



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1810 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società Impresa Pizzarotti e C. Spa, in proprio e quale mandataria dell'ATI con Società Italiana Condotte dell'Acqua S.p.a., Clf S.p.a., Ghella S.p.a., Seli, Siemens S.p.a., Gemmo S.p.a., Contruccion es y Auxiliar De Ferrocarrillo Sa, Net Engineering s.p.a., Rpat Development Sa, Geodata Engineering S.r.l. e Piacentini Ingegneria s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Caia e Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Michele Maria Mancini in Milano, largo Ildefonso Schuster, 1;

contro

Comune di Milano, con gli avvocati Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey e Elisabetta D'Auria, elettivamente domiciliato presso gli

uffici della Civica Avvocatura in via Andreani 10 a Milano;
Comune di Milano - Commissariato per l'Emergenza del Traffico e della Mobilità nella Città di Milano, in persona del titolare dell'Ufficio pro tempore, non costituito in giudizio

nei confronti di

Impregilo S.p.a. in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con Astaldi S.p.a., Ansaldo Sts S.p.a., AnsaldoBreda S.p.a., Azienda Trasporti Milanesi S.p.a. e Sirti S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Riccardo Villata, Alberto Rho, Maurizio Zoppolato e Fabrizio Magrì,, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Fabrizio Magrì in Milano, via Camperio n. 9;

per l'annullamento

a) dell'aggiudicazione provvisoria a favore dell'ATI Impregilo intervenuta con provvedimento n. 403/2011 PG 400934/2011; di tutti gli atti connessi;

nonché, con motivi aggiunti

b) della lettera in data 12 luglio 2011 con cui è stata comunicata alla ricorrente l'avvenuta aggiudicazione definitiva e la volontà del Comune di Milano di procedere alla stipulazione del contratto accessorio;

c) del bando per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione di M4, laddove sia interpretato nel senso di non prevedere che per avvalersi dei requisiti delle imprese collegate occorre dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi necessari

all'esecuzione dell'appalto;

d) della lettera di invito inerente l'ATI Impregilo;

e) dei verbali inerenti la prequalifica con particolare riguardo a quelli relativi alla IV seduta riservata del 1° luglio 2009, della V seduta riservata del 3 luglio 2009, della VII seduta riservata del 27 luglio 2010, della VII seduta riservata del 28 giugno 2010 laddove si accerta la presenza dei documenti inerenti il possesso da parte della Spa Impregilo dei requisiti di partecipazione alla gara e si dà atto del possesso degli stessi;

f) della determina dirigenziale di aggiudicazione definitiva dell'8 agosto 2011 n. 613 PG 596808/2011, comunicata via fax il 9 agosto 2011 e della delibera della Giunta Comunale del 2 agosto 2011.

Nonché, con ulteriori (secondi) motivi aggiunti:

g) dei verbali di gara e dell'atto di nomina della commissione nella parte in cui non danno atto della necessità di escludere l'ATI Impregilo, nonché, in via subordinata, nella parte in cui attribuiscono a Impregilo un punteggio superiore a quello assegnato all'Impresa Pizzarotti;

h) dell'atto con cui ATM ha disposto senza alcuna valutazione comparativa ed immotivatamente l'adesione all'ATI Impregilo.

Nonché per l'accertamento ex art. 121 c.p.a. della inefficacia del contratto e dell'obbligo dell'amministrazione di assumere i provvedimenti conseguenti anche aggiudicando all'Impresa Pizzarotti S.p.a. il contratto.

Nonché, per il risarcimento del danno causato dai provvedimenti

impugnati, in forma specifica ovvero per equivalente

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Impregilo Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Impregilo S.p.A., come sopra rappresentato e difeso;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2011 il dott. Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione del Direttore del Settore Mobilità e trasporti in data 26 maggio 2011 il Comune di Milano disponeva l'aggiudicazione provvisoria della concessione di costruzione e gestione della linea metropolitana n. 4 di Milano alla ATI costituita dalle imprese Impregilo S.p.a. (mandataria), Astaldi S.p.a., Ansaldo STS S.p.a., AnsaldoBreda S.p.a., Azienda Trasporti Milanesi S.p.a. e Sirti S.p.a. (mandanti).

Il provvedimento veniva impugnato dalla S.p.a. Impresa Pizzarotti e C., classificatasi al secondo posto nella graduatoria predisposta dalla Commissione esaminatrice delle offerte, per i seguenti

MOTIVI

1) Violazione dei principi nazionali e comunitari in tema di imparzialità, concorrenza e par condicio.

ATM è stata ammessa a partecipare alla gara in qualità di mandante della ATI capeggiata da Impregilo S.p.a. nonostante fosse una società partecipata al 100% dalla Stazione appaltante. E ciò in assenza di ogni accorgimento atto a garantire l'imparzialità e la par condicio fra le imprese partecipanti.

ATM, inoltre, ha collaborato in varie forme alla attività di progettazione in violazione dell'art. 17 comma 9 della L. 109 del 1994 vigente alla data della indizione della gara, anche in questo caso senza che vi sia stata da parte della Stazione appaltante una previa valutazione della alterazione della par condicio fra le imprese partecipanti che ciò poteva comportare.

2) Violazione dell'art. 84 comma 7 del Codice dei contratti.

Un membro della Commissione, in qualità di Direttore del Settore Mobilità del Comune di Milano, ha ragionevolmente rappresentato l'azionista nelle assemblee di ATM, dando luogo ad una evidente situazione di violazione del combinato disposto di cui all'art. 84 comma 7 del Codice dei contratti e 51 c.p.c. nella parte in cui prevede l'astensione di chi abbia interesse nella causa o per gravi ragioni di convenienza.

A seguito della notifica del primo ricorso parte ricorrente ha avuto accesso agli atti della prequalifica che sono stati impugnati attraverso i seguenti

MOTIVI AGGIUNTI

3) Il bando di gara prevede che i progettisti facciano necessariamente parte dell'ATI, mentre l'ATI Impregilo ha indicato per tale ruolo soggetti estranei al raggruppamento in un quadro di subappalto proibito dalla medesima *lex specialis*.

4) L'ATI Impregilo deve essere esclusa poiché si è avvalsa di imprese esterne per il possesso di alcuni requisiti in assenza di alcun titolo che ne attestasse la possibilità di avvalimento, non essendo a tal fine sufficiente l'appartenenza allo stesso gruppo societario come affermato dalla Corte di Giustizia CE nella causa C-176/98 del 2 dicembre 1999.

Al fine di raggiungere il requisito di capacità tecnica che imponeva la dimostrazione di aver eseguito negli ultimi cinque anni lavori aventi caratteristiche di quelli oggetto della concessione, o simili, e dimensione non inferiori per ciascuna categoria, Impregilo ha presentato certificati di esecuzione lavori intestati alla controllata Impregilo Edilizia Servizi S.p.a. e Astaldi ha presentato certificati riferiti a lavori eseguiti dalla controllata Italstrade S.p.a.. Il tutto in apparente esecuzione della clausola della *lex specialis* secondo cui ai fini del raggiungimento dei requisiti avrebbero potuto essere fatti valere i lavori eseguiti da imprese collegate a norma dell'art. 3 paragrafo 6 della direttiva 93/37/CE del 14 giugno 1993, previa allegazione del relativo elenco alla domanda di partecipazione alla gara.

Tuttavia, nella fattispecie opera il principio espresso dalla Corte di Giustizia CE secondo cui non è sufficiente un rapporto di controllo

per avvalersi dei requisiti di capacità tecnica posseduti da società diverse rispetto a quella offerente, occorrendo la dimostrazione dell'effettiva disponibilità dei mezzi di tali soggetti o imprese.

Non vale a sanare il denunciato vizio il fatto che nel 2006 le due società controllate siano state incorporate nelle controllanti, poiché le condizioni di prequalifica vanno accertate alla data di scadenza del bando e non possono maturare successivamente.

5) L'ATI Impregilo non ha dimostrato di aver svolto forniture di materiale rotabile nel quinquennio precedente al bando.

La dimostrazione del requisito relativo alla fornitura di materiale rotabile per sistemi di trasporto ad automatismo integrale di dimensioni analoghe a quello oggetto della concessione è stata offerta avvalendosi dell'esperienza di Ansaldo Breda la quale ha dichiarato di aver svolto forniture di materiale rotabile a favore della metropolitana di Copenaghen nel quinquennio precedente al bando.

L'attestazione prodotta a tal fine da Ansaldo Breda dimostra che quanto dichiarato non corrisponde a verità. Infatti, la fornitura di cui sopra ha avuto durata dal 1996 al 2007, ma i relativi lavori sono stati collaudati nel 2002. Il che comporta che la fornitura si sia svolta nella sua parte prevalente in un periodo antecedente al 2001 e, quindi, anteriore a quello di riferimento indicato dal bando.

Nelle more della decisione la Società ricorrente ha altresì avuto accesso agli atti di gara successivi alla prequalifica che ha impugnato attraverso i

SECONDI MOTIVI AGGIUNTI

6) ATM ha reso disponibili alla sola ATI Impregilo beni pubblici destinati ad essere utilizzati da parte di qualunque impresa che partecipi alla gestione dell'opera di trasporto pubblico violando in tal modo l'art. 8 comma 2 bis della L. 287 del 1990, l'art. 18 comma 2 lett. a) del D.Lgs 422 del 1997, l'art. 43 commi 6 e 7 della L.R.L. n. 11 del 2009.

In particolare, ATM ha reso disponibile all'ATI di cui è mandante il posto centrale di controllo nella sala operativa unificata delle linee della metropolitana milanese sita in via Monte Rosa la quale svolge la stessa funzione per le altre linee della metropolitana della città di Milano.

Inoltre, ATM ha reso disponibile all'ATI Impregilo la sua rete degli ATM point già funzionante per le altre tre linee metropolitane e il suo servizio di relazione con i clienti Infomobilità.

7) Illegittima attribuzione ad Impregilo di un punteggio ambientale superiore rispetto a quello assegnato alla Impresa Pizzarotti.

Benché la proposta presentata da Impregilo preveda che gli scavi dei tunnel necessari per la realizzazione della nuova metropolitana debbano essere effettuati mediante l'impiego di cinque TBM (*tunnel boring machine*), a cui corrispondono cinque cantieri aperti nell'area cittadina, mentre quella di Pizzarotti prevede l'impiego di un solo escavatore, Impregilo ha conseguito per tale aspetto 15 punti in più.

8) Introduzione da parte della Commissione di gara di un criterio di attribuzione del punteggio non previsto dal bando

La Commissione di gara ha favorevolmente valutato l'offerta della

Impregilo nella parte in cui essa prevedeva la consegna anticipata dei lavori per la tratta Linate - San Babila. Metropolitana Milanese, di cui la Stazione appaltante si è avvalsa anche per la consulenza sulle offerte di gara, ha anche essa notato che la durata dei lavori previsti nella offerta di Impregilo è di settantadue mesi anziché settantotto.

Tuttavia, in nessuno dei documenti di gara è mai previsto che la riduzione dei tempi di consegna avrebbe potuto costituire un criterio per la valutazione dell'offerta.

9) Errata attribuzione ad Impregilo di punteggi più elevati rispetto a Pizzarotti nella parte del progetto inerente alla funzionalità ed alla architettura di stazioni e manufatti intermedi.

Lo studio di Impregilo per le stazioni si è limitato ad analizzare solo 8 stazioni su 21. Le tavole di inserimento urbano sono limitate a sole 5 stazioni tipo. La mancata applicazione dei modelli tipo al contesto di ogni stazione non rende possibile analizzare i percorsi pedonali di accesso, stimare la velocità di trasferimento dal piano banchina alla superficie, valutare la posizione delle scale di emergenza, dei pozzi di ventilazione etc.

Diversamente lo studio presentato dalla impresa Pizzarotti contiene i disegni degli accessi relativi a tutte le stazioni. Nonostante ciò alla ricorrente sono stati attribuiti due punti in meno con riguardo al profilo della accessibilità e dei percorsi passeggeri (a.1), e due punti in meno con riguardo alla progettazione architettonica delle stazioni e dei manufatti (scale esterne, torrini, ascensori, coperture), aspetto, caratterizzazione estetica e confort (a.2).

Parimenti, nonostante la assai maggiore completezza del progetto di Pizzarotti rispetto a quello presentato da Impregilo, questa ha ricevuto ben quattro punti in più con riguardo al profilo “Layout di impianti al servizio pubblico (tornelli, emettitrici, biglietti, accessori, panchine, bacheche, cestini etc.)” e ulteriori due punti in più con riguardo alla disposizione dei locali tecnici e commerciali.

Con riguardo al profilo della caratterizzazione delle via di corsa il progetto presentato da Impregilo risulta corredato da elaborati cartografici incompleti sia per la troppo elevata scala delle planimetrie, sia con riferimento ai profili longitudinali. Tale approssimazione non rende possibile un’adeguata verifica in ordine alla fattibilità delle migliorie che l’aggiudicataria dichiara nella relazione descrittiva quanto a raggi di curvatura, pendenze etc.

Inoltre il Progetto di Impregilo appare peggiorativo nella parte in cui prevede una diminuzione della distanza fra gli edifici in superficie e le gallerie della metropolitana con conseguente peggioramento dell’impatto dei cedimenti ed aumento dell’impatto di rumore e vibrazioni della linea metropolitana.

Diversamente la soluzione di Pizzarotti, che prevede due gallerie sovrapposte che vanno a collocarsi in corrispondenza della mezzerie dei viali principali in una quota inferiore rispetto a quella prevista da Impregilo, massimizza le distanze fra le fonti di rumore e vibrazione e l’abitato sovrastante.

Inoltre il progetto presentato da Pizzarotti è assai più dettagliato sotto il profilo grafico, architettonico e di calcolo di quello redatto dalla

impresa aggiudicataria.

Con riguardo agli aspetti relativi all'impatto in fase costruttiva il giudizio attribuito dalla Commissione appare incongruo nella parte in cui ha premiato la soluzione di Pizzarotti che prevede un solo cantiere di scavo a fronte dei tre di Impregilo ma, al contempo, ha attribuito un maggior punteggio a quest'ultima per ciò che concerne la gestione ambientale.

Le simulazioni effettuate da Impregilo in ordine alle conseguenze della apertura dei cantieri sullo scorrimento del traffico cittadino sono superficiali ed assai meno dettagliate di quelle che, invece, sono state presentate da Pizzarotti.

Del tutto ingiustificato è anche il maggior punteggio attribuito a Impregilo con riferimento alla qualità della progettazione. La documentazione prodotta da Impregilo è, infatti, quantitativamente inferiore a quella di Pizzarotti e, inoltre, risulta alquanto carente e generica nella sezione relativa all'approccio tecnico nella quale nulla si specifica in ordine alla interazione e integrazione fra la progettazione delle opere civili con quelle di sistema e in ordine alla interazione fra la progettazione delle opere in sotterraneo e il rischio residuo.

Ingiustificata è altresì la parità di punteggio attribuita alle due imprese con riguardo alla parte relativa alla sicurezza sui cantieri.

Mentre, infatti, la relazione prodotta al riguardo da Impregilo è del tutto teorica e priva di figure, quella prodotta da Pizzarotti è pensata per il caso specifico ed è, inoltre, corredata da figure e grafici.

Contestabile è anche la detrazione di punteggio effettuata a carico

dell'impresa Pizzarotti in relazione alla asserita mancanza in capo al Coordinatore della gestione da essa proposto (Ing. Louis Villiè) di una esperienza relativa alla attività di manutenzione. Infatti, nella proposta Pizzarotti il coordinamento della manutenzione era affidato ad altro professionista. Senza contare che la novità tecnologica dei sistemi di trasporto metropolitano completamente automatici rendeva impossibile il reperimento di un tecnico specializzato nella loro manutenzione.

Si sono Costituiti il Comune di Milano e l'Impresa Impregilo S.p.a. in proprio e quale mandataria della ATI aggiudicataria per resistere al ricorso.

L'ATI Impregilo ha altresì proposto ricorso incidentale ampliato con successivi due ricorsi per motivi aggiunti attraverso i quali ha a sua volta contestato sotto più profili l'ammissione alla gara della Società ricorrente.

All'udienza del 24 novembre 2011, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Si può prescindere dall'esame del ricorso incidentale attesa l'infondatezza di quello principale e dei relativi motivi aggiunti.

Con il primo motivo di ricorso Pizzarotti S.p.a. sostiene che ATM, in quanto interamente partecipata dal Comune di Milano, non avrebbe potuto concorrere, nemmeno in forma associata, alla gara per l'aggiudicazione della concessione di costruzione e gestione della linea metropolitana n. 4 bandita dal predetto ente locale; o, quantomeno, la

sua partecipazione avrebbe dovuto essere preceduta da verifiche preliminari tese ad appurare l'eventuale violazione della *par condicio* fra le imprese concorrenti.

La censura non merita accoglimento.

La compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente non determina alcuna automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento (Cons Stato, Sez. VI, 11 luglio 2008 n. 3499; Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325; Cons. Giust. Amm., 24 dicembre 2002, n. 692).

In linea di principio le società a capitale pubblico hanno, infatti, rispetto a quelle private, uguale capacità giuridica e lo stesso diritto di offrire sul mercato i propri servizi, lavori o forniture.

Anche per diritto comunitario la proprietà pubblica dell'impresa costituisce, di per sé, un fattore neutro rispetto al dispiegarsi della concorrenza (art. 295 del Trattato), purchè da ciò non derivino, sotto forma di finanziamenti, affidamenti diretti etc., aiuti idonei di alterare la *par condicio* fra essa e gli altri operatori.

Le ipotesi in cui l'ordinamento, a tutela della concorrenza, impone a determinate imprese a capitale pubblico divieti di partecipazione alle gare devono, perciò, ritenersi tassative e fra queste non rientra il caso in cui il capitale della società partecipante alla gara sia di proprietà della stazione appaltante.

Nella medesima censura l'Impresa Pizzarotti afferma altresì che, oltre al controllo del Comune di Milano su ATM, sussisterebbero ulteriori elementi idonei ad ingenerare il sospetto che questa abbia ricevuto un

trattamento di favore.

A tal fine essa osserva che ATM avrebbe concorso a definire molteplici aspetti del progetto posto a base di gara, e, in particolare, avrebbe quantificato i flussi di traffico previsti per la linea metropolitana n. 4 (che costituisce un elemento essenziale per la costruzione del piano economico finanziario), avrebbe coordinato e sviluppato il progetto definitivo della stazione di interscambio con la Stazione S. Babila della Metropolitana n. 1, avrebbe definito la posizione dei servizi igienici automatici destinati all'utenza, sarebbe detentrica esclusiva dei dati ambientali necessari per redigere il programma di manutenzione delle rotaie, possiederebbe, infine, dati progettuali molto più dettagliati di quelli resi disponibili alle altre imprese in ordine ai modelli dei locomotori previsti nel progetto preliminare, i quali sono appunto quelli "Badoni" e "Greco" tradizionalmente utilizzati dalla Azienda Tramviaria Milanese.

Anche tale profilo della censura non può essere accolto.

Il Comune di Milano ha dimostrato documentalmente che il progetto posto a base di gara è stato ideato dalla Società M.M. S.p.a. la quale, per l'analisi della domanda e la elaborazione dei dati necessari a verificare la remuneratività dell'investimento, si è avvalsa della propria controllata Agenzia Mobilità e Ambiente S.r.l.

La stima dei flussi di traffico compiuta da ATM riguarda solo una prima fase progettuale della metropolitana n. 4 risalente all'anno 2003, che è stata successivamente aggiornata da M.M. (doc. n. 48 del fascicolo del Comune di Milano) anche in relazione al mutamento

delle Stazioni di interscambio con le altre linee nel frattempo deciso dal Comune.

Sicchè, l'apporto di ATM è riferibile ad un progetto che si differenzia da quello messo in gara proprio sotto profili atti ad incidere sui flussi dei passeggeri della nuova linea sui quali, come è intuitivo, incidono anche le intersezioni con le altre linee, specie ove si tratti di punti centrali come quelli di S. Babila e la stazione FS di Forlanini.

Occorre ancora osservare che la stima dei flussi di traffico, in sé considerata, non può reputarsi come un autonomo elemento della progettazione, costituendo, piuttosto una fase di rilevazione della realtà di fatto che è ad essa propedeutica.

Tale circostanza assume rilievo alla luce dell'art. 3 del D.Lgs 190 del 2002 (avente ad oggetto le procedure di affidamento relative ad infrastrutture strategiche fra le quali rientra anche la linea metropolitana 4 di Milano), in base al quale il divieto di partecipazione alla gara riguarda solo i soggetti incaricati dalla stazione appaltante di redigere il progetto posto a base di gara, ma non si estende a quanti abbiano collaborato ad altro titolo alla progettazione, la cui partecipazione alla gara può essere interdetta solo attraverso un'apposita clausola del bando che nella specie non è stata prevista.

Ancora va detto che in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE l'esclusione dalla gara degli autori della progettazione non può essere intesa in senso rigido ed assoluto, dovendo il giudice tenere in considerazione anche gli elementi della fattispecie concreta

dai quali si possa desumere che l'attività compiuta da uno dei concorrenti non era idonea a falsare la concorrenza (sentenza 3 marzo 2005 in cause riunite C-21/03 e C- 34/03).

La sola rilevazione statistica dei dati di flusso, risalente nel tempo e, comunque messa integralmente a disposizione di tutti i partecipanti che ne hanno fatto richiesta, non appare, a giudizio del Collegio, idonea ad attribuire ad ATM alcun vantaggio competitivo suscettibile di alterare il gioco della concorrenza.

Considerazioni in parte diverse valgono per i restanti punti rispetto ai quali la ricorrente lamenta l'intervento di ATM.

Si tratta, infatti, di profili che investono aspetti singolari e tutto sommato marginali della progettazione dai quali non è lecito ricavare la conclusione che ATM avrebbe assunto le vesti di coautore del progetto posto a base di gara.

Piuttosto occorre dare atto del fatto che la linea metropolitana n. 4 va ad innestarsi sul reticolo delle linee ferroviarie metropolitane già funzionanti, per cui era inevitabile che taluni elementi della progettazione dovessero tenere conto degli assetti esistenti che, appunto, fanno capo ad ATM.

In tal modo, quindi si spiega, il fatto che gli aspetti del progetto riguardanti l'interscambio con la Stazione di S. Babila abbiano dovuto esse coordinati con l'ente interferito titolare della linea 1, che è appunto ATM e che la localizzazione dei servizi all'utenza sia stata progettata in modo da uniformarsi alle scelte già effettuate nelle altre linee metropolitane.

Peraltro, la censura formulata dalla ricorrente opera una forzatura del testo delle relazioni progettuali laddove afferma che esse, con riguardo al programma di manutenzione dei mezzi e delle rotaie, rinvierebbero da dati che sono in esclusivo possesso di ATM.

Nella relazione AK-008, M.M. rispondendo ai rilievi formulati dalla Regione Lombardia con riguardo al tema delle vibrazioni, si è limitata a specificare che l'incarico di progettazione da essa affidato non contemplava il programma di manutenzione del materiale rotabile e dei mezzi e che tale programma sarebbe stato predisposto dal gestore della linea in base ai materiali da esso utilizzati. In tale contesto il riferimento ad ATM è meramente ipotetico ed esemplificativo e non certo indicativo del fatto che la manutenzione delle rotaie della MM 4 debba avvenire secondo specifiche conosciute solo dalla Azienda Tramviaria Milanese.

Del pari, anche il riferimento contenuto nel capitolato delle opere strutturali ai locomotori "Badoni" e Greco", tradizionalmente in uso nelle altre linee metropolitane, è indicativo solo della tipologia di vagoni tenuta presente dal progettista nella definizione delle specifiche tecniche delle carrozze esplicitate dal capitolato. Da tale riferimento tipologico non si può ulteriormente ricavare che il capitolato strutturale richiederebbe specifiche ulteriori in esclusivo possesso di ATM.

Con la seconda censura contenuta nel ricorso principale l'impresa Pizzarotti afferma che la commissione di gara sarebbe illegittimamente composta da soli funzionari del Comune di Milano e,

in particolare, dal Dott. Musitelli, che ricoprirebbe nell'ambito dell'ente la carica di Direttore del Settore Mobilità. Essa ritiene che in tale situazione si sia creato un oggettivo conflitto fra gli interessi del Comune di Milano come azionista e quelli del Comune come stazione appaltante, la qual cosa imponeva l'astensione del Dott. Musitelli in base al combinato disposto dell'art. 84 del Codice dei contratti e dell'art. 51 del codice di procedura civile.

Anche tale censura è priva di fondamento.

Innanzitutto il conflitto di interessi preso in considerazione dalle norme citate deve essere "personale": investire cioè un potenziale conflitto fra interessi afferenti la sfera soggettiva del funzionario e quelli pubblici afferenti la carica che egli ricopre. Non possono essere, pertanto, soggetti alla disciplina della astensione e ricusazione conflitti meramente funzionali fra diverse cariche ricoperte dall'organo che deve esprimere la volontà dell'ente o da suoi singoli componenti.

Ma anche a prescindere da ciò, nella specie non pare ravvisabile alcun conflitto funzionale fra la carica di Direttore del Settore Mobilità ricoperta dal Dott. Musitelli e la sua partecipazione alla Commissione deputata a valutare le offerte relative alla aggiudicazione della concessione dei lavori di realizzazione della nuova linea metropolitana.

Infatti, il predetto incarico dirigenziale non attiene alla gestione economico - patrimoniale delle partecipazioni comunali ma ha natura strettamente tecnica in relazione al profilo della mobilità, sicchè appare del tutto naturale che il Comune abbia voluto nominare come

membro della Commissione di gara per la realizzazione di un'opera fondamentale per il sistema comunale dei trasporti un dirigente che si occupa da anni delle problematiche del settore.

I motivi aggiunti notificati in data 16 agosto 2011 devono ritenersi tardivi in quanto notificati dopo il termine di trenta giorni dalla conoscenza da parte della Impresa Pizzarotti degli atti e dei documenti su cui essi si fondano, conoscenza avvenuta il 28 giugno 2011 allorchè essi sono stati resi ostensibili da parte della stazione appaltante.

In ogni caso le censure ivi formulate sono infondate.

Pizzarotti afferma che l'ATI Impregilo avrebbe affidato i servizi di ingegneria relativi alla progettazione esecutiva ad un soggetto esterno rispetto al raggruppamento, violando così l'art. 2 punto B. del bando che imponeva la realizzazione diretta o indiretta (mediante imprese collegate) dei lavori, forniture e servizi oggetto di gara.

Da una più attenta lettura della *lex specialis*, tuttavia, si evince che l'obbligo di esecuzione diretta o indiretta delle prestazioni inerenti il contratto di concessione non si riferisce anche ai servizi di ingegneria.

I punti A.1.4 e A.1.5 del bando distinguono chiaramente fra la documentazione inerente le qualifiche delle figure tecniche, di cui l'offerente dispone (direttamente o mediante imprese collegate) nell'ambito della sua struttura organizzativa, e quelle dei tecnici competenti per la fornitura dei servizi di ingegneria relativi alla progettazione esecutiva. In quest'ultimo caso, diversamente da quanto dispone il punto precedente, il bando non prevede che debba trattarsi

di professionisti interni all'impresa offerente o a quelle collegate, qualificando, invece, tali soggetti come singoli professionisti o associati, o società di ingegneria.

Tale previsione rende, quindi, palese il fatto che non vi fosse un obbligo di prestare i predetti servizi attraverso figure interne.

Né è possibile trarre dalla predetta clausola del bando l'obbligo di associare in ATI i singoli professionisti, le associazioni di professionisti o le società di ingegneria a cui le imprese offerenti intendessero affidare la progettazione esecutiva.

Un siffatto obbligo avrebbe potuto configurarsi soltanto in presenza di una previsione espressa e, in ogni caso, sarebbe stato di dubbia legittimità, costituendo una ingiustificata limitazione della libertà contrattuale degli offerenti che si sarebbero visti costretti a costituire raggruppamenti anche ove avessero posseduto tutti i necessari requisiti di qualificazione.

Pertanto, una siffatta limitazione non può essere introdotta per via interpretativa.

Con la seconda censura contenuta nel ricorso per motivi aggiunti Pizzarotti afferma ancora che due delle Società facenti parte del raggruppamento aggiudicatario, Impregilo e Astaldi, ai fini della qualificazione nei lavori edilizi si sarebbero avvalse dell'esperienza delle loro controllate Impregilo Edilizia S.p.a., Servizi S.p.a. (per quanto riguarda Impregilo) e e Italstrade S.p.a. (per quanto riguarda Astaldi).

Ciò, tuttavia, violerebbe il principio sancito dalla Corte di Giustizia

CE secondo cui il rapporto di controllo non è sufficiente a far presumere l'effettiva disponibilità dei mezzi appartenenti alla controllata da parte della controllante, occorrendo a tal fine una specifica dimostrazione (Corte Giustizia 2/12/1999 in causa C-176/98); dimostrazione che, nel caso di specie, non vi è stata.

A nulla rileva, sempre secondo Pizzarotti, che fra la fase di prequalifica e quella dell'offerta le sopra menzionate società controllate siano state incorporate nelle loro rispettive controllanti, posto che i requisiti della prequalifica vanno accertati alla data di scadenza del bando, irrilevanti essendo le modifiche successive.

Anche tale motivo è destituito di fondamento.

Non è, infatti, necessario che i mezzi di cui l'offerente intende avvalersi siano già disponibili all'epoca della procedura, mentre è invece necessario che nel corso della procedura si dimostri che essi saranno disponibili al momento dell'assunzione e dell'esecuzione degli impegni negoziali. Una diversa opzione ermeneutica, la quale pretendesse l'anticipazione del possesso dei mezzi già dal momento della procedura, imporrebbe la dispendiosa acquisizione di dotazioni funzionali alla sola esecuzione dell'appalto prima ancora che vi sia certezza in ordine all'aggiudicazione; per contro, l'interesse dell'amministrazione a non prendere in considerazione offerte prive del crisma della necessaria serietà può essere soddisfatto dalla dimostrazione che detti requisiti saranno certamente disponibili al tempo all'uopo rilevante, ossia al momento dell'effettiva contrazione del vincolo negoziale (Cons. Stato, V, 23/09/2005 n. 7376).

Nel caso di specie, peraltro, la prova della disponibilità dei mezzi necessari alla qualificazione da parte di Impregilo e Astaldi derivava non solo dal possesso del 100% del capitale sociale delle società in possesso dei necessari requisiti, ma anche dalle dichiarazioni da queste rilasciate al Comune in ordine ai nominativi dei rispettivi rappresentanti legali e direttori, dalle quali si poteva ragionevolmente evincere la disponibilità ad eseguire i lavori in caso di aggiudicazione della concessione al raggruppamento.

Pizzarotti afferma, inoltre, che la documentazione presentata dall'ATI aggiudicataria non soddisferebbe il requisito di qualificazione previsto dal bando che richiedeva la dimostrazione della esecuzione di forniture di materiale rotabile nell'ultimo quinquennio.

Infatti, la Società Ansaldo Breda, di cui il raggruppamento Impregilo si è avvalsa per soddisfare tale requisito, ha prodotto una dichiarazione attestante l'avvenuta fornitura di materiale rotabile per la metro di Copenaghen in relazione a lavori collaudati nell'anno 2002, la quale lascia, pertanto, presumere che la parte più importante della fornitura sia avvenuta nel 2001.

Tale presunzione si rivela tuttavia del tutto infondata alla luce della documentazione già prodotta in sede di gara da parte di Ansaldo STS dalla quale si evince che le forniture di vagoni sono tutte avvenute dal 2002 in poi e, quindi, in tempo utile per soddisfare il requisito previsto dal bando di gara.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti Pizzarotti formula altre censure avverso l'aggiudicazione della concessione all'ATI Impregilo.

In primo luogo si afferma che ATM, nella sua qualità di proprietaria della rete di trasporto afferente le esistenti linee della metropolitana milanese, avrebbe reso disponibili al raggruppamento alcune infrastrutture pubbliche quali la sala operativa unificata, di cui si consente l'utilizzo anche per il futuro posto di controllo della MM 4, gli ATM Point esistenti, ed il sistema esistente di comunicazione con i clienti denominato "Infomobilità".

L'aver attribuito al raggruppamento beni pubblici di pertinenza della rete di trasporto metropolitano costituirebbe, a giudizio di Pizzarotti, una violazione delle norme sulla concorrenza, poiché in tal modo ATM verrebbe a trarre un indebito vantaggio dalla sua posizione dominante che deriva dall'essere proprietaria di infrastrutture pubbliche.

Ne risulterebbero violate numerose norme che, al fine di tutelare la concorrenza e garantire l'apertura dei mercati, impongono ai soggetti proprietari in via esclusiva di beni o servizi (anche informativi) essenziali per lo svolgimento di una determinata attività di mettere tali dotazioni patrimoniali a disposizione di qualunque operatore che ne faccia richiesta al fine di fare ingresso in un determinato mercato (art. 8 comma 2 bis della L. 287/1990; art. 18 comma 2 lett. a) D.Lgs 422/97; art. 43 commi 6 e 7 della L.R.L. 11/2009).

Anche tale censura è priva di fondamento.

Occorre innanzitutto osservare che l'utilizzo dei beni delle società a capitale pubblico anche per lo svolgimento di servizi in mercati diversi o nuovi rispetto a quelli in cui esse normalmente operano (nel

caso di specie la futura linea MM n. 4) non è, di per sé vietato da alcuna norma o principio concorrenziale. La liceità di tale utilizzo costituisce null'altro che un corollario della libertà di impresa di cui tali enti, come si è già detto, godono su un piano di parità rispetto alle società a capitale privato.

Nemmeno può dirsi rigidamente vietato l'utilizzo a fini commerciali di beni o dotazioni che, in qualche modo sono destinate al pubblico servizio. Tale destinazione, infatti, impedisce la distrazione del bene da tale utilizzazione ma non preclude trasferimenti di proprietà o concessioni di uso che non comportino tale risultato.

Può costituire, invece, un ostacolo al pieno dispiegarsi della concorrenza la disponibilità esclusiva di reti o infrastrutture (non importa se pubbliche o private) costituenti "essential facilities" e cioè strumenti necessari, essenziali e non duplicabili per lo svolgimento della attività di impresa su un determinato mercato (Corte Giustizia CE 27/11/1998 in C-7/97).

Tali condizioni possono verificarsi qualora l'utilizzo di una determinata infrastruttura risulti imprescindibile per poter operare in un certo mercato e i costi della sua realizzazione siano tali da non rendere conveniente ad alcun soggetto la duplicazione dello stesso o, comunque, siano tali da costituire una rilevante barriera all'entrata.

In tali ipotesi l'utilizzo in via esclusiva della infrastruttura determina la mancata creazione di nuovi mercati o la permanenza di una struttura monopolistica od oligopolistica sui mercati esistenti. Il rifiuto della sua messa a disposizione di altri operatori può, quindi costituire una

fattispecie di abuso di posizione dominante suscettibile di alterare il gioco della concorrenza.

Ciò può accadere anche nel contesto di gare bandite da amministrazioni aggiudicatrici qualora il possesso di determinati impianti sia tale da determinare a priori una situazione di squilibrio fra le offerte dei concorrenti.

Nel caso di specie, tuttavia, i beni messi a disposizione del raggruppamento Impregilo da parte di ATM non possono in alcun modo considerarsi come infrastrutture essenziali e non duplicabili per lo svolgimento del servizio di trasporto passeggeri sulla linea metropolitana n. 4 o per la realizzazione dei lavori oggetto di concessione.

Infatti, quanto alla sala operativa non vi è alcuna necessità tecnico gestionale che il posto di controllo della linea n. 4 debba essere collocato negli stessi locali ove viene svolta la medesima attività per le linee già esistenti (la circostanza è incontestata fra le parti). Sicchè la postazione della linea n. 4 può agevolmente essere ubicata altrove.

Del pari, anche gli A.T.M. Point e il sistema Infomobilità non costituiscono elementi essenziali della rete il cui utilizzo è tale da attribuire al raggruppamento Impregilo un significativo vantaggio competitivo, trattandosi di strutture facilmente duplicabili i cui presumibili costi, in ogni caso, non sono stati nemmeno indicati dalla ricorrente.

Pizzarotti formula, inoltre, una serie di censure attinenti l'attribuzione dei punteggi sia al proprio progetto che a quello presentato dall'ATI

aggiudicataria.

L'Impresa ricorrente lamenta in primo luogo che Impregilo avrebbe ottenuto 15 punti in più sotto il profilo dell'impatto ambientale dei cantieri pur avendo presentato un progetto che, prevedendo tre tunnel di scavo collocati in punti centrali della città, è evidentemente più impattante di quello da essa presentato che prevede un solo tunnel con cantiere localizzato in zona periferica.

La censura, come ha evidenziato il Comune di Milano, è il frutto di una evidente confusione fra il criterio di valutazione relativo all' "Impatto in fase costruttiva", nel quale Pizzarotti ha totalizzato un punteggio di 50 a fronte dei 45 punti assegnati alla concorrente, con il diverso criterio relativo alla "Gestione ambientale" che riguardava non gli impatti derivanti dai metodi costruttivi e dalla cantieristica sull'esistente (già oggetto di separata valutazione nell'ambito considerato al paragrafo 6.1.1 lett. m) I.I.C.), ma la previsione di accorgimenti e procedure per mitigare l'insorgenza di rischi di inquinamento acustico e atmosferico sull'ambiente circostante, avuto riguardo alla compatibilità dei mezzi d'opera utilizzati in fase di costruzione, all'organizzazione delle attività di lavoro, alle interferenze con la viabilità esterna ai cantieri e agli altri profili analiticamente indicati al paragrafo 4.2.8 (alle cui prescrizioni rinvia il 6.1.6 I.I.C.), sui quali si è concentrato l'esame della commissione.

Del resto, il profilo cantieristico dell'offerta Pizzarotti, cui è stato assegnato il massimo punteggio dalla commissione, non poteva formare oggetto di ulteriore apprezzamento per il profilo ambientale

qui in considerazione.

Pizzarotti lamenta poi che ad Impregilo sarebbero stati attribuiti punteggi in relazione alla proposta riduzione dei tempi di consegna della tratta Linate - S. Babila senza che vi fosse uno specifico criterio di valutazione che consentisse di valorizzare tale profilo.

Tuttavia, anche su questo punto il Comune di Milano ha fatto presente che la riduzione dei tempi di consegna non costituiva un criterio non previsto dal capitolato, in quanto il punto n. 6.1.7 delle Istruzioni ai concorrenti prevedeva che il punteggio relativo al cronoprogramma avrebbe dovuto essere attribuito “in aderenza” ai criteri ed ai vincoli di cui al paragrafo n. 4.2.9, fra i quali vi era anche la possibilità per i concorrenti di “aumentare il numero delle attività indicate nel cronoprogramma di riferimento, mantenendone inalterata la struttura”. Sicchè, del tutto correttamente la Commissione di gara ha positivamente valutato il cronoprogramma presentato da Impregilo anche sotto il profilo della accelerazione dei tempi di consegna.

Pizzarotti sottopone a censura anche l'attribuzione del punteggio relativo al profilo “accessibilità e percorsi passeggeri”, lamentando che gli elaborati da essa presentati al riguardo erano molto più analitici rispetto a quelli della società concorrente in quanto focalizzavano la situazione di ogni specifica stazione della metro anziché basarsi solo su indicazioni relative a stazioni tipo.

In realtà il giudizio della Commissione sul punto non ha investito né doveva investire tanto la qualità tecnica o il dettaglio degli elaborati

quanto il merito delle scelte. E, sotto questo profilo, le differenze di giudizio espresse dal seggio di gara appaiono puntuali e trasparenti laddove fanno riferimento alle incidenze negative della soluzione tecnica prescelta da Pizzarotti (basata su due gallerie sovrapposte) in ordine all'allungamento dei percorsi pedonali necessari per raggiungere la banchina (solo in parte compensato dalla presenza di ascensori) e alla non completa meccanizzazione degli stessi mediante previsione di scale mobili.

Anche con riguardo al punteggio attribuito in relazione al profilo “progetto architettonico stazioni, aspetto caratterizzante e comfort”, Pizzarotti basa la sua censura sul carattere analitico dei suoi elaborati, redatti stazione per stazione; ma il giudizio della Commissione ha evidenziato carenze nella descrizione dei manufatti (corrimano) e di taluni dettagli che sarebbero stati necessari per effettuare una compiuta valutazione del progetto (mancata evidenziazione dei cancelli, dei vetri formanti le scatole protettive delle scale, etc.). Negativo è stato altresì il giudizio su talune scelte di merito compiute dall'Impresa come quella di costruire taluni manufatti in cemento armato con impasto di grafite.

Con riguardo al profilo 6.1.1 a.5) “Layout di impianti al servizio del pubblico (tornelli, emettitrici di biglietti, accessori, panchine, bacheche, cestini, ecc.), Pizzarotti lamenta ancora l'insufficienza del progetto presentato da Impregilo in quanto basato su previsioni tipologiche che non terrebbero sufficiente conto delle singole situazioni concrete di ogni stazione. Tuttavia, in assenza di una

prescrizione che stabilisse il dettaglio degli elaborati da presentare, spettava alla Commissione giudicare se il livello di analiticità di quelli prodotti dai concorrenti fosse sufficiente ad esprimere i giudizi ad essa demandati. Sicchè, l'operato di quest'ultima non può essere censurato sulla base di un'astratta indicazione di un livello ideale di dettaglio degli elaborati, essendo, invece, onere del ricorrente indicare quali elementi di irragionevolezza avrebbero viziato il giudizio della commissione per aver operato su elaborati tipologici anziché analitici. Per la medesima ragione deve essere respinta anche la censura che investe l'attribuzione dei punteggi relativi al profilo a.6) "disposizione dei locali tecnici ed eventuali locali commerciali".

Pizzarotti censura poi l'attribuzione del punteggio relativa alla caratterizzazione delle vie di corsa con particolare riferimento alle caratteristiche di taglio delle vibrazioni e della rumorosità, lamentando che la Commissione non avrebbe tenuto conto dell'avvicinamento in linea verticale delle gallerie alla superficie che caratterizza il progetto della concorrente, con conseguente aumento dell'impatto della linea sull'abitato.

Il motivo non centra tuttavia il contenuto del profilo valutato dalla Commissione che riguardava i materiali di costruzione delle gallerie e non la loro posizione altimetrica. Sicchè esso va considerato inammissibile.

Pizzarotti si duole ancora della incongruenza fra l'attribuzione ad essa del massimo punteggio con riguardo al profilo dell'impatto in fase costruttiva e il minore punteggio assegnato per la relazione di gestione

ambientale.

In realtà, come già precisato, si tratta di due profili di valutazione diversi e, quindi, non comparabili. L'impatto in fase costruttiva riguarda, infatti, la riduzione degli effetti negativi derivanti dalla presenza dei cantieri nel tessuto cittadino, la gestione ambientale attiene, invece, ai metodi costruttivi che il concorrente intende adottare, i macchinari che intende utilizzare e alla organizzazione della attività di lavoro. Per cui non vi è alcuna contraddizione nel fatto che a Pizzarotti siano stati attribuiti punteggi diversi in relazione ai due diversi e tra loro autonomi profili.

Con ulteriore censura Pizzarotti lamenta che la differenza di soli due punti nella valutazione dell'approccio tecnico al progetto stabilita a suo favore dalla commissione sarebbe troppo esigua attesa la sproporzione fra la mole dei rispettivi elaborati presentati che dimostrerebbe una rilevante differenza di completezza ed efficacia delle due proposte.

Il motivo è infondato: atteso che la mole degli elaborati progettuali non costituiva un parametro di valutazione non si vede il perché il punteggio attribuito dalla Commissione avrebbe dovuto essere direttamente proporzionale al numero di pagine degli elaborati progettuali presentati delle due concorrenti, tenuto conto che l'esito della valutazione non è evidentemente connesso alla quantità e alla dimensione degli elaborati, ma al loro contenuto.

Per la stessa ragione deve essere respinta anche la censura riguardante la sicurezza nei cantieri con la quale Pizzarotti afferma di aver diritto

ad un maggiore punteggio in quanto la proposta da essa presentata sarebbe corredata da un maggior numero di figure esplicative.

Infondata è, infine, la censura con la quale Pizzarotti lamenta la decurtazione del punteggio ad essa attribuito in relazione alla nomina di un coordinatore della gestione di linea privo di esperienze in ordine alla manutenzione.

Infatti, il disciplinare di gara prevedeva che il gestore della linea avrebbe dovuto avere almeno un'esperienza in relazione alle funzioni di sua competenza fra le quali vi era anche il coordinamento della manutenzione ordinaria e straordinaria.

Sicchè non possedendo il coordinatore proposto da Pizzarotti una simile esperienza era gioco forza che la Commissione di gara ne traesse le dovute conseguenze a nulla rilevando il fatto che l'impresa concorrente avesse previsto nell'organigramma uno specifico responsabile per la manutenzione, essendo le funzioni del coordinatore trasversali rispetto alle competenze specifiche dell'addetto a ciascun responsabile di servizio.

Il terzo ricorso per motivi aggiunti rivolge avverso l'aggiudicazione definitiva le medesime censure formulate contro quella provvisoria. Esso deve essere, pertanto, respinto per le medesime ragioni di cui si è dato conto nella precedente parte della motivazione.

Devono essere conseguentemente respinte le domande consequenziali a quella di annullamento tese alla declaratoria della inefficacia del contratto, alla condanna della stazione appaltante alla stipulazione del contratto con Pizzarotti e al risarcimento in forma

specifica o per equivalente.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione Terza di Milano, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale, dichiara irricevibile il primo ricorso per motivi aggiunti notificato in data 16 agosto 2011, respinge il secondo ed il terzo ricorso per motivi aggiunti, dichiara improcedibile il ricorso incidentale con i relativi motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite che liquida in Euro 4.000 a favore del Comune di Milano, ed Euro 4.000 oltre ad IVA e c.p.a. a Favore della S.p.a. Impregilo.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio del 24 novembre 2011 e del 18 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Referendario

Raffaello Gisondi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2012

IL SEGRETARIO

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