



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5991 del 2010, proposto da:  
Consorzio Stabile SIS S.c.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentato e difeso dagli avv. Raffaella di Tarsia di Belmonte, Patrizio  
Leozappa, Pierluigi Piselli e Giuseppe Rusconi, con domicilio eletto presso lo  
studio di quest'ultimo in Roma, via G. Mercalli, 13;

***contro***

Infrastrutture Lombarde Spa in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentata e difesa dagli avv. Nico Moravia, Giorgia Romitelli ed Ernesto  
Stajano, con domicilio eletto presso Nico Moravia in Roma, via Bocca di Leone,  
78;

***nei confronti di***

-Sabrom Società Autostrada Broni Mortara Spa, in persona del legale  
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Alberto M. Bruni e  
Giuseppe Morbidelli, con domicilio eletto presso lo studio dei medesimi in Roma,  
via G. Carducci, 4;

-Regione Lombardia in persona del Presidente della Giunta Regionale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Piera Pujatti e Pio Dario Vivone, con domicilio eletto presso Marcello Mole' in Roma, via Nicolo' Porpora, 16;

-Coopsette Soc. Coop. in persona del legale rappresentante pro tempore rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Pellegrino, Gualtiero Pittalis e Maria Giulia Roversi Monaco, con domicilio eletto presso lo studio dei primi due in Roma, corso del Rinascimento, 11;

-Autostrada del Brennero Spa, Impresa Pizzarotti & C. Spa e Profacta Spa in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO SEZIONE I n. 01701/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO PROGETTAZIONE, COSTRUZIONE E GESTIONE DELL'AUTOSTRADA REGIONALE "INTEGRAZIONE SISTEMA TRANSPADANO-DIRETTRICE BRONI-PAVIA-MORTARA"- RIS. DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Infrastrutture Lombarde Spa (appellante incidentale);nonchè di Sabrom Spa, di Regione Lombardia e di Coopsette Soc.Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2010 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Piselli, Rusconi, Moravia, Stajano, Bruni, Morbidelli, Pujatti e Pellegrino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I

1. L'odierno giudizio ha per oggetto una procedura per l'affidamento in regime di concessione, secondo lo schema del project financing, della progettazione definitiva, del relativo studio di impatto ambientale, della progettazione esecutiva, della costruzione e della gestione di un tratto autostradale regionale (Broni, Pavia, Mortara).

Avvalendosi del disposto dell'art. 10 bis, comma 1, della Legge regionale n.9 del 2001 la Giunta Regionale della Lombardia, con Delibera n. VIII/001789 del 25.01.06, conferiva le funzioni relative alla realizzazione dell'opera ad Infrastrutture Lombarde spa affinché procedesse ad individuare, ai sensi dell'art. 3 del regolamento regionale 8 luglio 2002, n.4, il soggetto promotore incaricato di redigere il progetto preliminare dell'autostrada regionale, tratto Broni–Mortara.

Tale soggetto, all'esito di procedura selettiva, 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 ed 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, era 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;

- una seconda fase (c.d. procedura negoziata), nel corso della quale l'Amministrazione, in contraddittorio con i competitori ed il promotore, veniva chiamata a definire le soluzioni progettuali maggiormente confacenti all'interesse pubblico e ad individuare il soggetto concessionario..

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 piano economico finanziario (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) ed, in ultima posizione, dall'Ati Coopsette (punti 55,7934).

Esperate 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 Consorzio SIS, aggiudicatario provvisorio, non aveva indicato, secondo il 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 a firma del responsabile unico del procedimento (RUP), la stazione appaltante provvedeva quindi all'esclusione del Consorzio ed in data 04.07.08 aggiudicava in via provvisoria la concessione alla Sabrom.

2. Il Consorzio SIS con ricorso iscritto al n. 1543/2008, impugnava la esclusione dinanzi al Tar Lombardia, sede di Milano, contestando la configurabilità del presupposto fattuale della pretesa omissione (relativamente alla incompleta compilazione del PEF rispetto al modello Dicoter) ed eccependo, in ogni caso, l'illegittimità della sua qualificazione in termini di "grave irregolarità sostanziale".

Deduceva, inoltre, diversi profili di illegittimità riferiti, in particolare, alla motivazione 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.

La Infrastrutture Lombarde, costituitasi in giudizio, e la Regione Lombardia, intervenuta in giudizio ad opponendum, eccepivano preliminarmente l'inammissibilità del gravame, per mancata notifica alla controinteressata Sabrom e, nel merito, confutavano le avverse doglianze chiedendo la reiezione del ricorso.

Nella Camera di Consiglio del 23 luglio 2008, con ordinanza n.1192/2008, il Tar, preso atto delle argomentazioni difensive della ricorrente circa l'inclusione nel PEF dei costi del personale, ancorché non fossero stati indicati specificamente, e ritenuta la rilevanza della circostanza ai fini della decisione, chiedeva 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 adempiva con la relazione del 29.09.08).

Nelle more, Infrastrutture Lombarde continuava la procedura di gara e, per effetto dell'esclusione del Consorzio SIS, con provvedimento del 4.07.08, procedeva alla provvisoria aggiudicazione in favore di Sabrom, seconda classificata.

In data 10.10.08, Coopsette depositava atto di intervento ad opponendum nel giudizio n. 1543/2008, sostenendo la legittimità dell'esclusione del Consorzio SIS.

3. La medesima Impresa, con un distinto ricorso notificato alla stazione appaltante il 17.10.08, impugnava il nuovo provvedimento di aggiudicazione provvisoria con ricorso iscritto al n. 2267/2008, 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, confutavano 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 erano sospesi nelle more dell'acquisizione istruttoria dei PEF di Coopsette e Sabrom.

Con atto notificato il 21.11.08, Sabrom proponeva 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 rappresentanti 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, evidenziava 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 integrava le proprie doglianze relativamente all'ammissione alla gara della ricorrente Coopsette rilevando ulteriori profili di illegittimità riferiti alle dichiarazioni prodotte da quest'ultima .

4. Con successivi atti per motivi aggiunti al ricorso proposto nel giudizio n. 1543/2008, il Consorzio SIS impugnava l'aggiudicazione provvisoria in favore di

Sabrom, nonché gli atti e i verbali di gara con cui quest'ultima e Coopsette erano state ammesse alla procedura ristretta, nonché gli atti del successivo segmento procedurale, nella parte in cui le due Imprese non erano state escluse.

In tale sede, il Consorzio ricorrente:

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

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

Deduceva, 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.

Nei propri scritti difensivi il Consorzio SIS eccepiva la tardività del ricorso incidentale della Sabrom.

5. A seguito della pubblica udienza del 25 febbraio 2009, fissata per la discussione nel merito dei gravami, con ordinanza del Tar n. 173/2009 era disposta una

consulenza tecnica d'ufficio, in entrambi i ricorsi, nominando all'uopo l'allora Presidente del Consiglio superiore dei lavori pubblici, e formulando sei quesiti riguardanti tanto il PEF di SIS quanto quelli di Coopsette e di Sabrom.

Prima ancora che il CTU avesse prestato giuramento, con atto del 18.9.2009, sottoscritto per accettazione da tutte le altre parti in giudizio, Coopsette rinunciava 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 presentavano una nuova istanza istruttoria chiedendo, tra l'altro, la ricusazione del CTU.

All'esito dell'udienza pubblica del 20.4.2010 il Tar respingeva l'istanza di ricusazione e, anche alla luce dell'intervenuto atto di rinuncia di Coopsette, revocava 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 era discussa e passata in decisione.

6. Il Tar definiva il giudizio di primo grado con la sentenza del 28 maggio 2010 n.1701 che così provvedeva:

-dichiarava 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;

- respingeva il ricorso n. 1543/2008 proposto dal Consorzio Stabile Sis;

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

-compensava 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;

- condannava 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;
- compensava integralmente le spese tra tutte le restanti parti del ricorso n. 1543/2008;
- poneva 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).

## II

1. La sentenza è stata impugnata, in parte qua (soccombenza sia quanto all'originario ricorso n.1543/2008 sia quanto ai motivi aggiunti) dal Consorzio stabile SIS S.c.p.a. che:

- ha censurato le argomentazioni con le quali il Tar ha respinto i cinque motivi del suo ricorso originario diretti contro la esclusione dalla procedura concorsuale;
- ha lamentato l'omessa pronuncia sulla eccezione di inammissibilità per tardività del ricorso incidentale di Sabrom s.p.a.nel giudizio n.1543/2008 (violazione dell'art.112 c.p.c.); ha sostenuto nel merito che il ricorso stesso era infondato;
- ha riproposto i motivi aggiunti avverso la ammissione e l'aggiudicazione provvisoria della gara alla Sabrom, affermando di avere interesse strumentale al loro esame (in via subordinata al rigetto dell'originario ricorso principale) e censurando le argomentazioni reiettive del Tar;
- ha riproposto altresì i vizi di legittimità relativi alla ammissione dell'Ati Coopsette, non esaminati dal Tar .

Ha concluso chiedendo l'annullamento degli atti impugnati in primo grado, con rigetto del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Sabrom spa, nonché di conseguenza il risarcimento dei danni in forma specifica, mediante l'indicazione alla resistente Infrastrutture Lombarde spa dell'adozione delle idonee misure per

l'aggiudicazione della gara alla appellante o, in subordine, mediante il risarcimento del danno per equivalente, nella misura minima del 10% del valore della concessione di costruzione e gestione.

Si sono costituiti:

- Infrastrutture Lombarde, che, oltre a controdedurre puntualmente, ha proposto appello incidentale, deducendo error in iudicando nella parte in cui la sentenza del TAR ha respinto la eccezione di inammissibilità dell'originario ricorso del Consorzio, (per mancato riconoscimento della qualifica di controinteressato in capo a Sabrom e mancata considerazione della conoscenza della graduatoria da parte del Consorzio), nonché conseguente inammissibilità dei successivi motivi aggiunti;

- Sabrom s.p.a. che ha svolto dettagliate difese, in particolare chiedendo la declaratoria di irritualità del primo motivo d'appello (per mancata impugnazione della lex specialis laddove era prevista la compilazione del modello Dicoter e per omessa contestazione sul punto della sentenza del Tar) e comunque la reiezione dell'appello principale; oltre a controdedurre nel merito la società ha altresì eccepito la inammissibilità e la irricevibilità dei motivi aggiunti proposti da SIS avanti al TAR in via subordinata; ha poi svolto argomenti a sostegno della tempestività del suo originario ricorso incidentale e della fondatezza del relativo secondo motivo, con riproposizione del primo;

- la Regione Lombardia che del pari, alla stregua di puntuali argomentazioni, ha eccepito la irritualità dell'originario ricorso del Consorzio SIS (con tesi analoghe a quelle contenute nell'appello incidentale di Infrastrutture Lombarde) e ha chiesto comunque la reiezione dell'appello principale;

- Coopsette rilevando che essa è autonomamente uscita dalla procedura, una volta che il tempo trascorso aveva fatto scadere le offerte e la stessa in virtù di altri impegni assunti non ha inteso rinnovarne la validità, ricevendo pertanto la

restituzione della offerta e delle fideiussioni; ne consegue che l'appellante al fine di perseguire la propria dichiarata finalità volta alla ripetizione della procedura non ha alcuna necessità e quindi nemmeno interesse ad instare per la esclusione di un soggetto (Coopsette) che è già fuori dalla procedura e che per le stesse ragioni ha anche rinunciato al proprio autonomo ricorso in prime cure.

Nella camera di consiglio del 31 agosto 2010, la trattazione della istanza cautelare è stata rinviata al merito.

Le parti in memorie difensive hanno approfondito le proprie tesi e contrastato quelle avversarie.

In particolare:

- il Consorzio SIS ha chiesto una nuova istruttoria, ai fini di uno specifico e risolutivo approfondimento in ordine alla tematiche che avevano già formato oggetto della verifica e della CTU esperite in prime cure; ha inoltre fatto presente che dopo il deposito della sentenza di prime cure, l'Amministrazione ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva alla Sabrom e che tale provvedimento è stato tempestivamente impugnato dal Consorzio stesso avanti al Tar Lombardia, Sede di Milano; inoltre l'avvenuta comunicazione della aggiudicazione definitiva ( in contrasto con la mancata comunicazione di quella provvisoria) renderebbe inammissibile l'appello incidentale, di cui si contesta comunque la fondatezza;

- Infrastrutture Lombarde ha sviluppato ampie difese dirette tra l'altro ad evidenziare la irritualità del ricorso originario di SIS e la irritualità sotto vari profili dei motivi aggiunti di primo grado (inammissibilità dell'appello rispetto alla riproposizione dei motivi aggiunti dedotti in primo grado; carenza di legittimazione del concorrente escluso a contestare l'ammissione degli altri concorrenti; tardività dei motivi aggiunti), ha contestato l'istanza istruttoria di controparte e ha affermato

di avere da ultimo aggiudicato in via definitiva la concessione alla Sabrom, in particolare dopo verifica dei requisiti dalla stessa dichiarati in sede di gara;

- Sabrom, opponendosi tra l'altro alla istanza istruttoria del Consorzio SIS.

Alla pubblica udienza del 10 dicembre 2010, le parti hanno ribadito le proprie difese. Quanto alla aggiudicazione definitiva è risultato che il Consorzio ha altresì prodotto motivi aggiunti e che la vertenza pende avanti al Tar per la decisione di merito.

Gli appelli sono quindi passati in decisione.

## DIRITTO

I

1. Viene in decisione l'appello proposto dal Consorzio SIS avverso la sentenza del Tar Lombardia, Sez. I, n. 1701/2010.

La controversia riguarda la procedura di affidamento in regime di concessione della progettazione definitiva, del relativo studio di impatto ambientale, della progettazione esecutiva, della costruzione e della gestione della autostrada regionale lombarda "Integrazione del sistema transpadano, Direttrice Brioni-Pavia Mortara", indetta da Infrastrutture Lombarde s.p.a..

In sintesi sono oggetto di contestazione :

- l'esclusione dalla gara del Consorzio SIS (atto in data 2 luglio 2008, del RUP di Infrastrutture Lombarde, impugnato avanti al Tar Lombardia con ricorso n.1543/2008);

- l'aggiudicazione provvisoria in favore della Sabrom, adottata in data 4 luglio 2008 dal RUP di Infrastrutture Lombarde, e impugnata avanti al Tar Lombardia dal Consorzio con motivi aggiunti, unitamente alla ammissione e alla mancata esclusione di Sabrom e di Ati Coopsette.

2. In via di premessa , il Collegio osserva che la res controversa può essere inquadrata facendo riferimento ai seguenti principi giurisprudenziali condivisi dal Collegio:

- l'onere per l'impresa di impugnare tempestivamente gli atti della procedura di evidenza pubblica, ad eccezione dell'esclusione dalla gara o delle clausole del bando immediatamente preclusive della partecipazione alla gara stessa, sorge in presenza dell'aggiudicazione definitiva (Cons. Stato , sez. V, 12 luglio 2010 , n. 4483);
- l'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, sicché è inidonea a produrre la definitiva lesione della ditta non risultata aggiudicataria, che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, che non costituisce atto meramente confermativo della prima ed in riferimento esclusivamente alla quale, quindi, va verificata la tempestività del ricorso (Cons. Stato, sez. VI, 06 aprile 2010 , n. 1907);
- il carattere endoprocedimentale e di mera aspettativa dell'aggiudicazione provvisoria rende la sua impugnazione oggetto di una facoltà, ma non di un onere, essendo l'atto effettivamente lesivo quello conclusivo del procedimento, da impugnare in ogni caso (Cons. Stato, sez. V, 07 maggio 2008 , n. 2089);
- è da valutare improcedibile il ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria qualora non sia stata impugnata l'aggiudicazione definitiva, benché conosciuta, con conseguente consolidarsi degli effetti di quest'ultima, atteso che l'aggiudicazione definitiva non è atto meramente confermativo o esecutivo, ma provvedimento che, anche quando recepisca i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una nuova ed autonoma valutazione degli interessi pubblici sottostanti, con conseguente necessità di impugnativa autonoma della stessa, a pena di improcedibilità del ricorso proposto contro l'aggiudicazione provvisoria (Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8153 e 8154; 11 maggio 2010, n. 2817);

- ne consegue che, una volta che la aggiudicazione definitiva sia intervenuta, l'interesse idoneo a sorreggere l'impugnativa si sposta dal giudizio sull'aggiudicazione provvisoria a quello sull'aggiudicazione definitiva, ed è nell'ambito di quest'ultimo giudizio che il concorrente può utilmente ottenere la tutela della propria posizione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2008 , n. 5691).

3. In questa prospettiva vanno anzitutto esaminate le questioni riguardanti la esclusione, immediatamente impugnabile e impugnata dal Consorzio SIS avanti al Tar Lombardia, Milano con il ricorso n. 1543/2008.

In punto di fatto va ricordato che la procedura di affidamento della concessione si articolava in due fasi: la prima delle quali gestita con procedura ristretta per individuare i due competitori, la seconda con una procedura negoziata tra questi ed il promotore.

Il Consorzio SIS si era aggiudicato in via provvisoria la concessione avendo formulato la migliore offerta dopo la procedura negoziata ma era stato escluso, con atto del 2 luglio 2008, dal responsabile unico del procedimento ( RUP) per non conformità del piano economico finanziario (PEF) al modello Dicoter ed alle regole di gara.

In sintesi il RUP:

- premetteva di avere svolto, ai fini della aggiudicazione definitiva, le necessarie verifiche sull'offerta presentata nella gara dal Consorzio SIS e tra esse quelle relative alla conformità del PEF allegato alla offerta rispetto ai contenuti della lettera di invito e alla sua congruità;
- quanto alla procedura ristretta rilevava che il Consorzio aveva ommesso di considerare i costi relativi al personale e che non vi erano quindi i presupposti per ammettere l'offerta del Consorzio SIS alla procedura negoziata; tale omissione costituiva grave irregolarità sostanziale perché non consentiva di confermare

l'equilibrio economico-finanziario espresso nel PEF del Consorzio SIS, il quale aveva espressamente dichiarato nella sua stessa offerta tecnica l'esistenza dei costi in esame; 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;

- svolgeva analoghe considerazioni con riferimento alla procedura negoziata, rilevando in particolare che la considerazione dei costi in esame era espressamente richiesta dal modello Dicoter, nonché dall'offerta tecnica del Progetto Preliminare Migliorato messo a base di gara nella procedura negoziata.

L'atto del RUP era tempestivamente impugnato dal Consorzio SIS avanti al Tar con il citato ricorso n.1543/2008, notificato ad Infrastrutture Lombarde e non anche alla Sabrom (seconda classificata nella originaria graduatoria) e divenuta aggiudicataria provvisoria (atto del RUP in data 4 luglio 2008).

Rispetto a tale esclusione, immediatamente impugnabile in termini decadenziali, sono discusse la ammissibilità dell'originario ricorso (ritenuta dal TAR e contestata nell'appello incidentale di Infrastrutture Lombarde per mancata notifica alla Sabrom) e nel merito la legittimità della stessa (ritenuta dal TAR e contestata dal Consorzio SIS con appello principale).

4. Come detto, nel corso del giudizio di primo grado, Infrastrutture Lombarde aveva contestato l'ammissibilità della iniziativa giurisdizionale del Consorzio SIS per mancata notifica alla società Sabrom, sostenendo che tale società aveva assunto la qualifica di controinteressata dal momento che era giunta in graduatoria dietro il Consorzio SIS e sarebbe diventata automaticamente aggiudicataria della gara per effetto della esclusione del medesimo Consorzio.

Assume l'appellante incidentale che essendo la esclusione disposta solo dopo la approvazione della graduatoria, la figura del controinteressato era già delineata al momento della notifica del ricorso: la esclusione avrebbe comportato lo scorrimento della graduatoria e l'automatica aggiudicazione al secondo classificato con l'effetto che questo ultimo veniva a radicare un interesse contrario all'accoglimento del ricorso dal momento che la sua aggiudicazione sarebbe dipesa dall'esito del ricorso proposto dal soggetto escluso.

Del resto l'amministrazione aveva redatto e comunicato la graduatoria a tutti i concorrenti che avevano partecipato alla seduta pubblica del 17 giugno 2008 alla quale il Consorzio SIS aveva partecipato tramite i propri rappresentanti. A nulla rileverebbe che la esclusione del Consorzio e l'aggiudicazione provvisoria in favore della Sabrom non erano stati contestuali, circostanza decisiva per i giudici di primo grado.

Il Tar riteneva, infatti, di non accogliere la eccezione osservando che alla data della propria esclusione, il Consorzio SIS era aggiudicatario in via provvisoria della procedura (negoziata) e che la stazione appaltante aveva proceduto alla rideterminazione della graduatoria solamente in epoca successiva all'adozione dell'atto di esclusione del 2.7.2008, aggiudicando (sempre provvisoriamente) la gara 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 aveva proposto motivi aggiunti, notificati a Sabrom il 12.12.2008.

Le considerazioni del Tar meritano conferma.

Come rilevato dal primo giudice e per condivisibile indirizzo giurisprudenziale, rispetto al ricorso proposto avverso l'esclusione da una gara pubblica non è configurabile 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, mentre l'aggiudicatario anche se provvisorio di una gara

di appalto 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 solo in tale ipotesi rendersi conto del fatto che la sua impugnativa incide sulla posizione di altro soggetto partecipante (cfr. Cons. Stato, V, 27 ottobre 2005, n. 6004 e 22 aprile 2002, n. 2180).

Nel caso di specie, l'esclusione di SIS e l'aggiudicazione provvisoria nei confronti di Sabrom non sono avvenute contestualmente ma in sedute di gara distinte (rispettivamente il 2 e il 4 luglio 2008); tale aggiudicazione non è stata poi comunicata al Consorzio; né in ogni caso è decisiva la tesi della difesa della stazione appaltante secondo cui dalla esclusione di SIS discendeva, quale effetto automatico, lo scorrimento della graduatoria, dovendosi ritenere che la nuova aggiudicazione in favore di Sabrom non avesse un esito scontato ma fosse subordinata all'esito positivo di apposite verifiche (cfr. verbale 17 giugno 2008).

In conclusione l'appello incidentale deve essere respinto.

## II

1. Può ora passarsi ad esaminare i vari motivi dell'appello principale nella parte in cui sono rivolti contro la sentenza in epigrafe recante rigetto dell'originario ricorso relativamente alla esclusione del Consorzio SIS.

1.1. Il primo e fondamentale motivo proposto dal Consorzio SIS è infondato.

Come accennato in narrativa il RUP di Infrastrutture Lombarde adottava il provvedimento di esclusione in data 2 luglio 2008, rilevando che, tanto nella redazione del PEF prodotto in sede di procedura ristretta, che in quello prodotto in sede di procedura negoziata, il Consorzio SIS, aggiudicatario provvisorio, non aveva indicato nei PEF, secondo il prescritto modello Dicoter, l'ammontare dei costi del personale e ritenendo che l'omissione integrasse una sostanziale violazione della lex specialis di gara.

Rileva in particolare l'appellante, con richiamo al primo motivo dell'originario ricorso, che :

- il PEF del Consorzio SIS era stato, all'esito della fase ristretta, valutato dal RUP come conforme alla lettera di invito con un giudizio che veniva ribaltato successivamente senza che nelle more fossero stati acquisiti ulteriori elementi istruttori. Lo stesso PEF era stato preventivamente valutato in modo positivo dall'Istituto di credito che lo aveva asseverato attestandone l'equilibrio economico finanziario; da qui un profilo di carenza di motivazione del provvedimento di esclusione, inidoneo secondo l'appellante ad evidenziare il percorso logico-giuridico seguito dal RUP, profilo peraltro non preso nemmeno in considerazione dal primo giudice con violazione dell'articolo 112 del c.p.c.; la stazione appaltante, con conseguente travisamento dei fatti, avrebbe ritenuto che il costo del personale non era individuabile alla stregua del PEF, senza compiere una sostanziale analisi dei contenuti economici del PEF elaborato da Consorzio SIS ; si sarebbe infatti limitata a riscontrare una mera irregolarità formale nella compilazione del modello Dicoter e a rilevare la mancata compilazione del rigo riservato ai costi del personale, dal che ha tratto l'immediato convincimento che l'equilibrio economico finanziario del PEF, al pari del TIR, erano alterati e non confermabili; analogamente nella sentenza appellata non erano state considerate le difese del Consorzio, che dimostravano l'esistenza dei costi del personale all'interno del PEF;

- la lettera di invito comminava la esclusione dalla procedura selettiva solo per irregolarità sostanziali mentre la mancata compilazione di un rigo previsto nel modello Dicoter poteva considerarsi al più meramente formale; anche sul punto era mancato un approfondimento del RUP reso necessario dal fatto che la incompleta compilazione del modello Dicoter non era espressamente prevista nella lex specialis come irregolarità sostanziale (causa di esclusione);

- la mancata compilazione del rigo sui costi del personale rispondeva a precise e legittime esigenze del Consorzio SIS connesse alla scelta di un modello di gestione dell'opera secondo cui il personale necessario alla realizzazione dei lavori non sarebbe stato assunto direttamente dalla società di progetto ma dal socio unico di questa ultima, a ciò facoltizzata dall'art. 156 co.2 del decreto legislativo n.163/2006; l'appellante richiama al riguardo il parere pro veritate reso in prime cure, dal proprio consulente di parte, secondo cui: “dalla lettura della norma e dalla prassi, il modello di gestione societaria prescelto da Sis è conforme ad entrambe”; il modello Dicoter era inadatto a rappresentare contabilmente le scelte imprenditoriali sottese al PEF elaborato dal medesimo Consorzio essendo adattabile alla sola ipotesi di assunzione in via diretta del personale da parte della società di progetto e non anche da parte del suo socio;
- i costi del personale erano stati considerati ed inseriti nei due distinti PEF relativi alla fase ristretta ed a quella negoziata evidentemente sotto altre voci rispetto a quelle previste dal modello Dicoter (anche sul punto si richiamano gli argomenti svolti nel citato parere pro veritate);
- ove pure i costi del personale fossero stati omessi, la stazione appaltante avrebbe errato nel ritenere che tale asserita circostanza potesse incidere sull'equilibrio economico finanziario del piano.

L'appellante svolge quindi ampi rilievi critici in ordine agli esiti della verifica affidata dal TAR al Provveditorato regionale alle opere pubbliche per la Lombardia e alle considerazioni reietive del Tar, anche nella parte in cui si disattende la CTU affidata al Presidente pro tempore del Consiglio superiore dei lavori pubblici.

1.2. Ritiene la Sezione che tutte le questioni connesse alla omessa indicazione da parte del Consorzio SIS dei costi del personale nel modello Dicoter sono state oggetto di una approfondita valutazione da parte del primo giudice nella sentenza appellata nella quale sono state esaminate accuratamente le argomentazioni

prospettate nel corso del giudizio dalle parti e/o dai loro consulenti per concludere in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione del Consorzio SIS dalla procedura di gara.

Tale decisione si fonda infatti in primo luogo sull'esame della lex specialis di gara, che non è stata oggetto di impugnazione né autonomamente, né con il provvedimento di esclusione e che, in conformità alla normativa regionale in materia, imponeva alle imprese concorrenti di predisporre i piani economici finanziari utilizzando lo specifico modello Dicoter.

Più esattamente 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” ed, in termini corrispondenti, si esprimeva anche la Lettera di Invito alla procedura negoziata, punto 6.2.1).

1.3. Condivisibile è dunque l'affermazione del primo giudice in ordine alla inammissibilità di qualsiasi doglianza riferita alla attualità o all'adeguatezza del modello Dicoter. L'utilizzazione del ripetuto modello di piano economico finanziario dedicato espressamente alle concessioni autostradali costituiva un parametro, che doveva obbligatoriamente essere seguito dai concorrenti per la redazione dei PEF e dalla stazione appaltante per la valutazione nonché lo strumento idoneo, alla stregua della lex specialis per rappresentare contabilmente anche il modello di gestione dell'opera prospettato dal Consorzio SIS in sede giudiziale.

Con l'effetto che già solo la mancata osservanza del modello Dicoter e dunque il mancato rispetto della legge di gara che ha imposto ai concorrenti di allegare alle offerte della procedura ristretta e della procedura negoziata un PEF redatto sul

modello Dicoter, rendeva legittimo, in difetto di diversi, espliciti e adeguati, riscontri, il provvedimento di esclusione del Consorzio SIS .

Come, esattamente, rilevato dalla resistente stazione appaltante, la funzione del modello consentiva alla amministrazione di leggere i PEF secondo regole rigorose ed uniformi per tutti i concorrenti evidenziando univocamente il contenuto di determinate categorie di costi e ricavi, in secondo luogo permetteva di comparare in maniera sicura e trasparente le offerte dei diversi concorrenti assicurando in tale modo la par condicio.

Per tali motivi il rispetto del modello Dicoter non era, come sostenuto dalla appellante, un parametro meramente formale ma un elemento sostanziale.

Sotto questo profilo la determinazione del RUP aveva carattere vincolato, che non richiedeva particolari approfondimenti istruttori e motivazionali.

1.4. Più in dettaglio le carenze del PEF prodotto dal Consorzio, rispetto al modello Dicoter, sono puntualmente individuate dal Tar laddove si sottolinea che “ ..... 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”.*

1.5. In ogni caso, al di là della mancata esplicita indicazione dei costi del personale, il Collegio rileva che detti costi non erano altrimenti desumibili dai PEF.

Il Tar ha disposto al riguardo incumbenti istruttori (verificazione e successiva CTU).

La prima, effettuata dal Provveditorato alle Opere Pubbliche per la Lombardia, si è conclusa con la relazione del 28.10.2008. In essa si esclude che nei PEF presentati dal Consorzio SIS (nella fase ristretta e nella fase negoziata) siano stati in alcun modo considerati i costi del personale.

Ciò tenuto conto anche della cennata ricostruzione del Consorzio SIS riproposta in appello secondo cui la voce spese per il personale non comparirebbe nel conto economico perché il Consorzio aveva comunque stabilito di far assumere il personale dipendente non dalla Società di progetto bensì direttamente dal socio unico della stessa.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla appellante tale ipotesi è stata presa in considerazione e motivatamente esclusa nella relazione del Provveditorato secondo cui "sotto altro profilo, in ogni caso, anche a dire che il personale è tutto esternalizzato, il piano economico-finanziario non contiene alcuna voce riferita alle voci connesse alla utilizzazione di servizi esternalizzati. Infatti la sottovoce "prestazioni di servizi" è vuota".

Né d'altra parte elementi adeguati in contrasto con la verifica del Provveditorato emergono dalla successiva consulenza tecnica svolta in prime cure, che conclusivamente non fornisce indicazioni decisive circa la considerazione dei costi del personale da parte del Consorzio; e ciò anche in conseguenza del rilievo preliminare (pag.27 della relazione del CTU) diretto ad evidenziare come la estrema sintesi con la quale SIS ha presentato i costi del piano economico e finanziario non consente di valutare a priori la completezza dell'offerta senza un approfondimento, ovvero una spiegazione da parte dell'offerente.

Fatta questa premessa, il CTU, ponendosi in una prospettiva che prescinde dall'aspetto formale, nelle sue conclusioni (pg.49)

- da un lato, quanto alla procedura ristretta, osserva che *non si sono evidenziati elementi che conducano ad escludere, con riferimento alla procedura ristretta, che nelle voci di costo espresse da SIS nel PEF non siano stati considerati i costi del personale; l'entità dei costi esposti, con riferimento agli altri concorrenti (ATI Coopsette in particolare), pur nelle differenti modalità di gestione che il bando consentiva, portano alla conclusione che l'offerta SIS non abbia tralasciato tale importante voce;*

- dall'altro, con riguardo alla procedura negoziata, rileva che *analizzati i parametri caratteristici del PEF di SIS, a confronto con i PEF delle altre concorrenti, non sono emersi elementi che consentano di escludere che nelle voci di costo esposte da SIS siano stati o per errore o volutamente omessi i costi del personale.*

Si tratta di riferimenti generici che non appaiono determinanti, sia perché traggono elementi positivi, ma indiretti, da un confronto con le altre offerte, sia perché in definitiva non forniscono dati certi sulla individuazione dei costi del personale nei PEF del Consorzio, limitandosi oltre tutto il consulente tecnico d'ufficio, quanto al PEF della procedura negoziata, a non escludere che tali costi siano stati in esso considerati.

Il che in definitiva porta a confermare, quanto al caso di specie, la natura sostanziale della omissione del Consorzio (assunta a fondamento della esclusione), vale a dire la omessa indicazione dei costi del personale (come richiesto dalla *lex specialis*) non desumibili in modo certo e preciso dai PEF .

1.6. E' poi vero – osserva il Collegio – che , in base alla *lex specialis*, la incompleta compilazione dei medesimi non era sanzionata specificamente con la esclusione dalla gara. Ma la rilevanza della omissione come detto era desumibile dal suo rilievo sostanziale e quindi riconducibile ad una causa di esclusione (quanto meno come irregolarità sostanziale) prevista dalla *lex specialis*.

Va aggiunto che contrariamente a quanto sostenuto dal Consorzio SIS e come peraltro rilevato dal primo giudice, il modello Dicoter era sufficientemente elastico e dunque idoneo a rappresentare contabilmente la scelta , sostenuta in appello dal Consorzio SIS, di un modello di gestione dell'opera secondo cui il personale necessario alla realizzazione dei lavori non sarebbe stato assunto direttamente dalla società di progetto ma dal socio unico di quest'ultima ex art. 156, co. 2, d.lgs. 163/2006.

Per contro la tesi del Consorzio SIS non trova comunque adeguati riscontri.

La strada difensiva percorsa dal Consorzio, invero ondivaga in primo grado, come rilevato esattamente dal primo giudice, in appello si è attestata nel riconoscere che i costi del personale non erano stati specificati e nel sostenere, però, che tale omissione era ammissibile e giustificata in relazione al contenuto della offerta.

Il Consorzio, richiamando al riguardo il ricordato parere pro veritate reso dal proprio consulente tecnico, evidenzia come per effetto della dinamica instaurata tra la società di progetto ed il suo socio unico in relazione al personale, i relativi costi non potessero che figurare come “rivalsa costo” e trovare, pertanto, collocazione sotto altre voci rispetto a quelle previste dal modello Dicoter. In particolare si afferma che per effetto dell’art. 156, co.2 del codice appalti, “il lavoro o il servizio reso dal socio della società di progetto è da intendersi come realizzato e prestato in proprio dalla società di progetto medesima”. Ne consegue che la società di progetto non avrebbe avuto personale alle proprie dirette dipendenze. Per tale ragione non si poteva evidenziare nelle righe del conto economico facente parte del PEF il costo del personale in quanto essendo questo ultimo alle dipendenze del socio , veniva addebitato a titolo di rivalsa costo e trovava quindi collocazione in altre voci del modello. Per cui: dalla lettura della norma e dalla prassi , il modello di gestione societaria prescelto da SIS era conforme ad entrambe e il modello Dicoter era inidoneo a rappresentare contabilmente le scelte imprenditoriali sottese al PEF elaborato dal medesimo Consorzio essendo adattabile alla sola ipotesi di assunzione in via diretta del personale da parte della società di progetto e non anche da parte del suo socio.

La tesi presuppone la inadeguatezza del modello Dicoter, richiamato nella lex specialis, e quindi, come visto, un rilievo inammissibile in difetto di impugnativa delle lettere invito.

In ogni caso non trova, come rilevato nella verifica del Provveditorato sopra citata, adeguati riscontri documentali..

Deve premettersi che a fronte di un modello di gestione che prevedeva l'impiego di un organico di 109 persone, l'omissione del costo per la manodopera nel PEF ha una portata rilevante e determina una alterazione significativa dei costi per la realizzazione dell'intervento secondo quanto previsto dalla offerta.

Da essa non emerge poi una scelta consorziale di utilizzazione esclusiva del personale in outsourcing, così che la prospettazione ex post di un modello che la prevede configura una radicale modifica dei contenuti della offerta tecnica redatta e presentata dallo stesso Consorzio SIS.

Per contro appare condivisibile quanto sostenuto da Sabrom secondo cui "l'affidamento a terzi si distingue .. da quello a soci esclusivamente per le procedure da seguirsi, mentre da un punto di vista della rilevazione dei costi è indifferente che gli importi vengano riaddebitati alla società di progetto da soci o da terzi". Nello stesso senso il consulente di parte di Infrastrutture Lombarde ha evidenziato che con riferimento al "personale " vi sono solo due scenari nel PEF o il concessionario assume personale in via diretta e allora i relativi costi vanno evidenziati nelle voci relative ai "costi per personale" oppure il concessionario utilizza personale in outsourcing e allora i relativi costi rappresentano spese relative a "prestazioni per servizi". E in questo secondo caso i costi sono qualificati come costi per prestazioni per servizi sia nel caso che il servizio sia svolto da un terzo qualunque, sia nel caso che il servizio sia svolto da un terzo che è anche socio della società di progetto.

Infatti la circostanza che la prestazione a terzi sia affidata con gara o tramite affidamento diretto, è irrilevante trattandosi pur sempre del medesimo costo sia come quantificazione sia come imputazione con l'effetto che esso andava evidenziato all'interno della specifica voce del PEF relativa alle spese per prestazioni di servizi .

A supporto di questa conclusione vanno richiamati anche i puntuali condivisibili rilievi della citata verifica del Provveditorato regionale (punti 7,2 B e 10.1.).

1.7. La istanza del Consorzio SIS circa la necessità di ulteriori approfondimenti istruttori sull'assunto che la questione della inclusione o meno dei costi del personale nei propri PEF non sarebbe stata ancora risolta non merita accoglimento in quanto da un lato in via di principio appare sostanziale la previsione della lex specialis circa l'obbligatorio inserimento dei relativi dati nei PEF e dall'altro appaiono sufficienti gli esiti delle istruttorie di prime cure da cui non è emersa in modo congruo la considerazione di tali costi in altre voci dei PEF prodotti dal Consorzio SIS. Un'ulteriore istruttoria a carattere integrativo dei documenti presentati in gara, d'altra parte, secondo le esatte osservazioni delle controparti, contrasta non solo con le classificazioni del modello Dicoter, ma altresì con i principi contabili che impongono di indicare in maniera chiara nelle tabelle di conto economico dei PEF tutti i costi ed i relativi importi escludendo che i costi del personale possano essere ricercati in altre voci di costo aventi natura, caratteristiche e finalità diverse. Essa poi, implicando una rielaborazione dei PEF, contrasterebbe con fondamentali regole in materia di par condicio tra concorrenti.

In conclusione il primo fondamentale motivo dedotto deve essere respinto.

2. Con il secondo motivo di appello il Consorzio SIS ribadisce la erroneità della sentenza impugnata per avere ritenuto che il mancato inserimento dei costi del personale nei PEF costituisca una irregolarità sostanziale della offerta, tale da giustificare la esclusione del Consorzio dalla gara mentre la stazione appaltante avrebbe omesso di richiedere chiarimenti ex art. 46 del d.lgs. 163 del 2006 ed art. 8.7. della lettera di invito che attribuiva alla stazione appaltante tale facoltà.

Le considerazioni già sviluppate nella presente sentenza danno ragione della infondatezza del motivo. Esattamente al riguardo ha sottolineato il Tar che accertata, dalla istruttoria effettuata, la radicale omissione nel PEF di un elemento di assoluta importanza quale il costo del personale con alterazione della sostenibilità ed affidabilità del piano economico finanziario, in alcun modo potesse ricondursi detta omissione all'interno della categoria delle mere irregolarità formali. Con l'ulteriore effetto che alcun chiarimento avrebbe potuto essere richiesto dalla stazione appaltante a meno di non alterare il principio di par condicio consentendo alla concorrente una inammissibile integrazione e modifica ex post dei PEF e dunque della offerta presentati incontrando il potere di soccorso sancito dall'art. 46, Codice dei Contratti pubblici, il limite del divieto di stravolgimento dell'offerta originaria, la quale non può trasformarsi, per il tramite dei chiarimenti e delle integrazioni documentali forniti dall'impresa, in un quid di sostanzialmente nuovo e diverso (cfr. Cons. Stato, V, 17 settembre 2008 n.4397; V, 11 dicembre 2007 n.6403).

A sostegno della tesi dell'appellante non può quindi invocarsi un principio secondo cui solo l'offerta è immodificabile, mentre non è tale il PEF, che ben potrebbe essere corretto in contraddittorio con il concorrente. Un siffatto principio (cfr. Cons.Stato, V, 10 febbraio 2010, n. 653) è suscettibile di applicazione in relazione a marginali modifiche del PEF, agevolmente giustificabili alla stregua della offerta, ma non anche per irregolarità sostanziali del PEF, in relazione ad un elemento fondamentale (previsto nella lex specialis) per la verifica dell'equilibrio economico finanziario della offerta.

3. Con il terzo motivo di ricorso il Consorzio censurava in primo grado la motivazione del provvedimento di esclusione laddove affermava 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 tasso interno di rendimento, rilevava la 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 sarebbe rilevante, in senso sfavorevole, per il solo concessionario ma non per la amministrazione.

Ne derivava, quindi, secondo la prospettazione della ricorrente, che anche se i costi del personale non fossero inclusi nei PEF e dovessero essere considerati in aumento sulle altre voci di costo ivi contemplate, nessun interesse avrebbe avuto l'amministrazione a contestare la circostanza alla concorrente se non nel caso, peraltro nemmeno ipotizzato, in cui l'aumento dei costi avesse assunto livelli tali da rendere l'offerta economicamente inattuabile.

Anche sul punto la sentenza del TAR va confermata.

La censura è irrilevante ai fini del giudizio trovando, come visto, il provvedimento di esclusione un autonomo sufficiente fondamento nella omessa indicazione dei costi della manodopera, con conseguenti profili di irritualità della censura in esame. Questa è comunque infondata nel merito atteso che la mancata considerazione dei costi per il personale incideva in modo sostanziale sull'equilibrio economico finanziario espresso nel PEF del Consorzio SIS con l'effetto che, come rilevato dal TAR, una variazione del tasso interno di rendimento aveva conseguenze dirette sull'intera offerta economica, comportandone una modifica come tale inammissibile, per le ragioni già evidenziate.

Il che implica un preciso interesse della stazione appaltante a rilevare tale ulteriore, autonoma, ragione di esclusione del Consorzio.

Il terzo motivo va dunque disatteso,

4. 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 dei PEF.

Come rilevato dal Tar la doglianza trova il suo presupposto sulla pretesa natura di atto di riesame del provvedimento di esclusione, stante il già (asseritamente) 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.

Le argomentazioni del Tar sul punto meritano conferma.

Ed invero occorre tener conto che, come già ampiamente osservato, in materia di procedura ad evidenza pubblica l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale di talchè, per il suo riesame, ancora prima del provvedimento di aggiudicazione definitiva, non occorrono particolari garanzie procedurali ed in specie la previa comunicazione ex art. 7 l. 241/1990, versandosi ancora nell'alveo dell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara e dovendosi qualificare la posizione dell'aggiudicatario provvisorio quale quella di un portatore di una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento (Cons. Stato, V, n. 743/2010).

In sostanza, quando è stato adottato il provvedimento di esclusione, la procedura per l'affidamento della concessione di cui si discute non era ancora conclusa con la conseguenza che il Consorzio SIS non era ancora portatore di un affidamento qualificato alla aggiudicazione ma di una aspettativa di mero fatto con l'ulteriore effetto che non vi era alcun obbligo per la stazione appaltante di seguire le garanzie procedurali di cui alla legge n.241 del 1990.

Quanto sopra vale anche nel particolare procedimento in esame, preordinato all'affidamento in concessione di un'autostrada attraverso il procedimento di

finanza di progetto, attesa la natura unitaria della relativa procedura, sebbene divisa in una fase ristretta ed in una successiva fase negoziata, come ribadito dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato (A.P. n. 2155/2010).

Si tenga poi conto che per la grave irregolarità sostanziale compiuta dal Consorzio Sis, il contenuto del provvedimento si atteggiava come meramente vincolato e non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, con conseguente non annullabilità dell'atto di esclusione ai sensi dell'art. 21 octies co. 2, secondo periodo, della legge 241/1990.

Puntuale a riguardo è la giurisprudenza di questa Sezione che ha rilevato che ai sensi della sopradetta disposizione, non è annullabile il provvedimento pur adottato in violazione delle norme sul procedimento qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (Cons. Stato, sez. V, 06 dicembre 2010, n. 8546).

5. Non merita accoglimento nemmeno il quinto motivo di ricorso nel quale si sostiene, da parte del Consorzio, l'incompetenza del responsabile del procedimento all'adozione della impugnata esclusione, 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 Tar ha esattamente ritenuto che poiché la esclusione della ricorrente è avvenuta dopo la valutazione delle offerte tecniche, in una fase volta al controllo prodromico all'aggiudicazione definitiva, nella quale non era più richiesta l'attività della Commissione giudicatrice, ben poteva operare il responsabile del procedimento quale organo di amministrazione attiva (v. Cons. Stato, V, n. 661/2000).

Si aggiunga poi che la lettera di invito (al punto 9.2) rimetteva alla amministrazione la verifica ed il controllo della congruità del piano economico finanziario allegato all'offerta, rientrando quindi nelle competenze di Infrastrutture Lombarde s.p.a. e per essa dell'organo competente e cioè del RUP la suddetta verifica.

6. Per le ragioni che precedono, assorbito ogni altro profilo delle difese delle parti attinente al provvedimento di esclusione in vertenza, l'appello del Consorzio, in parte qua, va respinto.

### III

Quanto ai motivi dell'appello principale nella parte in cui è diretto contro l'aggiudicazione provvisoria alla Sabrom, nonché contro altri atti endoprocedimentali (nella sostanza ammissione alle fasi concorsuali della stessa Sabrom e di ATI Coopsette), va preso atto che, come affermato in memorie difensive e ribadito nella discussione orale, nelle more dell'odierno grado di giudizio è intervenuta la aggiudicazione definitiva impugnata (con ricorso principale e motivi aggiunti) avanti al Tar Lombardia, Milano, dal Consorzio SIS.

Ne consegue in parte qua la improcedibilità dell'appello, alla stregua del ricordato principio giurisprudenziale, applicabile in via di principio agli atti di cui trattasi diversi dalla esclusione, (Cons. Stato , sez. V, 14 novembre 2008 , n. 5691) secondo cui: “..l'aggiudicazione provvisoria di un appalto ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, sicché è inidonea a produrre la definitiva lesione dell'interesse della ditta che non è risultata vincitrice; tale lesione si verifica soltanto con l'aggiudicazione definitiva, per cui la concorrente non aggiudicataria ha non l'onere, bensì la mera facoltà di impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, salvo l'onere di impugnare – com'è avvenuto nella specie – la successiva aggiudicazione definitiva. Ne deriva che, questa intervenuta, l'interesse idoneo a sorreggere l'impugnativa si sposta dal giudizio sull'aggiudicazione provvisoria a quello sull'aggiudicazione definitiva. In

altri termini, è nell'ambito di quest'ultimo giudizio che detto concorrente può utilmente ottenere la tutela della propria posizione soggettiva.”

Al primo giudice, acquisita in base alla odierna decisione la legittimità della esclusione del Consorzio, spetta quindi ex novo l'approfondimento di ogni altra questione in rito e di merito, in relazione alle difese svolte dalle parti nel giudizio da ultimo instaurato avanti al Tar Lombardia , Milano, avverso l'aggiudicazione definitiva,.

Pertanto l'appello nella parte in cui è diretto contro l'ammissione delle controparti e l'aggiudicazione provvisoria alla Sabrom deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

IV

Per l'effetto, come da motivazione:

- va respinto l'appello incidentale di Infrastrutture Lombarde s.p.a.;
- in parte va respinto e in parte dichiarato improcedibile l'appello principale.

Tenuto conto del complessivo andamento e dei profili di novità della vicenda contenziosa vanno compensate integralmente tra le parti spese ed onorari del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

- respinge l' appello incidentale della Infrastrutture Lombarde s.p.a.;
- in parte respinge e in parte dichiara improcedibile l'appello principale del Consorzio SIS.

Compensa spese ed onorari del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/02/2011

IL SEGRETARIO

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