Pubblicato il 01/06/2022

N. 04472/2022REG.PROV.COLL.

N. 07614/2021 REG.RIC.

N. 07553/2021 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto numero di registro generale 7614 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS1- s.p.a. in proprio e quale capofila del consorzio con -OMISSIS2- - -OMISSIS2-, ciascuno in persona del legale rappresentante, rappresentati e difesi dagli avvocati Raffaele Ferola, Giuseppe Giuffrè e Luigi Strano, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Stefania Masini, Gianmarco Miele e Flavia De Pellegrin, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS3- società consortile per azioni, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Abbamonte e Gianluigi Pellegrino, con

domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi, 5;

-OMISSIS4- s.p.a. in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con -OMISSIS5- s.p.a., -OMISSIS6- società cooperativa, -OMISSIS7- s.r.l., quali mandati, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni, Lorenzo Lentini e Alberto Linguiti, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

Soa Group - Società Organismo di Attestazione s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Trotta e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7553 del 2021, proposto da

-OMISSIS4- s.p.a. in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con -OMISSIS5- s.p.a., -OMISSIS6- società cooperativa, -OMISSIS7- s.r.l., quali mandati, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni, Lorenzo Lentini e Alberto Linguiti, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS3- società consortile per azioni, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Abbamonte e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi, 5;

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Stefania Masini, Gianmarco Miele e Flavia De Pellegrin, con domicilio digitale

come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;
-OMISSIS1- s.p.a. in proprio e quale capofila del consorzio con -OMISSIS2- - -OMISSIS2-, ciascuno in persona del legale rappresentante, rappresentati e difesi dagli avvocati Raffaele Ferola, Giuseppe Giuffrè e Luigi Strano, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;
Soa Group - Società Organismo di Attestazione s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Trotta e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;

per la riforma

per entrambi i ricorsi (n. 7614 del 2021 e n. 7553 del 2021)
della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti

Visti i ricorsi in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.n.a.s. s.p.a., del -OMISSIS3- s.c.p.a., di -OMISSIS4- s.p.a. e di Soa Group - Società Organismo di Attestazione s.p.a.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2022 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Marco Annoni, Lorenzo Lentini, Alberto Linguiti, Andrea Abbamonte, Gianluigi Pellegrino, Luigi Strano, Masini e De Pellegrini; Annoni, Lentini, Linguiti, Abbamonte, Pellegrino, Strano, Stefania Masini e Flavia De Pellegrini;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con distinti ricorsi in appello (che hanno assunto rispettivamente il n. Rg. 7553/2021 e n. 7614/2021) -OMISSIS4- s.p.a. e -OMISSIS1- s.p.a. hanno impugnato la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. -OMISSIS-; -OMISSIS1- s.p.a. ha impugnato anche la sentenza n. -OMISSIS- del medesimo Tribunale (con ricorso in appello che ha assunto n. Rg. 7615/21).

1.1. Con sentenza non definitiva del -OMISSIS- questa Sezione ha riunito i giudizi e, in relazione al giudizio con Rg. n. 7615/21, ha accolto il primo motivo dell'appello di -OMISSIS1- s.p.a. ed il quarto motivo dell'appello incidentale di -OMISSIS4- s.p.a., e, in conseguente riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. -OMISSIS-, ha respinto il ricorso principale di -OMISSIS1- s.p.a. e di -OMISSIS2- e accolto il ricorso incidentale di -OMISSIS4- s.p.a. per le ragioni di cui in motivazione.

Relativamente agli altri giudizi (con Rg. n. 7553/2021 e n. 7614/2021) la decisione sugli appelli principali ed incidentali è stata rinviata all'esito di una verificazione contestualmente disposta.

1.2. La Sezione ha ritenuto necessario disporre la verificazione per decidere in merito alla fondatezza dell'ultimo motivo dell'appello proposto dalla -OMISSIS4- s.r.l. e del settimo motivo dell'appello -OMISSIS1- s.p.a., diretti ad ottenere l'esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS3- dalla procedura di gara indetta dall'A.n.a.s. per l'affidamento degli interventi di "*adeguamento a 4 corsie della S.S. 372 "Telesina" dal km 0+000 al km 60+900*".

1.3. Le ricorrenti prospettavano la violazione del divieto di modifiche dell'assetto strutturale delle opere d'arte come riportate in progetto per aver l'a.t.i. -OMISSIS3- proposto la realizzazione della Galleria GA01 con il "*metodo Milano*", laddove il progetto posto a base di gara prescriveva la realizzazione di una "*struttura monolitica scatolare, a doppia canna, interamente gettata in opera*".

1.4. La Sezione, precisato che la lettera di invito aveva imposto ai concorrenti in sede di progettazione delle opere d'arte il rispetto dell' "*assetto strutturale*", del "*la scansione delle campate*", del "*lo schema statico delle opere*" e del "*la tipologia di impalcato delle opere d'arte principali*", come riportati in progetto, domandava al verificare di "*accertare se utilizzando il "metodo Milano" per la progettazione della galleria GA01 il concorrente abbia modificato l'assetto strutturale, la scansione delle campate, lo schema statico delle opere e la tipologia di impalcato delle opere d'arte principali rispetto al progetto di galleria elaborato dall'A.n.a.s. nel progetto a base di gara ("scatolare a doppia canna")*". La verificazione era affidata al Direttore del Dipartimento di ingegneria civile, edile ed ambientale della Facoltà di Ingegneria dell'Università di Roma La Sapienza, con fissazione del termine di 60 giorni (ulteriormente prorogati con ordinanza del 1°aprile 2022, n. 2415).

1.5. Il 6 aprile 2022 il Consorzio stabile -OMISSIS3- ha depositato motivi aggiunti all'appello incidentale proposto nei giudizi riuniti; il 7 aprile 2022 il verificatore ha depositato la sua relazione.

Le parti hanno depositato memorie *ex* art. 73, comma 1, cod. proc. amm. in vista dell'udienza pubblica, cui hanno replicato -OMISSIS4- s.p.a. e -OMISSIS3- s.c.p.a..

All'udienza del 5 maggio 2022 le cause sono state chiamate le cause con Rg. n. 7614/2021 e n. 7553/2021.

2. Preliminare alla decisione sul motivo di ricorso riservato all'esito della verificazione è l'esame dei motivi aggiunti proposti dal Consorzio stabile -OMISSIS3- s.c.p.a..

2.1. Il primo motivo aggiunto è diretto ad ottenere la declaratoria di nullità o, comunque, l'annullamento del provvedimento del 23 marzo 2022, con il quale A.n.a.s. diceva insussistenti le cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) e f-*bis*) del d.lgs. n. 50 del 2016 nei confronti dell'a.t.i. -OMISSIS4- s.p.a..

2.1.1.Riferisce la ricorrente che, successivamente alla sentenza n. -OMISSIS- – in cui, in accoglimento di un motivo di appello incidentale dell'a.t.i. -OMISSIS3-, era

stato disposto il regresso della procedura di gara alla fase di ammissione dei concorrenti allo scopo di (ri)valutare l'affidabilità e l'integrità dell'a.t.i. -OMISSIS4- –, A.n.a.s. s.p.a. aveva incaricato un "*seggio di gara*", diverso per uno dei tre componenti dall'originaria commissione giudicatrice, di effettuare la predetta valutazione e che quest'ultimo aveva ritenuto irrilevante, in punto di affidabilità del concorrente, la produzione – accertata in sentenza – di una C.i.l.a. falsa (quella relativa al sito di Melizzano inserito nell'offerta tecnica per il criterio B.4 "*Gestione delle terre*"), perché il medesimo documento era stato prodotto anche da altri concorrenti, il sito era stato pre-individuato da A.n.a.s. e, comunque, non aveva avuto alcun rilievo nelle valutazioni operate dalla commissione giudicatrice in sede di assegnazione del punteggio per l'offerta tecnica ed, infine, per il fatto che alcuna negligenza era imputabile alla concorrente avendo il terzo gestore del sito assicurato alla società la disponibilità della cava a ricevere quantità di materiali identiche a quelle riportate nella C.i.l.a..

2.1.2. Il provvedimento impugnato e i verbali della commissione del 2 marzo 2022 e del 21 marzo 2022, all'esito dei quali era stato assunto, sarebbero nulli per svariate ragioni:

a) per aver A.n.a.s. attribuito portata esecutiva alla sentenza n. -OMISSIS- benchè questa in relazione ai giudizi di appello n. 7553/2021 e 7614/2021 avesse rinviato la decisione all'espletamento degli incombenti istruttori disposti;

b) perché A.n.a.s., dopo aver effettuato la verifica di affidabilità dell'a.t.i. -OMISSIS4- e disposto la sua permanenza in gara, avrebbe dovuto procedere alla rinnovazione delle fasi successive della procedura di gara, e, in particolare della fase di attribuzione dei punteggi per le offerte tecniche; in detta sede, poi, avrebbe dovuto necessariamente ritenere non utilizzabile il sito (di conferimento delle terre presso il Comune di Melizzano);

ciò in quanto nella sentenza n. -OMISSIS-:

b1) era stata disposta la regressione procedimentale fino alla fase di ammissione dei concorrenti, il che imponeva la rinnovazione anche delle fasi successive;
b2) erano stati dichiarati assorbiti i motivi di appello proposti dall'a.t.i. -OMISSIS1- e dall'a.t.i. -OMISSIS4- avverso la sentenza di primo grado nella parte in cui questa aveva giudicato inattendibile l'offerta tecnica per aver previsto l'utilizzo di un sito di conferimento rivelatosi inadatto; assorbimento dovuto proprio alla disposta regressione procedimentale;
b3) era stato precisato in più passaggi che gli operatori economici -OMISSIS4- e -OMISSIS1- avevano inserito il sito di Melizzano tra quelli da utilizzare in sede di esecuzione dell'opera, con conseguente valutazione da parte della commissione giudicatrice per l'assegnazione del punteggio all'offerta;
c) perché l'allegazione di falsa documentazione aveva fuorviato l'assegnazione dei punteggi in relazione al criterio del "*Piano di Gestione Terre*", come dimostrato dai verbali della commissione in cui erano riepilogati tutti i siti di conferimento offerti, senza distinzione tra quelli aggiuntivi e quelli pre-individuati da A.n.a.s., ed assegnato un unico punteggio;
d) in quanto, per espressa indicazione della sentenza – che aveva imposto di (ri)valutare l'affidabilità dell'a.t.i. -OMISSIS4- sulla base di "*ogni aspetto emerso nel presente contenzioso*" – A.n.a.s. avrebbe dovuto tener conto della mancanza di diligenza dimostrata dal concorrente che non s'era accertato dell'autenticità della copia del documento autorizzatorio che le era stato trasmesso dal terzo.
2.2. Con ulteriore motivo aggiunto (è specificato: "*al ricorso introduttivo del giudizio e quindi all'appello incidentale*") l'a.t.i. -OMISSIS3- sostiene che A.n.a.s. s.p.a. avrebbe dovuto escludere l'a.t.i. -OMISSIS4- dalla procedura di gara anche per altra ragione: aver indicato tra i siti di conferito nel proprio Piano di gestione terre e materiali il sito di San Giuliano del Sannio (sigla M36 di Felice Giovanni s.n.c.) che, come appreso da accertamenti compiuti presso gli uffici della Regione Molise, risultava

non poter ricevere alcun materiale ed essere autorizzata per estrazione di materiale calcareo per 20 mila mc, laddove l'a.t.i. -OMISSIS4- aveva dichiarato una capacità di conferimento di 500 mila mc di terre da scavo (sui complessivi 696 mila mc di terre da scavo da conferire).

Da ciò la necessità di procedere all'esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS4- per non fattibilità ed irrealizzabilità radicale della sua offerta, in quanto gli altri conferimenti previsti dallo stesso piano risulterebbero di oltre 150mila mc inferiori alla necessità complessiva prevista dal concorrente stesso.

Anche per il sito di Faicchio, infine, sarebbe emersa l'assoluta inutilizzabilità, come da certificato di destinazione urbanistica rilasciato dal Comune in quanto ricadente in zona sottoposta a vincolo ed è disciplinato dalle norme del Piano territoriale paesistico – Ambito Massiccio del Matese, per cui non sarebbe possibile allocarvi terre da scavo.

3. I motivi aggiunti sono inammissibili.

3.1. Va definito esattamente il perimetro decisorio quale residua all'esito della sentenza non definitiva di questa Sezione n. -OMISSIS-.

3.2. Come noto, nel giudizio impugnatorio l'unicità o pluralità di domande proposte dalle parti, mediante ricorso principale, motivi aggiunti o ricorso incidentale, si determina esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti (in tal senso Adunanza plenaria, 27 aprile 2015, n. 5), per cui ogni domanda proposta ha ad oggetto l'annullamento di un singolo provvedimento (quali e quanti siano i vizi - motivi prospettati); se è vero che l'oggetto del giudizio coincide con la domanda proposta, ne segue che oggetto del giudizio impugnatorio è costituito dalla domanda (o dalle domande) di annullamento del provvedimento (o dei provvedimenti) impugnato(i).

3.3. L'art. 33 (*Provvedimenti*), comma 1, lett. a) cod. proc. amm. stabilisce che: "*Il giudice pronuncia: a) sentenza, quando definisce in tutto o in parte il giudizio*"; l'art. 36 (*Pronunce*

interlocutorie), comma 2, cod. proc. amm., precisa che: "*Il giudice pronuncia sentenza non definitiva quando decide solo su alcune delle questioni, anche se adotta provvedimenti istruttori per l'ulteriore trattazione della causa*".

Se la sentenza non definitiva (è anche quella che) definisce una parte dell'oggetto del giudizio, siccome, come in precedenza detto, l'oggetto del giudizio impugnatorio è costituito dalla/e domanda/e di annullamento proposta/e, la sentenza che definisce una parte del giudizio è quella che decide su alcune delle domande proposte, rinviando la decisione delle altre al proseguimento del giudizio. In questo caso, più esattamente, si parla di *sentenza parziale*.

Il presupposto è che nel giudizio siano cumulate una pluralità di domande (di annullamento).

3.4. La sentenza di questa Sezione n. -OMISSIS- è una sentenza parziale per aver deciso su alcune delle domande di annullamento proposte, rinviando la decisione dell'altra all'esito della verificazione disposta con provvedimento istruttorio contenuto nella medesima sentenza.

A seguito della riunione dei vari giudizi d'appello, infatti, l'oggetto del presente giudizio è risultato costituito da una pluralità di domande, di annullamento del provvedimento di aggiudicazione e dei provvedimenti di ammissione alla procedura di gara degli altri concorrenti (di modo che il *thema decidendum* è stato così esposto al par. 1.1. della sentenza "…*in sostanza, al giudice di appello, come già al giudice di primo grado, è richiesto di verificare l'esistenza di ragioni di esclusione dalla procedura dei primi tre concorrenti graduati*").

La Sezione ha deciso sulla domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara all'a.t.i. -OMISSIS4- (1° graduato), ritenendola fondata nei termini di cui in motivazione (per le ragioni espresse dal par. 3.3.1. al par. 3.3.6) nonché sulla domanda di annullamento dell'ammissione dell'a.t.i. -OMISSIS1- (2°graduato) alla procedura di gara, ritenendola fondata (per le ragioni espresse dal

par. 7.1. al par.7.4); non è stata decisa, invece, la domanda di annullamento dell'ammissione dell'a.t.i. -OMISSIS3-, per la quale, come già esposto, si è ritenuto indispensabile procedere all'attività istruttoria di cui è stato incaricato il verificatore.

3.5. In relazione alle domande sulle quali la Sezione ha deciso con sentenza non definitiva – nei termini di cui si è detto e con gli effetti che sono esposti in sentenza – è consumata la *potestas iudicandi*; non potrebbe il giudice, per il solo fatto che il giudizio è ancora pendente per la decisione di altra domanda, riaprire l'esame delle domande di annullamento già decise, poiché quanto ad esse il giudizio è concluso (ovvero, utilizzando la terminologia del codice, è *definito*; cfr. in termini Cass. civ., sez. lav., 23 novembre 2015, n. 23862).

3.6. Per le considerazioni sopra esposte i motivi aggiunti proposti dall'a.t.i. -OMISSIS3- sono inammissibili:

- quanto al primo motivo, per essere il provvedimento di A.n.a.s. s.p.a. del 23 marzo 2022 adottato in dichiarata esecuzione della sentenza n. -OMISSIS-, con la conseguenza che – in disparte la questione dell'immediata esecutività di una sentenza parziale, che non merita d'essere approfondita in questa sede – la sua difformità rispetto al *dictum* del giudice (e la sua conseguente eventuale nullità) va apprezzata in sede di ottemperanza da proporsi nelle forme e nei termini di cui all'art. 112 e ss. cod. proc. amm.;

- quanto al secondo motivo, per aver l'a.t.i. -OMISSIS3- introdotto un ulteriore vizio – motivo a sostegno di una domanda – quella di annullamento dell'aggiudicazione dell'a.t.i. -OMISSIS4- alla procedura di gara – che è già stata decisa e sulla quale non è possibile tornare per le ragioni in precedenza esposte.

Detto altrimenti, il motivo prospettato è estraneo all'unica domanda di annullamento sulla quale la Sezione non si è ancora pronunciata e che, dunque, costituisce ora l'oggetto del giudizio.

È chiaro, poi, che identica ragione precluderebbe l'esame del primo motivo aggiunto ove esso fosse inteso, come pure sembra prospettare l'appellante in alcuni passaggi, al pari del secondo, come diretto ottenere (sia pur con l'impugnazione di provvedimento sopravvenuto), la caducazione della prima ammissione dell'a.t.i. -OMISSIS4- dalla procedura e, per questa via, la sua esclusione.

3.7. Altre sono le ragioni di inammissibilità delle ulteriori eccezioni proposte dall'a.t.i. -OMISSIS3- nella memoria depositata in vista dell'udienza pubblica; esse, infatti, prospettando motivi di non decidibilità nel merito della domanda di annullamento non ancora definita all'esito della pronuncia della sentenza n. -OMISSIS-, non sono interessate dalle preclusioni in precedenza enunciate.

3.7.1. Con la prima di tali eccezioni si sostiene l'inammissibilità del motivo non ancora deciso, perchè dall'eventuale accertamento della difformità costruttiva della galleria rispetto al progetto a base di gara deriverebbe non già la sua esclusione dalla procedura ma solo l'obbligo di realizzare la predetta galleria in conformità al progetto della stazione appaltante; quel che è formulato in termini di ragione ostativa all'esame del (merito del) motivo è in realtà argomentazione riferibile agli effetti che il giudice dovrebbe pronunciare in caso di suo accoglimento; di necessità, pertanto, il suo esame va rinviato alla decisione sul motivo.

3.7.2. Con altra eccezione, l'a.t.i. -OMISSIS3- sostiene che il motivo del ricorso incidentale sia inammissibile per il noto principio per il quale "*nessuno può andare contro fatto proprio*" e per ragioni di "*lealtà e non abuso del processo*"; a suo dire sarebbe emerso dall'esame tecnico svolto dal verificatore che anche l'a.t.i. -OMISSIS4- e l'a.t.i. -OMISSIS1- abbiano offerto una modalità costruttiva della galleria GA01 non rispettosa dello "*lo schema statico delle opere*" cui si connettono anche un diverso "*assetto strutturale*" e una diversa "*realizzazione di impalcato*". Essi, dunque, non potrebbero far valere come altrui motivo di esclusione dalla procedura quel che porterebbe ad escludere loro stessi.

3.8. Come anticipato, l'eccezione è inammissibile.

In forma di condizione ostativa alla decidibilità del merito del motivo, la parte prospetta in realtà un vizio – motivo di illegittimità dell'ammissione dell'a.t.i. -OMISSIS4- alla procedura di gara – l'essere incorsa in una delle cause di esclusione previste dalla lettera di invito (la violazione della clausola di invarianza, di cui meglio si dirà nel prosieguo) – che avrebbe dovuto far valere quale motivo del ricorso introduttivo del giudizio proposto avverso il provvedimento di aggiudicazione (per casi simili cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2021, n. 3772; V, 17 aprile 2019, n. 2511).

Dagli artt. 29, 40 e 43 del codice del processo amministrativo si ricava, infatti, che i vizi di legittimità del provvedimento amministrativo devono essere proposti a mezzo ricorso al giudice amministrativo o mediante motivi aggiunti (in caso di ricorso già proposto) nel termine decadenziale stabilito; ne segue che il decorso del termine comporta preclusione a far valere altri vizi dei medesimi provvedimenti non tempestivamente proposti.

I mezzi processuali non sono disponibili dalle parti; queste, dunque, non potrebbero eludere le decadenze previste dalla legge proponendo in via d'eccezione quel che doveva introdursi in giudizio con ricorso entro il termine di decadenza, come, peraltro, espressamente sancito dall'art. 34, comma 2, seconda parte, per il quale: "*Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 30, comma 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29*".

La circostanza che la ragione di esclusione proposta dall'a.t.i. -OMISSIS3- sia la medesima ragione per la quale l'a.t.i. -OMISSIS4- ha domandato la sua esclusione dalla procedura è irrilevante: in ogni caso, infatti, consentire, ora, l'esame di una causa di esclusione dalla procedura di gara dell'a.t.i. -OMISSIS4- non prospettata nel ricorso introduttivo del giudizio significherebbe eludere i termini di decadenza

previsti dal codice per far valere in giudizio i vizi dei provvedimenti amministrativi, oltre che ammettere deroga alle modalità di formazione del *thema decidendum* a mezzo il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Né vale a mutar opinione la circostanza che l'interesse a far valere la ragione di esclusione sia sorto solo quando è stato proposto ricorso incidentale dell'a.t.i. -OMISSIS4-, non foss'altro perchè l'interesse ad ottenere l'esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS4- dalla procedura di gara è il medesimo interesse che sorregge la domanda di annullamento proposta con il ricorso introduttivo del giudizio, con il che non può dirsi che esso sia sorto solo in seguito alla proposizione del ricorso incidentale (come, invece, si suole dire in relazione al ricorso incidentale c.d. escludente il cui interesse sorge solo in seguito alla proposizione del ricorso principale).

In ogni caso, poi, tale vizio non potrebbe essere fatto valere per la prima volta in appello per il divieto di cui all'art. 104 cod. proc. amm.; l'eccezione proposta ha, infatti, natura di eccezione c.d. riconvenzionale, come tale non rilevabile d'ufficio.

Le sentenze di questo Consiglio di Stato riportate nella memoria difensiva a sostegno dell'eccezione trattano una problematica diversa, vale a dire la proponibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla parte che abbia aveva adito quella giurisdizione con l'atto introduttivo del giudizio; per dire l'eccezione inammissibile si è, infatti, in diverse occasioni evocato il divieto di *venire contra factum proprium* (come pure l'esigenza di vietare l'abuso del processo).

4. E' possibile procedere ora all'esame del (quinto) motivo dell'appello dell'a.t.i. -OMISSIS4- con il quale è reclamata l'esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS3- dalla procedura di gara per "*Violazione di legge (art. 59, c. 3, D.Lgs. 50/2016, violazione par. 13 lett. invito – Eccesso di potere (arbitrarietà – difetto del presupposto – travisamento – difetto di istruttoria*"; di identico tenore è il settimo motivo dell'appello dell'a.t.i. -OMISSIS1-.

4.1. I motivi sono fondati.

La verificazione ha fornito indicazioni precise; nella parte conclusiva della relazione il verificatore ha chiarito che: "*Il passaggio dallo scatolare di progetto, che è un'opera iperstatica, dotata di elevata rigidità, alla struttura introdotta con il "metodo Milano", che, invece, risulta essere nella sostanza, e nel calcolo proposto, un'opera isostatica, come evidenziato in precedenza, produce una sensibile modifica dello schema statico, che implica una serie di variazioni, anche significative, al comportamento statico dell'opera, oltre che alle potenziali rotazioni relative degli elementi che la compongono, che non sono trascurabili. Infatti, nel progetto posto a base di gara, la soletta della galleria è continua con i piedritti e, pertanto, tale vincolo di continuità non consente alle sezioni in estremità una rotazione relativa, come invece accade per la proposta -OMISSIS3-*", e, pertanto, ha risposto al quesito che gli era stato posto in questi termini: "*utilizzando il "metodo Milano" per la progettazione della galleria GA01 il concorrente [ha] modificato l'assetto strutturale, la scansione della campate, lo schema statico delle opere e la tipologia di impalcato delle opere d'arte principali rispetto al progetto di galleria elaborato dall'A.n.a.s. nel progetto a base di gara ("scatolare a doppia canna")*".

4.2. Nella memoria depositata in vista dell'udienza pubblica, l'a.t.i. -OMISSIS3- non contesta la conclusione cui è pervenuto il verificatore, ma sostiene che l'accertata modifica costruttiva non comporterebbe esclusione dalla procedura di gara; il motivo, pertanto, sarebbe infondato e da respingere per due ragioni:

a) per aver la stessa stazione appaltante invitato i concorrenti a proporre metodologie costruttive della galleria alternative a quella del progetto a base di gara, avendo previsto, per il criterio di valutazione B.5.1., l'assegnazione dei punti agli operatori che avrebbero offerto alternative nella costruzione delle principali opere d'arte, specificando, poi, contestualmente che per i "ponti/viadotti" non era consentita la modifica dell'assetto strutturale, della scansione delle campate, dello schema statico delle opere e della tipologia di impalcato; la sua esclusione sarebbe, dunque, contraria al *favor partecipationis*;

b) perché la clausola di invarianza prevista dalla lettera di invito riguardava solamente i ponti e i viadotti e non anche le gallerie; tale conclusione sarebbe dimostrata dal fatto che la norma di gara espressamente ammetteva le varianti, le quali, se non fosse stato concesso proporre modifiche costruttive alle gallerie, essendo escluso per quanto precedentemente detto la modifica di ponti/viadotti, sarebbe stata previsione destinata a non trovare concreta applicazione ed invece era accaduto che tutti i concorrenti avevano modificato in parte e/o totalmente la galleria progettata da A.n.a.s. e nessuno aveva introdotto modifiche e/o varianti a ponti e viadotti così intendendo il rapporto tra le disposizioni della lettera di invito nel senso dell'esistenza di un divieto di modifiche costruttive riferito solo a questi ultimi e non alla prima.

4.3. Le argomentazioni non sono condivisibili.

Riprendendo considerazioni già svolte dalla Sezione nella sentenza n. -OMISSIS-, va detto che la lettera di invito (a pag. 32) prevedeva quale caso di irregolarità dell'offerta tecnica, con conseguente sanzione dell'esclusione dalla procedura di gara, il mancato rispetto della seguente prescrizione: "…*2. l'offerta tecnica non potrà modificare l'assetto strutturale, la scansione delle campate, lo schema statico e la tipologia d'impalcato delle opere d'arte principali*" (c.d. clausola di invarianza).

Nell'ambito delle opere d'arte principali rientrano indubbiamente anche le gallerie artificiali; lo ha spiegato il verificatore – in questo modo non esorbitando dai suoi compiti trattandosi di precisazione terminologia a giusta ragione ritenuta propedeutica alla risposta al quesito che gli era stato sottoposto – ed è comunque cognizione comune in materia di gare d'appalto.

La disposizione della *lex specialis* non era suscettibile di dar adito a dubbi; né v'era antinomia tra tale prescrizione e quella contenuta a pag. 52 relativamente alle modalità di assegnazione del punteggio per il criterio b.5.1., da doversi risolvere a

favore di quest'ultima in applicazione del criterio di specialità come sostenuto dall'a.t.i. -OMISSIS3-.

Descrivendo quanto richiesto ai concorrenti per l'attribuzione del punteggio riferito al criterio b.5.1. (*Fasi di lavoro, organizzazione del cantiere e cronoprogramma*), infatti, era richiesto la presentazione di uno "*studio della fase di cantiere*" che, tra le altre cose, "*evidenzi*[asse] *le lavorazioni più critiche dal punto di vista della certezza dei tempi ed i nodi critici per l'impatto sul territorio e sulla viabilità, proponendo eventuali alternative anche nelle modalità costruttive delle principali opere d'arte*".

I concorrenti erano dunque sollecitati a formulare proposte di costruzione delle opere d'arte che potessero garantire tempi certi di realizzazione e superare le indubbie criticità che, sul territorio e sulla viabilità, avrebbe comportato la realizzazione dell'opera; tali proposte, però, non avrebbero potuto comportare modifiche dell' "*assetto strutturale, della scansione delle campate, dello schema statico delle opere e della tipologia di impalcato*" come previsto dal progetto a base di gara.

In sostanza, avrebbero dovuto formulare alternative costruttive nel rispetto dei limiti imposti dalla lettera di invito mediante il richiamo ai precisi criteri tecnici di progettazione; che poi tale limitazione fosse stata ribadita nuovamente per quanto riguarda i "*ponti/viadotti*" rafforza l'interpretazione data della lettera di invito – nel senso che le proposte di modalità costruttive alternative avrebbero dovuto essere elaborate entro i limiti indicati – e non porta invece a dire che la stazione appaltante abbia qui voluto introdurre una deroga (peraltro implicita) per la galleria artificiale.

Non v'è criterio di ragionevolezza che possa giustificare tale ricostruzione considerato che la costruzione di gallerie artificiali determina impatto sul territorio e sulla viabilità identico a quello dei ponti/viadotti e che nella progettazione degli uni e degli altri A.n.a.s. s.p.a. ha operato precise scelte ingegneristiche che ha ritenuto di imporre ai concorrenti chiamati a realizzare l'opera (come spiegato, ancora una volta, con chiarezza dal verificatore).

Quanto, poi, alla qualificazione della modifica costruttiva della galleria artificiale quale variante progettuale espressamente ammessa dalla lettera di invito, vale quanto già esposto nella sentenza n. -OMISSIS- (par. 20): si tratta di profilo irrilevante, poiché quel che conta, ai fini della decisione del motivo proposto, è esclusivamente il rispetto o meno dei limiti imposti dalla lettera di invito per la progettazione di tutte le opere, ivi compresa la galleria artificiale.

4.4. L'accertata violazione della clausola di invarianza comporta l'esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS3- dalla procedura di gara.

Tale sanzione, come già esposto, era espressamente prevista dalla lettera di invito (pag. 32 nel par. "*Indicazioni per la descrizione delle proposte offerte*") e, comunque, sarebbe stata dovuta ai sensi dell'art. 59, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 ove sono dette irregolari le offerte "*a) che non rispettano i documenti di gara*"; tale essendo il progetto a base di gara elaborato da A.n.a.s. (e, con esso, la Relazione di Calcolo).

Sciogliendo la riserva precedentemente assunta (par. 3.7.1.), va aggiunto che non può convenirsi con la tesi dell'a.t.i. -OMISSIS3- per la quale l'accertata difformità costruttiva della galleria rispetto al progetto a base di gara comporterebbe non già l'esclusione ma l'obbligo a suo carico di realizzare la predetta galleria in conformità al progetto della stazione appaltante.

Vi ostano le considerazioni appena svolte sulla previsione della sanzione espulsiva nella lettera di invito per il caso di violazione della clausola di invarianza, nonché l'ulteriore ragione che, a voler seguire la tesi dell'a.t.i. -OMISSIS3-, sarebbe consentita una modifica dell'offerta tecnica a gara ormai conclusa, in spregio ai noti principi di *par condicio competitorum* che regolano le procedure evidenziali.

Il precedente citato in memoria, la sentenza di questa Sezione, 27 ottobre 2021, n. 7218, afferma il principio (riferito peraltro a vicenda ben diversa) dell'impossibilità per la stazione appaltante di assegnare punteggio ad una proposta migliorativa che

risulti inammissibile, senza che ne derivi per ciò solo l'esclusione del concorrente dalla gara.

Essa, peraltro, conferma le conclusioni quivi raggiunte, poiché espressamente riconosce che "*nell'appalto di lavori è sanzionabile con l'esclusione soltanto l'offerta tecnica che, contenendo un progetto in variante inammissibile, presupponga un'opera intrinsecamente e radicalmente diversa da quella richiesta dalla stazione appaltante, tanto da dare luogo ad un aliud rispetto all'opera complessivamente prefigurata dall'amministrazione, ovvero da impedirne la fattibilità tecnica*"; nel caso di specie, mediante la verificazione si è accertato la galleria artificiale proposta dall'a.t.i. -OMISSIS3- essere opera del tutto diversa da quella richiesta dalla stazione appaltante nel progetto a base di gara.

4.5. In conclusione, in relazione al giudizio con Rg. n. 7553/21, è accolto anche il quinto motivo dell'appello di -OMISSIS4- s.p.a.; in relazione al giudizio con Rg. n. 7614, è accolto anche il settimo motivo dell'appello di -OMISSIS1- s.p.a. e di -OMISSIS2-.

5. Deve essere infine dato riscontro alla nota dell'8 aprile 2022 del prof. Ing. Giuseppe Sappa, Ordinario di Geologia applicata ed idrogeologia presso la Facoltà di ingegneria civile ed industriale dell'Università La Sapienza di Roma, incaricato della verificazione, per delega del Direttore del Dipartimento di Ingegneria civile edile e ambientale con nota 25 gennaio 2022.

Con detta nota viene richiesta la liquidazione degli oneri di verificazione, calcolati ai sensi dell'art. 11 del d.m. 30 maggio 2002, n. 182 (che prevede per la perizia o la consulenza tecnica un onorario a percentuale calcolato a scaglioni) mediante quantificazione in € 13.500.000,00 del valore dell'opera oggetto di verificazione e, utilizzando per ogni scaglione l'aliquota massima, per una somma complessivamente indicata in € 9.851,73 raddoppiata ai sensi dell'art. 52, comma 1, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 114.

L'art. 66, comma 4, Cod. proc. amm. stabilisce che per la liquidazione del compenso al verificatore si applicano le tariffe stabilite dalle disposizioni in materia di spese di giustizia, ovvero, se inferiori, quelle eventualmente stabilite per i servizi resi dall'organismo verificatore.

In proposito, va rilevato che attualmente la liquidazione del compenso in favore degli ausiliari del giudice amministrativo avviene mediante l'utilizzo del sistema dei parametri introdotto dal d.m. 20 luglio 2012, n. 140 e non più in base al sistema tariffario di cui al d.m. 30 maggio 2002, n. 182 a seguito dell'abrogazione del sistema delle tariffe professionali e tutte le disposizioni che ad esse rinviavano, fornendo la base normativa per l'emanazione di detto d.m. 140 del 2012 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2015, n. 2015; V, 27 marzo 2020, n. 2146).

Tuttavia, secondo condivisa giurisprudenza, il sistema dei parametri non è vincolante per il giudice ed assume solo un valore orientativo, essendo imperniato su criteri soggettivi, oggettivi e funzionali (in ultimo, Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2019, n. 8205).

Nel caso che occupa, tenuto conto della non vincolatività di detto sistema e della complessità della prestazione svolta dall'ausiliario del giudice, deve ritenersi congrua la somma di Euro 9.851,73.

Il compenso del verificatore è posto a carico del Consorzio stabile -OMISSIS3- s.c.p.a., che provvederà ad effettuare il relativo pagamento secondo le modalità che saranno indicate dal verificatore stesso.

6. Considerato che con la sentenza n. -OMISSIS- era stata riservata al definitivo la pronuncia sulle spese di tutti i giudizi riuniti, ma che all'odierna udienza sono stati chiamati solo i giudizi con n. Rg. 7614/2021 e 7553/21 già riuniti perché aventi ad oggetto impugnazioni della medesima sentenza e non anche il giudizio con n. Rg. 7615/21, per il quale dunque non è possibile procedere a disporre sulle spese di lite,

il Collegio dispone la separazione del giudizio n. Rg. 7615/21 dalle cause già riunite che rinvia, per la sola decisione sulle spese di lite, all'udienza del 7 luglio 2022.

In relazione agli altri giudizi, invece, considerata la complessità della controversia, che ha richiesto per la sua decisione l'espletamento di una verificazione, dispone la compensazione tra tutte le parti in causa delle spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti:

- in relazione al giudizio con Rg. n. 7553/2021, accoglie nei sensi di cui in motivazione l'appello di -OMISSIS4- s.p.a., e accoglie nei sensi di cui in motivazione l'appello incidentale del -OMISSIS3- società consortile per azioni;
- in relazione al giudizio con Rg. n. 7614/2021, accoglie nei sensi di cui in motivazione l'appello di -OMISSIS1- s.p.a. e di -OMISSIS2- e accoglie nei sensi di cui in motivazione l'appello incidentale del -OMISSIS3- società consortile per azioni;
- per gli effetti, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. -OMISSIS-, accoglie nei sensi di cui in motivazione il ricorso di primo grado del -OMISSIS3- s.c.p.a. e il ricorso incidentale di -OMISSIS4- s.p.a. e di -OMISSIS1- s.p.a. e di -OMISSIS2-;
- liquida al verificatore la somma complessiva di € 9.851,73, oltre accessori di legge se dovuti;
- dispone la separazione del giudizio con n. Rg. 7615/21 e rinvia per la sola decisione sulle spese di lite all'udienza pubblica del 7 luglio 2022;
- compensa tra tutte le parti in causa le spese di entrambi i gradi del giudizio relativamente ai giudizi con Rg. n. 7553/21 e 7641/21.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Federico Di Matteo	**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

IL SEGRETARIO