttoria chiedendo, tra l'altro, la ricusazione del CTU.

Mutata frattanto la composizione del Collegio, all'esito dell'udienza pubblica del 20.4.2010 il Tribunale ha respinto l'istanza di ricusazione e, anche alla luce dell'intervenuto atto di rinuncia di Coopsette, revocato la precedente ordinanza istruttoria n. 173/2009 relativamente ai quesiti 2, 3, 4, 5 e 6, rinviando per la decisione all'udienza pubblica del 18.5.2010. In tale data la causa è stata discussa ed è infine passata in decisione.

#### DIRITTO

1. Giova osservare, per una migliore intelligenza dei fatti di causa, come il presente giudizio sia stato originato da una procedura di gara indetta per la realizzazione di un tratto autostradale, con affidamento disposto secondo i canoni della finanza di progetto.

In aderenza alla disciplina normativa vigente all'epoca di pubblicazione del bando, l'Amministrazione ha selezionato due Imprese da ammettere alla procedura negoziata in contraddittorio con il soggetto Promotore. All'esito delle operazioni di gara, la provvisoria aggiudicataria, Consorzio SIS, è stata esclusa per difetto del proprio PEF originando il primo dei due ricorsi oggi riuniti (n. 1543/2008). A conclusione dell'ulteriore fase procedimentale, la nuova aggiudicazione provvisoria determinata in favore del soggetto Promotore, Sabrom, già seconda classificata, è stata impugnata dal terzo soggetto in gara, Coopsette, (giudizio n. 2267/2008) che, al fine di mantenere integro il proprio interesse all'impugnazione, è intervenuto ad opponendum nel primo giudizio a sostegno dell'esclusione del Consorzio SIS. Sabrom, allo scopo di neutralizzare l'iniziativa processuale di Coopsette, ha quindi proposto ricorso incidentale nel giudizio n. 2267/2008, integrandolo successivamente con motivi aggiunti.

A sua volta, il Consorzio SIS, destinatario della prima esclusione, assumendo anche un interesse di natura strumentale all'annullamento della gara quand'anche fosse infondato il proprio ricorso, con due atti per motivi aggiunti, ha contestato tanto l'ammissione di Sabrom che quella di Coopsette.

Sabrom, per neutralizzare anche questa ulteriore iniziativa processuale, ha reagito proponendo un secondo ricorso incidentale censurando l'ammissione in gara del Consorzio SIS per motivi ulteriori a quelli che ne hanno determinato l'esclusione.

La Regione Lombardia è intervenuta ad opponendum in entrambi i giudizi.

Sin dalla Camera di consiglio del 19.11.2008 si è proceduto alla riunioni di entrambi i giudizi, ai fini della loro trattazione congiunta, sussistendo evidenti profili di connessione soggettiva ed oggettiva, trattandosi della medesima procedura di gara.

2. Ciò posto, prima di ogni altra considerazione in rito e nel merito, deve darsi atto di come, nel giudizio n. 2267/2008, la ricorrente principale Coopsette abbia presentato formale rinuncia al gravame, sottoscritta per accettazione anche dalle altre parti.

In virtù del principio fondamentale della domanda, come noto, il sindacato giurisdizionale può essere attivato soltanto ad iniziativa del soggetto che si ritiene leso e il processo amministrativo resta nella disponibilità della parte che lo ha avviato, senza che il giudice adito abbia alcuna possibilità di deciderlo nel merito ove la parte attrice, prima dell'introito del ricorso per la deliberazione nel merito,



abbia dichiarato di rinunciare o di non avere più alcun interesse alla pronuncia di annullamento degli atti gravati (v., ex multis, Cons. St., sez. IV, n.477/1997). L'art. 46 del r.d. 17 agosto 1907 n. 642 prevede, al riguardo, che "In qualunque stadio della controversia si può rinunciare al ricorso mediante dichiarazione sottoscritta dalla parte o dall'avvocato, munito di mandato speciale e depositato nella segreteria, o mediante dichiarazione verbale, di cui è steso processo".

Nel caso di specie si è al cospetto di un atto di rinuncia sottoscritto direttamente e personalmente anche dalla parte ricorrente, in persona del suo legale rappresentante, cui hanno aderito espressamente le altre parti costituite ed intervenienti, ai fini della compensazione delle spese di lite.

Non resta quindi al Collegio che dare atto dell'intervenuta rinuncia al ricorso dichiarandone, di conseguenza, l'estinzione, con spese compensate tra tutte le parti.

2.2. Ne discende, quale ulteriore e logica conseguenza, l'improcedibilità del gravame incidentale proposto nel giudizio n. 2267/2008 da Sabrom, stante la sua connaturata accessorietà all'impugnativa principale.

3. Venendo ora al giudizio n. 1543/2008, debbono esaminarsi preliminarmente le eccezioni in rito sollevate dalla difesa di Infrastrutture Lombarde nei confronti del ricorso introduttivo, in ragione della sua mancata notifica alla controinteressata Sabrom.

3.1. L'eccezione, quantunque ampiamente argomentata, non può essere accolta. E' dirimente osservare, infatti, come alla data della propria esclusione, il Consorzio Sis fosse aggiudicatario in via provvisoria della procedura (negoziata) e come la stazione appaltante abbia proceduto alla rideterminazione della graduatoria solamente in epoca successiva all'adozione dell'atto di esclusione del 2.7.2008, aggiudicando (sempre provvisoriamente) in favore di Sabrom con un distinto atto recante la data del 4.7.2008, non comunicato alla ricorrente, avverso il quale il Consorzio Sis ha proposto motivi aggiunti, debitamente notificati a Sabrom il 12.12.2008.

Se questa è la sequenza dei fatti nella procedura in esame, è noto come in linea generale, secondo giurisprudenza consolidata, il ricorso proposto avverso l'esclusione da una gara pubblica non deve essere notificato ad alcun controinteressato salvo che il provvedimento intervenga quando la gara si è già conclusa, nel qual caso il gravame deve essere notificato all'impresa aggiudicataria (Cons. St., V, n. 5200/2005). Con l'ulteriore precisazione che l'aggiudicatario, anche se provvisorio, di una gara di appalto indetta dalla p.a. assume la veste di controinteressato, nel ricorso proposto dal concorrente escluso, solo quando l'esclusione e l'aggiudicazione siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara, potendo la ditta esclusa rendersi conto del fatto che la sua impugnativa incide sulla posizione di altro soggetto privato (Cons. St., Ad. Pl. n. 9/1996; V, n. 6004/2005; Tar Lombardia, Milano, III, n. 50/2006).

Così non è avvenuto nel caso di specie dove, come sopra ricordato e come documentato in atti, l'esclusione di Sis e l'aggiudicazione nei confronti di Sabrom non sono avvenute contestualmente ma in sedute di gara distinte e a distanza di giorni l'una dall'altra. Né può condividersi la tesi della difesa della stazione appaltante, secondo cui dalla esclusione di Sis discendesse, quale effetto pressoché automatico, lo scorrimento della graduatoria, già nota alla ricorrente sin dalla seduta del 17.6.2008. Vale infatti sottolineare, in senso contrario, per un verso le vistose differenze tra la procedura qui in esame e i pubblici concorsi ai quali si riferiscono i precedenti giurisprudenziali citati da parte resistente (nella memoria 12.5.2010 a p. 9); e, per altro verso, come al momento dell'esclusione di Sis la nuova aggiudicazione in favore di Sabrom non fosse un esito del tutto scontato ma fosse

comunque (da intendersi) subordinata all'esito positivo di tutta una serie di controlli, tali da richiedere un supplemento di istruttoria e l'adozione di un nuovo atto, autonomamente impugnabile.

4. Ciò posto, si può ora procedere all'esame del ricorso introduttivo.

4.1. Con il primo motivo, parte ricorrente contesta in radice il presupposto di fatto posto alla base del provvedimento di esclusione, ovvero l'omessa indicazione dei costi del personale tanto nel PEF relativo alla procedura ristretta che in quello riferito alla procedura negoziata.

A conferma del travisamento in cui sarebbe incorsa Infrastrutture Lombarde nella valutazione del documento in questione, si evidenzia come la conformità del piano alla Lettera di invito fosse già stata vagliata dalla Stazione appaltante, con diverso esito, in sede di ammissione alla procedura negoziata. Con nota dell'11.04.08, inviata al termine delle verifiche di congruità dei PEF prodotti dalle Imprese partecipanti alla procedura ristretta, l'Amministrazione comunicava infatti che, previa esclusione dell'ATI Cintra, provvisoriamente classificata al primo posto, aveva ammesso le odierne ricorrenti, Consorzio SIS e Coopsette, alla successiva procedura negoziata in quanto "ha valutato conformi alle prescrizioni della lettera di invito i piani economici e finanziari (dalle stesse, ndr) presentati...".

Tale repentino mutamento di posizione – assume sempre la difesa di parte ricorrente - non sarebbe supportato da ulteriori e nuove risultanze istruttorie, né risulterebbe sorretto da un esaustivo supporto motivazionale idoneo a rivelare l'iter logico seguito dall'Amministrazione nel pervenire ad una diversa valutazione del medesimo documento.

Premesso che il Consorzio SIS, relativamente ai costi d'interesse nel presente giudizio, ha indicato, nel "Documento relativo alla modalità di gestione dell'opera", un costo annuale per il personale pari a € 7.210.000,00 e costi di manutenzione in esercizio pari a € 9.616.875,00 annui; il secondo importo, afferma la ricorrente, comprenderebbe la prima voce di costo riferita al personale.

L'Amministrazione, al contrario, sulla base di "un semplice ragionamento induttivo" giustificato dalla "mera incongruenza terminologica tra le voci del modello Dicoter e quelle del documento indicato dal Consorzio SIS", avrebbe invece travisato il significato del prospetto prodotto ritenendo erroneamente che le due voci (€ 7.210.000,00 e € 9.616.875,00) andassero sommate determinando una situazione di insostenibilità economica dell'offerta.

Sostiene ancora parte ricorrente che, poiché a norma dell'art. 9 del Bando di gara, "l'aggiudicatario della concessione" avrebbe dovuto "costituire una Società di Progetto, nella forma della società di capitali", la mancata indicazione dei costi della manodopera nel prescritto modello deriverebbe unicamente dalla circostanza che il Consorzio non intendeva far assumere il personale alla Società di progetto ma "direttamente ai soci della stessa": circostanza questa che spiegherebbe come la voce "spese per il personale" non possa comparire nel conto economico.

La Stazione appaltante, si eccipisce ulteriormente, attribuirebbe un'eccessiva rilevanza alle modalità di compilazione del modello Dicoter che, si evidenzia, consiste in un modulo approvato dall'allora Ministero dei Lavori Pubblici in epoca (15.04.97) antecedente all'introduzione nel nostro ordinamento della finanza di progetto: l'inserimento delle voci di costo in esame nel "Documento relativo alle modalità di gestione", in luogo del Dicoter, dovrebbe, quindi, essere considerata modalità equivalente.

Attese le analoghe modalità di formulazione dell'offerta, l'omissione riscontrata in sede di procedura ristretta, è stata rilevata altresì con riferimento anche al PEF prodotto in procedura negoziata.

La conclusione dell'Amministrazione circa la pretesa mancata considerazione dei costi del personale sulla base del mero dato formale della loro mancata indicazione nel modello evidenzerebbe il travisamento in cui è incorsa. In disparte, infatti, l'erronea lettura dell'offerta, l'esclusione del Consorzio sarebbe in ogni caso illegittima in quanto intervenuta senza un approfondimento istruttorio teso ad accertare la previsione dei costi indicati come omissi, in altre voci del PEF.

4.2. La censura, avverso la quale ha svolto ampie repliche la stazione appaltante, è infondata.

4.3. Deve muoversi dalla doverosa premessa secondo cui il punto 7.2 della lettera di Invito alla procedura ristretta, "Piano Economico-Finanziario e Relazione al PEF", prescriveva, al n. (2) che il PEF dovesse "essere elaborato secondo le modalità previste dal Decreto Interministeriale n.125/Segr. Dicoter del 15 aprile 1997" e, in termini corrispondenti, si esprimeva anche la Lettera di Invito alla procedura negoziata, punto 6.2.1 (2).

Ciò posto, il Tribunale rileva che la previsione dell'utilizzo di tale specifico modello da parte della lex specialis di gara - peraltro non oggetto di impugnazione - determina l'inammissibilità di qualsivoglia doglianza riferita all'attualità o all'adeguatezza dello stesso, conseguendone la sua necessaria utilizzazione in sede di offerta, tanto più che, come già ricordato, al modello Dicoter fa espresso riferimento anche la normativa regionale della Lombardia (v. R.R. 8.7.08, n. 4, All. 4) e che lo stesso modello è stato utilizzato da Sis per ogni altro dato diverso da quello relativo ai costi per il personale.

Fatta questa premessa, la struttura del modello prevede, in corrispondenza del "Conto Economico", la voce "Costi di produzione", a sua volta articolata in una ulteriore serie di 11 sottovoci, le prime 4 delle quali riferite ai costi del personale (adetto alla riscossione, adetto alla sicurezza, adetto alla manutenzione, adetto a ...).

La successiva voce "Costi amministrativi e generali", a sua volta, prevede le sottovoci riferite ai Costi per il personale, Prestazione di servizi e Altri Costi amministrativi e generali.

La descritta articolazione consente peraltro una certa flessibilità nella compilazione del modello potendo la concorrente indicare i costi in forma aggregata in corrispondenza della voce o in forma disaggregata indicando i singoli valori in corrispondenza delle sottovoci.

E' pacifico, in quanto non contestato in atti, che parte ricorrente, in sede di procedura ristretta, nel proprio "Documento relativo alla modalità di gestione dell'opera" dell'offerta tecnica, al "Quadro riepilogativo dell'organico del personale adetto alla gestione", abbia indicato un totale di addetti pari a 109 unità per un costo annuale di "€ 7.210.000, in euro del 2007 (v.doc. 11 della produzione di Infrastrutture Lombardia, a p. 20).

Nella "Relazione al Piano Economico Finanziario" di SIS, per contro, tale importo imputabile ai costi del personale, nel quadro relativo ai "costi della gestione", non è stato (più) riportato.

Figurano, infatti, in tale sede unicamente i "Costi di manutenzione", comprensivi dei costi di manutenzione ordinaria degli impianti e dei rinnovi, pari a € 9.616.875 e "Altri costi di produzione", comprensivi dei canoni da ricavi da pedaggio e da attività complementari, nonché, delle garanzie e spese della società concessionaria, indicati in € 1.910.000.

La stessa concorrente specifica inequivocabilmente che "il Piano Economico e Finanziario non prevede la presenza di altre voci di costo".

Le carenze della Relazione trovano riscontro nel PEF cui il primo documento

accede.

Alla voce “Costi di produzione”, infatti, è riportata la sola somma di € 9.617.000 in relazione ai “costi manutenzioni e rinnovi” mentre nulla risulta circa i costi del personale addetto alla riscossione, personale addetto alla sicurezza, personale addetto alla manutenzione, costi lavori e/o terzi e costi prestazioni di servizi.

In corrispondenza della voce “Costi amministrativi generali” figura la somma di € 1.254.000 mentre in relazione alle sottovoci, costi del personale, prestazioni servizi e altri costi amministrativi generali, non risulta alcuna indicazione.

A fronte di tali risultanze documentali, al principio (cfr. ricorso introduttivo a p. 10) le difese di parte ricorrente hanno contestato l’assunto su cui si basa il provvedimento di esclusione, ovvero il mancato inserimento nel PEF dei costi del personale, sostenendo, in un primo tempo, che detti costi sarebbero compresi nei Costi di produzione (€ 9.617.000). La mancata inclusione è stata peraltro successivamente ammessa, nello stesso ricorso introduttivo (v. p. 15), sostenendo che “nel conto economico non compare, e non può comparire, la voce “spese per il personale” avendo Sis stabilito di non far assumere il personale alla Società di Progetto che, dovrà essere costituita ai sensi dell’art. 9 del Bando, ma “direttamente ai soci della stessa”. Parte ricorrente, con un terzo ordine di difese (v. ricorso introduttivo a p. 16-18), ha quindi sostenuto ulteriormente che, anche a voler accedere alla tesi della Stazione appaltante - per cui i Costi del personale (€ 7.120.000) non potrebbero essere compresi nei Costi di produzione (€ 9.617.000), ma semmai dovrebbero a questi sommarsi - il PEF contemplerebbe, in ogni caso, risorse necessarie a coprire il fabbisogno in virtù dell’entità degli importi riferiti a “Conto degli investimenti – rigo Nuove opere” pari a € 11.858.571,43; “Conto economico – rigo Costi di produzione” pari a € 9.617,00 e “Conto economico – rigo Costi amministrativi e generali” pari a € 2.988.000,00.

Nel quadro di questa (terza) linea difensiva, la somma delle tre voci suindicate, pari a € 24.463.571,43, risulterebbe quindi sufficiente a coprire l’importo di € 16.826.875 (€ 7.120.000 + € 9.617.000).

I termini della questione sono speculari con riferimento alla valutazione del PEF di Sis relativo alla fase negoziata: anche in tale ambito, la Stazione appaltante contesta il mancato inserimento dei costi del personale nel prescritto Modello Dicoter mentre parte ricorrente, ribadita l’inattualità del Modello imposto, sostiene che le voci di costo sarebbero comunque contemplate anche se sotto altre voci.

Parte ricorrente ha quindi proceduto ad una comparazione con il PEF di Coopsette (v. atto di motivi aggiunti a p. 13). Premesso che il modello gestionale proposto da Coopsette (costituente Progetto Preliminare Modificato da migliorare in fase di negoziazione) prevedeva un organico medio il cui costo secondo le tabelle imposte dal CCNL di settore ammontava a € 4.528.174,07 (€ 87.118,56 per personale addetto alla manutenzione e € 3.681.055,51 per il personale addetto alla gestione ed amministrativo), evidenzia che il proprio PEF contemplava nel “Conto degli Investimenti – rigo Nuove opere” l’importo di € 2.884.454,54; nel “Conto economico – Rigo Costi di Produzione” l’importo di € 5.444.286,00 e, nel “Conto economico – rigo Costi Amministrativi e Generali”, l’importo di € 2.127.195,00. La somma dei tre importi indicati (€ 10.458.935,54) anche ammessa l’assenza di miglioramenti alla voce di costo esposta da Coopsette, consentirebbe di coprire i costi del personale.

4.2. Sul presupposto della innegabile rilevanza della questione, stante ritenuta complessità degli accertamenti necessari per eseguire una esplorazione mirata dell’offerta di Sis, alla ricerca dei costi della manodopera e - non ultima ragione - la non agevole intelligibilità delle differenti ed (in una certa misura) ondivaghe

argomentazioni poste a sostegno del ricorso, il Tribunale, all'esito della Camera di Consiglio del 23 luglio 2008, ha disposto una verifica incaricando il Provveditore Regionale alle Opere Pubbliche per la Lombardia (o suo incaricato) di accertare se nel PEF di Sis (relativo ad entrambe le fasi di gara) e nella Relazione ad esso allegata fossero presenti e, nel caso, in quale forma e sotto quale voce, i costi la cui pretesa omissione aveva determinato l'esclusione della provvisoria aggiudicataria.

Come si ricava dalla Relazione istruttoria depositata in atti il 28.10.2008, l'esperto incaricato ha concentrato il proprio esame sul Conto economico relativo ai due PEF (fase ristretta e fase negoziata) di Sis dovendo in tale documento risultare tutti i ricavi e tutti i costi riferiti alla realizzazione e gestione dell'opera.

La classificazione dei costi prevista dal Modello Dicoter - è stato dal medesimo precisato - distingue i costi del personale da qualsiasi altra tipologia di costo e, a tal fine, nel Conto economico ("documento che riassume tutti i ricavi e tutti i costi necessari per la realizzazione e la gestione dell'opera" - v. Relazione a p. 3), all'interno della voce "Costi di produzione", le sottovoci dei costi per il personale addetto alla riscossione, alla sicurezza e alla manutenzione sono separate da quella dei "costi per manutenzioni e rinnovi" che non possono, per tal motivo, contenere costi relativi al personale.

Analogamente, anche alla voce "Costi amministrativi e generali", le sottovoci relative ai costi del lavoro sono tenute distinte dai costi relativi a "Prestazioni di servizi".

In sede di procedimento di verifica, svoltosi in contraddittorio fra le parti, Sis, replicando la linea difensiva già contenuta nel ricorso, ha assunto due diverse e successive posizioni (v. Relazione, pp. 5-6).

Con memoria del 02.09.08, Sis, sul presupposto della non vincolatività del Modello Dicoter, ha affermato che il proprio PEF di procedura ristretta conteneva i costi del personale nella voce "costi per rinnovi e manutenzioni" nella misura di € 3.446.380 per il personale addetto alla manutenzione ed € 3.763.620 per personale addetto alla gestione e amministrativo: la prima aliquota di costi sarebbe inclusa negli € 9.616.875 riferiti a manutenzioni e rinnovi, mentre la seconda, risulterebbe comunque a vario titolo presente nel PEF in parte nel Conto economico e in parte nel Conto degli Investimenti.

Con successiva memoria del 29.09.08, ribaltando la strategia difensiva, Sis ha invece sostenuto che nel PEF non sono contemplati costi del personale in quanto la società di progetto, da costituirsi, non avrà personale alle proprie dipendenze.

Al termine della verifica condotta sul piano economico-finanziario del Consorzio Sis nella procedura ristretta, ha concluso l'incaricato della verifica, "va escluso che tale piano...abbia considerato i costi del personale" precisando che "non sono condivisibili le argomentazioni del Consorzio Stabile SIS con le quali cerca di dimostrare, al contrario di quanto sopra, l'inclusione delle spese per personale sotto altre voci del piano economico-finanziario" (v. Relazione a p. 7).

Né tale omissione, conclude l'esperto, può giustificarsi a motivo dell'utilizzazione di personale non assunto dal concessionario ma dai soci in quanto, ove la soluzione fosse compatibile con il modello gestionale contemplato nell'offerta (tecnica) di Sis (nel quale si prevedeva, invece, l'impiego di 109 persone), l'esternalizzazione del personale avrebbe comunque dovuto originare una voce di costo nel PEF, mentre invece la sottovoce "prestazione di servizi" non indica alcun importo (p. 9).

La verifica, come richiesto in via istruttoria, è stata estesa al PEF relativo alla procedura negoziata ed anche in relazione a tale ultimo documento "la conclusione dell'attività peritale porta ad escludere che il piano economico-finanziario abbia

considerato i costi per il personale” (p. 11) in quanto “nessuna delle somme contenute nel piano economico-finanziario è riferibile ai costi del personale che era stato previsto nel progetto preliminare messo a base di gara nella procedura negoziata” (ivi).

Ciò emerge, a parere dell’Esperto, dalla stessa memoria tecnica di SIS datata 02.09.08 ove lo stesso Consorzio “ha dichiarato ...un fabbisogno di euro 4.625.000 che non trova riscontro in nessuna delle sottovoci della voce costi di produzione, né può essere incluso nella sottovoce costi per manutenzioni e rinnovi, né è infine compatibile con gli importi indicati in relazione alla voce costi amministrativi generali. Infatti quest’ultima voce ha una capienza limitata a euro 997.000 per l’anno 2014” (p. 12).

4.3. Successivamente alla verifica, a motivo anche della disposta riunione del ricorso n. 1543/2008 con il n. 2267/2008 nel quale erano state dedotte da Coopsette e da Sabrom censure incrociate inerenti, tra l’altro, la congruenza dei loro rispettivi PEF (in precedenza non oggetto della verifica), si è ritenuto necessario un nuovo incombente istruttorio, disponendo una CTU, con l’ordinanza del 22.7.2009.

4.3.1. Come si ricava dalla lettura del (dispositivo del) provvedimento e come si è già sottolineato in occasione della più recente ordinanza istruttoria del 20.4.2010, dei sei quesiti formulati al CTU, quattro erano relativi proprio alle contestazioni sorte nel giudizio n. 2267/2008, mentre i restanti due quesiti avevano ad oggetto, una volta ancora, il PEF presentato da Sis, sempre con riferimento alla previsione dei costi del personale (quesito n. 1) e al fine di accertare, in subordine (ove, cioè, si fosse riscontrata la conferma dell’omissione di detti costi) se la loro eventuale aggiunta avrebbe annullato l’utile indicato nell’offerta.

4.3.2. A distanza di mesi dal giuramento del CTU (avvenuto il 22.9.2009) e dal deposito della Relazione (il 20.1.2010), le difese delle controparti hanno, con istanza congiunta del 29.3.2010, chiesto la ricusazione del consulente e/o lo stralcio in tutto o in parte dei quesiti proposti.

Con la ricordata ordinanza del 20.4.2010, all’esito dell’udienza svoltasi in pari data, il Tribunale ha dichiarato la tardività dell’istanza di ricusazione, revocato in parte la precedente ordinanza istruttoria e reputato che la causa fosse matura per la decisione. Il tutto sulla base dell’ovvia constatazione che i quattro quesiti inerenti le questioni tecniche dedotte nel giudizio n. 2267/2008 non fossero più necessari, alla luce della rinuncia al relativo ricorso presentata da Coopsette. Per quanto invece relativo ai quesiti inerenti le questioni tecniche dedotte nel giudizio n. 1543/2008, il Tribunale ha valutato che per il quesito n. 1 non fosse necessario alcun supplemento di indagine, per le ragioni che a breve saranno chiarite, e che il quesito n. 2 non potesse, ad un esame ulteriore ex post, essere ammesso.

4.3.3. Tale ultimo convincimento, relativamente al quesito n. 2, è maturato principalmente alla luce della peculiarità della procedura in oggetto, nella quale il PEF costituisce il nucleo centrale degli interventi, consentendo di verificare la sostenibilità della proposta di iniziativa privata da parte del promotore sotto il profilo dei ricavi attesi e dei relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di produzione e gestione (v. Cons. St., V, n. 4346/2009; Tar Campania, Napoli, I, n. 9571/2004). Si è affermato in giurisprudenza, in un precedente significativo, che “il PEF, infatti, esplicita e rende comprensibile il modo in cui l’offerente ritiene di poter conseguire i risultati migliorativi formalizzati nel rilancio finale nella fase negoziata. Esso costituisce dunque il documento che individua e chiarisce le ragioni giustificatrici dell’offerta e che perciò racchiude in sé tutti gli elementi per la valutazione e l’apprezzamento contenutistico dei ribassi offerti. Il PEF rappresenta e definisce i valori di partenza (in particolare, i ricavi attesi e i relativi flussi di cassa in rapporto

ai costi di costruzione e di gestione stimati) e ne spiega la sostenibilità nell'equilibrio economico finanziario dell'intera operazione. Le correnti definizioni della finanza di progetto pongono tutte l'accento, del resto, sull'elemento centrale del finanziamento, che trova garanzia, per il finanziatore, non già nel profilo soggettivo di affidabilità dell'operatore economico che ne beneficia, bensì nella credibilità dei flussi di cassa attesi dalla gestione dell'infrastruttura, nel loro equilibrio rispetto ai costi di costruzione e gestione” (Tar Campania, Napoli, I, n. 9571/2004, cit.).

Orbene, come riconosce nella vicenda qui in esame lo stesso CTU, a p. 32 della sua Relazione, deve ritenersi che “la rielaborazione del PEF non possa essere eseguita ora per allora in quanto verrebbe a mutare sostanzialmente l’offerta presentata; infatti la rielaborazione di SIS nel confermare la sostenibilità dell’offerta ha però, con l’introduzione dei nuovi costi dovuto sostanzialmente intervenire sui principali parametri del piano”.

Si vuole quindi sottolineare come, nell’ipotesi in cui i costi non fossero stati considerati nel PEF, la loro aggiunta – tanto più a distanza di due anni dalla data di elaborazione del progetto – avrebbe comportato un radicale mutamento dell’originario piano, che stravolge le più elementari regole procedurali ed altera il confronto concorrenziale.

Da qui l’inammissibilità di un accertamento istruttorio che permetta il virtuale rifacimento ex post del PEF, per ovviare all’omissione di un concorrente.

Né, si è ritenuto nella ricordata ordinanza istruttorio del 20.4.2010, sarebbe davvero risolutivo un accertamento che assumesse quale termine di confronto il solo utile di impresa, trascurando di considerare il più ampio parametro dell’equilibrio complessivo e della sostenibilità economico-finanziaria del progetto presentato, come tale non riducibile all’utile.

4.3.4. Quanto ora al primo quesito, il solo rimasto al vaglio del Tribunale, si reputa preliminarmente che - al cospetto delle osservazioni poste dalle difese di parte resistente e della controinteressata a fondamento dell’istanza di ricusazione, a proposito alle notizie diffuse dai mass-media relative ad indagini penali e a misure cautelari disposte nei confronti dell’Ing. Angelo Balducci (in epoca successiva al conferimento ed all’espletamento del presente incarico ed in merito a vicende apparentemente estranee ai fatti qui in contestazione) - sulla base della relazione depositata in atti non emergano manifesti indizi o segni di parzialità per affermare che il CTU non abbia adempiuto fedelmente al proprio incarico.

Si tratta piuttosto di stabilire se vi abbia adempiuto bene e di valutare la persuasività delle conclusioni cui è pervenuto, al lume delle ragioni esposte a loro fondamento. Ebbene, al riguardo, la relazione del CTU in merito al quesito 1 (pp. 20-29) non è immune da rilievi critici sulla base della semplice, e persino ovvia, considerazione che al CTU era stato formulato un quesito puntuale e preciso (in breve, se il Pef di Sis contenesse i costi del personale), e che questi, invece, ha offerto una risposta palesemente generica e perplessa, attraverso una duplice conclusione nella quale il Consulente prima dice una cosa e poi, subito dopo, afferma il suo esatto contrario. A pag. 28 si legge, infatti, al penultimo capoverso che “lo scrivente ritiene che prescindendo dagli aspetti formali, alla base delle argomentazioni addotte dai Consulenti di SABROM e Infrastrutture Lombarde, non può affermarsi, sia nella offerta presentata nella Procedura ristretta che in quella negoziata, che SIS abbia “dimenticato” di inserire i costi relativi al personale”. Salvo poi aggiungere, all’ultimo capoverso, che “in altre parole, sia con riguardo alla procedura ristretta che a quella negoziata, non sono emersi elementi sostanziali che consentano di escludere che nelle voci di conto esposte da Sis siano stati, o per errore, o volutamente, omessi i costi del personale”.

Dove la prima conclusione, apparentemente a favore di parte ricorrente, è formulata in termini dubitativi e perplessi al punto da essere contraddetta manifestamente dalla seconda conclusione con la quale, sempre in termini ipotetici e perplessi, si afferma (per così dire) il contrario.

E' evidente che le due affermazioni si elidono reciprocamente, ma è prima ancora dirimente osservare come né la prima né la seconda siano in alcun modo motivate dal Consulente, che si è limitato a riprodurre le contrapposte tesi prospettate in giudizio dalle difese, delle quali il Tribunale era già a conoscenza.

Si è quindi al cospetto di una consulenza d'ufficio, in disparte ogni ulteriore considerazione, gravemente deficitaria nelle premesse e nelle conclusioni, inutilmente prolissa nel confutare le tesi dei consulenti di parte e del tutto carente, invece, nell'offrire e nel motivare la propria versione dei fatti in contestazione.

4.3.5. Ciò nondimeno il Tribunale ritiene che non sia necessario rinnovare l'istruttoria, mediante una nuova CTU affidata ad un diverso consulente, per la ragione fondamentale che la relazione dell'Ing. Balducci può e deve essere valutata unitamente all'esito della verifica già disposta e sulla scorta delle allegazioni e di tutta la documentazione in atti. E che la cifra totale di tale valutazione non prova ciò che era preciso onere di Sis dimostrare, giusto il canone generale di cui all'art. 2697 c.c.: la presenza e la previsione nel PEF dei costi relativi al personale.

4.3.6. In definitiva, quindi, l'esito (al contrario, univoco) della verifica, suffragato da ampie argomentazioni ed immune da vizi logici, valutato in uno con la documentazione (in specie il PEF e la Relazione ad esso allegata), legittima e conforta la conclusione cui è pervenuta la Stazione appaltante in punto di esclusione del Consorzio Stabile SIS, privando di fondamento le censure contenute nel primo motivo di ricorso.

La centralità della questione esaminata con questo primo motivo, anticipa il Collegio, è tale da condurre ad un giudizio di infondatezza dell'intero ricorso non esplicando i residui motivi di ricorso, come si andrà ad illustrare, alcuna efficienza invalidante nei confronti degli atti impugnati.

5. Con il secondo motivo di ricorso è contestata la qualificazione della omissione rilevata (mancata indicazione dei costi) in termini di "grave irregolarità sostanziale" al solo fine, si afferma, di rendere operativa la prescrizione di cui al punto 10 della Lettera di invito che, (solo) a tali irregolarità, ricollega la misura dell'esclusione. Sul presupposto (si è già visto, però, contraddetto dalle risultanze istruttorie) che i costi del personale, ancorché non indicati nel modello Dicoter, fossero comunque contemplati nel PEF, parte ricorrente ritiene che la contestata omissione integri una mera irregolarità priva di alcuna rilevanza sostanziale in relazione alla quale l'esclusione si configurerebbe, oltre che come lesione del principio di favor participationis di derivazione comunitaria, come violazione della norma interna che tale principio recepisce, ovvero, l'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 in forza del quale "nei limiti previsti dagli articoli da 38 e 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati".

Coerente alla norma descritta, e pertanto anch'essa violata dall'operato della Stazione appaltante, sarebbe inoltre la previsione di cui al punto 8.7 della Lettera di invito alla fase negoziata in forza della quale "in ogni momento della procedura ILspa potrà chiedere ai concorrenti chiarimenti e/o precisazioni sulla dichiarazioni e sulla documentazione presentata".

Ciò posto, osserva il Collegio come l'infondatezza della censura discenda inevitabilmente dagli esiti istruttori già considerati che, evidenziando la radicale assenza nel PEF di un elemento di grande significato in ordine alla sostenibilità e



affidabilità del piano di gestione, non consentono di ricondurre detta omissione all'interno della categoria, peraltro come noto ampiamente discussa e di incerta latitudine, delle mere irregolarità formali.

A fronte della rilevata assenza nel PEF dei costi del personale, nessun chiarimento avrebbe potuto rivestire portata determinante ai fini delle ormai vincolate determinazioni della Stazione appaltante.

In linea generale, infatti, la facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti di richiedere chiarimenti ed integrazioni, per giurisprudenza costante, non può supplire ad errori o dimenticanze imputabili unicamente al concorrente, né consente interventi radicalmente modificativi dei termini negoziali dell'offerta, pena una inammissibile violazione del principio di par condicio (v. per tutti Tar Umbria n. 758/2008; Tar Lazio, Roma, I, n. 448/2006).

Nel peculiare caso di specie, anche a voler richiamare i principi e i criteri elaborati dalla giurisprudenza amministrativa sul terreno della verifica di anomalia, per applicarli anche alla verifica di congruità sul PEF, a mente dei quali sarebbe possibile la rimodulazione e l'aggiornamento di singole voci (v. in questo senso Tar Lombardia, Brescia, II, n. 1064/2009); tutto ciò incontra comunque il limite insuperabile del divieto di stravolgere l'offerta originaria, che non può trasformarsi in un quid di sostanzialmente nuovo o diverso per il tramite di giustificazioni e/o integrazioni (Cons. St., IV, n. 3554/2004).

E' evidente come nel caso in esame consentire a Sis di integrare, ovvero aggiungere di sana pianta, i costi mancanti avrebbe significato permetterle di presentare un nuovo piano economico finanziario, successivamente alla scadenza del termine di partecipazione alla procedura.

6. Con il terzo motivo di ricorso, parte ricorrente censura la motivazione del provvedimento di esclusione laddove, con argomentazioni che evidenzerebbero la superficialità dell'operato della Stazione appaltante, si afferma che "l'errore compiuto nella elaborazione del PEF ha natura sostanziale in quanto, ove si aggiungessero al PEF del Consorzio SIS i costi per il personale verrebbe automaticamente diminuito il tasso interno di rendimento (TIR) e, conseguentemente, non sarebbe più possibile confermare, inter alia, il diverso e più elevato TIR indicato nell'offerta economica del Consorzio SIS".

Il TIR, viene rilevato da parte ricorrente, in disparte ogni considerazione sulla sua natura di dato previsionale fondato su stime, è elemento la cui misura incide sulla sola remuneratività della concessione ed una sua eventuale diminuzione è rilevante, in senso sfavorevole, per il solo concessionario.

Ne deriva, quindi, che quand'anche i costi del personale non fossero inclusi nel PEF e dovessero essere considerati in aumento sulle (altre) voci di costo ivi contemplate, nessun interesse avrebbe l'Ente a contestare la circostanza alla concorrente se non nel caso, peraltro nemmeno ipotizzato, in cui l'aumento dei costi assuma livelli tali da rendere l'offerta economicamente inattuabile.

La censura è irrilevante ai fini del giudizio, oltre che infondata.

In disparte ogni valutazione circa l'interesse o meno della stazione appaltante a sindacare il dato in questione, deve rilevarsi che tale elemento non pregiudica la motivazione del provvedimento di esclusione, che trae un suo autonomo fondamento nell'omessa indicazione dei costi della manodopera. Tale contestata omissione, confermata all'esito dell'istruttoria, è infatti di per sé sufficiente a sostenere sotto il profilo motivazionale l'impugnata esclusione, sulla scorta del consolidato orientamento giurisprudenziale per il quale, al cospetto di atti amministrativi incentrati su due o più motivi, è sufficiente, ai fini della loro legittimità, che anche un solo motivo sia immune da vizi (v. Cons. St., IV, n. 69/1998; Tar Lazio, Roma, I,

n. 73/2008).

Si vuole quindi sottolineare, in altri termini, come la mancata considerazione dei costi per il personale, non consentendo di confermare l'equilibrio economico-finanziario espresso nel PEF del Consorzio Sis e contraddicendo la stessa offerta tecnica presentata nel corso della procedura ristretta, costituisca, in base alla *lex specialis*, una grave irregolarità sostanziale che giustificava, per ciò solo, l'esclusione dalla procedura, ristretta e negoziata.

Su di un piano più generale, è appena il caso di ricordare come, nella materia dei contratti pubblici, il costo del lavoro abbia ricevuto una considerazione ed un'attenzione del tutto particolare da parte del legislatore, a tutela tanto dei (diritti dei) lavoratori quanto della (sana e corretta) concorrenza tra gli operatori economici, come testimoniano gli artt. 86 e 87 del d.lgs. 163/2006, in tema di offerte anormalmente basse

La censura dedotta con il terzo motivo è anche infondata, ove si rifletta appena sull'importanza del "tasso interno di rendimento" e sul fatto che una sua variazione ha conseguenze dirette sull'intera offerta economica, comportandone una modifica *ex post*, come tale inammissibile, per le ragioni già evidenziate.

7. Con il quarto motivo di ricorso, viene eccepita l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento *ex art. 7 della l. n. 241/1990* che l'Amministrazione avrebbe dovuto indirizzare alla ricorrente prima di assumere ogni determinazione in ordine alla congruità e conformità del PEF.

La doglianza trova il suo presupposto sulla pretesa natura di atto di riesame, ancorché atipico, del provvedimento di esclusione, stante il già intervenuto giudizio di congruità del PEF, comunicato al Consorzio in uno con l'ammissione alla procedura negoziata, e che sarebbe stato rimesso in discussione dall'Amministrazione pur in assenza di nuovi elementi.

Ciò posto, deve rilevarsi come in linea generale, per giurisprudenza consolidata in tema di procedura ad evidenza pubblica, stante la natura di atto endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria, per il suo riesame non occorre la previa comunicazione *ex art. 7 l. 241/1990*, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, vantando l'aggiudicatario provvisorio una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento (v. per tutti Cons. St., V, n. 743/2010).

Tale convincimento vale anche nel particolare procedimento in oggetto, preordinato all'affidamento in concessione di un'autostrada attraverso la finanza di progetto, sul presupposto della natura unitaria della relativa procedura, sebbene sia divisa in una fase ristretta ed in una successiva fase negoziata, come ha ribadito ancora di recente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (v. n. 2155/2010).

Ma anche a non considerare tale profilo già di per sé dirimente, nel caso di specie saremmo comunque al cospetto di un vizio non invalidante, essendo stato ampiamente dimostrato, nel corso del presente giudizio, che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (art. 21 *octies* co. 2, secondo periodo, l. 241/1990).

8. Con il quinto motivo di ricorso si sostiene l'incompetenza del Responsabile del procedimento all'adozione della impugnata esclusione da parte, trattandosi di incombenza spettante alla Commissione giudicatrice la cui attività, una volta investita della funzione valutativa delle offerte formulate dai concorrenti si esaurirebbe unicamente con il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Il motivo è infondato in ragione del fatto che l'esclusione della ricorrente è avvenuta dopo la valutazione delle offerte tecniche, in una fase, quella volta al controllo prodromico all'aggiudicazione in via definitiva, nella quale non era più richiesta

l'attività della Commissione giudicatrice, ben potendo operare il responsabile del procedimento quale organo di amministrazione attiva (v. Cons. St., V, n. 661/2000).

9. In conclusione, per le ragioni sin qui evidenziate e sulla scorta dei dati istruttori offerti ed acquisiti in corso di causa, il ricorso di Sis è infondato e va respinto, confermandosi la legittimità della sua esclusione. Ne consegue la reiezione anche della domanda risarcitoria, peraltro formulata in termini generici e con clausole di mero stile, non ravvisandosi alcun danno ingiusto meritevole di essere risarcito.

10. Ciò posto, come ricordato in precedenza, il Consorzio Sis ha presentato motivi aggiunti con i quali ha contestato l'ammissione alla procedura tanto di Sabrom quanto di Coopsette, gli unici altri partecipanti alla gara, assumendo in via gradata, proprio nell'ipotesi in cui fosse respinto il gravame principale preordinato all'aggiudicazione, l'interesse strumentale alla riedizione della gara per effetto dell'esclusione di tutti i concorrenti rimasti.

10.1. La spettanza in linea di principio di tale interesse, strumentale e secondario, e con esso della legittimazione all'impugnazione, è peraltro variamente contestata dalle difese delle altre parti in causa.

10.2. Come questo Tribunale ha avuto già modo di osservare in un precedente conforme assai recente (v. Tar Lombardia, Milano, I, n. 514/2010), "il problema che viene in esame è quello della sussistenza o meno di un interesse a ricorrere, in capo al concorrente legittimamente escluso da una procedura di evidenza pubblica, che chieda l'annullamento di atti successivi ed ulteriori rispetto alla propria esclusione". Ciò posto, in tale circostanza, si è osservato che, "anche se di regola è sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto, onde ottenere la riedizione della gara stessa, deve in ogni caso ritenersi che un tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara, ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle distinte scansioni procedurali (C.S. Sez. V 29.12.2009 n. 8969). La fattispecie per cui è causa è identica a quella recentemente affrontata da C.S. 26.11.2009 n. 7443, il cui esame è particolarmente utile, avendo il giudice di secondo grado espressamente affermato la compatibilità del predetto orientamento, con i principi scaturenti dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008. Dalla lettura di C.S. n. 7443/09 si desume espressamente come la fattispecie per cui è causa, a differenza di quella esaminata dall'Adunanza Plenaria, non pone un problema di definizione dell'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale escludente, promossi da due candidati che reciprocamente si fossero lamentati dell'altrui ammissione alla gara. La fattispecie qui esaminata non involge quindi il presunto vincolo di equidistanza del giudice, nel delibare impugnazioni speculari, sul quale si incentra il precedente dell'Adunanza Plenaria, traendo spunto dal principio di imparzialità e dalla coerente necessità di trattare le parti in modo paritario. L'attuale controversia pone invece un più semplice problema di coordinamento tra una domanda principale, avente ad oggetto una determinazione amministrativa di esclusione, ed una ulteriore domanda contenuta nel medesimo ricorso, proveniente dalla medesima impresa, volta a censurare la prosecuzione della procedura concorsuale".

Per poi concludere, che "come quindi affermato dalla citata pronuncia del Consiglio di Stato n. 7443/09, pare irragionevole la pretesa di diversificare nettamente, al punto da riservare loro un trattamento processuale opposto, la posizione dell'operatore economico che non abbia partecipato affatto alla procedura di gara e la posizione dell'operatore che abbia preteso di farlo, omettendo però di esibire i requisiti di qualificazione necessari. L'aspettativa del concorrente escluso pare in altri termini non differente da quella ascrivibile ad un qualunque altro soggetto che,

non avendo partecipato alla gara, ambisca a candidarsi nell'eventuale rinnovazione della procedura".

10.3. Le citazioni che precedono servono anche a dare conto della più recente tendenza della giurisprudenza amministrativa - cui questa Sezione ha aderito con il precedente appena richiamato - che, sulla scorta della posizione più tradizionale e risalente nel tempo, esclude in capo al concorrente legittimamente escluso la legittimazione ad impugnare i successivi atti della procedura (v., altresì, Cons. St., V, n. 741 e 742/2009, 3319/2009, 8969/2009; VI, n. 766/2009).

10.4. Il Collegio non ignora, peraltro, come su tale tematica si siano registrati orientamenti differenti, favorevoli in taluni casi a riconoscere con una certa ampiezza tutela all'interesse strumentale alla ripetizione della gara, anche nei confronti del concorrente legittimamente escluso, qualora lo stesso contesti l'ammissione di tutti gli altri concorrenti ovvero deduca un vizio idoneo a travolgere in radice la procedura (v. Cons. St., V, n. 1134/2009, 2871/2008, 2629/2008 e 1589/2006)

L'esistenza di un contrasto giurisprudenziale suggerisce quindi prudenzialmente di esaminare anche gli altri profili, di rito e di merito, che, per le ragioni che di seguito saranno evidenziate, comporterebbero per altra via l'inammissibilità dei motivi aggiunti e/o, in estremo subordine, la loro infondatezza.

11. Sul piano del rito, una pronuncia di inammissibilità (ovvero secondo una diversa tesi, di improcedibilità) dei motivi aggiunti si imporrebbe, infatti, anche in ragione della fondatezza del ricorso incidentale, segnatamente del secondo motivo in esso dedotto da Sabrom avverso la mancata esclusione di Sis dalla procedura in oggetto, stante la sua natura paralizzante nei confronti (se non anche del ricorso introduttivo, quanto meno) dei motivi aggiunti.

La difesa di Sabrom, deducendo la violazione dell'art. 49 d.lgs. 163/2006 e dell'art. 15.4 del bando di gara, sostiene infatti l'invalidità dell'avvalimento cui è ricorso Sacyr, consorziata di Sis, relativamente al requisito dell'esperienza almeno decennale nella gestione di autostrade a pedaggio. Si contesta, in particolare, la mancanza di un espresso impegno dell'impresa ausiliare, Itinere Infraestructuras S.A., nei confronti (oltre che della consorziata Sacyr) di Sis e della stazione appaltante e la mancata produzione delle schede descrittive di cui all'art. 15 lett. h) del bando di gara.

Sabrom, ricorrente incidentale, allega in particolare l'inesistenza di un requisito necessario ai fini dell'avvalimento (anche di quello infragruppo, come parrebbe essere il caso di specie), la dichiarazione di impegno, sottoscritta dall'impresa ausiliaria, nei confronti tanto del concorrente quanto della stazione appaltante, a norma dell'art. 49 co. 2 lett. d).

Trattandosi di una circostanza negativa, spetta(va) naturalmente a controparte fornire la prova affermativa dell'esistenza di una simile dichiarazione allegata alla domanda di partecipazione alla procedura in oggetto. Sennonché Sis non ha fornito alcun elemento che tale dichiarazione sia stata effettivamente resa e sia stata allegata alla sua domanda di partecipazione, non producendo nel presente giudizio alcun documento contenente tale impegno (il solo documento in atti, relativo all'avvalimento, è stato prodotto da Sabrom e da Coopsette ed attesta unicamente la dichiarazione di Sacyr di avvalersi della società Itinere ma non, anche, l'impegno di questa ultima verso la stazione appaltante).

Ad onta, infatti, di quanto allegato nella memoria difensiva depositata il 19.2.2009 (cfr. p. 43), il documento datato 28.8.2007, recante "dichiarazione con cui l'impresa ausiliaria si impegna nei confronti della stazione appaltante", richiamato nella predetta memoria, non è stato mai prodotto in giudizio e non è pertanto agli atti di

questo processo. Secondo il noto principio di vicinanza del mezzo di prova, sarebbe stato onere di Sis produrlo in giudizio per confutare l'assunto di Sabrom. Poiché così non è stato, in assenza di alcuna giustificazione al riguardo, tale assunto deve ritenersi fondato, non avendo dimostrato Sis il possesso dell'esperienza decennale nella gestione di autostrade a pedaggio, richiesta dal bando di gara (15.1. lett. d) espressamente a pena di esclusione.

Ne consegue la fondatezza del ricorso incidentale e, per l'effetto (appunto "paralizzante"), l'inammissibilità dell'impugnazione avverso l'aggiudicazione in favore di Sabrom

12. Nel merito dei motivi aggiunti proposti dal Consorzio Sis, osserva incidentalmente il Collegio per maggiore completezza come le censure rivolte nei confronti della mancata esclusione di Sabrom vertono tutte sulle modalità con le quali i suoi soci (Milano Serravalle; Itinera, Sina; Impregilo) hanno reso le dichiarazioni sostitutive in ordine ai requisiti di moralità a norma dell'art. 38 d.lgs. 163/2006.

12.1 Si contesta, nel dettaglio, che:

1) il vice presidente della Milano Serravalle s.p.a. (Arcangelo Marella) non abbia reso la dichiarazione ex lett. b) e che, inoltre, la dichiarazione resa per lui dal legale rappresentante sia generica;

2) per il vice presidente (Giuseppe Sambo, cessato il 29.4.2008) per i tre direttori tecnici (Gianni Rossi, Sandro Didoné, Maurizio Martinato, cessati nell'ordine il 31.12.2007, 31.1.2008, 31.5.2008) della Itinera s.p.a. mancano le dichiarazioni ex lett. b), mentre le dichiarazioni ex lett. c) sono state rilasciate dal legale rappresentante e non dagli interessati;

3) lo stesso discorso per Impregilo s.p.a., riguardo all'amministratore delegato (Lina) e a due direttori tecnici (Silva e Malvagna), e per Sina s.p.a. riguardo al suo Presidente (Gavio);

4) sempre riguardo alla Sina s.p.a., sarebbero state omesse le dichiarazioni di Mario e Giuliano Bruno, sebbene muniti entrambi del potere di rappresentanza.

12.2. A tali censure ha replicato Sabrom, sostenendo la possibilità che le dichiarazioni sostitutive potessero fossero rese dal legale rappresentante per conto degli altri amministratori, muniti del potere di rappresentanza; che Mario e Giuliano Bruno, di Sina s.p.a., fossero privi del potere di rappresentanza; che tutti gli altri soggetti per i quali è stata omessa la dichiarazione ex lett. b) fossero cessati dalla carica in data anteriore alla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura negoziata e, quindi, onerati solamente della dichiarazione ex lett. c).

12.3. Ciò posto, la prima questione attiene alla possibilità che il dichiarante (il legale rappresentante) renda dichiarazioni sostitutive relative anche ad altri soggetti (i cessati dalla carica), a norma dell'art. 47 co. 2 d.p.r. 445/2000. E' sufficiente sul punto richiamare il precedente del tutto conforme di questa Sezione (Tar Lombardia, I, n. 5200/2009, in precedenza v. Tar Sicilia, Catania, I, n. 1772/2008; v. altresì, di recente, AVCP, Determinazione n. 1 del 12.1.2010), nel senso dell'ammissibilità, in linea generale, di tale modalità di adempimento all'onere di rendere le dichiarazioni sostitutive. Tanto più che nel caso in esame tale possibilità sembrava, inoltre, espressamente ammessa dal Bando di gara (cfr. sub15.2).

12.4. Quanto alla formula da utilizzare per rendere la dichiarazione relativamente a soggetti terzi, a fronte delle censure di genericità avanzata dal Consozio Sis, deve osservarsi come l'art. 47 cit. non tipizza l'uso di alcuna formula particolare e come, nel caso in esame, la formula impiegata sia stata sufficientemente puntuale, anche tenuto conto dell'espresso richiamo alle conseguenze penali di eventuali falsità.

In conclusione, reputa il Tribunale che la formula adoperata abbia impegnato

inequivocabilmente la responsabilità del dichiarante. Dopodiché la produzione, nel presente giudizio, dei certificati penali attestanti l'assenza di qualunque precedente, vale a confermare la veridicità di dette dichiarazioni.

12.5. Quanto al secondo ordine di motivi, la difesa di Sabrom muove dalla premessa per cui, nell'ambito della procedura negoziata, la sola alla quale Sabrom abbia partecipato (trattandosi del Promotore), dovesse tenersi conto della situazione societaria esistente alla data di presentazione della domanda di partecipazione e, quindi, solo in quel momento (e non in epoca precedente), distinguere tra amministratori ancora in carica ed amministratori ormai cessati dalla stessa.

A mente di tale presupposto, Sabrom rileva come tutti i nominativi di amministratori indicati da Sis, per i quali lamenta l'omessa dichiarazione ex art. 38 lett. b), fossero da considerarsi cessati dalla carica e, come tali, onerati solamente della dichiarazione ex lett. c), effettivamente presentata, e non anche di quella ex lett. b), dal momento che tale disposizione di legge contempla solamente gli amministratori in carica.

Reputa il Tribunale che - a fronte della peculiarità della procedura (di project financing) in oggetto, unitaria ma pur sempre articolata in fasi distinte, ed al cospetto di una lex specialis (bando e lettera di invito) non inequivoca sul punto - siffatta tesi sia persuasiva, al punto da giustificare, in questo caso, quanto meno (in corso di gara) una richiesta di chiarimenti e di integrazione documentale a norma dell'art. 46 d.lgs. 163/2006, anziché l'immediata ed automatica esclusione, trattandosi in ipotesi di un'incompletezza, peraltro marginale, non imputabile a negligenza dell'impresa concorrente. Tanto più che in giudizio Sabrom ha prodotto i certificati del casellario giudiziario di tutti gli amministratori cessati, attestanti l'assenza di qualunque precedente (v. documentazione depositata il 7.5.2010).

12.6. Infine, quanto ai procuratori speciali di Sina (Mario e Giuliano Bruno), in disparte il noto contrasto giurisprudenziale sulla tassatività o meno delle figure soggettive contemplate nell'art. 38 co. 1 lett. c) (si pensi alla figura dell'istitutore ed agli opposti orientamenti sulla possibilità di un'interpretazione estensiva, se non addirittura analogica, della norma), è dirimente osservare come nel caso di specie, sulla scorta della documentazione societaria prodotta (lo Statuto di Sina), sia da escludere che detti soggetti fossero titolari di un effettivo ed autonomo potere decisionale e/o di rappresentanza e, quindi, anche a voler seguite la tesi più sostanzialistica, onerati a rendere la dichiarazione sui precedenti penali.

12.7. Da qui l'infondatezza dei motivi aggiunti proposti nei confronti dell'ammissione alla procedura ristretta di Sabrom.

13. In conclusione, per tutte le ragioni sin qui evidenziate, il ricorso introduttivo del Consorzio Sis nei confronti della propria esclusione è infondato e va respinto, conseguendone l'inammissibilità dei motivi aggiunti proposti avverso la successiva aggiudicazione provvisoria in favore di Sabrom.

14. Le spese e gli onorari seguono la regola generale della soccombenza e sono liquidati in via equitativa, in assenza di notula di parte, negli importi in dispositivo. Nel rapporto processuale tra Sis ed Infrastrutture si ravvisano peraltro giusti motivi per una compensazione parziale, pari alla metà, in considerazione del ritardo con il quale la stazione appaltante ha constatato l'assenza dei costi per il personale, sul rilievo che la tardiva verifica di tale omissione possa avere concorso ad originare la presente controversia. Nei confronti delle parti intervenienti le spese possono essere compensate per intero.

15. I compensi per il Verificatore e per il CTU sono posti a carico di Sis, quale parte soccombente in giudizio, e sono liquidati, in assenza di notula, in importi differenti, proporzionati alla qualità e all'utilità delle prestazioni fornite al giudicante, pari

rispettivamente ad euro 3.000,00 e ad euro 2.000,00.  
P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, Prima Sezione, definitivamente pronunciando nei giudizi riuniti in epigrafe, disattesa ogni contraria domanda istanza ed eccezione, così provvede:

1) dichiara estinto per rinuncia il ricorso n. 2267/2008 proposto da Coopsette e per l'effetto improcedibile il ricorso incidentale proposto in tale sede da Sabrom, compensando sull'accordo delle parti le spese di lite;

2) respinge il ricorso n. 1543/2008 proposto dal Consorzio Stabile Sis;

3) dichiara inammissibili i motivi aggiunti del Consorzio Stabile Sis e per l'effetto improcedibile il ricorso incidentale proposto da Sabrom nel giudizio n. 1543/2008;

4) compensa per metà le spese e gli onorari di lite tra il Consorzio Stabile Sis ed Infrastrutture Lombarde condannando il primo a rifondere al secondo la restante metà liquidata complessivamente in misura pari ad euro 7.500,00

(settemilacinquecento/00) oltre ad Iva, Cpa come per legge;

5) condanna il Consorzio Stabile Sis a rifondere a Sabrom le spese e gli onorari di lite liquidati complessivamente in misura pari ad euro 15.000,00 (quindicimila/00) oltre ad Iva e Cpa come per legge;

6) compensa integralmente le spese tra tutte le restanti parti del ricorso n. 1543/2008;

7) pone il compenso del Verificatore e del CTU definitivamente a carico del Consorzio Stabile Sis, liquidando in favore del primo l'importo di euro 3.000,00 (tremila/00) ed in favore del secondo quello di 2.000,00 (duemila/00)

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18/05/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente FF, Estensore

Mauro Gatti, Referendario

Laura Marzano, Referendario

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO