

Pubblicato il 09/01/2024

N. 00281/2024REG.PROV.COLL.  
N. 00306/2023 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 in appello numero di registro generale 306 del 2023, proposto da Irpinia Pietre Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 8014500E9C, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Lentini e Italo Rocco, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di San Nicola Manfredi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Oreste Di Giacomo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Lavori Fluviali s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Cantile e Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Consorzio Artek, non costituito in giudizio;

*nei confronti*

Asmel Consortile Soc. Cons. a r.l., non costituita in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione prima) n. 171/2023, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Nicola Manfredi;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Lavori Fluviali s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 6 luglio 2023 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Rocco e Melucci, in delega degli avvocati Caliendo e Cantile;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di San Nicola Manfredi indiceva il 10 febbraio 2020 una procedura pubblica telematica per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei lavori di potenziamento e ampliamento della strada comunale di collegamento tra l'area Pip di località Zappiello e la zona Asi intercomunale di località Montebello; espletate le relative operazioni, aggiudicava la gara alla prima classificata Lavori Fluviali s.r.l.

La seconda classificata Irpinia Pietre Costruzioni s.r.l. impugnava avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Campania l'aggiudicazione e gli atti connessi, ivi compresa l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria. Domandava l'annullamento degli atti gravati, l'accertamento del suo diritto all'aggiudicazione dell'appalto, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more.

Il Comune e l'aggiudicataria si costituivano in resistenza.

2. L'adito Tar disponeva una verifica, che affidava ad Anas s.p.a.. All'esito, con la sentenza in epigrafe, respingeva il ricorso; poneva a carico della ricorrente le spese di verifica e compensava tra le parti le spese del giudizio.

3. Irpinia Pietre Costruzioni ha appellato la sentenza. Ha dedotto: 1) *Error in iudicando*; violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per difetto del presupposto, difetto di istruttoria, travisamento, arbitrarietà; 2) *Error in iudicando*; violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per difetto del presupposto, difetto di istruttoria, travisamento, arbitrarietà; 3) *Error in iudicando*; violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per difetto del presupposto, difetto di istruttoria, travisamento, arbitrarietà; 4) *Error in iudicando e in procedendo*; omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia; violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per difetto del presupposto, difetto di istruttoria, travisamento, arbitrarietà; 5) *Error in iudicando*; violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per difetto del presupposto, difetto di istruttoria, travisamento, arbitrarietà; 6) Violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per difetto del presupposto, difetto di istruttoria, travisamento, arbitrarietà; 7) *Error in iudicando*; violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per difetto del presupposto, difetto di istruttoria, travisamento, arbitrarietà; 8) *Error in iudicando*; violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per difetto del presupposto, difetto di istruttoria, travisamento, arbitrarietà; 9) *Error in iudicando*; violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per difetto del presupposto, difetto di istruttoria, travisamento, arbitrarietà. Ha concluso per la riforma della sentenza gravata con accoglimento delle domande formulate in primo grado e qui reiterate.

3. Lavori Fluviali e il Comune di San Nicola Manfredi si sono costituiti in resistenza, entrambi sostenendo con articolate argomentazioni la correttezza della sentenza impugnata e l'inammissibilità e l'infondatezza dei proposti motivi di appello.

4. Alla camera di consiglio del 26 gennaio 2023 la domanda cautelare formulata dall'appellante è stata abbinata al merito.

5. Nel prosieguo, tutte le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

6. Con ordinanza 6 aprile 2023, n. 3562, resa all'esito dell'udienza pubblica del 4 aprile 2023, questa Sezione del Consiglio di Stato ha disposto un incombente istruttorio a carico del Comune di San Nicola Manfredi, che lo ha adempiuto a mezzo di deposito del 29 maggio 2023.

7. Le parti hanno successivamente depositato ulteriori memorie, insistendo nelle conclusioni già rassegnate.

8. La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 6 luglio 2023.

9. Al fine della migliore comprensione delle questioni poste dal gravame giova una sintetica illustrazione della sentenza impugnata e dei motivi di appello.

10. Con il primo motivo di ricorso Irpinia Pietre Costruzioni aveva sostenuto che l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa ai sensi del paragrafo 4.1 del disciplinare, prevedente l'inammissibilità delle offerte tecniche che, in relazione anche ad un solo elemento di valutazione, *“sono in contrasto con la normativa tecnica applicabile all'intervento oggetto della gara o a disposizioni legislative o regolamentari imperative o inderogabili”* (punto d.4), o *“sono in contrasto con autorizzazioni, pareri o altri atti di assenso, comunque denominati, già espressi con atti pubblici o recepiti in questi, o con prescrizioni imposte negli stessi atti di assenso, oppure in contrasto con gli strumenti di pianificazione urbanistica, territoriale o paesaggistica o con altri vincoli inderogabili”* (punto d.5), ovvero, comunque, ottenere un minor punteggio per l'elemento di valutazione n. 2 (*“Sicurezza dell'opera - Miglioramento generale del progetto in materia di sicurezza stradale. Miglioramento dell'intervento con lavorazioni capaci di perfezionare la sicurezza dell'infrastruttura”*).

La censura aveva di mira la miglioria n. 6 dell'offerta aggiudicataria, consistente in due rotatorie per gestire il flusso veicolare proveniente da tre tronchi stradali, indicate nell'elaborato tecnico come A e D, di cui evidenziava la non conformità, sotto vari profili, alle norme tecniche di costruzione delle strade di cui al d.m. Infrastrutture e trasporti 19 aprile 2006, *Norme funzionali e geometriche per la costruzione delle intersezioni stradali*, rimarcando ulteriormente la

carezza dell'autorizzazione della Provincia di Benevento, proprietaria di parte delle aree sulle quali esse avrebbero dovuto insistere.

Sulla prima questione il Tar dava atto che l'esito della verifica disposta in corso di causa aveva fatto emergere:

- che le predette rotatorie ricadevano nella previsione dell'art. 2 comma 3 del d.m. 19 aprile 2006, che stabilisce che *“Nel caso di adeguamento di intersezioni esistenti, le richiamate norme costituiscono il riferimento cui la progettazione deve tendere”*, ciò significando che i riferimenti normativi non *“perdano di importanza, bensì solo di cogenza”*, dovendo tenersi conto *“non tanto del mero rispetto formale delle indicazioni (che, debitamente motivato, potrebbe essere disatteso), ma del reale innalzamento, o meno, della sicurezza e funzionalità della circolazione comunque garantito dai criteri di progettazione di cui al citato DM”*;

- che: a) l'inserimento della rotatoria D, necessitante *“di qualche adeguamento geometrico delle corsie”*, *“non è da qualificarsi come inammissibile dal punto strettamente normativo quanto sopra detto, ma non adeguato al contesto per le dimensioni e la posizione in cui è stato proposto, nonché per il ridotto angolo di confluenza tra la stessa via comunale e la SP57 (risolvibile comunque curvando la parte terminale della stessa via comunale)”*; b) la realizzazione della rotatoria A *“è certamente inammissibile per la presenza dell'attuale e adiacente accesso privato all'azienda agricola sulla stessa SP17, risolubile soltanto attraverso una contro-strada di servizio che allontani lo stesso accesso dalla rotatoria proposta, soluzione questa non evidenziata nella proposta dall'aggiudicatario”*; c) entrambe le rotatorie *“sebbene finalizzate ad aumentare la sicurezza stradale nelle intersezioni 'A' e 'D' esistenti non sono conformi alle norme tecniche sulle intersezioni stradali di cui al DM 19.04.2006, né tantomeno tendono ad esse quale riferimento obbligatorio qualora non fossero considerate cogenti per il caso specifico di strade esistenti”*.

Ciò posto, il Tar riteneva infondata la censura di violazione del paragrafo 4.1 punto d.4 del disciplinare, stante la valenza del d.m. 19 aprile 2006, per le strade esistenti, di mero indirizzo per la progettazione.

Nel giungere a tale conclusione, il Tar non conferiva rilievo alle valutazioni critiche del verificatore, perchè *“frutto del suo impegno a dare un'esauritiva e completa*

*risposta ai quesiti, sino a prospettare una possibile soluzione alternativa per la rotatoria D*”, e non coincidenti con la questione dedotta in giudizio (violazione di requisiti tecnici inderogabili), sicchè la loro eventuale considerazione, in qualsiasi senso, avrebbe comportato per un verso la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 Cod. proc. civ.), per altro verso la sostituzione delle valutazioni del giudice amministrativo a quelle effettuate dall’organo tecnico della stazione appaltante.

Il Tar riteneva altresì infondata la censura di violazione del paragrafo 4.1 punto d.5, potendo l’assenso della Provincia di Benevento essere acquisito nella fase di esecuzione della commessa e soccorrendo, in caso di mancanze o ritardo, i rimedi contrattuali previsti per tale fase.

Per la stessa ragione appena citata, il Tar riteneva infondato il secondo motivo, con cui la ricorrente aveva sostenuto, in relazione alla valutazione dell’offerta tecnica dell’aggiudicataria per l’elemento n. 1 (*“Qualità e Pregio Tecnico - Miglioramento generale del progetto in materia di durata delle opere, efficienza, funzionale, fruitivo ed estetico delle opere oggetto d’intervento e completezza e grado di dettaglio dei particolari costruttivi. Miglioramento del progetto con lavorazioni capaci di perfezionare l’intervento”*), l’irrealizzabilità e l’inammissibilità della proposta realizzazione di un’area a parcheggio.

Il Tar inoltre:

- riteneva infondato il terzo motivo, con cui si sosteneva che, incidendo gli interventi di cui sopra sulla sostenibilità e congruità dell’offerta economica, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla verifica facoltativa di anomalia, rilevando l’afferenza della stima dei costi occorrenti per l’opera e le proposte migliorative alla sfera di disponibilità dell’operatore economico proponente, nonché la spettanza della valutazione della congruità dei costi alla discrezionalità stazione appaltante, da cui l’insindacabilità della mancata valutazione, ove non obbligatoria e non risultante frutto di un manifesto travisamento, come nella fattispecie;

- riteneva infondato il quarto motivo, che segnalava varie criticità dell'offerta aggiudicataria incidenti sulla valutazione delle migliori e sulla congruità e sostenibilità economica delle soluzioni progettuali proposte, ritenendo le censure attinenti alla discrezionalità amministrativa, che nella specie non poteva dirsi arbitrariamente esercitata, dal momento che l'offerta tecnica era stata corredata dalle schede delle opere e dei prodotti, e la stazione appaltante aveva potuto condurre i propri accertamenti sulla scorta dei dati offerti;
- dichiarava inammissibile per carenza di interesse il quinto motivo, che contestava l'attribuzione all'aggiudicataria di 3 punti per l'elemento di valutazione n. 4 (gestione della sicurezza e della salute dei lavoratori), osservando che anche la eventuale sottrazione di tale punteggio non avrebbe modificato l'ordine della graduatoria;
- riteneva infondato il sesto motivo, volto alla riedizione della gara, che assumeva da parte della commissione valutatrice una diversa graduazione dei punteggi previsti per gli elementi di valutazione n. 1 - Qualità e pregio tecnico e n. 2 - Sicurezza dell'opera (45 punti anziché 40; 25 punti anziché 30), rilevando che i punteggi considerati dalla commissione corrispondevano ai pesi previsti dal bando (pagina 4), mentre il disciplinare conteneva un'erronea indicazione (pagina 28), che era stata rettificata per errore materiale, stante la prevalenza delle previsioni del bando.

*11.* Si passa all'illustrazione delle questioni poste dal gravame.

Con il primo motivo l'appellante sostiene l'abnormità, l'illogicità e la contraddittorietà della sentenza, per essersi il Tar discostato dai suoi stessi provvedimenti istruttori quanto alla rilevanza, nella valutazione dell'ammissibilità della migliororia costituita dalle rotatorie, della normativa tecnica recata dal d.m. 19 aprile 2006.

Con il secondo motivo l'appellante contesta la reiezione delle censure con cui era stata dedotta, anche mediante perizia tecnica, l'inammissibilità della stessa migliororia, e ribadisce che l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere

esclusa dalla procedura ai sensi del paragrafo 4.1 punto d.4 del disciplinare di gara.

Con il terzo motivo l'appellante lamenta che il Tar, ritenendola erroneamente estranea all'oggetto del giudizio, ove invece essa era stata proposta sostenendo l'irrealizzabilità delle rotatorie, abbia omesso di pronunciare sulla questione rilevata dal verificatore circa la *“difficile intellegibilità dell'isola giratoria e l'ostacolo rappresentato dalla torre faro al centro, il ridotto angolo di confluenza tra la via comunale e la SP57 (per la rotatoria D) e la presenza dell'accesso privato all'azienda agricola sulla SP17 (per la rotatoria A)”*.

Con il quarto motivo l'appellante lamenta che il Tar abbia omesso di pronunciare sulla censura per cui l'offerta dell'aggiudicataria, quand'anche ammissibile, avrebbe dovuto conseguire un minor punteggio tecnico per la non conformità delle rotatorie ai parametri del d.m. 19 aprile 2006, stante la non immediata cantierabilità della relativa proposta e le ineludibili modifiche da apportarvi in fase esecutiva.

Con il quinto motivo l'appellante sostiene l'erroneità del capo di sentenza che ha respinto la censura di inammissibilità delle rotatorie per carenza dell'autorizzazione della Provincia di Benevento, e ribadisce che l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa ai sensi del capo 4.1 punto d.5 del disciplinare di gara.

Con il sesto motivo l'appellante lamenta l'erroneità del capo di sentenza che ha respinto, sotto uno solo dei profili dedotti, la censura relativa all'inammissibilità, in riferimento al criterio di valutazione n. 1 *“Qualità e pregio tecnico”*, dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria nella parte relativa all'area a parcheggio, e ripropone i rilievi non esaminati dal Tar.

Con il settimo motivo l'appellante lamenta che il Tar abbia ritenuto insindacabile la valutazione di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria espressa dalla stazione appaltante in carenza della verifica di anomalia, esponendo che essa era invece necessaria a fronte degli elementi dedotti in ricorso, attestanti l'inattendibilità del suo equilibrio.

Con l'ottavo motivo l'appellante lamenta che il Tar abbia respinto la censura di aleatorietà e genericità dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria pur a fronte delle dedotte criticità delle soluzioni migliorative in essa proposte, idonee a incidere sulla loro valutazione in relazione ai punteggi assegnati per gli elementi di valutazione 1, 2 e 3, e anche sulla sostenibilità economica dell'offerta.

Con il nono motivo l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza nell'aver ritenuto inammissibile il quinto motivo di ricorso per carenza di interesse, sostenendo che l'accoglimento di altre censure, relative ai punteggi conseguiti dall'offerta aggiudicataria per i criteri di valutazione nn. 1 e 2, riducendo il divario di punteggio tra le due offerte, radica l'interesse alla proposizione del motivo, che ha pertanto riproposto.

12. A questo punto può provvedersi alla disamina dell'appello, iniziando dai primi quattro motivi, che possono essere trattati congiuntamente.

13. Il Tar ha rimesso alla verifica affidata all'Anas il seguente quesito: *“Accertato lo stato dei luoghi, esaminata l'offerta tecnica dell'aggiudicataria, verifichi, anche in relazione ai rilievi tecnici evidenziati negli atti processuali, se, nell'ambito delle proposte migliorative dell'aggiudicataria, le rotatorie siano conformi alle norme tecniche di costruzione delle strade (in particolare, il d.m. 19 aprile 2006), ricadano in area provinciale, soggetta ad autorizzazione dell'Ente proprietario (Provincia di Benevento), e nell'area d'intervento contemplata dal bando di gara”*.

14. Il verificatore ha rilevato come le rotatorie in parola rientrassero nella fattispecie prevista dall'art. 2 comma 3 del d.m. 19 aprile 2006 (*“Nel caso di interventi di adeguamento di intersezioni esistenti le norme allegate costituiscono il riferimento cui la progettazione deve tendere”*), così incentrando la questione da dirimere non nel mero rispetto formale delle relative prescrizioni, disattendibili in presenza di idonee motivazioni, bensì nel *“reale innalzamento, o meno, della sicurezza e funzionalità della circolazione comunque garantito dai criteri di progettazione”*.

Ha poi osservato che:

*“L'adozione di intersezioni a raso, e quindi anche di rotatorie, in ambito extraurbano come nella fattispecie, è consentita tra strade extraurbane secondarie di tipo C (C/C - vedi fig. 3 - all. 3). L'adozione delle 'mini rotatorie', sempre in ambito extraurbano, come quelle proposte dall'aggiudicataria, è invece limitato ad intersezioni tra strade locali di tipo F (F/F - vedi fig. 3 - all. 3) Nella documentazione agli atti non si riscontrano indicazioni in merito alla classificazione delle strade interessate. Si possono comunque assimilare a strade di tipo 'C' (extraurbana secondaria) quelle provinciali, come la SP 17 e la SP57 interessate dalle intersezioni a rotatoria A e D proposte dall'impresa aggiudicataria, mentre a strade di tipo 'F' (locale extraurbana) quelle comunali in progetto, sebbene da ampliare e potenziare come da progetto a base di gara.*

*Il diametro esterno della rotatoria A, misurato sullo schema stampato in for. A3 della tavola 2-C allegata proposta tecnica dell'impresa aggiudicataria, misura 30 mm.*

*Quello esterno della rotatoria D, sempre misurato sullo schema stampato in form. A3 della tavola 2-C allegata proposta tecnica dell'impresa aggiudicataria, misura 29 mm.*

*Dal confronto con le larghezze reali delle rampe ivi confluenti, e con la loro misura in millimetri nei medesimi schemi, è possibile desumere in proporzione che dette rotatorie hanno un diametro esterno di circa 15 m, quindi, ai sensi del DM 19.04.2006 - punto 4.5.1 - Tipologie, trattasi di mini rotatorie in quanto il diametro esterno è compreso tra i 14 ed i 25 m.*

*L'adozione di un diametro esterno di 15 m, che si pone quasi al limite inferiore di quanto consentito per le rotatorie, unitamente ad una corsia di 7 m imposta dallo stesso DM 19.04.2006, ridurrebbe l'isola giratoria ad un diametro di un solo metro.*

*Questo porrebbe due serie di problemi: il primo è quello di una difficile intellegibilità di tale isola anche se materializzata da cordoli, il secondo è che l'adozione di una torre faro al centro, come anche proposta dall'impresa aggiudicataria, se da un lato rende l'isola maggiormente percepibile, dall'altro realizza un pericoloso ostacolo, peraltro non proteggibile date le esigue dimensioni dell'isola e considerato altresì che per le rotatorie con diametro compreso tra i 14 e i 18 metri la stessa isola interna deve essere totalmente sormontabile dai veicoli, quindi priva di qualsiasi ostacolo.*

*Le mini rotatorie, inoltre, presentano dei problemi relativi al controllo delle traiettorie per le manovre passanti per cui, anche nei casi di quattro bracci perfettamente contrapposti, non è possibile rispettare l'angolo di deviazione che la normativa raccomanda essere almeno di 45°.*

*Nei casi in oggetto occorre tuttavia notare che le intersezioni sono a tre rami e solo nella rotatoria D è individuabile certamente una manovra passante. Dagli schemi proposti si evince poi che l'isola centrale della rotatoria D avrebbe un diametro di 6.50 m, utile per favorire la deviazione delle traiettorie e distanziare l'ostacolo costituito dalla torre faro, ma che stringe inevitabilmente la corsia della corona giratoria ad un valore inferiore a quello minimo richiesto di 7 m.*

*La stessa rotatoria D, inoltre, presenta il problema dell'incidenza di un ramo molto obliquo, che rende non agevole o impossibile la manovra di uscita nel ramo successivo, soprattutto per un veicolo pesante.*

*Per quanto concerne la rotatoria A si evidenzia altresì che in stretta adiacenza all'intersezione a Y esistente, è presente un accesso privato di un'azienda agricola, che attualmente sfocia direttamente sulla SP17 (vedi muro in c.a. di delimitazione della stessa proprietà privata posto lungo il confine con la strada comunale in progetto (vedi fotografie allegate al verbale di sopralluogo - all. 2)).*

*Resta infine una considerazione relativa ai flussi di traffico in quanto una rotatoria, se da un punto di vista realizza un generale miglioramento della sicurezza per effetto della riduzione della velocità, dall'altro annulla la gerarchia delle strade confluenti e quindi è sconsigliabile in presenza di flussi non bilanciati in entrata e uscita dai rami, come nel caso specifico di intersezioni tra strade comunali e strade provinciali (queste ultime di norma interessate da volumi di traffico decisamente più intensi)".*

Sulla base di tali considerazioni, il verificatore ha concluso che:

*"... l'inserimento della rotatoria D all'incrocio tra la SP57 e la via comunale Bosco Lupino, così come proposto in dimensioni e ubicazione, sebbene necessiti di qualche adeguamento geometrico delle corsie e non sia in linea con quanto previsto dalla fig. 3 del DM 19.04.2006, non è da qualificarsi come inammissibile dal punto strettamente normativo per quanto sopra detto, ma non adeguato al contesto per le dimensioni e la*

*posizione in cui è stato proposto, nonché per il ridotto angolo di confluenza tra la stessa via comunale e la SP57 (risolvibile comunque curvando la parte terminale della stessa via comunale).*

*Quello della rotatoria A all'incrocio tra la SP17 e la strada comunale in contrada Zappiello, invece, sebbene necessiti dello spostamento di n. 2 pali di reti elettriche/telefoniche aeree rilevati in zona, è certamente inammissibile per la presenza dell'attuale e adiacente accesso privato all'azienda agricola sulla stessa SP17, risolvibile soltanto attraverso una contro-strada di servizio che allontani lo stesso accesso dalla rotatoria proposta, soluzione questa non evidenziata nella proposta dall'aggiudicatario”.*

15. Il Tar ha recepito la sola osservazione circa la non obbligatorietà dell'applicazione del d.m. 19 aprile 2006 alle rotatorie in parola, e ha ritenuto essere questa l'unica questione posta dal gravame, con conseguente impossibilità di estendere la valutazione giudiziale agli altri aspetti segnalati dal verificatore, pena la violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ. o la sovrapposizione agli apprezzamenti rientranti nella discrezionalità tecnica dell'Amministrazione.

16. Si tratta di una linea argomentativa che non può essere confermata.

17. Sotto un primo profilo, se è vero che il ricorso di primo grado ha invocato le norme tecniche del d.m. 19 aprile 2006 assumendole come cogenti, laddove esse nella fattispecie non si sono rivelate tali, è anche vero che lo stesso ricorso ha dedotto la violazione del capo 4.1 punto d.4 del disciplinare di gara secondo cui “*non sono ammesse le offerte tecniche che, in relazione anche ad un solo elemento di valutazione: d.4) sono in contrasto con la normativa tecnica applicabile all'intervento oggetto della gara o a disposizioni legislative o regolamentari imperative o inderogabili*”, previsione che tiene separate (con la disgiuntiva “o”) le ipotesi di contrasto delle offerte tecniche con le “*disposizioni legislative o regolamentari imperative o inderogabili*” e, ancora prima, “*con la normativa tecnica applicabile all'intervento*”, ambito in cui rientra il d.m. 19 aprile 2006, ancorchè in via tendenziale.

Sotto un secondo profilo, nel ricorso (pagina 4: *“La impresa aggiudicataria .... deve ... essere esclusa o, in subordine, gravemente penalizzata nel punteggio tecnico...”*) si sosteneva anche, e in ogni caso, che le criticità tecniche delle rotatorie avrebbero dovuto essere valutate, in senso negativo, anche alla luce del disciplinare di gara, criterio n. 2, che finalizza le soluzioni migliorative al *“miglioramento generale del progetto in materia di sicurezza stradale”* e al *“miglioramento dell'intervento con lavorazioni capaci di perfezionare la sicurezza dell'infrastruttura”*.

Si tratta di una censura di cui la sentenza di primo grado avrebbe dovuto tenere conto, non costituendo né l'art. 112 Cod. proc. civ. né la discrezionalità tecnica della stazione appaltante una giustificazione alla sua mancata valutazione giudiziale.

18. Quanto all'art. 112 Cod. proc. civ., la giurisprudenza afferma che il principio della domanda tollera *“l'esame di una questione non espressamente formulata qualora questa debba ritenersi tacitamente proposta, in quanto in rapporto di necessaria connessione o ricomprensione”* e che deve invece intendersi violato *“allorquando il giudice alteri petitum e causa petendi pronunciandosi in merito ad un bene diverso da quello richiesto, nemmeno compreso implicitamente nella domanda o qualora ponga a fondamento della decisione fatti o situazioni estranei alla materia del contendere, introducendo nel processo una causa petendi nuova e diversa rispetto a quella contenuta nella domanda”* (Cons. Stato, V, 20 marzo 2023, n. 2800; 11 aprile 2016, n. 1419). Per converso, si rinviene il vizio di ultrapetizione, oltre nell'ipotesi in cui vi sia stata pronuncia oltre i limiti delle pretese e delle eccezioni formulate o su questioni estranee all'oggetto del giudizio e non rilevabili d'ufficio, nel caso in cui il giudice ha esaminato e accolto il ricorso per un motivo non prospettato dalle parti (Cons. Stato, V, 28 dicembre 2018, n. 7293; 30 giugno 2017, n. 3180; 16 gennaio 2015, n. 87): in tale evenienza l'accertamento compiuto in sentenza finisce infatti per riguardare un *petitum* e una *causa petendi* nuovi e diversi rispetto a quelli fatti valere nel ricorso e sottoposti dalle parti all'esame del giudice, con conseguente attribuzione di un bene o di un'utilità non richiesta dalla parte ricorrente (o comunque attribuita per ragioni dalla stessa

non esterne), e pregiudizio del diritto di difesa della parte soccombente (Cons. Stato, II, 21 ottobre 2021, n. 7078; V, 14 giugno 2019, n. 4024). Si precisa altresì che spetta al giudice interpretare la domanda proposta in giudizio, individuando, mediante l'analisi delle allegazioni e delle affermazioni della parte, gli elementi costitutivi della stessa, tra cui *petitum* e *causa petendi*, mediante una valutazione discrezionale e libera che ha a oggetto l'indagine del contenuto sostanziale della domanda, soprattutto con riferimento agli elementi oggettivi, che non trova vincolo nelle espressioni letterali utilizzate dalle parti (Cass. civ., I, ord. 19 marzo 2020, n. 7467; III, ord. 21 maggio 2019, n. 13602), salvo che ci si spinga sino a configurare una domanda radicalmente difforme, nel *petitum* o nella *causa petendi*, da quanto espressamente allegato e dedotto dalle parti (Cass. civ., I, ord. 3 dicembre 2020, n. 27704, 12 aprile 2006, n. 8519).

In applicazione delle predette coordinate ermeneutiche, si osserva che, con il richiamo al d.m. 19 aprile 2006, l'odierna appellante aveva di fatto lamentato, come espressamente sostenuto a pagina 3 del ricorso, l'irrealizzabilità delle due rotatorie per come progettate (rilievo che alla luce degli esiti della verifica non può essere escluso) nonché contestato il punteggio tecnico assegnato all'aggiudicataria per il criterio di valutazione n. 2 (doglianza che il Tar non ha affrontato, ancorché il criterio riguardasse proprio il tema della sicurezza stradale su cui il verificatore si era soffermato), questioni entrambe rientranti appieno nel *petitum* e nella *causa petendi* fatti valere nell'atto introduttivo del giudizio (annullamento dell'aggiudicazione asseritamente illegittima).

Non poteva quindi il Tar "liquidare" ogni questione al riguardo emergente riducendo le doglianze formulate al riguardo delle rotatorie alla sola questione dell'obbligatorietà del d.m. 19 aprile 2006, nonché l'analisi del verificatore al mero "*frutto del suo impegno a dare un'esaustiva e completa risposta ai quesiti, sino a prospettare una possibile alternativa per la rotatoria D*": quest'ultima affermazione, poi, conferma, piuttosto che sconfessare, che il verificatore si era attenuto

all'oggetto dell'incombente istruttorio, che, si rammenta, riguardava anche i *“rilievi tecnici evidenziati negli atti processuali”*.

19. Quanto al divieto del giudice di sostituire con le proprie valutazioni quelle tecniche effettuate dall'Amministrazione, il richiamo a tale principio nel contesto della sentenza non è scevro da una certa contraddittorietà, considerato che è stato lo stesso Tar a disporre la verifica, affidandola a un organo di specifica competenza nella materia di interesse del ricorso, per poi porre di fatto completamente nel nulla i suoi esiti, salva l'osservazione che il d.m. 19 aprile 2006 non è norma cogente per gli adeguamenti delle intersezioni esistenti, che è peraltro conclusione di diritto e non tecnica, e come tale, infatti, è stata affrontata dal verificatore in applicazione dell'art. 2 comma 3 del decreto.

Inoltre, la paventata “sostituzione” delle valutazioni tecniche discrezionali dell'Amministrazione presuppone, di suo, che una tale valutazione vi sia già stata, e non è chiaro da quale atto il Tar abbia tratto la sussistenza di tale condizione, dal momento che la sentenza non menziona alcun atto della procedura da cui dedurre che le questioni della realizzabilità delle due rotatorie e della loro attitudine a migliorare la sicurezza della circolazione stradale siano state positivamente esaminate.

20. Proprio per chiarire il punto di cui appena sopra, in primo grado rimasto oscuro, questa Sezione ha disposto l'incombente istruttorio di cui all'ordinanza n. 3562/2023, che, premesso *“che, alla luce degli esiti della verifica disposta in primo grado sulla base delle censure formulate dalla seconda classificata della gara per cui è causa, riproposte in questa sede di appello, è dubbia e non fugata né dagli atti versati al fascicolo né dalle motivazioni della sentenza impugnata la realizzabilità in condizioni di sicurezza di due rotatorie costituenti migliorie dell'offerta aggiudicataria”*, ha disposto l'acquisizione al fascicolo di causa degli *“atti e documenti della procedura precedenti l'aggiudicazione, attestanti, ove esistenti, l'effettuazione della specifica valutazione dell'offerta aggiudicataria in relazione alla questione di cui sopra e in raffronto alle previsioni del disciplinare di gara, paragrafi 4.1*

*punto d.4, che ha stabilito che “Non sono ammesse le offerte tecniche che, in relazione anche a un solo elemento di valutazione: d.4) sono in contrasto con la normativa tecnica applicabile all’intervento oggetto della gara o a disposizioni legislative o regolamentari imperative o inderogabili”) e sub-criterio 2, che ha prescritto soluzioni migliorative aventi a oggetto il “Miglioramento generale del progetto in materia di sicurezza stradale. Miglioramento dell’intervento con lavorazioni capaci di perfezionare la sicurezza dell’infrastruttura”.*

In riscontro, l’Amministrazione ha depositato atti e verbali di gara, sostenendo che le questioni in parola sono state valutate nell’ambito dell’attribuzione alla migliorata di cui si discute, rispetto alle altre offerte, del maggiore (e massimo) punteggio numerico (25): ma si tratta di una difesa che nulla dice sulla completezza dell’istruttoria.

21. I motivi in trattazione si rilevano pertanto fondati nei sensi e nei limiti sopra indicati.

22. La conclusione non è scalfita dalle difese delle parti resistenti, che, anche nelle formulate eccezioni preliminari, si limitano, in sostanza, a ripercorrere, ulteriormente corroborandole, l’iter argomentativo della sentenza gravata, che, per quanto sopra, non può essere condiviso.

E’ necessario peraltro osservare:

- che la rilevanza nell’ambito dell’offerta delle rotatorie in parola non è offuscata dal fatto che esse, come evidenziano entrambe le parti resistenti, costituiscano una sola delle molte migliorie offerte da Lavori Fluviali, rappresentando essa, oggettivamente, quella più innovativa e a più alto impatto con il tema della sicurezza della circolazione stradale (le restanti riguardano: il miglioramento delle prestazioni del conglomerato bituminoso; un nuovo sistema semaforico; la realizzazione di cordoli, marciapiedi, zanelle e muretti; il maggiore sviluppo lineare delle barriere di sicurezza stradale; nuovi profili guard-rail; un punto semaforico di tipo pedonale; la riparazione dell’esistente tubazione dell’acquedotto; l’installazione di un pannello luminoso di segnalazione pericolo; una risagomatura di guard-rail). Il che

consente di escludere anche ogni questione relativa alla c.d. “prova di resistenza” in relazione al divario di circa 7 punti esistente tra le due offerte qui in contrapposizione;

- che la regola giurisprudenziale invocata dal Comune per cui la verifica non può essere adoperata dal giudice amministrativo quale strumento di valutazione diretta delle doglianze oggetto di ricorso non lo esonera, appunto, dal loro esame anche sulla base dell’esito della verifica, come emerge dalla stessa giurisprudenza richiamata nella difesa, che qualifica la verifica uno “*strumento istruttorio che può essere utilizzato al fine di acquisire fatti non desumibili direttamente dai documenti acquisiti al fascicolo di causa ovvero per coadiuvare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze*” (Cons. Stato, V, 25 febbraio 2016, n. 785);

- che, come già sopra rilevato con puntuali riferimenti al ricorso di primo grado, e contrariamente a quanto affermato dal Comune, il primo motivo del ricorso era volto non solo all’esclusione della contro-interessata ma anche a contestare il punteggio assegnato per le migliori, sicché non è ravvisabile nella prospettazione effettuata in sede di appello alcuna violazione dell’art. 104 comma 1 Cod. proc. amm ;

- che, in linea generale, il principio della tassatività della cause di esclusione invocato dal Comune non refluisce nell’impossibilità di disporre l’esclusione dalla gara di un offerta tecnica inadeguata perché difforme dai requisiti minimi previsti dalla legge di gara, e quindi per carenza di un elemento essenziale per la formazione dell’accordo necessario per la stipula del contratto (tra tante, Cons. Stato, V, 9 settembre 2022, n. 7882), e che, nello specifico la sicurezza stradale, oltre a essere questione immanente all’oggetto della procedura pubblica, è aspetto espressamente valorizzato dalla *lex specialis* in riferimento alle migliori.

23. Gli altri motivi di appello non possono invece essere favorevolmente valutati.

In particolare:

- in relazione al quinto motivo, va condivisa la conclusione del Tar circa l'acquisibilità dell'autorizzazione della Provincia di Benevento alla realizzazione delle rotatorie in sede di esecuzione del contratto, considerando che la sua carenza in fase di presentazione dell'offerta non è assimilabile al "contrasto" delle migliorie con autorizzazioni, pareri, prescrizioni e strumenti di pianificazione urbanistica, territoriale o paesaggistica o con altri vincoli inderogabili menzionati nel paragrafo 4.1 punto d.5 del disciplinare;
- per la stessa ragione di cui appena sopra, in relazione al sesto motivo e come già osservato dal Tar, va esclusa l'inammissibilità della soluzione migliorativa costituita dalla realizzazione di un'area a parcheggio perché situata su un'area estranea all'oggetto dell'intervento senza la dimostrazione della sua disponibilità giuridica, e ulteriormente perché ricadente nella fascia di rispetto fluviale *ex art. 142 comma 1 lett. c) d.lgs. 42/2004* e su strada a servizio del Pip, mentre il rilievo che l'opera aggraverebbe la circolazione stradale è osservazione di carattere meramente assertivo;
- anche quanto al settimo motivo vanno condivise le osservazioni del Tar circa la pertinenza della stima dei costi occorrenti per la realizzazione dell'opera e delle proposte migliorative alla sfera di disponibilità dell'operatore economico, la spettanza alla stazione appaltante della valutazione della congruità dei costi e la non ricorrenza nella fattispecie di una ipotesi di attivazione obbligatoria della verifica di anomalia dell'offerta della contro-interessata, senza l'emersione di evidenze che possano fare ritenere nella fattispecie illogica e irragionevole la scelta della stazione appaltante di non procedere alla verifica facoltativa;
- la piana lettura dell'ottavo motivo, che segnala aspetti di aleatorietà e genericità dell'offerta tecnica della contro-interessata in relazione all'asserita inidoneità delle fonti di alimentazione degli apparati elettrici, fa emergere come la censura sconfini nel merito delle valutazioni discrezionali spettanti alla stazione appaltante, come correttamente rilevato dal Tar, che ha altresì

evidenziato che le soluzioni proposte sono state corredate da schede delle opere e dei prodotti suscettibili di favorire ogni accertamento al riguardo;

- il nono motivo ripropone la censura relativa all'illegittima attribuzione alla contro-interessata del punteggio relativo all'elemento di valutazione n. 4 (gestione della sicurezza e della salute dei lavoratori) per carenza del possesso della certificazione di qualità OHDAS 18001 e per impossibilità di beneficiarne mediante il ricorso all'istituto dell'avvalimento, censura che il Tar ha dichiarato inammissibile per carenza di interesse, non essendo il relativo punteggio sufficiente a colmare il divario del risultato conseguito dalle due offerte e a condurre quindi a un diverso ordine di graduatoria.

La censura è infondata.

L'appellante ipotizza che la contro-interessata abbia fatto ricorso all'avvalimento c.d. "premiale" (in cui cioè il prestito dei requisiti da parte dell'impresa ausiliaria è finalizzato al riconoscimento di un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica, e non, come nell'avvalimento "puro", alla partecipazione alla gara) vietato dalla giurisprudenza.

In realtà, già sotto la vigenza del codice dei contratti di cui al d.lgs. 50/2016 qui applicabile (la questione è ora regolata dall'art. 104 ultimo comma del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 36/2023) questa Sezione del Consiglio di Stato, nel confermare l'impossibilità di fare ricorso a un avvalimento che abbia l'esclusivo scopo di far conseguire all'ausiliata, che non necessita di alcun incremento delle risorse per partecipare alla gara, una migliore valutazione dell'offerta, ha affermato che tale condizione non sussiste quando l'avvalimento interviene, a monte, per integrare un requisito di partecipazione. Si è in particolare osservato che quando il concorrente ricorre all'avvalimento al fine di conseguire requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempla anche le utilità fornite dall'ausiliaria (beni, mezzi, attrezzature, risorse, personale), i termini dell'offerta devono poter essere valutati e apprezzati in quanto tali con l'attribuzione dei relativi punteggi, nella prospettiva di una effettiva messa a

disposizione della stazione appaltante all'esito dell'aggiudicazione e dell'affidamento del contratto (Cons. Stato, V, 17 settembre 2021, n. 6347).

Ed è questa l'evenienza che viene in rilievo nella fattispecie, in cui la controinteressata, come bene illustrato dal Comune, ha fatto ricorso all'avvalimento di tipo c.d. "operativo" per integrare un requisito di partecipazione alla procedura, da cui la correttezza della valutazione, con riguardo alla sua offerta, anche delle competenze, delle risorse e delle capacità trasferite dall'ausiliaria all'ausiliata, ivi compresa la certificazione di cui si discute.

L'appellante non può essere seguita neanche quando afferma, in ogni caso, che la natura del requisito prestato esigeva l'impegno di esecuzione diretta del terzo, condizione che, per la giurisprudenza formatasi sull'art. 89 comma 1 d.lgs. 50/2016, ricorre esclusivamente in relazione ai titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), e alle esperienze professionali ad essi pertinenti (tra tante, Cons. Stato, n. 6347 del 2021, cit.).

24. In definitiva, la fondatezza, nei sensi e nei termini sopra evidenziati, dei primi quattro motivi di appello conduce alla riforma della sentenza impugnata e all'accoglimento del ricorso di primo grado, con annullamento degli atti impugnati, cui consegue l'obbligo dell'Amministrazione di rivalutare l'offerta di Lavori Fluviali s.r.l. quanto alla migliororia costituita dalle rotatorie.

Nulla vi è da statuire sulle ulteriori domande formulate dall'appellante, non emergendo dagli atti di causa che il contratto per cui è causa sia stato stipulato. Le spese di entrambi i gradi del giudizio, ivi comprese quelle per la verifica, in considerazione dell'andamento e dell'esito della controversia, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo accoglie, e, per l'effetto, dispone la riforma della sentenza gravata, l'accoglimento del ricorso di primo grado, l'annullamento degli atti gravati, con obbligo di rivalutazione nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio, ivi comprese quelle per la verifica.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 6 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Anna Bottiglieri**

**IL PRESIDENTE**  
**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

**IL SEGRETARIO**