

N. 05375/2014REG.PROV.COLL.
N. 02211/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2211 del 2012, proposto da:
Alpin s.r.l., in proprio e quale capogruppo della costituenda A.T.I.
con Barone Costruzioni s.r.l., Cosbau s.p.a. (oggi Sicurbau s.r.l.), CAR
Segnaletica Stradale s.r.l. (e con i progettisti indicati ROCKSOIL
s.p.a., SCF Engineering s.r.l., Studio Tecnico Ing. Massimo
Majoiwiecki, T.E.CN.I.C. Consulting Engineers s.p.a. ed Estia s.r.l.),
in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dall'avv. Roberto Prozzo, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avvocato Cristina Della Valle, in Roma, via Merulana, n. 234;

contro

la Provincia di Avellino, in persona del Presidente pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Galietta e Oscar
Mercolino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato
Gianluigi Cassandra, in Roma, via Gallia, n. 86;

nei confronti di

Preve Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandra Giovannetti, Claudio Piacentini e Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo Studio Tosetto, Weigmann e Associati, in Roma, via Bissolati, n. 76;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania - Sezione Staccata di Salerno, Sezione II, n. 2028/2011, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento dei provvedimenti della Provincia di Avellino di aggiudicazione alla società Preve Costruzioni s.p.a. della gara per l'affidamento dei lavori di progettazione esecutiva e di costruzione della strada denominata Manna-Svincolo Ariano.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Avellino e della Preve Costruzioni s.p.a.;

Vista la memoria prodotta dalla parte appellante a sostegno delle proprie difese;

Vista la propria ordinanza 18 aprile 2014, n. 1508;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2014 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Michela Reggio d'Aci, su delega dell'avv. Roberto Prozzo, Gennaro Galietta e Lorenzo Lentini;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso al T.A.R. Campania, Salerno, la Alpin s.r.l., seconda classificata nella gara per l'affidamento dei lavori di progettazione esecutiva e di costruzione della strada denominata Manna-Svincolo Ariano, ha impugnato il provvedimento di ammissione a gara e/o della mancata esclusione dalla gara della aggiudicataria Preve Costruzioni s.p.a., i verbali della commissione di gara, i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, il bando ed il disciplinare di gara (nella parte in cui prevedevano che l'attribuzione del punteggio per l'offerta tempo non sarebbe stata effettuata con criterio di proporzionalità); inoltre ha chiesto l'adozione, in caso di stipula del contratto, dei provvedimenti di cui all'art. 245-bis del d. lgs. n. 163 del 2006 (artt. 121 e ss. del c.p.a.). La Preve Costruzioni s.p.a. ha a sua volta proposto ricorso incidentale per l'annullamento della determinazione del Dirigente dei Lavori Pubblici n. 290 del 30.01.2011, di approvazione degli atti di gara e dell'aggiudicazione provvisoria, nella parte in cui non ha disposto l'esclusione dell'Alpin s.r.l., nonché dei verbali di gara, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione di detta società dalla procedura selettiva; inoltre, in via subordinata, per l'annullamento di tutti gli atti di gara (in particolare della determinazione a contrarre n. 533 del 4.12.2009, del bando, della sua rettifica, del disciplinare e di tutti i verbali), con conseguente declaratoria dell'obbligo della Provincia di Avellino di celebrare nuovamente l'intera procedura di gara.

2.- Detto T.A.R., con la sentenza in epigrafe indicata, ha respinto il

ricorso principale, senza pronunciarsi sul ricorso incidentale.

3.- Con il ricorso in appello in esame la Alpin s.r.l. ha chiesto la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

a) Il primo giudice ha erroneamente disatteso la censura con la quale era stato dedotto che la Preve Costruzioni s.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara (in quanto la polizza provvisoria da essa presentata non sarebbe stata sottoscritta da soggetto autorizzato al rilascio di polizze per l'ammontare di quello richiesto) nell'assunto che il disciplinare di gara non prevedeva l'obbligo di documentazione dei poteri di firma e che la stazione appaltante (s.a.), se avesse avuto dubbi sulla efficacia della polizza, avrebbe dovuto effettuare una verifica al riguardo secondo le modalità indicate nella polizza stessa.

b) Il T.A.R. ha erroneamente respinto le censure con cui era stata dedotta l'illegittimità della clausola del bando di gara nella parte in cui – in violazione del principio di proporzionalità – prevedeva, ai fini dell'attribuzione del punteggio al "*tempo di esecuzione*", l'assegnazione del punteggio massimo non all'offerta con il maggiore ribasso temporale, ma all'offerta media tra tutte quelle presentate, nonché alle offerte superiori alla predetta media.

4.- Con atto depositato il 13.4.2012 si è costituita in giudizio la Provincia di Avellino, che ha dedotto l'infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

5.- Con memoria depositata il 13.4.2012 si è costituita in giudizio la Preve Costruzioni s.p.a., che ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, del c.p.a., i seguenti motivi di ricorso incidentale non

esaminati dal T.A.R.:

a) Violazione di legge (art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006), del punto III.2 del bando di gara e del punto 5, lett. B.4 del disciplinare, avendo la ricorrente principale reso la dichiarazione di possesso dei requisiti riferita alla data del primo giorno di pubblicazione del bando;

b) Violazione di legge (art. 40 del d. lgs. n. 163 del 2006), violazione della *lex specialis* di gara, eccesso di potere (difetto del presupposto, arbitrarietà ed iniquità), violazione del giusto procedimento e dei principi di *par condicio* ed imparzialità, in quanto nel corso della procedura di gara, la SOA di una mandante era venuta a scadenza e, seppur rinnovata, sussisteva soluzione di continuità tra la scadenza della prima SOA e l'attivazione della seconda;

c) Violazione di legge (art. 37, comma 7, del d. lgs. n. 163 del 2006), violazione del principio di esatta e necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione all'ATI e quote di esecuzione dei lavori; omessa indicazione delle quote di partecipazione delle singole imprese al costituendo raggruppamento temporaneo;

d) Violazione di legge (art. 118 del d. lgs. n. 163 del 2006), violazione della *lex specialis* di gara, eccesso di potere (difetto del presupposto, arbitrarietà ed iniquità), violazione del giusto procedimento e dei principi di *par condicio* ed imparzialità: per contraddittorietà in ordine alle dichiarazioni in merito al subappalto dei lavori di cui alle categorie OG11, OS11 e OS12 (scorporabili, subappaltabili ed a qualificazione obbligatoria), con particolare riferimento alla circostanza che, invece,

era obbligatoria da parte della Alpin s.r.l. e della Barone Costruzioni s.r.l. la previsione del subappalto di tali categorie;

e) Violazione di legge (art. 37 del d. lgs. n. 163 del 2006) e del principio di necessaria corrispondenza tra quota di partecipazione all'ATI e quota di qualificazione: la mandante Estia s.r.l. del costituendo raggruppamento di professionisti designati per le progettazioni era priva di alcun requisito professionale e, pertanto, non poteva validamente partecipare all'ATI, in distonia con l'art. 37 del d. lgs. n. 163 del 2006.

f) in via subordinata è stato dedotto interesse strumentale alla riedizione della gara nel caso di accoglimento del motivo di ricorso principale afferente la presunta illegittimità della formula per la determinazione del punteggio da attribuire all'offerta sul tempo di esecuzione.

La Preve Costruzioni s.p.a. ha inoltre dedotto l'infondatezza del primo motivo d'appello, ha eccepito l'inammissibilità del secondo motivo (essendo gli effetti della formula contestata conoscibili sin dal momento di pubblicazione della *lex specialis*, cui è stata prestata acquiescenza) e ne ha dedotto comunque l'infondatezza. Ha quindi concluso per la declaratoria di irricevibilità, o di inammissibilità o di improcedibilità dell'appello, ovvero per la sua reiezione.

6.- Con ordinanza 18 aprile 2014, n. 1508 la Sezione ha respinto la istanza di sospensione della sentenza impugnata.

7.- Con memoria depositata l'8.6.2014 la appellante Alpin s.r.l., premesso che il contratto con Preve Costruzioni s.p.a. è stato risolto,

che la Provincia ha deciso di scorrere la graduatoria ex art. 140 del d. lgs. n. 163 del 2006 e che detta società ha impugnato giurisdizionalmente il relativo provvedimento, ha dedotto la persistenza dell'interesse all'accoglimento dell'appello (nell'assunto che l'accoglimento del gravame le consentirebbe di realizzare le opere secondo il proprio progetto e farebbe cessare la materia del contendere sul ricorso proposto dalla Preve Costruzioni s.p.a. contro il provvedimento di risoluzione) ed ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste. Ha inoltre dedotto l'infondatezza di tutti i motivi di appello incidentale.

8.- Alla pubblica udienza del 24.6.2014 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

9.- Ritiene innanzi tutto la Sezione di dover valutare la procedibilità dell'appello alla luce delle deduzioni della appellante Alpin s.r.l., che, con memoria depositata l'8.6.2014, ha evidenziato che il contratto con Preve Costruzioni s.p.a. è stato risolto con determinazione n. 3976 del 10.12.2013 dalla Provincia di Avellino, che, successivamente, ha deciso di scorrere la graduatoria, ex art. 140 del d. lgs. n. 163 del 2006, con determinazione n. 405 del 20.2.2014, che la società interessata ha impugnato giurisdizionalmente.

Va osservato in proposito che nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere, costituendo una condizione dell'azione e consistendo nell'utilità concreta ed attuale ritraibile dall'azione, deve essere sussistente per tutta la durata del processo; pertanto la declaratoria di

improcedibilità può essere pronunciata solo al sopravvenire di una situazione di fatto o di diritto che comunque muta radicalmente la situazione esistente al momento della proposizione del ricorso e che sia tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, per aver fatto venir meno per il ricorrente o per l'appellante qualsiasi residua utilità della pronuncia sulla domanda azionata, anche soltanto strumentale o morale.

Nel caso che occupa l'evento rappresentato dalla parte appellante non appare idoneo a comportare l'improcedibilità del gravame, residuando l'interesse di detta parte al riconoscimento, anche sotto il profilo morale, del suo diritto all'aggiudicazione della gara di cui trattasi in suo favore ed inoltre, come da essa affermato, alla realizzazione delle opere secondo il proprio progetto. Va considerato, inoltre, che, come dichiarato anche dall'appellante, la Preve Costruzioni s.p.a. ha impugnato al T.A.R. il detto provvedimento di risoluzione.

10.- In secondo luogo il Collegio procede ad esaminare prioritariamente l'appello principale, per ragioni di economia processuale, risultando lo stesso manifestamente infondato.

10.- Con il primo motivo d'appello principale la Alpin s.r.l. ha dedotto che il disciplinare di gara, in conformità all'art. 75 del d. lgs. n. 163 del 2006 e all'art. 54 della l.r. Campania n. 3 del 2007, prevedeva l'onere di presentazione, da parte dei concorrenti, della cauzione provvisoria e della dichiarazione di impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'art. 113 di detto d. lgs. (cioè la cauzione definitiva), a pena di esclusione.

La Preve Costruzioni s.p.a. ha presentato la polizza fideiussoria della Arca Assicurazioni per un importo di € 279.641,66, - contenente anche l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva - a firma della signora Chiara Renno, procuratrice della società per procura del Notaio Vincenzo Quarantino di Verona del 7.2.2007, allegata alla polizza presentata e da cui risulta che essa era abilitata a sottoscrivere polizze fideiussorie *“per rischi con limite massimo di somma assicurata pari ad € 150.000,00”*, con la precisazione che *“per tutti i rischi o per quei contratti i cui capitali assicurati eccedano i limiti di somma massima sopra assicurata... è espressamente escluso qualsivoglia potere di sottoscrizione dell'agente, restando lo stesso riservato alla società”*.

Quindi non sarebbe stata valida né la polizza rilasciata a titolo di cauzione provvisoria, né la dichiarazione di impegno a rilasciare la cauzione definitiva per un importo pari ad un importo pari almeno al 5% dell'importo base di gara, quindi circa un milione e quattrocentomila euro, perché sottoscritta da soggetto privo del relativo potere.

La dichiarazione di impegno a rilasciare la cauzione definitiva non sarebbe infatti valida, se non è rilasciata da soggetto titolare del relativo potere per essere abilitato a sottoscrivere polizze di importo inferiore a quello da garantire.

Sarebbe irrilevante l'assunto del T.A.R. che il disciplinare di gara non poneva a carico dei concorrenti l'onere di documentare il potere di firma e che, nel caso, la stazione appaltante avrebbe dovuto compiere una verifica secondo le modalità indicate nella polizza, perché l'agente

aveva allegato ad essa una appendice con la dichiarazione che il suo potere di emettere fideiussioni era limitato all'importo di € 150.000,00, indicato nella allegata procura, sicché, anche se il bando non prevedeva l'obbligo di documentazione dei poteri di firma, la s.a. non avrebbe potuto fare a meno di rilevare la sopra evidenziata circostanza, senza onere di compimento di alcuna verifica al riguardo. Non sarebbe condivisibile l'assunto del primo giudice che, con riguardo alla lettera datata 2 marzo 2010 (depositata dalla difesa della Preve Costruzioni s.p.a. e da cui risulterebbe che la società ARCA avrebbe autorizzato la propria agente a sottoscrivere la polizza *de qua*), ha affermato che per effetto di tale atto l'agente poteva sottoscrivere la polizza e che la contestazione della genuinità del documento da parte dell'attuale appellante (perché non prodotto in sede di gara e palesemente redatto ex post) non fosse apprezzabile, non sussistendo elementi per ritenere provata la circostanza, in assenza di prove precise e concordanti circa la posteriorità del documento rispetto alla sottoscrizione della polizza. Ciò in quanto l'agente aveva sottoscritto la polizza allegando una dichiarazione sostitutiva in cui attestava che i relativi poteri le erano stati attribuiti con procura notarile e non con detta nota del 2 marzo 2010, sicché nessun valore potrebbe essere a questa attribuito, atteso che, per esercitare i poteri di rappresentanza, non è sufficiente esserne muniti, dovendo essi anche essere spesi; quanto alla affermazione contenuta nella lettera, datata 2 marzo, che la polizza era stata già emessa, firmata dal dirigente procuratore e spedita a mezzo corriere e che vi era assoluta urgenza stante

l'imminenza dei termini, deduce l'appellante che essa faceva riferimento al numero della polizza emessa in data 3 marzo, che non sussisteva l'asserita urgenza e che non è stata fornita la prova della effettiva spedizione del plico e del ritardo nella sua consegna.

Infine sarebbe fuori luogo il riferimento contenuto in sentenza al disposto dell'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006, atteso che la s.a. non aveva chiesto alcuna integrazione, né la Preve Costruzioni s.p.a. ha proposto ricorso incidentale lamentando il mancato esercizio dei poteri ivi previsti; inoltre non vi erano certificati, documenti e dichiarazioni da completare, né doveva esserne chiarito il contenuto, né si verteva in materia di irregolarità formali, in quanto risultava dalla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà l'assenza dei poteri dell'agente; inoltre non era applicabile l'art. 46, comma 1 bis, del d. lgs. n. 163 del 2006, essendo stata la gara bandita prima dell'entrata in vigore della riforma.

10.1.- Osserva in proposito la Sezione in primo luogo che la *lex specialis* non prevedeva l'obbligo di produrre a pena di esclusione documentazione comprovante la capacità dei procuratori sottoscrittori delle polizze di sottoscriverle ed impegnare le Compagnie di assicurazione per le somme ivi indicate, sicché la Commissione di gara non avrebbe comunque potuto escludere la Preve Costruzioni s.p.a. per la circostanza dedotta dall'attuale appellante, pur risultante agli atti di gara, essendo la polizza in questione conforme per durata ed importo a quanto previsto ed essendo stata prodotta secondo le indicazioni contenute nella

normativa di gara.

Tanto esclude la rilevanza della tesi dell'appellante che, anche se il bando non prevedeva l'obbligo di documentazione dei poteri di firma, la Commissione di gara non avrebbe potuto fare a meno di rilevare la sopra evidenziata circostanza, in quanto essa era vincolata alle disposizioni della *lex specialis*, che non prevedeva tale verifica.

In secondo luogo considera il Collegio che, comunque, risulta da nota datata 2 marzo 2010, prodotta in atti, che la ARCA Assicurazioni s.p.a. aveva approvato l'emissione della polizza fideiussoria per cauzione provvisoria n. T11700012865 richiesta dalla Preve Costruzioni s.p.a. per l'ammontare di € 279.641,66, relativa alla gara d'appalto indetta dalla Provincia di Avellino; inoltre che la polizza era stata autorizzata ed emessa dalla Compagnia, firmata dal Dirigente procuratore Umberto Biselli e spedita alla signora Chiara Renno presso l'agenzia di via Garibaldi n. 7 di Genova a mezzo corriere e non ancora risultante ivi pervenuta a detta data. Con la nota, stante l'urgenza di rilasciare la polizza ai fini della formulazione della offerta nei termini previsti dal bando di gara, la suddetta signora è stata eccezionalmente autorizzata a sottoscrivere in nome e per conto della Assicurazione il testo della polizza scaricabile e stampabile informaticamente, nei termini sopra indicati.

La tesi dell'appellante che per esercitare i poteri di rappresentanza non è sufficiente esserne muniti, dovendo essi anche essere spesi, con invalidità della polizza perché in essa era fatto riferimento non a detta nota, ma ad una procura notarile, non è, secondo la Sezione,

apprezzabile in senso positivo, atteso che solo la spendita del nome del rappresentato deve essere espressa e deve anche risultare, "*ad substantiam*", dal documento contrattuale (come nel caso di specie in cui era indicato il nominativo dell'ARCA Assicurazioni s.p.a. rappresentata dalla signora Renno), e la circostanza che la persona fisica che ha sottoscritto la polizza fosse indiscutibilmente a tanto abilitata rende irrilevante la circostanza che essa avesse indicato, senza peraltro essere a ciò tenuta, la procura generale a contrarre le polizze per conto di detta s.p.a. e non quella speciale per il caso di specie (comunque sussistente), operando, peraltro, la presunzione "*iuris tantum*" che l'esercizio della potestà sostitutiva fosse avvenuto nel rispetto dei presupposti di legge.

E' peraltro sufficiente l'indicazione della qualità idonea a rivelare la volontà del sottoscrittore di impegnarsi in rappresentanza dell'ente, mentre l'allegazione del mandato speciale, per rendere valido l'atto, si pone come un *quid pluris*, sicché la sua indicazione, se erronea rispetto alla procura effettivamente rilasciata *ex ante*, può essere sempre corretta, documentandone la sua effettiva esistenza e superando l'errore materiale, mediante la produzione di atti già esistenti al momento del conferimento della procura.

La veridicità della nota suddetta non può invero essere messa validamente in discussione dalle censure della parte appellante che le affermazioni in essa contenute (che la polizza era stata già emessa, firmata dal dirigente procuratore e spedita a mezzo corriere e vi era assoluta urgenza stante l'imminenza dei termini) sarebbero smentite

dalla circostanza che essa, datata 2 marzo, faceva riferimento al numero della polizza emessa in data 3 marzo, che non sussisteva l'assoluta urgenza (mancando alcuni giorni alla data ultima di presentazione della domanda) e che non era stata fornita la prova della effettiva spedizione del plico e del ritardo nella sua consegna.

Infatti, come dedotto dalla difesa della resistente società, la polizza prodotta in gara non era quella spedita alla signora Renno, ma quella che essa aveva stampato con la propria strumentazione informatica e sottoscritta, come da espressa autorizzazione contenuta in detta nota e da espressa attestazione contenuta nella polizza che essa era stata *“emessa da Arca Assicurazioni s.p.a. con procedura concordata in via informatica”*. Tanto rende irrilevante la circostanza che non sia stata provata la spedizione del plico con la polizza suddetta e del ritardo nella sua consegna.

Quanto al riferimento contenuto in sentenza al disposto dell'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006, va rilevato che il primo giudice non ha affermato che era applicabile detta norma, ma, condivisibilmente, che la Commissione neppure avrebbe dovuto procedere all'esercizio dei poteri di cui a detto articolo, per verificare la veridicità della polizza, ma avrebbe potuto seguire le modalità indicate sulla medesima, in cui era espressamente riportato *“La presente polizza è stata emessa da Arca Assicurazioni s.p.a. con procedura concordata in via informatica. La validità ed efficacia del documento può essere verificata sul sito WWW.arcaassicura.ti selezionando.....e digitando poi il “numero polizza” e il “codice controllo” riportati su questo documento”*; sicché solo se tale controllo avesse dato

esito negativo, la polizza sarebbe stata inefficace e, quindi, avrebbe dovuto essere disposta l'esclusione. Ciò con attività non assimilabile alle attività complementari di cui all'art. 46 D. Lgs. 163/06, ma ad attività di controllo documentale ordinaria e semplice.

11.- Con il secondo motivo d'appello è stato dedotto in primo luogo che la gara è stata aggiudicata alla Preve Costruzioni s.p.a. in base all'applicazione di una formula palesemente illegittima, in quanto il disciplinare di gara, mentre prevedeva per l'offerta economica l'attribuzione del coefficiente zero al valore a base di gara ed il coefficiente uno all'offerta con il maggior ribasso, con attribuzione del coefficiente alle offerte intermedie proporzionalmente, con il metodo della interpolazione lineare, invece per l'attribuzione del punteggio relativo al tempo d'esecuzione prevedeva l'attribuzione del punteggio massimo non all'offerta con il maggior ribasso, ma all'offerta media tra tutte quelle presentate e alle offerte superiori a detta media.

Il metodo previsto per l'attribuzione del punteggio al fattore tempo d'esecuzione violerebbe il principio di proporzionalità perché, in caso di utilizzazione del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il punteggio da attribuire all'offerta economica e all'elemento tempo di esecuzione dovrebbe essere automatico e quindi essere caratterizzato dalla proporzionalità, con impossibilità di introduzione di criteri di valutazione ancorati a medie matematiche.

Sia alle Preve Costruzioni s.p.a. che alla appellante sono stati attribuiti cinque punti per l'offerta tempo, pur avendo la prima offerto un

ribasso del 30,77 sul tempo a base di gara e la seconda un ribasso del 50%, mentre, applicando il criterio di proporzionalità, alla prima avrebbero dovuto essere attribuiti 3,07 punti ed alla seconda 5 punti, il che avrebbe comportato il primo posto in graduatoria.

Il criterio in questione, che determinerebbe anche disparità di trattamento ed ingiustificato svuotamento della componente temporale dell'offerta, non avrebbe peraltro dovuto essere impugnato immediatamente, perché non precludeva la partecipazione alla gara, ma atteneva alla fase di valutazione dell'offerta.

Sarebbe priva di fondamento la tesi del T.A.R. che la possibilità di prevedere una 'soglia', oltre la quale alle migliori non siano attribuibili punteggi è, espressamente, prevista dall'art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui *“Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato”*, e corrisponde alla esigenza di contenere entro limiti di ragionevolezza offerte altrimenti insostenibili a tutela della qualità delle opere.

La norma sopra citata infatti, laddove prevede la possibilità di porre una soglia, intenderebbe attribuire alla s.a. il potere di richiedere che ciascun elemento di valutazione raggiunga almeno un livello minimo, al di sotto del quale l'offerta va considerata inadeguata, e non consentirebbe di violare il criterio di proporzionalità in relazione agli

elementi di valutazione di carattere squisitamente quantitativo (offerta economica ed offerta tempo); l'esigenza cui fa riferimento la sentenza sarebbe invero assicurata attraverso il procedimento di verifica delle offerte anomale.

11.1.- Al riguardo va innanzi tutto esclusa la fondatezza dell'eccezione di inammissibilità del motivo formulata dalla difesa della resistente s.p.a. per essere gli effetti della formula contestata conoscibili sin dal momento di pubblicazione della *lex specialis*, cui sarebbe stata prestata acquiescenza.

L'onere d'immediata impugnazione del bando di concorso è circoscritto al caso della contestazione di clausole escludenti, riguardanti requisiti di partecipazione, che siano *ex se* ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, dovendo le altre clausole essere ritenute lesive ed impugunate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva; invero, a fronte di una clausola assuntamente illegittima della *lex specialis* di gara, ma non impeditiva della partecipazione, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale,

e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare.

Nel caso di specie il criterio per l'attribuzione del punteggio relativo al tempo d'esecuzione, prevedente l'attribuzione del punteggio massimo all'offerta media tra tutte quelle presentate e alle offerte superiori a detta media, non era *ex se* ostativo all'ammissione dell'attuale appellante, né imponeva, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, sicché è stato ammissibilmente impugnato all'esito della procedura concorsuale, senza che ad esso sia stata prestata acquiescenza.

11.2.- Nel merito la censura in esame è infondata.

La stazione appaltante gode di piena discrezionalità nell'individuazione dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, purché pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto messo a gara e con il solo limite dell'irragionevolezza o illogicità; in particolare, anche la formula matematica da utilizzare per la valutazione dell'offerta tempo può essere scelta dall'Amministrazione con ampia discrezionalità, purché il criterio prescelto sia trasparente ed intelligibile, consentendo così ai concorrenti di calibrare la propria offerta. Con la conseguenza che in tale contesto può assumere senz'altro importanza preminente il criterio qualitativo rispetto a quello economico o viceversa per l'aggiudicazione del servizio, salva l'illogicità dei criteri prescelti in relazione alla specifica gara.

Ritiene la Sezione legittimo, in quanto non illogico e non irragionevole, il criterio adottato dalla stazione appaltante poiché, nella gara da svolgere con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essa ha il potere di privilegiare il profilo tecnico qualitativo e di non attribuire il punteggio maggiore all'offerta che presenti l'indicazione del minor tempo di effettuazione dei lavori, potendo privilegiare la previsione dell'esecuzione degli stessi in un tempo realisticamente congruo, invece di quella dell'esecuzione in un tempo inverosimilmente ridotto, non attribuendo punteggi aggiuntivi alle riduzioni superiori alla media delle riduzioni del tempo contrattuale.

E' quindi da valutare indivisibile la censura di disparità di trattamento ed ingiustificato svuotamento della componente temporale dell'offerta,

12.- Secondo l'appellante sarebbero criticabili anche le ulteriori tesi del primo giudice, che una volta ritenuto illegittimo il criterio e la modalità di attribuzione del punteggio, esso non potrebbe essere sostituito con quello proporzionale, in quanto ciò non può essere consentito perché è sulla scorta di tale criterio che si è formata l'offerta e modulata l'offerta degli altri partecipanti, con conseguente declaratoria di illegittimità dell'intera procedura (non richiesta dalla ricorrente) ovvero con declaratoria di illegittimità dell'intero criterio (senza alcuna sostituzione), ma senza alcun effetto utile per essa ai fini dell'aggiudicazione.

Sarebbe infatti possibile detta sostituzione in base al principio di

effettività della tutela giurisdizionale, in quanto la sostituzione del criterio di gara non sarebbe consentita *ex post* se mutano i criteri di valutazione in base ai quali i concorrenti hanno effettuato le rispettive offerte, mentre sarebbe possibile se si tratta di correggere l'applicazione di una formula incidente solo sull'attribuzione del punteggio, nel rispetto del principio di proporzionalità. Inoltre avendo impugnato la Alpin s.r.l. tutti gli atti di gara ha interesse in via principale ad ottenere l'affidamento dei lavori ed in subordine alla rinnovazione della gara e comunque al risarcimento dei danni, come da artt. 34, comma 3, e 30, comma 5, del c.p.a..

12.1.- La Sezione rileva che l'impugnato assunto del T.A.R. costituisce una motivazione autonoma ed ulteriore rispetto a quella relativa alla rilevata legittimità del criticato criterio di valutazione dell'offerta temporale, in questa sede confermata.

Pertanto - in applicazione del principio per il quale nel caso in cui la sentenza impugnata si regga su una pluralità di motivi autonomi, ognuno dei quali è da solo in grado di sorreggerla perché fondato su specifici presupposti logico-giuridici e le censure rivolte contro uno di essi si appalesino infondate, è superfluo l'esame della fondatezza delle ulteriori censure dedotte avverso gli altri motivi posti a supporto della sentenza stessa, dal momento che la fondatezza della autonoma ragione giustificatrice, su cui essa è basata, è sufficiente a comportarne la conferma (Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2013, n. 4379) - può ritenersi assorbito il motivo di gravame in esame, essendo sufficiente l'ulteriore motivazione circa la legittimità del criterio

individuato dalla stazione appaltante per la valutazione dell'elemento temporale a sorreggere la reiezione della dedotta illegittimità dello stesso.

13.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione; rimangono conseguentemente assorbiti i motivi di appello incidentale.

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello in esame; rimangono assorbiti i motivi dell'appello incidentale proposto dalla Preve Costruzioni s.p.a..

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/10/2014

IL SEGRETARIO

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