

N. 01150/2012REG.PROV.COLL.
N. 06772/2011 REG.RIC.
N. 07055/2011 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6772 del 2011, proposto da:

INFRASTRUTTURE LOMBARDE S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Nico Moravia, Ernesto Stajano, Marco Giustiniani e Giovanni Caputi, con domicilio eletto presso l'avv. Nico Moravia in Roma, via Bocca di Leone, n. 78;

contro

CODELFA S.P.A., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Pessina Costruzioni S.p.A., e PESSINA COSTRUZIONI S.P.A., ognuna in persona del proprio legale rappresentante in carica, entrambe rappresentate e difese dagli avv. Pier Giuseppe Torrani, Giuseppina Incorvaia e Francesco Vanni, con domicilio eletto presso

l'avv. Francesco Vanni in Roma, via Giovanni Antonelli, n. 15;

nei confronti di

REGIONE LOMBARDIA, in persona del Presidente della Giunta regionale in carica, non costituita in giudizio;

EURECA CONSORZIO STABILE, in proprio e quale mandatario del R.T.I. con Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Soc. Coop., Vitali S.p.A., C.I.C. – Compagnia Italiana Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Sanino e Carlo Cerami, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7055 del 2011, proposto da:

REGIONE LOMBARDIA, in persona del Presidente della Giunta regionale in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Piera Pujatti e Pio Dario Vivone, con domicilio eletto presso Emanuela Quici in Roma, via Nicolò Porpora, n. 16;

contro

CODELFA S.P.A., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Pessina Costruzioni S.p.A., e PESSINA COSTRUZIONI S.P.A., ognuna in persona del proprio legale rappresentante in carica, entrambe rappresentate e difese dagli avv. Pier Giuseppe Torrani, Giuseppina Incorvaia e Francesco Vanni, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Vanni in Roma, via Giovanni Antonelli, n. 15;

nei confronti di

INFRASTRUTTURE LOMBARDE S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

EURECA CONSORZIO STABILE, in proprio e quale mandatario del R.T.I. con Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Soc. Coop., Vitali S.p.A., C.I.C. – Compagnia Italiana Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Sanino e Carlo Cerami, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180;

entrambi per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. III, n. 1927 del 18 luglio 2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI REALIZZAZIONE SISTEMA VIARIO DI ACCESSIBILITA' ALL'ESPOSIZIONE UNIVERSALE DI MILANO 2015;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Codelfa S.p.A., in proprio e quale mandataria del costituendo Rti con Pessina Costruzioni S.p.A., quest'ultima anche in proprio e quale mandante del costituendo Rti nonché di Eureka Consorzio Stabile, in proprio e quale mandatario con Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Soc. Coop., Vitali S.p.A. e C.I.C. - Compagnia Italiana Costruzioni S.p.a., in entrambi i giudizi;

Visti gli appelli incidentali spiegati da Codelfa S.p.A., in proprio e

quale mandataria del costituendo R.T.I. con Pessina Costruzioni S.p.A., e Pessina Costruzioni S.p.A., nonché da Eureka Consorzio Stabile, in proprio e quale mandatario con Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Soc. Coop., Vitali S.p.A. e C.I.C. - Compagnia Italiana Costruzioni S.p.a., nel giudizio NRG. 6772/2011;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 6258 del 25 novembre 2011;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Moravia, Stajano, Torrani, Leozappa, per delega dell'avv. Vanni, Sanino e Cerami Pujatti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Infrastrutture Lombarde S.p.A. (d'ora in avanti I.L. S.p.A. ovvero la stazione appaltante o l'appellante principale) con bando in data 11 marzo 2010 ha indetto una gara a procedura ristretta per l'affidamento col sistema dell'appalto concorso dei lavori di realizzazione del sistema viario di accessibilità all'Esposizione Universale di Milano 2015 per un importo complessivo di €. 123.584.974,75, IVA esclusa (di cui €. 119.645.611,41, IVA esclusa, per lavori soggetti a ribasso; €. 3.589.368,34, IVA esclusa, per oneri per l'attuazione dei piani della sicurezza non soggetti a ribasso; €. 350.000,00, IVA esclusa, per spese tecniche relative ai servizi di

gestione degli espropri, non soggetti a ribasso), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei criteri indicati nel capitolato d'oneri, nell'invito a presentare offerte o a negoziare oppure nelle specifiche.

La Sezione VI del predetto bando (“Altre informazioni”) al punto VI.3. (“Informazioni complementari”) precisava sub d): “Con riferimento al punto IV.2.1.) del presente bando, si specifica che l'aggiudicazione avverrà secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006, sulla base dei criteri e dei pesi indicati nella seguente tabella. La valutazione delle offerte e l'assegnazione dei punteggi verrà effettuata utilizzando il metodo aggregativo – compensatore di cui all'allegato B del D.P.R. 554/99. Il punteggio massimo attribuito da apposita commissione nominata ai sensi dell'art. 84 del D. Lgs. n. 163/2006, dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, è pari a 100 punti. Per quanto attiene gli elementi di natura qualitativa, i coefficienti saranno determinati sulla base della media dei coefficienti variabili tra 0 e 1 calcolati dai singoli commissari mediante il confronto a coppie, seguendo le linee guida di cui all'allegato A del D.P.R. 554/1999. Per quanto concerne gli elementi di natura qualitativa, i relativi coefficienti sono determinati attraverso l'interposizione lineare tra il coefficiente pari a uno attribuito ai valori degli elementi più convenienti per la stazione appaltante e coefficiente pari a zero, attribuiti a quelli posti a base di

gara...Elementi qualitativi (punti 75): 1 – Proposta tecnico – progettuale (punti 50%): 1/a – Galleria artificiale (punti 25)/proposte progettuali e realizzative in relazione ai seguenti aspetti: 1/a.1 – Tecnologie realizzative e sistemi costruttivi innovativi in relazione al contesto territoriale attraversato (punti 10); 1/a.2 – Efficacia sistemi impiantistici ai fini della sicurezza dell’esercizio (punti 8); 1/a.3 – Soluzioni dirette a ridurre l’impatto ambientale della galleria, ivi incluse proposte di riutilizzazione materiale di scavo (punti 7); 1/b – Viadotto (punti 25) – Proposte progettuali e realizzative in relazione ai seguenti aspetti: 1/b.1 – Strutturali (punti 13); 1/b.2 – Architettonici/estetici (punti 12); 2 – Qualità dei materiali da utilizzare nella realizzazione dell’opera anche in relazione alle modalità e agli oneri di manutenzione (punti 10); 3 – Interventi e opere di mitigazione/compensazione dell’impatto ambientale e naturalistico delle infrastrutture (diversi ed ulteriori rispetto a quelli relativi ai restanti elementi di valutazione) (punti 10); 4 – Cantierizzazione, gestione dei cantieri e dei lavori e mitigazione degli impatti correlati (punti 5); Elementi qualitativi (25 punti): 5 – Importo complessivo dei lavori (punti 15); 6 – Termine di esecuzione dei lavori (punti 10)”.

La lettera di invito alla gara al punto 3 (Elementi di valutazione dell’offerta) riportava pedissequamente (al punto 3.1.) le ricordate disposizioni in ordine ai criteri e ai pesi e sub - pesi.

Espletata la gara, alla quale, dopo la fase di prequalificazione, hanno

partecipato sei concorrenti, i lavori sono stati aggiudicati, prima provvisoriamente e poi definitivamente, al Raggruppamento temporaneo di concorrenti composto da Eureca Consorzio Stabile - mandatario, Consorzio Cooperative Costruzioni – C.C.C. Soc. Coop. - mandante, Vitali S.p.A. - mandante e C.I.C. – Compagnia Italiana Costruzioni S.p.A. - mandante (d'ora in avanti anche R.T.I. Eureca), che aveva conseguito il punteggio più alto (punti 77,372).

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. III, con la sentenza n. 1927 del 18 luglio 2011, nella resistenza della Regione Lombardia, di Infrastrutture Lombarde S.p.A. e del costituendo raggruppamento temporaneo Eureca, definitivamente pronunciando sul ricorso principale proposto da Codelfa S.p.A., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con Pessina Costruzioni S.p.A. (classificatosi al secondo posto della predetta gara con punti 75,340), e dalla stessa Pessina Costruzioni S.p.A. per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto a R.T.I. Eureca, del rigetto dell'istanza ex art. 243 bis, comma 4, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, dei verbali di gara, della lettera d'invito e delle Linee Guida (questi ultimi tre atti nella parte in cui individuavano in modo lacunoso, incompleto, perplesso e generico i criteri di valutazione dei progetti offerti) e per l'accertamento del diritto al subentro nell'aggiudicazione e nel contratto in luogo del R.T.I. aggiudicatario, previa dichiarazione di inefficacia del contratto già stipulato, nonché

sul ricorso incidentale spiegato dal R.T.I. aggiudicatario per l'annullamento degli stessi atti, nella parte in cui era stata omessa l'esclusione dalla gara del costituendo R.T.I. tra Codelfa S.p.A. e Pessina Costruzioni S.p.A., ha respinto il ricorso incidentale ed ha accolto il ricorso principale, ritenendo fondato ed assorbente il secondo motivo di censura, annullando l'impugnato provvedimento di aggiudicazione, respingendo tuttavia la domanda di accertamento e condannando la stazione appaltante all'aggiudicazione dell'appalto in favore delle ricorrenti e dichiarando altresì inammissibile anche la domanda diretta ad ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto.

In particolare, secondo il predetto tribunale, tutti i motivi di censura sollevati con il ricorso incidentale (il cui esame era necessariamente preliminare, atteso che la loro eventuale fondatezza e la conseguente illegittimità dell'ammissione alla gara del costituendo R.T.I. tra Codelfa S.p.A. e Pessina Costruzioni S.p.A. avrebbe automaticamente determinato l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse) erano infondati giacché: a) quanto al primo motivo: a1) la presunta violazione da parte dell'offerta del costituendo R.T.I. Codelfa delle c.d. invarianti progettuali in relazione alla fascia di salvaguardia non poteva determinare l'esclusione dalla gara, trattandosi di previsione indeterminata e generica; a2) non sussisteva la dedotta violazione della prescrizione del punto 7.a dell'art. 5.1. delle Linee guida nella parte in cui

richiedeva il rispetto del sistema di trasporto dell'acqua per l'irrigazione, tale previsione, per il suo stesso tenore letterale, essendo riferita solo al trasporto dell'acqua per irrigazione, laddove la violazione contestata riguardava invece un condotto fognario; a3) non era da considerarsi violata neppure la previsione di cui al punto 7.c dell'art. 5.1 delle Linee guida, perché la continuità che il progetto doveva assicurare concerneva i percorsi stradali e non gli attuali accessi alle proprietà private; b) quanto al secondo motivo, concernente l'omesso apprezzamento negativo di alcuni aspetti del progetto tecnico proposto dal R.T.I. Codelfa relativamente alle "interferenze dei rilevati sulla viabilità Expo e sul canale" ed alle "interferenze del viadotto sul sedime Expo" e alla eccessiva riduzione del tampone di fondo necessario per lo scavo all'asciutto della galleria, le relative censure si risolvevano in apodittiche affermazioni, prive di qualsiasi riscontro probatorio, inidonee a scalfire le valutazioni tecniche della commissione di gara; c) quanto al terzo motivo, non solo non era previsto, come eccepito dal ricorrente incidentale, che la relazione geologica, geomorfologia, idrogeologica e sismica, la carta geomorfologia, il profilo geologico longitudinale, il profilo idrogeologico e la carta idrogeologica fossero firmati da un geologo a pena di esclusione, per quanto tali documenti risultavano sottoscritti da un ingegnere iscritto nel relativo albo per i settori civile, ambientale e industriale (e la relazione geologica era stata redatta da un geologo iscritto all'albo, nominativamente

indicato).

Respinta, poi, la preliminare eccezione di inammissibilità del ricorso principale, formulata dall'intimata Regione Lombardia, atteso che non era stata fornita alcuna prova della asserita carenza di interesse a ricorrere (l'argomentazione difensiva prospettata dall'amministrazione resistente realizzando un'inammissibile inversione dell'onere della prova), il predetto tribunale riteneva fondato ed assorbente il secondo motivo di censura con cui le ricorrenti avevano dedotto il difetto di motivazione in ordine alla valutazione dell'elemento qualitativo di cui al punto VI.3.d), n. 3, del bando di gara, "Interventi ed opere di mitigazione/compensazione dell'impatto ambientale e naturalistico delle infrastrutture (diversi e ulteriori rispetto a quelli relativi ai restanti elementi di valutazione)", non essendo sufficiente a tal fine il solo voto numerico attribuito alla commissione di gara a causa della genericità ed indeterminatezza dei criteri di valutazione che attribuivano alla commissione stessa un ampio potere discrezionale, a nulla rilevando il peculiare metodo utilizzato, quello del confronto a coppie, per la valutazione delle offerte; del resto la dedotta carenza di motivazione dei punteggi attribuiti all'elemento qualitativo relativamente alla mitigazione ambientale rendeva effettivamente impossibile comprendere quali profili progettuali fossero stati presi in considerazione dalla commissione in relazione al profilo della mitigazione ambientale.

Poiché l'accoglimento del motivo esaminato non esauriva la

discrezionalità tecnica della commissione di gara e non era stato ancora stipulato il contratto di appalto con l'aggiudicatario R.T.I. Eureka, il tribunale respingeva la domanda tesa ad ottenere la declaratoria del diritto in favore delle ricorrenti al subentro nella posizione di aggiudicataria, previa dichiarazione di inefficacia del contratto.

3. Avverso tale statuizione ha proposto appello Infrastrutture Lombarde S.p.A., lamentando l'erroneità e chiedendone la riforma alla stregua di due motivi di gravame, rubricati rispettivamente, il primo "ERROR IN IUDICANDO DEL CAPO 5 DELLA SENTENZA (PUNTI DA 5.1. A 5.4.): la sufficienza del giudizio espresso in forma numerica nell'ambito del metodo del confronto a coppie e, comunque, la corretta prefissazione dei criteri di valutazione delle offerte", il secondo "ERROR IN IUDICANDO DEL CAPO 5 DELLA SENTENZA (PUNTO 5.5. SENTENZA): Violazione dei principi in materia di effetto conformativo delle sentenze di annullamento per motivi formali. Errata interpretazione della lex specialis della gara. Extrapetizione. Violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa".

In sintesi, dopo aver sottolineato la straordinaria importanza dell'opera oggetto di appalto, sia per la sua rilevanza economica, sia per il suo rilievo strategico, la stazione appellante ha rilevato l'insussistenza del dedotto vizio di difetto di motivazione, inopinatamente riscontrato dai primi giudici in accoglimento del

secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, osservando che il punteggio numerico è da considerarsi un mezzo idoneo e adeguato ad assolvere all'obbligo di motivazione che incombe sull'attività della pubblica amministrazione laddove siano, come nel caso di specie, puntualmente delineati i criteri e la griglia di valutazione, assolutamente logica, completa e univoca.

Peraltro, sempre ad avviso dell'appellante, il metodo utilizzato nel caso di specie (confronto a coppie, della cui legittimità non può neppure dubitarsi, essendo stato espressamente previsto dallo stesso legislatore come adeguato ed efficace strumento di valutazione delle offerte), diversamente da quanto approssimativamente ritenuto dai primi giudici, predicando che ogni commissario esprima la propria preferenza per ogni singola offerta valutata nei confronti di ognuna delle altre concorrenti, esclude di per sé l'obbligo della motivazione, in ogni caso ricavabile dalla stessa preferenza espressa dai singoli commissari, preferenza che costituisce manifestazione tipica della discrezionalità amministrativa (che non può essere ragionevolmente eliminata, come ipotizzato dalla motivazione della impugnata decisione).

Sotto altro profilo l'appellante ha anche contestato le ulteriori motivazioni con cui i primi giudici hanno accolto il secondo motivo di censura del ricorso principale, evidenziando come le stesse, erroneamente interpretando il contenuto e la portata del profilo qualitativo dell'offerta oggetto di controversia, conducevano ad un

effetto conformativo che esorbitava dai poteri propri della giurisdizione amministrativa, realizzando di fatto una vera e propria sostituzione del giudice amministrativo nell'esercizio della funzione amministrativa ed in particolare nel merito amministrativo in relazione alle peculiari modalità di fissazione dei criteri di valutazione delle offerte di una gara pubblica.

Il ricorso è stato iscritto al NRG. 6772 dell'anno 2011.

Hanno resistito al gravame Codelfa S.p.A., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Pessina Costruzioni S.p.A., e quest'ultima, che oltre a dedurre l'inammissibilità e l'infondatezza e a riproporre, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi e le domande dichiarate assorbite in primo grado, hanno altresì spiegato appello incidentale, lamentando "Error in iudicando del capo 6 della sentenza, limitatamente al secondo capoverso in cui respinge le domande di accertamento e condanna formulate dalle ricorrenti: la sussistenza del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa allorquando, come nel caso di specie, le valutazioni della commissione di gara risultino viziate da eccesso di potere per manifesta illogicità e travisamento dei fatti".

A loro avviso, infatti, il vizio di illegittimità che inficiava la valutazione da parte della commissione di gara della propria offerta e di quella del R.T.I. aggiudicatario, già palesatosi nel difetto di motivazione, correttamente rilevato dai primi giudici, dava luogo, sotto altro concorrente profilo, ad una manifesta illogicità della

censurata valutazione, essendo stati attribuiti punteggi diversi ad offerte pressoché identiche: al riguardo non potendo che essere pieno il sindacato del giudice amministrativo sulla valutazione tecnica, l'illegittimità della valutazione non determinava il suo complessivo annullamento e la successiva riedizione del potere da parte dell'amministrazione appaltante, quanto piuttosto l'annullamento sic et simpliciter della sola ingiustificata ed ingiustificabile migliore valutazione dell'offerta del R.T.I aggiudicatario e la conseguente aggiudicazione in favore di esse appellanti incidentali (già ricorrenti principali), domanda inopinatamente dichiarata inammissibile dai primi giudici.

Anche Eureka Consorzio Stabile - mandatario, Consorzio Cooperative Costruzioni – C.C.C. Soc. Coop. - mandante, Vitali S.p.A. - mandante e C.I.C. – Compagnia Italiana Costruzioni S.p.A. – mandante, costituendosi in giudizio ha spiegato appello incidentale, deducendo “I. Erroneità del Capo III della sentenza nella parte in cui respinge i motivi di ricorso incidentale di Eureka”; “II. Fondatezza del primo motivo di ricorso incidentale ed erroneità del Capo III, Punto 3.1. della sentenza”; “III. Fondatezza del secondo motivo di ricorso incidentale ed erroneità del Capo III punto 3.2. della sentenza”; “IV. Fondatezza del terzo motivo di ricorso incidentale ed erroneità del Capo III, punto 3.3. della sentenza”; “V. Erroneità della sentenza nella parte in cui accoglie il secondo motivo di ricorso principale (Capo V della sentenza) – Ultrapetizione”.

Con i primi quattro motivi di gravame sono state sostanzialmente riproposte le censure formulate con il ricorso incidentale, a suo avviso, malamente apprezzate, superficialmente esaminate e respinte con motivazione errata, lacunosa ed approssimativa, mentre con il quinto motivo è stato lamentato l'erroneo ed ingiusto accoglimento del secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, svolgendo al riguardo argomentazioni analoghe a quelle formulate dall'appellante principale.

Con ordinanza n. 3983 del 14 settembre 2011 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata in considerazione della delicatezza dei motivi di censura sollevati sia con l'appello principale che con l'appello incidentale e della necessità della urgente trattazione del merito, anche in considerazione della speciale rilevanza dell'opera da realizzare, fissando per la trattazione l'udienza pubblica del 22 novembre 2011.

4. Anche la Regione Lombardia ha chiesto la riforma della predetta sentenza, deducendone l'erroneità alla stregua di tre motivi di gravame, rubricati rispettivamente "Errore e difetto di motivazione della sentenza impugnata – capo 4 della motivazione – relativamente all'eccezione di inammissibilità del ricorso"; "Motivazione contraddittoria ed error in iudicando nel capo V della sentenza" e "Vizio di extrapetizione e violazione dei principi che regolano l'effetto conformativo delle sentenze".

Con il primo motivo è stata riproposta l'eccezione di inammissibilità

del ricorso di primo grado, respinta dal tribunale con motivazione erronea e approssimativa, non potendo dubitarsi, a suo avviso, che ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione le società ricorrenti avrebbero dovuto fornire la c.d. prova di resistenza, vale a dire che l'eventuale annullamento della contestata valutazione della loro offerta progettuale avrebbe determinato l'aggiudicazione in loro favore, circostanza di cui non era stata fornita alcuna prova, neppure al mero livello indiziario, e che in ogni caso non corrispondeva al vero.

Con gli altri due motivi di gravame, poi, contestandosi decisamente le argomentazioni, superficiali, approssimative e fuorvianti formulate dai primi giudici, la Regione Lombardia ha negato la fondatezza del secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, erroneamente accolto dai primi giudici, svolgendo osservazioni sostanzialmente analoghe a quelle dell'appello principale di Infrastrutture Lombarde S.p.A e a quelle contenute nel quinto motivo dell'appello incidentale spiegato da Eureka Consorzio Stabile, nella qualità in atti, nel ricorso iscritto al NRG. 6772/2011.

Il ricorso è stato iscritto al NRG. 7055 dell'anno 2011.

In questo giudizio si sono costituiti Eureka Consorzio Stabile, nella più volte dichiarata qualità, che ha concluso per l'accoglimento dell'appello, nonché Codelfa S.p.A. e Pessina Costruzioni S.p.A. che hanno invece chiesto il rigetto dell'avverso gravame, riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi e le domande

dichiarate assorbite in primo grado.

Con ordinanza n. 3987 del 14 settembre 2011 la Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata sulla base delle motivazioni poste a fondamento della coeva ordinanza n. 3983, fissando ugualmente la trattazione della causa per il giorno 22 novembre 2011.

5. Nell'imminenza della udienza di discussione le parti hanno illustrato con approfondite memorie le proprie rispettive tesi difensive, replicando a quelle avverse.

All'udienza pubblica del 22 novembre 2011, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Deve preliminarmente disporsi la riunione dei due appelli principali di Infrastrutture Lombarde S.p.A. (NRG. 6772/2011) e della Regione Lombardia (NRG. 7055/2011), ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a., in quanto proposti avverso la stessa sentenza.

7. Deve quindi procedersi all'esame dei primi quattro motivi dell'appello incidentale proposto da Eureka Consorzio Stabile, nella qualità indicata in epigrafe, con i quali sono state riproposte le censure spiegate con il ricorso incidentale di primo grado per l'omessa esclusione dalla gara del costituendo R.T.I. tra Codelfa S.p.A. e Pessina Costruzioni S.p.A.: infatti, il loro eventuale accoglimento renderebbe inammissibile il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado per difetto di interesse.

7.1. Con il primo motivo, rubricato “Erroneità del Capo III della sentenza nella parte in cui respinge i motivi di ricorso incidentale di Eureka”, sono state svolte considerazioni di carattere generale sulla complessiva motivazione con cui erano stati respinti i motivi del ricorso incidentale: in particolare Eureka Consorzio Stabile ha sostenuto che i primi giudici hanno accolto acriticamente le argomentazioni difensive propugnate dal costituendo R.T.I. Codelfa S.p.A. – Pessina Costruzioni Sp.A., asseritamente non smentite, laddove, se è pur vero che non erano state svolte repliche scritte (atteso anche la rapidità del processo e la sua definizione con sentenza breve), tuttavia tutte le avverse controdeduzioni difensive erano state puntualmente e accuratamente contrastate nel corso dell’ampia discussione orale, così che in definitiva la sentenza si pone in contrasto con i fondamentali principi che disciplinano il processo amministrativo.

La censura è priva di fondamento giuridico.

Anche a voler tacere della estrema genericità delle deduzioni svolte che richiamano genericamente la violazione dei “principi che disciplinano il processo amministrativo”, senza neppure indicarli, è appena il caso di rilevare che l’utilizzo dello strumento della sentenza breve e la conseguente celerità del rito (peraltro espressamente previsti e disciplinati dallo stesso legislatore per favorire una decisione quanto più spedita possibile di controversie caratterizzate dalla particolare rilevanza degli interessi pubblici in gioco) non può

costituire di per sé un vizio della decisione assunta dai primi giudici, salvo con non sia stato violato il principio del contraddittorio, ipotesi che non sussiste nel caso in esame; né può sussumersi nella fattispecie della violazione del contraddittorio l'omessa possibilità di replicare per iscritto alle controdeduzioni avversarie, tanto più che la stessa parte appellante incidentale ha ammesso di essere stata messa in condizione di controdedurre adeguatamente nel corso della discussione orale alle avverse tesi difensive; né costituisce di per sé vizio della sentenza la circostanza che il giudice abbia accolto le tesi difensive di parte avversa senza (asseritamente) confutare le altre, fermo restando che la parte interessata può far valere tale profilo attraverso l'impugnazione, come avvenuto nel caso di specie.

Il motivo deve essere pertanto respinto.

7.2. Con il secondo motivo Eureka Consorzio Stabile, insistendo sulla "Fondatezza del primo motivo del ricorso incidentale ed erroneità del Capo III, punto 3.1, della sentenza", ha riproposto i tre profili su cui era stato imperniato il primo motivo del ricorso incidentale, concernenti la mancata esclusione dalla gara del R.T.I. Codelfa per la violazione delle prescrizioni della lettera d'invito e delle linee guida quanto al punto 5.1., relativamente alla fascia di salvaguardia (sub 1), quanto alla questione della continuità degli accessi (sub 7.c) e al rispetto del sistema di trasporto dell'acqua (sub 7.c), lamentando in sostanza il loro superficiale apprezzamento e l'erroneo rigetto da parte dei primi giudici, con motivazione lacunosa

ed approssimativa, frutto peraltro di un acritico recepimento delle tesi difensive della aggiudicataria.

Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

7.2.1. La lettera d'invito, disciplinando al paragrafo 2 le "Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte", al punto 2.2 prevedeva che nella busta "B – Offerta tecnica" dovevano essere contenuti, a pena di esclusione dalla gara, "i documenti individuati nelle Linee Guida per lo sviluppo della progettazione esecutiva, facente parte della documentazione a base di gara (gli "Elaborati progettuali") e oggetto di valutazione qualitativa", con la precisazione che i predetti elaborati progettuali dovevano rispettare, a pena di esclusione, le invarianti progettuali di cui alle Linee Guida.

Al paragrafo 7 della predetta lettera d'invito erano indicate le cause di esclusione, consistenti: a) nell'inosservanza del termine fissato per la presentazione del plico; b) nell'inosservanza delle modalità di presentazione e confezionamento del plico e delle tre buste in esso inserite; c) nella mancanza, incompletezza o irregolarità sostanziale di alcuno dei documenti da inserire nella busta "A – Documentazione amministrativa; d) nella mancanza, incompletezza o irregolarità sostanziale di alcuno dei documenti da inserire nella busta "B – Offerta tecnica; e) nella mancanza, incompletezza o irregolarità sostanziale di alcuno dei documenti da inserire nella busta "C – Offerta economica"; veniva precisato inoltre che "l'irregolarità sostanziale è data a titolo esemplificativo e non esaustivo, dalla

mancata sottoscrizione dell'offerta, dalla sua incompletezza o dall'apposizione alla stessa di osservazioni, restrizioni o condizioni di sorta, dal mancato rispetto delle invarianti progettuali ovvero dei requisiti minimi inderogabili fissati nella documentazione di gara e in ogni caso dalla difformità dell'offerta rispetto alle prescrizioni indicate nella presente lettera di invito e nella documentazione di gara”.

Le Linee Guida per lo sviluppo della progettazione esecutiva (documento contrattuale allegato alla lettera d'invito) al paragrafo 5.1. del capo 5 (Sviluppo del progetto – offerta: invarianti e proposte migliorative), disciplinavano le “Invarianti”.

In particolare, dopo aver precisato, nel primo periodo, che “il Progetto Preliminare posto a base di gara definisce concettualmente le necessità minime funzionali e prestazionali richieste all'intervento nel suo complesso, nonché alle singole opere d'arte (galleria, viadotti, sistemi di raccordo e di svincolo, etc.) che lo costituiscono e che dovranno pertanto essere recepite ed approfondite nel corso dello sviluppo delle successive fasi progettuali e realizzativa” e, nel secondo periodo, che “tali necessità funzionali contenute nel Progetto Preliminare sono gli elementi di base atti a guidare i concorrenti impegnati nella redazione del Progetto – Offerta, alla ricerca delle possibili ottimizzazioni, e in tal senso possono essere definite invarianti”, nel terzo periodo chiariva che “le invarianti progettuali individuate possono essere sinteticamente riassunte come

di seguito esplicitato: 1. la collocazione del tracciato all'interno della fascia di salvaguardia dell'opera; 2. il suo impianto piano – altimetrico generale, inteso come connessioni alle infrastrutture esistenti, come schema generale della viabilità e relazioni reciproche. Rientrano in questa voce la necessità di un attraversamento viario dell'area “Cascina Merlata” che in esercizio dovrà risultare in sotterraneo (al fine di non interferire con il P.I.I. in fase di realizzazione) e di scavalchi aerei (in viadotto) della linea ferroviaria, delle Autostrade A4 e A8 e del sedime lato est dell'area Expo; 3. l'impianto piani – volumetrico generale, inteso come posizione delle opere nel lotto di intervento come rapporto con le preesistenze e come rispetto dei vincoli imposti; 4. la categoria stradale del collegamento viario di tipo D ex D.M. 5/11/2001 n. 6792; 5. la posizione dell'asse del viadotto su sedime Expo in relazione al layout architettonico – funzionale previsto per l'evento espositivo; 6. gli aspetti qualitativi e prestazionali, intesi come caratteristiche di qualità, durevolezza ed estetica dei materiali, delle lavorazioni e delle componenti, nel rispetto vincolante delle prestazioni previste dal Progetto Preliminare, intese come minime; 7. il rispetto, sia durante la fase di esecuzione dei lavori, che in via permanente durante l'utilizzo dell'opera del: a. mantenimento dell'attuale sistema di trasporto dell'acqua per l'irrigazione, prevedendo, ove possibile, lo spostamento e deviazione dei fossi laterali alla strada anziché la loro tombinatura; b. l'irrigazione e il colo dei terreni interessati senza

aggravi di sorta che rechino pregiudizio alla normale conduzione agricola attualmente in uso; c. la continuità dei percorsi attuali (strade statali, provinciali, comunali, vicinali e interpoderali, sentieri, etc.) e degli accessi alle proprietà”.

La commissione di gara, come emerge dalla lettura del verbale di gara, 6^a seduta riservata del 2 marzo 2011, procedeva ad effettuare nei confronti della busta “B – Offerta Tecnica” del costituendo R.T.I. tra Codelfa S.p.A. e Pessina Costruzioni S.p.A. “il controllo di dettagli in merito alla presenza ed al contenuto dei singoli elaborati della Serie indicati nell’Elenco Elaborati di cui alle Linee Guida, in conformità con il progetto tecnico presentato dal concorrente (c.d. Progetto Offerta” ed in conseguenza dell’esito positivo di tali verifiche, procedeva altresì “...a verificare il rispetto delle invarianti progettuali di cui al punto 5.1. delle Linee Guida, ai sensi di quanto previsto al punto 2.2. della Lettera d’invito”, concludendo nel senso che il Progetto in esame rispettava le prescrizioni di cui al paragrafo 5.1. delle Linee Guida ed era conforme alle prescrizioni di cui al punto 2.2. della Lettera d’invito.

7.2.2. Ciò posto, quanto alla dedotta violazione da parte del progetto – offerta del R.T.I. Codelfa delle prescrizioni di cui al paragrafo 5.1., punto 1, concernente l’invariante della “collocazione del tracciato all’interno della fascia di salvaguardia dell’opera”, in particolare per non essere stato rispettato tale limite in due punti (in corrispondenza della via Jona/Barzaghi e dell’area adiacente al sedime R.F.I.), le

conclusioni raggiunte dai primi giudici non meritano censura.

Come si ricava dalla lettura degli atti difensivi del R.T.I. Codelfa S.p.A. – Pessina Costruzioni S.p.A., non è stata affatto contestata in sé la circostanza di fatto su cui si fonda il motivo di gravame in esame, essendo stata piuttosto sottolineata l'ambiguità della previsione in questione, che del resto aveva pacificamente dato luogo a dubbi interpretativi da parte dei concorrenti, dubbi per nulla superati dai chiarimenti forniti dalla stazione appaltante.

Infatti proprio in relazione al significato (ed alla consistenza) della “fascia di salvaguardia” era stato chiesto un primo chiarimento (quesito n. 4, in considerazione del fatto che il vigente Piano regolatore generale di Milano riportava una linea e che il PGT era in fase di adozione), in relazione al quale era stata formulata la seguente risposta (n.4): “In riferimento a quanto disposto dal Codice della Strada D. Lgs. 258/92 e s.m.i., art. 18, e dal suo Regolamento Attuativo D.P.R. 459/92, art. 28, la fascia di rispetto è quella relativa alle strade di categoria D ricadenti all'interno di un centro abitato o attraversanti aree oggetto di trasformazione urbanistica”; un'altra richiesta di chiarimento (quesito n. 22) era stata avanzata, proprio in ragione della risposta n. 4, rilevandosi che se l'indicazione così fornita era “valida per la sezione dell'asse principale dell'opera stradale in progetto”, dubbi sussistevano per il fatto che “il concorrente deve valutare e proporre un progetto anche alternativo rispetto a quello posto a base di gara sia per i due nodi di estremità

dell'intervento (bretella di collegamento tangenziale ovest – variante ex SS 11 e ex SS33 del Sempione a sud e Autostrada A8 a nord) che per gli innesti con viabilità attualmente non esistenti ma in avanzato stato di progettazione ed in fase di completamento (proposta di riqualificazione di “Grancassa – rotatoria Merlata – rotatoria Barzaghi – futura viabilità area espositiva Expo 2016”), così che si chiedeva se “i limiti planimetrici delle proposte progettuali d’offerta, per tali innesti, devono comunque rientrare nelle superfici di esproprio indicate negli elaborati del progetto preliminare posto a base di gara”: la stazione appaltante rispondeva (n. 22) che “i limiti planimetrici delle proposte progettuali d’offerta ricadono nell’interno della fascia di salvaguardia, così come precisato nella risposta al precedente quesito n. 4”.

Tali risposte, lungi dal consentire la puntuale osservanza delle prescrizioni della *lex specialis*, ne confermano sul punto il carattere ambiguo o quanto meno equivoco, approssimativo e superficiale, non solo con riferimento all’espressione “fascia di salvaguardia”, per la cui esatta individuazione la stessa stazione appaltante aveva rinviato ad altra fonte (art. 18 del Codice della strada e art. 28 del suo regolamento di attuazione, ove tuttavia viene in rilievo il diverso concetto di “fascia di rispetto”, senza che nessuna precisazione era stata fornita sulla equivalenza tra “fascia di salvaguardia” prevista dalla *lex specialis* di gara e “fascia di rispetto” di cui al Codice della strada), per quanto le prescrizioni della *lex specialis* di gara non

forniscono neppure alcun elemento certo ed inequivoco sul significato di “tracciato”, in relazione al quale è stata imposta la “invariante”: tale elemento assume particolare rilevanza se si tiene conto che il Progetto offerta richiesto ai concorrenti si basava su di un progetto preliminare che definiva “concettualmente le necessità minime funzionali e prestazionali richieste all’intervento nel suo complesso, nonché alle singole opere d’arte (galleria, viadotti, sistemi di raccordo e di svincolo, etc.) che lo costituiscono e che dovranno pertanto essere recepite ed approfondite nel corso dello sviluppo delle successive fasi progettuali e realizzativa”.

E’ appena il caso di rilevare che anche secondo la giurisprudenza non può predicarsi la legittimità dell’esclusione dalla gara in caso di inosservanza di clausole ambigue (C.d.S., sez. V, 18 gennaio 2006, n. 127), tanto più che queste ultime devono essere sempre interpretate secondo un criterio di ragionevolezza volto a salvaguardare l’interesse della pubblica amministrazione senza comportare illegittime esclusioni dalla gara; del resto, la pur espressa previsione della clausola di esclusione contenuta nel punto 7 della lettera d’invito riguarda soltanto la mancanza, incompletezza o irregolarità sostanziale di alcuno dei documenti inseriti nella busta B – Offerta tecnica, fattispecie che non ricorre nel caso di specie, anche in ragione della delineata previsione del punto 1, del paragrafo 5.1., asseritamente violata secondo la tesi dell’appellante incidentale.

Sotto altro concorrente profilo ed a conferma delle condivisibilità

delle motivazioni su cui è fondata l'impugnata sentenza, deve poi aggiungersi che la (pur subordinata) tesi difensiva del R.T.I. Codelfa, riproposta anche nel presente grado di giudizio, secondo cui, anche a voler considerare ammissibile ed adeguata la risposta fornita al quesito n. 4, le violazioni oggetto del motivo di gravame in esame non riguardavano in sé il tracciato stradale nel suo complesso, ma solo due punti di innesti relativi ad una viabilità interna (così che il mancato rispetto della fascia di salvaguardia o di rispetto sufficiente non poteva considerarsi neppure rilevante ai fini della violazione della previsione della *lex specialis*), non ha trovato alcuna puntuale contestazione, essendosi sul punto l'appellante incidentale limitata ad insistere sulla violazione della prescrizione della *lex specialis* che, a suo avviso, determina ineluttabilmente l'esclusione dalla gara.

In conclusione la censura in esame deve essere respinta, non potendosi condividere l'assunto dell'appellante incidentale, secondo cui dal coacervo delle disposizioni della lettera d'invito, delle Linee Guida e delle risposte fornite dalla stazione appaltante sui quesiti formulati dalle concorrenti, nonché dalla stessa qualificazione ed esperienza di questi ultimi, non poteva esservi alcun dubbio interpretativo in ordine alla esatta portata della prescrizione contenuta nel punto 1 del paragrafo 5.1., trattandosi di apodittiche affermazioni di natura meramente soggettiva che, fra l'altro, si pongono in stridente contrasto con l'obbligo, derivante dalla puntuale applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento

predicati dall'articolo 97 della Costituzione, di stabilire con chiarezza ed inequivocità le clausole della *lex specialis* proprio per assicurare la *par condicio* dei concorrenti e per tutelarne il legittimo affidamento.

7.2.3. Secondo Eureka Costruzioni Stabile, poi, il progetto - offerta del R.T.I. Codelfa violava il punto 7.c. del paragrafo 5.1. delle Linee Guida, concernente la “continuità dei percorsi attuali (strade statali, provinciali, comunali, vicinali ed interpoderali, sentieri, etc.) e degli accessi alle proprietà”, in quanto, modificando inammissibilmente il contesto fattuale di riferimento, aveva previsto gli accessi all'area di R.F.I. da via Serretta e dalla rotatoria in corrispondenza della porta est della nuova Fiera di Milano ad una distanza pari rispettivamente a 2,7 e 1,9 Km dal collegamento viabilistico oggetto di gara: del tutto erroneamente, a suo avviso, i primi giudici avevano ritenuto infondata tale censura, travisando l'esatta portata della previsione in esame, da interpretare congiuntamente al precedente punto 2.1.1. delle Linee Guida.

Anche tale profilo di censura non è meritevole di favorevole considerazione.

Come evidenziato dai primi giudici, la previsione di cui al punto 7.c del paragrafo 5.1. delle Linee Guida imponeva all'offerente di predisporre un progetto che rispettasse soltanto la continuità degli accessi alla proprietà e non già che prevedesse la conservazione degli “attuali” accessi alle proprietà: una simile interpretazione, piuttosto che frutto del mero soggettivo convincimento dei giudici in ordine

alla ragionevolezza e logicità della previsione, trova obiettivo ed inequivoco fondamento nello stesso tenore letterale della disposizione in esame che, mentre imponeva espressamente all'offerente di conservare gli "attuali" percorsi esistenti (statali, provinciali, comunali, vicinali, interpoderali, etc.), non predicava la stessa qualificazione dell'attualità per gli accessi alle proprietà (peraltro in modo non illogico o irragionevole, anche in considerazione della stessa importanza strategica del collegamento viabilistico da realizzare e dello sforzo, anche progettuale, per la sua realizzazione, rispetto ai quali l'interesse alla conservazione dell'attualità degli accessi alle proprietà, pubbliche o private che fossero, non poteva essere che recessivo).

Né un obbligo, nel senso preteso dall'appellante incidentale, può ricavarsi dall'esame del punto 2.1.1 delle Linee Guida che ripete sostanzialmente, sia pur con una diversa formulazione letterale, quanto stabilito al predetto punto 7.c, prevedendo che "in aggiunta alla realizzazione dell'asse principale, a carico del concorrente aggiudicatario resterà il ripristino della continuità di tutte le viabilità ad oggi esistenti ed eventualmente interferite, nonché la garanzia di mantenimento di tutti gli accessi attualmente in essere", l'obbligo del mantenimento riguardando gli accessi in sé e non le loro concrete attuali modalità.

Sotto altro concorrente profilo, inoltre, la clausola, della cui dedotta violazione si discute, non era affatto assistita da una autonoma

puntuale previsione di esclusione dalla gara in caso di violazione, mentre, per altro verso, non vi è alcun elemento certo obiettivo ed inequivoco da cui dedurre che il vizio in esame possa essere ricondotto alla fattispecie della “irregolarità sostanziale”, idonea a determinare l’esclusione dalla gara ai sensi del punto 7.d della lettera d’invito: sul punto giova ricordare che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, l’esclusione dalla gara di una determinata offerta, a causa della sua stessa gravità, non può essere disposta se non in presenza di un’apposita ed univoca clausola (C.d.S., sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5773), non potendo invece dipendere genericamente da una qualsiasi prescrizione della *lex specialis* (C.d.S., sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6410); ciò senza contare che, non essendo stato neppure minimamente dubitato dell’avvenuta valutazione da parte della commissione di gara del progetto - offerta proposto dal R.T.I. Codelfa, l’appellante incidentale avrebbe dovuto quanto meno indicare i vizi della valutazione (discrezionale) della predetta commissione di gara di ritenere ammissibile il progetto proposto sotto il profilo in questione, atteggiandosi diversamente le contestazioni in esame ad una mera inammissibile valutazione soggettiva contraria ovvero ad un mero dissenso rispetto all’operato dell’amministrazione appaltante.

7.2.4. L’appellante incidentale ha anche contestato la correttezza dell’assunto dei primi giudici che hanno respinto il profilo di censura concernente la pretesa violazione del punto 7.a del paragrafo 5.1.

delle Linee Guida: ciò in quanto il progetto – offerta del R.T.I. Codelfa conteneva la palese violazione dell'obbligo di “mantenimento dell'attuale sistema di trasporto dell'acqua per l'irrigazione, prevedendo, ove possibile, lo spostamento e deviazione dei fossi laterali alla strada anziché la loro tombinatura” in relazione alla situazione del torrente Guisa.

La doglianza deve essere respinta, non meritando la sentenza impugnata sul punto le critiche le sono state mosse.

Invero il vincolo derivante dal punto 7.a del paragrafo 5.1 delle Linee Guida concerneva, come ricordato, “il mantenimento dell'attuale sistema di trasporto dell'acqua per l'irrigazione”, laddove il torrente Guisa, come dedotto dalla controinteressata, non è affatto un corso d'acqua destinato all'irrigazione e non può pertanto rientrare nella previsione in esame, trattandosi piuttosto di un recettore fognario ovvero di un recettore di scarichi industriali e abitativi.

Tale decisiva circostanza di fatto, su cui è sostanzialmente fondata la sentenza impugnata, non è stata affatto contestata dall'appellante incidentale, che in modo approssimativo, incerto ed ambiguo (“per quanto noto ad Eureka”) si è limitata a sostenere che il predetto torrente sarebbe un “recettore dello scarico Musocco, che è, però, scarico di acque piovane o c.d. bianche”, facendo da ciò derivare inammissibilmente ed apoditticamente, senza il minimo supporto probatorio, la sua natura di “corso d'acqua ontologicamente destinato all'irrigazione”.

Ciò rende infondata la censura in esame, non potendo la qualificazione del corso d'acqua in questione (funzionale all'irrigazione), decisiva ai fini dell'applicazione di una clausola di esclusione dalla gara e quindi di stretta interpretazione ed applicazione, essere rimessa a mere argomentazioni difensive, peraltro ambigue e contraddittorie (come quella della proposta equivalenza tra corso d'acqua per l'irrigazione e recettore di acque di scarico di dubbia provenienza).

Ciò senza contare che, come peraltro acutamente osservato ai primi giudici e ribadito ragionevolmente anche dalla memorie difensive della controinteressata, il vincolo imposto dalla previsione in esame concerneva il mantenimento del sistema di trasporto dell'acqua per l'irrigazione, finalità comunque rispettata nel caso in esame giacché la realizzazione delle opere progettate era prevista ad una quota superiore a quella del corso di acqua in esame, il che ne comportava inevitabilmente il suo mantenimento.

7.2.5. In conclusione l'articolato motivo di gravame in esame deve essere respinto.

7.3. Con il terzo motivo di appello incidentale, rubricato "Fondatezza del secondo motivo di ricorso incidentale ed erroneità del Capo III, punto 3.2., della sentenza", Eureka Consorzio Stabile ha riproposto le censure sollevate con il secondo motivo del ricorso incidentale di primo grado, asseritamente male apprezzate ed erroneamente respinte, con cui era stata denunciata l'omessa

esclusione dalla gara del R.T.I. Codelfa, il cui progetto era in contrasto con i punti 2.1.1, 2.1.2, 2.1.4 e 5.2. delle Linee Guida, per le perpetrate interferenze sul sito Expo ed in relazione alla realizzazione della galleria, e comunque avrebbe comportato l'esigenza di apportare delle varianti in corso d'opera, con conseguenti costi aggiuntivi e aggravii del procedimento.

La doglianza è infondata.

Invero dall'esame delle prescrizioni di cui ai punti 2.1.1 (in ordine al ripristino della via Stephenson), 2.1.2 (circa i requisiti estetico – funzionali del viadotto su sedime Expo), 2.1.4 (relativamente ai requisiti tecnici – funzionali della galleria) e 5.2 (riguardanti in generale le proposte/varianti migliorative, ammissibili nel rispetto delle previsioni, delle specifiche tecniche, delle prestazioni del progetto stesso e delle invarianti), peraltro coerentemente con la peculiarità del procedimento di scelta del contraente per la realizzazione del sistema viario di accessibilità all'Esposizione Universale di Milano 2015, imperniato sulla offerta di un progetto esecutivo redatto sulla base del progetto preliminare posto a base della gara, emerge che le stesse non erano affatto caratterizzate da assoluta rigidità (con conseguente obbligo di realizzazione puntuale della sola soluzione progettuale preliminare), bensì erano connotate da un significativo grado di elasticità, funzionale proprio alla redazione del progetto esecutivo, che lasciava liberi i concorrenti di proporre adeguate soluzioni, purché rispettose delle necessità

minime funzionali richiamate nel paragrafo 5.1. delle Linee Guide: le previsioni asseritamente violate si atteggiavano dunque a criteri direttivi necessari per la progettazione definitiva, ancorché sufficientemente puntuali e specifici.

Infatti, le soluzioni progettuali per il ripristino della via Stephenson (punto 2.1.1) dovevano garantire “la coerenza e la compatibilità con i nuovi assetti viabilistici locali”; quanto ai “requisiti estetico – funzionali del viadotto su sedime Expo” (punto 2.1.2) era chiesto ai concorrenti di “...proporre per il viadotto soluzioni estetico – architettoniche il più possibile leggere e trasparenti...”, mentre era precisato che le pile di appoggio del viadotto, a livello del piano di campagna dovessero garantire “...la massima permeabilità trasversale e longitudinale, privilegiando soluzioni progettuali strutturali con appoggi puntuali e campate ampie...”, aggiungendosi significativamente che “...la soluzione progettuale proposta dai concorrenti per l’opera sarà tanto più apprezzata per la sua resa estetica quanto più improntata a quei criteri di leggerezza, linearità – ariosità e permeabilità che contraddistinguono il Masterplan del sito espositivo nel suo complesso...); anche quanto ai “requisiti tecnici – funzionali della galleria” (punto 2.1.4), la relativa prescrizione, oltre a precisare che “dal punto di vista delle assunzioni progettuali a corredo del calcolo della galleria artificiale, sarà necessario considerare la compatibilità dell’opera con futuri innalzamenti di falda attesi e allineare le ipotesi a quelle adottate per le opere di

nuova realizzazione ubicate in aree limitrofe...”, sottolineava che “a tal fine, risulta progettualmente necessario prevedere accorgimenti che garantiscano sia l’esecuzione di scavi a fondo asciutto, sia la completa impermeabilizzazione della galleria in esercizio. Nel Progetto Preliminare, è chiamato ad assolvere alle funzioni richieste il trattamento colonnare di impermeabilizzazione (tappo di fondo in jet – grouting) previsto sotto tutta l’impronta della galleria. Anche per questa lavorazione, la soluzione proposta a base di gara è una delle diverse possibili e potrà essere sostituita da concorrenti con una alternativa, basata su differenti tecnologie realizzative, in grado però di garantire uguale confidenza nei confronti dell’obiettivo principale di impermeabilizzazione”.

Le prospettate violazioni delle ricordate prescrizioni da parte del progetto proposto dal R.T.I. Codelfa, piuttosto che costituire ingiustificate difformità dal progetto preliminare, causa di esclusione dalla gara, rappresentavano invece soluzioni progettuali di dettaglio, alternative o integrative di quelle preliminari, ammissibili secondo la stessa *lex specialis* e adeguate secondo l’offerente, comunque oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante.

Pertanto, anche a voler prescindere dalla pur rilevante circostanza che l’appellante incidentale non ha minimamente contestato le articolate difese dell’aggiudicataria che smentiscono in fatto le tesi sostenute con il motivo di appello in esame, quest’ultimo è infondato, sia nella parte in cui si è limitato ad una mera elencazione

di pretese difformità/violazioni del progetto proposto dall'aggiudicatario rispetto alle previsioni del progetto preliminare posto a base di gara, sia nella parte in cui nessuna censura di legittimità risulta appuntata nei confronti delle positive valutazioni da parte della stazione appaltante delle (diverse, rispetto al progetto preliminare) soluzioni progettuali del R.T.I. Codelfa.

In definitiva le censure in esame si configurano come mero inammissibile dissenso alle valutazioni discrezionali della stazione appaltante circa la congruità e la adeguatezza delle soluzioni progettuali offerte dal R.T.I. Codelfa per la realizzazione dell'opera; ciò anche con riguardo alla presunta insussistenza del carattere migliorativo delle proposte stesse, tanto più che non è stato in alcun modo provato che le più volte evidenziate diverse soluzioni progettuali stravolgano effettivamente il progetto preliminare posto a base di gara.

7.4. Anche il quarto motivo dell'appello incidentale, con il quale, denunciando "Fondatezza del terzo motivo di ricorso incidentale ed erroneità del Capo III, punto 3.3, della sentenza", Eureka Consorzio Costruzioni ha nuovamente sostenuto che il progetto proposto dal R.T.I. Codelfa doveva essere escluso dalla gara anche perché la relazione geologica, che ne faceva parte, non era firmata da un geologo, deve essere respinto.

Come emerge dalla lettura delle Linee Guida, tra gli elaborati progettuali costituenti il Progetto – offerta che i concorrenti

dovevano presentare, vi era anche la Relazione geologica, geomorfologia, idrogeologica e sismica: il punto 2.2 della lettera d'invito prevedeva espressamente che “gli elaborati progettuali devono essere sottoscritti da tecnici abilitati iscritti nel relativo albo o registro professionale previsto nella legislazione dello Stato di appartenenza”, aggiungendo che gli stessi dovevano essere altresì sottoscritti “dal legale rappresentante dell'impresa concorrente in forma singola o del consorzio di cui all'art. 34 comma 1 lett. b) e c) ovvero del legale rappresentante dell'impresa capogruppo in caso di raggruppamento o consorzio ordinario già costituito”, precisando che in caso di raggruppamento temporaneo o consorzio non ancora costituito era necessaria la firma di tutte le imprese che avrebbero costituito il predetto raggruppamento o consorzio”.

La *lex specialis*, tuttavia, come puntualmente evidenziato da Codelfa S.p.A. e Pessina Costruzioni S.p.A., non vietava che la progettazione (e quindi gli stessi elaborati progettuali) potesse essere redatta da una società di ingegneria, com'è avvenuto nel caso di specie, ad opera della società di ingegneria S.I.N.A., così come emerge dall'esame dei relativi atti depositati in corso di causa, debitamente firmati dal suo relativo legale rappresentante, oltre che dai legali rappresentanti delle imprese facenti parti del costituendo raggruppamento temporaneo.

Sotto tale profilo non può ragionevolmente negarsi, come ritenuto dai primi giudici, che, diversamente da quanto prospettato dall'appellante incidentale, la ricordata previsione della lettera

d'invito, anche a causa della sua genericità (la cui formulazione si giustifica per consentirne la più ampia applicazione possibile) sia stata effettivamente rispettata, gli elaborati progettuali, ivi compresa la relazione geologica, non essendo imputabili nel caso di specie ad un singolo soggetto, ma alla società di ingegneria nel suo complesso, di cui faceva parte, come espressamente dedotto dall'aggiudicataria, senza che sul punto alcuna contestazione sia stata svolta, anche un geologo, che ha del tutto verosimilmente elaborato la relazione (anche quest'ultimo essendo un profilo di fatto dedotto dall'aggiudicataria ed in nessun modo contestato dall'appellante incidentale).

8. Comodità espositiva ed esigenze sistematiche impongono ora di esaminare, ancor prima dei motivi di merito degli appelli principali e dell'ulteriore motivo dell'appello incidentale di Eureka Consorzio Stabile, il primo motivo dell'appello principale proposto dalla Regione Lombardia (NRG. 7055/2011), con il quale, riproponendo l'eccezione già sollevata in primo grado, asseritamente male apprezzata, superficialmente esaminata e respinta con motivazione erronea e non pertinente, è stata ribadita l'inammissibilità del ricorso di primo grado di Codelfa S.p.A. e Pessina Costruzioni S.p.A. per difetto di interesse.

Secondo l'amministrazione regionale, infatti, per un verso le predette ricorrenti non avevano fornito alcuna concreta dimostrazione della rilevanza, ai fini dell'aggiudicazione, della modifica del punteggio nel

senso da esse auspicato in relazione all'elemento di valutazione dell'offerta oggetto di contestazione, e, per altro verso, i primi giudici avevano erroneamente confuso la prova dei fatti contestati (la valutazione dell'offerta) con la prova di resistenza, che doveva essere fornita esclusivamente dalle ricorrenti (non potendo ammettersi un onere per l'amministrazione resistente di provare la carenza dell'interesse a ricorrere), inutili a tal fine dovendo considerarsi le simulazioni addotte dalle predetti ricorrenti in ordine ad una diversa, ma soggettiva, valutazione delle offerte (anche in ragione del peculiare metodo di valutazione delle offerte – confronto a coppie – in concreto utilizzato).

Il suggestivo motivo di gravame non è meritevole di favorevole considerazione.

Come si ricava dalla lettura della motivazione della sentenza impugnata sul punto in questione, i primi giudici non hanno postulato alcuna inversione dell'onere della prova a carico della resistente amministrazione regionale, avendo rilevato piuttosto che le prospettazioni delle ricorrenti (fondate su apposite simulazioni volte ad evidenziare l'incidenza sul risultato finale della valutazione complessiva della diversa auspicata valutazione dell'elemento qualitativo in contestazione) erano ragionevoli e sufficienti a far ritenere sussistente l'interesse a ricorrere, laddove le contestazioni dell'amministrazione resistente si risolvevano in allegazioni generiche, inidonee a confutare i dati *ex adverso* prospettati.

Ciò precisato, anche a voler prescindere dalla genericità e dalla infondatezza del motivo di gravame, che non confuta adeguatamente le pur ragionevoli conclusioni cui sono pervenuti i primi giudici, la Sezione rileva che la censura articolata dalle ricorrenti in primo grado, in quanto astrattamente idonea a caducare quanto meno l'intero segmento procedimentale della valutazione delle offerte, era da sola sufficiente a fondare l'interesse a ricorrere.

L'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado è stato pertanto correttamente respinta.

9. La sostanziale identità dei motivi di gravame sollevati dagli appelli principali di Infrastrutture Lombarde S.p.A. e della Regione Lombardia (salvo il primo, già esaminato e respinto) e dal quinto motivo dell'incidentale di R.T.I. Eureka, ne consente la trattazione congiunta.

9.1. Infrastrutture Lombarde S.p.A. (col il primo motivo di gravame), la Regione Lombardia (col secondo motivo di gravame) e R.T.I. Eureka (con parte del quinto motivo dell'appello incidentale) sostengono con una pluralità di argomentazioni l'erroneità dell'assunto dei primi giudici che hanno accolto il secondo motivo del ricorso di primo grado, ritenendo viziato da difetto di motivazione la valutazione operata dalla commissione di gara delle offerte del R.T.I. aggiudicatario e del R.T.I. Codelfa S.p.A., per non essere intelligibili le ragioni della affermata superiorità della prima rispetto alla seconda, con particolare riferimento all'elemento

qualitativo sub 3.

Le doglianze sono fondate alla stregua delle osservazioni che seguono.

9.1.1. In punto di fatto giova evidenziare che, come si è già avuto modo di ricordare, la Sezione VI del bando (“Altre informazioni”) al punto VI.3. (“Informazioni complementari”) precisava sub d): “Con riferimento al punto IV.2.1.) del presente bando, si specifica che l’aggiudicazione avverrà secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell’art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006, sulla base dei criteri e dei pesi indicati nella seguente tabella. La valutazione delle offerte e l’assegnazione dei punteggi verrà effettuata utilizzando il metodo aggregativo – compensatore di cui all’allegato B del D.P.R. 554/99. Il punteggio massimo attribuito da apposita commissione nominata ai sensi dell’art. 84 del D. Lgs. n. 163/2006, dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, è pari a 100 punti. Per quanto attiene gli elementi di natura qualitativa, i coefficienti saranno determinati sulla base della media dei coefficienti variabili tra 0 e 1 calcolati dai singoli commissari mediante il confronto a coppie, seguendo le linee guida di cui all’allegato A del D.P.R. 554/1999. Per quanto concerne gli elementi di natura qualitativa, i relativi coefficienti sono determinati attraverso l’interposizione lineare tra il coefficiente pari a uno attribuito ai valori degli elementi più convenienti per la stazione appaltante e coefficiente pari a zero, attribuiti a quelli posti a base di

gara...Elementi qualitativi (punti 75): 1 – Proposta tecnico – progettuale (punti 50%): 1/a – Galleria artificiale (punti 25)/proposte progettuali e realizzative in relazione ai seguenti aspetti: 1/a.1 – Tecnologie realizzative e sistemi costruttivi innovativi in relazione al contesto territoriale attraversato (punti 10); 1/a.2 – Efficacia sistemi impiantistici ai fini della sicurezza dell’esercizio (punti 8); 1/a.3 – Soluzioni dirette a ridurre l’impatto ambientale della galleria, ivi incluse proposte di riutilizzazione materiale di scavo (punti 7); 1/b – Viadotto (punti 25) – Proposte progettuali e realizzative in relazione ai seguenti aspetti: 1/b.1 – Strutturali (punti 13); 1/b.2 – Architettonici/estetici (punti 12); 2 – Qualità dei materiali da utilizzare nella realizzazione dell’opera anche in relazione alle modalità e agli oneri di manutenzione (punti 10); 3 – Interventi e opere di mitigazione/compensazione dell’impatto ambientale e naturalistico delle infrastrutture (diversi ed ulteriori rispetto a quelli relativi ai restanti elementi di valutazione) (punti 10); 4 – Cantierizzazione, gestione dei cantieri e dei lavori e mitigazione degli impatti correlati (punti 5); Elementi qualitativi (25 punti): 5 – Importo complessivo dei lavori (punti 15); 6 – Termine di esecuzione dei lavori (punti 10)”.

La lettera di invito al punto 3 (Elementi di valutazione) riportava pedissequamente (sub 3.1) le ricordate disposizione in ordine ai criteri di valutazione, ai pesi e sub – pesi.

9.1.2. Come precisato dalla giurisprudenza, il confronto a coppie

(altrimenti noto come decreto Karrer) prevede che ogni elemento qualitativo dell'offerta sia oggetto di valutazione attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ogni concorrente sono confrontate a due a due: per ogni coppia di offerte ogni commissario indica l'elemento preferito, attribuendo un punteggio di 1, che esprime parità; 2, che esprime la preferenza minima; 3, per l'ipotesi di preferenza piccola; 4, che contraddistingue una preferenza media; 5, che individua una presenza grande; 6, che indica la preferenza massima (C.d.S., sez. V, 5 febbraio 2007, n. 458).

Il metodo in questione esprime, pertanto, non già una valutazione assoluta, ma piuttosto una valutazione relativa delle offerte, finalizzata ad individuare quella che, in raffronto con le altre appare migliore, non potendosi peraltro applicare un giudizio transitivo (tra le offerte) (C.d.S., sez. IV, 16 febbraio 1998, n. 300); in particolare il confronto a coppie è imperniato su una serie di distinte e autonome valutazioni di ogni offerta con ciascuna delle altre che esprime una valutazione complessiva dell'offerta, rappresentata dalla sommatoria delle preferenze da essa riportate rispetto a quelle conseguite dalle altre offerte, con la conseguenza che la valutazione di ciascun progetto e di ogni offerta è indicata dal totale dei punteggi attribuiti per ogni elemento posto in comparazione (C.d.S., sez. V, 5 luglio 2007, n. 3814; 28 giugno 2002, n. 3586).

E' stato anche sottolineato che, una volta accertata la correttezza

dell'applicazione del metodo del confronto a coppie ovvero quando non ne sia stato accertato l'uso distorto o irrazionale, non c'è spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati ed in particolare sui punteggi attribuiti nel confronto a coppie, che indicano il grado di preferenza riconosciuto ad ogni singola offerta in gara, con l'ulteriore conseguenza che la motivazione delle valutazioni sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze attribuiti ai singoli elementi di valutazione considerati nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte (C.d.S., sez. V, 5 febbraio 2007, n. 458).

L'attribuzione del punteggio secondo il delineato metodo fondato su un'indicazione preferenziale ancorata a indici predeterminati non richiede di per sé alcuna estrinsecazione logico – argomentativa della preferenza, giacché il giudizio valutativo deve ritenersi insito nell'assegnazione delle preferenze, dei coefficienti e di conseguenza del punteggio: quest'ultimo, tuttavia, deve essere considerato sufficiente a motivare gli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa solo quando la *lex specialis* della gara abbia espressamente predefinito specifici, obiettivi e puntuali criteri di valutazione (C.d.S., sez. V, 30 agosto 2005, n. 4423; 4 giugno 2007, n. 2943; 31 agosto 2007, n. 4543; 17 settembre 2008, n. 4439).

9.1.3. Sulla base del delineato substrato fattuale e dei citati precedenti giurisprudenziali, non può condividersi la tesi in virtù della quale i primi giudici hanno ritenuto fondato ed assorbente il secondo

motivo del ricorso principale, con cui era stato denunciato “violazione dell’art. 83, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e dell’art. 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per mancanza assoluta di motivazione. Violazione dei principi di trasparenza, comprensibilità, correttezza e imparzialità dell’azione amministrativa, di cui all’art. 97 della Costituzione e all’art. 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241”.

Infatti, anche a voler prescindere dalla (pur non secondaria) considerazione che il metodo del confronto a coppie costituisce uno strumento, sia pur del tutto peculiare, di individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, previsto direttamente dal legislatore (così che al riguardo alcuna censura può essere appuntata sulla scelta della stazione appaltante di utilizzarlo, trattandosi di una decisione ampiamente discrezionale che impinge nel merito stesso dell’azione amministrativa e che può essere sindacata nel limitato ambito di una sua eventuale macroscopica irragionevolezza, irrazionalità o arbitrarietà, in ragione della specificità dell’oggetto dell’appalto, e che in ogni caso non ricorre), non può dubitarsi che l’obbligo della motivazione nel caso di specie è da considerarsi assolto in quanto, come emerge dagli atti di causa ed in particolare dei verbali della commissione di gara, per tutti i singoli elementi qualitativi di valutazione i singoli commissari hanno espresso la propria preferenza, attribuendo un determinato punteggio nel confronto a coppie (in virtù dell’apposito sistema, proprio di tale

metodo di valutazione, secondo cui 1 indicava la parità, 2 la preferenza minima, 3 la preferenza piccola, 4 la preferenza media, 5 la preferenza grande e 6 la preferenza massima), dalla cui somma è derivato poi il punteggio attribuito ad ogni progetto offerto nell'ambito della griglia di valutazione contenuta nel bando di gara.

Non può pertanto ragionevolmente dubitarsi che, diversamente da quanto prospettato dalle società ricorrenti, Codelfa S.p.A. e Pessina Costruzioni S.p.A., ed erroneamente ritenuto dai primi giudici, le determinazioni della commissione di gara in ordine alla valutazione dei singoli elementi costituenti il progetto – offerta (delle ricorrenti e degli altri concorrenti) erano pienamente intelligibili, sia pur non attraverso lo strumento della motivazione argomentativa, ma attraverso i singoli valori di preferenza espressi da ogni singolo commissario per i singoli elementi di valutazione.

Né può sostenersi che, in tal modo, l'obbligo di motivazione sia stato solo formalmente rispettato, ma nello sostanza eluso, non essendo agevole comprendere le ragioni della preferenza attribuita ai singoli elementi di valutazione in occasione del confronto a coppie, giacché, se questo fosse il senso della censura, essa sarebbe addirittura inammissibile, avendo in sostanza la finalità di sindacare il merito stesso della valutazione operata, sindacato notoriamente inammissibile, salva l'ipotesi della manifesta e macroscopica illogicità, arbitrarietà e irragionevolezza della preferenza accordata (circostanza di cui, a tutto voler concedere non è stata fornita alcuna prova e che,

d'altra parte, non può evidentemente fondarsi sulla personale opinione di superiorità della propria proposta progettuale, nella specie delle ricorrenti in costituendo R.T.I. rispetto a quella dell'aggiudicataria).

9.1.4. Deve ulteriormente evidenziarsi che nel caso di specie la stessa *lex specialis*, come già ricordato in precedenza, aveva stabilito che ai fini della individuazione del progetto – offerta economicamente più conveniente agli elementi qualitativi sarebbe stato attribuito un punteggio massimo fino a 75 punti e a quelli quantitativi un punteggio massimo fino a 25 punti; quanto agli elementi valutativi essi concernevano la proposta tecnico – progettuale (fino ad un massimo di 50 punti), la qualità dei materiali da utilizzare nella realizzazione dell'opera anche in relazione alle modalità e agli oneri di manutenzione (fino ad un massimo di 10 punti), gli interventi e opere di mitigazione/compensazione dell'impatto ambientale e naturalistico delle infrastrutture (diversi e ulteriori rispetto a quelli relativi ai restanti elementi di valutazione (fino ad un massimo di 10 punti) nonché la cantierizzazione, gestione dei cantieri e dei lavori e mitigazione degli impatti correlati (fino ad un massimo di cinque punti); inoltre per quanto riguarda i 50 punti attribuibili per la proposta tecnico – progettuale era prevista un'ulteriore suddivisione per la galleria (massimo 25 punti per le proposte progettuali e realizzative in relazione a: tecnologie realizzative e sistemi costruttivi innovativi in relazione al contesto territoriale attraversato, fino a 10

punti; efficacia sistemi impiantistici ai fini della sicurezza dell'esercizio, fino a 8 punti; soluzioni dirette a ridurre l'impatto ambientale della galleria, ivi incluse proposte di riutilizzazione dei materiali di scavo, fino a 7 punti) e per il viadotto (massimo 25 punti per le proposte progettuali e realizzative in relazione ai seguenti aspetti: strutturali, fino a 13 punti; architettonici/estetici, fino a 12 punti).

La articolazione e la sostanziale completezza di tale griglia di valutazione (ed in particolare degli elementi valutativi considerati) esclude poi che possa predicarsi una illegittimità delle valutazioni operate dalla commissione per la lacunosità, superficialità, inadeguatezza ed inconferenza degli elementi indicati nella predetta griglia, non potendo al riguardo non richiamarsi il condivisibile indirizzo giurisprudenziale secondo cui la scelta da parte dell'amministrazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa è connotata da ampia discrezionalità, ma deve avvenire nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione, dovendo in ogni caso i singoli criteri essere riferiti direttamente ed esclusivamente alle prestazioni che formano oggetto specifico dell'appalto ed essere pertinenti alla natura, all'oggetto ed al contenuto del contratto (C.d.S., sez. V, 11 gennaio 2006, n. 28; 21 novembre 2007, n. 5911; 19 novembre 2009, n. 7259), principi e criteri che nel caso in esame risultano essere stati rispettati.

9.1.5. Da tali osservazioni discende altresì l'infondatezza della pur suggestiva tesi sostenuta dalle ricorrenti in primo grado (sostanzialmente fatta propria dai primi giudici), secondo cui il difetto di motivazione delle valutazioni operate dalla commissione di gara, con particolare riferimento all'elemento di valutazione n. 3 (ma con considerazione in realtà estensibile a tutti gli elementi di valutazione), si fonderebbe sulla stessa genericità dei criteri di valutazione, non essendovene alcun correlato, per esempio, proprio all'elemento della mitigazione ambientale di cui al punto 2.4. delle Linee Guida.

Senonché l'opzione interpretativa propugnata dalle ricorrenti è frutto del fraintendimento della natura delle Linee Guida e della stessa procedura di gara ristretta finalizzata all'affidamento in appalto concorso dei lavori di realizzazione del sistema viario di accessibilità all'Esposizione Universale di Milano 2015.

Le Linee Guida, come del resto si ricava dalla serena lettura del punto 1.1., costituiscono invero i criteri direttivi cui doveva essere improntato il progetto – offerta dei concorrenti, che doveva recepire i contenuti del progetto preliminare posto a base di gara; tali criteri direttivi, proprio in quanto tali, non poteva che indicare gli obiettivi di massima che dovevano ispirare la redazione del progetto – offerta, così che, piuttosto che generici, come impropriamente ed affrettatamente ritenuti dai primi giudici, essi devono essere piuttosto ritenuti elastici, cioè idonei ad indicare la finalità da raggiungere,

lasciando poi ai concorrenti l'onere di specificare in concreto le modalità tecniche più idonee ed adeguate per il loro raggiungimento, nel rispetto delle invarianti e degli altri contenuti del progetto preliminare (il tutto peraltro nella logica propria del sistema di scelta del contraente secondo la procedura dell'appalto – concorso).

In tale ottica deve essere apprezzato il contenuto del punto 2.4 delle Linee Guida, intitolato “Tutela paesaggistico – ambientale”, il cui tenore letterale ben esprime il delineato carattere di criterio direttivo, laddove individua nella “congruità con i valori riconosciuti dai vincoli presenti sull'area di intervento” e nella coerenza agli “obiettivi di adozione di qualità paesistica quale ad esempio adozione di tipologie architettoniche, delle tecniche e dei materiali costruttivi compatibili con i diversi valori riconosciuti e tali da non diminuire il pregio paesistico del territorio” l'essenza delle scelte progettuali e costruttive; significativamente proprio con riguardo alle opere di mitigazione/compensazione degli impatti (ed alle barriere fonoassorbenti) proposte nel progetto preliminare, il criterio in esame lascia liberi i concorrenti di proporre soluzioni alternative migliorative (a condizione, per le opere di mitigazione/compensazione degli impatti, che le combinazioni prescelte siano in grado di assolvere alla funzione di filtro vegetale, sia nei confronti dell'inquinamento acustico, sia nei confronti degli agenti inquinanti atmosferici, e che si inseriscano nel contesto circostante), con l'ulteriore precisazione (caratteristica propria di un

principio guida) che “nessuna delle scelte progettuali dovrà compromettere in maniera irreversibile l’ambiente e l’equilibrio degli ecosistemi”, dovendosi tener conto “...delle influenze dell’opera sui meccanismi di funzionamento di questi ultimi e salvaguardare le caratteristiche di naturalità esistenti, privilegiando l’introduzione di elementi di naturalità e l’utilizzo di tecniche e materiali a basso impatto ambientale e paesaggistico”.

Tali criteri peraltro, diversamente da quanto sostenuto dalle ricorrenti, sono stati effettivamente inseriti tra gli elementi qualitativi di valutazione del progetto – offerta proposto dai candidati, non già in modo generico ed approssimativo, ma con riferimento a singoli specifici elementi di valutazione (1.a Galleria artificiale: 1.a.1 tecnologie realizzative ed elementi costruttivi innovativi in relazione al contesto territoriale attraversato; 1.a.3. soluzioni dirette a ridurre l’impatto ambientale della galleria, ivi incluse proposte di riutilizzo dei materiali di scavo; 1.b. Viadotto: 1.b.2, aspetti architettonici/estetici) e, più in generale, agli interventi e opere di mitigazione/compensazione dell’impatto ambientale e naturalistico delle infrastrutture (diversi ed ulteriori rispetto a quelli relativi ai restanti elementi di valutazione) (elemento 3).

9.2. Le considerazioni svolte, alla cui stregua il secondo motivo del ricorso di primo grado, accolto dai primi giudici, doveva e deve essere invece considerato infondato con conseguente legittimità dell’operato della commissione di gara, determinano la caducazione

delle ulteriori argomentazioni svolte dai primi giudici in ordine alla interpretazione dei profili di valutazione dell'elemento qualitativo dell'offerta oggetto di controversia anche in relazione al conseguente effetto conformativo.

Ciò comporta il venire meno dell'interesse all'esame del secondo motivo dell'appello principale di Infrastrutture Lombarde S.p.A., del terzo motivo dell'appello principale della Regione Lombardia e all'altra parte del quinto motivo dell'appello incidentale di Eureka Consorzio Stabile, restando le relative doglianze assorbite.

10. La delineata infondatezza del secondo motivo del ricorso di primo grado, conseguente all'accoglimento degli esaminati motivi di gravame sub 9.1., impone alla Sezione di esaminare gli ulteriori motivi di censura proposti da Codelfa S.p.A. e da Pessina Costruzioni S.p.A. col ricorso di primo grado, non esaminati in quanto dichiarati assorbiti dai primi giudici, ma espressamente riproposti in sede di gravame (in particolare nell'appello incidentale relativo alla impugnazione n.6772/2011 di Infrastrutture Lombarde e anche con richiamo ad esso relativamente all'impugnazione n.7055/2011 di Regione Lombardia)

Essi, ad avviso della Sezione, sono tuttavia infondati.

10.1. Per quanto attiene invero le censure formulate con il primo motivo (appuntato in special modo nei confronti del provvedimento di aggiudicazione definitiva e gli atti connessi, rubricato "1.Violazione della lex specialis di gara e, segnatamente, del

paragrafo 2.4 delle Linee Guida allegate alla Lettera di invito. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di motivazione e di istruttoria, disparità di trattamento e contraddittorietà. Eccesso di potere per manifesta ingiustizia e sviamento. Violazione dei principi di correttezza, imparzialità e di buon andamento della P.A. di cui all'art. 97 della Costituzione e all'art. 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241”) e con il quarto motivo (appuntato specialmente nei confronti della lex specialis di gara, rubricato “1. Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 2 e 83, commi 1, 2 e 4, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Eccesso di potere per illegittima integrazione del bando di gara con atti successivi. Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A. di cui all'art. 97 della Costituzione e all'art. 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241”) è sufficiente rinviare alle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti in particolare dal par. 9.1 al par. 9.1.5, dovendo solo precisarsi: a) quanto al primo motivo, che non solo non sussiste alcuna violazione del punto 2.4 delle Linee Guida, stante il suo carattere di criterio direttivo come già evidenziato, per quanto la pretesa superiorità del progetto – offerta delle ricorrenti rispetto a quello dell'aggiudicatario è frutto di una mera inammissibile ed infondata opinione strettamente soggettiva, impingendo le valutazioni della commissione di gara nel merito dell'azione amministrativa; b) quanto all'altro motivo, che i criteri, i pesi e sub – pesi concretamente utilizzati dalla commissione di gara per la valutazione delle offerte erano indicati espressamente al punto

VI.3 del bando di gara ed al punto 3.1. della lettera d'invito alla procedura, non avendo al riguardo la commissione di gara svolto alcuna integrazione o modificazione.

10.2. Quanto alla censura spiegata con il terzo motivo del ricorso principale (“Violazione dell’art. 243 – bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in combinato disposto con l’art. 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria. Violazione dei principi di correttezza e di imparzialità dell’azione amministrativa di cui all’art. 97 della Costituzione all’art. 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241”), con la quale in sostanza le ricorrenti hanno lamentato che la stazione appaltante avrebbe superficialmente esaminato l’istanza di riesame del provvedimento di aggiudicazione, rigettando con motivazione incongrua ed inconferente, priva della necessaria attività istruttoria, è appena il caso di rilevare che il mancato esercizio del potere di autotutela (cui tendeva l’istanza) ed il conseguente rigetto dell’istanza ex art. 243 bis del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, diversamente da quanto sostenuto dalle ricorrenti, è puntualmente motivato in relazione a tutti i singoli profili di asserita illegittimità del procedimento di valutazione dei progetti – offerta in gara e del provvedimento di aggiudicazione, essendo l’espressione “di non accogliere le richieste contenute nell’informativa Codelfa e di non intervenire in autotutela” una semplice formula finale e sintetica della volontà di respingere l’istanza, dopo aver partitamente esaminato le ragioni della richiesta.

Peraltro tutte le questioni prospettate con l'istanza di autotutela sono state riproposte nel corso del giudizio di primo grado e nel presente giudizio di appello, risultando conclusivamente tutte infondate.

11. L'accoglimento, per quanto di ragione, degli appelli principali di Infrastrutture Lombarde S.p.A. e della Regione Lombardia ed in parte dell'appello incidentale di Eureka Consorzio Stabile (limitatamente al quinto motivo) e l'infondatezza dei motivi del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado proposto da Codelfa S.p.A. e Pessina Costruzioni S.p.A., dichiarati assorbiti dalla decisione di primo grado, riproposti, esaminati e disattesi sub 10) rende improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ogni ulteriore istanza contenuta nell'appello incidentale pure proposto dalle predette società Codelfa S.p.A., nella dichiarata qualità in epigrafe, e Pessina Costruzioni S.p.A..

12. In conclusione, assorbita ogni ulteriore questione, alla stregua delle osservazioni svolte, riuniti gli appelli principali, deve essere in parte respinto l'appello incidentale spiegato da Eureka Consorzio Stabile; per quanto di ragione devono essere accolti gli appelli principali di Infrastrutture Lombarde S.p.A. e della Regione Lombardia e deve essere altresì accolto in parte l'appello incidentale di Eureka Consorzio Stabile; deve essere in parte respinto ed in parte deve essere dichiarato improcedibile per carenza di interesse l'appello incidentale spiegato da Codelfa S.p.A. e da Pessina Costruzioni S.p.A.; per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata,

deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado da Codelfa S.p.A. e Pessina Costruzioni S.p.A.

Può disporsi la integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli principali segnati in epigrafe e sugli appelli incidentali spiegati nel ricorso NRG. 6772/2011 da Eureka Consorzio Stabile e da Codelfa S.p.A. e Pessina Costruzioni S.p.A., così provvede:

- riunisce gli appelli;
- respinge in parte l'appello incidentale spiegato da Eureka Consorzio Stabile;
- per quanto di ragione accoglie gli appelli principali di Infrastrutture Lombarde S.p.A. e della Regione Lombardia e accoglie in parte l'appello incidentale di Eureka Consorzio Stabile;
- in parte respinge ed in parte dichiara improcedibile per carenza di interesse l'appello incidentale spiegato da Codelfa S.p.A. e da Pessina Costruzioni S.p.A.;
- per l'effetto, in parziale riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado da Codelfa S.p.a. e Pessina Costruzioni S.p.A.;
- dichiara interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Francesca Quadri, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2012

IL SEGRETARIO

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