

Pubblicato il 31/03/2021

N. 02683/2021REG.PROV.COLL.
N. 09318/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9318 del 2020, proposto da Cimolai S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierluigi Piselli e Alessandro Bonanni, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Fincantieri S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Paolo Clarizia e Mario Pagliarulo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

nei confronti

Consorzio Venezia Nuova in amministrazione straordinaria *ex art.* 32 d.l. n. 90 del 2014, in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio;

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per

le Opere Pubbliche Veneto e Trentino Alto Adige, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sezione prima, n. 1083 del 2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fincantieri S.p.a. e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visto altresì l'appello incidentale di Fincantieri S.p.a.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla legge 26 febbraio 2021, n. 21, il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti, pure da remoto, gli avvocati Piselli, Bonanni, Clarizia Angelo, Clarizia Paolo e Pagliarulo; preso atto del deposito delle note, formulate ai sensi delle citate disposizioni, dall'avvocato dello Stato Palmieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Venezia Nuova ha indetto una procedura aperta per l'affidamento di un appalto misto (servizi e lavori) con prevalenza di servizi avente ad oggetto la manutenzione delle paratoie della bocca di Lido Treporti, dell'importo a base

d'asta di euro 18.251.717, 71, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ai fini della valutazione delle offerte il punteggio attribuibile era così ripartito: 70 punti per l'offerta tecnica; 25 punti per l'offerta economica; 5 punti per l'offerta tempo per la riduzione di massimo 120 giorni sul termine di esecuzione dei lavori stabilito in 1.263 giorni.

Alla gara hanno partecipato Brodosplit, Fincantieri S.p.a. e Cimolai S.p.a., ma la prima, Brodosplit, è stata esclusa nella fase di verifica della documentazione amministrativa per omessa presentazione della cauzione provvisoria.

All'esito dell'esame delle offerte la commissione ha disposto l'esclusione dalla gara di Fincantieri S.p.a. in quanto dall'offerta tecnica, e segnatamente dal cronoprogramma ad essa allegata, emergeva l'offerta economica relativa alla contrazione (120 giorni) del termine di esecuzione dei servizi di manutenzione; è stata quindi disposta l'apertura dell'offerta economica di Cimolai S.p.a., unica concorrente rimasta in gara.

Fincantieri S.p.a. ha impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto il provvedimento di esclusione comunicato con nota del 22 ottobre 2019, prot. n. 43552, unitamente ai verbali di gara del 29 luglio 2019 e del 18 ottobre 2019, al disciplinare di gara (artt. 16 e 17) e al bando di gara, oltre al non conosciuto provvedimento di aggiudicazione adottato nei confronti di Cimolai S.p.a.

L'impugnativa era affidata a cinque articolati motivi di censura, così rubricati:

I) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 67 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere *sub specie* di errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa;

II) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione dei principi di tassatività, proporzionalità, del *favor participationis* e della massima apertura concorrenziale; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per sviamento, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, travisamento dei presupposti;

III) in via subordinata, violazione e falsa applicazione dell'art. 46 della direttiva 2014/24/UE e dell'art. 51 d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere; illogicità manifesta; sproporzione; difetto di istruttoria; contraddittorietà; perplessità;

IV) in via subordinata, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 22 della direttiva comunitaria 2014/24/UE e 40 del d.lgs n. 50/2016; eccesso di potere *sub specie* di difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, sviamento;

V) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 32 d.lgs n. 50/2016; eccesso di potere *sub specie* di difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, sviamento.

Con un primo atto di motivi aggiunti Fincantieri ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva (con la relativa nota di comunicazione) in favore di Cimolai S.p.a. (n. 988 del 24 gennaio 2020), la nota del 4 febbraio 2020 di parziale diniego all'accesso all'offerta tecnica di Cimolai S.p.a. e il verbale di accesso parziale del 12 febbraio 2020, oltre a tutti i verbali di gara, contestando, tra l'altro, la carenza dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria in capo alla predetta aggiudicataria.

L'impugnativa è stata affidata, in particolare, ai seguenti motivi:

VI) violazione a falsa applicazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere *sub specie* di contraddittorietà, disparità di trattamento, errore nei

presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa;

VII) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 67 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere sub specie di contraddittorietà, disparità di trattamento, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa;

VIII) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione dei principi di tassatività, proporzionalità, del *favor participationis* e della massima apertura concorrenziale; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per sviamento, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, travisamento dei presupposti;

IX) violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 9.c.b. del disciplinare di gara; eccesso di potere *sub specie*, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa;

X) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; eccesso di potere *sub specie* di contraddittorietà, disparità di trattamento, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa,

XI) violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere sub specie, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa.

E' stata dedotta anche l'illegittimità derivata del provvedimento di esclusione dalla gara e in via subordinata è stata proposta anche una domanda di

risarcimento dei danni.

Con un secondo atto di motivi aggiunti Fincatieri ha nuovamente impugnato la propria esclusione dalla gara e l'aggiudicazione della stessa a Cimolai S.p.a., chiedendo anche la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e il subentro nello stesso, deducendo:

XII) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 67 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere *sub specie* di contraddittorietà, disparità di trattamento, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa;

XIII) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione dei principi di tassatività, proporzionalità, del *favor participationis* e della massima apertura concorrenziale; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per sviamento, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, travisamento dei presupposti;

XIV) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; eccesso di potere *sub specie* di contraddittorietà, disparità di trattamento, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa;

XV) violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 9.c.b. del disciplinare di gara; eccesso di potere *sub specie*, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa;

XVI) violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere *sub specie*, errore nei presupposti, travisamento dei

fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa.

Con ricorso incidentale Cimolai S.p.a. ha a sua volta impugnato: a) il verbale di seduta pubblica del 29 luglio 2019 e tutti gli atti, i provvedimenti e i comportamenti, sia della stazione appaltante che della commissione, nella parte in cui hanno omesso di escludere dalla procedura di gara il RTI Fincantieri per violazione delle norme della *lex specialis* relative, in particolare, alla partecipazione in forma aggregata, nonché ai requisiti di qualificazione; b) la nota del 22 ottobre 2019 e il verbale di seduta pubblica del 18 ottobre 2010, con cui l'esclusione del RTI Fincantieri è stata adottata senza specificare che la ricorrente principale ha espressamente indicato la riduzione temporale di 120 giorni anche nella relazione di sintesi allegata all'offerta tecnica.

Cimolai ha anche contestato la carenza in capo a Fincantieri dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria.

Questi i motivi di censura:

I. "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 9 del disciplinare di gara. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, co. 8, del d.lgs. N. 50/2016 e dell'art. 92, co.2, del d.p.r. n. 207/2010. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti";

II. "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 48 del d.lgs. N. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 9 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti";

III. "Violazione e/o falsa applicazione degli art. 16 e 17 del disciplinare di gara. Violazione e/o falsa applicazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica-temporale. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e violazione della *par condicio*".

IV. "In via condizionata all'accoglimento delle censure nn. IX e XV di Fincantieri. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, co. 8 del d.lgs. N.

50/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, co. 4 del d.lgs. N. 50/2016 e dell'art. 9, lett. C.b) del disciplinare di gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa”.

Avverso gli stessi atti già impugnati col ricorso incidentale Cimolai S.p.a. ha proposto anche motivi aggiunti, nella parte in cui, all'esito dello scrutinio delle offerte tecniche, non è stata rilevata l'inidoneità dei *curricula* delle figure rappresentative della commessa indicate da Fincantieri e la conseguente inidoneità dell'offerta tecnica, deducendo in particolare:

V. “In via condizionata all'accoglimento delle censure nn. XI e XVI di Fincantieri. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. N. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 5, del disciplinare di gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa”.

Con un terzo atto di motivi aggiunti Fincantieri ha impugnato il provvedimento del 18 maggio 2020 con cui, successivamente all'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante ha concluso favorevolmente il procedimento di comprova dei requisiti di Cimolai, deducendo:

XVII. “Violazione e falsa applicazione dell'art. 81, comma 6 del d.lgs. N. 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione dei termini perentori assegnati dal rup. Eccesso di potere; contraddittorietà; illogicità; difetto di istruttoria; perplessità”;

XVIII. “Violazione e falsa applicazione dell'art. 81, comma 6 del d.lgs. N. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del punto 15.j. e del punto 23 del disciplinare di gara. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione dei termini assegnati dal Rup. Eccesso di potere; contraddittorietà; illogicità; difetto di istruttoria; perplessità”;

XIX. “Violazione e falsa applicazione dell’art. 86 del d.lgs. N. 50/2016 violazione e falsa applicazione dell’art. 9.c.b. del disciplinare di gara. Eccesso di potere *sub specie*, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell’azione amministrativa”.

XX. “Violazione e falsa applicazione dell’art. 86 del d.lgs. N. 50/2016 violazione e falsa applicazione dell’art. 9.c.b. del disciplinare di gara. Eccesso di potere *sub specie*, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell’azione amministrativa”.

XXI. “Violazione e falsa applicazione dell’art. 80 comma 5 lett. C *bis* d.lgs. N. 50/2016. Violazione dell’art. 97 Cost. Violazione di legge. Eccesso di potere; difetto di istruttoria; illogicità manifesta; contraddittorietà; perplessità”;

XXII. “Violazione e falsa applicazione degli artt. 32, 80 e 86 del d.lgs. N. 50/2016. Violazione della *par condicio*. Violazione di legge. Eccesso di potere; difetto di istruttoria; illogicità manifesta; perplessità”.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, con sentenza della sezione prima n. 1083 del 2020, nella resistenza del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Consorzio Venezia Nuova, dopo aver preliminarmente sottolineato che nel caso di specie dovevano essere esaminati sia il ricorso principale (con i motivi aggiunti) che il ricorso incidentale (con i motivi aggiunti):
-quanto al ricorso principale di Fincantieri:

ha esaminato il primo, il secondo, il settimo e l’ottavo motivo di censura sollevato e ritenuti fondati, anche sotto il profilo della disparità di trattamento, ha dichiarato illegittimo, annullandolo, il provvedimento di esclusione dalla gara di Fincantieri e, in accoglimento anche dell’undicesimo motivo, ha annullato pure l’aggiudicazione della gara a Cimolai S.p.a.;

ha conseguentemente dichiarato improcedibile per carenza di interesse il terzo atto di motivi aggiunti proposto da Fincantieri S.p.a.;

ha esaminato il quinto, il nono ed il quindicesimo motivo di censura sollevato da Fincantieri (circa la dedotta carenza in capo a Cimolai S.p.a. dei requisiti di capacità tecnico – professionale con riferimento al fatturato per servizi analoghi di manutenzione) e ritenuta preliminarmente la sussistenza dell'interesse al relativo esame (dal momento che l'annullamento dell'esclusione di Fincantieri comportava il confronto concorrenziale delle offerte in gara), li ha ritenuti fondati, annullando l'ammissione alla gara di Cimolai S.p.a. proprio per la carenza dei predetti requisiti;

ha dichiarati assorbiti tutti gli altri motivi di censura;

-quanto al ricorso incidentale:

in accoglimento dell'eccezione *ex adverso* sollevata, ha dichiarato irricevibili il ricorso incidentale e i motivi aggiunti al ricorso incidentale, questi ultimi peraltro formulati espressamente in modo condizionato all'accoglimento dei motivi di censura svolti da Fincantieri dichiarati assorbiti.

La sentenza è stata appellata da Cimolai, che ne ha lamentato l'erroneità e l'ingiustizia per i seguenti motivi:

I) erroneità e/o illogicità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha dichiarato illegittima l'esclusione del RTI Fincantieri dalla gara; erroneità ed illegittimità, anche per vizio di omessa motivazione, della sentenza impugnata; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c.; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 16 e 17 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione del canone della *par condicio*;

II) erroneità e/o illogicità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha dichiarato illegittima l'ammissione di Cimolai S.p.a. alla procedura di gara; erroneità ed illegittimità, anche per vizio di omessa motivazione, della sentenza impugnata; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c.; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 9 del disciplinare di gara;

III) erroneità e/o illogicità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha dichiarato l'irricevibilità, per asserita tardività, del ricorso incidentale di Cimolai S.p.a., omettendo così erroneamente di esaminare nel merito i motivi di impugnativa incidentale e di pronunciarsi sulla loro fondatezza; riproposizione delle censure dedotte in via incidentale.

Si sono costituiti per resistere all'appello Fincantieri S.p.a. e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Fincantieri, oltre a contestare le deduzioni dell'appellante, ha riproposto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi non esaminati dal Tribunale amministrativo regionale e ha proposto, altresì, appello incidentale con riferimento al capo della sentenza che ha dichiarato improcedibile il terzo atto di motivi aggiunti proposto in primo grado.

Fincantieri ha riproposto, in particolare, i seguenti motivi di diritto:

I) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 67 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere *sub specie* di contraddittorietà, disparità di trattamento, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa;

II) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione dei principi di tassatività, proporzionalità, del *favor participationis* e della massima apertura concorrenziale; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per sviamento, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, travisamento dei presupposti;

III) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; eccesso di potere *sub specie* di contraddittorietà, disparità di trattamento, errore nei

presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa;

IV) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95, comma 12, del d.lgs. 50/2016; eccesso di potere *sub specie* errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa;

V) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; eccesso di potere *sub specie* di contraddittorietà, disparità di trattamento, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa;

VI) violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere *sub specie*, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa.

Con l'appello incidentale, invece, Fincantieri ha dedotto i seguenti motivi di diritto:

I) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 81, comma 6 del d.lgs. n. 56/2016; violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione dei termini perentori assegnati dal RUP; eccesso di potere; contraddittorietà; illogicità; difetto di istruttoria, perplessità;

II) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 81, comma 6 del d.lgs. n. 56/2016; violazione e falsa applicazione del punto 15.j. e del punto 23 del disciplinare di gara; violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione dei termini perentori assegnati dal RUP; eccesso di potere; contraddittorietà; illogicità; difetto di istruttoria, perplessità;

III) violazione e falsa applicazione dell'art. 86 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 9.c.b. del disciplinare di gara; eccesso di potere sub

specie, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa;

IV) violazione e falsa applicazione dell'art. 86 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 9.c.b. del disciplinare di gara; eccesso di potere sub specie, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'azione amministrativa;

V) violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 5 lett. c bis d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione di legge; eccesso di potere; difetto di istruttoria; illogicità manifesta; contraddittorietà; perplessità;

VI) violazione e falsa applicazione degli artt. 32, 80 e 86 del d.lgs. n. 50/2016; violazione della par condicio; violazione di legge; eccesso di potere; difetto di istruttoria; illogicità manifesta; contraddittorietà; perplessità.

Fincantieri ha, infine, riproposto i motivi dedotti in via subordinata, non esaminati e/o assorbiti, con i quali era stata impugnata la *lex specialis* di gara:

I) violazione e falsa applicazione dell'art. 46 della direttiva 2014/24/UE e dell'art. 51 d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere; illogicità manifesta; sproporzione; difetto di istruttoria; contraddittorietà; perplessità;

II) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 22 della direttiva comunitaria 2014/24/UE e 40 del d.lgs 50/2016; eccesso di potere sub specie di difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore nei presupposti, travisamento dei fatti; sviamento;

III) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 32, d.lgs 50/2016; eccesso di potere sub specie di difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore nei presupposti, travisamento dei fatti; sviamento.

Nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza del 4 marzo 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla legge 26 febbraio 2021, n. 21, udienza nel corso della quale i difensori presenti hanno espressamente dichiarato di non avere interesse alla pubblicazione del dispositivo di sentenza, l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo Cimolai ha dedotto che, diversamente da quanto erroneamente ritenuto dal Tribunale, Fincantieri era stata esclusa legittimamente dalla gara per avere espressamente indicato nell'offerta tecnica la contrazione del termine di esecuzione, in particolare anche nella relazione di sintesi allegata all'offerta stessa, oltre che nel cronoprogramma, così anticipando inammissibilmente la propria offerta economica e violando palesemente il principio della segretezza dell'offerta economica; altrettanto erroneamente il giudice di prime cure aveva ritenuto che anche la sua offerta avrebbe presentato lo stesso vizio di quello di Fincantieri, laddove invece essa conteneva solo delle tabelle da cui non poteva in alcun modo ricavarsi la contrazione del termine di esecuzione e non poteva aversi pertanto alcuna contezza dell'offerta economica.

Il motivo è infondato.

Secondo le prescrizioni dell'art. 16 del disciplinare, i partecipanti avrebbero dovuto produrre *“il cronoprogramma con l'articolazione delle fasi di lavoro e con l'indicazione delle curve di produzione dal quale non si deve evincere l'offerta economica, né tantomeno gli importi di riferimento”*.

Entrambe le concorrenti si sono attenute a tali prescrizioni, avendo prodotto nelle rispettive offerte il cronoprogramma costituito da fogli in formato *excel* da cui si ricavava l'articolazione delle fasi di lavoro con l'indicazione delle curve di produzione. Da tale documentazione non si poteva evincere in alcun modo né

l'offerta economica, né gli importi di riferimento, non sussistendo, dunque, alcun motivo per escludere le offerte.

Invero, come risulta dal consolidato indirizzo giurisprudenziale correttamente indicato nella sentenza appellata, l'indicazione della riduzione delle tempistiche di lavorazione non costituisce un'anticipazione dell'offerta economica, bensì una caratteristica dell'offerta tecnica. Ciò si ricava dall'art. 67, comma 2, lett. c), della direttiva 24/2014/UE, che menziona, tra i criteri per la valutazione dell'offerta tecnica, proprio il “*termine di consegna o di esecuzione*”, nonché dall'art. 95, comma 6, lett. g), del d.lgs. n. 50 del 2016, che, tra i criteri oggettivi per la valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose, prevede “*le condizioni di consegna quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione*” (nello stesso senso, vedi Cons. Stato, Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2510).

Nel senso su indicato è stato affermato anche che: “*Nelle gare pubbliche il cronoprogramma è un elemento "quantitativo temporale", ma nel significato proprio delle leggi fisiche (è misurabile nel tempo), non in quello delle leggi giuridiche, con conseguente possibilità del suo inserimento nell'offerta tecnica*” (Cons. Stato, Sez. III, 2 agosto 2017, n. 3874).

Nel caso di specie, in cui la *lex specialis* contemplava una clausola che imponeva l'allegazione del cronoprogramma e vietava esplicitamente solo l'anticipazione del contenuto economico dell'offerta (art. 16 del disciplinare), non poteva essere escluso un concorrente che si era attenuto all'obbligo di indicazione dei tempi di esecuzione del contratto nell'offerta tecnica.

E' da ritenere pertanto corretta sul punto la sentenza impugnata, anche con riferimento alla eventuale ambiguità o quanto meno contraddittorietà della citata clausola, dalla cui applicazione in ogni caso non avrebbe potuto derivare *tout court* l'esclusione dalla gara.

Sotto altro concorrente profilo, non può sottacersi che, a seguito dell'accesso di Fincantieri all'offerta tecnica prodotta da Cimolai, è emerso che quest'ultima, così come Fincantieri, aveva prodotto un cronoprogramma indicando nella

propria offerta tecnica la stessa riduzione delle tempistiche di esecuzione dei lavori, come si evince dall'esame della tabella del cronoprogramma, così che, a tutto voler concedere, anche nell'offerta tecnica di Cimolai era evidenziata l'anticipazione dei contenuti dell'offerta tempo. In particolare, dal cronoprogramma di fase 2 di Cimolai è ricavabile l'offerta tempo, atteso che i 32,5 mesi equivalgono a 975 giorni che risultano dalle caselle. Decurtando tale cifra dai 1095 giorni indicati dalla *lex specialis* per le lavorazioni della fase 2, si ottiene il risultato di 120 giorni, che coincide con la riduzione temporale per l'esecuzione dell'intero progetto contenuta nell'offerta tempo presentata da Cimolai.

Non può dubitarsi pertanto, come rilevato dal tribunale, della sussistenza di un vizio di disparità di trattamento in quanto in presenza di una situazione di fatto pressoché identica la stazione appaltante ha escluso dalla gara solo Fincantieri; né a diverse conclusioni induce la circostanza, sottolineata da Cimolai, che il cronoprogramma e la relazione di sintesi di Fincantieri indicassero in modo esplicito la riduzione di 120 giorni, mentre nel cronoprogramma contenuto nell'offerta di Cimolai tali indicazioni non erano espresse in lettere, trattandosi di deduzione assolutamente formalistica e priva di qualsiasi fondamento logico – razionale, essendo indifferente che la conoscenza (o conoscibilità) del dato avvenga attraverso una rappresentazione grafica o in lettere.

All'infondatezza del primo motivo di gravame consegue l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dei primi tre motivi, oltre che del quinto, riproposti da Fincantieri ai sensi dell'art. 101 c.p.c. perché assorbiti dal giudice di prime cure, che concernono l'illegittimità dell'esclusione di Fincantieri e la disparità di trattamento rispetto alla mancata speculare esclusione di Cimolai.

L'illegittimità dell'esclusione dalla gara di Fincantieri comporta anche, come correttamente statuito dalla sentenza appellata, l'annullamento per illegittimità derivata dell'aggiudicazione della gara disposta in favore di Cimolai.

Ne risulta anche l'improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse del quarto e del sesto motivo riproposti da Fincantieri, perché rivolti proprio contro l'aggiudicazione della gara a Cimolai, nonché dei sei motivi dell'appello incidentale, che ripropongono il terzo atto di motivi aggiunti di impugnazione del provvedimento del 18 maggio 2020 con cui, successivamente all'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante ha concluso favorevolmente il procedimento di comprova dei requisiti di Cimolai. Anche tale atto deve, invero, ritenersi travolto dall'annullamento dell'aggiudicazione.

Con il secondo motivo dell'appello principale Cimolai ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto le censure sollevate da Fincantieri circa la dedotta carenza in capo ad essa dei requisiti di capacità tecnico-professionale.

Fincantieri aveva contestato che la stazione appaltante avesse omissso la effettiva valutazione dell'idoneità e congruità dell'offerta di Cimolai nonché del possesso del requisito del fatturato globale minimo annuo e del fatturato specifico, deducendo la carenza in capo a Cimolai dei richiesti requisiti di capacità tecnico-professionale secondo le specifiche disposizioni della *lex specialis*.

In particolare, secondo Fincantieri, Cimolai aveva omissso di comprovare sia il requisito di fatturato specifico per servizi di "manutenzione analoghi alla prestazione" nel triennio 2015 – 2016 – 2017 per un importo annuale di 3.000.000, e triennale di 9.000.000 (in quanto i contratti allegati si riferivano tutti a forniture e non a servizi di manutenzione), sia l'elenco di servizi di manutenzione analoghi dichiarati in sede di gara, in quanto l'attività effettivamente svolta riguardava solo la fabbricazione e l'assemblaggio di paratie (della bocca di Lido Treporti e del canale di Panama), ma non la prestazione di servizi di manutenzione, che tantomeno le erano stati mai affidati.

Infatti, i contratti indicati da Cimolai non riguardavano né servizi, né manutenzione e tantomeno concernevano attività o prestazioni che potevano

considerarsi analoghe alla “prestazione” oggetto di gara. Né – sempre secondo la tesi di Fincantieri - il contratto avente ad oggetto le paratoie di Panama, né quello avente ad oggetto le paratoie del Mose potevano essere utilmente invocati a riprova del possesso del requisito in questione perché riguardavano esclusivamente la fornitura di paratoie; ad analoghe conclusioni doveva giungersi anche per il contratto stipulato con Aeroporti di Roma S.p.a. in relazione al quale non erano configurabili elementi di similitudine tra i servizi manutentivi oggetto di gara e le prestazioni oggetto della manutenzione degli impianti di un aeroporto.

Secondo la tesi dell'appellante, invece, le conclusioni cui è giunto il Tribunale, sostanzialmente aderendo alle prospettazioni della ricorrente Fincantieri, sono erronee, irragionevoli e tali da essere riformate.

Il motivo di appello è fondato.

Deve anzitutto rilevarsi che, come risulta dalla documentazione versata in atti, Cimolai ha realizzato nei propri stabilimenti le paratoie della bocca di Lido Treporti del sistema Mose, la cui manutenzione è oggetto della gara di specie, e che la *lex specialis* non richiedeva ai fini del possesso del requisito di capacità economico – finanziaria l'identità delle prestazioni precedentemente svolte, limitandosi a richiedere al concorrente di aver svolto “*servizi di manutenzione analoghi alla prestazione*”.

Ai sensi dell'art. 9 lett. C.b) del disciplinare, relativo ai requisiti da possedere per le prestazioni attinenti la componente servizi di manutenzione: “*l'operatore singolo dovrà essere in possesso dei seguenti requisiti di capacità economica e finanziaria.*

(...)

b) Fatturato specifico minimo annuo delle prestazioni di servizi di manutenzione riferito a ciascuno degli ultimi n.3 (tre) esercizi finanziari disponibili.

Il fatturato specifico minimo annuo non deve essere inferiore ad € 3.000.000,00/anno [...].

Il concorrente dovrà contestualmente produrre all'interno della documentazione amministrativa un elenco di servizi di manutenzione analoghi alla prestazione di importo complessivo minimo pari al dichiarato Fatturato specifico minimo annuo.

Per ciascun servizio in elenco dovrà fornirsi l'indicazione del committente, dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione.

La comprova del requisito è fornita, ai sensi dell'art.86, comma 4 e all. XVII parte I, del Codice dei Contratti (...).

Ai sensi dell'art. 86, comma 4, del Codice dei Contratti l'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze richieste può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

[...] il Fatturato globale ed il Fatturato specifico sono richiesti con la finalità di selezionare operatori economici con una solidità economica-finanziaria ed adeguata esperienza, tale da garantire la corretta esecuzione dell'appalto”.

Il requisito richiesto consisteva, dunque, nell'aver svolto servizi di manutenzione analoghi a quelli oggetto di appalto.

A comprova del possesso di detto requisito e dell'adeguata esperienza Cimolai ha prodotto, tra l'altro, due contratti concernenti la produzione e la conseguente fornitura di n. 23 paratoie della bocca di Lido Treporti (ovvero le stesse paratoie su cui dovrà essere effettuata la manutenzione oggetto dell'appalto in questione), nonché la produzione e la conseguente fornitura di n. 16 paratoie del canale di Panama.

Per Cimolai, tali contratti sarebbero sufficienti a dimostrare il possesso del requisito di cui si discute, atteso che la pregressa esperienza garantisce la piena conoscenza di tutti gli elementi che saranno oggetto della manutenzione e assicura un'adeguata capacità nella derivata attività di manutenzione, a maggior ragione nel caso specifico, laddove l'attività di manutenzione consiste nella integrale ripetizione di attività da essa già svolte in sede di fabbricazione delle

paratoie (sia del Mose che del Canale di Panama); in sintesi l'aver essa prodotto le paratoie oggetto di manutenzione determinerebbe la piena e perfetta conoscenza di tutti gli elementi dell'appalto e l'indiscutibile possesso del *know-how* delle procedure, delle risorse e dei mezzi necessari (ivi comprese le officine limitrofe al luogo in cui si trovano le paratoie) per l'esecuzione delle prestazioni di manutenzione.

Ad avviso dell'appellante, in definitiva, la stazione appaltante avrebbe correttamente valutato la sua offerta ed anche il possesso dei requisiti stabiliti dalla *lex specialis* per eseguire l'appalto, giustamente considerando Cimolai operatore affidabile.

Le tesi dell'appellante sono meritevoli di favorevole considerazione.

Cimolai ha dichiarato un fatturato specifico ben superiore ai 3.000.000 di euro per anno, così articolato:

- 2015: € 19.573.800;
- 2016: € 5.595.370;
- 2017: € 3.391.518,22.

Detto fatturato trova riscontro nei contratti dichiarati in gara, pienamente idonei a soddisfare il requisito richiesto e la piena capacità di eseguire la commessa.

Si tratta, invero, del contratto per la produzione e la conseguente fornitura delle paratoie di Lido Treporti (le stesse paratoie oggetto della presente gara) e del contratto stipulato con il Grupo Unidos *por el Canal* per la produzione e la conseguente fornitura delle paratoie del Canale di Panama.

La sentenza appellata ha ritenuto che “*entro la categoria delle “prestazioni di servizi di manutenzione” non è possibile ricondurre le prestazioni compiute in esecuzione di un appalto di fornitura il quale, ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. tt), è il contratto che ha ad oggetto “l’acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l’acquisto a riscatto, con o senza opzione per l’acquisto, di prodotti” e “può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione”.*

Senonché la possibilità di qualificare, al fine della verifica del requisito del fatturato specifico, come “servizi analoghi” alla manutenzione (oggetto del contratto di appalto da affidare) anche la fornitura degli apparati da mantenere, è stata oggetto di approfondimento da parte della giurisprudenza amministrativa. In particolare, è stato precisato che: *“L’attività di “installazione”... ben può essere considerata quale “servizio collegato o inerente” a quello della manutenzione poiché, di regola, richiede il possesso delle medesime competenze tecniche - professionali; né può sostenersi, come fa l’appellante, che l’installazione ha ad oggetto solo i prodotti che l’installatore fornisce al cliente, e la manutenzione, invece, tutti prodotti quale ne sia il fornitore, per essere l’argomento reversibile: ammessa la necessaria specializzazione nella conoscenza di un dato prodotto, essa andrebbe richiesta anche all’operatore che svolge l’attività di manutenzione (nella manutenzione, appunto, di un singolo prodotto). Tuttavia, tale livello di specializzazione non si ricava dal bando di gara che ha ad oggetto, in generale, l’attività di manutenzione dei sistemi di sicurezza senza che sia specificato la tipologia o il fornitore”* (Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69).

Presupposto di tale ragionamento è che, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, nel caso in cui il bando di gara imponga il possesso del requisito del fatturato specifico relativo a precedenti servizi svolti ed inerenti all’oggetto dell’appalto, le precedenti esperienze, anche se non identiche a quelle oggetto dell’appalto, devono essere, pur sempre, collegate secondo un criterio di analogia o inerenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2015, n. 4425; V, 23 marzo 2015, n. 1568; V, 5 settembre 2014, n. 4529).

In applicazione degli accennati condivisibili orientamenti giurisprudenziali deve ribadirsi che, nel caso in cui, come nella specie, l’appalto abbia ad oggetto l’attività di manutenzione, per la quale sono richieste le medesime competenze tecniche necessarie per la fornitura e messa in opera degli impianti (nel caso di specie le paratie), i due servizi di fornitura e manutenzione possono essere

considerati “analoghi” ai fini della dimostrazione del requisito del fatturato specifico (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6066).

Deve ritenersi, di conseguenza, che Cimolai posseda ed abbia comprovato i requisiti previsti dalla *lex specialis* di gara per eseguire le prestazioni oggetto del contratto, essendo proprio il soggetto che ha prodotto le paratoie, ed i servizi dalla stessa svolti comprendevano anche “servizi di manutenzione analoghi alla prestazione”: ciò in quanto, come già accennato in precedenza, dalla documentazione versata in atti risulta che Cimolai non si è limitata a “fornire” le paratoie del lido Treporti e di Panama, ma ha provveduto anche a produrle nei propri stabilimenti, essendo stato anche il primo operatore economico a realizzarle, così contribuendo pure a definire alcuni standard esecutivi, come la specifica di verniciatura, attività che rientra pacificamente nell’ambito della manutenzione e utilizzata anche per la costruzione di successive paratoie.

Ciò è sufficiente a dimostrare il possesso del requisito richiesto dalla legge di gara, atteso che, di norma (e non si dubita che ciò sia avvenuto nel caso di specie), la pregressa esperienza nell’attività di produzione garantisce la piena conoscenza, da parte del produttore, di tutti gli elementi che saranno oggetto dell’attività di manutenzione del bene da esso prodotto e quindi assicura di per sé adeguata capacità ed esperienza nella conseguente attività di manutenzione.

Una diversa – e più restrittiva interpretazione e applicazione della relativa clausola della *lex specialis* - sarebbe non solo inutilmente formalistica, ma sarebbe anche irragionevole sotto il profilo concreto (proprio per la stretta inerenza tra attività di costruzione delle paratoie e loro manutenzione) e soprattutto sarebbe altresì illogicamente restrittiva della concorrenza, senza peraltro assicurare o garantire una specifica tutela dell’interesse pubblico coinvolto.

Ne consegue la legittimità dell’ammissione alla gara di Cimolai.

E’ appena il caso di aggiungere che l’accoglimento del motivo in esame non comporta in ogni caso la conferma dell’aggiudicazione a Cimolai della gara in

questione, quest'ultima essendo irrimediabilmente travolta dalla illegittimità dell'esclusione dalla gara di Fincantieri, né del provvedimento del 18 maggio 2020 di favorevole conclusione del procedimento di comprova dei requisiti di Cimolai, anch'esso irrimediabilmente travolto. Ne consegue, altresì, come già detto, l'improcedibilità dei sei motivi dell'appello incidentale che ripropongono il terzo ricorso per motivi aggiunti rivolto contro tale ultimo provvedimento.

Con il terzo motivo dell'appello principale Cimolai ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato irricevibile il suo ricorso incidentale, sostenendo che, diversamente da quanto frettolosamente ritenuto dal tribunale, in adesione peraltro ad una strumentale ed infondata eccezione della controparte, solo in seguito alla proposizione dei motivi aggiunti spiegati da Fincantieri contro l'aggiudicazione definitiva in suo favore, sarebbe sorto l'interesse all'impugnazione degli atti concernenti l'ammissione alla gara e la correttezza della domanda di partecipazione di Fincantieri.

Il motivo è infondato.

Deve rilevarsi che nei casi in cui all'esclusione dalla gara si accompagni l'individuazione dell'aggiudicatario, anche se provvisoriamente, l'interessato ha l'onere di impugnare anche l'aggiudicazione provvisoria e di notificare il ricorso all'aggiudicatario, che assume la qualifica di controinteressato, atteso che, secondo i comuni principi, l'aggiudicatario provvisorio indicato nel verbale impugnato ha chiaramente la veste di controinteressato in senso sostanziale, essendo da un lato un soggetto agevolmente identificabile sulla base dell'atto impugnato e dall'altro evidentemente titolare di un interesse giuridicamente qualificato, speculare a quello azionato dal ricorrente, alla conservazione degli atti oggetto di impugnativa.

“... la parte che sceglie la via dell'immediata contestazione dell'aggiudicazione provvisoria è comunque tenuta a rispettare il termine perentorio di impugnativa e, pertanto, ha l'onere di dedurre, nei confronti degli atti conosciuti al momento della proposizione del ricorso diretto

contro l'aggiudicazione provvisoria, tutti i motivi di doglianza. Da ciò discende che, in occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte ricorrente non potrà dedurre contro gli atti indittivi ulteriori motivi che avrebbe potuto proporre in precedenza.

Il perimetro delle censure indirizzabili contro l'aggiudicazione definitiva - quando, si ribadisce, sia stata già impugnata quella provvisoria - si riduce pertanto agli eventuali vizi propri di detto ultimo atto o, al più, ai vizi di diversi atti del procedimento sopravvenuti all'aggiudicazione provvisoria. In occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte che abbia già proposto ricorso contro quella provvisoria potrà inoltre dedurre anche motivi relativi agli atti già avversati, ma alla sola condizione che siffatti ulteriori motivi trovino giustificazione e fondamento in circostanze non precedentemente conosciute” (Cons. Giust. Amm. Sic., 28 luglio 2011, n. 519);

“... deve quindi confermarsi il principio ... secondo cui "il destinatario del ricorso principale che voglia proporre una controimpugnazione paralizzante deve immediatamente attivarsi per proporre in via incidentale tutte le censure conosciute/conoscibili senza potere rinviare la proposizione di tutte o anche di alcune di esse alla fase della controimpugnativa dell'aggiudicazione definitiva" (Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2017, n. 5549).

Nella fattispecie in questione, dal verbale del 18 ottobre 2019 impugnato da Fincantieri con il ricorso principale di prime cure risulta che Cimolai ha assunto la qualifica di controinteressato in seguito alla proposta di aggiudicazione disposta in attesa che “sarà formalizzata e definitivamente approvata l'aggiudicazione definitiva”. Nello stesso era, invero, indicato espressamente che, a causa dell'esclusione della prima graduata, si sarebbe proceduto all'aggiudicazione definitiva dell'appalto a favore di Cimolai s.p.a.

Tra esclusione ed aggiudicazione sussisteva, pertanto, un vincolo di connessione funzionale e procedimentale.

Si legge, infatti, nella sentenza appellata, che: “Fincantieri con il ricorso introduttivo impugna la nota prot. n. 43552 con la quale è stata comunicata la sua esclusione dalla procedura e il verbale del 18 ottobre 2019, con il quale la commissione giudicatrice ha

dichiarato che l'offerta di Cimolai, unica rimasta in gara, è tecnicamente idonea con la precisazione che il verbale ha l'effetto di obbligare sin da quel momento il concorrente, ma non la stazione appaltante nei cui confronti il verbale sarebbe divenuto impegnativo solo dopo la formalizzazione e definitiva approvazione dell'aggiudicazione'.

Risulta, dunque, confermata la posizione di Cimolai in termini di controinteresse in senso sostanziale, e tanto è avvalorato dal fatto che in via subordinata Fincantieri aveva dedotto nel ricorso principale censure che tendevano all'annullamento della gara, a cui certamente Cimolai era controinteressata, nella qualità di unica concorrente rimasta in gara e in attesa solo della formalizzazione dell'aggiudicazione definitiva e dell'approvazione della stessa.

La sentenza ha, quindi, legittimamente dichiarato il ricorso incidentale e l'atto di motivi aggiunti irricevibili.

Anche gli ultimi tre motivi riproposti da Fincantieri, relativi all'assunta illegittimità della mancata suddivisione della gara in lotti, della mancata utilizzazione della modalità telematica e della mancanza della determina a contrarre, che erano stati dedotti in via subordinata, sono da dichiarare improcedibili per sopravvenuta carenza d'interesse, poiché mirano all'annullamento della procedura concorsuale a cui, invece, Fincantieri risulta definitivamente legittimata a partecipare, e che dovrà ripartire proprio con l'ammissione della stessa.

Alla luce delle suesposte considerazioni, l'appello principale va accolto in parte, mentre l'appello incidentale va dichiarato improcedibile. Per gli effetti, la sentenza di primo grado va riformata in parte, confermando l'accoglimento parziale del ricorso di primo grado e confermandola per il resto. Il tutto, nei sensi di cui in motivazione.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio, in ragione della peculiarità della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e dichiara improcedibile l'appello incidentale; per l'effetto riforma in parte la sentenza impugnata, confermando l'accoglimento parziale del ricorso di primo grado e confermandola per il resto. Il tutto, nei sensi di cui in motivazione.

Spese del doppio grado interamente compensate fra le parti.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla legge 26 febbraio 2021, n. 21, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO