

**N. 00687/2011REG.SEN.**

**N. 04206/2010 REG.RIC.**

**N. 04250/2010 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4206 del 2010, proposto da: Quadratec Srl (Già Quadrio Curzio Spa) in P. e Q. Mandataria Ati, Ati - Coedil Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Maria Alessandra Sandulli, Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto presso Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele 349;

***contro***

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Izzo, Maria Teresa Maffey, Maria Rita Surano, con domicilio eletto presso Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, 3; Commissario Straordinario Per il Traffico;

***nei confronti di***

Milano Parking Srl, La Torrazza Scrl, Sgc Italia Spa, Comer Srl, Parcheggi Per Milano Srl, Imco 4 Scrl, La Grande Milano Scrl, Milano Centro Scrl, Pac Spa, La Ducale Spa, Codelfa Spa, Ing. Claudio Salini Grandi Lavori Spa Già Salini Locatelli Srl; Consorzio Cogepre, rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Biagetti,

Federico Cappella, con domicilio eletto presso Vittorio Biagetti in Roma, via A.Bertoloni N.35;

sul ricorso numero di registro generale 4250 del 2010, proposto da: Ing. Claudio Salini Grandi Lavori Spa in P. e Q.Le Mandataria Ati, Ati Coedil Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Pierfrancesco Palatucci, Gianluigi Pellegrino, Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11;

***contro***

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Izzo, Maria Teresa Maffey, Maria Rita Surano, con domicilio eletto presso Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, 3; Commissario Straordinario Per il Traffico, Milano Parking Srl, La Torrazza Srl, Sgc Italia Costruzioni e Appalti S.p.A., Parcheggi Per Milano Srl, Imco 4 Srl, La Grande Milano Srl, Milano Centro Srl, La Ducale Spa, Comer Srl, Pac Spa, Codelfa S.p.A.; Consorzio Cogepre, rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Biagetti, Federico Cappella, con domicilio eletto presso Vittorio Biagetti in Roma, via A.Bertoloni N.35; Quadratec Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Giancarlo Tanzarella, Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele 349;

***per la riforma***

quanto al ricorso n. 4206 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione I n. 01159/2010, resa tra le parti, concernente ASSEGNAZIONE LOCALIZZAZIONE WASHINGTON PER REALIZZAZIONE PARCHEGGI PERTINENZIALI

quanto al ricorso n. 4250 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione I n. 01159/2010, resa tra le parti, concernente ASSEGNAZIONE LOCALIZZAZIONE WASHINGTON PER REALIZZAZIONE PARCHEGGI PERTINENZIALI

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Consorzio Cogepre e di Comune di Milano e di Consorzio Cogepre e di Quadratec Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2010 il Cons. Sergio De Felice e uditi per le parti gli avvocati Sandulli, Resta su delega di Izzo, e Biagetti Palatucci, Biagetti, Sandulli, Pellegrino Giovanni su delega di Pellegrino Gianluigi, e Resta su delega di Izzo.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso notificato in data 2 luglio 2009 proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio proponeva ricorso r.g.n.6771 del 2008 la società Quadratec spa (già Quadrio Curzio spa), in proprio e quale mandataria della Ati costituenda con Coedil, agendo per l'annullamento del provvedimento del sindaco di Milano, quale Commissario per il traffico, di approvazione degli atti di gara per la assegnazione del diritto di superficie per novanta anni della localizzazione "Washington" al fine della realizzazione di parcheggi pertinenziali, dei verbali e degli atti di gara, in particolare dei verbali nella parte in cui dichiarano la inammissibilità della offerta Quadrio Curzio, oltre che eventualmente della indizione di nuova gara laddove si assume che la gara per la assegnazione del diritto di superficie per la costruzione di tre parcheggi nella localizzazione di via Washington sia andata deserta e approva gli atti di una nuova gara.

Il ricorso era stato dapprima proposto dinanzi al TAR Lombardia che (sezione III, sentenza 23 maggio 2006) aveva accolto il ricorso; proponeva appello il Comune di Milano; questo Consesso, sezione V, accoglieva la richiesta cautelare di sospensione della esecutività della sentenza con ordinanza n.6425 dell'11 dicembre 2007; con sentenza n.3969 del 20 agosto 2008 il Consiglio di Stato accoglieva l'appello, annullando la sentenza impugnata e dichiarando la competenza funzionale del TAR Lazio, fissando il termine per la riassunzione della causa, che veniva riassunta nei termini.

In tale giudizio si costituiva in resistenza il Comune di Milano; si costituiva ad adiuvandum la Claudio Salini Grandi Lavori, quale cessionaria del ramo d'azienda della Quadratec interessato alla gara; si costituiva in resistenza il Consorzio Stabile Cogepre Costruzioni, unica impresa riammessa alla procedura concorsuale, a seguito di ricorso proposto e accolto dinanzi al TAR Lombardia (sentenza 5 dicembre 2006, n.2867, terza sezione), con sentenza appellata dinanzi al Consiglio di Stato dal Comune di Milano, il cui appello veniva però dichiarato irricevibile per tardività, con decisione resa in forma semplificata (Consiglio di Stato, V, 28 marzo 2008, n.1295).

Alla gara per la assegnazione del diritto di superficie avevano partecipato la Quadratec e altre dodici imprese; una delle partecipanti veniva esclusa dalla gara; le altre dodici proposte venivano ritenute inammissibili per il mancato rispetto delle prescrizioni tecniche; dagli atti di gara risultava comunque la graduatoria, nella quale la offerta di Quadratec figurava prima classificata.

Nella seduta del 2 novembre 2005 la Commissione comunicava l'intendimento di proporre al Commissario la non assegnazione delle aree, alla cui proposta aderiva il medesimo Commissario con atto del 22 novembre 2005, nel quale preannunciava la intenzione di bandire una nuova procedura di gara, indetta con provvedimento del 29 novembre 2005, n.569.

Il giudice di primo grado provvedeva nel seguente modo: 1) in via preliminare rigettava la eccezione, sollevata dal Comune di Milano, di inammissibilità del ricorso perché non proposto anche dalla Coedil, con la quale Quadratec aveva partecipato in costituenda Ati; 2) rigettava la eccezione di tardività dei motivi aggiunti proposti avverso la delibera di nuova indizione di gara, sulla base della asserita applicazione dei termini dimezzati, sostenuta dall'amministrazione appaltante, in quanto questione giuridica non ancora risolta, sebbene già rimessa alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato; 3) rigettava la eccezione, pure sollevata dal Comune di Milano, di sopravvenuto difetto di interesse sulla base del decorso di lungo periodo e della elezione della città di Milano a sede dell'EXPO 2015, in assenza di atti di revoca della procedura in questione; 4) nel merito rigettava i motivi di ricorso, ritenendo giustificata e esente dalle mosse censure – oltre che espressione tipica del merito insindacabile, se non limitatamente, in sede giurisdizionale - la valutazione di inammissibilità della proposta in ordine ai seguenti aspetti tecnici: a) varianti migliorative; b) viabilità in costanza di cantiere; c) cronoprogramma; d) pozzo.

Avverso tale sentenza, ritenendola errata e ingiusta, propone appello (r.g.n.4206 del 2010) la Quadratec srl deducendo i seguenti motivi:

- 1) in primo luogo il bando prevedeva solo precise cause di esclusione dalla gara e solo macroscopiche violazioni avrebbero potuto portare alla esclusione dei progetti dalla gara; a maggior ragione, poiché si trattava di gara informale, non residuava alcuna discrezionalità in favore della amministrazione al fine di escludere le offerte compatibili con le caratteristiche stabilite nella relazione tecnica;
- 2) in ordine alla viabilità di cantiere, ai tempi di costruzione, alle rampe di accesso, al pozzo, sostiene la ammissibilità del progetto per completezza della prodotta documentazione;
- 3) deduce e ripropone i vizi di illegittimità derivata proposti con motivi aggiunti.

In tale giudizio si è costituito il Comune di Milano chiedendo il rigetto dell'appello perché infondato; si è costituito altresì il Consorzio Stabile COGEPRE Costruzioni chiedendo il rigetto dell'appello perché infondato.

Avverso la medesima sentenza ha proposto appello (r.g.n.4250 del 2010) la ing. Claudio Salini Grandi Lavori spa, avente causa della Quadrio Curzio spa, poi Quadratec spa che deduce i seguenti motivi di appello:

- 1) omessa valutazione degli effetti del giudicato derivante dalla sentenza del TAR Lombardia passata in giudicato, favorevole a Cogepre, che avrebbe dovuto fare riammettere tutte le offerte, già dichiarate inammissibili, a una nuova rivalutazione;
- 2) extrapetizione e comunque erroneità della sentenza laddove ha ritenuto legittimo l'operato dell'amministrazione che ha dichiarato inammissibili le proposte progettuali, pur conformi alle prescrizioni di gara, in quanto ritenute non rispondenti al sostanziale interesse pubblico sotteso al bando;
- 3) ribadisce la conformità della proposta di Quadratec alle prescrizioni di gara quanto alla viabilità in costanza di cantiere, al crono programma, alla adeguatezza delle rampe di accesso ai parcheggi, ai sottoservizi esistenti; deduce che eventuali incongruenze avrebbero potuto essere affrontate e superate a mezzo di chiarimenti, anche tenendo conto della circostanza per cui era prevista la possibilità di apportare varianti migliorative alla proposta progettuale; fa presente che a seguito della su menzionata del TAR Lombardia l'amministrazione non avrebbe soltanto eseguito, ma avrebbe autonomamente rivalutato la proposta.

In tale giudizio si è costituito il Comune di Milano chiedendo rigettarsi l'appello; si è costituita la società Cogepre deducendo la inammissibilità dell'appello (perché proposto da interveniente ad adiuvandum e perché dedotta la violazione del giudicato, non dedotta in primo grado) e in ogni caso chiedendone il rigetto perché infondato; si è costituita anche la società Quadratec chiedendo invece l'accoglimento dell'appello.

Alla udienza pubblica del 17 dicembre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. In via preliminare, va disposta la riunione, che è obbligatoria ai sensi di legge, trattandosi di appelli proposti avverso la medesima sentenza, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo.

Si ritiene di poter prescindere dalle eccezioni preliminari attinenti da un lato alla mancanza di legittimazione ad impugnare della Ing. Claudio Salini spa e dall'altro lato della violazione dei motivi nuovi in appello, in quanto l'appello è comunque infondato nel merito e quindi da rigettare.

Il Collegio osserva per completezza che: il successore a titolo particolare, quale deve intendersi l'acquirente del ramo di azienda che coinvolge anche la gara per la quale sussiste una controversia risolta con sentenza, deve ritenersi legittimato a impugnare, indipendentemente dal suo intervento nella precedente fase di giudizio, in quanto non è terzo ma parte, ai fini della previsione di cui all'art. 2909 c.c., avendo acquistato il ramo d'azienda che nel frattempo le ha fatto assumere la qualità di partecipante alla gara; in relazione invece alla dedotta inammissibilità del motivo nuovo in appello – di violazione del giudicato derivante da sentenza del TAR Lombardia – si può prescindere dall'esaminare la rilevabilità o meno di ufficio del vizio di violazione del giudicato, in quanto, più propriamente, deve rilevarsi che chiaramente, per la sentenza, proprio per l'invocato principio secondo cui la statuizione derivante da sentenza passata in giudicato fa stato solo tra le parti, i loro eredi e i loro aventi causa, l'obbligo dell'amministrazione di provvedere a una rinnovazione della valutazione delle proposte sussisteva soltanto nei confronti della parte che in quel giudizio (definito con sentenze del TAR Lombardia n. 2867 del 2006 e del Consiglio di Stato n.1295 del 2008) era risultata vittoriosa, e cioè la società Cogepre.

2. Con i due appelli si sostiene che il bando prevedeva solo precise cause di esclusione dalla gara e solo macroscopiche violazioni avrebbero potuto portare alla esclusione dei progetti dalla gara; a maggior ragione poiché si trattava di gara informale, non residuava alcuna discrezionalità in favore della amministrazione al fine di escludere le offerte compatibili con le caratteristiche stabilite nella relazione tecnica.

Il motivo è infondato.

E' evidente che - in disparte la considerazione che le censure mosse si appuntano avverso scelte caratterizzate da ampia discrezionalità, anche di tipo tecnico, soltanto limitatamente sindacabili dall'adito giudice amministrativo - il giudizio di inammissibilità delle proposte di gara era in sostanza un vero e proprio giudizio di inidoneità delle medesime soluzioni progettuali presentate, giudizio conclusosi con il provvedimento che solo formalmente viene definito di inammissibilità ma che in sostanza non è da qualificarsi sub specie di esclusione dalla gara; inoltre, la invocata informalità della gara fa ritenere maggiormente ampio, piuttosto che più limitato, lo spazio di discrezionalità solitamente riservato alla amministrazione, a maggior ragione rispetto alle esigenze emergenziali sottese.

In definitiva, non ha alcun senso, al proposito della gara in questione, richiamare il pacifico principio della tassatività delle cause di esclusione, in quanto deve distinguersi logicamente tra valutazione negativa della proposta, come nella specie, e esclusione dalla procedura concorsuale.

3. In ordine ai motivi di appello che sostengono la bontà dei profili tecnici ritenuti incongrui, inadeguati o insufficienti dalla Commissione, il Collegio non può non richiamare il consolidato principio per cui la valutazione (negativa) delle offerte operata da una commissione di gara è espressione di un'ampia discrezionalità che impinge nel merito dell'azione amministrativa e come tale sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salve le ipotesi di manifesta irragionevolezza,



illogicità, irrazionalità, arbitrarietà o di travisamento dei fatti (ex plurimis, Consiglio Stato , sez. V, 29 ottobre 2009, n. 6688).

Volendo comunque esaminare i profili tecnici, sui quali si soffermano i motivi di entrambi gli appelli, sia pure nella sindacabilità limitata sopra ricordata e che questo Giudicante ritiene di dover rispettare, il Collegio osserva che:

a) la descrizione delle metodologie adottate per il mantenimento della viabilità (due corsie di scorrimento attraverso passerelle della dimensione di 3,5 metri ciascuna) è stata ritenuta “insufficiente tenuto conto della presenza di traffico pesante, dei mezzi pubblici e, soprattutto, delle attività commerciali che necessitano di spazi di sosta per il carico e lo scarico delle merci”;

b) i cronoprogrammi relativi a due degli interventi previsti (Procopio e Costanza) sono stati ritenuti “palesamente incongrui, tenuto conto delle dimensioni dei parcheggi e delle condizioni da mantenere relativamente alla viabilità. Il cronoprogramma, inoltre, non riporta nulla circa le fasi di lavoro per la viabilità di cantiere”;

c) la scelta di rampe circolari a doppio senso di marcia per i tre parcheggi non è stata ritenuta compatibile con l'attuale assetto viabilistico e difforme dalle previsioni dell'isola ambientale; inoltre il parcheggio Procopio prevede un sistema di rampe non ritenuto adeguato dal punto di vista funzionale (in relazione al tempo di uscita dal parcheggio) e viabilistico (in relazione all'accumulo di flussi veicolari sulla viabilità ordinaria); la Commissione ha ritenuto indispensabile un numero doppio di rampe di accesso e di uscita;

d) in relazione alle interferenze con i sottoservizi, la inammissibilità della proposta è stata dovuta anche alla valutazione che non è stata considerata in sede progettuale la presenza del pozzo dell'acquedotto presente nell'area del parcheggio di via Caboto.

In definitiva, il Collegio rileva che tutte le espressioni utilizzate dalla Commissione nel giudizio di inidoneità della proposta (sia pure sub specie di inammissibilità) scendendo nel merito tecnico della proposta medesima (insufficiente, non adeguato, non congruo, non considerato, non compatibile, palesemente incongrui) sono espressione da un lato di giusto approfondimento in sede tecnica e dall'altro lato non sono oltremodo sindacabili dall'adito giudice amministrativo, se non per profili di macroscopici errori o illogicità, invero neanche rappresentati come tali e se non a costo di una inammissibile ripetizione delle valutazioni effettuate in sede di procedura concorsuale.

Infine, non può condividersi la deduzione, svolta dall'appellante Salini, secondo cui l'amministrazione avrebbe autonomamente rivalutato la proposta dopo la sentenza del TAR Lombardia, essendo evidente che, a parte la caducazione di quella sentenza, la attività era da qualificarsi di mera ottemperanza – e non acquiescenza o altro - alla decisione giurisdizionale a quell'epoca da eseguirsi.

4. Per le considerazioni sopra svolte, previa riunione degli appelli, entrambi vanno respinti in quanto infondati, con conseguente conferma della impugnata sentenza.

Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quarta, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, così provvede:

previa riunione degli appelli, li respinge. Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 17 dicembre 2010, con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Anna Leoni, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere, Estensore

Raffaele Greco, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2011

IL SEGRETARIO

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