

Pubblicato il 16/04/2024

N. 03464/2024REG.PROV.COLL.

N. 09489/2023 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9489 del 2023, proposto dal Consorzio Stabile Sis S.c.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9607502974, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Cristina Lenoci, Michele Lombardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

La Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Calabrese, Massimo Consoli, Fabrizio Niceforo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

il costituendo RTI Consorzio Stabile ETERIA s.c.a.r.l. (mandataria) - R.C.M. Costruzioni S.r.l. (mandante) – Brancaccio Costruzioni S.p.a. (mandante) – Cicalese Impianti S.r.l. (mandante), in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti Lorenzo Lentini e Arturo Cancrini, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio legale Cancrini e Partners in Roma, Piazza San Bernardo n. 101;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania-Salerno, Sezione I, 31 ottobre 2023, n. 2444, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Stabile Eteria s.c.a.r.l., R.C.M. Costruzioni S.r.l., Brancaccio Costruzioni S.p.A., Cicalese Impianti S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2024 il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. E' controverso l'esito della procedura aperta indetta dalla Regione Campania – Ufficio Speciale Grandi Opere, ai sensi degli artt. 35 – 58 e 60 decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, per l'affidamento dei lavori di costruzione del “*Nuovo Complesso Ospedaliero San Giovanni di Dio e Ruggi d'Aragona*” di Salerno, per un importo a base di asta di oltre 367 milioni di euro.

2. In un primo tempo (verbale n. 9 del 16 giugno 2023) la selezione ha visto prevalere il RTI Eteria con il punteggio totale di 82,42 (di cui 63 per l'offerta tecnica, 15 per l'offerta economica e 4,41 per l'offerta tempo) sul secondo classificato Consorzio

Sis, premiato con il punteggio totale di 80,21 (di cui 74 punti per l'offerta tecnica, 1,21 per l'offerta economica e 5 per l'offerta tempo).

3. A distanza di venti giorni (verbale n. 10 del 7 luglio 2023) la Commissione si è nuovamente riunita in seduta riservata e ha modificato la graduatoria, attribuendo al RTI Eteria il punteggio totale di 78,81 (di cui 63 per l'offerta tecnica, 15 per l'offerta economica e 0,806 per l'offerta tempo) e confermando al Consorzio Sis il punteggio totale 80,21 (di cui 74 punti per l'offerta tecnica, 1,21 per l'offerta economica e 5 per l'offerta tempo).

4. La variazione del punteggio ha riguardato l'offerta tempo (punto E – max punti 5) – per la quale, a fronte dei 1.020 giorni di lavorazione posti a base d'asta, il Consorzio aveva proposto 896 giorni e, dunque, una riduzione di 124 giorni, mentre il RTI Eteria aveva offerto 1.000 giorni, vale a dire una riduzione di 20 giorni.

Con riguardo a questa voce premiale il conteggio dei punti in un primo tempo (verbale n. 9 del 2023) ha assunto a riferimento il valore “*assoluto*” del “*tempo - offerto*”, calcolato in giorni naturali e consecutivi; mentre in un secondo momento (verbale n. 10 del 2023) ha considerato - sempre sulla base della medesima formula “ T_{ai}/T_{max} ”, prevista dal disciplinare (dove T_{ai} è il valore del tempo offerto del concorrente e T_{max} il valore con offerta tempo più conveniente) - il valore del “*ribasso*” desumibile dal raffronto tra tempo a base d'asta e tempo offerto. Da qui l'abbattimento del punteggio del RTI Eteria da 4,41 a 0,806.

5. La Regione Campania, con Decreto Dirigenziale n. 610/2023, ha recepito il nuovo ordine di graduatoria e ha disposto l'aggiudicazione in favore del Consorzio Sis.

6. Il Raggruppamento Eteria ha quindi impugnato gli esiti di gara, rivendicando davanti al TAR:

- con il ricorso principale e in funzione dell'interesse pretensivo all'aggiudicazione della gara, la corretta interpretazione del disciplinare di gara nel senso del calcolo del punteggio dell'offerta tempo sulla base dei giorni naturali e consecutivi di esecuzione

(“*valore del tempo offerto*”) e non del ribasso sul tempo a base d’asta, previa rettifica della formula matematica di cui all’art. 19.4 mediante inversione tra numeratore e denominatore per l’attribuzione dei punti (5) previsti dal Disciplinare (I motivo). Quest’ultima correzione è stata prospettata come necessaria per rispettare la prescrizione disciplinare (19.4) che impone che all’elemento “*Tempo*” venga attribuito un coefficiente compreso tra zero e uno: solo la formula T_{max}/T_{ai} garantisce questo risultato, sicché essa - secondo il RTI Eteria - andrebbe sostituita a quella (erroneamente prevista dal disciplinare) T_{ai}/T_{max} ;

- la violazione del Bando di Gara (prevalente sul disciplinare), il quale non assegna alcun punteggio all’“*offerta tempo*” ma unicamente all’offerta economica per complessivi 20 punti, nei quali non può rientrare il tempo di esecuzione lavori;

- con successivi motivi aggiunti e in funzione dell’interesse demolitorio alla caducazione dell’intera procedura, l’insuperabile contrasto, con riferimento all’elemento della “*offerta tempo*”, tra le indicazioni contenute nella parte normativa della *lex specialis* e quelle riportate nella formula matematica del disciplinare, ove interpretate nel senso fatto proprio dalla Commissione.

7. Con decisione n. 2444 del 2023, il TAR Campania ha respinto il ricorso principale e accolto i motivi aggiunti, disponendo l’annullamento integrale della gara.

8. Il Consorzio SIS e il RTI Eteria hanno entrambi proposto appello contro la decisione del TAR, il primo agendo avverso la statuizione di accoglimento dei motivi aggiunti proposti dal RTI Eteria; il secondo instando, con appello incidentale autonomo, per la riforma della statuizione di rigetto del ricorso introduttivo e della relativa domanda di aggiudicazione della gara.

9. A seguito dell’accoglimento dell’istanza cautelare (ordinanza n. 120 del 2024), la causa è passata in decisione all’udienza pubblica dell’11 aprile 2024.

10. Con il primo motivo di appello il Consorzio contesta il capo decisorio con il quale il TAR ha affermato la tempestività dei motivi aggiunti al ricorso introduttivo, respingendo il contrario rilievo di irricevibilità sollevato dalla parte resistente.

10.1. L'assunto di tardività è riferito alle censure sollevate avverso le previsioni del disciplinare di gara concernenti l'offerta tempo, censure proposte il 27 settembre 2023, quindi oltre i trenta giorni successivi alla pubblicazione della *lex specialis*, avvenuta il 27 gennaio 2023.

10.2. L'eccezione è stata respinta dal TAR sul rilievo per cui:

-- *“parte ricorrente non ha prospettato che il disciplinare, con riferimento all’offerta tempo, contenga disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, né tantomeno che preveda abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta.. non ha mai sostenuto che le previsioni dettate dal Disciplinare in merito all’offerta tempo le abbiano impedito di formulare la propria offerta, sostenendo al contrario di essersi attenuta alle indicazioni del disciplinare (e che queste anzi sarebbero chiare), tanto da risultare prima graduata all’esito del verbale n. 9 del 2023, e che solo alla luce della diversa interpretazione del disciplinare fornita dalla commissione nel verbale n. 10 del 2023 (e della conseguente aggiudicazione alla parte controinteressata, fondata proprio sugli esiti di quest’ultimo verbale) è sorto l’interesse ad impugnare. Dunque, il RTI Eteria non aveva alcun onere di immediata impugnazione della lex specialis poiché essa “è stata [...] in condizione di presentare un’offerta tempestiva e di valutare la convenienza dell’offerta”;*

-- d'altra parte, l'onere di immediata impugnazione non potrebbe giustificarsi neppure *“.. con il richiamo alla giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria richiamata dalla parte controinteressata nella memoria depositata in data 14.10.2023, in quanto la richiamata pronuncia del massimo consesso ha circoscritto l’onere di impugnazione immediata solo per le formule matematiche del tutto errate che attribuiscono un punteggio “0” a tutte le offerte, mentre nel caso in esame non si ravvisa che il risultato dell’attribuzione del punteggio sia pari a “0” per tutte le offerte”* (cfr. capo 4.1. sentenza n. 2444/2023).

10.3. La parte appellante sottopone a critica la statuizione in esame osservando che: -- ai fini della qualificazione della censura proposta avverso il disciplinare ciò che rileva, al di là del dato estrinseco dell'avvenuta presentazione dell'offerta, è la portata della questione posta, che concerne (secondo la stessa prospettazione argomentativa del RTI Eteria) l'effettiva capacità dei concorrenti di presentare un'offerta correttamente elaborata e consapevolmente competitiva, ponendo dunque in rilievo un profilo regolatorio che lo stesso deducente RTI non poteva che avvertire come immediatamente lesivo dei suoi interessi, quindi meritevole di contestazione mediante immediata impugnazione della legge di gara nel termine di 30 giorni dalla sua pubblicazione;

-- a ciò non osta l'esemplificazione riportata nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2018, trattandosi di enunciazione di casi non tassativa, atta non già a perimetrare un *numerus clausus* di clausole abnormi di calcolo del punteggio, ma a fornirne una circoscritta caratterizzazione esemplificativa.

10.4. Il motivo è infondato.

Il Collegio richiama il principio - già affermato da questa stessa Sezione in altra pronuncia resa su fattispecie analoga (Cons. Stato, sez. III, n. 1804 del 2021) - secondo il quale il criterio di valutazione delle offerte e la formula matematica individuata per scegliere la proposta economicamente più vantaggiosa, ove non escludano in modo assoluto la formulazione dell'offerta stessa, non hanno portata escludente ma impingono sul solo punteggio tecnico-qualitativo, con la conseguenza che la relativa impugnazione è ammessa soltanto nel momento in cui, con l'aggiudicazione della gara ad altro concorrente, venga a concretizzarsi l'effettiva lesione.

10.5. Sotto questo profilo non rileva la ragione posta alla base della dedotta censura del criterio di calcolo dell'offerta, rilevante essendo solo il profilo della non immediata lesione della sfera giuridica del concorrente, verificabile dal fatto che

quest'ultimo ha formulato l'offerta e avrebbe potuto aggiudicarsi la commessa anche sulla base delle regole di gara (e della formula di calcolo) contestate, sicché non vi è alcuna evidenza che gli esiti della selezione potessero dirsi già determinabili *a priori* in un senso a lui sfavorevole o addirittura preclusivo dell'effettiva possibilità di partecipazione.

10.6. Gli alterni esiti della gara, che ha visto il RTI Eteria dapprima primeggiare e poi collocarsi in seconda posizione, confermano d'altra parte che l'andamento della procedura non ha lasciato intravedere alcun esito scontato, ma al contrario ha registrato dinamiche tipiche del gioco competitivo, consentendo a ciascuno dei concorrenti di ambire alla vittoria e di posporre ad un secondo momento la disputa sulle previsioni disciplinari.

10.7. La consistenza intrinseca delle clausole contestate, e i rilevati indici controfattuali concernenti l'accesso alla gara e il suo andamento, confermano, dunque, l'infondatezza del motivo.

11. Con il secondo mezzo di gravame, il Consorzio rinnova l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti proposti dal RTI Eteria, stante l'acquiescenza che questi avrebbe prestata alla nota del Presidente della Commissione di gara del 4 settembre 2023.

11.1. Nella nota vengono illustrate le ragioni giuridico-matematiche che hanno condotto, nel corso della seduta del 7 luglio 2023, all'assegnazione al RTI Eteria di punti 0,806 per l'offerta tempo: a giudizio del Consorzio, poiché dette ragioni comprovano la totale assenza delle distonie della *lex specialis* lamentate dal RTI Eteria, sarebbe stato onere dello stesso RTI contestarle mediante tempestiva impugnazione entro i 30 (trenta) giorni successivi al loro deposito in giudizio, pena l'inammissibilità/improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse.

11.2. La sentenza del TAR ha respinto l'eccezione, ritenendo trattarsi di nota "*meramente difensiva ed esplicativa, e non [...] provvedimento*" e così rapidamente

concludendo per la non sussistenza, a carico del RTI Eteria, di “*alcun interesse alla sua impugnazione*” (cfr. capo 4.2. sentenza n. 2444/2023).

11.3. Il Consorzio sostiene, *a contrario*, che le determinazioni assunte con il documento in parola presenterebbero “*le medesime tipicità, efficacia ed esecutività dei verbali delle sedute di gara*” e la stessa logica di “*cura dell’interesse pubblico*” che connota l’azione provvedimentale, sicché ad esse andrebbe esteso il regime tipico degli atti amministrativi destinati a consolidarsi nei loro effetti ove non tempestivamente impugnati.

11.4. Il Collegio ritiene di dover confermare anche *in parte qua* la pronuncia di primo grado.

11.5. La nota di cui si discorre consiste in una relazione redatta dal Presidente della Commissione di gara, in corso di lite, al fine di fornire elementi di chiarimento circa l’operato della Commissione e di supporto alle argomentazioni difensive versate in giudizio. Si tratta quindi di documento privo di effetti dispositivi, meramente argomentativo e di matrice del tutto distinta da quella procedimentale, come tale in alcun modo riconducibile, per i descritti connotati intrinseci (contenuto e destinatario) ed estrinseci (forma e tempo di redazione), alla serie provvedimentale degli atti di gara, tutta ritualmente investita da tempestivo gravame.

12. Con il terzo motivo di appello, il Consorzio ripropone l’eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per violazione del divieto di *venire contra factum proprium*.

12.1. A suo dire, il RTI Eteria dapprima, con il ricorso introduttivo e in parte anche con il ricorso per motivi aggiunti (motivo I.1), avrebbe riconosciuto la natura interpolativa lineare della formula matematica di calcolo del punteggio, poggiando su questa premessa le sue ulteriori deduzioni; e solo successivamente avrebbe preso le distanze da questo *prius* logico, evidenziando le insanabili contraddittorietà intrinseche alla legge di gara alle quali l’interpolazione lineare conduce. Nel corso del

giudizio sarebbe quindi state cumulate “*domande opposte e tra loro insanabilmente confliggenti, postulanti letture che si nullificano l’una con l’altra*”, quindi denotanti un “*radicale cambio di rotta stravolgente il thema decidendum introdotto col ricorso introduttivo*”.

Questa stessa oscillazione di argomenti pervaderebbe l’appello incidentale e lo renderebbe parimenti inammissibile per analogia violazione del divieto di *mutatio libelli* e di *venire contra factum proprium*.

12.2. Il motivo non può essere accolto.

Esso è contraddetto *per tabulas* dal fatto che i motivi aggiunti veicolanti la supposta *mutatio libelli* sono stati proposti in via graduata e subordinata alle precedenti deduzioni, ovvero per l’ipotesi condizionata in cui il TAR avesse inteso condividere l’impostazione in prima battuta contestata (ovvero quella che àncora il calcolo dei punteggi temporali allo sconto in giorni e non già al valore assoluto espresso in giorni di esecuzione).

12.3. In particolare, il RTI Eteria, nel corso del giudizio davanti al TAR:

- con ricorso principale, ha dedotto la propria legittima aspettativa all’aggiudicazione, attraverso un’interpretazione della legge di gara che avrebbe ricondotto a sistema la formula matematica dell’offerta tempo (mediante inversione di numeratore e denominatore), restituendole una logica coerente con le rimanenti previsioni disciplinari;
- in via subordinata, con i motivi aggiunti, per il caso eventuale della ravvisata infondatezza della lettura c.d. “conservativa”, ha dedotto che la gara andasse integralmente annullata per contrasto tra parte normativa (del disciplinare) e formula matematica (di attribuzione del punteggio).

12.4. La corretta graduazione delle domande, funzionali a interessi pretensivi distinti (quello all’aggiudicazione e quello alla rinnovazione della gara), esclude, all’evidenza, ogni adombrato profilo di loro inammissibilità per intrinseca incoerenza.

13. Il quarto motivo dell'appello principale e i motivi dell'appello incidentale prendono in esame il tema centrale della gradazione delle due offerte in relazione al parametro del “tempo” (valorizzabile con un massimo di 5 punti).

13.1. A beneficio di una più chiara comprensione dei punti controversi occorre premettere che il disciplinare di gara, riguardo alla formula matematica per l'attribuzione dei punti all'offerta tempo, ha previsto al punto 19.4 (“Metodo di attribuzione del coefficiente per il calcolo del punteggio dell'offerta Temporale”) che: “Quanto all'offerta tempo, verrà valutato il tempo offerto da applicare al relativo peso. All'elemento “Tempo” verrà attribuito un coefficiente, variabile da zero ad uno, calcolato tramite la seguente formula con interpolazione lineare $D_i = T_{ai}/T_{max}$ dove:

D_i = coefficiente attribuito al concorrente i -esimo;

T_{ai} = valore del tempo offerto del concorrente i -esimo; T_{max} = valore con offerta tempo più conveniente”.

13.2. Ciò posto, con il primo motivo del ricorso introduttivo il RTI Eteria ha sostenuto che:

- a) il disciplinare di gara ha inteso premiare il valore dell'offerta tempo più conveniente in termini assoluti (il numero dei giorni naturali e consecutivi per la esecuzione dei lavori) e non (come invece ritenuto nell'impugnato provvedimento di aggiudicazione) in termini di ribasso (assoluto o percentuale) sul tempo a base d'asta;
- b) la Commissione, nel verbale n. 10 del 2023 (poi posto a fondamento dell'aggiudicazione in favore della parte controinteressata), ha quindi errato nel ritenere il numeratore e il denominatore della citata formula riferiti non al tempo assoluto, ma ai giorni di ribasso rispetto al tempo di esecuzione previsto nel disciplinare in 1020 giorni, così da far conseguire il miglior punteggio alla parte controinteressata;

- c) è al contrario corretta la precedente valutazione compiuta dalla commissione nel verbale n. 9 del 2023, dovendosi intendere il numeratore e il denominatore della citata formula come riferiti al numero di giorni in senso complessivo e assoluto;
- d) tuttavia, ai fini di un suo corretto funzionamento, la formula di calcolo va rettificata mediante l'inversione del denominatore con il numeratore, in quanto altrimenti il coefficiente risulta superiore a 1 (in violazione di quanto previsto nel punto 19.4 del disciplinare, secondo cui il risultato della formula deve essere compreso tra 0 e 1);
- e) applicando la formula nel senso prospettato dalla parte ricorrente - e quindi da un lato intendendo il numeratore e denominatore come riferiti ai giorni naturali, dall'altro correggendo l'asserito errore materiale tramite l'inversione del numeratore con il denominatore - l'aggiudicazione spetterebbe al RTI Eteria, in virtù del miglior punteggio conseguito.

13.3. Il TAR ha respinto la riportata impostazione osservando che *“a prescindere dalla questione di come intendere il numeratore e il denominatore della formula (se in termini di tempo assoluto o in termini di riduzione rispetto al tempo posto a base d'asta), è dirimente la circostanza che la ricostruzione della parte ricorrente presupponga una modifica del disciplinare, nel senso di invertire i termini della formula prevista nell'art. 19.4 del disciplinare, il quale prevede al numeratore il T_{ai} , e al denominatore il T_{max} , mentre secondo parte ricorrente al posto del numeratore si dovrebbe inserire il T_{max} e al posto del denominatore il T_{ai} ”* e che *“ciò non integra la correzione di un asserito errore materiale, ma una manipolazione della lex specialis, in violazione delle regole di trasparenza”*.

13.4. Con i motivi primo e terzo dell'appello incidentale, il RTI Eteria ribadisce - anche alla luce dei parametri interpretativi di cui agli artt. 1362 e 1367 c.c. - come le diverse disposizioni disciplinari indichino in modo inequivoco che l'elemento di valutazione rilevante ai fini del confronto concorrenziale è, diversamente da quanto ha adombrato il TAR, il tempo in giorni (a base di gara) meno la riduzione in giorni

e, dunque, ancora una volta, il tempo in valore assoluto (in “giorni” naturali e consecutivi) e non in termini di “sconto” da ciascun concorrente offerto per la esecuzione delle opere; ciò diversamente da altre clausole del bando, quali quelle relative alla offerta economica, che invece sono chiaramente parametrize sul ribasso percentuale dell’importo a base di gara.

Dunque, secondo l’appellante incidentale il TAR avrebbe dovuto ammettere la rettifica della formula matematica prevista dal punto 19.4 (mediante inversione di numeratore e denominatore), a correzione di una “svista redazionale” incorsa nella stesura del disciplinare, ovvero di un errore immediatamente riconoscibile come di pura consistenza “materiale” ed emendabile sulla base di elementi certi e predeterminati (arg. ex artt. 1430 e 1433 c.c.); conseguentemente il TAR avrebbe dovuto disporre l’aggiudicazione in favore del ricorrente RTI Eteria, mediante statuizione decisoria assorbente rispetto a quella demolitoria dell’intera gara.

13.5. Entrambi i motivi incidentali vanno respinti.

In termini generali, la fattispecie dell’errore materiale sottende una soluzione correttiva di contenuto pienamente persuasivo, priva di incongruenze, fondata su elementi certi e quindi percepibile in modo netto come l’unica logicamente percorribile: solo sulla base di questi indici può esprimersi un giudizio di “materialità” dell’errore che è tale poiché rilevabile a colpo d’occhio, nella sua chiara obiettività e immediata evidenza grafica, senza necessità di richiedere, per essere apprezzato, lo sviluppo di argomentazioni induttive e di indagini ermeneutiche.

13.6. Ancora più icasticamente si è in proposito affermato che *“l’errore è “materiale” .. se sussistono elementi univoci per ricondurlo ad un vizio di trascrizione o di compilazione inequivocabilmente e immediatamente rilevabile come tale, attraverso un’analisi che deve concernere il solo documento recante l’errore e non anche elementi ad esso esterni o collaterali. Se, viceversa, l’esegesi ricostruttiva della volontà negoziale si estende ad una considerazione sistematica degli elementi contenutistici dei diversi atti di gara, essa trascende in una ricostruzione di tipo logico -*

deduttivo che non pare più coerente con i canoni della "immediata evidenza" e della "pura materialità" dell'errore emendabile" (Cons. Stato, sez. III, n. 5650 del 2022).

13.7. Nel caso in esame, i richiamati indici di manifesta evidenza non si riscontrano non solo (e non tanto) perché contraddetti dalla costruzione testuale della formula (che pure rappresenta la scaturigine e il presupposto del ragionamento interpretativo, senza il quale verrebbe meno in radice lo stesso sospetto dell'incongruenza redazionale), ma per le evidenti criticità funzionali che deriverebbero dall'inversione dei due termini del rapporto matematico.

13.8. A questo proposito e con argomenti non confutati in modo efficace dalla controparte, il Consorzio Sis ha puntualmente posto in evidenza:

- l'obiettivo rilevanza, nell'impostazione della legge di gara, dell'interesse pubblico all'ultimazione dell'opera in un arco temporale quanto più possibile ridotto rispetto a quello massimo di 1.020 giorni posto a base d'asta;
- il fatto che la formula matematica dell'interpolazione lineare è l'unica in grado di consentire l'attribuzione di tutto il *range* dei cinque punti previsti e di valorizzare in modo particolarmente incisivo lo scarto fra un'offerta e l'altra;
- il carattere del tutto paradossale delle risultanze del verbale del 16 giugno 2023, le quali riportano per il RTI Eteria un punteggio, per l'offerta tempo, pari a 4,42 punti, inferiore di appena 0,58 centesimi rispetto ai 5 punti assegnati all'offerta tempo avversaria, e ciò pur a fronte di una riduzione della tempistica delle lavorazioni di soli 20 giorni (1.000 giorni vs. 1.020 giorni a base d'asta) a fronte di quella di 124 giorni proposta dal Consorzio (896 giorni vs. 1020 giorni a base d'asta);
- il fatto che, ove la formula matematica venisse applicata come nella seduta del 16 giugno 2023, si arriverebbe all'assurda conclusione per cui un'offerta tempo non contemplante alcuna riduzione della tempistica di lavorazioni si vedrebbe assegnato un punteggio di 4,39 ($\blacklozenge\blacklozenge\blacklozenge\blacklozenge\blacklozenge\blacklozenge\blacklozenge\blacklozenge\blacklozenge\blacklozenge = 5 * 896/1020=4,39$), inferiore di

appena 0,61 centesimi ai 5 punti ottenuti dal Consorzio con una riduzione delle lavorazioni di ben 124 giorni.

13.9. Il Collegio condivide la riportata linea di controdeduzioni e ritiene che le evidenti disfunzionalità logico-applicative alla quale conduce la formula a termini invertiti ($D_i = T_{max} / T_{ai}$) rappresentino un ostacolo insuperabile rispetto all'ipotesi ricostruttiva proposta dal RTI Eteria, in quanto ne palesano il carattere quantomeno controvertibile (e quindi niente affatto chiaro e univoco), emerso, non a caso, sia nelle oscillanti valutazioni della stessa Commissione di gara riportate nei verbali 9 e 10 del 2023; sia, da ultimo, nelle scelte operate dalla stazione appaltante nel disciplinare della nuova procedura di gara bandita in esecuzione della sentenza del TAR Salerno n. 2444/2023, per la quale si è scelto di attribuire all'offerta tempo - con formule testuali questa volta univoche - il valore inteso in termini di riduzione della tempistica delle lavorazioni poste a base d'asta (v. l'art. 19.4 e il paragrafo 16 del nuovo disciplinare della gara bandita il 4 gennaio 2024).

13.10. Il Collegio condivide inoltre quanto osservato dal TAR circa l'effetto manipolativo che si determinerebbe ove si avallasse la soluzione dell'inversione dei termini del rapporto, sotto il duplice e problematico profilo vuoi del sovvertimento postumo dei presupposti su cui i concorrenti hanno impostato la propria strategia di offerta e sui quali la stazione appaltante ha inteso orientare la selezione dell'affidatario; vuoi della violazione dei canoni di trasparenza, lealtà e correttezza, che devono conformare l'azione amministrativa e che, nel caso di specie, ove si alterasse la regola di calcolo del punteggio (e di orientamento delle offerte), risulterebbero evidentemente vulnerati.

13.11. Per l'insieme di tali ragioni il motivo in esame va respinto.

14. Con il secondo motivo del ricorso introduttivo, il RTI Eteria ha lamentato l'illegittimità del disciplinare nel punto in cui ha previsto l'attribuzione fino a 5 punti per l'offerta tempo, sostenendo sussistere una difformità rispetto al bando nel quale

il parametro “tempo” non figura tra i criteri di aggiudicazione di natura quantitativa, comparendovi, piuttosto, il solo “prezzo” con un valore ponderale pari a 20 punti: dunque, l’elemento tempo sarebbe stato illegittimamente introdotto per la prima volta nel disciplinare di gara, attraverso l’inedita ripartizione dei 20 punti per i criteri quantitativi, distribuiti nella misura di 15 punti per il prezzo e di 5 punti per il tempo.

14.1. Il TAR ha respinto la censura, sostenendo che la contestata previsione del disciplinare “*non comporta una modifica del bando, ma una sua specificazione o al più una sua integrazione, pienamente consentita, anche considerando che il tempo è una delle espressioni del prezzo, in quanto minor tempo significa normalmente anche prezzo più basso*”.

14.2. Con il secondo motivo dell’appello incidentale il RTI Eteria contesta questa conclusione, ribadendo il carattere innovativo della disposizione disciplinare che ha scomposto i 20 punti previsti dal bando per l’elemento “prezzo”, facendone convergere una parte sull’inedito parametro “tempo”: questa rimodulazione contrasterebbe con i principi di gerarchia differenziata che caratterizzano i rapporti tra le diverse parti della legge di gara e che escludono in radice che le disposizioni del capitolato e del disciplinare possano modificare il bando.

14.3. D’altra parte - aggiunge ancora l’appellante incidentale - il tempo non è una espressione del prezzo, come a torto ha rilevato il TAR, bensì profilo qualitativo della offerta (si cfr. art. 95.6 del Codice); né può dirsi che ad un minor tempo di esecuzione dei lavori corrisponda un costo minore, poiché la contrazione dei tempi esige un impiego di risorse maggiormente concentrato e intenso e, dunque, un incremento di costi (ragione per cui il maggior prezzo indicato dal Consorzio SIS - superiore di oltre 36 milioni di euro rispetto a quello proposto dal RTI Eteria - dipenderebbe proprio dal maggiore sforzo di accelerazione dei tempi esecutivi).

14.4. Il motivo non può essere accolto.

14.5. La giurisprudenza prevalente ritiene che la riduzione dei tempi di progettazione e di esecuzione dei lavori, unitamente al prezzo, costituiscano elementi di

valutazione di carattere economico, che, in quanto tali, non devono essere conosciuti al momento della valutazione discrezionale degli elementi dell'offerta tecnica (Cons. Stato, V, n. 5463 del 2021 e n. 1556 del 2017; III, n. 167 del 2020).

14.6. Il ragionamento che il RTI Eteria svolge circa le implicazioni che legano tra di loro la modulazione dei tempi di esecuzione e i costi dell'appalto, non fanno che confermare l'esistenza di una correlazione tra le due voci (sia pure inversamente proporzionale, nella prospettiva del RTI), il che avvalorava la loro attrazione ad un'unica area di rilevanza "economica".

14.7. Ciò non toglie che i tempi di esecuzione possano essere apprezzati anche nella prospettiva di una valutazione "tecnico-qualitativa" del progetto, ma si tratta di stime (quella economica e quella tecnico-qualitativa) evidentemente distinte e non necessariamente interferenti.

14.8. Per questi motivi, il Collegio reputa legittima la determinazione della stazione appaltante di estrapolare i punteggi dell'offerta tempo da quelli previsti dall'offerta economica, essendo questa rimodulazione intervenuta su una quota di punteggio riconducibile ad una matrice omogenea.

15. Con i motivi aggiunti notificati in data 29 settembre 2023, il RTI Eteria ha domandato, in via di mero subordine, l'annullamento dell'art. 4.2 del Disciplinare e, *in parte qua*, dell'art. 19.4, laddove interpretati nel senso di ancorare il calcolo dei punteggi temporali allo sconto in giorni e non già al valore assoluto (giorni di esecuzione).

In via di ulteriore subordine è stata dunque richiesta, per l'ipotesi in cui la rettifica in tal senso della legge di gara non fosse stata ritenuta percorribile, la caducazione dell'intera procedura, giacché la formula si sarebbe allora appalesata incoerente e distonica con tutte le altre disposizioni concorsuali relative all'offerta tempo, come in effetti ha poi rilevato il TAR.

15.1. Il TAR, dopo aver deliberato l'ammissibilità e tempestività dei motivi aggiunti, li ha infatti accolti nel merito sostenendo che:

- i) *“le distonie sussistono non solo all'interno della formula di cui all'art. 19.4 del disciplinare, ma anche tra questa disposizione ed altri punti del disciplinare”*, posto che in alcuni punti (pag. 31 e art. 4.2) *“il disciplinare sembra riferire l'offerta tempo alla riduzione rispetto al tempo di esecuzione posto a base d'asta nel disciplinare”*, mentre in altri (art. 18 e Modello 8 allegato) *“sembra riferire l'offerta tempo al tempo assoluto e non al tempo in termini di riduzione rispetto al tempo di esecuzione indicato a base d'asta nel disciplinare”*;
- ii) quanto alla formula, se la si intende secondo il suo più plausibile significato letterale, ovvero *“nel senso di dare rilievo all'offerta tempo in senso assoluto, rilevando il numero di giorni in assoluto oggetto dell'offerta tempo”*, essa *“.. si rivela erronea, in quanto, ponendo il T_{max} al denominatore, non può essere rispettata la previsione del disciplinare secondo cui il coefficiente deve essere compreso tra 0 e 1 (in quanto il T_{ai} non è mai inferiore al T_{max})”*;
- iii) *“né è ammissibile la soluzione prospettata dalla parte ricorrente, secondo cui occorrerebbe invertire nella formula il denominatore con il numeratore, in quanto così si realizza una illegittima modifica del disciplinare”*. Oltre a tale ostacolo intrinseco alla lettura della disposizione in chiave di offerta tempo in senso di tempo assoluto, vi è anche un ostacolo estrinseco, dato dal contrasto con le altre previsioni del disciplinare, sopra descritte, che danno rilievo all'offerta tempo in senso di riduzione dei giorni rispetto ai 1020 giorni indicati nel disciplinare”;
- iv) *“per converso, non risulta percorribile neppure la lettura fornita dall'amministrazione nel verbale n. 10 del 2023 e nel provvedimento di aggiudicazione secondo cui nella descritta formula il tempo dovrebbe essere inteso nel senso di differenziale al ribasso rispetto al tempo di 1020 giorni indicato nella lex specialis: a tale lettura osta sia l'ostacolo intrinseco dato dalla lettera dell'art. 19.4 che si riferisce al tempo in senso assoluto, sia l'ostacolo estrinseco rappresentato dal contrasto con le altre previsioni del disciplinare, sopra descritte, che danno rilievo all'offerta tempo in senso di tempo assoluto e non di riduzione dei giorni rispetto ai 1020 giorni indicati nel disciplinare”*.

15.2. Il Consorzio contesta i distinti passaggi del riportato capo decisorio e la concludente affermazione per cui sarebbe “*dirimente la censura di contrasto e distonia delle previsioni del disciplinare, non superabili neppure con l’impiego dei criteri di interpretazione di cui agli artt. 1362 ss. c.c.*” (cfr. capo 4.4. sentenza n. 2444/2023). A tal fine richiama gli argomenti logico-sistematici riportati al paragrafo 13.8, ribadisce il carattere univoco delle svariate disposizioni della *lex specialis* (artt. 4.2. e 16 disciplinare) che stabiliscono che nell’attribuzione dei punteggi si deve tenere conto del valore derivante dall’offerta di riduzione dei tempi di esecuzione lavori; ed eccepisce, infine, l’acquiescenza prestata dal RTI Eteria a dette disposizioni e dunque l’inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per carenza di interesse, erroneamente non rilevata dalla gravata sentenza n. 2444/2023.

15.3. Il motivo non può essere accolto.

Le deduzioni richiamate non riescono a demolire l’argomento che ha indotto il TAR a ritenere non praticabile la soluzione proposta dal Consorzio.

Dette ragioni attengono sia alla lettera dell’art. 19.4 - che si riferisce indubbiamente al tempo in senso assoluto (ovvero al “*valore del tempo offerto del concorrente*”); sia alle altre previsioni del disciplinare che sembrano conferire rilievo all’offerta tempo in senso di tempo assoluto e non di riduzione dei giorni rispetto ai 1020 giorni indicati nel disciplinare.

15.4. Tra queste, in particolare:

- l’art. 18, punto E, che descrive il contenuto della Busta C – offerta temporale, definendo espressamente il T max come “*durata in giorni naturali e consecutivi dei tempi di esecuzione lavori posti a base di gara*”;
- il Modello 8 che ha richiesto ai concorrenti di formulare l’offerta tempo nei termini che seguono: “*... dichiara di realizzare i lavori oggetto dell’appalto in n. ... giorni in cifre..... in lettere*”, dando rilievo al valore assoluto dei giorni di esecuzione (e non al ribasso o sconto, come invece nel Modello 7 proposto per l’offerta economica).

15.5. La portata semantica di queste disposizioni si coglie anche alla luce del confronto con quelle (di diverso tenore) contenute nel disciplinare della gara bandita il 4 gennaio 2024, a valle della decisione del TAR qui impugnata, ove è chiaro che il “*Tar*” si riferisce non al “*valore del tempo offerto*” ma alla “*riduzione in giorni dei tempi di esecuzione dei lavori posti a base di gara*” (v. paragrafo 16 e art. 19.4 del nuovo disciplinare di gara).

15.6. Di contro, le disposizioni invocate in senso opposto dal Consorzio non appaiono decisive in quanto:

-- l’art. 4.2 (“*Termini per l’ultimazione dei lavori*”: “*il tempo di ultimazione dei lavori va ridotto (se applicabile) in base al ribasso offerto dall’aggiudicatario in sede di gara*”) ha ad oggetto la definizione dell’oggetto dell’appalto sotto il profilo temporale ed esula dall’area delle disposizioni regolanti le modalità di presentazione dell’offerta-tempo e di calcolo del relativo coefficiente premiale;

-- il paragrafo 16 del medesimo disciplinare, nell’indicare l’offerta tempo come il “*tempo derivante dalla offerta di riduzione dei tempi di esecuzione dei lavori*”, sembra far riferimento in modo ancipite e irrisolto sia all’elemento assoluto (“*tempo derivante*”) sia all’elemento relativo (“*riduzione dei tempi di esecuzione dei lavori*”);

-- la tabella degli elementi di valutazione offerta economicamente più vantaggiosa (pag. 31 del Disciplinare) Offerta tempo – E, reca una formulazione (“*tempo derivante dall’offerta di riduzione dei tempi di esecuzione dei lavori*”) del tutto coincidente con quelle già esaminata in relazione al paragrafo 16.

15.7. Non potendosi cogliere piena univocità delle disposizioni di gara a favore di nessuna delle due alternative linee di lettura, il motivo va integralmente respinto, anche nei rilievi di carattere processuale riferiti alla presunta acquiescenza che il RTI Eteria avrebbe prestato rispetto a disposizioni della legge di gara (art. 16) asseritamente lesive dei suoi interessi ma in realtà - per quanto si è detto - una volta

lette nel *corpus* organico delle previsioni di gara, non immediatamente percepibili come di sicuro e chiaro effetto lesivo.

16. Stante l'esito della lite - che è di reiezione di entrambi gli appelli, principale e incidentale - le spese del presente grado di giudizio vengono integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge sia l'appello principale che l'appello incidentale.

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

Pier Luigi Tomaiuoli, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO