

REPUBBLICA ITALIANA

N. 3814/07 REG.DE

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 10409 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta
ha pronunciato la seguente

ANNO 2006

DECISIONE

sul ricorso R.G. n. 10409/2006 proposto da AUTOSTRADE
CENTROPADANE s.p.a. in persona del legale rappresentante
pro-tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria
dell'A.T.I. con le mandanti Coopsette s.c. a r.l., Profacta s.p.a.,
Paver Costruzioni s.p.a., Industria Cementi Giovanni Rossi s.p.a.,
Ingegneria Biomedica Santa Lucia S.p.a., ASM Brescia s.p.a.,
Azienda Energetica Municipale S.p.a., Infracom Italia S.p.a.,
Technital s.p.a., e Consorzio Servizi Infrastrutture Piacenza,
rappresentata e difesa dagli avv. ti Giovanni Pellegrino, Gianluigi
Pellegrino e Claudio Guccione e presso i primi elettivamente
domiciliata in Roma al C.so Rinascimento 11;

CONTRO

INFRASTRUTTURE LOMBARDE s.p.a. in persona del
Direttore Generale p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti prof.
Marcello Clarich, Nico Moravia e Giuliano Fonderico
elettivamente domiciliata presso il primo in Roma P.zza di
Montecitorio n. 115;

REGIONE LOMBARDIA in persona del Presidente della Giunta
Regionale p.t. rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico

Tedeschini, Piera Pujatti e Pio Dario Vivone, con domicilio eletto in Roma l.go Messico 7 presso il primo;

nonché nei confronti

di CINTRA - CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE S.A. nella persona del in persona di Enrique Diaz Rato Revuelta, Amministratore delegato e legale rappresentante e MERLONI FINANZIARIA s.p.a., con sede in Fabriano, via A. Merloni, n. 45, in persona del Presidente e legale rappresentante Francesco Merloni, rispettivamente mandataria e mandante della costituenda associazione temporanea di imprese tra le società medesime, rappresentate e difese dagli avv.ti Ezio Antonini, Mario Sanino, Angelo Clarizia ed Antonio Lirosi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio Gianni, Origoni, Grippo & Partners in Roma, via delle Quattro Fontane n. 20;

IMPRESA PIZZAROTTI & C. s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con le mandanti EIFFAGE e SANEF, non costituitosi;

per l'annullamento e la riforma

previa sospensione, del dispositivo e della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia — Sezione di Brescia, n. 87 del 18 gennaio 2007, con la quale sono stati respinti il ricorso principale per l'annullamento della nota 13 dicembre 2005 n. UTE 05/549 F702-05-a-2-2-19 AR/bb, con la

quale Infrastrutture Lombarde ha comunicato l'aggiudicazione della concessione per la progettazione definitiva con studio di impatto ambientale, per la progettazione esecutiva, per la costruzione e per la gestione, dell'autostrada regionale "Integrazione del sistema transpadano – Direttrice Cremona Mantova" per il tratto Cremona- Mantova sud, in favore di una costituenda A.T.I. fra Cintra e Merloni Finanziaria; delle determinazioni assunte dalla Infrastrutture Lombarde e dalla Regione Lombardia e dei verbali di gara con cui sono state ammesse a concorrere, e comunque non escluse, la suddetta costituenda A.T.I. Cintra e la costituenda A.T.I. fra la Pizzarotti, la Eiffage e la Sanef, nonché è stata disposta la suddetta aggiudicazione; di ogni ulteriore atto connesso ovvero consequenziale, e in particolare della aggiudicazione definitiva eventualmente intervenuta; nonché per la condanna della p.a. resistente al risarcimento dei danni; ed inoltre è stato respinto il ricorso incidentale, proposto da Cintra e Merloni contro Autostrade Centropadane e nei confronti di Infrastrutture Lombarde, Regione Lombardia e Pizzarotti, per l'annullamento, previa sospensione, di tutti i verbali della commissione giudicatrice relativi alla fase della procedura negoziata, e in particolare dei verbali del 29 novembre 2005, nella parte in cui hanno affermato la regolarità e completezza della documentazione presentata dall'A.T.I. Centropadane, ammettendola alla procedura negoziata in questione; della lettera

9 settembre 2005 prot. D.G. 05/594, con la quale Infrastrutture Lombarde ha risposto alla richiesta di chiarimenti formulata da Autostrade Centropadane con lettera 7 settembre 2005 prot. n.8070; della lettera 9 novembre 2005 prot. UTE 05/319; dell'art. 8 lettera r) del bando di gara, nella parte in cui la richiesta di produzione del certificato del casellario giudiziale viene estesa anche ai procuratori muniti di potere di rappresentanza;

Visti l'appello ed i motivi aggiunti con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Lombardia, Infrastrutture Lombarde e Cintra-Merloni;

Visti gli appelli incidentali proposti da Cintra Merloni ed Infrastrutture Lombarde;

Viste le istanze e le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visto il decreto cautelare di accoglimento n. 6625 del 20 dicembre 2006, emesso dal Presidente di questa Sezione;

Viste le ordinanze di questa Sezione in data 12 gennaio 2007 n. 78 e 13 marzo 2007 n. 1297, con le quali è stata accolta, prima parzialmente e poi totalmente, la domanda di sospensione cautelare della sentenza appellata;

Visto il dispositivo n. 211 del 4/7 maggio 2007, pronunciato dal Collegio nel presente giudizio;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 4 maggio 2007 la relazione del cons. Nicola Russo e uditi, altresì, gli avvocati

Giovanni Pellegrino, Gianluigi Pellegrino, Ezio Antonini, Mario Sanino, Angelo Clarizia ed Antonio Lirosi, Marcello Clarich e Federico Tedeschini, ciascuno per le parti rispettivamente rappresentate;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La Giunta regionale della Lombardia, con la delibera 19 luglio 2002 n. VII/9865, aveva, fra l'altro, individuato quale opera autostradale regionale di necessaria realizzazione, l'“integrazione del sistema transpadano”, comprendente tra l'altro il percorso Cremona-Mantova, inserito nel “corridoio n. 5” o “del 45° parallelo”, cioè in una direttrice stradale e ferroviaria destinata ad assicurare un più rapido percorso da Barcellona a Kiev.

La stessa Giunta regionale, con delibera 19 luglio 2002 n. VII/9865, aveva quindi conferito, ai sensi dell'art. 10 bis della L.R. Lombardia 4 maggio 2001 n. 9, alla società regionale Infrastrutture Lombarde s.p.a., il compito di affidare la relativa concessione di costruzione e gestione. Con successiva delibera 13 dicembre 2002 n. VII/11577, aveva riconosciuto “che il progetto preliminare di autostrada regionale Cremona-Mantova presentato da Autostrade Centropadane s.p.a. in data 28 ottobre 2002 è coerente con gli intendimenti programmatici espressi dalla Regione” ed aveva individuato in quest'ultima società il soggetto promotore per realizzare l'opera con il sistema del *project financing*, avviando la relativa procedura di cui alla L.R.

del 2001 n. 9 cit. ed al relativo regolamento di attuazione 8 luglio 2002 n. 4.

Nella fase successiva, dedicata alla selezione degli aspiranti destinati a concorrere con il promotore, a seguito di prequalifica e di successiva licitazione privata, i due concorrenti con migliore punteggio sarebbero poi stati ammessi alla successiva fase comparativa “negoziata” con il promotore, formulando le proprie offerte sulla base dell'originario progetto del promotore e dell'offerta con migliore punteggio nella selezione dei concorrenti.

Con lettera d'invito del 27 giugno 2005, secondo cui, in caso di gara deserta o di offerte invalide, la concessione sarebbe stata conferita al promotore, Infrastrutture Lombarde s.p.a. aveva ammesso a presentare offerta, per avere superato positivamente la fase di prequalifica, sia la società Cintra, che in tal fase concorreva come impresa singola, sia l'A.T.I. Pizzarotti e l'Impregilo s.p.a., poi ritiratasi.

Nella lettera di invito del 27 giugno 2005 erano, fra l'altro, indicate le modalità per presentare l'offerta e gli elementi per la sua valutazione, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, servendosi del “metodo aggregativo compensatore di cui all'allegato B del D.P.R. n. 554/1999” (cd. confronto a coppie).

Pervenivano quindi due offerte, di Cintra in A.T.I. con Merloni Finanziaria, e dell'A.T.I. Pizzarotti, entrambe ammesse alla

procedura negoziata. Nel confronto a coppie si classificavano prima l'A.T.I. Cintra e seconda l'A.T.I. Pizzarotti.

Era inviata una seconda lettera di invito in data 27 ottobre 2005, anche al promotore, che era così invitato a qualificarsi sulla base dei requisiti di ammissione di contenuto analogo a quelli indicati nel bando, ai fini della prequalifica degli altri concorrenti, oltre che ai due concorrenti selezionati nella fase precedente.

Nella graduatoria finale compariva prima, con 75,73 punti, l'offerta dell'A.T.I. Cintra, seconda, con 74,91 punti, quella dell'A.T.I. Centropadane; terza, con 43,70 punti, l'offerta dell'A.T.I. Pizzarotti.

L'A.T.I. Centropadane ricorreva quindi al TAR di Brescia, con ricorso articolato in tre gruppi di censure, proposte rispettivamente avverso l'ammissione in gara dell'ATI Cintra, avverso l'ammissione dell'ATI Pizzarotti, ed avverso la valutazione operata nella fase finale col confronto a coppie tra Cintra e Pizzarotti, per lamentata contraddittorietà con la valutazione operata nella prima fase.

Cintra-Merloni proponeva ricorso incidentale contestando sia l'ammissione della Centropadane alla fase finale, sia la prescrizione del bando nella parte fatta oggetto della prima censura del ricorso principale, nell'ipotesi di fondatezza di quest'ultima.

Centropadane quindi proponeva un motivo aggiunto avverso le prescrizioni di gara indicate nel primo motivo del ricorso

incidentale, nell'ipotesi fossero da interpretarsi nel senso suggerito da Cintra.

Il primo giudice, con ordinanza n. 590/06, respingeva l'istanza cautelare.

La sezione, con ordinanza 27 giugno 2006 n. 3207, in riforma dell'ordinanza n. 590/06 del TAR, accoglieva viceversa l'istanza cautelare avanzata in primo grado, anche al fine della sollecita fissazione dell'udienza di merito.

All'udienza del 5 dicembre 2006 il TAR, con dispositivo n. 12/06, respingeva i ricorsi principale ed incidentale.

A seguito di proposizione di appello di Centropadane, il Presidente di questa Sezione con decreto 20 dicembre 2006, n. 6625 accoglieva l'istanza di sospensione del dispositivo di primo grado, che poi era anche accolta in sede collegiale con ordinanza della Sezione n. 78 del 12 gennaio 2007, per un periodo non superiore a due mesi seguente la pubblicazione della sentenza da parte del TAR.

Il 18 gennaio 2007 era quindi pubblicata la sentenza 87/2007, oggi appellata, che ha rigettato il ricorso incidentale quanto alle contestazioni circa l'ammissione di Centropadane, ha dichiarato tardive ed infondate le censure relative alla ammissione dell'ATI Cintra e dell'ATI Pizzarotti, ed ha rigettato le restanti censure relative alla valutazione delle offerte, assorbendo le restanti censure.

Centropadane ha quindi proposto motivi aggiunti, rivolti in particolare alla riforma della sentenza appellata, nella parte in cui ha ritenuto tardivi i motivi avverso la mancata esclusione sia dell'ATI Cintra che dell'ATI Pizzarotti.

Si sono costituite in giudizio Infrastrutture Lombarde s.p.a., Regione Lombardia e Cintra-Merloni, quest'ultima proponendo anche appello incidentale avverso la parte della sentenza che aveva respinto il ricorso incidentale in primo grado avente ad oggetto l'ammissione dell'ATI Centropadane, riproponendo altresì il motivo incidentale assorbito dal TAR, in relazione al primo motivo del ricorso principale di Centropadane.

Infine, Infrastrutture Lombarde ha proposto appello incidentale riproponendo l'eccezione di tardività, anche in relazione alle censure concernenti i Piani Economici Finanziari.

Con ordinanza del 13 marzo 2007 n. 1297 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare, ritenendo in particolare fondata la censura relativa alla mancata esclusione dell'ATI Pizzarotti per omessa ottemperanza, da parte della mandanti Eiffage e Sanef, a quanto richiesto a pena di esclusione dall'art. 8 lett. r) del bando, e conseguentemente ha fissato la trattazione del merito.

Sono stati altresì proposti motivi aggiunti condizionati, contestandosi sia l'affermazione del primo giudice secondo cui l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale avrebbe reso inammissibile il ricorso principale, sia la prescrizione del bando

ritenuto violata da Centropadane per ciò che riguarda i requisiti finanziari.

Il 27 aprile 2007, in prossimità dell'udienza fissata dalla Sezione del 4 maggio 2007, perveniva un'istanza di rinvio dell'ATI Cintra, motivata dalla necessità di garantire alle ditte Eiffage e Sanef termini più lunghi per controdedurre, in quanto entrambe aventi sedi all'estero, ed inoltre a motivo di reclami proposti alla Commissione Europea in ordine all'ammissione dell'ATI Pizzarotti. Era altresì evidenziata, ai fini del richiesto il rinvio, la circostanza che alcuni componenti del collegio giudicante avevano già fatto parte dei collegi di trattazione degli appelli cautelari, rivolti alla riforma sia dell'ordinanza di rigetto della sospensiva che della sentenza, entrambe pronunciate dal TAR.

Le resistenti hanno anche chiesto in via subordinata che, con riferimento alla censura relativa alla mancata esclusione dell'ATI Pizzarotti per violazione dell'art. 8 lett. r) del bando, la Sezione sollevi questione di legittimità comunitaria rimettendo gli atti alla Corte di Giustizia.

La causa è passata in decisione all'udienza del 4 maggio 2007, dopo la discussione delle parti.

DIRITTO

1. La Sezione ritiene che l'istanza di rinvio del 27 aprile 2007 non possa essere accolta.

Innanzitutto, non sembra potersi ritenere che le società estere mandatarie nell'ATI Pizzarotti rivestano la posizione di controinteressate in questo giudizio.

Questa Sezione ha già ritenuto in passato che, nelle impugnative dei risultati di pubbliche gare, il soggetto controinteressato e, di conseguenza, parte necessaria del giudizio, possa essere solo l'aggiudicatario, considerato che la temuta possibile lesione nei confronti di altro soggetto posizionato in graduatoria derivante dall'eventuale accoglimento del ricorso non sia idonea a far sorgere in tale soggetto la posizione di controinteressato in senso tecnico, non essendo caratterizzata da immediatezza, attualità e concretezza, che sono viceversa ravvisabili unicamente nell'aggiudicatario, e non derivano dalla semplice collocazione in graduatoria.

Pertanto, qualora l'esito di una gara sia contestato per l'illegittimità derivante dall'ammissione alla stessa gara di un soggetto poi non risultato aggiudicatario, quest'ultimo partecipante non può considerarsi nella posizione di controinteressato e non è conseguentemente parte necessaria nel giudizio (cfr. Cons. Stato, V Sez. 1 agosto 2001 n. 4190 e 6 agosto 2001 n. 4233, secondo cui *“in tema di gare d'appalto la veste di controinteressato va riconosciuta soltanto all'aggiudicatario, essendo questo l'unico soggetto che dal provvedimento impugnato ricava un beneficio diretto ed immediato e che quindi ha interesse alla conservazione dei*

provvedimenti medesimi (cfr., da ultimo, C.d.S., VI Sez., 20 dicembre 1999 n. 2117); ciò che non può dirsi delle altre imprese in gara le quali, avendo partecipato inutilmente alla procedura, non hanno alcun interesse tutelato alla conservazione del provvedimento, dato che questo non arreca loro alcun vantaggio, così come nessun concreto svantaggio può loro derivare dall'accoglimento del ricorso, senza che possa attribuirsi alcun rilievo all'asserito permanere comunque in capo alle imprese interessate di un non meglio qualificato interesse d'ordine morale al mantenimento della posizione acquisita, se pur inutile ai fini dell'aggiudicazione").

Né si ravvisano allo stato attuale ragioni prevalenti per discostarsi da tale fermo orientamento.

Pertanto, la circostanza che a tali parti non necessarie del processo siano stati notificati gli atti introduttivi del primo e del secondo grado, non determina nei loro confronti alcuna più qualificata posizione processuale rispetto a quella di eventuali interventori, i quali, del resto, in tale qualità, avrebbero comunque dovuto accettare il processo nello stato e grado in cui si trovava al momento del loro possibile intervento, che oltretutto non hanno ritenuto di voler esperire.

Né si condividono, inoltre, le ulteriori ragioni di opportunità per differire la trattazione della causa, indicate ai punti 2 e 3 dell'istanza del 27 aprile 2007.

La facoltà di proporre reclamo alla Commissione europea, seppure riferita a fatti oggetto del presente giudizio, non è di per sé rilevante nel giudizio amministrativo, essendo rilevante unicamente sul piano dei rapporti tra Stati membri ed Unione Europea, in ordine ad eventuali violazioni del diritto comunitario. È stata poi invocata l'ordinanza 14-21 ottobre 1998 n.359 della Corte costituzionale al fine di valutare, in relazione all'art. 51 quarto comma del codice di procedura civile, ed al fine di ottenere il rinvio della causa ad altro collegio, la circostanza che alcuni componenti del collegio giudicante avevano già fatto parte dei collegi già investiti della trattazione degli appelli cautelari per la riforma sia dell'ordinanza di rigetto della sospensiva che della sentenza, entrambe pronunciate dal TAR.

Al riguardo va ricordato che, mentre la Corte Costituzionale con l'ordinanza 359/98 aveva escluso una tale categoria di incompatibilità, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che ogni diversa ipotesi riconducibile a ragioni di convenienza legittimanti l'astensione non possa che essere fatta valere dalle parti con lo strumento della ricusazione di cui all'art. 52 c.p.c. (cfr. Cons.Stato Sez. VI, 6 marzo 2003 n. 1228, di cui vale ora la pena di riportare i passi fondamentali riguardanti la questione in esame: *“va premesso che l'istante pone a fondamento della nullità, la violazione dell'obbligo di astensione da parte dei due giudici di primo grado, che già avevano conosciuto della causa, per aver trattato e respinto la domanda cautelare a suo tempo da*

essa avanzata, chiedendo, in sostanza, una interpretazione estensiva o la disapplicazione dell'art. 51 c.p.c. (che limita tale obbligo ai casi in cui il giudice abbia conosciuto la medesima causa "come magistrato in altro grado di giudizio"), alla luce dell'art. 6 del Trattato U.E. e dell'art. 111, primo comma, Cost., che pongono il fondamentale diritto del cittadino ad un equo processo, che si realizzerebbe, precipuamente, attraverso l'imparzialità del giudice ... Sennonché, a tacere di ogni altra considerazione, che, pure, potrebbe farsi in ordine alla possibilità di compiere una operazione ermeneutica adeguatrice di una norma recante ipotesi tassative o una diretta disapplicazione di essa, alla luce di una disposizione comunitaria di mero principio, appare assorbente il rilievo che la asserita incompatibilità dei giudici della fase cautelare a partecipare al collegio chiamato a decidere sul merito del ricorso non determina un vizio di nullità deducibile in sede di impugnazione della sentenza, in quanto tale incompatibilità, ove ritenuta sussistente, avrebbe potuto dar luogo soltanto all'esercizio del potere di riconsunzione, che l'odierna appellante aveva l'onere (non assolto) di far valere nelle forme e nei termini di cui all'art. 52 c.p.c. (cfr., per tutte, Cass., sez. I, 15 maggio 2001, n. 6655) ... Val la pena, peraltro di aggiungere, che la questione sollevata in questa sede circa l'asserita incompatibilità fra giudice della fase cautelare e giudice del merito (irrilevante, per le ragioni di cui sopra), ha già ricevuto soluzione negativa

da parte della Corte Costituzionale, la quale, pronunciandosi ripetutamente (cfr., per tutte, sent. 27 ottobre 1997 n. 326) sulla costituzionalità del predetto art. 51 c.p.c., nella parte, appunto, in cui, non imponendo l'obbligo di astensione al giudice della causa di merito, che abbia concesso un provvedimento d'urgenza nella stessa causa, potrebbe pregiudicare l'imparzialità del giudicante, ha affermato che, a differenza del procedimento penale, ispirato a principi diversi e, segnatamente, al favor rei, il processo civile si articola attraverso più fasi sequenziali (necessarie od eventuali), nelle quali l'interesse posto a base della domanda - e che regge il giudizio - impone l'appagamento di esigenze, a quest'ultimo connesse, di carattere conservativo, anticipatorio o istruttorio. Orbene, in tal caso, il provvedimento cautelare adottato dal giudice consegue alla dialettica dei contrapposti interessi, la quale, di norma, si svolge attraverso il contraddittorio fra le parti, in una continua funzione propulsiva, che condiziona il proseguimento e la stessa conclusione del giudizio; cosicché non può negarsi che il pieno rendimento dell'attività giurisdizionale, alla stregua del principio di concentrazione, viene più agevolmente conseguito, se è sempre lo stesso giudice a condurre il processo, e che il giudice più adatto a decidere del merito può essere ritenuto, secondo ragione, appunto quello già investito di una cognizione "ante causam", cautelare o più genericamente sommaria. Ed invero, ha aggiunto la Corte, la concessione della misura "ante causam"

si fonda solo sui presupposti del pregiudizio irreparabile e del "fumus boni iuris", il quale ultimo deve risultare da un semplice giudizio di verosimiglianza, concretantesi in una valutazione probabilistica circa le buone ragioni dell'attore, che vanno preservate dal rischio di restare irreversibilmente compromesse durante il tempo necessario a farle valere in via ordinaria: di qui il carattere strumentale (rispetto - va sottolineato - non al merito della causa, bensì alla realizzazione del diritto da accertare in tale sede), assunto dal provvedimento cautelare, e la connessa struttura sommaria della cognizione... Trattasi di considerazioni che la stessa Corte ha ritenuto pertinenti anche al processo amministrativo (cfr., ord. 28 novembre 2002, n. 467), anch'esso permeato dal principio dispositivo, per il quale, oltre tutto, lo stesso legislatore ha imposto (art. 3 L. 21 luglio 2000, n. 205) che l'ordinanza cautelare debba ispirarsi ad una valutazione probabilistica circa "i profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso".

Ed è appena il caso di rilevare, inoltre che le ordinanze cautelari pronunciate nei vari gradi possono essere svariate, e che quindi come quelle ragioni esposte nella richiesta di rinvio in esame potrebbero condurre all'impossibilità di formare il collegio nell'ambito della medesima sezione, ed a dovere conseguentemente ricorrere a consiglieri di altra sezione. Il che, se ripetuto con la frequenza imposta dal notevole carico di ricorsi

trattati da ciascuna sezione, potrebbe peggiorare sensibilmente i tempi di definizione dei ricorsi, nella giustizia amministrativa.

D'altra parte, le novità introdotte dall'art. 3, L. 21 luglio 2000, n. 205 che, nel sostituire, con otto commi, il settimo comma dell'art. 21, L. 6 dicembre 1971, n. 1034, hanno ulteriormente rafforzato la connessione tra l'incidente cautelare ed il giudizio di merito, impongono al giudice amministrativo in sede d'esame dell'istanza cautelare, di valutare le ragioni di probabile fondatezza del ricorso e di disporre (all'occorrenza anche davanti a sé) la trattazione del merito della causa, ovviamente con l'urgenza connessa con le esigenze di più rapida decisione, che la materia richiede.

Pertanto, nell'attuale sistema è da escludersi la possibilità di ottenere, senza il consenso di tutte le altre parti, ed in assenza di un valido motivo giuridico-processuale, un rinvio della definizione della controversia, soprattutto in materie come quella della presente controversia, ed in evidente contrasto con le ragioni di preminente pubblico interesse che la caratterizzano.

2. È necessario esaminare preliminarmente l'appello incidentale delle resistenti Cintra-Merloni, che ripropone le censure rigettate del ricorso incidentale in primo grado.

2.1. Con il primo motivo del ricorso incidentale in primo grado, Cintra-Merloni censurano l'ammissione alla gara dell'ATI Centropadane, sostenendo che quest'ultima avrebbe disatteso la

seconda lettera d'invito (ottobre 2005) nella parte riguardante i requisiti di ammissione stabiliti nell'art. 8 del bando.

Sostengono in particolare le deducenti che l'appellante avrebbe dovuto essere esclusa per non avere soddisfatto quanto richiesto ai fini delle dichiarazioni relative ai requisiti finanziari, di cui alle lettere o) e p) del citato art. 8, ritenendosi che il possesso di tali requisiti dovesse essere dimostrato con riferimento a ciascun soggetto componente il raggruppamento.

In particolare, secondo Cintra-Merloni, ciascuna ditta del raggruppamento avrebbe dovuto da sola possedere per intero i requisiti di fatturato (150 milioni di euro nell'ultimo triennio) e di capitale sociale versato (15 milioni di euro), nonostante la nota del RUP, peraltro parimenti impugnata dall'ATI Centropadane, avesse sostenuto che i requisiti finanziari avrebbero dovuto valutarsi in capo al raggruppamento.

Il motivo in esame è, tuttavia, infondato, come esattamente ritenuto dal primo giudice, secondo cui, fatti salvi i requisiti minimi là dove previsti, ciascun partecipante dell'associazione temporanea può partecipare ad una pubblica gara facendo conto sulle complessive capacità dell'A.T.I. stessa, considerato anche il disposto dell'art. 47 commi 2 e 3 della Direttiva 2004/18/CEE, per cui il partecipante può fare affidamento sui requisiti degli altri soggetti "a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi".

L'affermazione è censurata in via incidentale da Cintra – Merloni, secondo cui la prescrizione di gara avrebbe carattere inequivoco, ed avrebbe condotto all'esclusione dell'appellante, in base al significato letterale della *lex specialis*.

La sezione concorda con l'interpretazione di tale disposizione data dal RUP in occasione della richiesta di chiarimenti sul punto.

Al riguardo, in aggiunta alle qui condivise considerazioni di carattere sistematico accennate nella sentenza appellata, circa la portata dell'art. 47, commi 2 e 3, della Direttiva 2004/18/CEE e della giurisprudenza comunitaria circa l'avvalimento, può osservarsi che la clausola in questione secondo cui “*le dichiarazioni di cui alle voci i), l), m), n), o), p), q), r) devono essere prodotte da tutti i membri del raggruppamento, nonché dagli eventuali soggetti esterni indicati per il soddisfacimento delle condizioni di cui alle voci d), e), f) e g)*”, non conduce affatto, anche nel suo significato letterale, alle conclusioni sostenute da Cintra – Merloni.

Le dichiarazioni di ciascuna delle partecipanti, richieste dalla clausola in esame, sono le seguenti: i) *dichiarazione di inesistenza delle situazioni che, a norma dell'art. 24 della direttiva 93/37/CEE, determinano l'esclusione dalle gare; l) dichiarazione che attesti ai sensi dell'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 il rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili ovvero dichiarazione che attesti la*

non assoggettabilità agli obblighi di assunzione di cui alla predetta legge; m) dichiarazione che il candidato non si è avvalso dei piani individuali di emersione dal lavoro sommerso di cui alla legge 18 ottobre 2001 n. 383, ovvero che la stessa si sia avvalsa di tali piani, essendo ormai concluso il periodo di emersione; n) dichiarazione di non trovarsi in un rapporto di controllo ovvero di collegamento ai sensi dell'art. 2359 del codice civile con altre imprese partecipanti alla gara singolarmente o in altro raggruppamento ovvero di non trovarsi in rapporto di controllo o di collegamento con altra società che è in rapporto di controllo o di collegamento con altra società che partecipa alla gara singolarmente o in altro raggruppamento; o) dichiarazione di aver prodotto un fatturato complessivo negli ultimi 5 anni antecedenti la pubblicazione del bando non inferiore ad euro 150.000.000,00; p) dichiarazione di possedere un capitale sociale interamente versato non inferiore ad euro 15.000.000,00.

Come si vede, tali dichiarazioni ed i corrispondenti requisiti da dichiarare sono eterogenei tra loro, sotto l'aspetto del riferimento soggettivo o meno, nel senso che alcuni di carattere soggettivo non possono che riferirsi alla singola partecipante in associazione, mentre altri requisiti, di carattere viceversa prevalentemente oggettivo e numerico, come appunto quelli indicati sub o) e p), non possono che riferirsi all'associazione nel suo complesso, tenuto conto oltretutto che sembra del tutto illogico richiedere

che, in caso di ATI, ciascun membro del raggruppamento, anche se associato per una quota minima, debba possedere per intero il requisito finanziario richiesto al concorrente singolo.

In tale ultima ipotesi, quindi, di dichiarazione di requisiti di partecipazione di carattere oggettivo, la clausola in questione non può che significare che le singole dichiarazioni debbono intendersi come riferite alla parte di requisito proporzionale alla quota di partecipazione di ciascun associato nell'ambito del raggruppamento.

La diversa conclusione condurrebbe, oltretutto, all'illogica conseguenza secondo cui l'eventuale maggiore specializzazione e professionalità delle imprese associate di dimensione minore non possa validamente concorrere all'offerta dell'ATI nel suo complesso, vanificando in definitiva la ragione stessa della giuridica possibilità, per le imprese di qualsiasi natura e dimensione, di partecipare alle pubbliche gare in associazione temporanea, piuttosto che singolarmente.

Non è pertanto necessario passare ad esaminare l'impugnazione incidentale svolta sul punto dall'appellante e la connessa questione della sua eventuale intempestività, eccipita dalle resistenti, dovendosi confermare il capo della sentenza fin qui esaminato.

2.2. Va altresì condiviso il punto 8 della sentenza appellata, là dove ha escluso che la L.R. Lombardia 4 maggio 2001 n. 9 ed il regolamento di attuazione 8 luglio 2002 n. 4, rechino un divieto

di partecipazione dei consorzi alle A.T.I. concorrenti. L'accenno alla L. 109/94, in ordine alla possibilità che i consorzi partecipino alla gara, era da considerarsi una semplice conferma della legittimazione di tali soggetti a riunirsi in ATI, senza che al riguardo occorresse anche un ulteriore richiamo nella normativa di gara. Inoltre, le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti morali dovevano considerarsi riferite ai singoli partecipanti all'associazione, quali appunto i consorzi. A ciò aggiungasi che, nel caso di specie, il consorzio non ha indicato soggetti consorziati a beneficio dei quali parteciperebbe, non potendosi così per tale profilo richiamare i principi affermati sul punto dalla giurisprudenza. Del resto, anche il consorzio, come qualsiasi altro membro del raggruppamento, in procedure come quelle in esame può assumere anche soltanto la funzione di semplice partner finanziario nella costituenda società di progetto o può in alternativa fornire servizi di qualsiasi natura e contenuto in proprio quale consorzio e non necessariamente attraverso le ditte consorziate, le quali, a loro volta, possono essere individuate come soggetti terzi fornitori e dunque contraenti della futura società di progetto.

2.3. Altrettanto da disattendere è poi il terzo motivo del ricorso incidentale, rigettato dal primo giudice sul rilievo secondo cui il diritto comunitario consente, attraverso il cd. avvalimento, che partecipino alle gare anche soggetti non in possesso in prima persona di tutti i requisiti necessari, se non attraverso i rispettivi

associati. Può quindi legittimamente avvenire che taluno dei partecipanti alla gara non abbia la possibilità di presentare in prima persona talune delle dichiarazioni richieste dal bando, in quanto riferite ad attività che, secondo il convenuto futuro assetto dell'A.T.I., non siano in ipotesi previste come di sua spettanza.

A ben vedere, tali dichiarazioni dovrebbero competere all'ATI nel suo complesso anche se, come nella specie è avvenuto, siano dichiarate da ciascuna delle imprese interessate alle singole quote di lavori.

3. Possono a questo punto esaminarsi congiuntamente sia il motivo dell'appello principale, secondo cui il primo giudice avrebbe erroneamente ritenuto tardive le censure concernenti l'ammissione dei soggetti concorrenti, sia quello dell'appello incidentale di Infrastrutture Lombarde, con cui si censura la sentenza nella parte in cui non ha ritenuto tardivi i motivi relativi ai piani economico finanziari (PEF), come viceversa avvenuto per i restanti motivi riguardanti la mancata esclusione delle ditte concorrenti.

Secondo il primo giudice, poiché nella lettera d'invito del giugno 2005 era previsto, diversamente dalla successiva lettera d'invito alla fase finale, che, in caso di mancata partecipazione o di esito negativo della selezione degli aspiranti, la concessione sarebbe stata affidata al promotore, quest'ultimo avrebbe avuto l'onere di impugnare immediatamente la mancata esclusione di una o di entrambe le ATI concorrenti.

Al riguardo può ribadirsi ancora una volta (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V n. 6727 del 17 novembre 2006) che, *nel procedimento di cui agli artt. 37-bis e segg. l. n. 109/94, l'interesse ad impugnare l'ammissione alla gara dell'altro concorrente sorge soltanto nel momento in cui si conclude l'intero procedimento, del quale la licitazione privata rappresenta soltanto la fase interna di selezione dei progetti da negoziare successivamente con quello del promotore. Nelle lettere a) e b) dell'art. 37-quater, comma 1, della legge n. 109/94, l'individuazione delle due offerte da porre in confronto con quella del promotore non ha alcun autonomo rilievo, dal quale far scaturire un interesse immediato ad impugnare i vizi riguardanti la loro scelta. In questa fase, la posizione degli offerenti non è assimilabile a quella dell'aggiudicatario, ma rimane ancora quella dell'aspirante all'aggiudicazione, non essendo ancora iniziata né conclusa la comparazione di ciascuno dei due migliori progetti con quello del promotore posto a base della gara. La previsione di due distinte fasi nell'art. 13 del bando integrale di gara non implica necessariamente la divisione dell'intera procedura in due distinti sub-procedimenti autonomamente impugnabili. La comunicazione dell'avvio della procedura negoziata una volta "esperita la licitazione privata" al soggetto promotore e ai soggetti presentatori delle due migliori offerte ha carattere impulsivo del prosieguo del procedimento da parte dell'amministrazione e la mancata sua*

impugnativa non comporta alcuna decadenza a censurare eventuali vizi del procedimento svolto sino ad allora. Tale comunicazione si configura non come vero e proprio provvedimento, ma come atto dovuto secondo l'art. 37-quater l. n. 109/94 che prevede le due fasi procedimentali, senza alcuna reciproca autonomia. Invero, la conclusione della licitazione privata (o dell'appalto concorso ex art. 37-quater co. 1, lett. a) non determina alcuna situazione di vantaggio o pregiudizio di uno dei competitori a danno dell'altro. Questa situazione si verifica solo all'esito del confronto finale, quando cioè, nella fase negoziata, una delle due proposte ammesse prevale sull'altra o quella del promotore prevale su ambedue. Né, a sostegno della diversa ipotesi, vale l'ultimo inciso dell'art. 37 quater co. 1, lett. b) l. n. 109/1994 che prevede lo svolgimento della gara anche fra il promotore e l'unico soggetto qualificato. La norma mira a salvaguardare l'intera procedura che deve comunque avere un esito, anche se siano escluse tutte le offerte ad eccezione di una e non attribuisce un autonomo interesse ad impugnare ex se la fase endoprocedimentale della licitazione. Esclusa la sua impugnabilità immediata, non è pertanto necessario individuare il momento in cui sia intervenuta la conoscenza dell'esito della licitazione.

Pertanto, deve ritenersi che nel procedimento in questione, l'ammissione dei concorrenti non sia autonomamente impugnabile se non in occasione dell'esito eventualmente

negativo della fase finale di questo, trattandosi a ben vedere di un procedimento unitario finalizzato all'individuazione del concessionario.

Ne consegue che ciascun partecipante (indipendentemente sia dalla particolare posizione rivestita di promotore o di offerente, sia dalla particolare fase in cui entri in gara) possa censurare l'ammissione di altri concorrenti soltanto in occasione dell'esito della procedura. Nella specie, deve quindi considerarsi tempestiva l'impugnativa dell'ammissione dei due concorrenti esperita dall'appellante soltanto in una con l'impugnativa dell'esito della procedura, avendo la stessa evidente interesse ad escludere quei concorrenti senza la cui partecipazione sarebbe risultata aggiudicataria. Ne consegue, pertanto, sia la fondatezza del primo motivo dell'appello principale, sia l'infondatezza dell'appello incidentale di Infrastrutture Lombarde, quest'ultimo incentrato sulle censure di inadeguatezza dei PEF, da considerare, per quanto si è detto, denunciabili all'esito della procedura.

4. Sempre con riferimento alle censure circa la mancata esclusione delle concorrenti, non va condivisa l'eccezione secondo cui l'appellante principale non avrebbe interesse ad escludere una sola delle due concorrenti perché il ricorso originario sarebbe stato diretto ad escluderle entrambe.

Per la verità, nella specie, il ricorso introduttivo del giudizio era stato articolato in più censure, tra loro autonome, alcune delle

quali rivolte all'esclusione di una sola delle due concorrenti ed alla conseguente aggiudicazione a proprio favore.

Del resto, nell'ipotesi di esclusione dell'ATI Cintra, così come dell'ATI Pizzarotti, l'appellante potrebbe prevalere sul concorrente rimasto, sulla base delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione di gara in occasione dei confronti a coppie e dell'applicazione della formula matematica per gli elementi quantitativi.

Va ribadita al riguardo, la piena legittimità del confronto a coppie anche in presenza di due soli concorrenti, come la Sezione ha già stabilito nelle decc. 9 maggio 2006 n. 2524 e 22 febbraio 2007 n. 967, tenuto conto che *il confronto a coppie esprime non già una valutazione assoluta sebbene una valutazione relativa delle offerte, onde individuare quella che, in raffronto alle altre appare migliore, non potendo applicarsi un giudizio di tipo transitivo (se A è preferito a B e B a C non è detto che A sia preferito a C: cfr. Cons. St., sez. IV, 16 febbraio 1998, n. 300); il confronto a coppie si sostanzia in una serie di distinte e autonome valutazioni di ogni offerta con ciascuna delle altre “...al fine di pervenire ad una valutazione complessiva dell’offerta medesima, rappresentata dalla sommatoria delle preferenze da essa riportate e che dovrà, da ultimo, essere confrontata con le sommatorie finali delle valutazioni di tutte le altre offerte concorrenti” (cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 4 luglio 2002, n. 3261), e per conseguenza “...la valutazione di ciascun*

progetto e di ciascuna offerta è data dal totale dei punteggi attribuiti per ogni elemento posto in comparazione...” (cfr. Cons. St., sez. V, 28 giugno 2002, n. 3566).

5.1. Con riferimento all'ATI Pizzarotti, si rivela fondato il motivo relativo alla violazione dell'art. 8 lett. r) del bando, in virtù del quale era richiesta, a pena di esclusione, l'esibizione del certificato generale del casellario giudiziario non anteriore a sei mesi alla data di presentazione della domanda di partecipazione ovvero copia conforme all'originale, anche con modalità di cui agli artt. 19 e 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, riferito al firmatario dell'offerta, al legale rappresentante ed agli altri amministratori dell'impresa, nonché ai suoi procuratori muniti di rappresentanza; prescrizione quest'ultima che, nell'ipotesi di associazione temporanea d'impresa, doveva intendersi riferita a ciascun membro del raggruppamento.

Come denunciato dall'appellante, le due ditte francesi Eiffage e Sanef, dell'ATI Pizzarotti, hanno disatteso tale prescrizione, in quanto non hanno prodotto in gara la certificazione del casellario giudiziario non anteriore a sei mesi, ovvero una dichiarazione sostitutiva, od una copia dichiarata conforme all'originale anche nelle forme di cui agli artt. 19 e 47 DPR 445/00 (cd. autodichiarazione di conformità). Le stesse ditte peraltro hanno allegato una dichiarazione sostitutiva attestante che all'atto di iscrizione al registro delle imprese francesi i relativi amministratori avevano effettuato una cosiddetta dichiarazione

sull'onore, riservandosi di produrre il casellario ovvero dichiarazione sostitutiva, in un momento successivo.

Il RUP, peraltro, ha consentito la successiva esibizione di quanto richiesto dal bando, assegnando alle ditte un primo termine successivamente prorogato. Infine le due ditte francesi Eiffage e Sanef hanno presentato, oltre il termine, dichiarazioni, riferendo di alcuni aggiornamenti nel frattempo intervenuti nei consigli di amministrazione di entrambe.

Risulta dunque violato non soltanto il termine perentorio per la produzione del documento, ma anche e soprattutto l'oggetto della richiesta indicata nella clausola di cui trattasi, anch'esso richiesto a pena di esclusione, non potendosi in alcun modo ritenere equipollente la dichiarazione sull'onore, che le ricorrenti hanno esibito, alla certificazione del casellario giudiziale, come richiesta, oltretutto, di data non anteriore a sei mesi.

Resta poi irrilevante, al riguardo, la non dimostrata impossibilità, per un'impresa francese, di potere soddisfare la richiesta indicata nella prescrizione in esame, considerato che le ditte in questione avevano esplicitamente fatto riserva di adeguarvisi.

Secondo le resistenti, inoltre, la prescrizione in esame è un duplicato di quanto richiesto al punto 8 del bando, dov'è prescritta una dichiarazione sostitutiva di non incorrere nelle cause di esclusione di cui all'art. 24 dir. CEE 93/37, al cui accertamento negativo è in parte funzionale la richiesta del casellario. Poiché le ditte francesi avevano presentato tale

dichiarazione, del tutto correttamente le stesse non sarebbero state escluse per non aver presentato quanto richiesto dalla lettera r).

Le resistenti concludono sul punto o per la reiezione della censura ovvero per la rimessione alla Corte di Giustizia della questione pregiudiziale articolata, da Infrastrutture Lombarde spa, nel senso se siano compatibili con il diritto comunitario disposizioni nazionali che considerino motivo di esclusione la mancata presentazione di dichiarazione e documenti per la prova della insussistenza di cause di esclusione di cui all'art. 24 dir. CEE 97/33, ovvero che richiedendo "per le medesime circostanze" la produzione di una dichiarazione e di un certificato del casellario giudiziale, prevedono l'esclusione per l'impresa che non abbia presentato l'uno e l'altro. Cintra da parte sua chiede di sollevare la questione concernente nella richiesta alla Corte se possa essere esclusa dalla gara un'impresa che presenti documentazione idonea ai sensi della legge del paese di provenienza ovvero che abbia sostanzialmente provato l'assenza di cause di esclusione ai sensi dell'art. 24 della direttiva 97/37. Ad analoga richiesta si è anche associata la Regione Lombardia. Ora, in disparte la circostanza che alcun contrasto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario risulta nemmeno in astratto prospettabile e che nel caso di specie si discute semplicemente della violazione di una prescrizione di gara il cui rispetto deve essere garantito in modo uguale da tutti i

partecipanti, pena violazione, in tal caso sì, di regole elementari di par condicio aventi come noto pure matrice comunitaria, è peraltro evidente come il bando di gara non fosse sul punto in alcun modo in contrasto con i principi comunitari (il che peraltro non ne avrebbe comunque consentito un mancato rispetto, in assenza di sua impugnazione).

Vero è infatti invece che l'allegazione del casellario giudiziale costituisce mezzo tipico previsto dallo stesso art. 24 della direttiva al fine consentire l'effettiva dimostrazione di non sussistenza della causa di esclusione consistente nell'assenza di precedenti penali incidenti sulla moralità professionale. Peraltro, anche sul versante soggettivo, la dichiarazione di assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 24 è richiesta al concorrente (e come tale, in caso di persona giuridica, non era in alcun modo riferibile a soggetti predeterminati, stante anche l'inapplicabilità della normativa nazionale là dove non direttamente richiamata), mentre il certificato giudiziale è richiesto dal bando con riguardo a plurime ed individuate persone fisiche.

In definitiva, non solo l'allegazione era richiesta a pena di esclusione, ma trattavasi anche di allegazione per nulla ripetitiva di quella relativa alla generale dichiarazione di insussistenza di tutte le (tra loro diverse) cause di esclusione di cui all'art. 24 dir. CEE.

Per tali ragioni deve ritenersi manifestamente infondata la pregiudiziale comunitaria prospettata dalle resistenti, atteso che

certamente non può considerarsi contrastante con il diritto comunitario la clausola del bando (peraltro predisposto dalla stessa amministrazione resistente che pure solleva la questione) che richiama l'allegazione, a pena esclusione, di quanto tipicamente previsto proprio dalla normativa europea. Né appare censurabile (tanto meno sotto il profilo del contrasto con la disciplina comunitaria) la scelta dell'amministrazione di operare tale richiesta già in fase di prequalifica, al fine di accertare preventivamente l'insussistenza di cause di esclusione, il cui apprezzamento oltretutto richiede anche valutazioni caratterizzate da elementi di discrezionalità (non incidenza sulla moralità professionale), rispetto ai quali non sembra logicamente ammissibile un'impegnativa e penalmente rilevante autodichiarazione.

5.2. È altresì fondata la censura, nei confronti della parte della sentenza appellata, in cui è disatteso il primo motivo relativo all'ammissione dell'ATI Cintra, ed è parimenti da respingere il corrispondente motivo incidentale proposto da quest'ultima.

L'ATI Cintra, in un primo momento, si era limitata a depositare le dichiarazioni sostitutive, richieste dall'art. 8 lettera r) del bando, solo quanto al firmatario dell'offerta, agli amministratori ed ad alcuni dei propri procuratori. Il RUP, al fine verificare il rispetto di quanto richiesto dal bando, là dove si riferisce ai "procuratori muniti di rappresentanza" senza distinzioni, aveva

chiesto alla ditta di esibire la documentazione idonea al fine di identificare quali fossero i soggetti tenuti alla dichiarazione.

In esito a tale richiesta, Cintra aveva quindi depositato la necessaria documentazione anche con riferimento agli altri procuratori muniti di rappresentanza, affermando di avere in un primo tempo ritenuto di depositare la documentazione solo con riguardo ai procuratori che potevano essere interessati dalla commessa.

Centropadane ha dedotto, a tale proposito, la violazione della clausola di gara corrispondente, sanzionata con l'esclusione.

Il primo giudice ha disatteso la censura, facendo riferimento all'espressione utilizzata nella nota di richiesta di chiarimenti del RUP che indica “soggetti che hanno i poteri per impegnare la società” e contestando anche nella sostanza l'interpretazione, ritenuta eccessivamente restrittiva, considerato oltretutto che, ad esempio, in una catena di negozi, anche un commesso avrebbe i poteri per impegnare la società.

La censura in esame è, viceversa, anch'essa fondata, in relazione alla puntuale ed inequivoca previsione del bando di gara, che imponeva l'allegazione di quanto richiesto dalla lett. r) (casellario giudiziale) con riguardo ai procuratori muniti di rappresentanza senz'alcuna limitazione.

Tale prescrizione infatti, parallelamente a quella relativa agli amministratori, è destinata a verificare il requisito morale in capo a tutti i soggetti cui la società ha affidato poteri di

rappresentanza, senza attribuire rilevanza alcuna alla circostanza se gli stessi debbano (tutti od alcuni) intervenire nella commessa cui la procedura si riferisce.

Del resto, il RUP, che in fase di ammissione del promotore, pronunciandosi sull'interpretazione della prescrizione, aveva ritenuto che la stessa si riferisse senza distinzione a tutti i procuratori muniti di rappresentanza, aveva richiesto a Cintra, nel presupposto che la dichiarazione dovesse effettuarsi per tutti i soggetti indicati nella prescrizione, l'elenco nominativo di quest'ultimi.

Né vi era spazio per un'integrazione istruttoria, trattandosi di omissione al chiaro disposto di una clausola della *lex specialis* relativa a determinati soggetti, che, nel suo inequivoco tenore, si sottrae alla censura in via incidentale articolata da Cintra (quarto motivo del ricorso incidentale in primo grado) e riproposto in appello. Il motivo infatti risulta infondato (sì da potersi prescindere da ogni questione sulla sua tempestività), atteso che risponde senz'altro ad un criterio precauzionale, ma certamente non irrazionale od abnorme, la circostanza che la PA riferisca il requisito morale tanto agli amministratori come ai procuratori muniti di rappresentanza del soggetto concorrente, i quali del resto sono talvolta investiti di poteri di rappresentanza ben più concreti rispetto ai titolari delle cariche di amministrazione. Né la previsione sembra avere alcuna valenza discriminante, atteso che tanto le imprese nazionali che quelle con sede in altro Stato,

possono avere (come quasi sempre hanno in settori di tale rilevanza) un'organizzazione ben distribuita anche all'estero.

Anche sul punto la sentenza appellata dev'essere riformata, in accoglimento delle censure ora esaminate.

6. Anche se l'esclusione dell'una o dell'altra, ovvero di entrambe le ditte concorrenti, conduce ad accogliere la domanda dell'appellante principale, e ad annullare gli atti impugnati consentendo l'assorbimento delle altre censure, può inoltre aggiungersi che Centropadane sarebbe risultata aggiudicataria anche in presenza delle due ditte concorrenti se soltanto il seggio di gara non fosse incorso in un'evidente contraddittoria valutazione, che ha determinato la migliore collocazione in graduatoria di Cintra peraltro per appena 0,82 punti. Anche se risultano decisivi i profili già affrontati, sulla questione è sufficiente rilevare come nelle varie difese e perizie depositate in giudizio, si confermi che su almeno una delle sottovoci di valutazione (1.1.d. Integrazione tra strutture ed attività agricole inerenti), i progetti Cintra e Pizzarotti erano rimasti del tutto identici, tanto da fare risultare contraddittoria l'inversione di punteggio (poi rivelatasi decisiva), registrata nella fase finale. Peraltro anche con riguardo alle altre sottovoci, le modifiche progettuali sui cui le parti si sono soffermate non sembrano idonee a giustificare in termini di minima razionalità e non contraddittorietà (nei limiti del sindacato di legittimità consentito

al giudice amministrativo), l'inversione radicale dei punteggi attribuiti.

7. Stante l'assorbimento di quanto esposto in precedenza, in ordine ai PEF è sufficiente qui evidenziare che appaiono tempestive (per quanto detto al punto 3. che precede) ed altresì fondate le censure relative al PEF di Pizzarotti, atteso che lo stesso incontestatamente rileva una notevole passività nell'andamento della fase di gestione, risultando, pertanto, condivisibile la relativa censura riproposta dall'appellante e nella sostanza non esaminata dal TAR.

8. Pur nella fondatezza sostanzialmente manifesta dell'appello principale, il rilievo e la complessità di alcune delle questioni trattate inducono a compensare le spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello principale ed i motivi aggiunti proposti da Autostrade Centro Padane s.p.a. e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla gli atti impugnati in primo grado ai sensi di cui in motivazione;

Respinge gli appelli incidentali;

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 4 maggio
2007 con l'intervento dei Sigg.ri:

Sergio Santoro	Presidente
Cesare Lamberti	Consigliere
Claudio Marchitello	Consigliere
Marco Lipari	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere estensore

L'ESTENSORE

f.to Nicola Russo

IL PRESIDENTE

f.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 5/07/07

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio NATALE