



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9957 del 2014, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da  
Al Consorzio Stabile, rappresentato e difeso dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con  
domicilio eletto presso il medesimo in Roma, corso del Rinascimento, n. 11;

***contro***

la Società di Committenza Piemonte Spa, rappresentata e difesa dagli avv.  
Alessandro Sciolla, Sergio Viale e Mario Sanino, con domicilio eletto presso  
quest'ultimo in Roma, viale Parioli, n. 180;

***nei confronti di***

la Itinera S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Umberto Giardini, Giuseppe  
Giuffrè, Alessandro Mazza e Manuela Sanvido, con domicilio eletto presso il  
secondo in Roma, via degli Scipioni, n. 288;  
Consorzio Cooperative Costruzioni - CCC Società Cooperativa;

***per la riforma***

del dispositivo di sentenza del T.A.R. Piemonte, Sez. II, n. 1834/2014, nonché della successiva sentenza n. 2049/2014, resi tra le parti, concernenti l'affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione di tutti i lavori e delle forniture necessarie per la costruzione del collegamento della linea Torino-Ceres con la rete ferroviaria, lungo corso Grosseto;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società di Committenza Piemonte S.p.a. e della Itinera S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2015 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti l'avv. Giovanni Pellegrino, su delega dell'avv. Gianluigi Pellegrino, nonché gli avvocati Alessandro Sciolla, Mario Sanino, Sergio Viale, Umberto Giardini, Giuseppe Giuffré e Alessandro Mazza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con bando spedito per la pubblicazione il 21 agosto 2013, la Società di Committenza Regione Piemonte s.p.a. (di seguito, la S.C.R.P.) indiceva una procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori e delle forniture per il nuovo “*collegamento della linea Torino – Ceres con la rete R.F.I. lungo corso Grosseto, compresi la realizzazione della fermata Grosseto ed il completamento della fermata Rebaudengo*”, commessa di importo complessivo a base di gara pari ad euro 130.985.024,23 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La Commissione giudicatrice, esaminate le offerte tecniche delle quindici concorrenti ammesse, assegnava il punteggio più alto all'a.t.i. Itinera s.p.a. –

Consorzio Cooperative Costruzioni (punti 72,553, poi riparametrati a 76,0); il Consorzio AL otteneva il secondo miglior punteggio (punti 56,951, riparametrati a 59,657).

Nella graduatoria definitiva, analogamente, risultava prima classificata l'a.t.i. Itinera (di seguito, la ITINERA), con un totale di 95,253 punti, mentre il Consorzio AL si classificava secondo con un totale di 77,226 punti.

Quest'ultimo proponeva un ricorso dinanzi al T.A.R. per il Piemonte, impugnando l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla ITINERA, disposta con provvedimento della S.C.R.P. n. 46 del 26 agosto 2014.

A fondamento del ricorso venivano articolati molteplici mezzi di gravame, integrati in seguito mediante un atto di motivi aggiunti, che il Tribunale adito avrebbe complessivamente così riassunto:

- 1) con riferimento all'elemento di valutazione 4.1. del disciplinare (max. 10 p.): *“l'offerta tecnica dell'a.t.i. Itinera non sarebbe supportata da uno studio di simulazione del traffico fondato su dati certi ed approfonditi, come richiesto dalla stazione appaltante; inoltre, proprio a causa di tale carente analisi dei flussi veicolari, l'a.t.i. Itinera avrebbe previsto il mantenimento della rotatoria posta a nord sulla direttrice Stampini / Lanzo / Venaria, che invece non potrebbe sopportare il traffico confluyente nel nodo di largo Grosseto”*;
- 2) con riferimento all'elemento di valutazione 4.2. del disciplinare (max. 6 p.): *“i punteggi assegnati dalla commissione di gara al Consorzio AL, all'a.t.i. Itinera e ad altri concorrenti non sarebbero giustificati, in relazione al numero di posti auto aggiuntivi da ciascuno rispettivamente offerti”*;
- 3) con riferimento all'elemento di valutazione 4.3. (max. 2 p.): *“l'offerta tecnica dell'a.t.i. Itinera, in relazione alla realizzazione di una pista ciclabile nel nodo stradale di corso Grosseto, non sarebbe corredata da tavole ed elaborati grafici compatibili con il livello di progettazione definitiva e, per tale motivo, avrebbe dovuto conseguire un sub-punteggio pari a zero”*;

4) con riferimento all'elemento di valutazione 5. (max. 6 p.): *“i punteggi assegnati dalla commissione di gara al Consorzio AL ed all'a.t.i. Itinera non sarebbero giustificati, in relazione alla tipologia di pavimentazione proposta, alle opere aggiuntive di arredo urbano, alla superficie di copertura dell'area mercatale e dei parcheggi”*;

5) con riferimento all'elemento di valutazione 9.1. (max. 5 p.): *“l'offerta tecnica dell'a.t.i. Itinera, pur contenendo una previsione di risparmio energetico inferiore a quella del Consorzio AL, avrebbe ingiustificatamente conseguito il sub-punteggio massimo previsto dal bando”*;

6) con riferimento all'elemento di valutazione 9.2. (max. 3 p.): *“la commissione di gara avrebbe attribuito il sub-punteggio massimo al progetto della concorrente Toto s.p.a., che tuttavia prevedrebbe l'installazione di numerosi pannelli fotovoltaici al di fuori dell'area d'intervento”*;

7) in subordine, con riferimento alla composizione della commissione giudicatrice, violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006: *“il presidente del seggio di gara, dott. Leo Massari, non avrebbe l'esperienza ed i titoli professionali pertinenti alle valutazioni tecniche da compiere.”*

Il Consorzio ricorrente domandava anche la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria; in subordine, chiedeva la condanna della Stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente, quantificato nell'importo di euro 6.090.853,37.

Resisteva all'impugnativa la S.C.R.P., che eccepiva la sua inammissibilità e ne chiedeva in ogni caso il rigetto nel merito.

La controinteressata, dal canto suo, notificava un ricorso incidentale, inteso a dimostrare che l'Amministrazione avrebbe dovuto escludere dalla gara il Consorzio, adducendo motivi così riassunti dal T.A.R. :

I) *“violazione degli artt. 35, 36, 38 e 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per violazione della par condicio: il consorzio ricorrente avrebbe ommesso di allegare le dichiarazioni aventi ad oggetto l'assenza di cause di esclusione in capo alla consorziata Lauro s.p.a., non indicata quale impresa esecutrice dell'appalto ma titolare di una quota di fatturato, per il quinquennio 2008*

– 2013, indispensabile per il raggiungimento della soglia minima di qualificazione richiesta dal bando”;

II) con riferimento all’elemento di valutazione 4.1. del disciplinare: “*la commissione avrebbe dovuto giudicare inammissibile l’offerta tecnica del Consorzio AL, in relazione alla sistemazione viaria del nodo di corso Grosseto, in quanto fondata sull’analisi dei flussi di traffico veicolare non compatibile con lo studio effettuato dalla stazione appaltante ed allegato al progetto definitivo a base di gara; inoltre, il Consorzio AL avrebbe progettato l’eliminazione della rotatoria posta a nord sulla direttrice Stampini / Lanzo / Venaria, che sarebbe invece estranea all’area d’intervento delimitata dal progetto definitivo*”;

III) con riferimento all’elemento di valutazione 4.2. del disciplinare: “*anche in relazione ai posti auto aggiuntivi, il Consorzio AL ne avrebbe progettato la localizzazione in area estranea al nodo stradale di corso Grosseto*”;

IV) con riferimento all’elemento di valutazione 5. del disciplinare: “*il Consorzio AL avrebbe progettato la copertura dell’area mercatale e del parcheggio annesso per una superficie pari a ben 2.320 mq, così stravolgendo radicalmente l’indicazione contenuta nel progetto definitivo predisposto dalla stazione appaltante*”.

All’esito del giudizio il T.A.R. adito, dapprima con il dispositivo n. 1834/2014, e indi con la sentenza n. 2049/2014 (emessa ai sensi dell’art. 60 CPA), respingeva sia il ricorso incidentale che quello principale.

Il Consorzio AL proponeva appello avverso il dispositivo della decisione, seguito da motivi aggiunti dopo la pubblicazione integrale di quest’ultima.

A sua volta, la ITINERA proponeva appello incidentale avverso la stessa decisione, dolendosi della reiezione del proprio ricorso incidentale. E anche tale gravame veniva integrato da motivi aggiunti.

La Stazione appaltante si costituiva anche in questo nuovo grado di giudizio, deducendo l’infondatezza tanto dell’appello principale, con i relativi motivi aggiunti,

quanto di quello incidentale, oltre che l'esistenza di profili di inammissibilità in entrambi i gravami.

Il Consorzio e la ITINERA, dal canto loro, con successive memorie deducevano l'inammissibilità e l'infondatezza dei motivi a base delle rispettive impugnative.

Tutte le parti costituite presentavano, infine, degli scritti di replica, controdeducendo alle reciproche argomentazioni ed insistendo per l'accoglimento delle conclusioni già formulate.

Alla pubblica udienza del 24 febbraio 2014, la causa è stata trattenuta in decisione.

1 La Sezione deve iniziare il proprio esame della controversia dall'appello incidentale di ITINERA, così come ha già fatto il Giudice di prime cure con il ricorso incidentale che mediante il primo viene riproposto.

Va così seguita l'impostazione stabilita dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio attraverso le decisioni nn. 4 del 2011 e 9 del 2014, in forza delle quali nei giudizi di primo grado aventi ad oggetto procedure di gara deve essere esaminato prioritariamente, rispetto al ricorso principale, il ricorso incidentale -c.d. escludente- che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che –o non ha mai partecipato alla gara, o vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso, ovvero, infine- avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'Amministrazione.

Poiché, però, è solo il primo dei motivi riproposti dall'appello incidentale ad avere una effettiva valenza escludente in danno dell'avversaria, mentre quelli rimanenti non riguardano la legittimità della sua partecipazione alla procedura, ma sono suscettibili di influire unicamente sul punteggio di gara ad essa riconoscibile, sarà soltanto il primo mezzo incidentale a trovare qui scrutinio immediato. Gli altri motivi dell'appello incidentale verranno presi in considerazione solo all'esito dell'appello principale.

E poiché, giova anticiparlo, quest'ultimo si rivelerà infondato, i restanti motivi dell'appello incidentale risulteranno sforniti di interesse alla decisione.

2 La controinteressata con il primo motivo del proprio ricorso incidentale ha dedotto che il Consorzio AL non aveva prodotto in sede di offerta la dichiarazione relativa all'insussistenza di cause di esclusione ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 nei confronti della propria consorziata Lauro s.p.a..

2a Il Tribunale ha però respinto la censura, escludendo che il Consorzio fosse tenuto a presentare la predetta dichiarazione, in quanto:

- la Lauro s.p.a. non era stata indicata quale consorziata esecutrice dell'appalto, ma era solo titolare di una quota di fatturato che il Consorzio stesso aveva utilizzato per il raggiungimento della cifra d'affari minima indicata dal bando ai fini della qualificazione;

- l'interpretazione giurisprudenziale era attestata nel senso che i consorzi stabili devono dimostrare il possesso dei requisiti morali soltanto da parte delle imprese consorziate individuate come esecutrici del singolo contratto (cfr. Cons. Stato, V, 17 maggio 2012, n. 2825; VI, 15 giugno 2010, n. 3759; 24 novembre 2009, n. 7380; IV, 7 aprile 2008, n. 1485).

2b Il relativo capo di decisione viene sottoposto in questa sede a critica mediante il primo motivo dell'appello incidentale.

La controinteressata, pur non disconoscendo l'effettività dell'orientamento giurisprudenziale a base della sentenza appellata, fa leva in senso contrario sulla considerazione (a sua volta non priva di riscontri nella giurisprudenza: cfr. ad es. C.d.S., III, 19 novembre 2014, n. 5689) che il modulo del consorzio stabile realizzerebbe, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento, basato direttamente sul patto consortile, che permetterebbe all'ente di avvalersi dei requisiti dei consorziati. Premessa dalla quale viene dedotta la conseguenza che, proprio come stabilito dalla legge per l'istituto dell'avvalimento (con l'art. 49, comma 2, lett.

c) del d.lgs. n. 163/2006), anche in presenza di un consorzio stabile, in caso di conferimento di requisiti all'ente da parte di una consorziata, la medesima dovrebbe rendere la dichiarazione di idoneità morale ai sensi dell'art. 38 d.lgs. cit..

Diversamente, viene osservato, si realizzerebbe una disparità di trattamento in danno delle imprese che per ottenere un risultato simile si avvalsero formalmente dell'istituto regolato dall'art. 49 del Codice dei contratti pubblici. E lo schema del consorzio stabile potrebbe trasformarsi in un facile strumento per aggirare le cause di esclusione previste dal legislatore con l'art. 38 della stessa fonte.

2c Il motivo è infondato.

La definizione della disciplina dettata per il consorzio stabile, circa la cumulabilità in capo all'ente dei requisiti delle consorziate (artt. 35-36 d.lgs. n. 163/2006 e 277 d.P.R. n. 207/2010), nei termini di una "*particolare forma di avalimento*", è una definizione solo empirica e meramente descrittiva, che come tale non può fungere da base per operazioni di estensione analogica che necessiterebbero di ben più solido fondamento.

Un'eventuale somiglianza, da una certa angolazione, degli effetti pratici dei due istituti considerati non toglie, infatti, che si tratti di istituti profondamente diversi tra loro, e pertanto di forme di collaborazione tra imprese autonomamente e ben differentemente regolate dalla legge (il che già esclude che vi sia spazio per configurare l'allegata disparità di trattamento). Basti dire che di regola tra il soggetto concorrente e l'impresa ausiliaria non ricorre alcun particolare legame, laddove in seno al consorzio stabile con il patto consortile si instaura un rapporto durativo improntato a stretta collaborazione e qualificato da una comune causa mutualistica. L'impostazione patrocinata dalla controinteressata diventa ancor più ardua da condividere se si ha poi più specifico riguardo agli obblighi discendenti dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

La regola testuale espressa dall'articolo è che i requisiti di ordine generale siano necessari per i soggetti che devono partecipare a procedure di affidamento. La giurisprudenza, come noto, ha peraltro interpretato con latitudine il principio, enunciando il più ampio canone che tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrano all'esecuzione di pubblici affidamenti debbano possedere i requisiti morali di cui all'art. 38 (cfr. ad es. C.d.S., Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 244; 17 maggio 2012, n. 2825).

La consorziata che si limiti a conferire il proprio requisito all'ente cui appartiene, tuttavia, non partecipa all'esecuzione dell'appalto, al quale rimane estranea, tant'è che non assume responsabilità di sorta verso la P.A. rispetto ad esso. Sicché essa si conferma estranea all'orbita applicativa dell'articolo anzidetto.

Uno statuto ben diverso è invece quello delle consorziate che, al contrario, siano state indicate per l'esecuzione dell'appalto (per le quali esiste anche una significativa regola di responsabilità in solido dettata dall'art. 94, comma 1, d.P.R. n. 207/2010), le quali sono le sole consorziate cui la giurisprudenza abbia esteso gli obblighi dichiarativi dell'art. 38.

E una condizione simile (solo) a questa seconda è, appunto, quella ravvisabile nell'avvalimento, posto che questo ben può portare l'ausiliaria a prender parte, in qualche misura, alle attività di esecuzione contrattuale; che l'art. 49, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 prevede anche per l'ausiliaria una responsabilità in solido; e che il comma 2, lett. c), dello stesso articolo esige da parte sua le dichiarazioni di cui all'art. 38.

Né vale, infine, l'argomento della controinteressata per cui lo schema del consorzio stabile potrebbe altrimenti trasformarsi in un facile strumento di elusione delle cause di esclusione previste dall'articolo appena citato. L'unico autentico pericolo di elusione della disciplina di questo articolo ravvisabile in materia è quello che ha già

indotto la giurisprudenza a far rientrare nell'orbita degli obblighi di cui all'art. 38 anche le consorziate individuate come esecutrici dell'appalto.

In difetto di una simile estensione, infatti, qualsiasi impresa, ricorrendo all'espedito del modulo consortile, avrebbe potuto eseguire per suo tramite delle commesse pubbliche pur senza disporre dei necessari requisiti morali.

2d Per le ragioni esposte va confermata, dunque, la conclusione che la documentazione comprovante il possesso dei requisiti generali è dovuta per le sole consorziate indicate per l'esecuzione dell'appalto, e non anche per quelle i cui requisiti siano stati semplicemente spesi dal consorzio per la partecipazione alla gara.

3 Una volta respinto il primo motivo dell'appello incidentale, ossia il solo mezzo di tale impugnativa avente valenza escludente, può senz'altro avviarsi la disamina dell'appello principale.

4 Il primo dei suoi mezzi verte sull'elemento di valutazione 4.1. del disciplinare.

4a In proposito, la ricorrente ha dedotto che l'offerta tecnica dell'ITTINERA non sarebbe stata sorretta da uno studio di simulazione del traffico fondato su dati certi ed approfonditi, come sarebbe stato richiesto dalla Stazione appaltante. Esa ha sostenuto, inoltre, che proprio a causa di tale carente analisi dei flussi veicolari la concorrente avrebbe previsto il mantenimento della rotatoria posta a nord sulla direttrice Stampini / Lanzo / Venaria, la quale secondo la ricorrente non potrebbe invece sopportare il traffico confluyente nel nodo di largo Grosseto. L'appellante ha lamentato, infine, di essere stata ingiustamente penalizzata nei sub-punteggi assegnati dalla Commissione, con soli punti 3,44, laddove la valutazione ottenuta dall'aggiudicataria, di ben punti 9,80, non avrebbe tenuto conto delle descritte carenze in ordine all'analisi dei flussi di traffico.

4b Il Tribunale ha respinto il motivo con i seguenti argomenti.

4b1 In primo luogo, il T.A.R. ha osservato che la relazione allegata al progetto definitivo a base della gara, pur dando atto dei limiti dei rilievi effettuati, nel senso

che l'analisi dei flussi veicolari sul nodo di corso Grosseto avrebbe richiesto maggiori approfondimenti, affermava, ad ogni modo, che “*il volume di traffico totale al nodo e sulle singole direttrici di traffico risulta pienamente attendibile*”, così disponendo che proprio sullo studio così compiuto e sui dati da esso offerti si sarebbero basati il progetto definitivo, ed il conseguente confronto competitivo per l'affidamento della commessa.

Con ciò il primo Giudice ha quindi disatteso la tesi consortile che le concorrenti fossero tenute ad approfondire mediante studi individuali l'analisi dei flussi di traffico nell'area di corso Grosseto, giudicando legittima l'ammissione delle imprese che non avevano svolto alcun supplemento d'analisi sul tema.

4b2 Il Tribunale ha però ritenuto, in secondo luogo, che le concorrenti, pur non essendovi tenute, avessero comunque la facoltà di compiere i loro approfondimenti in proposito. E su tale base ha giudicate ammissibili anche le offerte delle quattro concorrenti, tra cui il consorzio ricorrente, sulle quindici ammesse, che avevano svolto nuove analisi di traffico, e fondato sui dati così raccolti le rispettive impostazioni progettuali.

Ciò con l'importante puntualizzazione, peraltro, che i limiti di analisi del progetto definitivo a base di gara non producevano di per sé effetti vizianti sulle valutazioni tecniche della Commissione e sull'aggiudicazione finale.

4b3 Quanto alle differenze dei sub-punteggi assegnati in relazione all'elemento di valutazione in esame, infine, il T.A.R. si è richiamato al consolidato principio secondo il quale l'espressione dei punteggi preferenziali nell'ambito del criterio del confronto a coppie, quando sia applicativa di precisi sub-criteri di valutazione stabiliti dalla *lex specialis*, può legittimamente estrinsecarsi nell'attribuzione di punteggi numerici senza necessità di motivazione addizionale; il Tribunale ha applicato, inoltre, l'ulteriore principio per cui, una volta accertato l'uso non distorto né irrazionale del metodo del confronto a coppie, non c'è spazio per un sindacato

del Giudice nel merito dei singoli apprezzamenti compiuti, e in particolare sui punteggi attribuiti nel confronto a coppie, dal momento che la motivazione dei giudizi sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze numeriche attribuite ai singoli elementi di valutazione, considerati nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte (cfr. C.d.S., V, 28 febbraio 2012, n. 1150; VI, 19 marzo 2013, n. 1600). E il T.A.R. ha concluso, appunto, che tanto era avvenuto nella fattispecie concreta, nella quale non emergevano profili di abnormità o irrazionalità nell'utilizzo concreto del sistema del confronto a coppie rispetto all'elemento di valutazione in rilievo.

4c Ora, mette subito conto di sottolineare che con il presente appello, come le appellate non hanno mancato di sottolineare, non è stata sottoposta ad impugnativa la conclusione del primo Giudice circa la non obbligatorietà, per le concorrenti, di effettuare studi individuali di approfondimento dell'analisi dei flussi di traffico posta a base della gara (v. *supra* il n. 4b1).

I logici argomenti che hanno condotto il Tribunale a tale approdo sono rimasti immuni da confutazioni anche indirette (e questo vale, in particolare, per quello imperniato sulla definizione, da parte dell'Amministrazione, in termini di "*piena attendibilità*", del traffico totale stimato, argomento che non è stato attinto da alcuna critica).

La relativa conclusione ai fini del presente grado di giudizio deve pertanto recepirsi come definitiva.

4d L'appellante focalizza gran parte delle proprie deduzioni sull'assunto critico di fondo che l'Amministrazione avrebbe assegnato i punteggi in modo manifestamente irrazionale, oltre che contraddittorio rispetto alle regole di gara, con il risultato finale di penalizzare esso Consorzio senza giustificazione.

La parte si duole che sia stato dato alla controinteressata un punteggio prossimo alla soglia massima ammessa (punti 9,8/10), benché questa non abbia effettuato alcuno studio individuale del traffico, ed abbia conseguentemente previsto l'eliminazione di

una sola delle due rotatorie previste. La parte lamenta inoltre, per converso, che solo poco più di tre punti siano stati riconosciuti ad esso Consorzio, che invece aveva effettuato uno specifico studio del traffico, monitorandolo per ben una settimana, sì da pervenire -esso solo- all'individuazione del traffico effettivo nell'area (pari ad un passaggio di circa diecimila veicoli giornalieri, contro i settemila riscontrati invece dallo studio adottato dall'Amministrazione); e che alla luce di tale risultanza aveva previsto la più incisiva soluzione dell'eliminazione di entrambe le rotatorie.

Dall'appellante viene ricordato, altresì, che la *lex specialis*, in coerenza con una specifica prescrizione risalente al CIPE, sottolineativa della necessità di un'appropriata soluzione infrastrutturale per lo snodo di traffico in questione, aveva previsto che la Commissione dovesse premiare, in corrispondenza dell'elemento in discorso, la soluzione che meglio fosse riuscita “*a comprovare, con apposito studio di simulazione del traffico sulla base dei dati risultanti dal progetto definitivo, i risultati conseguiti in termini di ottimizzazione della gestione del traffico ... ad opera ultimata.*”

4e Queste critiche non possono trovare adesione.

Il definitivo rigetto della tesi consortile che le concorrenti fossero tenute ad approfondire individualmente l'analisi dei flussi di traffico nell'area comporta che le medesime avessero pieno diritto di affidarsi alle risultanze dello studio sul traffico adottato dall'Amministrazione, senza svolgere sul tema alcun supplemento d'analisi. Né l'adesione di un concorrente ai relativi dati può essere apprezzata negativamente, come fa invece la ricorrente, traendo spunto dalle risultanze di una misurazione individuale difforme dei flussi dello stesso traffico la quale, come si vedrà, non ha motivi per prevalere sulle stime effettuate dall'Amministrazione.

Sotto questo profilo la Sezione non può che condividere anche l'osservazione del primo Giudice che i -pur pacifici- limiti di analisi propri del progetto definitivo a base di gara non producevano di per sé effetti vizianti sulle valutazioni tecniche della

Commissione e sull'aggiudicazione finale (osservazione che costituisce nient'altro che un corollario della considerazione riportata *sub* n. 4b1).

4e1 Occorre poi osservare che lo studio individuale allegato dal Consorzio non aveva avuto caratteristiche tali da poterlo imporre quale modello di conoscenza meritevole di credito assoluto ed incondizionato, giacché una durata delle rilevazioni limitata ad una settimana continua non forniva alcuna particolare garanzia di attendibilità dei dati raccolti rispetto ad orizzonti di tempo più ampi, in una materia soggetta a notorie fluttuazioni stagionali e climatiche.

Peraltro, le rilevazioni condotte su base individuale dagli altri tre concorrenti, delle quali la difesa della Stazione appaltante ha dato conto (memoria dell'8 gennaio 2015, pag. 17) senza dare adito a contestazioni, hanno invece portato a dati compatibili con quelli recepiti dall'Amministrazione.

Per quanto precede, la circostanza che la ricorrente avesse compiuto il proprio approfondimento individuale dei flussi del traffico non le faceva di per sé meritare, quindi, alcun particolare riconoscimento in termini di punteggio. Va condivisa, difatti, l'obiezione delle appellate per cui lo studio presentato dal Consorzio non avrebbe potuto essere considerato alla stregua di un miglioramento rispetto all'analisi a base della gara, non essendo stata dimostrata la sua maggiore attendibilità rispetto a quest'ultima.

4e2 Né il detto studio individuale munisce di alcuna particolare credibilità le critiche rivolte dal Consorzio all'impostazione altrui legittimamente imperniata, invece, sui diversi dati di traffico riscontrati dall'Amministrazione. E questo è il caso delle critiche che il Consorzio ha rivolto alla mancata previsione da parte di ITINERA dell'eliminazione della c.d. seconda rotatoria (scelta che, viene peraltro ammesso, era semplicemente consequenziale alla decisione della controinteressata di parametrare la propria offerta sui dati dell'analisi del traffico compiuta dall'Amministrazione: cfr. le pagg. 4 e 6 dei motivi aggiunti).

Tali critiche non risultano suffragate, invero, da sufficienti elementi dimostrativi, costituendo espressione di un'istruttoria ed un punto di vista prettamente individuali.

Per le stesse ragioni, deve essere escluso che fosse meritevole di particolari riconoscimenti l'eliminazione di entrambe le rotonde proposta dal Consorzio sulla scorta delle risultanze del suo proprio studio individuale.

D'altra parte, l'offerta del Consorzio non può essere reputata migliore nemmeno per il solo fatto di essere parametrata su un flusso maggiore di vetture. L'offerta che può risultare migliore è semmai quella parametrata sul flusso reale del traffico (tanto più allorché occorra prendere posizione tra alternative quali una rotonda e un impianto semaforico).

Più ampiamente, deve convenirsi con le appellate che è rimasto indimostrato che l'offerta del Consorzio fosse migliore di quelle delle concorrenti basatesi sullo studio del traffico posto dall'Amministrazione a base della gara.

4e3 Va rilevato, infine, che, posto che la legge di gara richiedeva testualmente uno studio di simulazione del traffico da condurre *“sulla base dei dati risultanti dal progetto definitivo”* per comprovare i risultati conseguiti in termini di ottimizzazione della gestione del traffico ad opera ultimata, sembra difficile contestare che la più attendibile garanzia oggettiva di *“ottimizzazione della gestione del traffico”* potesse essere offerta solo dalle concorrenti che si erano avvalse dei dati sul traffico assunti dall'Amministrazione a fondamento della procedura.

4f In conclusione, gli argomenti che l'appellante ha posto a base delle proprie critiche all'attribuzione di punteggi decisa dalla Commissione si sono rivelati privi di consistenza.

Da qui l'inevitabilità del rigetto di questo primo motivo dell'appello principale.

5a Altro motivo verte sui sub-punteggi assegnati dalla Commissione per l'elemento 4.3. (*“realizzazione pista ciclabile”*), concernente la proposta di realizzazione di una pista

ciclabile interconnessa agli itinerari ciclabili esistenti nel nodo stradale di corso Grosseto.

5b Ad avviso della ricorrente, l'offerta tecnica avversaria non sarebbe stata corredata da tavole ed elaborati grafici compatibili con il livello di progettazione definitiva richiesto dalle norme generali del disciplinare (essa sarebbe stata poco più che uno studio preliminare). Per tale ragione l'aggiudicataria avrebbe dovuto ottenere un sub-punteggio pari a zero.

5c Il primo Giudice ha rigettato tale doglianza, rilevando che ai concorrenti non era richiesta la predisposizione del progetto esecutivo di dettaglio, che sarebbe rientrato nell'appalto integrato da affidare al soggetto vincitore. Ma soprattutto con l'osservazione che, *“quantomeno ai fini di una corretta valutazione comparativa, l'asserita incompletezza degli elaborati grafici e tecnici prodotti dall'aggiudicataria è smentita dal sommario esame degli stessi, ed in particolare dell'elaborato OT-R008 (...), non ravvisandosi l'esigenza di disporre istruttoria sul punto.”*

5d E questa seconda considerazione non ha formato oggetto, con il presente appello, di contestazioni suscettibili di infirmarla.

Il Consorzio, dopo avere puntualizzato che la propria doglianza rifletteva la necessità che il livello delle soluzioni progettuali da proporre fosse quello confacente al progetto definitivo, e non al progetto esecutivo, e nel mentre addebita al Tribunale richiami non conferenti sui limiti di sindacabilità del giudizio tecnico della Commissione (richiami peraltro presenti soprattutto in altri paragrafi della decisione), non oppone, tuttavia, specifici elementi critici alla valutazione del T.A.R. che *“l'asserita incompletezza degli elaborati grafici e tecnici prodotti dall'aggiudicataria è smentita dal sommario esame degli stessi, ed in particolare dell'elaborato OT-R008”*, valutazione che non risulta avere ricevuto alcuna considerazione.

A questo riguardo, infatti, l'appellante si limita a reiterare la propria generica affermazione di partenza che la proposta avversaria non sarebbe stata conforme ai

requisiti imposti dal disciplinare né dal punto di vista delle modalità di presentazione, né da quello del livello di progettazione espresso, in quanto i suoi elaborati tecnici e le sue tavole grafiche non avrebbero avuto un grado di approfondimento compatibile con un progetto definitivo. Così come solo del tutto generico è il suo richiamo alla perizia da essa prodotta in prime cure, al cui cospetto il Tribunale era pur già pervenuto a conclusione opposta escludendo anche espressamente “*l’esigenza di disporre istruttoria sul punto.*”

Si può pertanto convenire con le difese delle appellate che il Consorzio sia venuto meno, in proposito, al proprio onere di prendere in specifico esame le ragioni svolte nella decisione reiettiva del T.A.R..

Secondo il pacifico insegnamento giurisprudenziale, infatti, non può ammettersi nell’atto di appello la mera riproposizione dei motivi di primo grado, senza che sia sviluppata alcuna confutazione della statuizione del Tribunale.

Nel giudizio di appello la cognizione del Giudice investe le questioni dedotte dall’appellante attraverso l’enunciazione di specifici motivi, e tale requisito di specificità esige che alle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata vengano contrapposte quelle dell’appellante, volte ad incrinare il fondamento logico-giuridico delle prime (C.d.S., IV, 9 ottobre 2010, n. 7384).

La parte soccombente, quando adisce il Giudice di appello, non può pertanto limitarsi a riproporre i motivi di doglianza già dedotti e disattesi dal primo Giudice, ma deve anche indicare le ragioni per le quali le conclusioni cui quest'ultimo è pervenuto non possono essere condivise, e quindi investire puntualmente il *decisum* precisando le ragioni per cui questo sarebbe erroneo e da riformare (V, 6 ottobre 2009, n. 6094, e 23 dicembre 2008, n. 6535; VI, 24 aprile 2009, n. 2560, e 9 settembre 2008, n. 4300).

Tantomeno l'attuale appellante ha dimostrato, infine, che l'insufficienza di forma dedotta fosse tale da precludere l'esame della relativa proposta da parte della Commissione, o almeno si traducesse in una sua carenza sostanziale.

Anche questo mezzo va pertanto disatteso.

6a La doglianza successiva riguarda le valutazioni espresse dalla Commissione a proposito dell'elemento 5 (*“migliorie su area mercatale e opere di arredo urbano”*).

Secondo la ricorrente i punteggi rispettivamente ricevuti (punti 2,61 per essa e punti 6 per ITINERA) non sarebbero stati giustificati, e questo in relazione alla tipologia di pavimentazione proposta, alle opere aggiuntive di arredo urbano, alla superficie di copertura dell'area mercatale e dei parcheggi.

Il disciplinare di gara stabiliva, al riguardo, che *“la commissione privilegerà la soluzione che proponga una migliore pavimentazione, maggiori dotazioni impiantistiche nella nuova area mercatale, migliore ricollocazione delle attività commerciali presenti e una migliore sistemazione dell'area prevista a parcheggio attraverso opere di arredo urbano e opere a verde”*.

6b Il T.A.R. ha opposto al motivo l'obiezione primaria che una critica siffatta atteneva a valutazioni discrezionali rimesse alla Commissione in applicazione di parametri valutativi sufficientemente dettagliati dalla *lex specialis*.

Il T.A.R. ha altresì osservato che appariva legittimo che il Seggio avesse positivamente valutato la proposta dell'aggiudicataria di realizzare un campo di basket utilizzabile quando l'area era libera dai banchi del mercato, tale intervento essendo assimilabile ad un'opera di arredo urbano.

6c A tanto il Consorzio replica in questa sede di non avere contestato il giudizio della Commissione in sé, quanto il fatto che questa non si fosse attenuta alla regola dettata dal disciplinare, alla luce della quale i rispettivi punteggi non sarebbero stati giustificabili.

Esso torna a dedurre che non sarebbe stata rispondente ai parametri del disciplinare la valorizzazione dell'impiego dell'area mercatale –quando non occupata a mercato-

a campo di basket e ribadisce, infine, il maggior pregio della propria offerta su quella avversaria, grazie soprattutto alla ben maggiore superficie di copertura da essa proposta (mq. 2320, contro i 170 dell'appellata), tra l'altro con l'inserimento di pannelli fotovoltaici, e all'asserita maggior consistenza di dotazioni impiantistiche che avrebbero corredato l'area a parcheggio.

6d Nemmeno questo mezzo può ottenere uno scrutinio favorevole.

Il Tribunale ineccepibilmente ha richiamato, in proposito, i limiti che il sindacato giurisdizionale incontra dinanzi a consimili contestazioni, i quali si riconducono alla ben nota ragione che non è consentito al Giudice di sostituirsi alla Commissione nel comparare e valutare le offerte concorrenti.

Dovendosi esaminare il motivo di parte nel rispetto di tali limiti, la Sezione osserva che inducono senz'altro alla sua reiezione le seguenti considerazioni.

In primo luogo, non è condivisibile l'assunto che la valorizzazione dell'impiego turnario dell'area mercatale come campo di basket avrebbe contraddetto il criterio posto dal disciplinare. Si presenta infatti del tutto ragionevole l'interpretazione del T.A.R. che ha ritenuto che una simile utilità fosse collocabile tra le opzioni di arredo urbano per la migliore sistemazione dell'area.

In secondo luogo, la ben maggiore copertura dell'area offerta dall'appellante non può essere apprezzata, per così dire "a senso unico", quale indice di maggior pregio della relativa proposta: ciò sia in quanto la copertura non era affatto richiesta dalla *lex specialis* (che non aveva previsto la realizzazione di un mercato coperto nemmeno tra i parametri di valutazione da applicare), sia in quanto essa non si sostanziava affatto necessariamente in una miglioria, come prospettato invece senza riserve dall'appellante, poiché impediva altre modalità di impiego dell'area, la quale veniva pesantemente modificata nella sua configurazione.

D'altra parte, un'impostazione del genere conferiva alla proposta dell'appellante un'identità, e un impatto complessivo, radicalmente diversi da quelli dell'avversaria,

che, all'opposto, prevedeva la presenza di torrette a scomparsa a servizio delle bancarelle in modo tale da rendere l'area del tutto libera e disponibile per impieghi alternativi, ricreativi e associativi, al di fuori delle ore proprie del mercato. Donde la ragionevole possibilità di un differenziale anche marcato di apprezzamento tra le due offerte da parte della Commissione.

Quanto agli aspetti di maggior dettaglio delle offerte in competizione, infine, non sono stati presentati elementi critici sufficienti a far concludere che l'apprezzamento operato dalla Commissione sia affetto da vizi di violazione dell'*alex specialis*, travisamenti o altri vizi logici tali da renderlo effettivamente censurabile.

Alla stregua di quanto precede, e poiché le valutazioni tecnico-discrezionali dell'Amministrazione non potrebbero essere sindacate nel loro merito intrinseco, anche questo mezzo deve perciò essere respinto.

7a Altro motivo chiama in causa le valutazioni che hanno riguardato l'elemento 9.2. (*"utilizzodi energie rinnovabil?"*). Ciò sotto il profilo che il relativo sub-punteggio massimo sarebbe stato ottenuto dal progetto della concorrente Toto s.p.a., che tuttavia avrebbe previsto l'installazione di numerosi pannelli fotovoltaici al di fuori dell'area d'intervento.

7b Il T.A.R. ha respinto la censura, facendo notare:

- per un verso, che la proposta migliorativa della detta concorrente aveva ad oggetto la realizzazione di pannelli a servizio dell'area mercatale, sulla stazione Grosseto e su altri edifici prossimi al nodo stradale di corso Grosseto, e tanto era sicuramente consentito dal disciplinare, che prescriveva la presentazione di *"soluzioni in merito all'utilizzo di energie rinnovabili, finalizzate altresì ad una idonea gestione e manutenzione dell'infrastruttura"* senza, però, *"limitare in termininetti l'ambito spaziale di intervento"*;
- per altro verso, *"che l'eventuale riconsiderazione del sub-punteggio assegnato alla concorrente Toto s.p.a. non avrebbe effetti certi favorevoli per la posizione del ricorrente, che su tale profilo non*

*ha punto contestato il contenuto dell'offerta tecnica ed il sub-punteggio del raggruppamento vincitore.”*

7c Tale precisa motivazione non ha formato oggetto di puntuali critiche da parte del Consorzio.

Esso in questa sede si è infatti limitato:

- sotto il primo profilo, alle apodittiche affermazioni che l'ubicazione prescelta dalla soc. Toto per i propri pannelli sarebbe stata *“totalmente al di fuori dell'area di intervento”*, e la tesi del T.A.R., a sua volta, *“palesamente errata”*, come si sarebbe potuto provare con *“una semplice verifica sui documenti di gara”*;
- sotto il secondo profilo, all'osservazione che *“se l'offerta di TOTO (prima graduata) fosse giudicata inammissibile, inevitabilmente, la riparametrazione determinerebbe un aumento di punteggio in capo al Consorzio”*.

Sicché l'appellante anche in questo caso ha formulato deduzioni che non hanno specificamente criticato le valutazioni poste dal Tribunale a fondamento del rigetto del motivo e di contestarle in maniera motivata, fornendo così elementi idonei alla loro confutazione.

Il Consorzio contrappone ad esse solo delle affermazioni astratte e rimaste indimostrate.

In relazione al primo aspetto della motivazione, invece, incombeva sull'appellante, richiamatosi solo genericamente alla documentazione di gara, l'onere di indicare gli specifici elementi della medesima che sarebbero potuti valere a contraddire la precisa affermazione fatta nella sentenza in appello.

Quanto al secondo aspetto, analogamente, l'appellante, oltre a non replicare alla motivazione del Tribunale, non ha indicato le ragioni -tutt'altro che evidenti- che lo inducevano ad ritenere che l'esclusione dell'offerta della soc. Toto avrebbe portato ad esso Consorzio un incremento di punteggio superiore a quello conseguibile per

la stessa ragione da ITINERA, sì da far comprendere come la doglianza potesse valere a ridurre il differenziale di punteggio esistente tra loro.

Ne discende che anche questo mezzo va disatteso.

8 A questo punto la Sezione non può non rilevare che i residui due motivi qui riproposti che hanno colpito le valutazioni della Commissione (precisamente, sugli elementi 4.2 e 9.1) non risultano in concreto assistiti dal alcun interesse di parte (come ha già rilevato a suo tempo il primo Giudice senza dare adito a censura sul punto).

Il divario tra i punteggi riportati dalle offerte tecniche delle contendenti, infatti, è di tale entità (punti 15,60 prima della riparametrazione) che anche un ipotetico scrutinio favorevole delle doglianze non ancora esaminate non permetterebbe comunque al Consorzio di colmarlo.

Dall'esame di tali due motivi la Sezione è perciò dispensata.

9 Resta da esaminare il mezzo che è stato riproposto dal Consorzio in chiave subordinata per la sua valenza demolitoria.

9a La censura attiene alla composizione della Commissione di gara e investe, segnatamente, la scelta del suo presidente, che, è stato dedotto, quale laureato in giurisprudenza, non avrebbe avuto l'esperienza e i titoli professionali necessari per lo svolgimento delle valutazioni tecniche richieste per il relativo ufficio, tenuto anche conto della complessità dell'oggetto dell'appalto, con conseguente violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006, che esige che i componenti l'organo siano invece *“esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto”*.

9b Il Collegio deve subito rilevare, in proposito, che il presidente nominato rivestiva la qualifica di dirigente presso la Stazione appaltante, la Società di Committenza Regione Piemonte s.p.a., soggetto specializzato nel settore delle procedure di evidenza pubblica. Più precisamente, egli vi ha ricoperto e ricopre la posizione di

direttore amministrativo e gestionale, con la responsabilità, tra l'altro, anche sulla struttura "*appalti pubblici e assistenza legale*".

Dal suo curriculum accessibile presso il sito dell'Amministrazione di appartenenza risulta, inoltre, che il medesimo ha già svolto l'incarico di responsabile unico del procedimento in diverse gare pubbliche.

L'interessato, pur non potendo vantare un'estrazione tecnica, poteva ritenersi, quindi, depositario di una sicura professionalità e competenza giuridico-amministrativa in tema di gare, elementi che non potevano che completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della Commissione nel suo insieme, alla quale era stata comunque assicurata una composizione prevalentemente tecnica.

9c Tanto premesso, la giurisprudenza della Sezione ha avuto occasione già più volte di chiarire che è proprio la Commissione nel suo complesso a dover garantire il possesso delle conoscenze tecniche globalmente occorrenti nella singola fattispecie (V, 20 dicembre 2011, n. 6701; 28 maggio 2012, n. 3124; 16 gennaio 2015, n. 92; VI, 10 giugno 2013, n. 3203): tale criterio porta a ritenere che la previsione dell'art. 84 in punto di competenza della Commissione possa ben ritenersi soddisfatta, in concreto, allorché due dei suoi tre componenti siano –come nella fattispecie è indiscusso- portatori di una specifica competenza nel settore cui il singolo appalto si riferisce, ed il terzo membro vanti comunque una competenza generale in materia di gare pubbliche.

I casi noti in cui questo Consiglio ha riscontrato la presenza del vizio che viene qui dedotto erano caratterizzati dalla prevalenza, nelle singole commissioni, di elementi sprovvisti di competenze tecniche specifiche (C.d.S., VI, 25 luglio 1994, n. 1261), ad esempio per il fatto che quattro componenti del collegio su cinque erano privi di diploma di laurea (C.d.S., V, 17 marzo 2009, n. 6297), oppure in quanto il personale amministrativo predominava su quello tecnico (C.d.S., V, n. 5100/2008), o

comunque quest'ultimo costituiva una netta minoranza (C.d.S., V, 9 giugno 2003, n. 3242).

Nel caso concreto, per converso, la maggioranza della Commissione era incontestatamente composta da tecnici, nelle persone di due ingegneri esterni all'Ente.

La critica mossa dalla ricorrente è semplicemente quella che il relativo collegio non fosse composto in via esclusiva da esperti “*nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto*”, secondo una necessità che si vorrebbe insita nella previsione del citato art. 84.

Una interpretazione tanto radicale del precetto non risponde, tuttavia, all'elaborazione giurisprudenziale cui la norma si riallaccia, né al più ampio principio di cui la stessa è espressione, che portano a ritenere indispensabile, sì, ma di regola anche sufficiente, che i tecnici dello specifico settore rappresentino la maggioranza (e non addirittura la totalità) dei componenti della commissione (Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6701).

Né le considerazioni che precedono potrebbero essere infirmate dal mero assunto che l'insufficienza di una maggioranza di tecnici riposerebbe, nello specifico, sul fatto che il disciplinare stabiliva che le offerte venissero valutate mediante confronto a coppie individualmente da ogni commissario.

Oltretutto, la difesa dell'aggiudicataria nella memoria del 6 febbraio 2015 ha dedotto in maniera puntuale, senza ricevere contestazione, che i giudizi espressi dal presidente nell'ambito dei confronti a coppie sono risultati in linea con quelli promananti dai due membri della Commissione di estrazione tecnica.

Anche questa doglianza si rivela dunque infondata.

10 In conclusione, l'appello principale deve essere nel suo insieme respinto.

Tale esito comporta la sopravvenuta carenza di interesse, da parte dell'aggiudicataria, all'esame dei residui motivi del proprio appello incidentale, che nel suo insieme va quindi parimenti respinto.

Le spese processuali del secondo grado sono liquidate secondo la soccombenza effettiva dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sulla controversia in epigrafe, respinge ai sensi di cui in motivazione l'appello incidentale, e respinge l'appello principale n. 9957 del 2014.

Condanna l'appellante principale al rimborso alle controparti delle spese processuali del presente grado, che liquida nella misura di euro cinquemila, oltre gli accessori di legge, in favore di ciascuna delle due aventi diritto.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/04/2015

IL SEGRETARIO

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