



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3436 del 2013, proposto da: Doppelmayr Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Coli, Claudio Guccione, con domicilio eletto presso Associati P&I Guccione in Roma, corso D'Italia, n. 45;

contro

Pisamo Azienda per la Mobilità, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Toscano, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n.18; Leitner S.p.a., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo A.t.i., rappresentato e difeso dagli avvocati Cecilia Martelli, Andrea Guarino con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, piazza Borghese, n. 3; Ati-Inso S.p.a., Ati-Agudio S.p.a., Ati-Società Italiana Per Condotte D'Acqua S.p.a., Pisamover S.r.l. non costituiti;

nei confronti di

Comune di Pisa, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gloria Lazzeri, Giuseppina Gigliotti, Susanna Caponi, con domicilio eletto presso Benito Panariti in Roma, via Celimontana, n. 38; Regione Toscana, in persona del Presidente in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Lucia Bora, Nicola Gentini, con domicilio eletto presso Marcello Cecchetti in Roma, via Antonio Mordini, n. 14;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE, SEZIONE I, n. 409/2013, resa tra le parti, concernente affidamento progettazione sistema di collegamento tra l'aeroporto Galileo Galilei e la stazione ferroviaria di Pisa centrale – risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Pisamo Azienda per la Mobilità e di Leitner S.p.a. in proprio e quale Capogruppo A.t.i., del Comune di Pisa e della Regione Toscana;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Claudio Guccione, Giuseppe Toscano, Andrea Guarino, Marcello Cecchetti, su delega dell'avvocato Lucia Bora e, nella fase preliminare, l'avvocato Benito Panariti, su delega degli avvocati Giuseppina Gigliotti e Gloria Lazzeri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Doppelmayr Italia S.r.l. proponeva ricorso dinanzi al TAR per la Toscana, dolendosi di numerose illegittimità riscontrate nel corso della procedura aperta per

l'affidamento della concessione di lavori pubblici avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva, la costruzione e la successiva gestione dell'intervento da un sistema di collegamento (people mover) tra l'aeroporto Galileo Galilei di Pisa e la stazione ferroviaria di Pisa centrale, parcheggi scambiatori e viabilità di connessione (cup: h51d09000030003, cig: 3401375770). In ragione di ciò invocava attraverso ricorso principale e successivi ricorsi per motivi aggiunti: a) l'annullamento dell'ammissione del R.T.I. Leitner s.p.a. - Condotte S.p.a. - Inso S.p.a. - Agudio S.p.a., del provvedimento di aggiudicazione provvisoria a favore di quest'ultimo, dei verbali formati dalla Commissione di gara e comunque degli atti tutti forniti dalla Commissione di gara e dall'Amministratore unico di PISAMO, di approvazione della graduatoria finale, del provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore dell'originario controinteressato, del provvedimento in data 11 aprile 2012 prot. 489 mediante il quale il Responsabile unico del procedimento nella procedura aperta di cui sopra aveva ritenuto di non accogliere i motivi prospettati dal costituendo R.t.i. Doppelmayr Italia S.r.l. - C.C.C.- C.T.C. tramite informativa proposta ai sensi dell'art. 243-*bis* del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; b) la declaratoria di inefficacia del contratto intervenuto tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario; c) il subentro nel contratto, previa esclusione dell'aggiudicatario e affidamento a proprio favore o la declaratoria dell'obbligo di rinnovare la gara; d) in subordine, il risarcimento del danno per equivalente.

2. Il Giudice di prime cure, in stretta applicazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria, n. 4/2001, valutata la fondatezza di due censure escludenti accoglieva il ricorso incidentale proposto dall'originario controinteressato, e per l'effetto dichiarava inammissibile il ricorso principale spiegato dall'odierno appellante.

2.1. In particolare, il TAR riteneva meritevole di apprezzamento: a) la censura contenuta nel ricorso incidentale in ordine alla violazione del termine di entrata in

esercizio da parte dell'originario ricorrente; b) la censura inerente la violazione dell'art. 15, comma 12, del Regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici.

3. Propone appello Doppelmayr Italia S.r.l., sostenendo:

I) l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha esaminato il ricorso incidentale prima di quello principale e non ha valutato quest'ultimo. L'appellante sostiene l'ingiustizia di una soluzione che finisce per premiare sul piano processuale un soggetto solo per gli sviluppi della procedura di gara che lo vedono aggiudicatario, non dando soddisfazione all'interesse del ricorrente alla rinnovazione della gara. Secondo l'appellante occorre distinguere la tipologia di censure portate con il ricorso di primo grado, sostenendo, in particolare, che il giudice amministrativo debba serbare un differente approccio a seconda che le doglianze riguardino i requisiti di ammissione ovvero siano precedenti all'attribuzione dei punteggi, dal caso invece che riguardino lo svolgimento della gara.

Inoltre, la regola dell'annullamento con portata retroattiva non sarebbe più intesa in senso così stringente da non poter essere derogata. Il ricorrente principale, quindi, sarebbe in posizione indifferenziata in relazione allo svolgimento della gara, ma manterrebbe una posizione differenziata in relazione alla fase precedente, con necessità di esaminare le censure inerenti l'illegittima ammissione del ricorrente incidentale e quelle con le quali si mira a soddisfare l'interesse strumentale alla ripetizione della gara. Le conclusioni raggiunte dall'Adunanza Plenaria n. 4/11, sarebbero, quindi, errate in ordine alla valutazione delle condizioni dell'azione, atteso che la presenza dell'interesse ad agire andrebbe accertata al tempo della proposizione dell'azione e al tempo della decisione, non potendo rilevare nelle more se non in caso di nuovi fatti sopravvenuti. Pertanto, nella fattispecie andrebbero esaminati sia il ricorso principale che quello incidentale.

Esatte le suddette premesse l'appellante chiede che la questione possa essere oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE, considerato che l'impostazione seguita dalla pronuncia n. 4/2011 dell'Adunanza Plenaria consente all'amministrazione che ammetta illegittimamente l'aggiudicatario di assicurargli un indebito vantaggio processuale, sicché, almeno nelle gare con due concorrenti come quella in contestazione, occorrerebbe ritornare alle conclusioni raggiunte dalla sentenza n. 11/2008 dell'Adunanza Plenaria.

II) La tardività del ricorso per motivi aggiunti del 10 agosto e del 31 agosto 2012 del ricorrente incidentale. Il TAR, infatti, avrebbe erroneamente valutato la tardività dei motivi aggiunti del 26 giugno e del 10 agosto 2012, invece che la tardività dei motivi aggiunti dell'10 agosto e del 31 agosto 2012. Sicché, il Giudice di prime cure non si sarebbe pronunciato sull'eccezione di tardività dei motivi aggiunti del 31 agosto 2012. Erronee, invece, sarebbero le conclusioni del primo Giudice sul ricorso per motivi aggiunto del 10 agosto 2012, considerato che l'accesso agli atti della Leitner è del 26 giugno, quindi, il termine per proporre motivi aggiunti sarebbe scaduto il 26 luglio. Errando, il TAR avrebbe, invece, individuato quale *dies a quo* quello della notifica del ricorso per motivi aggiunti della ricorrente avvenuta in data 19 luglio 2012, con il quale veniva impugnata dalla stessa ricorrente principale l'aggiudicazione definitiva. Irrilevante sarebbe che con il ricorso per motivi aggiunti l'appellante abbia impugnato l'aggiudicazione definitiva, perché come chiarito dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2613/2012 il *thema decidendi* cui deve reagire il ricorrente incidentale è delimitato in relazione all'aggiudicazione provvisoria per ciò che concerne la serie procedimentale che la precede, sicché al ricorso per motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva il ricorrente incidentale potrebbe ribattere solo facendo valere quei vizi che riguardano la fase procedimentale successiva all'aggiudicazione provvisoria.

III) L'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che l'offerta dell'appellante comportasse una violazione del termine di entrata in esercizio. Il primo Giudice non avrebbe colto che la data dell'1 gennaio 2016 è indicata nella relazione al piano economico finanziario, ma ciò non violerebbe il disciplinare di gara, poiché l'appellante si sarebbe limitata a calcolare i proventi considerando che l'opera sarebbe stata ultimata e collaudata entro il 31 dicembre 2015, per evitare di far partire da quest'ultima data il computo in quanto il calcolo in genere ha base annuale. Ciò che rileverebbe, invece, è il cronoprogramma contenuto nell'offerta tecnica in cui si prevede la conclusione di ogni attività e la messa in esercizio entro il 31 dicembre 2015. Inoltre, se il collaudo deve intervenire entro il 31 dicembre 2015 non si potrebbe richiedere che nel medesimo termine sia operativa l'opera. Anche diversamente opinando non si potrebbe giungere ad escludere l'appellante, atteso che l'errore sarebbe da imputare all'ambiguità del disciplinare di gara che utilizza il 31 dicembre 2015 per fare riferimento anche al collaudo. Anche se così non fosse l'amministrazione non avrebbe potuto adottare un provvedimento di esclusione per la levità della violazione, in considerazione anche dell'assenza di una norma del Regolamento CE 1260/1999 che imponga l'operatività delle opere finanziate entro il 31 dicembre 2015.

IV) L'erroneità della sentenza laddove ha riscontrato la violazione dell'art. 15, comma 12, d.P.R. n. 207/2010. Né il disciplinare di gara, né il suo allegato 2, prevedrebbero che il concorrente predisponesse o presentasse un progetto preliminare, né richiamerebbero le norme sui progetti per la presentazione dell'offerta tecnico organizzativa. Pertanto, sarebbe sufficiente la sottoscrizione dei legali rappresentanti delle società. Anche diversamente opinando sarebbe sufficiente la firma dell'architetto Salvatore Re, responsabile legale e direttore della Leonardo S.r.l., mentre non poteva ritenersi necessaria la firma di un ingegnere, stante l'assenza di una simile indicazione nel bando di gara. Del resto anche il

progetto preliminare fornito dalla stazione appaltante non risulterebbe firmato da professionisti.

3.1. Sulla scorta delle doglianze sopra riportate l'appellante ripropone le censure non esaminate dal TAR:

a) Violazione degli artt. 37 e 142 d.lgs. n. 163/2006; degli artt. 92 e 93 d.P.R. n. 207/2010 e dell'art. 9 del bando di gara, per mancata corrispondenza quote di partecipazione al R.t.i. e quote di esecuzione lavori.

b) Violazione degli artt. 49, 53 e 90 d.lgs. n. 163/2006; dell'art. 92, comma 6, d.P.R. n. 207/2010; e dell'art. 3 del bando di gara, per illegittimo uso avvalimento. R.t.i. Leitner avrebbe indicato un raggruppamento di progettisti esterni, uno dei quali, però, sprovvisto dei requisiti ha dichiarato di volersi avvalere di altro progettista, mentre una simile facoltà sarebbe assegnata solo al concorrente e non al progettista indicato ex art. 49, d.lgs. n. 163/2006.

c) Quand'anche volesse ritenersi ammissibile tale meccanismo mancherebbe la dichiarazione sottoscritta dell'impresa ausiliaria Polistudio AES di obbligo a favore di PISAMO.

d) Violazione dell'art. 49, d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 88, d.P.R. n. 207/2010 per aver prodotto un contratto di avvalimento privo dei requisiti, mancando l'indicazione dei mezzi e delle risorse, perché avvalimento extragrappo. La stazione appaltante avrebbe utilizzato indebitamente il soccorso istruttorio consentendo di depositare un valido contratto di avvalimento all'A.t.i. Leitner in violazione dell'art. 46, d.lgs. n. 163/2006.

e) Violazione degli artt. 90 co. 1 lett. f), g) e h); 36, co. 1, 4 e 5; 37 co. 4 d.lgs. n. 163/2006, perché Tecnion sarebbe un consorzio strumentale e non un operatore economico, né un consorzio stabile, quindi avrebbe dovuto indicare le singole parti dei lavori che sarebbero state realizzate dalle diverse consorziate.

- f) Violazione dell'art. 90 comma 1 lett. f), h) e comma 2 lett. b) d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 7 del disciplinare di gara, essendo stato indicato un raggruppamento di progettisti inidoneo in quanto comprendente un soggetto non ammesso quale progettista alla procedura di gara, ossia la AGUDIO che non sarebbe una società di ingegneria, ma un semplice costruttore e commerciante di cabine.
- g) Violazione del punto 1 del disciplinare. R.t.i. Leitner avrebbe indebitamente ottenuto 10 punti per aver previsto quale riduzione del contributo in conto di gestione della Regione Toscana un ammontare superiore all'importo massimo previsto dal disciplinare di gara.
- h) Violazione degli artt. 32 comma 1, lett. b), 142 e 146 d.lgs. n. 163/2006; dell'art. 116 d.P.R. n. 207/2010; del punto II.2.2. del bando e del punto 4 lett. b) del disciplinare. L'A.t.i. Leitner non avrebbe assunto l'obbligo di affidare a terzi nemmeno una parte minima dei lavori.
- i) L'offerta economica di Leitner sarebbe difforme dalla lex specialis. Infatti, con un TIR (tasso interno di rendimento) fissato dal disciplinare di gara all'8% ha offerto un TIR di progetto di 7,61%, la Commissione invece di escluderla le avrebbe assegnato un punteggio di 0. Ciò spiegherebbe, perché abbia vinto la gara in quanto non attenendosi all'8% di TIR ha potuto mantenere bassi anche gli altri parametri economici oggetto di valutazione.
- l) Violazione dell'art. 263 comma 2 e comma 1 lett. b) e c) del d.P.R. n. 207/2010. Difetto di dimostrazione per i progettisti di aver svolto nel decennio precedente due servizi di punta nella misura dell'80% di quello indicato in tabella e servizi di progettazione nella misura del doppio di quello indicato in tabella. Con riferimento ai servizi la D'Appolonia S.p.a. non avrebbe depositato l'attestazione di buona e regolare esecuzione.

- m) Violazione degli artt. 1, comma 1 lett. f), 19, 46 e 47, del d.P.R., n. 445/200. Difetto di dimostrazione della Leitner del possesso dei requisiti di punta per invalidità dell'autocertificazione utilizzata per atti relativi a soggetti privati.
- n) Violazione del disciplinare di gara per avere l'appellata prodotto un'offerta tecnica non conforme, ottenendo altresì irragionevolmente l'attribuzione del punteggio di 5 per la voce "convenzione di concessione" e l'attribuzione di 5 punti per la voce impatto ambientale sul quartiere S. Giusto – S. Marco in ragione del tracciato che prevede lo attraversi.
- o) Illegittimità del provvedimento del RUP di diniego sul preavviso di ricorso.
- p) Violazione dell'art. 38 comma 1 lett. c) e comma 3, d.lgs. n. 163/2006. Numerosi componenti (Cossi Renato, Battistini Claudio, Chiavarini Patrizio) del R.t.i. aggiudicatario avrebbero condanne per fattispecie di reato ostative alla concessione dell'affidamento.
- q) Violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) e g), d.lgs. n. 163/2006, risultando condanne oggetto di indulto a carico di Seeber Michael, Tommasini Pierpaolo, Savioli Carlo.
- r) Violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) e co. 2 d.lgs. n. 163/2006; e dell'art. 75 d..R. n. 445/2000. Le dichiarazioni di Cossi Renato e Chiavarini Patrizio sarebbero viziate, quella del primo perché non avrebbe dichiarato le condanne, quella del secondo perché non si farebbe riferimento al fatto che la pena della reclusione è stata sostituita con quella della multa.
- s) Violazione degli artt. 11 comma 8 e 38 comma 1, d.lgs. n. 163/2006. Perché il contratto sarebbe stato stipulato senza operare la verifica dei requisiti di partecipazione ed in assenza di aggiudicazione definitiva.
- t) Violazione dell'art. 38 comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006; dell'art. 3, l. 241/90. Mancherebbe una valutazione di rilevanza sulle condanne da parte della stazione appaltante.

u) Violazione dell'art. 4, comma 22, d.l. 138/2011, atteso che al RUP sarebbe inibito l'assunzione del ruolo di presidente della commissione di gara.

v) Violazione dell'art. 84 comma 2, d.lgs. n. 163/2006; dell'art. 10 comma 1, lett. i) d.P.R. n. 207/2010. Organo competente a scegliere la commissione di gara è l'amministratore unico, mentre nella fattispecie è stata nominata dal RUP.

z) Violazione dell'art. 84 comma 10, d.lgs. n. 163/2006; dell'art. 120 comma 5, d.P.R. n. 207/2010. In caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la nomina dei commissari dovrebbe avvenire dopo la presentazione delle offerte. Mentre nella fattispecie la scadenza per la presentazione delle offerte sarebbe stata fissata alle 12.00 del 16 gennaio 2012, mentre la nomina dei commissari sarebbe della stessa data, ma non si specificherebbe che sia avvenuta in orario successivo alle 12.00. Le dichiarazioni di accettazione non indicherebbero assenza di profili di incompatibilità.

4. In data 18 maggio 2013 si costituisce in giudizio Leitner S.p.a.

5. In data 20 maggio 2013 si costituisce in giudizio PISAMO Azienda per la Mobilità

6. In data 27 maggio 2013 si costituisce in giudizio il Comune di Pisa.

7. In data 4 giugno 2013 si costituisce in giudizio la Regione Toscana.

8. In data 7 giugno 2013 Leitner S.p.a. notifica appello incidentale con il quale si duole dell'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto fondati anche gli altri motivi del ricorso incidentale proposto dalla stessa in prime cure e reitera i motivi dichiarati assorbiti dal primo Giudice.

8.1. In particolare, quanto ai primi contesta la sentenza oggetto dell'odierno gravame, perché non ha affermato che il R.t.i., di cui Doppelmayr Italia S.r.l. è capogruppo, avrebbe dovuto essere escluso, in quanto: a) il Consorzio Toscano Costruzioni avrebbe partecipato al R.t.i. appellante con una percentuale del 4% in violazione dell'art. 92, comma 2, d.P.R., n. 207/2010, che prevede simmetria tra

quote di partecipazione ed esecuzione, nonché un limite del 10%. Il TAR ha, invece, ritenuto che si dovesse applicare l'art. 95, comma 4, d.P.R., n. 207/2010, che non si occupa della quota di partecipazione, ma della qualificazione e, comunque, prevede il limite del 10%. Il citato art. 95, inoltre, sarebbe norma speciale, che si applica solo alle concessioni e non alla finanza di progetto. Nella fattispecie, infatti, non si tratterebbe di una concessione di lavori, ma di una concessione di realizzazione e gestione, nella quale il profilo gestionale assumerebbe aspetto prevalente; b) le offerte peggiorative degli elementi a base d'asta sarebbero dovute essere escluse dalla gara, quindi, anche quella dell'appellante, che ha proposto un TIR (tasso di rendimento interno) dell'8,18% peggiorativo rispetto a quello dell'8% posto a base d'asta; c) il Sig.Conforti esponente del CTC membro del R.T.I. appellante avrebbe dovuto rendere la dichiarazione ex art. 38, d.lgs. n. 163/2006, perché, pur non essendo amministratore, può agire in nome e per conto della società. Inoltre, il Conforti sarebbe membro del Consiglio di sorveglianza della società, che è l'organo di amministrazione, quindi, è amministratore. La delega del Conforti sarebbe, infatti, alla supervisione ed al coordinamento, quindi avrebbe carattere operativo; d) avrebbe dovuto rendere la dichiarazione anche la Sig.ra De Lorenzi che è direttore tecnico di Archeologia, mandante del R.t.i. appellante; e) vi sarebbe violazione dell'art. 90, comma 7, del d.lgs., n. 163/2006 e dell'art. 253, comma 5, d.P.R. n. 207/2010, perché non risulterebbe rispettata la prescrizione di far partecipare un professionista iscritto all'albo da meno di cinque anni. Questi, infatti, sarebbe iscritto all'albo degli ingegneri dal 15 gennaio 2007, quindi, alla data di scadenza della presentazione delle offerte 16/1/2012 da più di cinque anni, poiché si tratta di un requisito di partecipazione che deve essere posseduto prima della scadenza della domanda si applicherebbe l'art 253, comma 5, d.P.R. n. 207/2010 e non l'allegato L; f) l'offerta dell'appellante sarebbe irricevibile, perché difetterebbe di un

elemento essenziale essendo il TIR di progetto calcolato secondo modalità differenti da quelle previste nella *lex specialis*; g) l'appellante non avrebbe esplicitato le modalità di calcolo dei prezzi anche se si è discostato dai prezzi indicati nel progetto preliminare, così violando l'art. 32, comma 2, d.P.R. n. 207/2010; h) l'appellante avrebbe modificato nell'offerta tecnica alcuni elementi che secondo l'allegato 2 del disciplinare di gara non potevano essere modificati (numero di stazioni, passerella di sicurezza, area di manutenzione, lunghezza del tracciato). Il progetto preliminare dell'appellante non terrebbe conto delle varianti. In particolare, nell'area di manutenzione non ci sarebbero accessi alla rete, come risulta dalla circostanza che le due cabine Enel sarebbero collocate al di fuori; i) l'appellante, pur avendo proposto numerose varianti migliorative non avrebbe modificato gli elaborati in violazione di quanto disposto a pag. 20 del disciplinare di gara e dall'art. 15 comma 3 del d.P.R. n. 207/2010.

8.2. Nell'appello incidentale Leitner S.p.a. fa notare che l'appellante ha opposto che l'appellata non avrebbe prodotto validi certificati, poiché ha depositato certificati provenienti da privati non contenenti la dicitura di buona esecuzione delle opere, ma non avrebbe interesse a questa censura visto che si troverebbe nella stessa situazione.

8.3. L'appellante incidentale, infine, ripropone i motivi di ricorso non aventi carattere escludente che non sono stati esaminati dal TAR: I) il punteggio assegnato per il TIR (5 punti) a favore dell'appellante sarebbe errato, perché in violazione dell'allegato G del d.P.R. n. 207/2010 lett. b), relativo al calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il metodo aggregativo compensatore, che prevede l'attribuzione di un coefficiente uno per ogni elemento conveniente, pur non essendo nella fattispecie tale. Anche l'offerta economica dell'appellante sarebbe stata valutata male; II) l'offerta dell'appellante avrebbe meritato un punteggio inferiore quanto all'elemento di valutazione 3.03 sicurezza

di esercizio al 3.01 programma delle manutenzioni (manca un piano delle manutenzioni). Inoltre vi sarebbe un solo gruppo elettrogeno; III) il contributo in conto gestione indicato dall'appellante supererebbe il limite massimo di 833.333,00 fissato dalla disciplina di gara.

9. Con successiva memoria l'appellante principale, oltre ad analizzare i rapporti tra ricorso principale e rapporto incidentale, supportando la tesi del necessario scrutinio delle doglianze contenute nel primo, contraddice gli argomenti contenuti nell'appello incidentale. A tal fine fa notare che: A) si applicherebbe l'art. 95, comma 4, d.P.R. n. 207/2010, i componenti del R.t.i. appellante dovrebbero possedere requisiti di qualificazione nella misura minima del 10%, ma non anche partecipare al R.t.i. nella stessa misura. Anche se fosse applicabile l'art. 92, la regola ivi contenuta varrebbe solo per il R.t.i. orizzontale, mentre l'appellante è R.t.i. verticale, quindi varrebbe l'art. 92, comma 3, d.P.R., n. 207/2010; B) quanto al TIR di progetto lo stesso sarebbe migliorativo e non peggiorativo. Al contrario, sarebbe scorretto il TIR dell'appellata, come testimoniato dal disciplinare di gara. Anche in presenza di un TIR superiore all'8% va calcolato che la base d'asta è riferita al TIR del progetto in relazione al quale la stazione appaltante deve assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti. Secondo l'amministrazione il TIR di progetto doveva attestarsi attorno al 9,15% con un valore limite dell'8% al di sotto del quale opererebbe il "tasso di rifiuto" (ossia sottocosto); C) il Sig. Conforti, non avrebbe dovuto prestare alcuna dichiarazione ex art. 38, d.lgs. n. 163/2006, perché privo di poteri di rappresentanza; D) del pari nessuna dichiarazione ex art. 38, d.lgs. n. 163/2006, avrebbe dovuto prestare la Sig.ra De Lorenzi, non avendo la qualità di Direttore tecnico, come risulta dalla visura societaria; E) quanto al requisito relativo a giovane progettista, l'unica data da tenere in considerazione per il computo dei 5 anni di abilitazione sarebbe quella della pubblicazione del bando di gara come testimonierebbe l'allegato L del d.P.R.

n. 207/2010. Al contrario, non si potrebbe fare riferimento alla data di scadenza della domanda, perché in questo modo si restringerebbe la platea dei potenziali fruitori. Comunque, non sarebbe un requisito richiesto ai fini di partecipazione alla gara in assenza dei presupposti previsti dall'art. 90, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, che prevedrebbe una promozione della presenza di giovani professionisti, che deve però essere recepita nella *lex specialis* cosa che in concreto non sarebbe avvenuta. In ogni caso non sarebbe una previsione accompagnata da una comminatoria di esclusione. Inoltre, l'art. 90, comma 7, si riferirebbe ai bandi relativi ad incarichi di progettazione, concorsi di progettazione, concorsi di idee, ma nella fattispecie si sarebbe al di fuori di queste ipotesi; F) sull'indicazione di un TIR di progetto diverso da quello descritto dal disciplinare di gara, la censura sarebbe generica e, comunque, il TIR sarebbe stato calcolato sulla base del Piano Economico Finanziario (PEF), applicando puntualmente le prescrizioni contenute nel disciplinare di gara. Mentre l'assunto di controparte circa i benefici fiscali degli interessi passivi non troverebbe riscontro nel disciplinare di gara; G) Quanto all'omessa esplicitazione dei nuovi prezzi, ai sensi dell'art. 32, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 e del disciplinare di gara, non vi sarebbe l'onere di esplicitare l'analisi dei prezzi, ma solo di inserire l'elenco dei prezzi determinato all'esito dell'analisi; H) in ordine alle modifiche ad elementi progettuali invariabili: h1) per le stazioni il disciplinare ne prevedrebbe tre con una quarta di futura realizzazione; h2) per l'area di manutenzione l'appellante non ne prevedrebbe la soppressione, ma l'accorpamento con la stazione parcheggi scambiatori; h3) circa la passerella ferme restando le indicazioni del disciplinare sarebbe stata prevista una miglioria in termini di sicurezza; h4) quanto all'area di manutenzione, la posizione definitiva sarebbe stata concordata con la stazione appaltante in sede di esecuzione; h5) quanto alla lunghezza sarebbe indicata in metri come quella dell'appellata; I) in relazione alle denunciate carenze documentali, la *lex specialis* non prevedrebbe che il

concorrente sia tenuto a presentare un progetto preliminare completo rielaborando il progetto preliminare posto a base di gara sulla scorta delle varianti migliorative. Per questo l'appellante avrebbe presentato elaborati progettuali relativi alle sole varianti migliorative. Insussistenti sarebbero anche le ulteriori carenze progettuali denunciate dall'appellata; L) sulla mancata dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica dei progettisti, i certificati prodotti sarebbero regolari; M) in merito alle censure riproposte dall'appellata, quelle inerenti la valutazione dei punteggi non presenterebbero vizi macroscopici. Circa il punteggio per il TIR di progetto questo non sarebbe peggiorativo come chiarito sopra, circa il punteggio assegnato per l'offerta tecnica non vi sarebbe alcuna irragionevolezza.

10. Nelle proprie difese la Regione esclude la presenza di illegittimità quanto alla composizione della commissione di gara per presunto contrasto con l'art. 4, comma 22, l. 138/2011, facendo presente che Corte cost., n. 199/2012 ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, e per ciò che attiene i tempi di nomina della commissione, l'art. 84 comma 10, d.lgs. 163/2006 non risulterebbe violato.

11. Nella successiva memoria Leitner, evidenzia che: 1) sulla intempestività dei motivi aggiunti Leitner del 10 agosto 2012 e del 31 agosto 2012, contenenti censure avverso l'offerta dell'appellante che secondo Dopplemayer sarebbero dovuti essere notificati entro 30 giorni decorrenti dal 26 giugno 2013, data in cui Leitner ha avuto accesso all'offerta di Dopplemayer. L'eccezione non sarebbe fondata, perché il ricorso per motivi aggiunti sarebbe stato notificato entro 30 giorni dalla notificazione dell'impugnazione avverso l'aggiudicazione definitiva avvenuta il 19 luglio 2012. Tanto in ragione del fatto che solo l'impugnazione avverso l'aggiudicazione definitiva appare doverosa, essendo facoltativa e non sufficiente quella contro l'aggiudicazione provvisoria. Solo con l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva da parte di Dopplemayer sorge l'interesse all'impugnazione dell'offerta di quest'ultima da parte di Leitner (mi sembra corretta

come ricostruzione); 2) sui motivi di ricorso incidentale accolti dal TAR: a) reitera l'argomento accolto dal primo giudice sull'erronea indicazione del termine di entrata in esercizio del 31 dicembre 2015, mentre Dopplemayer ha indicato il 1 gennaio 2016. Inoltre, evidenzia che Dopplemayer non avrebbe impugnato tale previsione del disciplinare di gara; b) sarebbe corretta la sentenza nel rilevare la violazione dell'art. 15 d.p.r. 207/2010, non essendo stata l'offerta tecnica sottoscritta dai progettisti responsabili; 3) sui motivi riproposti da Dopplemayer fa notare che: a) in ordine alla violazione degli artt. 37 e 142, d.lgs. 163/2006; degli artt. 92 e 93, d.P.R. n. 207/2010; e dell'art. 9 bando di gara, per mancata corrispondenza quote di partecipazione al R.t.i. e quote di esecuzione lavori, la doglianza sarebbe frutto di fraintendimento, perché non distinguerebbe tra raggruppamento concessionario per il quale la corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione non sarebbe richiesta dall'art. 95 d.p.r. 207/2010 e raggruppamento che eseguirà i lavori dell'appalto; b) in merito all'asserita violazione degli artt. 49, 53 e 90 d.lgs. 163/2006; dell'art. 92 comma 6, d.P.R. n. 207/2010; e dell'art. 3 bando di gara, per illegittimo uso avvalimento, R.t.i. Leitner avrebbe indicato un raggruppamento di progettisti esterni, uno dei quali però sprovvisto dei requisiti ha dichiarato di volersi avvalere di altro progettista perché ciò è consentito solo al concorrente non al progettista indicato ex art. 49 d.lgs. 163/2006, l'avvalimento si applicherebbe non ai soli concorrenti, ma a tutti gli operatori economici, tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in sede di gara, in questi termini dovrebbe essere letto l'art. 92 comma 6, d.P.R. 207/2010, che specifica che il progettista indicato deve essere in grado di dimostrare i requisiti previsti dal bando per i progettisti; c) in ordine all'assenza della dichiarazione sottoscritta dell'impresa ausiliaria Polistudio AES di obbligo a favore di PISAMO, ed alla violazione dell'art. 49 d.lgs. 163/2006 e dell'art. 88 d.P.R. 207/2010, per aver prodotto un contratto di avvalimento privo dei requisiti,

mancando l'indicazione dei mezzi e delle risorse perché avvalimento extragruppo. La stazione appaltante avrebbe utilizzato indebitamente il soccorso istruttorio consentendo di depositare un valido contratto di avvalimento all'ATI Leitner in violazione art 46 d.lgs. 163/2006, l'avvalimento è un istituto generale che deve adattarsi alle differenti fattispecie nelle quali può essere utilizzato, nella presente non avrebbe avuto alcun senso che la POLISTUDIO assumesse nei confronti della stazione appaltante la stessa responsabilità del R.t.i., atteso che il soggetto avvalente è il professionista incaricato e non l'R.t.i. concorrente. Inoltre non vi sarebbe bisogno di depositare alcuna documentazione contrattuale perché la Polistudio è parte della Tecnion e si sarebbe, quindi, in presenza di un avvalimento infragruppo, che ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. g d.lgs. 163/2006, imporrebbe obblighi meno stringenti. In ogni caso sarebbe sufficiente la documentazione offerta alla stazione appaltante da R.t.i. Leitner secondo la quale Polistudio metterebbe a disposizione di Tecnion requisiti e risorse necessarie per l'esecuzione. Quindi la successiva richiesta della commissione varrebbe come mera integrazione documentale ai sensi dell'art. 46 d.lgs. 163/2006; d) in merito alla presunta violazione dell'art. 90 comma 1 lett. f), g) e h); dell'art. 36, commi 1, 4 e 5; e dell'art. 37 comma 4, d.lgs. 163/2006, perché Tecnion è un consorzio strumentale e non un operatore economico né un consorzio stabile, quindi avrebbe dovuto indicare le singole parti dei lavori che sarebbero state realizzate dalle diverse consorziate e dell'art. 90 comma 1 lett. f), h) e comma 2 lett. b), d.lgs. 163/2006; dell'art. 7 disciplinare di gara, è stato indicato un raggruppamento di progettisti inidoneo in quanto comprendente un soggetto non ammesso quale progettista alla procedura di gara, ossia la AGUDIO che non è una società di ingegneria, ma un semplice costruttore e commerciante di cabine, la Tecnion è una società consortile iscritta come società di ingegneria presso il sito dell'AVCP, in possesso dei requisiti di progettazione di cui all'art. 252 d.P.R. 207/2010, inoltre tutte le dichiarazioni

allegate all'offerta sono state sottoscritte dal Presidente del Consiglio di amministrazione ing. Vestrucci legale rappresentante, per quanto riguarda le società Agudio e Leitner sono entrambe in possesso dell'attestazione SOA per la progettazione, è, quindi, irrilevante che non siano società di progettazione. Infatti, lo stesso disciplinare di gara ammette che il concorrente in possesso dell'attestazione Soa di esecuzione e progettazione possa eseguire i servizi di progettazione richiesti dall'art. 92 comma 6, d.P.R. 207/2010, senza necessità di associare uno o più soggetti di cui all'art. 90 comma 1, d.lgs. 163/2006; e) in relazione alla denunciata violazione del punto 1 del disciplinare. R.t.i. Leitner ha ottenuto 10 punti per aver previsto quale riduzione del contributo in conto di gestione della Regione Toscana un ammontare superiore all'importo massimo previsto dal disciplinare di gara, l'ATI Leitner ha tenuto conto del tasso di rivalutazione monetaria del 2%, pertanto l'attribuzione del massimo punteggio sarebbe corretta, inoltre l'appellante non dimostra che dall'accoglimento di tale censura potrebbe conseguire l'aggiudicazione a proprio favore: Dopplemayer ha agito nello stesso modo peraltro indicando un indice di rivalutazione più alto pari al 2,5%; f) circa la presunta violazione degli artt. 32 comma 1 lett. b), 142 e 146, d.lgs. 163/2006; dell'art. 116, d.P.R. 207/2010; del punto II.2.2. del bando e punto 4 lett. d) disciplinare. L'A.t.i. La censura sarebbe inammissibile per carenza di interesse atteso che la selezione dei soggetti ai quali viene affidato il 30% dei lavori sarebbe estranea all'odierna procedura di aggiudicazione, di cui si discute ed atterrebbe ad una fase successiva, in ogni caso sarebbe infondata atteso che Leitner avrebbe assunto tale obbligo. Infondata sarebbe anche la doglianza relativa alla mancata attivazione di procedure di evidenza pubblica per l'individuazione di questi soggetti, poiché un simile obbligo non sussisterebbe; g) quanto alla denunciata difformità dell'offerta economica di Leitner dalla lex specialis, che a fronte di un TIR (tasso interno di rendimento) fissato dal disciplinare di gara

all'8% avrebbe offerto un TIR di progetto di 7,61%, fa notare che un'offerta che presenta un TIR inferiore è più vantaggiosa per il concedente, quindi un TIR inferiore all'8% basato su elementi migliorativi rispetto a quelli presenti nel paragrafo A, che non è vincolante a differenza del B, comporta un'offerta più conveniente non essendo il TIR all'8% un limite invalicabile. Un TIR inferiore inoltre impegna meno il concedente sotto il profilo del riequilibrio dell'investimento; h) sulla presunta violazione dell'art. 263 commi 2 e 1 lett. b) e c) d.P.R. n. 207/2010; e della pag. 10 del disciplinare, circa il difetto di dimostrazione per i progettisti di aver svolto nel decennio precedente due servizi di punta nella misura dell'80% di quello indicato in tabella e servizi di progettazione nella misura del doppio di quello indicato in tabella. Con riferimento al rilievo che la D'Appolonia S.p.a. non ha depositato l'attestazione di buona e regolare esecuzione, la censura sarebbe inammissibile perché Dopplemayer si troverebbe nella stessa situazione e, comunque, sarebbe infondata perché l'art. 263 comma 2, d.P.R. 207/2010 consentirebbe che i servizi possano essere stati svolti anche per dei privati, inoltre i certificati potrebbero essere anche informi, né sarebbe comunque prevista una sanzione espulsiva ex art. 46 comma 1 bis d.lgs. n. 163/2010; i) in merito alla presunta violazione degli artt. 1, comma 1, lett. f), 19, 46 e 47 d.p.r. 445/200, che evidenzerebbero un difetto di dimostrazione da parte della Leitner del possesso dei requisiti di punta per invalidità dell'autocertificazione per utilizzata per atti relativi a soggetti privati, la censura sarebbe inammissibile per carenza di interesse, perché Dopplemayer si troverebbe nella stessa situazione, inoltre sarebbe infondata perché il disciplinare di gara alla pag. 14 punto 9 non richiederebbe che i certificati debbano essere prodotti in originale, ancora l'art. 263 comma 2 d.P.R. 207/2010, consentirebbe la produzione di copie informali; l) quanto alla denunciata violazione del disciplinare di gara per non essere l'offerta tecnica conforme, tutti i rilievi sollevati sarebbero infondati in fatto o

cozzerebbero con i limiti del sindacato del giudice amministrativo in tema di discrezionalità tecnica; m) in relazione alla denunciata illegittimità del provvedimento del RUP di diniego sul preavviso di ricorso, lo stesso sarebbe, invece, legittimo e al più il punteggio attribuito a Leitner come detto con appello incidentale sarebbe dovuto essere superiore; n) in ordine alla presunta violazione art. 38 comma 1 lett. c) e comma 3, d.lgs. 163/2006, poiché numerosi componenti (Cossi Renato, Battistini Claudio, Chiavarini Patrizio) del R.t.i. avrebbero condanne per fattispecie di reato ostative alla concessione dell'affidamento, e dello stesso art. 38, comma 1, lett. c) e g) cit., risultando condanne oggetto di indulto a carico di Seeber Michael, Tommasini Pierpaolo, Savioli Carlo, nessuna delle denunciate situazioni potrebbe portare ad un'esclusione;

o) in relazione alla presunta violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), comma 2, d.lgs. 163/2006; e dell'art. 75 d.P.R., n. 445/2000, perché le dichiarazioni di Cossi Renato e Chiavarini Patrizio sarebbero viziate, quella del primo, perché non ha dichiarato le condanne, quella del secondo, perché non si fa riferimento al fatto che la pena della reclusione è stata sostituita con quella della multa, si fa notare che il sig. Cossi ha dichiarato tutte le condanne che gli sono state inflitte, il sig. Chiavarini avrebbe dovuto dichiarare solo la condanna e non anche la pena, ma nessuno dei due rientrerebbe nel novero dei soggetti tenuti a tanto secondo il citato art. 38;

p) in merito alla denunciata violazione dell'art. 11 comma 8 e dell'art. 38 comma 1, d.lgs. 163/2006, perché il contratto sarebbe stato stipulato senza operare la verifica dei requisiti di partecipazione ed in assenza di aggiudicazione definitiva, sarebbe una censura infondata oltre che generica, mancando qualsivoglia indicazione in ordine a quale documentazione sia scaduta;

q) circa la denunciata violazione art. 38 comma 1, lett. c), d.lgs. 163/2006 e dell'art. 3, l. 241/90, per non essere stata espressa da parte della stazione appaltante una

valutazione di rilevanza sulle condanne, in realtà non vi sarebbe difetto di motivazione, perché tutte le condanne risulterebbero priva di reale rilevanza ed, in subordine, dovrebbe farsi applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/90;

r) in ordine alla presunta violazione dell'art. 4 comma 22, d.l. 138/2011, atteso che al R.U.P. sarebbe inibito l'assunzione del ruolo di presidente della commissione di gara, la stessa sarebbe infondata, poiché l'art. 4, d.l. 138/2011 è stato dichiarato incostituzionale con valenza retroattiva da Corte cost. 199/2012;

s) insussistente sarebbe la denunciata violazione dell'art. 84 comma 2, d.lgs. 163/2006; e dell'art. 10 comma 1 lett. i), d.P.R. n. 207/2010, che evidenzia come organo competente a scegliere la commissione di gara è l'amministratore unico, mentre nella fattispecie è stata nominata dal R.U.P. t) Infondata sarebbe anche la presunta violazione dell'art. 84 comma 10, d.lgs. 163/2006 e dell'art. 120, comma 5, d.P.R. 207/2010, perché in caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la nomina dei commissari deve avvenire dopo la presentazione delle offerte, mentre nella fattispecie la scadenza per la presentazione delle offerte è fissata alle 12.00 del 16 gennaio 2012, e la nomina dei commissari è della stessa data, ma non si specifica che sia avvenuta in orario successivo alle 12.00.

12. Con la memoria del 26 settembre 2013 Pisamo sottolinea che il progetto definitivo è stato approvato, in data 4 ottobre 2013 sono iniziati i procedimenti espropriativi, in data 15 dicembre 2013 vi è stata la chiusura binario 14, e non vi sarebbe spazio per la ripetizione della gara stante il termine ultimo del 31 dicembre 2015 entro il quale deve entrare in esercizio l'opera. Inoltre fa presente che, anche se Dopplemayer subentrasse il 17 dicembre 2013, non potrebbe rispettare i termini fissati dal crono programma. In caso di accoglimento dell'appello principale chiede la rimessione al giudice di primo grado.

13. Analoghe considerazioni svolge nelle sue difese l'appellata che ne trae ragione per sottolineare la diversità dell'interesse in capo all'appellante.

14. Con memoria di replica l'appellante sottolinea che non vi sarebbe alcun ostacolo al subentro nel contratto, poiché sarebbe possibile per Dopplemayer eseguirlo sulla base del progetto definitivo di Leitner. Né la paventata la perdita del finanziamento comunitario potrebbe essere valida ragione per escludere il subentro, potendo intervenire il Comune di Pisa che ha peraltro nel 2013 varato un piano di alienazione degli immobili. Non sarebbe necessario rimettere la questione alla Plenaria, né andrebbe rimessa la questione al primo Giudice, poiché non rientra tra le ipotesi di cui all'art. 105 c.p.a. Insiste, infine, sulla richiesta di risarcimento del danno.

15. Con memoria di replica l'appellata insiste nel sostenere la necessità di seguire l'insegnamento di AP 4/2011, e nell'evidenziare che l'appellante non ha interesse alla ripetizione della gara in ragione della perdita del contributo comunitario, quindi l'interesse di quest'ultima sarebbe meramente risarcitorio. Dovendosi applicare non l'art. 121 c.p.a. per assenza di gravi vizi, ma l'art. 122 c.p.a. non vi sarebbero i presupposti perché il giudice amministrativo consenta il subentro a favore dell'appellante, inoltre sussisterebbero esigenze imperative di interesse generale tali da imporre di non dichiarare l'inefficacia del contratto. Quanto alla violazione dell'art. 38, d.lgs. 163/2006, denunciata dall'appellante, ne sostiene l'infondatezza anche per quanto affermato dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 28/2013. L'appellata fa tra l'altro presente che nella memoria del 30 novembre 2013 Dopplemayer pone delle eccezioni riguardo la doglianza sul TIR in sede di ricorso incidentale che sono inammissibili perché non sono state espressamente affrontate dal TAR Toscana, ma non sono state ritualmente riproposte ex art. 101 comma 2 c.p.a.

16. In sede di memoria di replica e nella successiva memoria del 31 gennaio 2014 Pisamo evidenzia che la perdita del contributo pubblico per l'appellante determinerebbe l'inammissibilità della sua offerta. Sulla questione dei rapporti tra

ricorso principale e incidentale ritiene che non basterebbe attendere il pronunciamento dell'Adunanza Plenaria *medio tempore* investita del problema in esame, ma sarebbe necessario rimettere ulteriormente la questione al massimo organo di giustizia amministrativa affinché chiarisca che effetti hanno le nuove regole in sede di appello.

17. Con memoria del 1° febbraio 2014 l'appellante ribadisce che sussistono tutti i presupposti per il subentro, poiché le attività finora svolte da Leitner riguardano la sola progettazione preliminare. L'appellante, quindi, potrebbe subentrare rispetto al progetto già approvato sulla base di una lettura analogica degli artt. 153 e 159 d.lgs. n. 163/2006. In via subordinata, insiste per il risarcimento per equivalente che stima in complessivi 14.129.122,00 euro. Chiede che venga rilevata la tardività del deposito documentale operato da Leitner il 28 gennaio 2014 per violazione dell'art. 104 c.p.a.

18. Nelle successive memorie depositate in vista dell'udienza del 18 dicembre 2014 le parti ripropongono le opposte visioni del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale e delle correlate conseguenze.

19. All'udienza del 18 dicembre la trattazione della causa d'intesa tra le parti viene differita all'udienza dell'8 aprile 2014 in attesa della sentenza dell'Adunanza Plenaria sul tema indicato al capo precedente.

20. Con memoria del 21 marzo 2014 Pisamo sostiene che la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, *medio tempore* pubblicata, conferma l'impostazione della precedente sentenza n. 4/2011 con una sola eccezione, che non incide sull'impianto motivazionale della sentenza di prime cure, avendo il TAR esaminato correttamente con priorità i motivi contenuti nel ricorso incidentale aventi carattere escludente, che non attenevano alla valutazione dell'offerta ma all'esistenza della stessa, composta da progetto non sottoscritto e cronoprogramma scadente dopo il termine ultimo di consegna. I motivi dedotti da

Doppelmayer con il ricorso principale non sono, invece, identici a quelli dedotti da Leitner. In ogni caso reitera la tesi dell'infondatezza delle censure dell'appellante e l'impossibilità del subentro.

21. Con memoria del 22 marzo 2014 parte appellata analizza la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, traendo convincimento del fatto che il ricorso incidentale non esclude l'esame del ricorso principale solo quando le offerte sono inficiate dallo stesso vizio. L'identità del vizio discende dall'identità della causa generatrice dello stesso, quindi identici i vizi che si generano nella stessa fase procedimentale e hanno lo stesso oggetto. La Plenaria individua tre tipologie di vizi: a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi; b) requisiti soggettivi; c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione. I due motivi accolti dal TAR (progetto non sottoscritto e cronoprogramma scadente dopo il termine ultimo di consegna) riguardano la terza categoria. In ogni caso sono solo tre i vizi denunciati da Doppelmayer che appartengono alla stessa categoria. In particolare, dei dodici motivi escludenti sollevati da Doppelmayer, gli altri attengono all'attribuzione del punteggio ed alla regolarità della procedura. Dei 12 quasi tutti attengono alla categoria sub b) (requisiti soggettivi), in particolare: I) corrispondenza quote partecipazione ATI e quote di esecuzione; II) legittimità dell'avvalimento da parte di Tecnion; III e IV) regolarità del contratto di avvalimento tra Tecnion e Polistudio; V e VI) insufficienza delle qualificazioni di Tecnion, Agudio e Leitner; X) sussistenza dei requisiti speciali di partecipazione da parte dei progettisti; XI) dimostrazione dei requisiti dei progettisti; XIV, XV, XVI) sussistenza di cause ostative all'aggiudicazione ed alla stipula della convenzione ex art. 38 d.lgs. 163/2006. Rientrano nella terza categoria, la stessa dei vizi accolti del ricorso incidentale, invece l'VIII, che riguarda la mancata dichiarazione di impegno di Leitner di affidare a terzi con evidenza pubblica nella percentuale minima prevista dalla stazione appaltante, ma tale vizio non ha carattere escludente perché

attiene ad una fase successiva all'aggiudicazione; Doppelmayer, quindi, non ha interesse a sollevare la censura. La doglianza è comunque infondata per le ragioni esposte nelle precedenti memorie. Il IX motivo è relativo al TIR di progetto e Doppelmayer sostiene che Leitner avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per avere offerto un TIR più basso di quello posto a base d'asta, ma tale motivo è stato affrontato dal TAR che lo ha valutato come motivo non escludente ed una simile affermazione non è stata contestata da Doppelmayer, quindi inammissibile. In ogni caso lo stesso è infondato per quanto già esposto nelle precedenti difese. Il XII motivo ha ad oggetto la modifica da parte di Leitner di elementi invariabili dell'offerta tecnica, ma anche tale motivo è infondato.

22. Con memoria del 22 marzo 2014 l'appellante evidenzia che i principi espressi dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, avrebbero imposto al TAR di esaminare dapprima i motivi contenuti nel ricorso principale e nel ricorso incidentale inerenti alla tempestività della domanda, all'integrità dei plichi, quindi quelli relativi ai requisiti di partecipazione, infine, quelli concernenti la carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione. Solo all'esito della disamina di tali motivi, qualora entrambe le imprese fossero risultate ancora legittimate, il TAR avrebbe dovuto esaminare i motivi demolitori dell'intera procedura esposti da Doppelmayer. Da ciò deriva che, poiché le censure esposte da Leitner concernenti i requisiti soggettivi di Doppelmayer sono infondati, mentre sono fondati quelli proposti da quest'ultima nei confronti di Leitner, i motivi esaminati dal primo Giudice circa l'offerta di Leitner non esaminati avrebbero dovuto essere oggetto di scrutinio giurisdizionale. L'appellante non insiste nella remissione alla Corte di Giustizia, ma sottolinea la fondatezza del II, III, IV motivo d'appello in tema di avvalimento, nonché del I motivo in ordine al rapporto tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, del VI circa l'inclusione nell'ATI di progettisti indicati da imprese quali Leitner e Agudo che non sono

società di ingegneria, del V motivo omessa specificazione da parte del Consorzio Tecnion delle parti di servizio eseguite dalle singole consorziate.

Quanto al subentro sottolinea l'assenza di alcun impedimento tecnico ed economico, come comprovata dalla consulenza tecnica di parte depositata. Né vi osterebbe la documentazione prodotta da Leitner, neanche dal punto di vista dei brevetti, possedendone di analoghi Doppelmayer.

Sul risarcimento del danno relativamente all'*aliunde perceptum*, fa presente che non potrebbe applicarsi nella fattispecie, non essendo Doppelmayer al limite delle sue capacità produttive.

23. Con memoria di replica del 28 marzo 2014 Pisamo sottolinea che la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, avrebbe affermato che nel caso in cui il ricorso incidentale presenti un motivo incidentale escludente e non identico deve essere esaminato prima di altri motivi identici. Quindi sostiene la posizione assunta da Leitner nella memoria del 22 marzo 2014. In ogni caso evidenzia che il subentro sarebbe impossibile, perché, per garantirlo, sarebbe necessario riattivare i procedimenti in conferenza di servizi per approvare i progetti Doppelmayer con dispendio di tempo e perdita finanziamenti. In ogni caso non potrebbe esservi colpa per PISAMO stante la necessità di attendere una pronuncia della Plenaria per sciogliere alcuni nodi. In via subordinata, invoca una nuova remissione alla Plenaria per definire quale sia l'incidenza di una regola processuale intervenuta in grado d'appello, in un giudizio definito sulla base di un diverso orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria n. 4/2011, dopo 3 pronunciamenti che avevano ritenuto applicabile tale regola, in uno stadio di esecuzione così avanzato da non consentire subenti in corsa.

Conclude nel senso che, se si ritenesse di dover disattendere la disciplina dell'effetto paralizzante, sarebbe necessario adottare una sentenza di annullamento con rinvio al primo giudice.

24. Con memoria di replica del 28 marzo 2014 l'appellante ribadisce la propria impostazione, e sostiene che nell'ultima memoria Leitner abbia rinunciato ai motivi di appello incidentale. In subordine sostiene che l'atteggiamento processuale dell'appellata vada inteso come *mutatio libelli in minus* con l'effetto che andrebbero esaminati solo i motivi di Doppelmayer in ordine al difetto dei requisiti. Infine, contesta nel merito i motivi a fondamento del ricorso incidentale non esaminati.

25. Con memoria di replica del 28 marzo 2014 l'appellata sostiene che sia erronea la ricostruzione dei principi della citata sentenza n. 9/2014 offerta dall'appellante, perché si dovrebbero esaminare tutte le censure escludenti dell'incidentale e se sono fondate solo quelle identiche del principale. Si tratterebbe di una nuova prova di resistenza. Infine, reitera le proprie conclusioni in ordine alla fondatezza delle censure contenute nel ricorso incidentale non esaminate ed all'impossibilità di subentro da parte dell'appellante.

26. All'udienza dell'8 aprile 2014 la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello principale è infondato e va, pertanto, confermata con diversa motivazione la sentenza oggetto di gravame.

2. La prima delle questioni che deve essere affrontata è quella del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, giacché il primo Giudice facendo applicazione dei principi sposati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011, ha esaminato dapprima il ricorso incidentale e, ritenendo fondate due delle doglianze ivi rappresentate, ha concluso per l'inammissibilità del ricorso principale. Nelle more della decisione dell'odierno giudizio è stata depositata la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014, n. 9, che sulla scorta della sentenza della Corte di Giustizia, 4 luglio 2013, n. 100, pone nuovamente in armonia le regole processuali nazionali con la disciplina dell'Unione

europea contenente le regole per le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

Una delle questioni oggetto di contraddittorio tra le parti è stata quella dell'applicabilità dei principi affermati dalla pronuncia n. 9/2014 dell'Adunanza Plenaria al giudizio in corso. Nella fattispecie, infatti, si è di fronte ad un esempio di cd. *overruling*, poiché il mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale non deriva dall'introduzione di una nuova disciplina (Cass., Sez. Un., 6 settembre 2013, n. 20569), né dalla prima interpretazione di una nuova norma o dal progressivo affinamento dell'interpretazione già proposta (Cass. civ., Sez. III, 8 agosto 2013, n. 18918), ovvero dalla necessità di comporre un contrasto di opposti indirizzi di giurisprudenza, ma dal necessario adeguamento da parte del giudice interno all'esegesi sposata dalla Corte di Giustizia nella sentenza sopra citata (Corte Giust., 29 aprile 1999, C-224/97), che estende fisiologicamente i suoi effetti al di là del giudizio nel cui ambito è stata proposta la questione pregiudiziale (Corte cost., 23 aprile 1985, n. 113; Id. 18 aprile 1991, n. 168; Id. 13 luglio 2007, n. 284), imponendone un cambio di indirizzo.

Pertanto, prima di passare all'esame della questione inerente ai rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale è necessario verificare se i principi affermati dalla Plenaria, n. 9/2014, possano essere applicati nell'odierno giudizio, atteso che nel caso di cd. *overruling* la giurisprudenza di questo Consiglio (CGA, 29 aprile 2013, n. 421) come della Suprema Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2012, n. 17402) ha negato efficacia retroattiva al mutamento giurisprudenziale solo nel caso in cui la nuova interpretazione della norma processuale importi, in danno di una parte del giudizio, una nuova decadenza od una preclusione, nel senso di rendere irrituale l'atto compiuto o il comportamento tenuto dalla parte in base all'indirizzo precedente.

Nella fattispecie l'interpretazione fatta propria dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 9/2014, estende la possibilità di esame delle censure contenute nel ricorso principale, sicché non diminuisce le possibilità di accesso alla tutela giurisdizionale del ricorrente principale, come del ricorrente incidentale. Pertanto, i principi ivi affermati non possono che ritenersi operanti anche nel corso del presente giudizio, dovendo degli stessi farsi applicazione nei termini di seguito precisati. Né, al riguardo, si registra, come paventato dall'amministrazione appellata, una situazione che possa dare luogo ad un contrasto giurisprudenziale, tale da richiedere l'intervento dell'Adunanza Plenaria ex art. 99 c.p.a.

2.1. Inoltre, il differente regime individuato dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014 sull'effetto paralizzante del ricorso incidentale, che deve in questa sede applicarsi, non può essere ricondotto a una delle ipotesi tassative indicate dall'art. 105, comma 1, c.p.a., che obbligano all'annullamento con rinvio della controversia al primo giudice. Infatti, l'odierna fattispecie evidenzia, per i motivi che saranno indicati *infra*, l'omessa pronuncia su più censure proposte col ricorso principale. Ipotesi quest'ultima che non configura un *error in procedendo* tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado, ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è tenuto ad eliminare integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo del merito della causa (Cons. St., Sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6204).

3. Prima di procedere all'esame delle doglianze contenute nell'appello principale e nell'appello incidentale occorre operare una ricognizione dei principi affermati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, ai quali in questa sede ci si deve attenere.

La pronuncia citata afferma che l'esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale è limitata all'ipotesi nella quale il primo contenga censure che colpiscono la mancata esclusione, da parte della Stazione appaltante, del ricorrente

principale (ovvero della sua offerta), a causa della illegittima partecipazione di quest'ultimo alla gara o della illegittimità dell'offerta. Pertanto, tutte le censure relative a fasi della procedura di gara successive rispetto alla verifica della regolare partecipazione alla gara, al possesso dei requisiti soggetti ovvero oggetti dell'offerta, in quanto non in grado di far venire meno l'interesse ad impugnare del ricorrente principale non meritano un esame prioritario rispetto alle censure contenute nel ricorso principale.

È, quindi, all'interno del novero delle censure sopra descritte che la citata sentenza dell'Adunanza Plenaria fa applicazione dei principi affermati nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Nel compiere questa delicata operazione il massimo consesso di giustizia amministrativa chiarisce che: *“I principi di "effettività" e "parità delle armi", pertanto, sebbene siano ricognitivi di preesistenti principi costituzionali ed europei, per la loro collocazione in testa al codice (artt. 1 e 2 comma 1 Cod. proc. amm.), ne assumono il ruolo di impalcatura e filo conduttore ma nei limiti del soddisfacimento della domanda di giustizia per i realmente bisognosi, senza incoraggiamento di azioni emulative o pretestuose”*. Tanto premesso, l'Adunanza Plenaria qualifica in termini di eccezione la regola contenuta nella sentenza della Corte di Giustizia Fastweb al principio che impone l'esame prioritario, nei termini sopra ricordati, del ricorso incidentale. Quest'eccezione poggia sull'identità del vizio escludente denunciato dal ricorrente principale e dal ricorrente incidentale. *“L'unicità del vizio e l'unicità della verifica della sua sussistenza (coniugati al principio immanente della parità delle parti ex art. 111 Cost.), non consentono di trarre conseguenze opposte sia pure soltanto sul piano processuale”*.

In ordine al concetto di identità del vizio la Plenaria esclude che possa equipararsi l'identità della causa (del vizio escludente) all'identità dell'effetto (escludente) e ritiene che possa prendersi in considerazione solo l'identità della causa escludente, che suddivide in tre distinte categorie:

- a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara);
- b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione);
- c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza).

L'identità, quindi, assume rilievo laddove ricorrente principale e ricorrente incidentale denunciino vizi ricadenti nella stessa categoria. Quindi, non vi sarà identità se, ad esempio, il ricorrente incidentale denuncia un vizio inerente gli elementi essenziali dell'offerta, mentre il ricorrente principale lamenta un vizio escludente relativo alla tempestività della domanda.

Per l'esame congiunto delle doglianze esposte nel ricorso principale e nel ricorso incidentale deve, quindi, ricorrere l'ipotesi di simmetria escludente, tra i vizi denunciati, avvinti da una relazione di corrispondenza biunivoca.

4. Così ricostruiti i principi espressi dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, deve dapprima procedersi ad individuare i vizi denunciati con l'appello principale e con l'appello incidentale, per saggiarne l'appartenenza ad una delle tre categorie sopra descritte. Successivamente occorre chiarire cosa accade quando appellante principale ed incidentale denunciino vizi appartenenti a più di una delle categorie sopra descritte.

5. Il ricorso principale di primo grado conteneva ventuno censure a fronte dei diciassette motivi oggetto del ricorso incidentale, proposte anche con motivi aggiunti.

5.1. Prima di procedere nella classificazione dei motivi sopra indicati, va respinta, però, la doglianza riguardante il mancato accoglimento dell'eccezione di tardività

da parte del giudice di prime cure prospettata dall'odierno appellante principale in relazione al ricorso per motivi aggiunti dell'originaria ricorrente incidentale. Occorre rammentare che secondo l'appellante principale il TAR avrebbe erroneamente valutato la tardività dei motivi aggiunti del 26 giugno e del 10 agosto 2012 invece che la tardività dei motivi aggiunti dell'10 agosto e del 31 agosto 2012. Pertanto, non si sarebbe pronunciato sull'eccezione di tardività dei motivi aggiunti del 31 agosto 2012 ed avrebbe raggiunto conclusioni non condivisibili quanto alla tardività del ricorso per motivi aggiunti del 10 agosto 2012, avendo individuato quale *dies a quo* quello della notifica del ricorso per motivi aggiunti della ricorrente avvenuta in data 19 luglio 2012 con il quale veniva impugnata l'aggiudicazione definitiva.

5.2. Quanto alla doglianza relativa alla tardività dei motivi aggiunti depositati il 24/8/2012, spediti per la notifica a mezzo del servizio postale in data 10/8/2012, il primo Giudice, infatti, correttamente individuava quale *dies a quo* per il computo del termine decadenziale quello della notifica in data 19/7/2012 dei motivi aggiunti con cui la ricorrente principale aveva impugnato l'aggiudicazione definitiva. Tanto in ragione del fatto che l'aggiudicazione provvisoria è atto preparatorio e non conclusivo del procedimento, e non obbliga all'immediata esecuzione per cui il termine per ricorrere contro l'aggiudicazione decorre dalla piena conoscenza di quella definitiva, con la possibilità di far valere nel relativo giudizio anche i vizi propri di quella provvisoria. Ed infatti la scelta del ricorrente principale di reagire avverso l'aggiudicazione provvisoria non assume il carattere della stabilità ed è destinata a venire meno laddove non venga duplicata dalla reazione avverso l'aggiudicazione definitiva. Pertanto, è solo con l'impugnazione di quest'ultima che si stabilizza il *thema decidendi* sia per il ricorrente principale che per il ricorrente incidentale, stante il carattere precario dell'impugnazione avverso la sola

aggiudicazione provvisoria. Per la stessa ragione non possono considerarsi tardivi i motivi aggiunti proposti in data 31 agosto 2012.

5.3 Quanto alla classificazione delle censure contenute nei ricorsi di primo grado e riproposte in sede d'appello, bisogna distinguere tra i motivi escludenti e quelli non escludenti, per poi inserire i primi in una delle tre categorie individuate dalla sentenza n. 9/2014 dell'Adunanza Plenaria.

Tutti i motivi del ricorso incidentale, e dei successivi motivi aggiunti, riproposti in sede di appello incidentale hanno natura escludente ad eccezione: a) di quello concernente la supposta erronea attribuzione del punteggio per l'offerta dell'odierna appellante principale, in relazione al TIR superiore alla base d'asta; b) di quello con il quale si chiede l'attribuzione di un punteggio inferiore a quello assegnato in sede di gara per le carenze che contraddistinguerebbero l'offerta dell'originaria ricorrente principale.

Quanto ai motivi non aventi carattere escludente contenuti nel ricorso principale ed in questa sede riproposti con l'appello principale, gli stessi vanno individuati in quelli aventi ad oggetto: a) la violazione del punto 1 del disciplinare, per avere l'originaria controinteressata ottenuto 10 punti per aver previsto quale riduzione del contributo in conto di gestione della Regione Toscana un ammontare superiore all'importo massimo previsto dal disciplinare di gara; b) la supposta erronea attribuzione del punteggio per le particolari caratteristiche dell'offerta tecnica dell'odierna appellante incidentale; c) la violazione dell'art. 4 comma 22, d.l. 138/2011, in quanto al RUP sarebbe stata inibita l'assunzione del ruolo di presidente della commissione di gara; d) la violazione dell'art. 84 co. 2, d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 10 co. 1 lett. i), d.P.R. n. 207/2010, per essere stata la commissione di gara nominata dal RUP; e) violazione dell'art. 84 co. 10, d.lgs. 163/2006 e dell'art. 120 co. 5, d.P.R. n. 207/2010, secondo i quali in caso di

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la nomina dei commissari deve avvenire dopo la presentazione delle offerte.

5.4. Così individuati i motivi non escludenti che sono sottratti alla verifica di simmetria richiesta dall'Adunanza Plenaria, n. 9/2014, bisogna sussumere i motivi escludenti dell'appello principale e dell'appello incidentale all'interno delle tre categorie individuate dal massimo consesso della giustizia amministrativa.

5.5. Quanto all'appello principale non si riscontra la presenza di alcun vizio sussumibile nella prima categoria: "tempestività della domanda ed integrità dei plichi". Vanno, invece, annoverati nella seconda, ossia quella inerente requisiti soggettivi, i motivi individuati *supra* nella parte in fatto al punto 3.1. con le lettere: a), b) c), d), e), f), l), m), p), q), r), s), t), u).

5.6. Infine, devono essere annoverati nella terza categoria avente ad oggetto la carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione, i motivi individuati *supra* nella parte in fatto al punto 3.1. con le lettere: h) i), n).

5.7. In merito, invece, alla classificazione dei motivi contenuti nell'appello incidentale, non si riscontra la presenza di alcun vizio sussumibile nella prima categoria: "tempestività della domanda ed integrità dei plichi", mentre vanno annoverati nella seconda, ossia quella inerente ai requisiti soggettivi, i motivi individuati *supra* nella parte in fatto al punto 8.1. con le lettere: a), c), d), e) e al punto 8.2..

5.8. Infine, devono essere annoverati nella terza categoria avente ad oggetto la carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione, i motivi individuati *supra* nella parte in fatto al punto 8.1. con le lettere: b), f), g), h), i), oltre alle due ritenute fondate dal giudice di prime cure, che hanno indotto quest'ultimo a dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale di primo grado.

6. Così classificate le doglianze contenute nell'appello principale e in quello incidentale bisogna interrogarsi su quale sia l'operazione logico-giuridica, che deve

porre in essere il giudice. La scelta di fondo va fatta tra due distinti approcci. Un primo conduce ad esaminare congiuntamente le censure dell'appello incidentale e dell'appello principale iniziando da quelle contenute nella prima categoria. Un secondo, invece, prevede di verificare se vi siano censure fondate nell'appello incidentale, iniziando sempre da quelle della prima categoria, per poi giungere alla terza così valorizzando la loro manifestazione procedimentale e solo nel caso in cui una di queste risulti fondata, passare ad analizzare i motivi simmetrici escludenti contenuti nell'appello principale.

6.1. Tra i due approcci sopra indicati quello che appare in linea con le indicazioni della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, è il primo. Ed, infatti, il massimo consesso di giustizia amministrativa rileva che la sentenza Fastweb ha limitato la possibilità dell'esame congiunto del ricorso incidentale e principale alle stringenti condizioni che: I) si versi all'interno del medesimo procedimento; II) gli operatori rimasti in gara siano solo due; III) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe. Pertanto, sulla scorta della ricostruzione del principio di parità delle armi operata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e dalla Corte di Giustizia è possibile ritenere che nel momento in cui il giudice esamina il motivo escludente contenuto nel ricorso incidentale, o in seconde cure nell'appello incidentale, scatta l'obbligo di esaminare i simmetrici motivi escludenti contenuti nel ricorso/appello principale. Così, infatti, precisa la Plenaria n. 9/2014: *“è indubbio che, se entrambe le offerte sono inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili, apparirebbe prima facie contrario all'uguaglianza concorrenziale escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e confermare invece l'offerta dell'aggiudicatario ricorrente incidentale, benché suscettibile di esclusione per la medesima ragione. Ma in realtà ciò avviene perché, essendo il vizio fatto valere da entrambi i contendenti il medesimo, in concreto neppure si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: prioritario, in questo peculiare caso, è l'esame del vizio; se questo*

sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l'aggiudicazione sarà confermata». Pertanto, l'esame congiunto del ricorso principale ed incidentale scatta al verificarsi di tre condizioni: a) vizio identico; b) dedotto da entrambe le parti; c) concretamente sussistente attraverso una verifica che va iniziata con l'esame del ricorso incidentale e, se positiva, si conclude con l'esame del ricorso principale.

7. In questa sede vanno, quindi, esaminati i motivi d'appello incidentale che riprendono le censure contenute nel ricorso incidentale, per poi verificare, anche i simmetrici motivi escludenti contenuti nell'appello principale.

7.1. Quanto ai motivi riconducibili al difetto dei requisiti soggettivi, deve concordarsi con le conclusioni raggiunte dal primo giudice. Ed, infatti, non si ravvisa la denunciata violazione dell'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, discendente dalla ripartizione delle quote di partecipazione all'ATI appellante nei seguenti termini: Doppelmayr 55%; CCC 41%; CTC 4%. La disciplina di riferimento, infatti, deve essere ricostruita sulla scorta del dettato dell'art. 95, comma 4, e dell'art. 92 comma 3, d.P.R. n. 207/2010. La prima esclude in caso di concessione di lavori pubblici l'obbligo di corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori, richiesta, invece, dal citato art. 92, comma 2, per i raggruppamenti temporanei di imprese di tipo orizzontale. La seconda, dal canto suo, chiarisce che nel caso di raggruppamenti di tipo verticale non sussiste l'obbligo per le mandanti di possedere i requisiti di qualificazione nella misura minima del 10%. Pertanto, la struttura dell'ATI appellante non tradisce la presenza di un deficit dei requisiti soggettivi come denunciato dall'appellante incidentale.

7.2. Infondata risulta anche la doglianza relativa alla mancata esclusione dell'odierna appellante per l'omessa dichiarazione ex art. 38, d.lgs. n. 163/2006, del Sig.Conforti. Il motivo esposto non risulta sussistente in via di principio, poiché

come rammentato dall'Adunanza Plenaria n. 23/2013: “Nelle gare d'appalto, l'art. 38 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, nella parte in cui elenca i soggetti tenuti ad effettuare le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali e professionali ha come destinatari dell'obbligo non soltanto coloro che rivestono formalmente le cariche di amministratori, ma anche coloro che, in qualità di procuratore ad negotia, abbiano poteri di rappresentanza dell'impresa e possono compiere atti decisionali (c.d. amministratori di fatto), con l'avvertenza che qualora la lex specialis non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima può essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione, ma solo quando sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione”. Nella fattispecie la lex specialis non prevedeva un simile obbligo in capo ai procuratori ad negotia, sicché non risultando dimostrata l'assenza del requisito di cui al citato art. 38, non poteva discendere alcuna esclusione in capo all'odierna appellante. Inoltre, le "deleghe operative per la funzione di supervisore e coordinatore delle attività amministrative e finanziarie di CTC", paiono espressione di un potere che si riversa all'interno dell'organizzazione dell'impresa e non al suo esterno, sì da doversi escludere che il Sig. Conforti sia effettivamente dotato di poteri di rappresentanza esterna.

7.3. Non merita adesione l'ulteriore censura con la quale si evidenzia che non avrebbe reso la dichiarazione ex art. 38, d.lgs. 163/2006, la Sig.ra De Lorenzi, direttore tecnico di Archeologia, mandante dell'ATI appellante. La visura camerale del 23 febbraio 2012 non la indica come direttore tecnico, ma come consigliere, pertanto la stessa non era tenuta al suddetto obbligo.

7.4. Anche la censura inerente la mancata esclusione dalla gara per difetto dei requisiti soggettivi esposta dall'appellante incidentale va disattesa. A suo dire vi sarebbe stata violazione dell'art. 90, comma 7, del d.lgs., n. 163/2006 e dell'art. 253, comma 5, d.P.R. n. 207/2010, perché non sarebbe stata rispettata la prescrizione di far partecipare un professionista iscritto all'albo da meno di cinque anni. Questi, infatti, sarebbe risultato iscritto all'albo degli ingegneri dal 15 gennaio

2007, quindi, alla data di scadenza della presentazione delle offerte 16 gennaio 2012 da più di cinque anni. Trattandosi di un requisito di partecipazione che deve essere posseduto prima della scadenza della domanda, si applicherebbe l'art 253, comma 5, d.P.R. n. 207/2010 e non l'allegato L.

L'art. 90, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, dispone che il regolamento preveda modalità per promuovere anche la presenza di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi relative ad incarichi di progettazione, concorsi di progettazione, concorsi di idee. L'art. 253, comma 5, d.P.R. n. 207/2010, in relazione alla disciplina dettata per i contratti pubblici relativi a servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nei settori ordinari prevede che i raggruppamenti temporanei siano composti anche da un progettista, abilitato all'esercizio della professione da meno di cinque anni. Né la prima, né la seconda delle disposizioni citate indicano il *dies ad quem* per computare il termine dei cinque anni. Al riguardo, può quindi valorizzarsi quanto disposto dall'allegato L al d.P.R. n. 207/2010: "*Il punteggio è incrementato del cinque per cento qualora sia presente quale progettista nel candidato almeno un professionista che, alla data di pubblicazione del bando di cui all'articolo 264, abbia ottenuto l'abilitazione all'esercizio professionale da non più di cinque anni...*". La norma da ultimo citata indica quale *dies ad quem* non quello del termine di scadenza per la presentazione delle offerte, ma quello della data di pubblicazione del bando, secondo una logica che ampliando il bacino di soggetti che ne possono fruire appare in linea con il principio del *favor participationis* e che di fatto incrementa le possibilità di partecipazione a favore dei giovani professionisti rispetto ad un lasso temporale di cinque anni, che appare abbastanza ristretto.

7.5. Infine, non può trovare condivisione la doglianza inerente il difetto di prova in relazione alla mancata produzione di certificati idonei a dimostrare la capacità tecnica in violazione dell'art. 263, d.P.R. n. 207/2010. Infatti, il comma 2 della norma citata prevede che siano valutabili anche i servizi svolti a favore di

committenti privati che l'operatore economico può limitarsi a dichiarare salvo fornire su richiesta della stazione appaltante i documenti ivi indicati a riprova degli stessi.

8. Non risultando fondata alcuna delle censure contenute nell'appello incidentale appartenente alla categoria dei requisiti soggettivi, occorre passare all'esame dei simmetrici motivi escludenti contenuti nell'appello principale, riconducibili alla seconda categoria individuata dalla Plenaria n. 9/2014, che nella fattispecie appaiono destituiti di fondamento.

8.1. Quanto alla denunciata violazione degli artt. 37 e 142 d.lgs. 163/2006; degli artt. 92 e 93 d.P.R. n. 207/2010 e dell'art. 9 del bando di gara, per mancata corrispondenza quote di partecipazione al r.t.i. e quote di esecuzione lavori, va, infatti, rilevato che per il raggruppamento concessionario la corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione non è richiesta dall'art. 95 d.p.r. 207/2010.

8.2. In ordine alla presunta violazione degli artt. 49, 53 e 90 d.lgs. 163/2006; 92 d.P.R. n. 207/2010 e dell'art. 3 bando di gara, per illegittimo uso dell'avvalimento, va rammentato che l'avvalimento, secondo quanto ribadito da ultimo da Corte giust., 10 ottobre 2013, C-94/12, si applica non ai soli concorrenti ma a tutti gli operatori economici, tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in sede di gara.

8.3. Allo stesso modo non risultano fondate le censure con le quali l'appellante principale lamenta il difetto dei requisiti del contratto di avvalimento (dichiarazione di impegno, dichiarazione di mezzi e risorse) da parte dell'appellante incidentale, ovvero l'erroneo utilizzo del potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante. Infatti, non era necessario che la POLISTUDIO assumesse nei confronti della stazione appaltante la stessa responsabilità del RTI, atteso che il soggetto avvalente è il professionista incaricato e non l'RTI concorrente. Inoltre,

non vi era bisogno di depositare alcuna ulteriore documentazione contrattuale, perché la POLISTUDIO è parte della Tecnion e si è quindi in presenza di un avvalimento infragruppo, che ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. g), d.lgs. 163/2006 impone obblighi meno stringenti, ossia quello di depositare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico infragruppo (cfr. Cons. St., Sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2596).

8.4. Quanto alla supposta violazione degli artt. 90 co. 1 lett. f), g) e h); 36, co. 1, 4 e 5; 37 co. 4 d.lgs. 163/2006, perché Tecnion è un consorzio strumentale e non un operatore economico né un consorzio stabile, quindi avrebbe dovuto indicare le singole parti dei lavori che sarebbero state realizzate dalle diverse consorziate e alla supposta violazione dell'art. 90 co. 1 lett. f), h) e co. 2 lett. b) d.lgs. 163/2006 e dell'art. 7 del disciplinare di gara, per essere stato indicato un raggruppamento di progettisti inidoneo in quanto comprendente un soggetto non ammesso quale progettista alla procedura di gara, ossia la AGUDIO che non è una società di ingegneria, ma un semplice costruttore e commerciante di cabine.

Occorre rilevare in relazione alla prima questione che la Tecnion è una società consortile iscritta come società di ingegneria presso il sito dell'AVCP, in possesso dei requisiti di progettazione di cui all'art. 252 d.P.R. n. 207/2010, inoltre tutte le dichiarazioni allegate all'offerta sono state sottoscritte dal Presidente del Consiglio di amministrazione ing. Vestrucci legale rappresentante.

Per ciò che attiene, invece, alla seconda questione, le società Agudio e Leitner sono entrambe in possesso dell'attestazione SOA per la progettazione, sicché è irrilevante secondo quanto dispone l'art. 53, comma 3, d.lgs. 163/2006, che non siano società di progettazione. Del resto lo stesso disciplinare di gara all'art. 7, ammette che il concorrente in possesso dell'attestazione Soa di esecuzione e progettazione possa eseguire i servizi di progettazione richiesti dall'art. 92, comma

6, d.P.R. n. 207/2010, senza necessità di associare uno o più soggetti di cui all'art. 90 comma 1 d.lgs. 163/2006.

8.5. In relazione alla denunciata violazione dell'art. 263 co. 2 e co. 1 lett. b) e c) d.P.R. n. 207/2010; e pag. 10 del disciplinare di gara per difetto di dimostrazione dei servizi di punta realizzati. Si tratta di censura analoga ad altra mossa da parte dell'appellante incidentale e già disattesa. Deve, infatti, rilevarsi che l'art. 263, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, consente che i servizi possano essere stati svolti anche per dei privati, inoltre i certificati possono essere anche informi, né la legge di gara prevede una sanzione espulsiva.

8.6. Da ultimo, vanno disattese le doglianze con le quali viene contestato il difetto dei requisiti ex art. 38, d.lgs. 163/2006, in capo a soggetti a vario titolo riconducibili all'aggiudicatario. Infatti, la stazione appaltante ha esercitato la propria discrezionalità nella ponderazione della presenza di condanne, eventualmente incidenti sulla moralità professionale, non riscontrando la commissione di reati gravi e della stessa indole di quelli indicati dal art. 45 par. 1 della direttiva 18/04.

Inoltre, i Sigg.ri Cossi, Chiavarini e Battisini non rientrano nel novero dei soggetti dei quali è necessario effettuare la verifica in ordine al possesso dei requisiti di moralità. Né può ritenersi viziata la scelta dell'amministrazione di non motivare sulla irrilevanza delle condanne, non sussistendo un obbligo di tal fatta.

9. A questo punto si deve passare ad esaminare le residue doglianze escludenti contenute nell'appello incidentale, riconducibili alla terza categoria individuata dalla Plenaria n. 9/2014.

9.1. Con la prima doglianza l'appellante incidentale lamenta che le offerte peggiorative degli elementi a base d'asta sarebbero dovute essere escluse dalla gara, quindi, anche quella dell'appellante principale, che ha proposto un TIR (tasso di

rendimento interno) dell'8,18% peggiorativo rispetto a quello dell'8% posto a base d'asta.

In termini generali va premesso che il Tasso Interno di Rendimento (o TIR o IRR, acronimo dall'inglese *Internal Rate of Return*) è un indice di redditività finanziaria di un flusso monetario. Nel caso più comune di un investimento, rappresenta il tasso composto annuale di ritorno effettivo che questo genera; in termini tecnici rappresenta il rendimento di un investimento.

Il disciplinare di gara ha posto un TIR di progetto a base d'asta dell'8%, prevedendo nell'allegato 5 che sulla base delle ipotesi formulate "*risulta una condizione di equilibrio economico e finanziario caratterizzata dai seguenti indicatori di sintesi: TIR di progetto pari a 9,15%*

In considerazione delle possibili differenti combinazioni economiche e finanziarie rispetto alle simulazioni condotte dall'amministrazione, si pone come base di gara per il TIR il valore dell'8%". Nella fattispecie in esame l'appellante principale ha proposto un TIR dell'8,18%, mentre l'appellante incidentale un TIR del 7,61%. Da qui le richieste incrociate di esclusione, fondate sulle opposte considerazioni di ritenere peggiorativo un TIR rispettivamente superiore o inferiore a quello posto a base di gara. L'8% quale ammontare del TIR posto a base di gara non rappresenta una soglia invalicabile per le imprese offerenti, in quanto risultato di un calcolo attendibile, ma non certo operato dalla stazione appaltante, che evidentemente non può prevedere, sostituendosi alle imprese offerenti, il valore degli elementi che queste possono disporre per operare il calcolo del TIR. Pertanto, la misura dell'8% rappresenta solo un valore di attendibilità, considerato che il calcolo del TIR si ottiene risolvendo l'equazione del valore annuale netto con il tasso di attualizzazione. Da ciò deriva la presenza di oscillazioni rispetto al parametro individuato dalla stazione appaltante che nella misura minima di scostamento

indicato da entrambe le odierne appellanti non consente di ritenere che alcuna delle due offerte sia peggiorativa e andasse pertanto esclusa.

9.2. Stessa sorte segue anche la censura con la quale l'appellante incidentale sostiene che l'offerta dell'appellante principale sarebbe irricevibile, perché difetterebbe di un elemento essenziale essendo il TIR di progetto calcolato secondo modalità differenti da quelle previste nella *lex specialis*. Come correttamente rilevato dal Giudice di prime cure, infatti, anche a voler ritenere fondato il ragionamento dell'appellante principale, lo stesso condurrebbe ad un valore di TIR diverso da quello indicato nell'offerta dall'appellante principale con conseguente diverso computo del punteggio all'offerta dalla stessa presentata, ma da ciò comunque non deriverebbe la sua esclusione dalla gara.

9.3. Con altro motivo di doglianza l'appellante incidentale evidenzia che l'originaria ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa per non aver esplicitato le modalità di calcolo dei prezzi anche se si è discostato dai prezzi indicati nel progetto preliminare, così violando l'art. 32, comma 2, d.P.R. n. 207/2010. Una simile conclusione non è, però, condivisibile dal momento che l'art. 32 comma 2, dispone che il prezzo viene determinato mediante analisi, ma non fa riferimento anche alla necessità di esplicitarne le modalità, né un simile obbligo risulta previsto dalla *lex specialis*.

9.4. Con una censura più articolata l'appellante incidentale contesta che l'originaria ricorrente principale avrebbe modificato nell'offerta tecnica alcuni elementi che secondo l'allegato 2 del disciplinare di gara non potevano essere modificati (numero di stazioni, passerella di sicurezza, area di manutenzione, lunghezza del tracciato). Il progetto preliminare dell'appellante non terrebbe conto delle varianti. In particolare, nell'area di manutenzione non ci sarebbero accessi alla rete, come risulta dalla circostanza che le due cabine Enel sarebbero collocate al di fuori.

Occorre sul punto rilevare che l'offerta dell'appellante principale prevede la realizzazione di tre stazioni con futura possibilità di realizzarne una quarta, mantenendo a disposizione l'area necessaria. Una simile soluzione deriva dall'accorpamento dell'area manutenzione con la stazione parcheggi e pone in campo una scelta progettuale che rielabora gli elementi dell'offerta tecnica senza però modificarli, giacché tutte le fermate ritenute necessarie dalla stazione appellante risultano correttamente individuate.

La scelta progettuale relativa alla passerella di sicurezza, invece, è censurata per la discontinuità causata dalla collocazione dell'impianto di lavaggio lungo la via di corsa. In sede di offerta, però, l'appellante principale ha proposto una variante migliorativa che consente nella tratta di corrispondenza della stazione intermedia "Parcheggi scambiatori" di inserire la passerella di sicurezza su entrambi i lati della via di corsa, così garantendo la sicurezza degli utenti e degli operatori nell'area in cui sono presenti gli scambi che permettono l'incrocio del materiale rotabile. Pertanto, la censura esposta non può che essere respinta.

Per ciò che attiene, invece, all'area di manutenzione, l'odierna appellante principale ha documentato due punti di consegna di media tensione, da posizionarsi nelle immediate adiacenze della stazione intermedia, sicché appare smentito l'assunto dell'appellante incidentale secondo il quale ivi mancherebbero punti di accesso alla rete elettrica.

In ordine alla lunghezza del tracciato, deve rilevarsi che non vi è un interesse alla sua contestazione considerato che anche l'appellante principale la indica in mt. 1785, ossia in misura superiore a quella che questi presume massima di mt. 1780.

9.5. Con l'ultima delle censure disattese dal giudice di prime cure l'appellante incidentale si duole del fatto che l'appellante principale, pur avendo proposto numerose varianti migliorative, non avrebbe modificato gli elaborati in violazione

di quanto disposto a pag. 20 del disciplinare di gara e dall'art. 15, comma 3, del d.P.R. n. 207/2010.

Il riferimento all'art. 15, comma 3, non può portare a sancire l'illegittimità dell'omessa esclusione dell'appellante principale, considerato che la norma in questione rimette al RUP la valutazione in ordine alla necessità di integrare i livelli di definizione e i contenuti della progettazione. Non riscontrandosi un obbligo in capo al concorrente non se ne può ipotizzare a suo carico una sanzione espulsiva. Quanto, invece, al riferimento alla pag. 20 del disciplinare di gara, proprio dal contenuto richiamato dall'appellante incidentale si desume che l'obbligo gravante sul concorrente era quello di inserire nell'offerta tecnica le varianti migliorative e non un nuovo progetto preliminare. Pertanto, ciò che era richiesto al concorrente, era la predisposizione di elaborati progettuali esplicativi delle varianti migliorative, onere al quale l'appellante principale ha adempiuto in modo congruo rispetto alle indicazioni della *lex specialis*.

10. L'esame deve a questo punto spostarsi sull'appello principale nella parte in cui aggredisce i capi della sentenza di primo grado che hanno ritenuto fondate due doglianze del ricorso incidentale di prime cure relativi a vizi dell'offerta dell'originario ricorrente principale.

10.1. L'impostazione seguita dal primo Giudice merita conferma. Il paragrafo 1 al punto 5 del disciplinare di gara prevede "*...l'obbligo assoluto di rispettare il termine del 31/12/2015 per l'entrata in esercizio operativo dell'opera, collaudo, rendicontazione completa di tutte le opere*", mentre l'odierna appellante ha previsto la fine lavori in data 31/12/2015 e l'inizio dell'operatività a regime in data 1/1/2016. In particolare, il piano economico finanziario, che fa parte dell'offerta economica, dell'appellante principale al paragrafo 3.1. rubricato "*Date di riferimento*" indica nel gennaio 2016 l'entrata in esercizio operativo. Con l'odierno gravame d'appello l'appellante sostiene che dovrebbe prevalere l'impegno contenuto nel cronoprogramma di

assicurare l'entrata in esercizio entro il 31/12/2015, senonché ai sensi dell'art. 116, d.P.R. n. 207/2010 e dell'art. 143, comma 7, d.lgs. 163/2006, è il piano economico finanziario, come peraltro previsto dal disciplinare di gara, a dover prevedere la tempistica per determinare la copertura degli investimenti e della connessa gestione, nonché la durata della concessione e tutti gli altri elementi tra i quali proprio al par. 1 del disciplinare di gara è compreso l'obbligo assoluto di rispettare il termine del 31 dicembre 2015 per l'entrata in esercizio operativo dell'opera che incide come evidente sulla durata della concessione stessa. Inoltre, non appare convincente la critica portata al ragionamento del Giudice di prime cure, in ordine all'ambiguità del bando di gara che prevede che anche il collaudo sia concluso entro il termine ivi previsto. In disparte la circostanza che il bando di gara non è stato oggetto di impugnazione, non può infatti che convenirsi con quanto deciso dal TAR, che in modo chiaro il disciplinare di gara impone la messa in esercizio entro il 31 dicembre 2015, data entro la quale deve evidentemente essere posto in essere anche il collaudo dell'opera.

In definitiva la censura esposta nel ricorso incidentale di primo grado appare corretta.

10.2. Va, inoltre, confermata anche la soluzione prescelta dal giudice di primo grado in merito alla riscontrata violazione dell'art. 15 ("Disposizioni preliminari per la progettazione dei lavori e norme tecniche") del Regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici, che al comma 12 prevede: *"Tutti gli elaborati devono essere sottoscritti dal progettista o dai progettisti responsabili degli stessi nonché dal progettista responsabile dell'integrazione fra le varie prestazioni specialistiche"*. Non può, infatti, convenirsi con quanto dedotto nel gravame principale, ossia che né il disciplinare di gara né il suo allegato 2 prevedevano che il concorrente predisponesse o presentasse un progetto preliminare, né richiamavano le norme sui progetti per la presentazione dell'offerta tecnico organizzativa. Pertanto,

sarebbe stata sufficiente la sottoscrizione dei legali rappresentanti delle società, e anche diversamente opinando sarebbe sufficiente la firma dell'Arch. Salvatore Re responsabile legale e direttore della Leonardo s.r.l., mentre non poteva ritenersi necessaria la firma di un ingegnere stante l'assenza di una simile indicazione nel bando di gara.

Gli argomenti proposti dall'appellante principale non appaiono convincenti, in quanto il disciplinare di gara a pag. 20, punto 1, lett. a), rinvia esplicitamente a quanto stabilito dal d.P.R. n. 207/2010 in tema di progettazione preliminare che al punto 1, lett. d), precisa che le eventuali varianti migliorative dovranno rispettare quanto riportato nel documento "allegato 2 Prescrizioni per la progettazione preliminare". Appariva, pertanto, necessaria, in omaggio alla regola contenuta nel comma 12 dell'art. 15, d.P.R. 207/2010, un'assunzione di responsabilità da parte di un progettista responsabile e non come prospettato dall'appellante principale di un mero legale rappresentante anche se architetto. Tutti gli elaborati progettuali a corredo delle varianti migliorative, infatti, dovevano assicurare la conformità urbanistica del "*progetto preliminare presentato in sede di gara...*". Da qui la necessità del rispetto di quelle cautele e regole richieste per la stessa predisposizione del progetto preliminare.

Né in senso contrario vale opporre che il progetto preliminare a base di gara confezionato dalla stazione appaltante non sarebbe stato sottoscritto dai progettisti che risulterebbero solo indicati, atteso che, pur qualora dovesse ritenersi non sufficiente la mera indicazione dei progettisti della stazione appaltante, un'eventuale deficit di questo tipo non esonererebbe l'offerente dall'obbligo di cui al citato comma 12, dell'art. 15.

11. La fondatezza delle due censure sopra indicate impone di esaminare gli identici motivi simmetrici escludenti contenuti nell'appello principale con i quali è contestata la carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione.

Tanto in omaggio ai principi fissati dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, ossia quelli individuati nella parte in fatto al 3.1. lett. h), i), n).

11.1. Con la prima delle citate doglianze l'appellante principale si duole del fatto che l'odierna appellante incidentale non avrebbe assunto l'obbligo di affidare a terzi nemmeno una parte minima dei lavori. Tale vizio non ha carattere escludente, perché, come si desume dal punto 4 del disciplinare di gara riguarda prescrizioni contrattuali, ossia un obbligo che attiene ad una fase successiva all'aggiudicazione.

11.2. La censura di cui alla lett. i), non può essere accolta per le ragioni specificate *supra* al punto 8.1. della parte in diritto.

11.3. Stessa sorte merita la censura di cui alla lett. n), con la quale l'appellante principale si duole della presunta violazione del disciplinare di gara per avere l'appellata prodotto un'offerta tecnica non conforme in ordine: a) alla superiore lunghezza del tracciato proposto; b) mancanza di indicazione del grado minimo di affidabilità; c) posti minimi; d) larghezza della passerella; e) attività di messa in servizio.

11.3.1. Quanto alla lunghezza del tracciato, analoga censura già disattesa proponeva anche l'appellante incidentale, deve infatti rilevarsi che la disciplina di gara nel far riferimento alla lunghezza del tracciato distingue a seconda che si riferisca alla lunghezza totale del percorso indicata in 1780 mt., ovvero alla lunghezza sviluppata dal percorso pari a 1785,23 mt. dovendosi ricomprendere la lunghezza di extracorsa di sicurezza delle vetture nelle stazioni terminali.

11.3.2. In ordine, invece, alla mancanza di indicazione del grado minimo di affidabilità l'appellante incidentale nella relazione specialistica precisa che: *“il sistema è progettato per ottenere l'affidabilità minima del 99,90%”*.

11.3.3. Neppure la doglianza relativa alla capacità richiesta ed al numero di stazioni appare fondata in quanto l'originaria ricorrente incidentale ha dimostrato

attraverso la produzione documentale anche in caso di realizzazione della quarta stazione la possibilità di soddisfare la capacità richiesta.

11.3.4. Quanto, infine, alla passerella di sicurezza dagli atti già depositati in primo grado si evince che la stessa avrà una larghezza di 90 cm. al netto di ogni presunta sporgenza.

12. Restano assorbite tutte le altre censure contenute nell'appello principale e nell'appello incidentale.

13. L'appello principale non può, quindi, nei termini sopra indicati trovare accoglimento, sicché l'appello incidentale va dichiarato improcedibile, e deve essere confermata con diversa motivazione la sentenza impugnata, in ragione della diversa dinamica dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale tratteggiata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, che il Collegio ha inteso seguire in questa sede. Scelta quest'ultima che ha portato ad esaminare il merito delle censure contenute nel ricorso principale che il primo Giudice riteneva di non scrutinare, affidandosi all'interpretazione dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale prevalente nel diritto vivente al tempo della decisione, rappresentato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011.

14. Nella particolare complessità e novità delle questioni trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale, dichiara improcedibile l'appello incidentale e conferma con diversa motivazione la sentenza impugnata.
Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/10/2014

IL SEGRETARIO

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