

Pubblicato il 25/02/2019

N. 01248/2019REG.PROV.COLL.

N. 09047/2018 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 numero di registro generale 9047 del 2018, proposto da Autostrade Meridionali s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Annoni, Ernesto Stajano e Daniele Villa, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ernesto Stajano in Roma, via Sardegna, 14;

contro

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Consorzio Stabile Sis s.c.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Giuseppe Rusconi, Francesco Vagnucci e Patrizio Leozappa, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo, 101;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 4627/2018, resa tra le parti, concernente

per quanto riguarda il ricorso introduttivo, la domanda proposta per l'annullamento:

(a) del provvedimento prot. n. 3302 del 22 marzo 2016 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informatici e statistici – Direzione generale per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali con il quale è stata disposta l'esclusione della società Autostrade Meridionali s.p.a. dalla gara per l'affidamento in concessione delle attività di gestione e manutenzione dell'autostrada A3 Napoli-Pompei-Salerno, nonché il completamento della realizzazione di tutti gli interventi previsti nella convenzione unica sottoscritta in data 28 luglio 2009 tra l'Aans s.p.a. e la società Autostrade Meridionali s.p.a.;

(b) del decreto n. 5 del 25 marzo 2016 con il quale il Direttore generale del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha:

(i) approvato le risultanze delle operazioni della gara *sub* (a) come risultanti dai verbali della commissione di gara e

(ii) disposto di non procedere all'aggiudicazione della gara medesima;

(c) dei verbali della commissione di gara, ivi compresi i verbali nn. 16, 17 e 18 con i quali la commissione stessa ha ritenuto irregolare e, pertanto, inammissibile l'offerta presentata dalla società Autostrade Meridionali s.p.a.;

(d) di tutti gli ulteriori atti comunque annessi, connessi, presupposti e consequenziali alla procedura di gara *sub* a) limitatamente alla parte in cui si esprimono ovvero afferiscono alla ritenuta irregolarità dell'offerta presentata dalla società Autostrade Meridionali s.p.a., ivi compreso il parere rilasciato dall'Avvocatura generale dello Stato in data 7 marzo 2016, nonché il chiarimento reso dall'amministrazione appaltante in merito all'importo da considerare nel Pef di offerta per le manutenzioni straordinarie

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Consorzio Stabile Sis s.c.p.a. il 18 dicembre 2018, la domanda di esclusione della società Autostrade Meridionali s.p.a. dalla gara per “l'affidamento in concessione delle attività di gestione e manutenzione dell'Autostrada A3 Napoli-Pompei-Salerno di km 51,6, nonché il completamento della realizzazione di tutti gli interventi previsti nella convenzione unica sottoscritta in data 28 luglio 2009 tra l'Anas e la società Autostrade Meridionali s.p.a.”

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e di Consorzio Stabile Sis s.c.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2019 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Patrizio Leozappa, Giuseppe Rusconi, Francesco Vagnucci, Marco Annoni, Ernesto Stajano e l'avvocato dello Stato Pasquale Pucciariello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 10 agosto 2012, l'Anas s.p.a. indicava una procedura ristretta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento in concessione delle attività di gestione e manutenzione dell'autostrada A3 Napoli-Salerno di km 51,6, compreso il completamento della realizzazione degli interventi già previsti nella convenzione sottoscritta fra la stessa Anas e il precedente concessionario.

Nelle more dell'avvio della procedura, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti subentrava *ex lege* nelle funzioni di amministrazione concedente in luogo dell'Anas.

2. All'esito della fase di prequalifica e dell'inoltro della lettera d'invito, presentavano offerta due soli operatori: la Autostrade Meridionali s.p.a., odierna appellante principale, e il Consorzio Stabile Sis s.c.p.a., intimato e appellante incidentale.

2.1. Nella seduta pubblica del 16 novembre 2015, la commissione di gara - per quanto qui d'interesse - escludeva la Autostrade Meridionali per non aver rispettato, nell'offerta presentata, il valore prestabilito degli interventi di manutenzione straordinaria prescritto dalla *lex specialis*.

2.2. Il 19 novembre 2015, nel trasmettere tale verbale d'esclusione, il Ministero comunicava che la commissione era stata invitata a procedere a un supplemento istruttorio a fronte delle istanze e delle contestazioni formulate, nella medesima seduta del 16 novembre, dalla stessa Autostrade Meridionali e dall'altra concorrente parimenti esclusa.

2.3. A seguito del supplemento istruttorio, nel corso del quale veniva acquisito un parere dell'Avvocatura generale dello Stato, con verbale n. 18 del 22 marzo 2016 la commissione di gara confermava l'esclusione di entrambe le concorrenti per le medesime motivazioni già espresse nel precedente verbale n. 16 del 16 novembre 2015. Seguiva decreto del Ministero del 25 marzo 2016 con cui venivano approvate le risultanze delle operazioni di gara e veniva conseguentemente disposto di non procedersi all'aggiudicazione.

3. Avverso tali provvedimenti la Autostrade Meridionali proponeva ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, integrato da motivi aggiunti con cui veniva impugnata anche la nota di rigetto dei rilievi formulati con preavviso di ricorso ai sensi dell'art. 243-*bis* d.lgs. n. 163 del 2006.

Resisteva al ricorso il Consorzio Stabile, che ne eccepiva la tardività e proponeva altresì ricorso incidentale invocando ulteriori ragioni d'esclusione dalla gara della ricorrente. Si costituivano anche il Ministero e l'Anas chiedendo il rigetto di tutti i ricorsi e - quanto all'Anas - la dichiarazione della carenza di legittimazione passiva.

4. Riassunto il processo all'esito di regolamento di competenza con cui veniva confermata la competenza del Tribunale amministrativo per la Campania, inizialmente negata da quest'ultimo in favore del Tribunale amministrativo per il Lazio, la sentenza di primo grado estrometteva l'Anas per difetto di legittimazione passiva; respingeva il ricorso principale e i motivi aggiunti; dichiarava improcedibile per difetto d'interesse il ricorso incidentale.

5. Ha proposto appello la Autostrade Meridionali affidandolo a quattro motivi:

I) *error in iudicando*. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 66 e 88 Cod. proc. amm. Eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti e difetto di motivazione. Violazione e falsa applicazione di legge: par. A.1.3. e A.6 della lettera d'invito; violazione dell'eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, ingiustizia manifesta, difetto di motivazione;

II) *error in iudicando*. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 66 e 88 Cod. proc. amm. Eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti e difetto di motivazione. Violazione e falsa applicazione di legge con riferimento all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i.; violazione del principio del *favor participationis*;

III) *error in iudicando*. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 66 e 88 Cod. proc. amm. Eccesso di potere per difetto di pronunzia. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 6 e 10 l. n. 241 del 1990. Difetto d'istruttoria e di motivazione. Eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti, difetto d'istruttoria e di motivazione e manifesta contraddittorietà.

IV) *error in iudicando*. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 66 e 88 Cod. proc. amm. Eccesso di potere per difetto di pronunzia. Reiterata violazione e falsa applicazione del par. A.1.3 e del par. A.6 della lettera d'invito. Eccesso di potere per manifesto travisamento dei fatti e difetto di motivazione.

5.1. S'è costituito in giudizio per resistere all'appello il Ministero, nonché il Consorzio Stabile Sis, che ha altresì interposto appello incidentale avverso il rigetto dell'eccezione di tardività sollevata in primo grado e la dichiarata improcedibilità del ricorso incidentale, ricorso perciò qui riproposto per censurare l'ammissione alla gara della Autostrade Meridionali.

6. Sulla discussione dell'appello all'udienza pubblica del 7 febbraio 2019, come da relativo verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente esaminato il primo motivo dell'appello incidentale, il quale censura la sentenza per non aver accolto l'eccezione d'irricevibilità del ricorso in conseguenza dell'omessa tempestiva impugnazione, da parte di Autostrade Meridionali, dell'originario verbale d'esclusione n. 16 del 16 novembre 2015.

1.1. Il motivo d'appello è infondato, pur dovendo la motivazione delle sentenza essere *in parte qua* corretta.

Per consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, il verbale d'esclusione dalla procedura competitiva adottato dalla commissione di gara configura di per sé un atto immediatamente lesivo, perciò passibile d'impugnazione, con termine peraltro generalmente decorrente dalla data della stessa seduta pubblica allorché ad essa prenda parte il rappresentante dell'impresa o un suo delegato provvisto di apposito mandato (*ex plurimis*, Cons. Stato, V, 27 dicembre 2017, n. 6088; III, 14 giugno 2017, n. 2925; 18 giugno 2015, n. 3126; VI, 14 dicembre 2014, n. 6156).

Alla luce di ciò, non è condivisibile l'assunto della sentenza nel qualificare il verbale d'esclusione della Autostrade Meridionali in termini di mero atto endoprocedimentale, riconducendo al (solo) successivo decreto approvativo del Ministero - in quanto "*amministrazione cui è affidato il compito*

di perseguire l'interesse pubblico principale”, e cui spetterebbe quindi “*la decisione finale sull'esclusione dei partecipanti alla gara*” - l'effetto lesivo per i concorrenti esclusi.

Al contrario, anzitutto la commissione giudicatrice va considerata organo (straordinario e temporaneo) dell'amministrazione che ha il prefissato compito di compiere le operazioni di gara e far luogo alla valutazione delle proposte. A tale scopo è legittimata all'adozione anche di provvedimenti con efficacia esterna, idonei a procurare nocimento agli interessati - quali le decisioni d'esclusione o ammissione alla gara - perciò passibili d'autonoma impugnazione. Inoltre, gli atti succedutisi nella procedura di specie manifestano che, una volta disposta l'esclusione da parte della commissione di gara, l'amministrazione concedente si limitò all'adozione di un decreto di natura (*in parte qua*) meramente approvativa, avente a oggetto peraltro le “risultanze” - evidentemente già *ex se* perfette - delle operazioni di gara.

1.2. Non vale, qui, a rimuovere l'immediata attitudine lesiva del verbale d'esclusione la circostanza che il Ministero indicò lo svolgimento d'un supplemento istruttorio in ordine alla detta decisione d'esclusione - ivi affermando che dovevano intendersi sospesi “*i termini di cui all'art. 79, comma 5, del decreto legislativo n. 163/2006*” - (nota del 19 novembre 2015), successivamente ribadendo che “*l'esito finale delle operazioni di gara*” sarebbe stato comunicato in una “*prossima seduta pubblica*” (nota del 16 dicembre 2015).

Dette dichiarazioni, infatti, da un lato provengono da un organo (*i.e.*, il Direttore generale del Ministero) diverso da quello competente - la commissione giudicatrice - a decidere sulle partecipazioni e dunque sulle esclusioni dei concorrenti; dall'altro non tolgono all'atto d'esclusione gli effetti provvedimenti propri in ragione dell'intrinseco portato lesivo.

Perciò, pur potendo in qualche modo influenzare il comportamento dei concorrenti - con conseguenze che nel caso in esame devono peraltro ritenersi non prive di rilevanza giuridica (v. *infra*, al § 1.4)- tali dichiarazioni non incidono sulla natura del precedente atto d'esclusione, né sui suoi effetti tipici.

Entro tale contesto, neppure la suggestiva dichiarazione di sospensione dei termini di cui all'art. 79, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006 - peraltro di non facile intelligibilità, non apparendo chiaro quale fosse il termine che veniva sospeso, atteso che la comunicazione curava proprio la trasmissione del verbale d'esclusione dei concorrenti - è in grado d'incidere sull'atto d'esclusione: questo tale rimane, intatto nel portato lesivo per gli interessi degli esclusi.

1.3. Allo stesso modo, l'adozione del secondo verbale d'esclusione da parte della commissione giudicatrice (*i.e.*, il verbale n. 18 del 22 marzo 2016) non incide sugli effetti dell'originario atto escludente, né ha natura novativa di essi, qualificandosi - in difetto di alcuna modifica nella valutazione e ponderazione degli interessi, o nella motivazione, che viene integralmente riprodotta - alla stregua di atto meramente confermativo (cfr., *inter multis*, Cons. Stato, III, 13 settembre 2018, n. 5378; 8 giugno 2018, n. 3493; V, 10 aprile 2018, n. 2172; IV, 9 febbraio 2018, n. 839).

1.4. Pur dovendosi correggere la motivazione nei termini indicati, affermandosi l'immediata lesività e impugnabilità dell'originario verbale d'esclusione, va peraltro confermata la decisione della sentenza di ritenere ricevibile il ricorso principale.

La sequenza degli atti che si è esaminata dà infatti evidenza di come le indicazioni fornite dal Ministero ai concorrenti a seguito dell'adozione del verbale d'esclusione n. 16, pur non avendo dato luogo ad alcuna modifica degli effetti di tale verbale, abbiano ciò nondimeno potuto influenzare il

convincimento dei concorrenti, ingenerando in specie un affidamento in ordine alla provvisorietà e non definitività dell'atto d'esclusione.

Assumono rilevanza in tal senso sia la lettera del 19 novembre 2015 di trasmissione del verbale, in cui il Ministero comunicava che la commissione di gara era stata "invitata a procedere ad un supplemento istruttorio", e che dovevano pertanto intendersi "sospesi i termini di cui all'art. 79, comma 5, del decreto legislativo n. 163/2006"; sia la successiva nota del 16 dicembre 2015, ove si affermava che "l'esito finale delle operazioni di gara" sarebbe stato comunicato "in una prossima seduta pubblica", quasi a manifestare l'assenza - ancora - di un esito conclusivo della gara.

Tali indicazioni provenienti dal Ministero hanno dunque ben potuto ingenerare nei concorrenti il convincimento che la procedura di gara fosse ancora *in fieri*, convincimento che - nel caso della Autostrade Meridionali - è valso a impedire di percepire la natura effettivamente escludente del verbale del 16 novembre, e a orientare conseguentemente il comportamento processuale dell'impresa sino all'omessa immediata impugnazione di tale verbale.

Alla luce di tali circostanze, deve farsi applicazione nel caso di specie del principio affermato dalla Corte di Giustizia secondo cui, accertato che un'autorità aggiudicatrice ha con il suo comportamento reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico europeo a un cittadino leso da una decisione della stessa autorità, spetta al giudice nazionale l'obbligo di dichiarare ricevibile il ricorso proposto contro la detta decisione e fondato sulla dedotta violazione del diritto europeo, ricorrendo - se del caso - alla disapplicazione delle norme nazionali di decadenza (Corte di Giustizia, 27 febbraio 2003, causa C-327/00).

Nel caso in esame, è da ravvisarsi nel comportamento complessivamente tenuto dall'amministrazione - non rettilineo e contraddittorio, nonché idoneo a determinare il sorgere di un affidamento nei concorrenti in ordine all'assenza di un atto d'esclusione effettivamente consolidato - un ostacolo tale da rendere eccessivamente difficile l'esercizio tempestivo di diritti al corretto e regolare svolgimento delle procedure per gli affidamenti pubblici.

Di qui la ricevibilità dell'originario ricorso e il contestuale rigetto per infondatezza del primo motivo dell'appello incidentale.

2. Nel merito, l'appello principale è infondato, pur dovendosi correggere una parte della motivazione della sentenza.

Con i primi due motivi di gravame, strettamente connessi e perciò esaminabili congiuntamente, l'appellante lamenta da un lato che la sua esclusione sarebbe illegittima perché basata su un elemento dell'offerta non previsto dal bando; dall'altro che l'esclusione fu adottata contro il principio di tassatività delle cause di esclusione dell'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006.

2.1. Detti motivi sono infondati e perciò vanno respinti per le ragioni che seguono.

2.2. La supposta assenza d'un requisito di ammissibilità dell'offerta relativo all'entità dei costi degli interventi di manutenzione straordinaria è smentita dalla *lex specialis*.

2.2.1. Anzitutto è lo stesso bando di gara a contenere un primo riferimento all'entità degli interventi di manutenzione straordinaria - costituenti una delle prestazioni principali oggetto dell'affidamento - determinandola nella misura di € 288.200.000,00, da aggiungersi a € 101.000.000,00 per la prosecuzione degli investimenti già in corso alla data del 31 dicembre 2012 (punto II.2.1).

L'entità di tali investimenti si trova poi enunciata nella lettera d'invito (punto A.1) che, pur riportando inizialmente la diversa cifra di € 282.200.000,00, è stata poi corretta con ben due note di chiarimento pubblicate dal Ministero (cfr. *sub* doc. 26 appellante).

2.2.2. La stessa lettera d'invito stabiliva d'altro canto che i documenti posti a base della procedura d'affidamento in concessione fossero, tra gli altri, anche la “*relazione descrittiva sulle caratteristiche tecniche e geometriche dell'infrastruttura gestita dall'attuale Concessionario*” (punto A.6.1).

Inoltre, la lettera poneva a base della procedura d'affidamento il “*Piano Economico Finanziario (PEF), Piano Finanziario Regolatorio (PFR) e relazione posti a base di gara*” (punto A.6.3).

2.2.3. Proprio da tali allegati alla lettera d'invito - il cui contenuto la Autostrade Meridionali aveva peraltro espressamente accettato, in conformità con l'obbligo imposto dalla *lex specialis* (cfr. punto C.a.6 lettera d'invito e corrispondente dichiarazione della Autostrade Meridionali del 21 aprile 2015) - emerge il valore dei costi degli interventi di manutenzione straordinaria, sin dall'origine previsto a carico dell'operatore.

In particolare, la relazione descrittiva sulle caratteristiche tecniche dell'infrastruttura reca fra gli allegati la “*stima degli investimenti e degli oneri di manutenzione*”, che determina espressamente i costi degli interventi di manutenzione ordinaria nell'importo di € 288.200.000 (punto 4.2).

Allo stesso modo, nella relazione al Piano economico e finanziario espressamente si legge, nell'*executive summary*: “*il concessionario subentrante dovrà farsi carico [...] di realizzare per il nuovo periodo di concessione investimenti in manutenzione straordinaria stimati in circa € 288,2 mln*”.

2.2.4. Emerge dunque con sufficiente univocità che, oltre al bando e alla lettera d'invito, gli stessi allegati a tale lettera posti alla base della gara - ai quali la Autostrade Meridionali s'era espressamente vincolata - quantificavano espressamente l'entità dei costi di manutenzione straordinaria indicandola nella misura di € 288,2 milioni.

2.2.5. In senso inverso, non vale a confutare queste conclusioni l'invocare la minore quantificazione di tali oneri ricavabile dalla loro analitica esposizione nell'ambito degli allegati (per complessivi € 287,613 milioni circa, secondo il documento di stima degli investimenti, *sub* punti 2-2.7).

Da un lato, infatti, la cifra di € 288,2 milioni era chiaramente indicata da tutti gli altri documenti e allegati di gara; dall'altro, nell'ambito della stessa stima degli investimenti e oneri di manutenzione, la determinazione inizialmente espressa in sede analitica, nella fase di puntuale definizione dei costi di alcuni degli interventi (punti 2-2.7 del documento di stima) confluiva chiaramente nel riepilogo, attraverso operazione di arrotondamento, nell'indicazione di una cifra netta pari appunto a € 288.200.000 (punti 4.2.1-4.2.7 del documento).

Entro tale contesto, i rilievi dell'appellante si mostrano dunque non condivisibili, risolvendosi nell'erronea sovrapposizione fra due momenti concettualmente distinti nella determinazione dei costi degli interventi: da un lato la loro elaborazione previsionale, attraverso metodo analitico (punti 2-2.7 del documento di stima); dall'altro la loro indicazione finale quale valore stimato a carico del concorrente (punti 4.2.1-4.2.7 del medesimo documento; *executive summary* della relazione al Pef; e già punto II.2.1 del bando; punto A.1 della lettera d'invito come corretta dalle risposte ai quesiti), vincolante ai sensi della *lex specialis* (punti A.6.1, A.6.3 e C.a.6 della lettera d'invito).

2.2.6. Per le medesime ragioni, priva di rilievo si appalesa anche la risposta a quesito fornita dal Ministero il 3 aprile 2015, invocata dall'appellante per sostenere la necessità - a fronte del richiamo ivi rivolto al punto A.1.3 della lettera d'invito - d'indicare nel Pef i costi di manutenzione straordinaria nella (minor) somma di € 287,613 milioni circa.

Il richiamo operato da detta risposta si risolve infatti, secondo lo stesso appellante, nella necessità di fare applicazione del documento di stima allegato al Pef per la quantificazione degli oneri di manutenzione straordinaria; documento dal quale parimenti discende, tuttavia, il vincolo a costi d'intervento per manutenzione straordinaria in misura pari a € 288,2 milioni (*retro*, § 2.2.5).

2.2.7. In questo contesto, anche la nota di chiarimento resa dal Ministero il 18 marzo 2015 - ben prima, tra l'altro, che scadesse il termine per la presentazione delle offerte, fissato al successivo 23 aprile - lungi dall'introdurre nuovi requisiti di partecipazione, si limitava a confermare che l'importo di € 288,2 milioni per interventi di manutenzione straordinaria dovesse ritenersi fisso.

Perciò, il tenore di siffatto chiarimento - dal quale può effettivamente ricavarsi una ulteriore precisazione in ordine alla natura fissa e predeterminata degli oneri di manutenzione straordinaria - risponde al paradigma giurisprudenziale per cui la risposta dell'amministrazione a una richiesta di chiarimenti avanzata dai concorrenti non costituisce indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica della stazione appaltante che chiarisce la volontà provvedimentale, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis* (Cons. Stato, III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 febbraio 2018, n. 781; V, 27 aprile 2015, n. 2097).

2.2.8. In considerazione di quanto sopra, deve ritenersi dunque che la *lex specialis* indicasse chiaramente, sin dall'inizio, la necessità per i concorrenti di prevedere costi per interventi di manutenzione straordinaria in misura pari a € 288,2 milioni.

Avendo Autostrade Meridionali indicato nell'offerta economica il minore importo di € 287,6 milioni per interventi di manutenzione straordinaria, bene l'amministrazione - e la sentenza di primo grado *in parte qua* - ha ritenuto non soddisfatta la previsione dell'importo prescritto, non valendo peraltro la generica affermazione contenuta nell'offerta dell'appellante ("*fermo restando il valore totale dell'investimento stimato dal Mit*") a derogare o modificare la detta indicazione numerica.

2.3. Nemmeno appare condivisibile il motivo di censura con cui l'appellante lamenta l'illegittimità della propria esclusione in quanto non prevista dalla *lex specialis* in relazione al vizio contestato alla Autostrade Meridionali, e perciò disposta in violazione del principio di tassatività di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006.

2.3.1. Per quanto sopra rilevato (*retro*, §§ 2.2-2.2.8), l'indicazione di costi per gli interventi di manutenzione straordinaria in misura stabilita dalla *lex specialis* rappresentava un elemento essenziale dell'offerta, la cui violazione - non emendabile attraverso soccorso istruttorio - imponeva *ex se* di disporre l'esclusione del concorrente.

In proposito, è la disposizione di legge di cui si lamenta la violazione a contemplare l'esclusione dalla gara in caso di «difetto [...] di elementi essenziali»: a questi senz'altro è da ricondurre la previsione nell'offerta, imposta dalla *lex specialis*, di requisiti operativi specifici - in termini di costo - per la prestazione di una delle attività rientranti nel servizio oggetto di concessione (cfr. Cons. Stato, V, 30 aprile 2018, n. 2587; 14 aprile 2016, n. 1494).

2.4. Alla luce di quanto esposto, vanno respinti per infondatezza il primo e secondo motivo d'appello, salva la correzione della motivazione della sentenza nella parte in cui afferma che l'importo analitico dei costi di manutenzione straordinaria riportato nella stima degli investimenti (pari a "€ 287.613.317,82") sia stato emendato con nota di chiarimenti correttiva di errore materiale che ha "indicato l'importo corretto [...] di € 288.200.000".

Come già s'è posto in risalto (*retro*, sub § 2.2.1), infatti, detta nota di chiarimenti correggeva la diversa cifra - erroneamente indicata in € 282.200.000,00 - di cui al punto A.1 della lettera d'invito, senza incidere sul contenuto del documento di stima, che peraltro già di per sé conteneva il riferimento al corretto importo di € "288.200.000" (*v. retro*, sub § 2.2.5).

3. Del pari non condivisibile si appalesa il terzo motivo d'appello, con cui la Autostrade Meridionali si duole dell'illegittimità dell'esclusione a fronte della "lievissima entità" dello scostamento dei costi di manutenzione straordinaria indicati nell'offerta rispetto alla previsione della *lex specialis*, e al contempo lamenta l'omessa pronuncia della sentenza in ordine ai vizi procedurali denunciati.

3.1. Sul primo profilo - esposto dall'appellante anche nell'ambito del secondo motivo d'appello, con censura che può qui esaminarsi congiuntamente - la motivazione della sentenza risulta corretta ed esente dai vizi lamentati dalla Autostrade Meridionali, dal momento che, rappresentando un elemento essenziale dell'offerta (*retro*, sub § 2.2-2.2.8; 2.3.1), l'importo dei costi di manutenzione straordinaria era ben vincolante per i concorrenti, che ne avrebbero perciò dovuto rispettare in modo puntuale la misura, non essendo ammissibili scostamenti - per quanto asseritamente "lievissimi" (in specie, nella misura di circa € 600.000,00) - dall'importo prescritto dalla *lex specialis*.

3.2. Il motivo non è condivisibile neanche in relazione ai vizi procedurali dedotti dall'appellante, consistenti nell'omesso esame delle osservazioni di Autostrade Meridionali nel corso della fase di supplemento istruttorio e nella corrispondente carenza d'istruttoria, oltreché nel difetto motivazionale dei provvedimenti finali.

3.2.1. Quanto alle osservazioni offerte dall'appellante in sede procedimentale, esse risultano trasmesse alla commissione di gara giusta nota ministeriale del 26 novembre 2015; menzionate dalla stessa commissione nei verbali n. 17 e 18 dell'11 dicembre 2015 e 22 marzo 2016; trasmesse all'Avvocatura dello Stato investita dalla richiesta di parere giusta nota del Ministero del 22 dicembre 2015, e ivi esplicitate, oltreché specificamente considerate dallo stesso Ministero.

Acclarato dunque che l'amministrazione ha dato atto dell'avvenuta presentazione delle osservazioni della Autostrade Meridionali in sede di procedimento, deve ritenersi - per consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato - che ciò sia sufficiente ai fini della legittimità del provvedimento, non occorrendo ivi un'analitica e puntuale confutazione, da parte dell'amministrazione, di tutti gli argomenti proposti dall'interessato (*inter multis*, Cons. Stato, VI, 4 febbraio 2019, n. 843; V, 30 ottobre 2018, n. 6173; 25 luglio 2018, n. 4523; VI, 2 maggio 2018, n. 2612; 12 febbraio 2014, n. 682).

3.2.2. Lo stesso è a dirsi in relazione al difetto d'istruttoria nel corso del segmento procedimentale successivo all'originaria esclusione, nonché alla denunciata carenza motiva dei provvedimenti finali.

È infatti dimostrato come l'amministrazione abbia, in tale fase procedimentale, ricevuto le osservazioni degli interessati, acquisito un parere dall'Avvocatura dello Stato, preso in esame - come risulta dai verbali della commissione n. 17 e 18 - tale materiale, addivenendo infine

motivatamente (sia pur a mezzo di riproduzione delle ragioni già in precedenza formulate) a conclusione analoga a quella espressa con il verbale n. 16.

Di qui l'assenza del dedotto difetto d'istruttoria, nonché della ritenuta carenza motivazionale, tanto in relazione all'atto confermativo dell'esclusione, di cui al verbale della commissione n. 18, quanto al successivo decreto ministeriale di approvazione delle risultanze delle operazioni di gara.

4. Non condivisibile si appalesa infine il quarto motivo d'appello, con il quale Autostrade Meridionali, riproponendo i motivi aggiunti, denuncia il mancato richiamo del punto A.1.3 della lettera d'invito - che a sua volta implicava l'elaborazione dell'offerta sulla base del punto A.6, e dunque del documento di stima degli investimenti - nella nota di risposta del Ministero al preavviso di ricorso dell'appellante.

4.1. Come già posto in risalto, infatti (*retro*, § 2.2.5), anche muovendo dal documento di stima degli investimenti allegato alla *lex specialis* si perviene all'individuazione dei costi per interventi di manutenzione straordinaria nella misura vincolante di € 288,2 milioni; né d'altra parte il mancato richiamo del suddetto punto A.1.3 da parte dell'impugnata nota presenta autonoma attitudine lesiva per gli interessi dell'appellante.

5. Conclusivamente, l'appello principale va dunque respinto.

6. A tale rigetto consegue l'improcedibilità per difetto d'interesse dei residui motivi dell'appello incidentale, sostanzialmente proposto dal Consorzio Stabile Sis per veder respinto l'appello (e già il ricorso) principale (cfr. ricorso incidentale, pag. 21), con assorbimento di ogni altra eccezione in merito; l'appello sarebbe peraltro inammissibile per difetto di specifica censura del capo di sentenza che ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso incidentale di primo grado (Cons. Stato, V, 11 gennaio 2018, n. 120).

7. Stante la complessità e particolarità della fattispecie ricorrono giusti motivi per la compensazione delle spese di lite fra tutte le parti del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge l'appello principale; respinge il primo motivo dell'appello incidentale, dichiarandone improcedibili i restanti motivi; conferma la sentenza impugnata;

- compensa integralmente fra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO