

## **La comunicazione di avvenuta aggiudicazione delle gare di appalto e termine per impugnare. La difficile conquista del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni delle commissioni giudicatrici da parte del giudice amministrativo.**

*di Libera Valla*

*Data di pubblicazione: 3-9-2018*

1. Il ricorso in materia di appalti è tempestivo se presentato entro trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva contenente la compiuta motivazione, non potendo ammettersi una lesività ipotetica o virtuale basata sulla conoscenza del solo dispositivo negativo del provvedimento.
2. Negli appalti pubblici la valutazione della Commissione giudicatrice sulle offerte presentate dai partecipanti costituisce espressione di attività tecnico discrezionale, suscettibile di sindacato estrinseco in sede giurisdizionale nei limiti della manifesta irragionevolezza. Mentre può dar luogo eccezionalmente ad un sindacato di tipo intrinseco solo quando venga in rilievo un vizio che attiene alla palese scorrettezza dell'operazione tecnica o, meglio del procedimento tecnico applicativo eseguito .

(1) Conforme TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, n.1, TAR Lazio Roma, sez.V, 5 gennaio 2018, n. 107, Cons. Stato, se. V, 3 febbraio 2016 n.408, Cons. Stato, se. V, 5 febbraio 2018 n.718, Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2012 n.5681; in senso difforme TAR Lazio, sez. I, 20 aprile 2018, n.4407, Cons. Stato sez. V, 23 gennaio 2018, n. 421.

(2) Conforme TAR Puglia Lecce sez.III, 2 ottobre 2017 n. 1557; Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2017, n.99; Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2014, n.3132.

### **Guida alla lettura**

La sentenza ha per oggetto un accordo – quadro per l'affidamento di lavori di manutenzione della pavimentazione stradale di alcuni tronchi della rete stradale della regione Puglia.

Con il ricorso introduttivo la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante in favore della controinteressata deducendo violazioni nell'applicazione di alcuni criteri tecnici indicati nella lettera di invito.

Costituendosi, sia la stazione appaltante che la controinteressata, oltre a richiedere il rigetto del ricorso nel merito contestavano, in via preliminare, la tardività del gravame.

La decisione in esame affronta pertanto due delicati profili in materia di gare di appalto: il contenuto che deve avere la comunicazione di aggiudicazione a cui sono tenute le stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 76 del D.lgs. 50/2016 ai fini della decorrenza del termine di 30 giorni per la sua impugnazione e la portata del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni delle commissioni di gara.

1. Nel rigettare l'eccezione di tardività, il TAR pugliese afferma che per "aggiudicazione" oggetto della comunicazione ex art. 76 del codice dei contratti deve intendersi aggiudicazione "definitiva".

Nella sentenza si precisa, infatti, che a seguito della redazione del verbale delle operazioni di scrutinio di gara, viene a determinarsi solo una "proposta di aggiudicazione" altrimenti detta "aggiudicazione provvisoria" secondo il vecchio lessico; solo con l'aggiudicazione definitiva l'Amministrazione si pronuncia in via definitiva e si produce l'effetto lesivo concreto per il concorrente che partecipi a una procedura di gara pubblica.

A riprova di tale assunto il TAR richiama l'art. 120, co. 2bis, ultima parte, c.p.a. che prevede espressamente l'inammissibilità dell'impugnazione avverso la proposta di aggiudicazione od altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività.

In conformità ad un preciso orientamento giurisprudenziale al quale dichiara di aderire (TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, n.1, TAR Lazio Roma, sez.V, 5 gennaio 2018, n. 107, Cons. Stato, se. V, 3 febbraio 2016 n.408, Cons. Stato, se. V, 5 febbraio 2018 n.718, Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2012 n.5681), il TAR precisa, altresì, che la lesività del provvedimento dell'Amministrazione deve potersi apprezzare solo a seguito della conoscenza della motivazione dello stesso, *"non potendosi ammettere una lesività ipotetica o virtuale basata sulla conoscenza del solo dispositivo negativo del provvedimento"*.

A proposito è possibile osservare che, anche se nel nuovo codice non è stata riprodotta la previgente disciplina contenuta nell'art. 79 del D.Lgs. 163 del 2006 che stabiliva l'obbligo di accompagnare la comunicazione di aggiudicazione dal relativo provvedimento e motivazione (comma 5bis), l'esigenza che la comunicazione sia assistita dalla garanzia di completezza dell'informazione deriva dai principi di matrice comunitaria. La Corte di Giustizia in tal senso ha infatti affermato che *"l'obiettivo di celerità perseguito dalle norme sui ricorsi in materia di pubblici appalti non consente agli stati membri di prescindere dal principio di effettività della tutela processuale, in base al quale le modalità di applicazione dei termini di decadenza nazionali non devono rendere impossibile e eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti spettanti agli interessati in forza del diritto dell'Unione"* (Corte di Giustizia sent. C-406/08).

Tale impostazione è, però, tutt'altro che univoca.

Vi è infatti altro orientamento giurisprudenziale, formatosi nella vigenza dell'art. 79 del D.Lgs. 163/2016 ma ancora valido, in virtù del quale la mancanza, nella comunicazione di aggiudicazione trasmessa dalla stazione appaltante, di elementi sufficienti per formulare censure di legittimità costituisce evenienza di mero fatto che non può essere posta a carico della medesima parte pubblica, ma che invece onera quella privata potenzialmente interessata

di attivarsi per acquisire una compiuta conoscenza degli atti di gara, attraverso gli strumenti che la legge medesima pone a disposizione della stessa (ed in particolare l'accesso previsto dal comma 5-quater del medesimo art. 79), al fine di evitare l'inutile decorso del termine a pena di decadenza per proporre l'impugnazione in sede giurisdizionale (TAR Lazio, sez. I, 20 aprile 2018, n.4407, Cons. Stato sez. V, 23 gennaio 2018, n. 421).

In base a questo diverso orientamento, l'interpretazione che fissa la decorrenza al momento in cui è conosciuto il vizio che in ipotesi inficia l'aggiudicazione, e che pure possa costituire l'unico vizio, renderebbe mutevole e in definitiva incerto il momento in cui gli atti di gara siano divenuti inoppugnabili, e dunque il momento in cui l'esito di questa possa ritenersi consolidato.

Una simile ricostruzione non potrebbe essere accettata, per via dell'elevato tasso di incertezza sulle procedure di affidamento di contratti pubblici che essa produrrebbe, ed a tutela del quale è posto il termine a pena di decadenza per proporre il ricorso giurisdizionale (che è addirittura dimezzato, ex art. 120, comma 2, cod. proc. amm., a conferma delle esigenze di celerità che permeano il settore dei contratti pubblici, pur nel rispetto del diritto di difesa dell'operatore economico).

Anche tale orientamento è sorretto da pronunce della Corte Europea. Con sentenza dell'8 maggio 2014, in causa C-161/13 (Idrodinamica) questa ha infatti affermato che i *“ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni”* (punto 37). Infatti – conferma la Corte di Giustizia (in causa C-161/13 cit.) *“laddove il termine per la proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione fosse fatto decorrere dal momento l'interessato ha ottenuto l'accesso ai documenti (a seguito di propria istanza), ne risulterebbe in concreto inapplicabile (o almeno del tutto incerto) il termine comunitario di ‘standstill’ di cui all'articolo 32, comma 9 del nuovo ‘Codice dei contratti pubblici’”*.

Il contrasto giurisprudenziale sopra riportato, lascia profilare una probabile pronuncia della Adunanza Plenaria.

Nell'attesa non si può non apprezzare la soluzione adottata dal TAR Pugliese che, oltre ad essere conforme al principio di effettività della tutela giurisdizionale di matrice comunitaria, appare senz'altro più attenta ad alle esigenze dei ricorrenti. E' evidente, infatti, che in base all'opposta tesi i partecipanti alle gare di appalto, destinatari di provvedimenti negativi, sarebbero costretti ad proporre costosi ricorsi al “buio” che, a seguito della integrale conoscenza della motivazione, potrebbero risultare o inutili o incompleti con necessità di proporre motivi aggiunti e il pagamento di un ulteriore contributo unificato.

2. Il TAR Pugliese affronta poi il delicato problema del sindacato del Giudice amministrativo sulle valutazioni delle Commissioni di gara.

Il Giudice dà atto che i motivi articolati dal ricorrente, riguardando materie tecnico specialistiche, afferiscono alla discrezionalità tecnica della P.A. e pertanto, in base alla sua

ricostruzione, suscettibili di “*sindacato estrinseco* in sede giurisdizionale nei limiti della manifesta irragionevolezza. Mentre , può dar luogo eccezionalmente ad un *sindacato di tipo intrinseco* solo quando venga in rilievo un vizio che attiene alla palese scorrettezza dell'operazione tecnica o, meglio, del procedimento tecnico applicativo seguito”.

Con tale affermazione il Giudice segue le indicazioni della giurisprudenza che si è occupata di tale argomento (Conforme TAR Puglia Lecce sez.III, 2 ottobre 2017 n. 1557; Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2017, n.99; Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2014, n.3132).

E però la ricostruzione del sindacato del giudice sulle valutazioni della commissione di gara in termini di “*sindacato estrinseco*” sembra non perfettamente conforme ai traguardi raggiunti in generale dalla giurisprudenza in tema di sindacato sulla discrezionalità tecnica.

E' noto che proprio basandosi sulla distinzione tra discrezionalità amministrativa (che oltre al giudizio necessita di una sintesi tra interessi pubblici primari e secondari con cui si determina la scelta più opportuna) e discrezionalità tecnica ( che si concretizza in un giudizio da effettuarsi alla stregua di canoni scientifici e tecnici senza individuazione della scelta in relazione agli interessi da perseguire) la giurisprudenza, a partire dalla storica sentenza del Consiglio di Stato n. 601/ 1999, afferma che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito, come accade per la discrezionalità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo.

Il giudice avrebbe così accesso pieno e diretto al fatto anche quando presenta profili di complessità da un punto di vista tecnico specialistico.

La giurisprudenza successiva prevalente ha però precisato che il controllo intrinseco può condurre a censurare solo le valutazioni tecniche che appaiono inattendibili attraverso un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della determinazione amministrativa senza comportare la sostituzione della valutazione tecnica operata nel processo a quella opinabile effettuata dall'amministrazione.

In base a tale impostazione nell'ambito del medesimo giudizio si stabilisce un rapporto di progressività tra classico sindacato meramente estrinseco sulla discrezionalità tecnica (che non richiede l'intervento della consulenza tecnica) e sindacato intrinseco (che necessita della consulenza).

In altre parole, il sindacato intrinseco sulla discrezionalità tecnica dell'amministrazione opererà solo nel caso in cui il controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'attività amministrativa non sia stato sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato.

Per le valutazioni delle commissioni (di gara e di concorso), pur pacificamente ricondotte ad ipotesi di discrezionalità tecnica, la giurisprudenza, come visto, ha ribadito che, in astratto, sarebbero suscettibili solo di sindacato “*estrinseco sindacabile* nei limiti della manifesta irragionevolezza”.

Nei precedenti richiamati come nella sentenza in esame, però, il giudice sembra sovrapporre i due piani di indagine: non valuta il provvedimento in base ad un esame meramente estrinseco ma giudica il procedimento tecnico applicativo seguito dalla P.A. attraverso l'apprezzamento delle tesi contrapposte secondo il paradigma tipico del sindacato intrinseco (si legge nella sentenza: *“Nella fattispecie portata davanti a questo Collegio, invero, da un lato, sta la valutazione tecnica formulata dall’Amministrazione aggiudicatrice e, nella stessa posizione, quella argomentata dalla impresa contro-interessata aggiudicataria, che propendono per la piena correttezza dalle valutazioni effettuate e puntano alla conservazione del provvedimento di aggiudicazione. Dall’altro lato, è la tesi formulata dalla ricorrente, che invece sostiene la scorrettezza delle operazioni valutative complessive poste in essere dalla Amministrazione”* e ancora *“Tanta, invero, manifesta illogicità, irrazionalità, arbitarietà, ovvero palese e manifesto travisamento dei fatti, non è però possibile evincere nel caso di specie, avendo l’Anas s.p.a. negli atti e nella difesa meglio illustrativa degli atti di gara consentito di superare le obiezioni mosse al proprio operato dalla ricorrente. Difatti, ha spiegato l’Amministrazione che l’offerta della Costituendo R.T.I. Nuzzaci Strade s.r.l.u. non è stata recepita in modo letterale ed acritico dalla Commissione di gara, ma è stata dalla stessa saggiata, onde evincerne il contenuto reale, alla luce dei parametri di valutazione posti dal bando di gara ed atti allegati, approfondendo la propria valutazione in ordine alla produttività reale dei macchinari Odedotti nella offerta tecnica”*).

Sembra che il giudice non si sia accontentato di constatare l’assenza di irrazionalità in base al contenuto estrinseco dell’atto ma la abbia ricavata dal confronto delle due tesi e dalle spiegazioni della P.A. cosicché l’assenza di irragionevolezza, non più “manifesta”, forse, avrebbe potuto meglio essere vagliata con l’assistenza di un consulente tecnico.

Tale lettura, se ritenuta corretta, dimostra la difficoltà del Giudice amministrativo di conquistare il “fatto” attraverso il sindacato giurisdizionale degli atti espressione di discrezionalità tecnica.

Del resto il percorso in tale direzione è stato intrapreso in epoche relativamente recenti: solo a seguito dell’introduzione, a partire dal 2000, della consulenza tecnica nel processo amministrativo, infatti, al Giudice amministrativo è stata data la possibilità di valutare la correttezza intrinseca dei giudizi tecnici.

Dopo oltre un secolo di giudizi di legittimità, sotto la spinta del nuovo modo di intendere il giudizio amministrativo sempre più orientato a vagliare il rapporto piuttosto che il solo provvedimento, il Giudice amministrativo è investito del difficile compito di ridisegnare l’ambito della sua giurisdizione in direzione del “fatto” senza sconfinare nel potere riservato alla pubblica amministrazione.

Eppure, in materia di appalti, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni delle commissioni di gara ricopre un ruolo particolarmente importante, soprattutto a seguito dell’introduzione del rito c.d. super accelerato.

E’ noto infatti che l’art. 120 co.2bis del c.p.a. il legislatore, al pari di quanto previsto dall’art.52 del codice dei contratti francese, ha infatti, inteso fissare la natura bifasica delle gare di appalto, distinguendo tra una prima fase in cui si cerca la sicurezza giuridica dei

requisiti dei protagonisti della gara e l'altra intesa a selezionare l'offerta migliore.

In tale ottica è allora evidente che il controllo sulla fase relativa al contenuto dell'offerta sarebbe fortemente depotenziato se si impedisse al giudice di svolgere, in via generale e non eccezionale un sindacato intrinseco (anche se non sostitutivo) volto a valutare la correttezza delle operazioni tecniche svolte e del relativo procedimento applicativo da parte delle commissioni giudicatrici avvalendosi delle competenze specifiche di consulenti tecnici.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 121 del 2018, proposto dalla Costituendo R.T.I. Nuzzaci Strade s.r.l., a socio unico, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dal prof. avv. Enrico Follieri e dall'avv. Ilde Follieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabrizio Lofoco in Bari, alla via P. Fiore n. 14;

***contro***

Anas s.p.a, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Roberta Anna Ninni, Costanzo Cascavilla e Monica Ortolano, con uffici presso l'Anas s.p.a. in Bari, al viale Luigi Einaudi n. 15 e con domicilio eletto presso propri domicili digitali;

***nei confronti***

Consorzio Stabile Edilstrade Salento s.c.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Roberto Fersini e Marcello Marcuccio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marcello Marcuccio in Lecce, al viale Otranto n.117;  
Leandri s.r.l. e Co.Ce.Mer. s.p.a. non costituite in giudizio;

***per l'annullamento***

- del provvedimento dell'Anas S.p.A. del 20.12.2017, prot. n. CDG-0647863-P, del Presidente, trasmesso alla ricorrente con comunicazione del 22.12.2017, prot. n. 0653615, dal Responsabile dell'Unità appalti di lavori, di aggiudicazione, in favore del Consorzio Stabile

Salento s.c.r.l., della procedura ristretta indetta dall'Anas s.p.a., avente ad oggetto "Accordo quadro triennale per l'esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione delle tratte gestite da Anas S.p.A.- Area Sud-Lotto 1 Puglia-CIG:675502814";

- del verbale della IV seduta pubblica del 18.12.2017, rep. n. 8971, della Commissione di gara contenente la proposta di aggiudicazione in favore del Consorzio controinteressato;

- di tutti i verbali delle operazioni compiute dalla Commissione di gara per la valutazione delle offerte tecniche anche con particolare riferimento a quelli delle sedute riservate, e cioè del verbale della seduta pubblica n. 4, rep. n. 8539 del 13.07.2017 di apertura delle offerte tecniche, dei verbali delle sedute riservate del 22.09.2017, rep. n. 8734, 28.9.2017, rep. n. 8748, 29.9.2017, rep. n. 8754; 4.10.2017, rep. n. 8760, e 5.10.2017, rep. n. 8772;

- del verbale della III seduta pubblica del 17.11.2017, rep. n. 8888, della Commissione di gara contenente la tabella dei risultati della valutazione delle offerte tecniche e le operazioni di apertura delle offerte economiche;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto tra intervenuto tra l'Anas s.p.a. ed il Consorzio Stabile Edilstrade Salento S.c.r.l. se, nelle more, sottoscritto;

ed il subentro nel medesimo contratto del costituendo R.T.I. tra Nuzzaci Strade s.r.l.u., Pasquale Alò s.r.l., S.I.P.A. s.p.a., C.B.M.C. s.r.l., CO.BIT. s.r.l. e Gubela s.p.a., in persona dell'Impresa Capogruppo Nuzzaci Strade s.r.l.u.;

e, in subordine, laddove si ritenesse impossibile il subentro nel contratto per la condanna dell'Anas s.p.a. al risarcimento dei danni in favore del costituendo raggruppamento ricorrente nella misura che verrà quantificata, laddove fosse necessario, in corso di causa.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Stabile Edilstrade Salento s.c.r.l. e di Anas s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2018 il dott. Lorenzo Ieva e uditi per le parti i difensori prof. avv. Enrico Follieri, avv. Monica Ortolano e avv.ti Marcello Marcuccio e Roberto Fersini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

L'Anas S.p.A. ha indetto una procedura ristretta, ai sensi dell'art. 61 del d.lgs. 50 del 2016

s.m.i., con codice gara DG 49/16 (codice CUP F57H16000580001; codice CIG 6735502814) per la sottoscrizione di un “*Accordo quadro triennale per l’esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione stradale delle tratte gestite dall’ANAS-Area Sud. Lotto 1 nella Regione Puglia*”, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 95 del citato decreto.

Tra gli altri, presentavano domanda di partecipazione il costituendo R.T.I. Nuzzaci Strade s.r.l. a unico socio (ricorrente) e il Consorzio Stabile Edilstrade Salento s.c.r.l. (controinteressato).

La Commissione di gara procedeva alla valutazione delle *offerte tecniche*, secondo i parametri indicati nella lettera di invito, attribuendo i relativi punteggi. Conclusa la fase valutativa delle offerte tecniche, si passava all’apertura delle *offerte economiche* nella successiva seduta di gara. Veniva quindi stilata la graduatoria finale che vedeva, al primo posto, il Consorzio Stabile Edilstrade Salento s.c.r.l. e, al secondo posto, il costituendo raggruppamento Nuzzaci Strade s.r.l.u., con uno scarto minimo tra le due posizioni.

L’Anas s.p.a., con determina del Presidente del 20.12.2017, disponeva quindi l’aggiudicazione in favore della Edilstrade Salento, risultata prima classificata.

Proponeva ricorso il costituendo R.T.I. Nuzzaci s.r.l.u., secondo classificata, deducendo violazioni nell’applicazione in particolare dei criteri di cui ai punti B1) e B2) della lettera di invito.

Si costituiva, resistendo, l’Anas. s.p.a. e l’aggiudicatario Consorzio stabile Edilstrade Salento s.c.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso e, in via preliminare, dichiararsi la tardività del gravame.

Tutte le parti illustravano e replicavano, con ampie memorie e documentazione, dal contenuto meramente tecnico, superando il principio della chiarezza e sinteticità degli atti per quanto necessario ed utile.

All’udienza camerale del 6.2.2018, veniva dato atto della rinuncia alla istanza di sospensiva.

All’udienza pubblica del 22.5.2018, la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- In via preliminare, va respinta l’eccezione di tardività del gravame.

Come bene illustrato dal ricorrente, il ricorso è stato proposto in data 22.1.2018 entro il termine di 30 giorni, computati come per legge, dalla comunicazione dell’aggiudicazione definitiva trasmessa il 22 dicembre 2017, disposta con determinazione del Presidente dell’Anas. s.p.a. del 20.12.2017, tanto in precisa applicazione dell’art. 33, co. 1, d.lgs n. 50 del 2016 s.m.i., secondo l’interpretazione giurisprudenziale alla quale il Collegio ritiene di aderire (in tal senso, cfr.: T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5 gennaio 2018 n. 107; Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2016 n. 408; Cons.St., sez. V, 8 novembre 2012 n. 5681).

Invero, a seguito della redazione del verbale delle operazioni di scrutinio di gara, viene a determinarsi solo una “*proposta di aggiudicazione*” (nel caso in esame datata 18.12.2017), altrimenti detta “*aggiudicazione provvisoria*” secondo il vecchio lessico; soltanto con la “*aggiudicazione definitiva*” (nel caso di specie datata 20.12.2017) viene a determinarsi, in modo definitivo, l’Amministrazione ed è solo dalla comunicazione di questo atto (nella controversia di che trattasi avvenuta in data 22.12.2017), se contenente la compiuta motivazione, che scaturisce l’effetto lesivo concreto per il concorrente, che partecipi ad una procedura di gara pubblica. A riprova, l’art. 120, co. 2-*bis*, ultima parte, c.p.a. prevede l’inammissibilità dell’impugnazione proposta avverso la proposta di aggiudicazione od altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività.

Va, inoltre, chiarito che la lesività del provvedimento dell’Amministrazione deve potersi apprezzare, solo a seguito della conoscenza della motivazione dello stesso, non potendo ammettersi una lesività ipotetica o virtuale basata sulla conoscenza del solo “dispositivo” negativo del provvedimento, ma dovendo essere le motivazioni del *decisum* dell’Amministrazione comunicate ai concorrenti non aggiudicatari, oppure essere comunque chiaramente conoscibili e percepibili, onde consentire di poter apprezzare la utilità e quindi l’interesse personale, diretto e concreto a presentare ricorso.

2.- Nel merito, il ricorso è infondato e va respinto.

Premesso che i due criteri di valutazione contestati sono rispettivamente:

*B1) Produzione minima giornaliera (P.M.G.)*, concernente la produzione giornaliera sostenibile dall’offerente con riferimento alla manodopera e, in particolare, ai macchinari a disposizione, ed alla struttura organizzativa, tutto da descriversi in apposita relazione tecnica, sottoposta poi al vaglio della Commissione esaminatrice;

*B2) Numero massimo dei contratti attuativi gestibili contemporaneamente*, relativamente alla capacità tecnica ed imprenditoriale del concorrente di condurre la gestione contemporanea di più contratti attuativi e quindi di più cantieri nell’ambito dell’accordo quadro.

La ricorrente contesta l’applicazione fatta dalla Commissione dei predetti due criteri, che afferiscono invero a materia tecnico-specialistica e meccanico-ingegneristica di tipo complesso, deducendo in particolare una erronea considerazione della offerta fatta dalla ricorrente, che avrebbe pregiudicato il buon esito della gara.

Invero, va detto che costituisce oramai *jus receptum* che la cd. discrezionalità tecnica, di cui faccia uso l’Amministrazione nella propria attività, sia cosa ben diversa dalla discrezionalità amministrativa. La discrezionalità tecnica si sostanzia nell’effettuazione di due operazioni logiche fondamentali, distinguibili in due momenti concettuali ed operativi distinti. Nel cd. *primo momento*, che riguarda la scelta corretta del parametro tecnico-specialistico da applicare, l’Amministrazione individua la regola tecnica; mentre, nel cd. *secondo momento*, che concerne l’attività di applicazione corretta del criterio scelto alla fattispecie concreta, l’Amministrazione procede ad un’attività pratica di valutazione, che però deve restare immune da vizi procedurali.

Orbene, il ricorrente, con una pluralità di argomentazioni tecniche, contesta il cd. secondo momento, ossia l'attività svolta dalla Commissione di gara nell'applicazione dei criteri tecnici predefiniti nel bando per la valutazione delle offerte dei concorrenti, che avrebbe danneggiato il ricorrente e amplificata la posizione dell'aggiudicatario.

Replicano in tema sia l'Amministrazione appaltante che la società aggiudicataria, opponendo una altrettanto serie complessa di considerazioni tecniche, volte a confutare nel merito tecnico intrinseco quanto dedotto dal ricorrente.

Pur tuttavia, stando ai verbali di gara, non emerge *ictu oculi* alcun vizio logico-giuridico in ordine alla valutazione tecnica effettuata dall'Amministrazione, venendo in evidenza, in concreto, due tesi valutative tecniche contrapposte.

Va considerato che, nelle procedure di gara pubblica, secondo la giurisprudenza prevalente (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 2 ottobre 2017 n. 1557; Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2017 n. 99; Cons. St., sez. V, 23 giugno 2014 n. 3132), la valutazione resa dalla Commissione aggiudicatrice sulle offerte presentate dai partecipanti costituisce l'espressione di un'attività tecnico-discrezionale, suscettibile di sindacato *estrinseco* in sede giurisdizionale nei limiti della manifesta irragionevolezza. Mentre, può dar luogo eccezionalmente ad un sindacato di tipo *intrinseco* solo quando venga in rilievo un vizio, che attiene alla palese scorrettezza dell'operazione tecnica o, meglio, del procedimento tecnico-applicativo eseguito (così Cons. St., sez. IV, 10 marzo 2014 n. 1085).

Nella fattispecie portata davanti a questo Collegio, invero, da un lato, sta la valutazione tecnica formulata dall'Amministrazione aggiudicatrice e, nella stessa posizione, quella argomentata dalla impresa contro-interessata aggiudicataria, che propendono per la piena correttezza dalle valutazioni effettuate e puntano alla conservazione del provvedimento di aggiudicazione. Dall'altro lato, è la tesi formulata dalla ricorrente, che invece sostiene la scorrettezza delle operazioni valutative complessive poste in essere dalla Amministrazione.

*Rebus sic stantibus*, deve affermarsi la principale regola di diritto amministrativo che vuole, a fronte del potere discrezionale della amministrazione pubblica, seppure di indole tecnico-specialistica, che non sia possibile operare una "sostituzione" della valutazione tecnica del *soggetto privato*, alla valutazione tecnica effettuata dal *soggetto pubblico*, che amministra la cosa pubblica nell'interesse della collettività, tanto più nell'ipotesi della realizzazione di opere o lavori pubblici, che esigono massima celerità di realizzazione.

Difatti – come detto – le valutazioni operate dalle commissioni di gara sulle offerte tecniche delle imprese concorrenti, in quanto espressione di specifica discrezionalità tecnica complessa, sono sottoposte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, nei limiti in cui siano adottati e soprattutto dimostrati vizi di manifesta illogicità, irrazionalità, arbitrarietà, ovvero vizi fondati su un palese e manifesto travisamento dei fatti, o vengano in rilievo specifiche censure circa la non plausibilità dei criteri valutativi o inerenti la loro applicazione concreta (Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2016 n. 120).

Tanta, invero, manifesta illogicità, irrazionalità, arbitrarietà, ovvero palese e manifesto

travisamento dei fatti, non è però possibile evincere nel caso di specie, avendo l'Anas s.p.a. negli atti e nella difesa meglio illustrativa degli atti di gara consentito di superare le obiezioni mosse al proprio operato dalla ricorrente. Difatti, ha spiegato l'Amministrazione che l'offerta della Costituendo R.T.I. Nuzzaci Strade s.r.l.u. non è stata recepita in modo letterale ed acritico dalla Commissione di gara, ma è stata dalla stessa saggiata, onde evincerne il contenuto reale, alla luce dei parametri di valutazione posti dal bando di gara ed atti allegati, approfondendo la propria valutazione in ordine alla produttività reale dei macchinari dedotti nella offerta tecnica.

Peraltro, nel caso di specie, connotato da un differenziale di punteggio minimo, quasi paritario, la P.A. ha inteso operare la propria scelta, motivando, sicché non pare possibile operare una "sostituzione" della valutazione tecnico-discrezionale operata dall'Amministrazione, in assenza di giudizi valutativi connotati, come già detto, da una manifesta irragionevolezza.

3.- Considerata la complessità dei motivi esposti le spese vanno compensate, ai sensi dell'art. 26, co. 1, c.p.a., salvo l'onere del pagamento del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, co. 6 *bis*, del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, sez. II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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