

N. 06716/2011REG.PROV.COLL.
N. 01815/2011 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 in appello iscritto al numero di registro generale 1815 del 2011, proposto da:

IMPRESA P.C.M. DI DI PAOLO ROSARIO E C. S.N.C., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Guida, con domicilio eletto presso Aldo Pinto in Roma, via G. Ferrari, n. 11;

contro

REGIONE MOLISE, in persona del Presidente della Giunta regionale in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

IMPRESA MELFI COSTRUZIONI S.R.L., in persona del legale

rappresentante in carica, e COMUNITÀ MONTANA SANNIO, in persona del legale rappresentante in carica, entrambe non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. MOLISE – CAMPOBASSO, Sez. I, n. 1519 del 26 novembre 2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI COSTRUZIONE IMPIANTI DI DEPURAZIONE;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Molise;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Pinto, per delega dell'avv. Guida, e l'avvocato dello Stato Angelo Venturini;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comitato Regionale di Controllo della Regione Molise, Sezione di Isernia, con atto prot. 3137/1 – ordinanza n. 3474 del 25 luglio 1995, annullava la deliberazione n. 113 del 2 giugno 1995 della Giunta della Comunità “Sannio” di di Frosolone, avente ad oggetto “Lavori di costruzione impianti di depurazione in agro di: Frosolone e Duronia – Approvazione verbali della commissione giudicatrice”,

ritenendola illegittima in quanto la commissione giudicatrice non aveva stabilito alcun criterio per l'attribuzione dei punteggi e ciò, comportando un'ampia e non giustificata discrezionalità della commissione stessa, inficiava l'atto per eccesso di potere per illogicità e carenza di motivazione.

Con successiva deliberazione n. 139 del 30 agosto 1995 l'amministrazione riassumeva la precedente delibera n. 113 del 2 giugno 1995, rivendicando la piena legittimità dell'operato della commissione giudicatrice.

L'organo di controllo, con atto prot. 4742/1 – ordinanza n. 4588 del 23 ottobre 1995, annullava anche tale seconda deliberazione, ritenendola confermativa della precedente, "...non avendo l'Ente fornito motivi nuovi e diversi da quelli riportati nello stesso atto annullato".

2. Con la sentenza n. 1519 del 26 novembre 2010 il Tribunale amministrativo regionale per il Molise, nella resistenza dell'intimata amministrazione regionale e della controinteressata Impresa Melfi Costruzioni (che aveva spiegato anche ricorso incidentale), ha respinto il ricorso proposto dall'Impresa P.C.M. di Paolo Rosario e C. s.n.c., aggiudicataria dell'appalto ed esecutrice lavori, ormai terminati, per l'annullamento dei ricordati provvedimenti tutori, ritenendo infondati i due articolati motivi di censura sollevati, rubricati rispettivamente, il primo "Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 2° e 3° comma della legge 8 giugno 1990 n. 142, in

relazione alla L.R. del Molise 26.05.1992 n. 15. Difetto di motivazione. Eccesso di potere. Travisamento dei fatti. Sviamento dell'interesse pubblico o della causa tipica" e il secondo "Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 2° e 3° comma della legge 8 giugno 1990 n. 142, in relazione alla L.R. del Molise 26.05.1992 n. 15. Violazione e falsa applicazione dell'art. 29 D. Lgs. 19.12.1991 n. 406, dell'art. 4 R.D. 8.2.1923 n. 422, modificato dal R.D.L. 228.8.1924 n. 1396, dell'art. 40 R.D. 23.05.1924, n. 827 e della Legge n. 109/94 e succ. mod. e int. Eccesso di potere. Illogicità manifesta. Difetto di motivazione".

Secondo il predetto tribunale, la commissione di gara, pur avendo indicato i criteri di cui avrebbe tenuto conto ai fini della valutazione delle offerte, non aveva tuttavia operato in modo tale da consentire la comprensione delle modalità di graduazione in concreto dei punteggi attribuiti, così che sussistevano i vizi riscontrati dall'organo tutorio con il primo provvedimento negativo di controllo; correttamente poi anche la seconda deliberazione dell'ente era stata ritenuta illegittima in quanto confermativa della prima, non essendosi data carico l'amministrazione appaltante di emendare il procedimento dai vizi riscontrati dall'organo di controllo, essendosi limitata a contestare la legittimità dell'intervento tutorio.

3. L'Impresa P.C.M. di Paolo Rosario e C. s.n.c. con rituale e tempestivo atto di appello ha chiesto la riforma di tale sentenza, sostanzialmente riproponendo le censure sollevate in primo grado, a

suo avviso malamente apprezzate, superficialmente esaminate ed erroneamente respinte, con motivazione carente, approssimativa e affatto condivisibile.

Ha resistito al gravame la Regione Molise, senza svolgere alcuna specifica attività difensiva.

4 All'udienza pubblica del 6 dicembre 2010, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. L'appello è infondato alla stregua delle seguenti osservazioni .

5.1. Riproponendo il primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, l'appellante ha ricordato per un verso che gli atti tutori erano stati impugnati perché non contenevano, come prescritto dalla legge, le norme asseritamente violate dall'amministrazione e, per altro verso, perché nell'indicare quale preteso vizio degli atti controllati l'eccesso di potere per illogicità e carenza di motivazione, l'organo tutorio si era surrettiziamente sostituito alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione, dando luogo ad un inammissibile controllo di merito; quanto poi al secondo atto tutorio (ordinanza n. 4588 del 23 ottobre 1995), l'organo di controllo aveva sbrigativamente e superficialmente ritenuto trattarsi di un atto confermativo della prima delibera, già annullata.

Secondo l'appellante, i primi giudici avevano confuso l'oggetto del ricorso, focalizzando la propria attenzione sulla procedura di gara (oggetto delle delibere della comunità montana sottoposte a

controllo) invece che sugli atti tutori impugnati, giungendo così inopinatamente a riconoscere l'illegittimità della prima (che non costituiva oggetto dell'impugnativa) senza svolgere alcun sindacato giurisdizionale proprio sui secondi.

5.1.1. La doglianza è solo parzialmente fondata.

Se deve ammettersi che i primi giudici hanno omesso di pronunciarsi sulla parte della censura sollevata in primo grado, con cui era stata lamentata la violazione da parte dell'organo tutorio dell'art. 46, comma 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, per l'asserita omessa indicazione negli atti impugnati delle norme violate, non rinvenendosi sul punto nella sentenza impugnata alcuna pronuncia, deve pur tuttavia rilevarsi che tale profilo di censura è infondato.

Invero la disposizione (articolo 46, comma 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142) che impone all'organo di controllo di indicare le norme violate è volta a soddisfare il principio fondamentale della motivazione dell'atto di controllo, onde consentire all'amministrazione controllata di ricostruire l'iter logico – giuridico dell'atto di controllo, tanto più nei casi in cui questo sia negativo, al fine di potersi consapevolmente determinare la propria azione amministrativa, adeguandosi al rilievo ovvero emendandolo con un nuovo provvedimento.

Al riguardo la giurisprudenza ha rilevato che nell'espletamento della sua azione di verifica di legittimità degli atti, il Comitato regionale di controllo non esercita un'attività discrezionale, ma vincolata al

riscontro della conformità dell'atto controllato alla normativa che lo regola, così che, ai fini della sufficienza della motivazione dell'atto di controllo, non è necessaria l'esternazione analitica delle ragioni che comportano l'annullamento dell'atto sottoposto a controllo, essendo invece sufficiente che la rilevata illegittimità sia comunque individuabile sul piano sostanziale dal complesso dell'atto, anche ricorrendo ad altre argomentazioni, ivi esplicitamente o implicitamente riportate (C.d.S., sez. V, 28 agosto 2009, n. 5101; sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3345; 5 ottobre 1991, n. 770).

Non può pertanto dubitarsi che siano effettivamente motivati, con riferimento alla ricordata disposizione dell'articolo 46, comma 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, sia il primo atto tutorio (ordinanza n. 3474 del 25 luglio 1995), che ha indicato come vizio del provvedimento controllato di controllo (delibera n. 113 del 2 giugno 1995) l'eccesso di potere, sotto il profilo della illogicità e della carenza di motivazione, sia il secondo (ordinanza n. 4588 del 23 ottobre 1995), che ha indicato come vizio della delibera n. 139 del 30 agosto 1995 gli stessi vizi della precedente, trattandosi di atto confermativo, essendo stati indicate le ragioni della loro illegittimità, così che non sussiste il vizio lamentato.

5.1.2. Per il resto la doglianza articolata con il primo motivo in esame è infondata in quanto, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, dalla lettura della sentenza impugnata si evince che i primi giudici hanno correttamente esercitato la potestas iudicandi di

cui erano stati investiti, verificando la correttezza del potere di controllo esercitato dall'organo tutorio con gli atti impugnati ed in particolare verificando, con riferimento al primo atto di controllo (ordinanza n. 3474 del 25 luglio 1995), se sussistesse il riscontrato vizio di eccesso di potere nell'operato della commissione giudicatrice della procedura di appalto concorso indetta dalla Comunità Montana "Sannio" di Frosolone e, con riferimento al secondo (ordinanza n. 4588 del 23 ottobre 1995), se la nuova delibera adottata dalla predetta Comunità Montana (n. 139 del 30 agosto 1995) avesse natura confermativa della prima (n. 113 del 2 giugno 1995, annullata).

Né del resto è revocabile in dubbio che il controllo preventivo di legittimità affidato ai comitati regionali di controllo concerneva i tre vizi di legittimità, l'incompetenza, la violazione di legge ed anche l'eccesso di potere (nelle sue figure sintomatiche), sicché non può sostenersi, come peraltro timidamente prospettato dall'appellante, che l'organo tutorio non potesse riscontrare il vizio di eccesso di potere, determinandosi altrimenti un'inammissibile intrusione nelle scelte discrezionali e di merito dell'organo di amministrazione attiva: la verifica dell'adeguatezza, della logicità, della non arbitrarietà e della razionalità delle scelte, il loro essere ancorate ad una puntuale e non travisata realtà dei fatti (in cui si sostanzia il vizio di eccesso di potere) costituisce il limite stesso della discrezionalità e non impinge affatto nel merito dell'azione amministrativa.

Escluso quindi che attraverso il riscontro del vizio dell'eccesso di potere l'organo tutorio abbia esercitato un potere (di controllo) eccedente le funzioni attribuitegli dalla legge, invadendo il campo dell'organo di amministrazione attiva, correttamente i primi giudici hanno condotto la loro indagine, sulla base delle censure prospettate, per accertare se la delibera oggetto dell'impugnato atto tutorio fosse affetta dal vizio di eccesso di potere, come appurato dall'organo di controllo, senza che ciò costituisca una "confusione" dell'oggetto dell'impugnativa, come sostenuto dall'appellante.

5.1.3. Ciò posto, la motivazione con cui i primi giudici hanno respinto il ricorso è corretta e condivisibile.

Infatti, sebbene non vi è dubbio che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, in tema di motivazione delle proprie determinazioni da parte della commissione giudicatrice di un appalto concorso, può ritenersi che le valutazioni in ordine all'adeguatezza del progetto dell'opera pubblica, sotto i profili tecnici ed economici, espresse con punteggi corrispondenti ai parametri precostituiti nei criteri generali, non richiedono ulteriore motivazione, nè sono censurabili per illegittimità se non con riferimento a vizi di eccesso di potere (ex multis C.d.S., sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6615; sez. IV, 16 febbraio 1998, n. 300; sez. V, 27 settembre 1996, n. 1173), è stato anche più volte precisato che nella fase di valutazione delle offerte da parte della commissione di gara pubblica, l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica è consentita quando il numero delle

sottovoci, con i relativi punteggi, entro i quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, sia sufficientemente analitico da delimitare il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, rendendo così evidente l'iter logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico, in applicazione di puntuali criteri predeterminati, essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione del punteggio attribuito (C.d.S., sez. III, 11 marzo 2001, n. n. 1583; sez. V, 29 novembre 2005 n. 6759), così che in assenza di sub-criteri o anche di criteri di valutazione sufficientemente dettagliati, la stazione appaltante non deve limitarsi ad attribuire il mero voto numerico, ma indicare in modo espresso le ragioni del giudizio svolto (C.d.S., sez. V, 03 dicembre 2010, n. 8410).

Orbene nel caso di specie, come si ricava dalla lettura della motivazione del primo atto tutorio impugnato (ordinanza n. 3473 del 25 luglio 1995), a fondamento del riscontrato vizio di eccesso di potere è stato evidenziato non già l'assenza degli elementi da valutare ai fini dell'individuazione dell'offerta migliore, quanto piuttosto la mancata attribuzione dei criteri per l'attribuzione dei punteggi da assegnare a tali elementi (1. merito tecnico – economico dell'offerta presentata e delle garanzie offerte dall'impianto, con riferimento alle caratteristiche operative e delle eventuali proposte e modifiche avanzate ed illustrate da ciascuna ditta, al fine di migliorare la funzionalità dell'impianto; 3. completezza degli elaborati tecnici; 4.

incidenza delle opere civili nel complesso dell'opera; 5. tempo di attuazione per dare l'impianto completo, collegato e funzionante; 6. entità delle spese di gestione), punteggi fissati dalla commissione di gara rispettivamente in 60 (1. e 5.), 5 (3.), 5 (4.) e 30 (6.), senza alcuna indicazione di sub – criteri o sub – pesi indispensabili per ricostruire l'iter logico seguito dalla commissione di gara.

Ciò, come puntualmente evidenziato dall'organo tutorio, ha comportato una amplissima discrezionalità dell'operato della commissione (tanto più ingiustificata in quanto la *lex specialis* non indicava neppure i punteggi, ma solo gli elementi di valutazione, così non consentendo ai concorrenti neppure di poter calibrare la propria offerta in relazione al peso effettivamente attribuibile ad ognuno di essi), rendendo peraltro impossibile ricostruire il modo di formazione del punteggio poi attribuito alle offerte in gara.

In tale situazione, a conforto dell'operato della commissione di gara, non è invocabile la discrezionalità tipica della scelta del contraente nella procedura dell'appalto concorso connesso alla valutazione del progetto presentato, atteso che evidentemente la discrezionalità, pur ampia, non può essere slegata da qualsiasi elemento di controllo o di verifica, potendo altrimenti sfociare nell'arbitrarietà.

5.1.4. Correttamente, poi, l'organo tutorio (ordinanza n. 4588 del 23 ottobre 1995) ha qualificato confermativa la successiva delibera n. 139 del 30 agosto 1995, con cui la Comunità Montana ha sostanzialmente riproposto la precedente delibera n. 113 del 2

giugno 1995, annullata con il primo atto tutorio.

Al riguardo è sufficiente osservare che con la nuova ricordata delibera n. 139 del 30 agosto 2005 l'amministrazione ha inteso esprimere un proprio inammissibile, motivo dissenso dall'operato dell'organo di controllo, non previsto dall'ordinamento: l'amministrazione controllata poteva infatti emendare l'atto annullato ovvero recedere dalla propria determinazione, se riteneva di condividere l'atto di controllo, ma in caso negativo poteva solo impugnare tale atto innanzi al giudice amministrativo.

L'aver motivato, sia pur approfonditamente sulle ragioni che, a suo avviso, evidenziavano l'errore di giudizio dell'organo di controllo, non solo non è idoneo a superare i rilievi negativi dell'organo tutorio (costituendo una modalità atipica, non prevista dall'ordinamento), ma soprattutto non comporta affatto alcuna rivalutazione del proprio precedente operato, solo in presenza della quale (e di una conseguente rinnovata istruttoria) si ha un provvedimento nuovo, ontologicamente diverso dal precedente: mancando tali elementi correttamente l'organo di controllo ha ritenuto la nuova deliberazione confermativa della precedente e pertanto affetta dagli stessi vizi che avevano inficiato la prima.

5.2. Le considerazioni svolte sono sufficienti a rendere infondato anche il secondo motivo di gravame, con cui l'appellante ha lamentato l'omesso esame da parte dei primi giudici del secondo motivo di censura sollevato in primo grado, concernente la

correttezza e la legittimità dell'operato della commissione giudicatrice della procedura di gara in questione anche in ragione della peculiarità dell'appalto concorso e della discrezionalità insita nella scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

6. In conclusione alla stregua delle osservazioni svolte l'appello deve essere respinto.

La peculiarità e la risaleza delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dall'Impresa P.C.M. di Di Paolo Rosario e C. s.n.c. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Molise n. 1519 del 26 novembre 2010, lo respinge.

Dichiara interamente compensate tra le parti 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 6 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2011

IL SEGRETARIO

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