Pubblicato il 04/12/2017

N. 05694/2017REG.PROV.COLL.

N. 09003/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9003 del 2015, proposto da:

Bilfinger Sielv Facility Management s.r.l., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Sof s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Alberto Quaglia e Gennaro Terracciano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gennaro Terracciano in Roma, piazza S. Bernardo, n. 101;

contro

Regione Liguria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Pafundi e Michela Sommariva, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14a/4;

nei confronti di

Siram s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Piergiorgio Alberti, Alberto Bianchi ed Andrea Fantappie', con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marco Selvaggi in Roma, via Nomentana, n. 76;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Liguria, Sezione II, n. 00728/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei servizi per la gestione e la manutenzione di immobili.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Liguria e della Siram s.p.a., che hanno entrambe spiegato appello incidentale;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2017 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Mario Alberto Quaglia, Annunziata Abbinente, su delega dell'avv. Terracciano, Gabriele Pafundi e Piergiorgio Alberti;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il R.T.I. con mandataria Bilfinger Sielv Facility Management s.r.l. ha interposto appello avverso la sentenza definitiva 11 settembre 2015, n. 728 del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, Sez. II, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dal R.T.I. con mandataria Siram s.p.a. avverso l'aggiudicazione definitiva in favore dell'appellante del servizio integrato per la gestione e manutenzione degli immobili in uso alle Amministrazioni, nonché avverso la sentenza non definitiva dello stesso Tribunale 23 aprile 2015, n. 386, di reiezione di alcuni motivi del ricorso Siram, e contestualmente disponente una verificazione tecnica.

Con bando in data 28 maggio 2014 la Regione Liguria ha indetto una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi integrati per la gestione e manutenzione degli immobili in uso alle Amministrazioni di cui all'art. 6 della l.r. Liguria n. 13 del 2013; la durata dell'appalto è stata fissata in sessanta mesi e l'importo massimo indicato nel bando era pari ad euro 14.520.000,00; il criterio di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il servizio si basa sulla stipulazione di una convenzione cui le Amministrazioni contraenti potranno aderire con singoli contratti attuativi, consistenti in ordinativi di fornitura.

Alla procedura di gara hanno partecipato quattro operatori ed all'esito è risultato aggiudicatario il R.T.I. Bilfinger.

Con il ricorso di primo grado il raggruppamento Siram ha impugnato l'aggiudicazione, proponendo anche motivi aggiunti, deducendo, tra l'altro, la violazione del principio di correttezza e di *par condicio* (in relazione alla conoscenza del punteggio relativo all'offerta economica antecedentemente alla seduta pubblica), il difetto di istruttoria, anche in relazione all'incompetenza professionale (in materia di *facility management*) del presidente della commissione giudicatrice, l'irragionevolezza ed il vizio motivazionale (in relazione anche alla idoneità tecnica dei componenti della Commissione).

2. - La sentenza parziale n. 386 del 2015 ha respinto i primi sette motivi del ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti nono, decimo, undicesimo e dodicesimo, disponendo, mediante rinvio a successiva ordinanza, istruttoria sul quarto motivo di ricorso e sull'ottavo motivo aggiunto, ed in particolare una verificazione tecnica sulla corretta attribuzione dei punteggi a Siram ed a Bilfinger in relazione a specifici parametri.

La sentenza definitiva n. 728 del 2015, all'esito della esperita verificazione tecnica (che ha accertato una criticità nella sola attribuzione del punteggio relativo al

parametro "B4"-"sistema di monitoraggio e controllo", implicante la riparametrazione del punteggio in favore dell'offerta in favore di Siram di un limitato 0,10 di punto), ha accolto il ricorso, nell'assunto della sostanziale equivalenza delle offerte presentate dalle due partecipanti, tale da non giustificare un divario di attribuzione di punteggio, come invece ritenuto dalla commissione giudicatrice, per l'effetto annullando l'aggiudicazione in favore di Bilfinger.

3. - L'appello critica le sentenze deducendone l'erroneità per irragionevolezza e carenza di motivazione sotto plurimi profili, che verranno di seguito esaminati.

4. - Si è costituito in resistenza il R.T.I. Siram che ha proposto appello incidentale condizionato (per l'ipotesi di accoglimento dell'appello principale di Bilfinger) nei confronti delle statuizioni di rigetto del ricorso di primo grado contenute principalmente nella sentenza non definitiva.

5. - Ha altresì proposto appello incidentale (a valere anche come appello autonomo) la Regione Liguria chiedendo, in riforma della sentenza appellata, una pronuncia declaratoria dell'inammissibilità del ricorso di primo grado o comunque di rigetto del medesimo.

6. - Con ordinanza 25 marzo 2016, n. 1235 la Sezione ha disposto una consulenza tecnica d'ufficio sul contenuto delle offerte presentate dal R.T.I. Bilfinger e dal R.T.I. Siram, in relazione agli elementi di valutazione A1, B1, B3, B4 ed E2 della *lex specialis* della procedura, officiando all'uopo il direttore del Dipartimento di Ingegneria Strutturale, Edile e Geotecnica del Politecnico di Torino od un suo delegato.

La C.T.U. è stata espletata mediante deposito nella Segreteria di questa Sezione di una relazione in data 16 gennaio 2017.

7. - All'udienza pubblica del 23 marzo 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-Il primo motivo dell'appello principale censura la sentenza parziale nell'assunto che abbia disposto una verificazione tecnica sull'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche delle imprese parti del presente giudizio, senza peraltro rilevare previamente un'irragionevolezza od incongruità nella valutazione operata dal seggio di gara. Analogamente, il verificatore, pur rilevando la discrezionalità della valutazione tecnica compiuta dalla Commissione giudicatrice ed in assenza di un'accertata illogicità o di alcun errore di fatto, ha ritenuto di poter riformulare il coefficiente moltiplicativo dei diversi sub-criteri relativi ai parametri oggetto di verificazione, con l'effetto finale di pervenire all'attribuzione di punteggi diversi. La sentenza definitiva, poi, ha riconosciuto al verificatore il compito di rinnovare le attività svolte dalla commissione giudicatrice e di riformulare le valutazioni, aderendo alle risultanze della disposta istruttoria (che ha concluso nel senso della sostanziale equivalenza delle offerte), consentendo così la sostituzione del giudizio dell'organo amministrativo con quello personale del verificatore.

Il motivo, seppure superato dall'istruttoria rinnovata in questo grado, circostanza che esime la Sezione dall'indugiare sul tema dell'estensione del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche, non appare fondato nella sua interezza.

Infatti la sentenza appellata ha chiarito che la verificazione si è resa necessaria in quanto il ricorso ed i motivi aggiunti avevano dedotto la disparità di trattamento, nell'assunto del contenuto corrispondente tra le offerte tecniche di Bilfinger e di Siram; ha inoltre chiarito che «*l'attribuzione di un diverso punteggio da parte del verificatore non si è risolto in una sostituzione del suo giudizio a quello della commissione ma semplicemente ha segnato il limite oltre il quale la fisiologica divergenza di esito propria della valutazione tecnica sconfina nell'uso non corretto del potere; tutto ciò, è bene ribadirlo, in chiave conservativa dell'esito della gara che non avrebbe potuto essere travolta ove le censure, pur fondate, non fossero state tali da alterare l'esito della gara*».

Come dire che l'attribuzione di un punteggio virtuale ha avuto solamente il fine del superamento della prova di resistenza, fermo restando che la verificazione, come pure la sentenza, si sono limitate ad accertare «*la sostanziale equivalenza delle offerte presentate dalle due partecipanti che non giustificava un divario di attribuzione di punteggio quale quello espresso dalla Commissione*».

2. - Il secondo motivo deduce la tardività dei motivi aggiunti (ed in particolare di quello che ha dato adito alla verificazione tecnica sulle offerte, ed in particolare in ordine al parametro A1), notificati in data 4 marzo 2015, nella considerazione che non rilevi la successiva (integrale) conoscenza dell'offerta tecnica da parte di Siram.

Il motivo è infondato, in quanto l'attività valutativa della commissione giudicatrice è stata contestata da Siram già con il quarto motivo del ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti hanno solamente ampliato il *thema decidendum* compatibilmente con la conoscenza, avvenuta il 3 febbraio 2015 anche per effetto della domanda di ostensione documentale, di quella parte dell'offerta tecnica di Bilfinger inizialmente segretata dalla stazione appaltante.

3. - Il terzo, il quarto il quinto ed il sesto motivo di appello, che possono essere scrutinati congiuntamente per la loro complementarietà, ribadiscono l'inammissibilità dei motivi quarto ed ottavo nella considerazione che impingerebbero nel merito di una valutazione riservata all'Amministrazione, attraverso un sindacato intrinseco non debole, come invece affermato dalla sentenza di prime cure; ciò risulterebbe confermato anche dalla richiesta al verificatore di attribuzione di un punteggio virtuale, che non è poi stato solo tale, in quanto detto punteggio è a fondamento della sostituzione del punteggio inizialmente attribuito dalla Commissione. Contesta inoltre l'appellante un'erronea lettura della verificazione tecnica da parte della sentenza appellata, e, da ultimo, più radicalmente, l'erroneità, anzitutto metodologica, della verificazione, priva di motivazione idonea a giustificare il parziale scostamento dagli esiti raggiunti dalla Commissione

giudicatrice, e comunque pervenuta a valutazioni che sono andate al di là dei vizi dedotti, senza il rispetto di un reale contraddittorio.

Il motivo è fondato nei termini che seguono.

Anzitutto, in disparte il profilo dell'inammissibilità delle censure, cui si è già fatto riferimento al precedente punto *sub* 1), la verificazione ha affermato la sostanziale corrispondenza od equivalenza delle offerte in relazione ai parametri esaminati (promozione, organizzazione e gestione della convenzione; sistema informativo gestionale e costituzione e gestione dell'anagrafica tecnica; programmazione e controllo operativo delle attività e procedure per la gestione dei servizi operativi; sistema di monitoraggio e controllo; descrizione delle azioni che saranno svolte nell'ambito della responsabilità sociale d'impresa) e ciò ha comportato, quale effetto, la riduzione del divario tra i punteggi attribuiti all'offerta tecnica di Bilfinger ed a quella di Siram, seppure nel quadro di una riaffermata superiorità dell'offerta tecnica di Bilfinger.

Tale verificazione è stata criticata con argomentazioni non prive di efficacia contenutistica e ciò ha evidenziato la necessarietà, per la Sezione, di disporre una consulenza tecnica di ufficio ai sensi dell'art. 67 Cod. proc. amm., allo scopo di descrivere il contenuto delle offerte presentate dal R.T.I. Bilfinger e dal R.T.I. Siram, in relazione a ciascuno dei criteri di valutazione A1, B1, B3, B4 ed E2 della *lex specialis* della procedura «*precisando se, in relazione a tali parametri, le due offerte presentino evidenti e manifesti elementi di differenziazione*».

La relazione di consulenza tecnica in appello ha evidenziato, pur a fronte di offerte strutturate su un capitolato speciale dettagliato e completo, elementi di differenziazione tra le due offerte, riportate sinteticamente nelle "conclusioni" in relazione ai cinque parametri. Tali elementi differenziali sono stati confermati dal consulente anche all'esito delle osservazioni dei consulenti tecnici di parte. Le differenze sono ravvisate, con riguardo al criterio A1, in relazione alla "gestione"

della convenzione, con riguardo al criterio B1, in relazione alla concezione del sistema informativo e per la gestione dell'anagrafe tecnica, con riguardo al criterio B3, in relazione alla descrizione delle modalità di programmazione e controllo, con riguardo al criterio B4, in relazione all'impostazione di contenuto e dei tempi dell'attività di monitoraggio e controllo; con riguardo al criterio E2, in relazione alle differenze di impostazione e di contenuto.

Le risultanze descritte dalla consulenza tecnica d'ufficio, nell'enucleazione degli elementi differenziali tra le due offerte, risultano corrette e consentono di escludere quell'identità tra le medesime che, nella prospettiva defensionale del R.T.I. Siram, non giustificherebbe diversi punteggi.

Ciò comporta l'accoglimento dell'appello principale del R.T.I. Bilfinger che, appunto, l'identità della propria offerta con quella di Siram ha contestato, nonché il corollario derivatone (a seguito della verificazione) della riattribuzione dei punteggi, con sostituzione di quelli assegnati dalla Commissione giudicatrice in modo non irragionevole, né fondato su di un'erronea presupposizione di fatto.

Osserva la Sezione che il giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche compiute dall'Amministrazione è tenuto, secondo un'ormai consolidata giurisprudenza, ad un sindacato c.d. debole, implicante un limite alla statuizione finale, nel senso che, dopo avere accertato in modo pieno i fatti ed avere verificato il processo logico-valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche o del buon agire amministrativo, anch'esse sindacabili, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre, fino ad esprimere proprie autonome scelte, atteso che, altrimenti, assumerebbe egli la titolarità del potere (in termini, tra le tante, Cons. Stato, IV, 4 febbraio 2014, n. 505; V, 25 gennaio 2016, n. 220). Ciò esime la Sezione da una disamina comparativa ed al contempo ponderale delle offerte, occorrendo, ai fini del decidere, solamente la dimostrazione della non

equivalenza delle offerte, e della non manifesta irragionevolezza della valutazione tecnica compiuta dall'Amministrazione.

4. - Un analogo ordine di argomenti induce ad accogliere l'appello incidentale della Regione Liguria, che ha incentrato i propri scritti difensivi sull'allegazione che lo stesso verificatore in primo grado non aveva riscontrato alcun macroscopico errore o scorretto esercizio della discrezionalità tecnica da parte della Commissione giudicatrice.

5. - Procedendo ora alla disamina dell'appello incidentale del R.T.I. Siram, va rilevato anzitutto che lo stesso si appunta principalmente sulla sentenza non definitiva n. 386 del 2015 del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria.

Il primo motivo censura la statuizione che ha disatteso i (primi due) motivi del ricorso introduttivo con i quali si lamentava l'anomala divulgazione dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche dei concorrenti nel "fax Allavena" del 6 novembre 2014, peraltro successivo alla conclusione della valutazione delle stesse offerte, risalente al 3 novembre, come risulta incontestabilmente dal verbale di gara n. 13, mentre tale notizia sarebbe dovuta inderogabilmente emergere solamente nell'ambito della seduta pubblica (a norma degli artt. 120 e 283 del d.P.R. n. 207 del 2010) ove vengono esaminate le offerte economiche, senza peraltro che la stazione appaltante abbia condotto un'adeguata istruttoria a questo riguardo.

La censura è infondata.

Pur nell'impossibilità di comprensione dell'anticipato disvelamento dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche in gara, appare corretta la sentenza appellata laddove ha rilevato che non risulta neppure contestata (in via conseguenziale) un'alterazione della *par condicio*, sì che la violazione del segreto d'ufficio, fattispecie di reato peraltro puntualmente segnalata al competente organo giurisdizionale, «*ponendosi in qualche modo a latere dello svolgimento della gara*» (pag. 8 della sentenza), non evidenzia di per sé, allo stato, un profilo di illegittimità. Ciò anche nella condivisibile considerazione che

una denuncia di per sé non può paralizzare un procedimento di gara. In ogni caso, alcun argomento è stato dedotto con elementi circostanziati, od anche solo ipotizzato nel senso di una mancata custodia delle offerte economiche od addirittura di una manomissione dei plichi contenenti le stesse, conseguenziale all'acquisita previa conoscenza dei risultati dell'offerta tecnica.

6. - Il secondo motivo dell'appello del raggruppamento Siram contesta il fatto che il presidente della commissione giudicatrice, dott. Nicola Poggi, nominato con decreto del 24 luglio 2014 in quanto dirigente del Settore Amministrazione Generale, abbia continuato a presiedere la Commissione per la conclusiva valutazione delle offerte economiche anche dopo che, con decorrenza 10 novembre 2014, era stato trasferito ad altro ufficio.

Anche tale motivo è infondato.

A prescindere dalla carenza di interesse eccepita dal raggruppamento Bilfinger, sotto il profilo della competenza del dott. Poggi, ad avviso della Sezione è sufficiente ricordare che l'art. 84, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che la commissione sia presieduta, di norma, da un dirigente della stazione appaltante. La sua competenza, al momento in cui gli è stato attribuito l'incarico, derivava dall'essere dirigente del Settore Amministrazione Generale della Regione e certamente non può ritenersi essere istantaneamente venuta meno dopo che è stato assegnato ad un diverso ufficio dirigenziale, in pendenza del procedimento di gara, e peraltro nella fase conclusiva della stessa, allorchè rimaneva da svolgere la valutazione delle offerte economiche, come noto, priva o caratterizzata da un basso tasso di discrezionalità. Può aggiungersi che nell'ordinamento vigente, pur non esistendo un principio di assoluta immodificabilità delle commissioni giudicatrici delle gare pubbliche di appalto, si ammette la deroga essenzialmente in caso di indisponibilità da parte di un commissario a svolgere le proprie funzioni,

possibilmente in fase antecedente all'inizio delle operazioni valutative (Cons. Stato, III, 25 febbraio 2013, n. 1169).

7. - Con il terzo motivo dell'appello incidentale si deduce poi che la documentazione di gara della mandante SOF s.p.a. del R.T.I. Bilfinger sia stata invalidamente sottoscritta da un procuratore speciale della società, legittimato ad impegnare la società solo per contratti di valore inferiore (fino ad un milione di euro) rispetto a quello messo in gara dalla Regione, avente base d'asta di euro 14.520.000,00.

Il motivo è infondato, in quanto si desume dalla procura speciale rilasciata in data 21 maggio 2014 all'ing. Luca Giancaterino che allo stesso è conferito, tra l'altro, il potere di «*concorrere alle gare, aste e licitazioni da chiunque indette, soggetti pubblici e privati, in Italia e all'estero, compiendo tutti gli atti a ciò necessari sempre che tali gare, aste e licitazioni abbiano ad oggetto contratti di appalto o concessione ivi compresa la presentazione di proposte in project financing per la fornitura di beni e servizi e/o per lo svolgimento di ogni altra attività rientrante nell'oggetto sociale, presentare le relative offerte e, in caso di aggiudicazione, sottoscrivere i relativi contratti*» (punto n. 20).

Non è dunque ravvisabile in questa materia una limitazione per valore del potere conferito al procuratore speciale, mentre tale limite emerge con riguardo ad altre competenze conferite con l'atto unilaterale dal legale rappresentante della società SOF all'ing. Giancaterino, che peraltro non assumono valore nella fattispecie controversa.

8. - Il quarto motivo contesta l'illegittima costituzione, con decreto direttoriale n. 257 in data 24 luglio 2014, della commissione giudicatrice, con particolare riguardo alla figura del presidente, dott. Poggi, laureato in Scienze Politiche, e quindi privo di specifiche competenze tecniche, e della componente ing. Franca Briano, dirigente del Servizio Prevenzione e Protezione della Provincia di Savona, in quanto tale componente esterna, nominata senza previa dimostrazione della carenza od indisponibilità di adeguata figura professionale nell'organico della Regione.

Anche tale motivo deve essere disatteso.

Quanto alla competenza tecnica del Presidente della commissione è sufficiente rinviare a quanto argomentato nel punto *sub* 6, aggiungendo per completezza che in giurisprudenza si è affermato come la competenza della Commissione possa ritenersi concretamente soddisfatta allorchè due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare (Cons. Stato, V, 16 gennaio 2015, n. 92); in particolare nel caso di specie non risulta contestata la competenza professionale dell'ing. Renata Briano e dell'ing. Francesco Zampini.

Quanto poi alla nomina di un componente esterno, l'ing. Briano, osserva la Sezione che la possibilità di ricorrere a professionalità esterne è consentita dall'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006; detta norma non impone alla stazione appaltante alcun obbligo di motivare in ordine alla scelta di nominare commissari esterni, limitandosi piuttosto a prescrivere che la stazione appaltante proceda alla verifica della predetta carenza prima di attingere a soggetti esterni. Può dunque ritenersi che la nomina di un componente esterno dà implicitamente atto della mancanza di personale interno all'Amministrazione professionalmente idoneo ad esaminare le offerte pervenute, salvo naturalmente verificare la sussistenza di tale presupposto. Ad attenuare il carattere di componente esterno dell'ing. Briano concorre peraltro la tipologia della gara, concernente gli immobili in uso della Regione e di alcuni specificati enti, ma anche gli immobili «*in uso a qualsiasi titolo ad altri Enti e pubbliche Amministrazioni aventi sede nel territorio della regione Liguria, i quali potranno aderire alla convenzione-quadro nel periodo di durata di cui all'articolo 4 del capitolato speciale d'appalto*», come si evince dall'art. 1 del disciplinare. Ciò significa che la Provincia di Savona, da cui proviene l'ing. Briano, facendo parte della Regione Liguria, bene potrebbe aderire alla convenzione,

circostanza, questa, idonea ad escludere una netta caratterizzazione come componente esterno della stessa.

9. - Il quinto motivo è poi incentrato sull'asserita contraddittorietà del contegno serbato dall'Amministrazione, che avrebbe dapprima, all'esito della comunicazione di preavviso di ricorso da parte di Siram, con nota in data 27 gennaio 2015, comunicato che il procedimento era stato rimesso in istruttoria, e poi, con nota del 24 marzo 2015, negato di avere avviato il riesame in via di autotutela della gara, contraddittorietà non rilevata dalla sentenza di prime cure.

Il motivo è infondato.

Come condivisibilmente rilevato dalla sentenza appellata, il motivo di doglianza riguarda atti posti a valle della conclusione della gara, aggiudicata con decreto dirigenziale 11 dicembre 2014, e dunque non direttamente refluenti sulla legittimità della gara. In ogni caso, come affermato dal Tribunale amministrativo, dalla lettura della nota del 27 gennaio 2015 non si evince l'intendimento della Regione (e, per essa, del responsabile del procedimento di affidamento) di avviare un procedimento di riesame in autotutela della gara. La nota in questione fa riferimento agli atti con i quali è stata consentita l'ostensione documentale alla Siram, ed, in conclusione, si limita a comunicare che «*si provvederà a comunicare alla Commissione giudicatrice delle offerte quanto evidenziato da codesta società*» in ordine alle presunte irregolarità e/o illegittimità nella disamina delle offerte tecniche e nell'attribuzione dei punteggi. Il che non significa certamente l'avvio di un procedimento di riesame, il cui atto prodromico non poteva che essere l'instaurazione del contraddittorio procedimentale, essendo ormai stata definitivamente aggiudicata la gara.

10. - Con il sesto mezzo si contesta il diniego opposto all'istanza di accesso ai documenti relativi al supplemento di istruttoria originata dalla nota del 27 gennaio 2015, e dunque inerente alla ipotizzata fase di riesame del procedimento di gara, ed

in particolare alle osservazioni della Commissione di gara sul preavviso di ricorso della Siram.

La sentenza appellata ha disatteso il motivo rilevando che l'impugnativa, mediante motivi aggiunti del 31 marzo 2015, del diniego all'ostensione documentale di cui alla nota del 24 marzo 2015 non sia stata fatta ai sensi dell'art. 116 Cod. proc. amm. e che pertanto l'istanza di accesso debba soggiacere alla regola generale per cui l'ostensione va valutata in relazione alla rilevanza ai fini del decidere della documentazione richiesta, concludendo poi nel senso della irrilevanza della stessa, in quanto concernente atti successivi allo svolgimento della gara, privi di alcuna refluenza sulla legittimità della gara.

Il motivo, seppure per ragioni parzialmente diverse da quelle esposte nella sentenza appellata, deve essere disatteso.

E' pur vero che i motivi aggiunti contengono una domanda finalizzata all'accertamento e declaratoria, ai sensi dell'art. 116 Cod. proc. amm., del diritto della Siram di prendere visione ed estrarre copia degli atti e della corrispondenza intercorsi tra il responsabile del procedimento e la Commissione giudicatrice relativi all'attività di riesame del procedimento di gara, ma è altrettanto vero che un procedimento di riesame, come chiarito in precedenza, non può ritenersi attivato dalla nota del 27 gennaio 2015, con la conseguenza che la documentazione eventualmente intervenuta tra la commissione giudicatrice ed il responsabile del procedimento non è entrata nell'istruttoria procedimentale, né si è tradotta in un provvedimento od atto amministrativo.

Al più, può essersi trattato di interlocuzioni tra organi diversi dell'Amministrazione contenenti valutazioni successive all'atto conclusivo del procedimento, finalizzate a stabilire la strategia difensiva dell'Amministrazione, a seguito della formalizzazione di tipiche attività precontenziose, quale è il c.d. preavviso di ricorso di cui all'art. 243-bis del d.lgs. n. 163 del 2006. In definitiva, può ritenersi legittimo, rinvenendo

il proprio fondamento di razionalità in una fattispecie non dissimile da quella disciplinata dall'art. 13, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, il diniego di accesso di cui alla nota in data 24 marzo 2015, ed infondato il motivo di appello.

11. - Con l'ultimo motivo di appello incidentale, indirizzato nei confronti della sentenza definitiva n. 728 del 2015 del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, Siram contesta la genericità della pronuncia caducatoria della gara, laddove avrebbe dovuto essere disposto l'annullamento dell'aggiudicazione in favore del R.T.I. Bilfinger, con conseguente aggiudicazione in proprio favore, per effetto della rideterminazione del punteggio attribuibile alle rispettive offerte.

Il motivo, infondato in relazione al percorso motivazionale della sentenza, è comunque carente di interesse in relazione alla portata della presente pronuncia, di riforma della sentenza di primo grado, in accoglimento dell'appello principale.

12. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello principale deve essere accolto, come pure l'appello incidentale della Regione Liguria, mentre va respinto l'appello incidentale del R.T.I. Siram; per l'effetto, in riforma delle sentenze appellate, va respinto il ricorso di primo grado, con accertamento della legittimità dei provvedimenti impugnati.

Sussistono, in relazione alla complessità della vicenda amministrativa, giusti motivi per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio. come pure le spese della verificazione di primo grado, nella misura liquidata con la sentenza appellata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale e l'appello incidentale della Regione Liguria; respinge l'appello incidentale del R.T.I. Siram; per l'effetto, in riforma delle sentenze appellate, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio, come pure le spese della verificazione tecnica (nella misura liquidata con la sentenza appellata).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Stefano Fantini	**Carlo Saltelli**

IL SEGRETARIO