

N. 04382/2014REG.PROV.COLL.
N. 07272/2011 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 7272 del 2011, proposto dalla s.r.l. Doronzo Infrastrutture, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ignazio Lagrotta e Mariano Alterio, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Ombrone, n. 12, Pal. B;

contro

Provincia di Matera, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Ranù, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Tamara Barracca, in Roma, via Chisimaio, n. 29;

nei confronti di

PA.E.CO. s.r.l., in proprio ed in qualità di mandataria del R.T.I. con De Biasi Giuseppe e CE.SA.CO. s.r.l., in persona del legale

rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Iaria e Ivan Marrone, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

Imp. De Biasi Giuseppe, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

CE.S.A.CO. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

Giardini e Ambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

Moretti Walter s.r.l. di Garaguso, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Basilicata – Potenza, Sezione I, n. 442/2011, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento della d.d. n. 1727 del 29 giugno 2010, con la quale il Segretario Generale della Provincia di Matera ha disposto in favore dell'A.T.I. PA.E.CO. s.r.l. l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per la redazione del progetto esecutivo e l'affidamento dei lavori di costruzione della strada di “Collegamento Cavonica-S.P. Torre Vallone Piscicolo – CIG: 04675309F3; del bando e del disciplinare di gara, nel caso in cui dovessero essere interpretati nel senso di consentire modifiche al progetto definitivo.

Inoltre, come da atto d'appello, di ogni altro atto ad essa connesso, conseguente e presupposto, in particolare del contratto d'appalto

Rep. n. 134/2011 stipulato in data 9 giugno 2011, e per la declaratoria di inefficacia del contratto medesimo ai sensi dell'art. 122 del c.p.a..

Infine per il riconoscimento del risarcimento in forma specifica, mediante l'aggiudicazione, ovvero, in via subordinata, per la condanna dell'Amministrazione appaltante al risarcimento del danno.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Matera e della PA.E.CO. s.r.l., in proprio ed in qualità di mandataria del R.T.I. con De Biasi Giuseppe e la CE.SA.CO. s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Viste le proprie ordinanze 30 ottobre 2012 n. 2641 e 24 settembre 2013, n. 4722;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 marzo 2014 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Andrea Manzi, Domenico Iaria e Gabriele Pafundi, su delega dell'avv. Domenico Ranù;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- La Provincia di Matera ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di costruzione della strada di collegamento

Cavonica-Strada Provinciale Torre Vallone Piscicolo, cui hanno partecipato 12 concorrenti, comprese la società Doronzo Infrastrutture s.r.l. e l'A.T.I. PA.E.CO. s.r.l., che, con determinazione n. 1727 del 29 giugno 2010 del Segretario generale di detta Provincia, è stata aggiudicata in via definitiva in favore della citata A.T.I..

2.- Avverso tale determinazione e gli atti presupposti, nonché per il risarcimento del danno, la Doronzo Infrastrutture s.r.l. ha proposto il ricorso n. 285 del 2010 presso il T.A.R. Basilicata, che lo ha respinto con sentenza n. 442 del 2011.

3.- La Doronzo Infrastrutture s.r.l. ha quindi presentato appello per l'annullamento di tale sentenza e motivi aggiunti avverso i provvedimenti gravati in prime cure, proposti in quanto, dopo il deposito della sentenza e a seguito di accesso agli atti, era emerso che una delle associate dell'A.T.I. aggiudicataria (la CE.SA.CO. s.r.l.) aveva in un primo tempo prodotto una autocertificazione del proprio legale rappresentante attestante la insussistenza di cause di esclusione previste dall'art. 38, comma 1, lettera g), del d. lgs. n. 163 del 2006 (sulla regolarità rispetto agli obblighi fiscali) e poi una certificazione della Agenzia delle Entrate da cui risultavano due carichi pendenti per gli anni di imposta 2005 e 2007 e una nota Equitalia del 7 gennaio 2010, di accoglimento della istanza di rateizzazione della cartella di pagamento riferita ai citati carichi pendenti per una somma di € 182.720,76.

4.- A sostegno del gravame sono state dedotte le seguenti censure:

A) Motivi aggiunti:

1.- Violazione di legge, violazione, erronea e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lettera g), e 1 ter del d. lgs. n. 163 del 2006 per dichiarazioni false; necessità di esclusione della aggiudicataria; eccesso di potere.

B) Motivi di appello contro la sentenza di primo grado:

2.- Violazione di legge e della normativa dei lavori pubblici riguardanti la funzione del progetto definitivo; violazione, erronea e falsa applicazione dell'art. 140 del d.P.R. n. 554 del 1999 e ss.mm.ii.; necessità di esclusione dell'aggiudicataria; eccesso di potere.

3.- Violazione di legge, violazione del bando di gara, erronea ed ingiustificata attribuzione dei punteggi, eccesso di potere.

I punteggi sono stati attribuiti in modo irragionevole, arbitrario ed erroneo perché è stata sopravvalutata l'offerta della aggiudicataria e sottovalutata quella della appellante.

5.- Con memoria depositata il 21 settembre 2011 si è costituita in giudizio la PA.E.CO s.r.l., che ha eccepito l'irricevibilità e l'inammissibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto l'infondatezza nel merito.

6.- Con memoria depositata il 23 settembre 2011, questa s.r.l. ha eccepito la tardività del motivo aggiunto (perché proposto con l'appello tre mesi dopo la stipulazione del contratto, mentre già innanzi al TAR era stato depositato in data 16 giugno 2011 il contratto di appalto e sin da allora era onere presentare

tempestivamente istanza di accesso agli atti, senza attendere un mese), nonché ne ha dedotto l'infondatezza (in quanto la società CE.SA.CO. s.r.l., ben prima di partecipare alla gara, aveva ottenuto l'ammissione alla rateizzazione delle pregresse pendenze fiscali); quanto all'appello ne ha eccepito l'inammissibilità (per essere state reiterate censure già contestate in primo grado e senza la formulazione di specifiche censure contro le argomentazioni contenute nella sentenza impugnata, per essere state svolte censure di merito e per carenza di interesse per mancata dimostrazione del superamento della c.d. prova di resistenza) nonché ne ha dedotto l'infondatezza nel merito e l'inammissibilità.

7.- Con memoria depositata il 24 settembre 2011, si è costituita in giudizio la Provincia di Matera, che ha eccepito l'inammissibilità per tardività del proposto motivo aggiunto e ne ha dedotto l'infondatezza, nonché ha eccepito l'inammissibilità dei motivi di appello principale (perché meramente riproduttivi dei motivi di primo grado, perché le censure attengono al merito e per mancata dimostrazione del superamento della prova di resistenza) e ne ha dedotto l'infondatezza

8.- Con memoria depositata l'11 ottobre 2012, la Provincia ha ribadito la eccezione di inammissibilità per tardività del motivo aggiunto proposto in appello, in quanto l'art. 104, comma 3, del c.p.a. non consente l'impugnazione di atti nuovi, ed ha poi sostanzialmente ribadito tesi e richieste.

9.- Con memoria depositata il 12 ottobre 2012, la PA.E.CO. s.r.l. ha eccepito l'inammissibilità del motivo aggiunto anche per violazione dell'art. 104, comma 3, del c.p.a. ed ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste, opponendosi alla richiesta di risarcimento dei danni.

10.- Con ordinanza 30 ottobre 2012/7 maggio 2013, n. 2461, la Sezione ha accolto l'istanza di rinvio della trattazione del ricorso avanzata dalla società appellante ed ha rinviato la causa a data da destinare.

11.- Con ordinanza 25 settembre 2013, n. 4722, la Sezione, vista la istanza della Provincia di Matera, volta alla revoca della ordinanza n. 2461 del 2013, rilevata la insussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 58 del c.p.a., non trattandosi di ordinanza cautelare, ha dichiarato il non luogo a provvedere, atteso che il giudizio non poteva essere deciso nel merito in camera di consiglio, dovendo invece essere trattato in udienza pubblica, considerato anche che per la trattazione della causa in udienza pubblica è necessaria la proposizione di apposita istanza.

12.- Con memorie depositate il 21 febbraio 2014, rispettivamente, la Provincia di Matera e la A.T.I. PA.E.CO. s.r.l. hanno sostanzialmente ribadito le loro tesi e richieste.

13.- Alla pubblica udienza dell'11 marzo 2014, il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

14.- Innanzi tutto la Sezione ritiene di poter prescindere dalla verifica

della ammissibilità dei motivi aggiunti proposti con l'appello, ai sensi dell'art. 103, comma 3, del c.p.a., stante la loro infondatezza.

Con essi è stato dedotto che, dopo il deposito della sentenza, a seguito di accesso agli atti, è emerso che una delle associate dell'A.T.I. aggiudicataria (la CE.SA.CO. s.r.l.) aveva prima prodotto una autocertificazione del proprio legale rappresentante attestante la insussistenza di cause di esclusione previste dall'art. 38, comma 1, lettera g), del d. lgs. n. 163/2006 (sulla regolarità rispetto agli obblighi fiscali) e poi aveva depositato una certificazione della Agenzia delle Entrate, da cui risultavano due carichi pendenti per gli anni di imposta 2005 e 2007, e una nota di Equitalia del 7 gennaio 2010, di accoglimento della istanza di rateizzazione della cartella di pagamento riferita ai citati carichi pendenti per una somma di € 182.720,76.

Quindi, poiché nei confronti della CE.SA.CO. s.r.l., mandante dell'A.T.I. aggiudicataria, al momento della presentazione della offerta era stata accertata in via definitiva la violazione di obblighi fiscali, essa sarebbe dovuta essere esclusa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera g), del d. lgs. n. 163 del 2006.

Inoltre tale s.r.l. avrebbe rilasciato per due volte false dichiarazioni, sia al momento di partecipazione alla gara che al momento della stipula del contratto, ma la Provincia, nonostante fosse in possesso della certificazione inerente i carichi fiscali pendenti e dell'accertamento definitivo delle violazioni fiscali, invece di

annullare la aggiudicazione definitiva ed escludere l'ATI dalla gara, ha proceduto alla stipula del contratto.

14.1.- Osserva in proposito la Sezione che è pacifico tra le parti che la CE.SA.CO. s.r.l. aveva ottenuto in data 7 gennaio 2010 (come da lettera di Equitalia) l'accoglimento della istanza di rateizzazione presentata il 30 novembre 2009, con possibilità di ripartizione del pagamento in settantadue rate mensili, quindi cinque mesi prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara effettuata il 7 giugno 2010.

Pertanto, anche prima della indizione della gara con bando del 14 febbraio 2010 e a maggior ragione alla data del 7 giugno 2010 di presentazione della offerta da parte dell'A.T.I. PA.E.CO. s.r.l. la CE.SA.CO. s.r.l. aveva ottenuto la rateizzazione del debito.

Secondo la giurisprudenza formatasi in materia comunitaria (cfr. Corte di Giustizia CE, sez. I, 9 febbraio 2007, n. 228/04 e 226/04) e nazionale (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; sez. III, 5 marzo 2013, n. 1332; sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 531; sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084), come pure per l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (cfr. determinazioni 16 maggio 2012, n. 1, e 12 gennaio 2010, n. 1; parere 12 febbraio 2009, n. 23; deliberazione 18 aprile 2007, n. 120), il requisito della regolarità fiscale può dirsi sussistente qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del

relativo provvedimento costitutivo.

Anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (con sentenza 20 agosto 2013, n. 20) ha affermato che, mentre non è ammissibile la partecipazione, ex art. 38, co. 1, lett. g, del c.p.a., del concorrente (anche con riferimento all'impresa ausiliaria) che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia ancora conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione, può invece considerarsi in regola con il fisco il contribuente cui sia stata accordata la rateizzazione ai fini della dimostrazione del requisito della regolarità fiscale ex art. 19 del d.P.R. n. 602 del 1973.

Infatti, nelle gare pubbliche la rateizzazione del debito tributario del partecipante alla procedura selettiva si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, con novazione dell'obbligazione originaria e nascita di una nuova obbligazione tributaria.

Aggiungasi che risulta dalla documentazione prodotta dall'appellante che in data 6 giugno 2011, (comunque successiva alla dichiarazione del 30 maggio 2011 del rappresentante di detta società di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, letter g), del d. lgs. n. 163/2006) il Direttore della Sezione provinciale di Campobasso, Ufficio territoriale di Termoli, ha certificato la sussistenza di carichi pendenti a carico della CE.S.A.CO. s.r.l. per gli anni d'imposta 2005 e 2007, ma va considerato che non è stato

esplicitamente affermato nell'atto d'appello che le somme ivi indicate fossero diverse ed ulteriori rispetto a quelle oggetto del provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione del 7 gennaio 2010, che non poteva che essere riferita a tutte le somme fino a quel momento iscritte a ruolo.

Tali considerazioni escludono che la CE.SA.CO. s.r.l., avesse rilasciato false dichiarazioni sia al momento di partecipazione alla gara che al momento della stipula del contratto, atteso che non può ritenersi che, stante l'avvenuto accoglimento di detta istanza di rateizzazione, avesse mentito nell'affermare che non ricorrevano le ipotesi di esclusione di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006.

Per le considerazioni che precedono il motivo aggiunto in esame va respinto, a prescindere dalla ammissibilità della sua proposizione in appello.

15.- Può quindi procedere la Sezione all'esame dei motivi di appello avverso la sentenza impugnata, e, stante la loro manifesta infondatezza, può prescindersi dal verificare la fondatezza delle eccezioni delle parti costituite circa la loro inammissibilità per assunta mera riproduttività dei motivi dedotti in primo grado senza specifica indicazione dei motivi per cui essa sentenza sarebbe da riformare.

16.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che il progetto definitivo posto a base di gara da parte dell'Amministrazione sarebbe stato stravolto dall'A.T.I. PA.E.CO. s.r.l., con notevoli rischi per le

opere da realizzare, sia sotto il profilo sismico che sotto quello della sicurezza idrologica; a seguito della stipula del contratto detta A.T.I. dovrebbe presentare un progetto esecutivo totalmente differente da quello definitivo posto a base di gara, in violazione della normativa in materia ed in particolare dell'art. 140, comma 3, del d.P.R. n. 554 del /1999, secondo il quale detto progetto non può prevedere alcuna variazione alla qualità e alla quantità delle lavorazioni previste nel progetto definitivo.

Per queste ragioni l'Amministrazione avrebbe dovuto escludere l'A.T.I. aggiudicataria.

Anche se il bando ed il disciplinare avessero previsto modifiche al progetto definitivo essi sarebbero illegittimi per contrarietà a detta normativa.

16.1.- Osserva la Sezione che devono al riguardo essere pienamente condivise le argomentazioni contenute nella impugnata sentenza, con la quale, premesso che la legge di gara prevedeva l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e il punto 10 il bando prevedeva espressamente la possibilità di proporre varianti, è stato affermato che, in base al combinato disposto dell'art. 76 del d.lgs n. 163 del 2006 e del punto 10 del bando, non poteva essere condivisa la doglianza relativa alla violazione dell'art. 140, comma 3, del d.P.R. n. 554 del 1999. Inoltre, poiché l'art. 76, comma 2, del d.lgs n. 163 del 2006, consente alle stazioni appaltanti, in caso di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa, di prevedere nel bando di gara la facoltà per gli offerenti di presentare varianti progettuali, è stato ritenuto legittimo il bando, nella parte in cui prevede proprio detta facoltà per gli offerenti, mentre, con riguardo agli asseriti rischi sismici ed idrogeologici derivanti dalle opere proposte in variante dall'ATI controinteressata, è stato rilevato che l'assunto era apodittico ed indimostrato.

16.2.- Invero l'atto di appello non contiene specifiche censure avverso dette argomentazioni, pur criticate genericamente, e cita una sentenza del T.A.R. Catania, Sezione I, n. 1681 del 2009, riguardo alla quale in sentenza è già stato evidenziato che essa si riferisce ad una fattispecie anteriore all'entrata in vigore del d. lgs. n. 163 del 2006, sicché esse appaiono insuscettibili di positiva valutazione.

Per la consolidata giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20 febbraio 2014, n. 814), nelle gare pubbliche d'appalto basate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le varianti, che si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, sono ammissibili previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara ed individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un "aliud" rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica amministrazione.

Anche la tesi dell'appellante secondo cui il progetto definitivo posto a base di gara da parte dell'Amministrazione sarebbe stato, non solo

variato, ma stravolto dall'A.T.I. P.A.E.C.O., non risulta suffragata da idonea prova e quindi il motivo in esame va respinto, tenuto conto della circostanza che la *ratio* della normativa comunitaria - tradottasi nel citato art. 76, del d.lgs. n. 163 del 2006, che nelle gare svolte con ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consente la presentazione di varianti - riposa sulla circostanza che la stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e sceglie il contraente valutando la complessità dell'offerta proposta, sicché l'ammissione di un'offerta in variante costituisce una valutazione afferente a criteri di discrezionalità tecnica, sicché, in considerazione degli ampi margini di discrezionalità che connotano le valutazioni della stazione appaltante, il sindacato giurisdizionale in materia non può che essere circoscritto ai casi di manifesta erroneità o irragionevolezza delle scelte compiute dall'amministrazione, nel caso di specie indimostrate.

17.- Con il secondo motivo di appello, è stato dedotto che i punteggi sono stati attribuiti alle offerte in modo irragionevole, arbitrario ed erroneo, sopravvalutando l'offerta della aggiudicataria e sottovalutando quella della appellante con riguardo ai seguenti profili:

a) Miglioramento della risposta sismica: all'offerta dell'A.T.I. PAECO è stato attribuito un punteggio pari a 13 ed all'offerta della appellante pari a 10, senza considerare che, con riguardo alle strutture dei viadotti posti a base di gara, l'aggiudicataria avrebbe proposto una soluzione con travi di acciaio e modificato la luce degli

impalcati, con peggioramento della risposta sismica, mentre l'appellante avrebbe proposto una soluzione comportante miglioramento sismico e nessuna modifica.

b) Struttura dei viadotti: la proposta dalla aggiudicataria prevedrebbe l'utilizzazione di travi di altezza di m. 2,50, che in caso di piena sarebbero sommerse dall'acqua, mentre quella posta a base di gara prevedeva travi di altezza di m. 1,20; comunque la soluzione proposta dall'appellante (con utilizzo di travi di altezza pari ad 1,80 m., con recupero di 60 cm. ponendo tali travi al limite dei 150 cm. dal livello stradale e recupero dei restanti 33 cm. alzando le "livellette" stradali delle rampe ad inizio e fine di ogni viadotto) avrebbe meritato un punteggio migliore e superiore a quello attribuito alla contro interessata.

c) Miglioramento delle caratteristiche tecniche dei materiali: alla offerta dell'aggiudicataria è stato attribuito un punteggio di 7,00 ed a quella dell'appellante un punteggio di 5,00, pur avendo questa proposto soluzioni migliorative riguardanti il viadotto OP92 (per quanto concerne sia gli impalcati che le tecnologie di giunzione tra opera esistente ed allargamento), pur avendo inserito la Doronzo Infrastrutture s.r.l. nella propria proposta giunti trasversali non contemplati nel progetto definitivo e presenti anche nel caso di adozione di travate continue ad inizio e fine opera, nonché pur avendo proposto l'appellante la miglora della classe di esposizione dei calcestruzzi delle opere d'arte maggiori.

d) Miglioramento della segnaletica e barriere: sia all'offerta della aggiudicataria che a quella della appellante è stato attribuito un punteggio pari a 7,20, pur avendo quest'ultima proposto la stessa tipologia di segnaletica orizzontale della contro interessata, ma con delle migliorie.

e) Miglioramento dei materiali del corpo stradale: all'offerta dell'aggiudicataria è stato attribuito il punteggio di 6,00, mentre a quella dell'appellante è stato assegnato il punteggio di 5,00, pur essendo la soluzione della bonifica del piano di posa dei rilevati proposta dalla prima in contrasto con quanto previsto dalla relazione geologica geotecnica e dalla relazione generale posta a base di gara.

f) Miglioramento della percorribilità con riferimento anche alle intersezioni con le SS.PP. Ferrandina Stigliano e Carco S. Mauro Forte: all'offerta dell'aggiudicataria è stato attribuito il punteggio di 7,00, mentre a quella dell'appellante è stato attribuito il punteggio di 4,80, pur essendo le soluzioni proposte da quest'ultima migliori (avendo studiato la risoluzione di tutte le intersezioni del tratto stradale poste a base di gara e l'illuminamento della stessa, mentre la prima ha consegnato una stringata relazione e senza grafici esplicativi, con dubbi circa l'inserimento delle rotatorie nel contesto stradale, in particolare con riguardo all'incrocio con la S.P. Ferrandina Stigliano).

g) Il TAR si sarebbe trincerato dietro la incompetenza sulle valutazioni di merito della Commissione e l'insufficienza del materiale probatorio, mentre sarebbero stati forniti indizi tanto

significativi da giustificare una verifica o una C.T.U..

17.1.- Al riguardo la sentenza impugnata ha asserito che il disciplinare di gara prevedeva che tutti gli elementi di valutazione delle offerte, disciplinati con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sarebbero stati effettuati dalla Commissione giudicatrice con un coefficiente variabile da 0 a 1 e che la Commissione giudicatrice aveva coerentemente stabilito di utilizzare, per la valutazione delle offerte tecniche, il metodo aggregativo-compensatore di cui all'Allegato B del d.P.R. n. 554/1999, prevedendo l'applicazione della relativa formula matematica sancita nello stesso Allegato B.

Il TAR ha pertanto ritenuto le formulate censure insuscettibili di scrutinio ed inammissibili, in quanto l'impresa ricorrente si era limitata genericamente a contestare la valutazione effettuata dalla commissione giudicatrice in relazione a ciascun elemento dell'offerta, mentre al giudice amministrativo non è attribuibile un sindacato di merito che sostituisca la propria valutazione a quella dell'amministrazione, ma solo quello relativo a profili di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dell'operato dell'amministrazione in relazione ai criteri di valutazione che la stessa commissione aveva preventivamente fissato.

La sentenza appellata ha così deciso anche perché la ricorrente non aveva neppure indicato i maggiori punteggi ad essa attribuibili o il minor punteggio da assegnare all'A.T.I. controinteressata, senza

quindi dimostrare che, a seguito all'accoglimento di tutte o di alcune delle censure del secondo motivo di impugnazione, la s.r.l. Doronzo Infrastrutture si sarebbe collocata prima in graduatoria, in luogo dell'A.T.I. aggiudicataria.

17.2.- Ritiene la Sezione che le statuizioni del giudice di primo grado sono pienamente condivisibili alla luce del consolidato indirizzo giurisprudenziale in materia, secondo il quale le censure volte in sostanza a prospettare una diversa valutazione delle offerte rispetto a quella seguita dalla Commissione si traducono in un inammissibile sindacato sul merito delle opzioni attinte, riservato all'Amministrazione quale espressione della discrezionalità tecnica che informa la procedura, sicché, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, la valutazione in ordine alla qualità ed idoneità delle offerte costituisce tipica espressione di detta discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità nel merito delle relative valutazioni ove non inficiate da palesi profili di erroneità, illogicità o sviamento (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 18 ottobre 2013, n. 5051).

Nel caso di specie il bando di gara, al punto IV.2.1, indicava analiticamente i criteri di valutazione dell'offerta, prevedendo i punteggi attribuibili con riguardo al miglioramento delle caratteristiche tecnico strutturali dell'opera (in riferimento alla risposta sismica e alle caratteristiche tecniche dei materiali), al miglioramento della sicurezza stradale (con riguardo alla segnaletica e

barriere, a materiali del corpo stradale, alla percorribilità con riferimento a varie intersezioni) e alla riduzione dei tempi di esecuzione dei lavori e del prezzo.

Una volta predeterminati i criteri e i sub criteri di valutazione dell'offerta tecnica, con il disciplinare sono stati indicati i criteri di attribuzione dei punteggi che la commissione avrebbe dovuto applicare sulla base delle proposte presentate dai concorrenti.

Pertanto, poiché la gara "de qua" era da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'obbligo di motivazione poteva essere assolto dalla stazione appaltante mediante l'attribuzione di giudizi in forma numerica, perché i criteri di valutazione erano preventivamente indicati dal bando in termini specifici e consentivano di ricostruirne l'iter decisionale.

Il giudizio espresso dalla commissione aggiudicatrice sulla completezza degli elaborati progettuali riguardanti l'offerta, che si è tradotto nell'attribuzione di un punteggio numerico, costituiva attività riservata all'Amministrazione, in quanto altamente discrezionale, né risultano macroscopici errori di fatto ovvero di illogicità ed irragionevolezza manifesta: la ricorrente, che ha contestato tale giudizio, avrebbe dovuto indicare specifiche circostanze ed elementi di fatto non opinabili per poter far desumere che la commissione fosse effettivamente incorsa in macroscopici vizi logici e di irragionevolezza.

Nel caso in esame le censure reiterate in appello non sono, a giudizio

della Sezione, sufficientemente supportate da elementi tali da dimostrare adeguatamente la sussistenza di tali vizi logici, sicché le censure in esame sono insuscettibili di positiva valutazione, dovendosi escludere, da parte di questo giudice, che le valutazioni riservate all'Amministrazione siano sostituite in sede giurisdizionale da altre.

Neppure gli indizi indicati dalla appellante possono considerarsi idonei ad ingenerare la necessità di disporre una verifica o una C.T.U., proprio perché il giudice amministrativo, in sede di riscontro delle anomalie delle offerte presentate, tramite una tale istruttoria non può sostituire con le proprie valutazioni quelle 'opinabili' compiute dalla stazione appaltante.

Infatti, le censure di cui al motivo in esame non inducono a rilevare aspetti di irragionevolezza del punteggio assegnato all'A.T.I. resistente e all'appellante con riguardo ai seguenti profili:

- a) quanto al 'comportamento sismico' delle strutture proposte dall'A.T.I. PA.E.CO. s.r.l. rispetto a quelle indicate nel progetto a base di gara, perché non appare adeguatamente dimostrato l'asserito peggioramento della risposta sismica rinvenibile nell'offerta dell'aggiudicataria, comportando minor carico sulle strutture la soluzione con travi in acciaio da essa proposta;
- b) quanto alla 'compatibilità idraulica della altezza delle travi prevista nella offerta dell'A.T.I., perché essa non risulta idonea ad alterare il deflusso delle acque sotto le solette dei ponti;

c) quanto alle ‘caratteristiche tecniche dei materiali’, stante la marginalità del viadotto OP92 ed avendo anche l’A.T.I. PA.E.CO. s.r.l. previsto l’uso di calcestruzzo di tipo innovativo e quindi migliorativo.

e) quanto al ‘miglioramento della segnaletica e barriere’, atteso che la Commissione era tenuta a valutare la sostanza delle proposte e non la loro migliore o peggiore rappresentazione grafica e stante la non dimostrata decisiva rilevanza delle migliorie apportate dall’appellante;

f) quanto al ‘miglioramento dei materiali del corpo stradale’, perché non risulta e non è dimostrato il contrasto della proposta dell’A.T.I. aggiudicataria con quanto previsto dalla relazione geologica geotecnica e la relazione generale posta a base di gara e comunque perché la proposta di uno strato drenante anticapillare effettuata dalla appellante non appare assumere un significativo rilievo, stante la circostanza che il materiale di posa dei rilevati è riferito come comunque di natura drenante.

g) quanto al ‘miglioramento della percorribilità’ con riferimento anche alle intersezioni con le SS.PP. Ferrandina Stigliano e Carco S. Mauro Forte, perché non è dimostrato che le soluzioni proposte dall’appellante fossero, all’evidenza, talmente migliori da comportare divario di punteggio diverso da quello attribuito dalla Commissione.

18.- Infine, con riguardo alla formulata richiesta di risarcimento, rileva il Collegio che all’infondatezza dei motivi di gravame non può che conseguire la sua inaccogliabilità, perché non può essere

considerato ingiusto il danno conseguente all'esecuzione di provvedimenti riconosciuti legittimi (Consiglio Stato, sez. V, 14 febbraio 2011, n. 965).

19.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

20.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo respinge l'appello in esame n. 7272 del 2011.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/08/2014

IL SEGRETARIO

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