Pubblicato il 10/05/2023

N. 00495/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00674/2022 REG.RIC.

Firmato digitalmente

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 674 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Consorzio Stabile Eteria S.C. a r.l., Acciona Construcción s.a. ed R.C.M. Costruzioni s.r.l., rappresentate e difese dagli avvocati Arturo Cancrini e Daniela Anselmi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Commissario Straordinario per la realizzazione della Nuova Diga Foranea di Genova, l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, il Commissario Straordinario per la ricostruzione del Viadotto Polcevera, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova, domiciliataria ex lege in Genova, v.le Brigate Partigiane, 2;

la Regione Liguria, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il

suo studio in Genova, via Assarotti 48/6;

il Comune di Genova, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Paola Pessagno e Nicola Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

la Città Metropolitana di Genova, non costituita in giudizio;

nei confronti

di Webuild s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni, Alessandro Botto e Leonardo Frattesi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

di Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Botto e Marco Annoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

di Fincosit s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Botto e Marco Annoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

della Società Italiana Dragaggi SIDRA s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Botto e Marco Annoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

del Consorzio PerGenova Breakwater, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Annoni e Alessandro Botto;

per l'annullamento

del decreto n. 967 del 12.10.2022, con cui il Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, Commissario Straordinario per la realizzazione della nuova Diga Foranea di Genova ai sensi dell'art. 4, comma 1, del D.L. n. 32/2019 e del D.P.C.M. 16.4.2021, ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto integrato complesso avente per oggetto “l'elaborazione della progettazione definitiva ed esecutiva relativi alla prima e seconda fase funzionale e l'esecuzione dei lavori relativi alla prima fase funzionale della Nuova Diga Foranea del Porto di Genova – ambito di Sampierdarena (p3062)” in favore del costituendo Consorzio tra Webuild s.p.a., Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a., Fincosit s.r.l. e

Società Italiana Dragaggi s.p.a. (ora Consorzio PerGenova Breakwater).

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Commissario Straordinario per la realizzazione della Nuova Diga Foranea di Genova, dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, del Commissario Straordinario per la ricostruzione del Viadotto Polcevera, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di Webuild s.p.a., di Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a., di Fincosit s.r.l., della Società Italiana Dragaggi s.p.a., della Regione Liguria e del Comune di Genova;

Visto il ricorso incidentale proposto dal Consorzio PerGenova Breakwater, da Webuild s.p.a., da Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a., da Fincosit s.r.l. e dalla Società Italiana Dragaggi SIDRA s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2023 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe il Consorzio Stabile Eteria s.c. a r.l., in proprio e nella sua qualità di impresa mandataria di un RTI costituendo, nonché le mandanti Acciona Construcción s.a. e R.C.M. Costruzioni s.r.l. (di seguito, Consorzio Eteria senz'altro) hanno impugnato il decreto n. 967 del 12.10.2022, con cui il Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, Commissario Straordinario per la realizzazione della nuova Diga Foranea di Genova ai sensi dell'art. 4, comma 1, del D.L. n. 32/2019 e del D.P.C.M. 16.4.2021, ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto integrato complesso avente per oggetto l'elaborazione della progettazione definitiva ed esecutiva relativi alla prima e seconda fase

funzionale e l'esecuzione dei lavori relativi alla prima fase funzionale della Nuova Diga Foranea del Porto di Genova – ambito di Sampierdarena in favore del costituendo Consorzio tra Webuild s.p.a., Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a., Fincosit s.r.l. e Società Italiana Dragaggi s.p.a. (di seguito, Consorzio Webuild senz'altro).

Il Consorzio Eteria premette in punto di fatto: - che la nuova Diga Foranea, opera simbolo del PNRR, è stata inserita fra le dieci "opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto" di cui all'All. IV del D.L. 31.5.2021, n. 77;- che l'importo dell'appalto veniva inizialmente stimato in € 892.648.339,38, di cui € 16.980.198,10 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso; - che l'appalto è articolato in due fasi funzionali, e che la procedura afferisce alla progettazione definitiva ed esecutiva delle due fasi e ai lavori per la realizzazione della sola prima fase; - che l'avviso pubblico finalizzato a selezionare gli operatori economici interessati a partecipare alla procedura negoziata prevedeva dei requisiti specifici minimi di ammissione, distinti per gli esecutori dei lavori e della progettazione; - che, per gli esecutori dei lavori (art. 6.2.1, punto iii), l'avviso richiedeva il possesso di una cifra d'affari in lavori almeno pari a due volte l'importo a corpo dei lavori comprensivo degli oneri della sicurezza (pari a € 873.136.728,62), che l'impresa doveva aver realizzato nei migliori cinque dei dieci anni antecedenti la data di pubblicazione dell'avviso; - che, per gli esecutori della progettazione (art. 6.2.2), l'avviso richiedeva: i) l'avvenuto svolgimento, negli ultimi 5 anni, di servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura nella categoria D.01 ex DM 17.6.2016, relativa alle opere di navigazione interna e portuali, per l'importo di € 1.200.000.000,00; ii) l'avvenuto svolgimento, negli ultimi 5 anni, di due servizi "di punta" attinenti all'ingegneria e all'architettura, in categoria D.01; iii) un fatturato globale in relazione ai servizi di ingegneria e architettura "espletati nei migliori tre esercizi finanziari approvati negli ultimi cinque anni antecedenti la data di pubblicazione dell'avviso almeno pari a due volte l'importo del servizio posto a base di gara" (i requisiti i, ii e iii, in caso di consorzio/RTP, avrebbero potuto

essere soddisfatti dal consorzio/RTP nel suo complesso, ma comunque in misura maggioritaria dalla mandataria); v) il possesso dei requisiti di cui al DM del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti n. 263 del 2.12.2016; vi) la dotazione "di uno staff tecnico adeguato all'entità e alla complessità delle opere da progettare", comprensivo di 18 figure professionali specifiche con particolare esperienza, iscritte ai rispettivi albi o elenchi professionali; - che, entro il termine del 30.12.2021, manifestavano interesse soltanto i due operatori economici ricorrente (Consorzio Eteria) e controinteressato (Consorzio Webuild); - che, nella manifestazione di interesse, il Consorzio controinteressato indicava le seguenti percentuali di esecuzione dei lavori: Webuild 40%, Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a. 25%; Fincosit s.r.l. 25% e Società Italiana Dragaggi s.p.a 10%; - che il R.T.I. controinteressato indicava come progettista il costituendo RTP tra le società RAMBOLL UK Ltd. (mandataria al 55%) e la F&M Ingegneria s.p.a. (mandante al 45%); - che entrambi gli operatori superavano la fase di prequalifica e venivano invitati a presentare una proposta tecnico-economica sulla base del Progetto di Fattibilità Tecnico-Economica (PFTE), approvato con Decreto Presidenziale n. 502 del 31.5.2022; - che tuttavia, dubitando dell'effettiva capienza dell'importo posto a base di gara rispetto alle prestazioni a farsi, nessuno degli operatori presentava offerta, sicché la gara andava deserta; - che il Commissario decideva allora di aprire una successiva fase di negoziazione privata con i due operatori, che presentavano offerta entro il prescritto termine del 26.7.2022; - che le offerte venivano esaminate dai membri di un collegio di esperti indipendenti nel corso delle sedute riservate tenutesi tra il 14.9.2022 e il 3.10.2022; - che i due operatori venivano invitati a presentare precisazioni e chiarimenti alle proposte del 26.7.2022, oltre ad una proposta economica migliorativa, in forma di ribasso percentuale unico ed incondizionato sul nuovo importo a base di gara di € 910.984.651,19; - che le integrazioni trasmesse dai concorrenti venivano esaminate dal collegio degli esperti nella seduta riservata del 10.10.2022, nel corso della quale

veniva redatto altresì il verbale conclusivo delle valutazioni; - che, con verbale dell'11.10.2022 (doc. 20 delle produzioni 9.11.2022 di parte ricorrente), il Commissario straordinario dava atto dei nuovi ribassi proposti da Webuild (9,40%) e dal RTI Eteria (8,019%), e, facendo proprie le valutazioni del collegio degli esperti, dalle quali sarebbe emersa una più favorevole considerazione per l'offerta tecnica dell'O.E. Webuild, *"che appare particolarmente marcata per ciò che riguarda la professionalità ed adeguatezza della proposta rispetto ai servizi e i lavori analoghi presentati"*, stabiliva di proseguire la negoziazione con il solo raggruppamento controinteressato, disponendo l'aggiudicazione in suo favore.

A sostegno del gravame ha dedotto quattro motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 24, comma 5, art. 83 e art. 105, comma 19, del d.lgs. n. 50/2016). Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* (art. 6.2.2 dell'avviso e criteri A.1 e C dell'invito). Violazione e/o falsa applicazione della nota n. 4 dell'8.9.2022 della Commissione dell'Unione europea. Violazione e/o falsa applicazione del D.M. n. 263/2016. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria.

Sostiene che il Consorzio Webuild avrebbe dovuto essere estromesso dalla gara per una pluralità di ragioni, come segue.

1.1. La mandataria dell'indicato RT di progettisti, Ramboll UK (con quota di esecuzione del 55%), risulterebbe priva dei requisiti minimi prescritti - con ciò facendo venir meno la qualificazione del RTP nonché l'intera componente progettuale - in quanto, a seguito della Brexit, con scadenza del periodo transitorio al 31.12.2020, i professionisti della mandataria non potrebbero accedere, negli Stati membri UE, all'esercizio delle professioni c.d. regolamentate di ingegnere, architetto e geologo per prestazioni temporanee ed occasionali (ovvero per i casi diversi dallo stabilimento, i soli coperti dall'accordo di recesso), né sarebbero in possesso dei requisiti di cui all'art. 1, comma 1, lett. b) del D.M. n. 263/2016.

1.2. La mandataria Ramboll UK difetterebbe del requisito dell'iscrizione camerale per le attività di progettazione oggetto di appalto, che non corrisponderebbero

all'attività di "consulenza scientifica e tecnica connessa all'ingegneria".

1.3. Due delle figure di professionisti ("ingegnere ambientale" e "archeologo") sarebbero oggetto di un subappalto "a cascata" vietato dall'art. 105 comma 19 del D. Lgs. n. 50/2016, in quanto sarebbero stati forniti accordi di collaborazione con due società, ma non direttamente con i due professionisti indicati, dipendenti delle stesse.

1.4. Non sarebbero stati indicati gli estremi dell'iscrizione all'albo dei professionisti indicati dalla Ramboll UK.

2. Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* (criterio A.2). Violazione e/o falsa applicazione di legge [art. 95, comma 6, e art. 80, comma 5, lett c-*bis*), del d.lgs. n. 50/2016]. Eccesso di potere per istruttoria assente, travisamento in fatto e diritto.

Il collegio di esperti e la struttura commissariale sarebbero incorsi in un grave travisamento nella valutazione della proposta tecnica relativamente al criterio A.2, giacché, dei tre lavori analoghi presentati dal Consorzio Webuild, il secondo e determinante (TUAS Terminal ph. 1 Singapore, di importo pari a € 1.521.152.855,00) non sarebbe stato eseguito dalla consorziata SIDRA, ma dalla società Dredging International (DEME Group), estranea alla compagine del Consorzio Webuild, ciò che, per altro verso, integrerebbe pure un tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della Stazione appaltante, con i conseguenti effetti escludenti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), del D.Lgs. n. 50/2016.

3. Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* (criterio B.3). Violazione e/o falsa applicazione di legge [art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016]. Violazione del principio di certezza dell'offerta. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria e ingiustizia manifesta.

Quanto al criterio B.3 dell'invito a presentare proposta tecnico-economica - concernente la proposta di organizzazione del cantiere e della produzione in vista

del conseguimento degli obiettivi temporali di completamento dell'opera – lamenta che, a fronte della certa riduzione dei tempi di realizzazione di sei mesi offerta dal R.T.I. ricorrente, il Consorzio aggiudicatario, pur prevedendo l'inizio lavori il 1° agosto 2022 e la fine dei lavori al 30.11.2026, non ha poi presentato un cronoprogramma aggiornato (punto n. 19 del verbale 10.10.2022), né ha dedotto un aumento della capacità produttiva (anzi, il collegio degli esperti ha rilevato criticità per la presenza di un solo impianto per la realizzazione di cassoni altri 33 metri): la relativa proposta, in tesi ingiustamente premiata, sconterebbe dunque un'obiettiva e indiscutibile alea di indeterminatezza e incertezza in ordine all'effettivo rispetto della data ultima di conclusione dei lavori, e per ciò solo avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

4. Violazione dei principi di certezza dell'offerta e di *par condicio competitorum*. Violazione delle previsioni dell'invito sul divieto di offerte condizionate. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria.

L'offerta economica migliorativa della controinteressata, contenente il nuovo ribasso, sarebbe inammissibile, in quanto espressa in forma duplice e alternativa, ovvero mantenendo le riserve precedentemente espresse con un atto di diffida volto a tenere fermo l'originario ribasso.

Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso il Commissario Straordinario per la realizzazione della Nuova Diga Foranea di Genova, l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, il Commissario Straordinario per la ricostruzione del Viadotto Polcevera, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, Webuild s.p.a., Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a., Fincosit s.p.a. e Società Italiana Dragaggi s.p.a., la Regione Liguria ed il Comune di Genova.

Con ordinanza 21.11.2022, n. 236 la sezione, in considerazione della prevalenza – ex artt. 48 comma 4 D.L. n. 77/2021 e 125 comma 2 c.p.a. - dell'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera e dell'interesse del soggetto aggiudicatore alla

celere prosecuzione delle procedure, ha rigettato la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

Il successivo 23.11.2022 è stato quindi stipulato il contratto di appalto tra il Commissario Straordinario e il Consorzio PerGenova Breakwater, costituito tra Webuild s.p.a. (capogruppo), Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a., Fincosit s.r.l. e Società Italiana Dragaggi s.p.a..

Con atto notificato il 2.12.2022 e depositato il 5.12.2022 il Consorzio PerGenova Breakwater, Webuild s.p.a., Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a., Fincosit s.p.a. e Società Italiana Dragaggi s.p.a. hanno proposto ricorso incidentale, affidato ad un unico, articolato motivo, rubricato come segue: Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5 - con particolare riferimento alle lettere c), c-*bis*), f) e f-*bis*) - e comma 6, del Codice, in relazione alla mancata dichiarazione dell'inibizione a contrarre a causa di comportamenti anticoncorrenziali. Eccesso di potere sotto tutti i profili sintomatici, in particolare per violazione del principio di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale in relazione al principio di onnicomprensività della dichiarazione da rendere ai sensi dell'art. 80, comma 5, del Codice, per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, carenza di istruttoria e di motivazione, errore dei presupposti, illogicità manifesta e sviamento, violazione del principio di *par condicio.*

La società Acciona, mandante del consorzio ricorrente, avrebbe omesso di dichiarare l'adozione nei propri confronti, nelle more della procedura, della risoluzione antitrust con cui l'autorità spagnola che tutela la concorrenza e il mercato (*Comición Nacional del los Mercados y la Competencia*) ha: 1) accertato la commissione di gravi condotte anticoncorrenziali reiterate nel tempo per oltre venti anni; 2) irrogato una pesante sanzione economica di Euro 29.400.000,00 a carico della società; 3) dichiarato il divieto ex lege di contrarre con le pubbliche amministrazioni, ciò che integrerebbe plurime cause di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici.

Con un primo atto di motivi aggiunti, notificato il 2.12.2022 e depositato il 14.12.2022, il Consorzio Eteria, in relazione al deposito in giudizio di ulteriore documentazione da parte della stazione appaltante e del Consorzio controinteressato, ha dedotto ulteriori cinque motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016; art. 92, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010). Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* [art. 6.2.1, punto iii), dell'avviso]. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria.

Premesso che l'importo dei lavori è asceso dagli originari € 856.156.530,52 indicati nell'Avviso agli € 890.547.507,82 previsti nell'Invito a presentare proposta, lamenta che le consorziate FIOM e Sidra, a seguito del rialzo del quadro economico, risulterebbero sprovviste del requisito relativo alla cifra di affari in lavori prescritto dall'art. 6.2.1, punto iii), dell'avviso, in misura coerente alle quote (rispettivamente, 25% e 10%) di esecuzione dell'appalto assunte in gara, in quanto i due relativi contratti di avvalimento con le imprese Fincantieri Infrastructure s.p.a. (ausiliaria di FIOM) e Baggerwerken Decloedt & Zoon N.V. (ausiliaria di SIDRA) non sono stati interessati da un corrispondente incremento del requisito messo a disposizione.

2. Violazione e/o falsa applicazione di legge [art. 32, comma 7, e art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), del d.lgs. n. 50/2016]. Violazione e/o falsa applicazione della lex di gara [art. 6.2.1, punto ii), dell'avviso e criterio A.2 dell'invito]. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria.

La stazione appaltante avrebbe indebitamente proceduto a stipulare il contratto di appalto malgrado l'incompleta verifica, in capo al Consorzio Webuild, delle competenze spese in gara e, segnatamente: del certificato di regolare esecuzione del lavoro n. 2 presentato da Sidra, relativo al Terminal di Singapore e di importo pari a circa 1,5 miliardi di Euro; della prova del possesso, da parte di Webuild, del requisito di cui all'art. 6.2.1, punto ii dell'Avviso, ossia l'indicatore "Attivo Corrente (A)/Passivo Corrente (B) ≥ 1".

3. Violazione e/o falsa applicazione di legge [artt. 24, comma 5, 80, comma 5, lett. c-*bis*), 83 e 86 del d.lgs. n. 50/2016]. Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* (art. 6.2.2 dell'avviso e criteri A.1 e C dell'invito). Violazione e/o falsa applicazione della nota n. 4 dell'8.9.2022 della Commissione dell'Unione europea. Violazione e/o falsa applicazione del D.M. n. 263/2016. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria.

3.1. I professionisti indicati da Ramboll non risulterebbero iscritti all'*Engineering Council*, vale a dire il competente ordine professionale del Regno Unito.

3.2. Ramboll, in sede di comprova, non avrebbe prodotto i casellari giudiziali dei soggetti indicati dall'art. 80, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016, né un documento equivalente rilasciato dalla competente autorità giudiziaria o amministrativa del paese d'origine, in violazione dell'art. 86 comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016.

3.3. Ramboll, ai fini della valutazione tecnico-qualitativa della proposta tecnica del Consorzio (criterio A.1), ha presentato un servizio analogo svolto presso il porto di Nador West in Marocco, che peraltro non era valutabile, essendo stato eseguito nel biennio 2014-2016, e quindi al di fuori dell'arco temporale di 5 anni prescritto dall'Invito.

4. Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* (criterio B.3). Violazione del principio di certezza dell'offerta. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria e ingiustizia manifesta.

Alla luce delle integrazioni documentali, ripropone il 3 motivo del ricorso introduttivo, secondo il quale, in difetto di un incremento della produzione atto a controbilanciare il rinvio dell'inizio delle attività, il rispetto del termine ultimo del 30.11.2026 dichiarato dall'aggiudicataria si rivelerebbe un obiettivo aleatorio e privo del minimo supporto esplicativo ed istruttorio.

5. Violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 47 del D.L. n. 77/2021). Violazione e/o falsa applicazione delle previsioni dell'invito. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria.

Il Consorzio Webuild avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura anche per non aver dimostrato di avere trasmesso il rapporto sulla situazione del personale alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità, così come prescritto a pena di esclusione dall'art. 47, comma 2, del D.L. n. 77/2021, all'uopo richiamato alle pagg. 6-7 dell'Invito.

Nelle conclusioni il Consorzio Eteria ha chiesto, oltre all'annullamento dei provvedimenti impugnati, l'accertamento della loro illegittimità ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 34, comma 3, e 125, comma 3, del c.p.a., con riserva di agire in separato giudizio per il risarcimento dei danni per equivalente monetario.

All'atto di motivi aggiunti accedeva domanda di accesso in corso di causa alla versione integrale e senza *omissis* della Relazione B di Webuild.

Con un secondo atto di motivi aggiunti, notificato il 15.12.2022 e depositato il 27.12.2022, il Consorzio Eteria, in relazione al deposito in giudizio di documentazione da parte della stazione appaltante e della controinteressata, ha dedotto un ulteriore motivo di ricorso, come segue: Violazione e/o falsa applicazione di legge [art. 53, comma 16-*ter*, del d.lgs. n. 165/2001; art. 80, comma 5, lett. f-*bis*) del d.lgs. n. 50/2016]; eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria.

Il Consorzio controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per violazione, da parte di Webuild, della causa di incompatibilità prevista dall'art. 53, comma 16-*ter*, del D.Lgs. n. 165/2001 (c.d. divieto di *pantouflage* o *revolving doors*) e nella conseguente falsità della dichiarazione resa all'uopo nel DGUE ex art. 80, comma 5, lett. f-*bis*) del D.Lgs. n. 50/2016.

Difatti, l'ing. Marco Rettighieri, presidente del consiglio di amministrazione di Webuild Italia s.p.a., partecipata al 100% da Webuild, ha, nel recente passato, ricoperto un ruolo di primo piano, a servizio dell'Autorità Portuale e con responsabilità equiparabili a quelle del direttore generale di un ente pubblico, nella promozione, programmazione e progettazione degli interventi ricompresi nel Programma straordinario di investimenti urgenti per la ripresa e lo sviluppo del

porto di Genova e del relativo Piano procedurale.

Infine, con un terzo atto di motivi aggiunti notificato e depositato il 18.1.2023, il Consorzio Eteria, a seguito dell'accesso parziale consentito dal Commissario in data 19.12.2022, ha dedotto tre ulteriori motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010; art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016). Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* [art. 6.2.1, punto iii), dell'avviso; fissazione dell'importo a "corpo" dei lavori previsto dall'invito]. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria.

Ripropone ed integra le censure dedotte nel primo atto di motivi aggiunti in ordine al difetto, in capo alle consorziate FIOM e SIDRA, del requisito relativo alla cifra di affari in lavori prescritto dall'art. 6.2.1, punto iii), dell'Avviso.

In particolare, osserva che il Consorzio avrebbe prodotto per la prima volta, e soltanto in giudizio, due "atti aggiuntivi" ai contratti di avvalimento di FIOM e SIDRA (docc. 33 e 34 delle produzioni 4.1.2023 di Webuild), atti che non risultano essere stati prodotti e valutati dall'amministrazione, che dunque ha accertato il possesso del requisito della cifra di affari in lavori senza tenere conto degli stessi.

2. Violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 103 del d.lgs. n. 50/2016). Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* (previsioni dell'invito in punto di garanzia definitiva). Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria.

Il contratto di appalto è stato stipulato il 23.11.2022, in assenza di prestazione della cauzione definitiva, rilasciata – peraltro, in misura incapiente rispetto all'aggiornato importo dei lavori - in forma di fidejussione soltanto il successivo 28.11.2022, in violazione dell'art. 103, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016.

3. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2384 c.c.. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria.

Un ulteriore vizio dell'aggiudicazione riveniente dalla fase di stipulazione del

contratto riguarderebbe il difetto dei poteri di rappresentanza in capo all'Ing. Nicola Meistro, che ha sottoscritto il contratto di appalto in nome del neo-costituito Consorzio PerGenova Breakwater, prima della registrazione dell'atto costitutivo del consorzio presso l'Agenzia delle Entrate.

Con ordinanza 30.1.2023, n. 142 la sezione ha accolto la domanda di accesso in corso di causa accedente al primo atto di motivi aggiunti, ordinando al Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, Commissario Straordinario per la realizzazione della Nuova Diga Foranea di Genova, l'esibizione della versione integrale e non oscurata della Relazione B di illustrazione della "Proposta progettuale" del Consorzio Webuild.

Con istanza ex art. 116 comma 2 c.p.a. notificata a tutte le parti e depositata il 3.4.2023, Webuild s.p.a., Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a., Fincosit s.r.l., Società Italiana Dragaggi s.p.a. e il Consorzio PerGenova Breakwater agiscono per la dichiarazione dell'illegittimità del diniego 28.3.2023 opposto dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale all'istanza d'accesso formulata in data 17.2.2023 da Webuild s.p.a. e dal Consorzio Pergenova Breakwater, volta ad ottenere l'esibizione - in forma integrale e non oscurata - della Relazione B di illustrazione della proposta progettuale del RTI Eteria.

Sostengono che, sebbene l'istanza di accesso del 17.2.2023 fosse meramente ripetitiva di un'istanza già formulata in data 25/10/2022, e sebbene la prima istanza fosse stata soltanto parzialmente accolta dall'Autorità con la nota 17.11.2022 (ovvero, con le omissioni individuate dal controinteressato, relative al c.d. *know how* aziendale), non fatta oggetto di impugnazione, la nuova istanza di accesso sarebbe giustificata da un elemento sopravvenuto, costituito dall'ordinanza n. 142 del 30.1.2023, con cui la sezione, in accoglimento della speculare istanza ex art. 116 comma 2 c.p.a. del Consorzio Stabile Eteria, ha ordinato all'Autorità l'esibizione della versione integrale e non oscurata della Relazione B di illustrazione della "Proposta progettuale" del Consorzio Webuild s.p.a.: e ciò, al fine di ripristinare condizioni di effettiva parità delle parti nel processo, in vista

della eventuale proposizione, da parte del Consorzio Webuild, di motivi aggiunti al ricorso incidentale.

All'udienza pubblica del 7 aprile 2023 le parti hanno concordemente rinunciato ai termini a difesa sull'ultima istanza di accesso in corso di causa, e, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta dal collegio per la decisione.

DIRITTO

La domanda 3.4.2023 del Consorzio PerGenova Breakwater di accesso in corso di causa è inammissibile, in quanto la richiesta di accesso agli atti del 17.2.2023 è meramente reiterativa di una precedente istanza di accesso già rigettata dall'Autorità con nota del 17.11.2022, rimasta inoppugnata (cfr., per una fattispecie analoga, Cons. di Stato, Sez. V, 15/9/2022, n. 7999).

Difatti, l'ordinanza n. 142/2023 della sezione non costituisce propriamente un "fatto sopravvenuto", in quanto è stata emessa sulla specifica impugnazione ex art. 116 comma 2 c.p.a. proposta dal solo Consorzio Eteria avverso la nota 2.11.2022, con cui l'Autorità aveva ammesso l'accesso (soltanto) alla versione parzialmente oscurata della documentazione tecnica di Webuild.

Ora, la parità delle parti è parità "nel processo", ovvero significa parità nelle "possibilità" di agire in giudizio a tutela delle proprie posizioni giuridiche con tutti i mezzi processali approntati dall'ordinamento, laddove nel caso di specie è il Consorzio Webuild ad aver omesso – al contrario del Consorzio Eteria, che si è tempestivamente attivato – di impugnare nei termini il diniego di accesso alla relazione tecnica di controparte in forma integrale.

Ciò posto, può procedersi all'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalle difese delle parti resistenti, cominciando dall'eccezione di inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti formulata dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato soltanto nella memoria di replica del 27.3.2023, in ragione del difetto di legittimazione processuale del "procuratore speciale" di Acciona Construcción s.a. signor Javier Miguélez Fernandez, che ha sottoscritto la relativa procura ad litem.

L’eccezione è fondata.

In effetti, è noto che, per principio generale, le persone giuridiche stanno in giudizio *“per mezzo di chi le rappresenta a norma della legge o dello statuto”* (art. 75 comma 3 c.p.c.), laddove nel caso di specie la procura ad litem di Acciona Construcción s.a. non è stata rilasciata dal legale rappresentante della società spagnola, ma dal signor Javier Miguélez Fernández, *“in qualità di procuratore speciale a tanto abilitato in forza dei poteri conferiti giusta procura rilasciata con atto di Notaio, rep. 2437 racc. 02/09/2022”*, che non è stata però versata agli atti.

Orbene, secondo una costante giurisprudenza della Suprema Corte, elaborata *“tenuto conto dei principi di responsabilità processuale e di giusta durata del processo […] in tema di rappresentanza processuale, qualora una parte sollevi tempestivamente l'eccezione di difetto di rappresentanza, sostanziale o processuale, ovvero un vizio della procura ad litem, è onere della controparte interessata produrre immediatamente, con la prima difesa utile, la documentazione necessaria a sanare il difetto o il vizio, senza che operi il meccanismo di assegnazione del termine ai sensi dell'art. 182 c.p.c., prescritto solo in caso di rilievo officioso”* (cfr. Cass., I, 16.3.2023, n. 7589; id., n. 29244 del 2021).

Ne segue che, a fronte di una tempestiva eccezione di difetto di rappresentanza, era preciso onere di Acciona sanare spontaneamente la propria costituzione in giudizio, producendo immediatamente - *id est*, all’udienza pubblica di discussione del ricorso - la documentazione all'uopo necessaria, ovvero la procura speciale con l’indicazione della esatta latitudine e la giustificazione dei poteri rappresentativi sostanziali del signor Javier Miguélez Fernandez, *“non occorrendo a tal fine assegnare un termine di carattere perentorio per provvedervi, ai sensi dell'art. 182 c.p.c., giacchè sul rilievo di parte l'avversario è chiamato a contraddire ed attivarsi per conseguire la sanatoria, in mancanza della quale la nullità diviene insanabile”* (Cass., n. 7589/2023 cit.).

Né varrebbe al riguardo rilevare l’irritualità di una eventuale produzione documentale da effettuarsi da Acciona soltanto all’udienza di discussione: anche a

voler prescindere dal fatto che la produzione della deliberazione di autorizzazione a stare in giudizio – che, parimenti, concreta un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ex art. 182 c.p.c. - è tradizionalmente ammessa fino a tale momento (cfr. T.A.R. Marche – Ancona, Sez. I, 13/8/2007, n. 1227; in tal senso già Cons. di St., Sez. V, 10/11/1993, n. 1144), è dirimente la considerazione che, stante il potere officioso del giudice di sollecitare la giustificazione dei poteri rappresentativi della parte e, se del caso, promuoverne la sanatoria, a maggior ragione non avrebbe potuto profilarsi una preclusione della parte interessata, tanto più quando l'avversario abbia scelto di svolgere le proprie corrispondenti contestazioni solo all'ultimo (così Cass. n. 7589/2023 cit., che ha ritenuto ammissibile la produzione documentale allegata alla comparsa conclusionale, a fronte di un'eccezione formulata soltanto nell'udienza di precisazione delle conclusioni).

In mancanza della produzione in giudizio della procura speciale del signor Javier Miguélez Fernandez, non è dimostrata la effettiva esistenza e la latitudine dei corrispondenti poteri rappresentativi sostanziali delle posizioni giuridiche facenti capo ad Acciona Construcción s.a.: donde l'inammissibilità del suo ricorso.

Peraltro, atteso il carattere collettivo del ricorso principale e la distinta legittimazione al ricorso di ogni singola impresa in associazione – sia essa mandante o mandataria, e sia il raggruppamento già costituito o costituendo (giurisprudenza costante: cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 9/12/2020, n. 7751; T.A.R. Lazio Roma Sez. V, 28/11/2022, n. 15857) – l'eccezione di inammissibilità colpisce la sola posizione della mandante Acciona Construcción s.a., non già il ricorso autonomamente proposto anche dagli altri ricorrenti (Consorzio Stabile Eteria S.C. a r.l. ed R.C.M. Costruzioni s.r.l.).

Sempre in via preliminare, le parti resistenti eccepiscono variamente l'inammissibilità del ricorso, in quanto, in ragione delle peculiarità della procedura – da svolgersi tramite procedura negoziata, stante l'estrema urgenza sottesa alla

realizzazione della nuova diga foranea – essa prescindeva del tutto da valutazioni comparative, dall'attribuzione di punteggi e dall'approvazione di una vera e propria graduatoria finale di merito (così l'invito a presentare proposta tecnico operativa, § "analisi delle proposte – collegio di esperti indipendenti" – doc. 10 delle produzioni 9.11.2022 di parte ricorrente, p. 16 di 19), tali da esitare propriamente in un "diritto all'aggiudicazione" o nell'affidamento della commessa, che il Consorzio Eteria - che, dunque, non sarebbe affatto il "2° classificato" - potrebbe utilmente rivendicare in giudizio all'esito dell'eventuale accoglimento del ricorso.

Giova premettere come la scelta della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando (già "trattativa privata") rimonti al Piano Procedurale, e sia stata dichiaratamente effettuata, sulla scorta dell'art. 32 della Direttiva UE 26.2.2014, n. 24, in relazione alla "*sussistenza di circostanze di estrema urgenza, non imputabili all'amministrazione, che non consentono il rispetto dei termini per le procedure aperte o ristrette, o per le procedure competitive con negoziazione*" (cfr. il Piano Procedurale adottato con il decreto Commissariale n. 5/2021 - doc. 7 delle produzioni 15.11.2022 della Presidenza del Consiglio dei ministri, p. 37-38 di 48).

In effetti, il Consorzio Eteria non ha specificamente censurato né la scelta derogatoria di procedere mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, allegando l'insussistenza delle circostanze di estrema urgenza che la giustificherebbero ai sensi dell'art. 32 della Direttiva n. 2014/24/UE, né le previsioni dell'invito a presentare proposta tecnico-economica, nella parte in cui esclude l'attribuzione di punteggi e la formazione di una vera e propria graduatoria finale.

Ciò, peraltro, gli preclude soltanto di ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto ex art. 121 comma 1 lett. b) c.p.a. e di conseguire l'aggiudicazione, ovvero il risarcimento in forma specifica, non certo di rivendicare il diritto al risarcimento del danno per equivalente conseguente all'accertamento dell'illegittimità della procedura valutativa e dei suoi esiti.

Nello stesso senso – cioè, nel senso di precludere soltanto il risarcimento in forma specifica, mediante la domanda di conseguire l'aggiudicazione - operano del resto le limitazioni alla tutela giurisdizionale che il Legislatore, in un'ottica acceleratoria e di salvaguardia dei fondi messi a disposizione a livello comunitario, ha previsto rispetto alle gare e ai giudizi amministrativi in materia di PNRR.

Difatti, ai sensi dell'art. 48 comma 4 del D.L. 31/05/2021, n. 77, "*In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui al comma 1 e nei giudizi che riguardano le procedure di progettazione, autorizzazione, approvazione e realizzazione delle opere finanziate in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e le relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, nonché in qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR, si applica l'articolo 125 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. In sede di pronuncia del provvedimento cautelare si tiene conto della coerenza della misura adottata con la realizzazione degli obiettivi e il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR*".

Sta di fatto che il Consorzio Eteria, successivamente all'ordinanza cautelare della sezione 21.11.2022, n. 236 - che, proprio in applicazione dell'art. 125 c.p.a., aveva rigettato la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento di aggiudicazione – ed alla conseguente stipulazione del contratto in data 23.11.2022, ha proposto un primo atto di motivi aggiunti in data 2.12.2022, chiedendo formalmente, nelle proprie conclusioni, l'annullamento dei provvedimenti impugnati e comunque l'accertamento "*della loro illegittimità ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 34, comma 3, e 125, comma 3, del c.p.a., con riserva di agire in separato giudizio per il risarcimento dei danni per equivalente monetario*".

Ed è noto che il perdurante interesse alla decisione della causa ex art. 34 comma 3 c.p.a. ai fini del risarcimento per equivalente monetario può essere manifestato anche soltanto mediante dichiarazione resa nelle forme e nei termini previsti

dall'art. 73 cod. proc. amm. (Cons. di St., Ad. Plen., 13.7.2022, n. 8).

Nel caso di specie, la dichiarazione è stata addirittura inserita nelle conclusioni del ricorso per motivi aggiunti notificato alle controparti, sicché veramente non si vede quale sia il senso ultimo delle riferite eccezioni di inammissibilità.

Dal verbale dell'11.10.2022 (doc. 20 delle produzioni 9.11.2022 di parte ricorrente) si ricava infatti che "*dalle valutazioni del collegio degli esperti viene in rilievo una valutazione complessivamente considerata in favore dell'OE Webuild che appare particolarmente marcata per ciò che riguarda la professionalità ed adeguatezza della proposta rispetto ai servizi e i lavori analoghi presentati. Rileva altresì una differenza delle proposte economiche tra gli operatori che resta in favore dell'OE Webuild*".

Dunque, a prescindere dalla attribuzione di punteggi e dalla formale esistenza di una graduatoria, è indubbio che l'offerta del Consorzio Webuild sia stata ritenuta preferibile in vista della prosecuzione della negoziazione con esso solo, senza tuttavia che l'offerta del Consorzio Eteria sia stata ritenuta inadeguata o non conforme alle prescrizioni della *lex specialis*.

Donde l'ammissibilità delle doglianze del Consorzio Eteria, in quanto volte a censurare – in vista della proposta domanda di accertamento della illegittimità degli atti impugnati ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 34, comma 3, e 125, comma 3, del c.p.a., - il governo delle regole che la stessa stazione appaltante si è data – autovincolandosi – rispetto ai requisiti di partecipazione alla procedura ed alla valutazione delle proposte da parte del collegio di esperti indipendenti.

Ciò posto, può procedersi all'esame dei motivi di ricorso.

Il primo motivo di ricorso, con cui è dedotto che il Consorzio Webuild avrebbe dovuto essere estromesso dalla gara, è infondato, sotto tutti i profili dedotti.

1.1. Sotto un primo profilo, il Consorzio Eteria assume che il Consorzio Webuild avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura negoziata, in quanto la società Ramboll U.K., mandataria del R.T.P. indicato per le attività di progettazione, sarebbe priva dei requisiti minimi prescritti dall'Avviso e richiamati nell'Invito,

facendo con ciò venir meno la qualificazione del R.T.P., nonché l'intera componente progettuale e parte della componente organizzativa dell'offerta Webuild.

Ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 50/2016, (Condizioni relative all'AAP e ad altri accordi internazionali), *"Nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'AAP e dagli altri accordi internazionali a cui l'Unione è vincolata, le amministrazioni aggiudicatrici applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi, firmatari di tali accordi, un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del presente codice"*.

Orbene, il Regno Unito, in quanto già Stato membro dell'U.E., che vi aveva aderito, era parte dell'AAP (Accordo sugli Appalti Pubblici) dell'O.M.C. – Organizzazione Mondiale del Commercio, ed ha continuato ad esservi incluso anche durante il periodo di transizione previsto dall'accordo di recesso tra l'Unione europea e il Regno Unito (1º febbraio 2020 - 31 dicembre 2020).

Successivamente alla scadenza del periodo di transizione, il Regno Unito ha comunque aderito all'AAP come parte a sé stante il 1º gennaio 2021.

Inoltre, il 24 dicembre 2020, l'Unione europea e il Regno Unito hanno concluso un accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione (TCA), accordo che ha iniziato ad applicarsi in via provvisoria il 1º gennaio 2021 e che ha ribadito il principio di non discriminazione delle imprese dell'UE con sede nel Regno Unito, e viceversa, per qualsiasi appalto, compresi quelli al di sotto delle soglie AAP (cfr. la Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L. 444 del 31.12.2020, pp. 14-1462).

Donde l'infondatezza del motivo, essendo tenuta la stazione appaltante, in forza dell'art. 49 D. Lgs. n. 50/2016 e dei sopra richiamati accordi (AAP + TCA), ad applicare agli operatori economici del Regno Unito un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice dei contratti pubblici agli operatori nazionali o a quelli stabiliti in uno Stato membro dell'U.E..

1.2. Sotto un secondo profilo, a detta del Consorzio Eteria la mandataria Ramboll UK difetterebbe del requisito dell'iscrizione camerale per le attività di progettazione oggetto di appalto, che non corrisponderebbero all'attività di *"consulenza scientifica e tecnica connessa all'ingegneria"*.

Anche tale censura è infondata, oltreché generica.

Infondata in quanto la societa Ramboll U.K. ha prodotto il certificato di iscrizione (*company number* 03659970) all'UK Trade Registry, con il codice SIC - *Standard Industrial Classification "71122 – Engineering related scientific and technital consulting activieties"*, ovvero attività di consulenza scientifica e tecnica connessa all'ingegneria (doc. 15 delle produzioni 16.11.2022 del Consorzio Webuild).

Si tratta di un certificato *"rilasciato da uno dei registri professionali o commerciali istituiti nel Paese in cui è residente"* l'operatore concorrente (art. 83 comma 3 D. Lgs. n. 50/2016): è già si è visto che, in forza dell'art. 49 D. Lgs. n. 50/2016 e dei sopra richiamati accordi internazionali, la stazione appaltante non può riservare agli operatori economici del Regno Unito un trattamento meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice agli operatori nazionali o stabiliti in uno Stato membro dell'U.E..

Generica, in quanto non è specificato "perché" le attività di progettazione oggetto dell'appalto non corrisponderebbero all'attività di *"consulenza scientifica e tecnica connessa all'ingegneria"*, cioè al codice SIC - Standard Industrial Classification 71122.

1.3. Sotto un terzo profilo, due delle figure di professionisti ("ingegnere ambientale" ed "archeologo") sarebbero oggetto di un subappalto "a cascata" vietato dall'art. 105 comma 19 del D. Lgs. n. 50/2016, in quanto sarebbero stati forniti accordi di collaborazione con due società, ma non direttamente con i due professionisti indicati.

Inoltre, risulterebbe violato il principio di indicazione nominativa dello staff di progettazione di cui all'art. 24, comma 5 del D. Lgs. n. 50/2016, in quanto l'Ing. Alessia Toma, indicata come progettista ambientale, non risulterebbe essere più

dipendente della Ramboll Italy s.r.l..

La censura confonde due distinti profili, ovvero quello relativo al subappalto delle attività di progettazione (art. 31, comma 8 del D.Lgs. 50/2016) e quello relativo alla indicazione nominativa dello staff di progettazione (art. 24, comma 5 D. Lgs. n. 50/2016), da effettuarsi *"in sede di presentazione dell'offerta"*.

Giova premettere che, ai sensi del punto 6.2 dell'avviso (p. 9), l'attività di progettazione era subappaltabile a terzi nei termini di cui all'art. 31 comma 8 del D. Lgs. n. 50/2016, e che, nell'ambito dell'attività subappaltabile, rientravano senz'altro le attività di consulenza specialistica sia in materia ambientale (per espressa previsione dell'art. 31 comma 8 del D. Lgs. n. 50/2016), che archeologica (per espressa previsione dell'avviso: *"Si precisa che ai fini di quanto sopra* [subappalto della attività di progettazione, n.d.r.] *la relazione archeologica rientra tra gli elaborati specialistici"*).

Ciò posto, in sede di manifestazione di interesse il Consorzio Webuild ha previsto l'affidamento delle prestazioni di consulenza specialistica in materia ambientale ed archeologica in favore di due società (rispettivamente, le società Ramboll Italy s.r.l. e Semper s.r.l.), le quali hanno a loro volta individuato per l'espletamento delle prestazioni affidate due professionisti nominativamente indicati (rispettivamente, l'ing. Alessia Toma e il dott. Gianfranco Valle) ad esse legati – in allora - da un rapporto di lavoro dipendente.

Sennonché, successivamente, in sede di offerta – cioè, nella sede propria in cui va nominativamente indicato il professionista - il Consorzio Webuild ha confermato l'intenzione di ricorrere al subappalto soltanto in relazione alla predisposizione della relazione archeologica, mentre le prestazioni di ingegneria ambientale sono state ricondotte nell'ambito delle prestazioni eseguite direttamente dalla mandataria del RTP Ramboll UK Limited, con la sostituzione dell'ing. Alessia Toma (che aveva *medio tempore* cessato il proprio rapporto di lavoro con la Ramboll Italia s.r.l., subappaltataria indicata in sede di manifestazione di interesse) con un altro

professionista, dipendente della mandataria del R.T.P. (ing. Phil Studds – cfr. doc. 18 delle produzioni 16.11.2022 di Webuild).

Dunque, a valle della presentazione dell'offerta, le prestazioni propriamente oggetto di subappalto sono soltanto quelle di consulenza specialistica in materia archeologica, affidate alla società Semper s.r.l. (e, per essa, dal dott. Gianfranco Valle, nominativamente indicato ex art. 24 comma 5 D. Lgs. n. 50/2016), rispetto alla quale non è però dedotta la carenza dei requisiti per l'affidamento del corrispondente subappalto.

Ora, ai sensi dell'art. 24 comma 5 D. Lgs. n. 50/2016, "*Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario* [tra quelli di cui all'art. 46 comma 1 lettere a-f del D. Lgs. n. 50/2016, n.d.r.] *l'incarico è espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali*".

La circostanza che l'archeologo dott. Gianfranco Valle sia dipendente della società Semper s.r.l. - circostanza pacifica e non contestata - e che pertanto sia obbligato a rendere le proprie prestazioni in favore della società subappaltatrice in forza del contratto di lavoro subordinato, esclude in radice che sia configurabile nella fattispecie il c.d. subappalto "a cascata" di cui all'art. 105, comma 19 del d.lgs. 50/16, impropriamente evocato.

Donde l'infondatezza della censura.

1.4. Da ultimo, con il quarto profilo del primo motivo di ricorso, il Consorzio Eteria sostiene che non sarebbero stati indicati gli estremi dell'iscrizione all'albo dei professionisti indicati dalla Ramboll UK.

Premesso che, per quanto detto *supra*, in forza dell'art. 49 D. Lgs. n. 50/2016 l'operatore Ramboll UK ha diritto ad operare in Italia con un trattamento non meno favorevole di quello concesso agli operatori nazionali ai sensi del codice dei contratti pubblici, e che né il codice né l'avviso chiedevano agli offerenti di indicare gli estremi dell'iscrizione all'albo dei professionisti indicati nel gruppo di

lavoro, è dirimente il rilievo che il RTP Ramboll ha in ogni caso indicato nel proprio DGUE la qualifica di ciascun professionista presente nel gruppo di lavoro, l'albo di iscrizione di pertinenza e la relazione giuridica esistente con l'operatore economico (cfr. l'appendice 4 alla Sezione C Parte IV del DGUE - cfr. doc. 19 delle produzioni 16.11.2022 di Webuild, p. 24 di 27).

Donde la genericità e l'infondatezza della censura.

Fondato ed assorbente è invece il secondo motivo del ricorso introduttivo, con il quale il Consorzio Eteria lamenta la violazione della *lex specialis* in punto di valutazione, ad opera del collegio di esperti indipendenti, della proposta tecnica del Consorzio Webuild relativamente alla relazione A.2, concernente i tre lavori analoghi svolti nel quinquennio antecedente, *"relativi a interventi svolti negli ultimi cinque anni, calcolati a ritroso dal termine per la presentazione dell'Avviso, ritenuti dal proponente stesso significativi della propria capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico, scelti fra interventi affini a quelli oggetto dell'affidamento. Si precisa che i lavori analoghi proposti dal proponente non potranno eccedere il numero di tre. Qualora il proponente presentasse un numero maggiore di lavori analoghi, saranno analizzati solamente i primi tre secondo l'ordine riportato nella relazione. Qualora il proponente presentasse un numero di lavori analoghi inferiore a tre, se ne terrà conto nella valutazione della proposta"*.

In proposito, nella relazione tecnica A.2 il Consorzio Webuild ha presentato tre lavori, come segue (doc. 38 delle produzioni 9.11.2022 di parte ricorrente, pp. 32 di 61 e ss.):

1) realizzazione della nuova piattaforma multifunzionale nel porto di Vado Ligure; stazione appaltante: Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale; importo totale dei lavori: € 280.458.622,25; soggetto che ha svolto la prestazione: Fincosit s.r.l. al 100% (pp. 31-41);

2) Tuas Terminal Phase 1 – Singapore; stazione appaltante: MPA – Maritime and Port Authority of Singapore; importo totale dei lavori: € 1.521.152.855,00; soggetto

che ha svolto la prestazione: SIDRA s.p.a. attraverso Dredging International (DEME Group) - 51% (p. 41-50);

3) Nuovo Terminal Container "Zagreb Pier" nel porto commerciale di Rijeka (Croazia); stazione appaltante: Autorità Portuale di Rijeka (Croazia); importo totale dei lavori: € 75.241.019,97; soggetto che ha svolto la prestazione: Fincosit s.r.l. al 50,59% (pp. 51-60).

Considerato l'importo dei lavori oggetto dell'appalto per la diga foranea del Porto di Genova (€ 928.646.927,00), è evidente come, a parità di affinità delle lavorazioni, il lavoro n. 2 fosse, per importo dei lavori (€ 1.521.152.855,00), quello di gran lunga più rilevante, e dunque più "significativo" della "capacità di realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico", rispetto ai lavori n. 1 (€ 280.458.622,25) e n. 3 (€ 75.241.019,97), per importi di gran lunga inferiori.

Sennonché, dallo stesso documento si apprende che il soggetto che ha effettivamente svolto la prestazione relativa al lavoro n. 2 sarebbe *"Sidra s.p.a. attraverso Dredging International (DEME Group) - 51%"* (p. 41-50): indicazione affatto oscura e per nulla perspicua, che è chiara soltanto nel rivelare che il lavoro non è direttamente riferibile, neppure *pro quota*, alla mandante del R.T.I. Webuild Sidra s.p.a., e che dunque non può essere ritenuto significativo della sua capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico.

Tanto ciò è vero che, in sede di manifestazione di interesse e al diverso fine della dimostrazione del possesso dei requisiti minimi prescritti dall'art. 6.2.1, n. iii) dell'Avviso (*"Possesso di una cifra d'affari in lavori almeno pari a due volte l'importo a corpo dei lavori comprensivo degli oneri della sicurezza - pari a € 873.136.728,62 - che l'impresa deve aver realizzato nei migliori cinque dei dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del presente avviso"*), Sidra non lo ha neppure "speso" al fine di qualificarsi per la propria quota di esecuzione del 10% (€ 138.174.318,00 – cfr. il relativo DGUE – doc. 62 delle produzioni 14.12.2022 del Consorzio Eteria, p. 16 di 29), avendo invece fatto ricorso ad un parziale avvalimento infragruppo ad opera dell'ausiliaria Baggerwerken Decloedt & Zoon

N.V., in ragione della dichiarata carenza “in proprio” del relativo requisito (cfr. il contratto di avvalimento tra la Società Italiana Dragaggi s.p.a. e la Baggerwerken Decloedt & Zoon N.V. - doc. 36 delle produzioni 4.1.2023 di Webuild).

In ogni caso, poiché non si trattava affatto dei requisiti di partecipazione – surrogabili mercé l’istituto dell’avvalimento ex art. 89 D. Lgs. n. 50/2016 – quanto dell’apprezzamento dell’offerta sotto il profilo qualitativo delle proprie “capacità realizzative” attestate dai lavori analoghi “svolti” nel quinquennio antecedente (relazione A2 della proposta tecnica), è evidente come fossero del tutto ininfluenti i rapporti societari intercorrenti tra le società Sidra s.p.a. e Dredging International, in quanto entrambe appartenenti al medesimo gruppo (DEME Group).

Ciò che conta è che il fondamentale lavoro n. 2 non è stato svolto dalla società Sidra s.p.a., sicché esso non poteva essere positivamente valutato come obiettivamente significativo delle sue capacità realizzative.

É accaduto invece che il collegio degli esperti, nel valutare l’offerta Webuild quanto al criterio dei lavori analoghi (A2), abbia così effettuato le proprie valutazioni: *“I tre lavori presentati dall’OE presentano in tutti casi un alto livello di complessità e un alto grado di affinità con le lavorazioni previste nella precedente procedura. Gli importi dei lavori sono nel primo caso*[realizzazione della nuova piattaforma multifunzionale nel porto di Vado Ligure, n.d.r.] *inferiori, nel secondo caso* [Tuas Terminal Phase 1 – Singapore, n.d.r.] *maggiori e nell’ultimo caso* [Nuovo Terminal Container “Zagreb Pier” nel porto commerciale di Rijeka in Croazia, n.d.r.] *significativamente inferiori rispetto all’importo previsto dalla presente procedura. Si ritiene che l’OE sia perfettamente in grado di realizzare i lavori previsti nel progetto del PFTE della nuova diga del porto di Genova”* (cfr. il verbale delle sedute riservate svoltesi tra il 14.9.2022 e il 3.10.2022 – doc. 5 delle produzioni 16.11.2022 di Webuild, p. 32 di 55).

Pare al collegio del tutto evidente come il lavoro n. 2 (Tuas Terminal Phase 1 – Singapore), nonostante non fosse direttamente riferibile a Sidra s.p.a., non soltanto

sia stato positivamente valutato, ma abbia addirittura assunto – nelle valutazioni del collegio degli esperti – un'importanza determinante e decisiva, stante la rilevata inferiorità nell'importo degli altri due lavori rispetto all'importo a base di gara, inferiorità definita addirittura "significativa" quanto al lavoro n. 3, relativo al Nuovo Terminal Container "Zagreb Pier" nel porto commerciale di Rijeka in Croazia.

E ciò, anche a non voler considerare che, a ben vedere, l'importo del lavoro n. 2 relativo al Tuas Terminal Phase 1 di Singapore (€ 1.521.152.855,00), per la parte (impropriamente) riferibile a Sidra s.p.a. (51%, ovvero € 775.878.956,05), non è in realtà neppure "maggiore" dell'importo dei lavori per la realizzazione della Diga foranea di Genova (€ 928.646.927,00).

Le relative valutazioni, inficiate da un evidente travisamento quanto alla diretta riferibilità del lavoro n. 2 alle capacità realizzative dei componenti del Consorzio Webuild - indotto dalle ambigue affermazioni contenute nella relazione A.2 (laddove indica SIDRA s.p.a., attraverso Dredging International DEME Group, quale soggetto che ha svolto il 51% del lavoro relativo al Tuas Terminal Phase 1 di Singapore) - è stata poi fatta acriticamente propria dalla stazione appaltante, che, nel verbale dell'11.10.2022 (doc. 7 delle produzioni 16.11.2022 di Webuild, p. 2 di 4), ha concluso nel senso che "*Dalla lettura delle anzidette proposte tecnico economiche e dalle valutazioni del collegio degli esperti viene in rilievo una valutazione complessivamente considerata in favore dell'OE Webuild che appare particolarmente marcata per ciò che riguarda la professionalità ed adeguatezza della proposta rispetto ai servizi e i lavori analoghi presentati*", stabilendo quindi di proseguire la negoziazione con il solo operatore economico Webuild.

Tale vizio, concernendo una componente qualitativa dell'offerta illegittimamente ritenuta determinante nella decisione di proseguire la negoziazione con il solo operatore economico Webuild, si ripercuote inevitabilmente sul provvedimento di aggiudicazione n. 967 del 12.10.2022, rendendolo a sua volta illegittimo.

Né varrebbe eccepire – come fanno le difese delle parti resistenti – che, ai sensi

dell'Invito, e con specifico riferimento all'elemento qualitativo A.2, *"Si precisa che i lavori analoghi proposti dal proponente non potranno eccedere il numero di tre. Qualora il proponente presentasse un numero maggiore di lavori analoghi, saranno analizzati solamente i primi tre secondo l'ordine riportato nella relazione. Qualora il proponente presentasse un numero di lavori analoghi inferiore a tre, se ne terrà conto nella valutazione della proposta"*.

L'obiezione – come suol dirsi - prova troppo, in quanto essa avrebbe un senso soltanto qualora il collegio di esperti e la stazione appaltante "non" avessero valutato il lavoro n. 2 relativo al Tuas Terminal di Singapore, e – ciononostante - avessero manifestato la propria preferenza per il Consorzio Webuild in ragione del ritenuto carattere maggiormente "significativo" degli altri due lavori, in termini di importo o di affinità delle lavorazioni: il che, chiaramente, non è, vuoi perché del lavoro n. 2 il collegio ha espressamente tenuto conto, vuoi perché ha addirittura sottolineato – a parità di affinità delle lavorazioni - la sua "maggiore" rilevanza quanto ad importo delle opere rispetto a quello a base di gara, a fronte della ritenuta inferiorità dei lavori nn. 1 e 3, inferiorità definita addirittura significativa nel 3° lavoro (relativo al Nuovo Terminal Container "Zagreb Pier" nel porto commerciale di Rijeka in Croazia).

Ovviamente, trattandosi di procedura di progettazione e realizzazione di opera finanziata in parte con le risorse previste dal PNRR, e trovando applicazione l'articolo 125 del codice del processo amministrativo (art. 48 comma 4 del D.L. 31/05/2021, n. 77), l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, ed opera ai limitati fini di cui all'articolo 34, comma 3 c.p.a., ovvero quale accertamento dell'illegittimità dell'atto ai soli fini risarcitori, conformemente alle conclusioni del Consorzio Eteria, per come rassegnate negli atti di motivi aggiunti notificati successivamente al rigetto della domanda cautelare.

Ne consegue altresì che il ricorso incidentale del Consorzio PerGenova Breakwater dev'essere dichiarato improcedibile per difetto di interesse.

É noto come, secondo la costante giurisprudenza della C.G.U.E. ed interna, gli interessi perseguiti nell'ambito dei ricorsi principale ed incidentale debbano essere considerati in linea di principio equivalenti e meritevoli di tutela, in quanto è sufficiente a sorreggere il ricorso anche un interesse meramente strumentale alla riedizione della procedura.

Nel caso di specie, tuttavia, mercé le limitazioni alla tutela giurisdizionale operanti nelle gare e nei giudizi amministrativi in materia di PNRR (artt. 48 comma 4 del D.L. 31/05/2021, n. 77 e 125 c.p.a.), giammai il Consorzio aggiudicatario potrebbe perdere, a valle dell'accoglimento del ricorso principale, il bene della vita conseguito in esito al provvedimento di aggiudicazione, ovvero il contratto di affidamento dell'appalto, che non può più essere caducato (art. 125 comma 3 c.p.a.).

Detto altrimenti, a seguito della stipulazione del contratto in data 23.11.2022, il bene della vita conseguito dall'aggiudicatario è divenuto giuridicamente intangibile, sicché egli – a differenza del ricorrente principale, che vanta un residuo interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto a fini risarcitori ex art. 34 comma 3 c.p.a. - non può più nutrire alcun interesse all'accoglimento del ricorso incidentale, neppure di tipo strumentale, non potendosi configurare – per espressa disposizione legislativa - una riedizione della procedura.

Tanto ciò è vero che, a fronte dell'eccezione di inammissibilità del ricorso incidentale sollevata dal Consorzio Eteria, il Consorzio Webuild identifica il proprio residuo interesse al ricorso incidentale nel diverso interesse *"a non risultare virtualmente soccombenti nel presente giudizio e, quindi, a scongiurare il rischio di una condanna alle spese, nonché a dimostrare la legittimità dell'operato dell'Autorità e, così, evitare un ingiustificato depauperamento della propria controparte contrattuale"* (così la memoria di replica 27.3.2023 di Webuild), mentre la stazione appaltante lo individua nell'interesse del Consorzio aggiudicatario ad opporsi ad un'eventuale futura azione di rivalsa da parte dell'amministrazione nei confronti di colui che ha tratto vantaggio dal

provvedimento illegittimo travolto dal giudicato (così la memoria conclusionale 21.3.2023 delle amministrazioni resistenti).

Sennonché, quanto alle argomentazioni del Consozio Webuild, è agevole replicare che l'interesse alla legittimità della propria attività amministrativa ed alla integrità del proprio patrimonio ex art. 2740 cod. civ. sono posizioni soggettive che fanno capo direttamente all'Autorità, e che dunque non possono essere fatte valere dal Consorio Webuild in via sostitutiva (art. 81 c.p.c.).

Quanto invece alle argomentazioni delle autorità resistenti, è agevole replicare che l'interesse al ricorso incidentale deve sussistere "*in dipendenza della domanda proposta in via principale*" (art. 42 comma 1 c.p.a.), laddove nel caso di specie sia l'azione diretta contro l'aggiudicatario proposta dalla parte privata danneggiata dall'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato (peraltro, esulante dalla giurisdizione del giudice amministrativo – cfr. Cons. di St., Ad. Plen., 12.5.2017, n. 2), sia quella di regresso o rivalsa proposta dalla stazione appaltante, appaiono soltanto prospettate come future ed eventuali, al punto che l'Avvocatura dello Stato argomenta i suoi rilievi con considerazioni *de jure condendo* (il riferimento è all'art. 209 lett. d) dello schema di decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti pubblici, poi emanato con D. Lgs. 31.3.2023, n. 36, il quale, nel modificare l'art. 124 c.p.a., prevede che "*Il giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo*").

Del resto, la materia del ricorso incidentale – ovvero, se la risoluzione antitrust dell'autorità spagnola che tutela la concorrenza e il mercato integri un grave errore professionale, oggetto dell'obbligo dichiarativo e suscettibile di determinare l'esclusione dalla procedura del Consorzio Stabile Eteria in applicazione dell'art. 80 comma 5 lettere c), c-*bis*), f) ed f-*bis*) del Codice dei contratti pubblici (requisiti di carattere generale richiamati al punto 6.1 dell'Avviso) - costituisce l'oggetto di

un apposito procedimento recentemente avviato dall'Autorità con atto prot. 01/03/2023.0008693.U (cfr. doc. 73 delle produzioni 17.3.2023 dell'Autorità), sicché la pronuncia sul ricorso incidentale è preclusa anche dall'art. 34 comma 2 c.p.a., poiché concerne un potere amministrativo non ancora esercitato, in quanto la fase di prequalificazione si è conclusa in una data (4.1.2022 - cfr. il verbale di selezione degli operatori economici da invitare a procedura negoziata, doc. 1-*bis* delle produzioni 9.11.2022 di parte ricorrente) anteriore all'emanazione della deliberazione dell'Autorità antitrust spagnola (5 luglio 2022).

Le spese di giudizio seguono come di regola la soccombenza nei confronti della Stazione Appaltante e del Consorzio aggiudicatario, mentre sussistono i presupposti di legge per compensarle integralmente tra le altre parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

dichiara inammissibile il ricorso proposto da Acciona Construcción s.a.;

accoglie il ricorso principale del Consorzio Stabile Eteria S.C. a r.l. e di R.C.M. Costruzioni s.r.l. e, per l'effetto, accerta ex art. 34 comma 3 c.p.a. l'illegittimità del decreto del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, Commissario Straordinario per la realizzazione della nuova Diga Foranea di Genova n. 967 del 12.10.2022;

dichiara inammissibile il ricorso incidentale del Consorzio PerGenova Breakwater;

condanna il Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, Commissario Straordinario per la realizzazione della nuova Diga Foranea di Genova e il Consorzio PerGenova Breakwater, in solido, al pagamento, in favore del Consorzio Stabile Eteria e di R.C.M. Costruzioni s.r.l., delle spese di giudizio, che liquida in € 10.000,00 (diecimila), oltre spese generali, IVA e CPA, oltre al rimborso del contributo unificato versato per il ricorso ed i motivi aggiunti;

compensa integralmente le spese di giudizio tra le altre parti.

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

Così deciso in Genova, nelle camere di consiglio dei giorni 7 aprile 2023 e 5 maggio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

Liliana Felleti, Referendario

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Angelo Vitali	**Giuseppe Caruso**

IL SEGRETARIO