

Publicato il 08/03/2022

N. 01554/2022 REG.PROV.COLL.

N. 04009/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4009 del 2021, proposto da [REDACTED] Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati [REDACTED] ni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di [REDACTED] in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato [REDACTED] con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Centrale Unica di Committenza dei Comuni di [REDACTED] (non costituita in giudizio);

nei confronti

[REDACTED] Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Ausiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli, alla Via Generale G. Orsini, n. 46;

per l'annullamento

- a – della determinazione n. [REDACTED] del 24.08.2021, con la quale il Comune di [REDACTED] ha disposto l'aggiudica dei lavori di “riqualificazione del centro storico – quartiere Vescovado” in favore della controinteressata;
- b – ove e per quanto occorra, del verbale n. 8 del 16.06.2021, recante la proposta di aggiudica, nonché di tutti gli altri verbali di gara;
- c – ove e per quanto occorra, della nota del 29.07.2021, con la quale la Centrale Unica di Committenza ha fornito i chiarimenti chiesti dal R.U.P. e della successiva determinata del 06.08.2021, richiamate nel provvedimento sub a);
- d - degli atti istruttori relativi alla verifica dei requisiti, non conosciuti;
- e - di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;
- nonché per l'accertamento e la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla Stazione appaltante - ai sensi dell'art. 121 c.p.a. – o, in subordine, ai sensi dell'art. 122 c.p.a. nonché del diritto della ricorrente a subentrare nel contratto stipulato ai sensi dell'art. 124 c.p.a., dichiarando, altresì, sin da ora, la disponibilità nel relativo subentro.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di [REDACTED] e della [REDACTED] Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2022 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 30 settembre 2021 e depositato il successivo 4 ottobre, la ██████ Costruzioni ha premesso che con determina n. 40 del 12.01.2021, il Comune di ██████ ha indetto una procedura ad evidenza pubblica ai fini dell'esecuzione dell'intervento di "Riqualficazione del centro storico – Quartiere Vescovado", per l'importo complessivo a base d'asta di € 1.217.447,79, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con determina n. ██████ del 24.08.2021, il Comune di ██████ ha approvato i verbali di gara e disposto l'aggiudicazione in favore della controinteressata ██████ Costruzioni S.r.l., mentre la ██████ Costruzioni si classificava al secondo posto.

Avverso l'aggiudicazione e gli atti in epigrafe dettagliati la ██████ Costruzioni ha proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio, chiedendone l'annullamento previa sospensione degli effetti, sulla base delle seguenti censure.

I) Violazione di legge (art. 80 - comma 3 d.lgs. n. 50/2016 in relazione all'art. 14 del disciplinare - art. 97 Cost.) - eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto - di istruttoria - erroneità manifesta).

La ricorrente lamenta la violazione dell'art. 80, co. 3 del codice dei contratti e del punto 14.3.2 del disciplinare che, in applicazione della disposizione del codice, prescriveva ai concorrenti di allegare alla domanda la dichiarazione "*resa da tutti i soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80 in conformità all'allegato B*"; sennonché rileva parte ricorrente la dichiarazione sarebbe stata resa cumulativamente dal solo rappresentante legale senza neppure indicare i nominativi degli esponenti a cui essa si riferiva.

II) Violazione di legge (art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 ed art. 16 del disciplinare - art. 97 Cost.) - eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto – di istruttoria - erroneità manifesta).

L'offerta tempo sarebbe formulata con il solo ribasso percentuale senza indicare il numero di giorni concretamente proposto e il cronoprogramma ometterebbe di

considerare due zone di lavorazione che invece sono contemplate dal cronoprogramma posto a base di gara. In particolare i concorrenti avrebbero dovuto indicare i tempi di lavorazione riferiti a ciascuna delle 6 zone, laddove l'aggiudicataria controinteressata ne avrebbe indicate solo 4, ciò renderebbe l'offerta indeterminata ed incerta.

III) Violazione di legge (artt. 83 e 97 del d.lgs. n. 50/2016 ed art. 16 del disciplinare - art. 97 Cost.) - eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto - di istruttoria - erroneità manifesta).

L'omissione delle predette zone nel cronoprogramma oggetto di offerta renderebbe quest'ultima inattendibile, come dimostrerebbe l'indicazione nel cronoprogramma di 220 giorni per la realizzazione dell'intervento ritenuti insufficienti dalla stessa Centrale Unica di Committenza del Comune di [REDACTED] (cfr. nota di chiarimenti della CUC al RUP e verbale n. 7), con conseguente inammissibilità dell'offerta tempo ed esclusione dell'offerta.

IV) Violazione di legge (art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 ed art. 16 del disciplinare - art. 97 Cost.) - eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto - di istruttoria - erroneità manifesta).

La riduzione dei tempi di lavorazione proposta dalla controinteressata non troverebbe adeguata giustificazione, non potendosi ritenere sufficiente il mero incrementare il numero di risorse umane da destinare ai cantieri. Senonché, secondo la ricorrente, tali giustificazioni sarebbero carenti, tenuto anche conto dei segnalati vizi del cronoprogramma, di informazioni dettagliate in ordine al numero di operai, dei dettagli delle lavorazioni e degli accorgimenti tecnici e delle soluzioni adottate per ridurre i tempi di lavorazione.

V) Violazione di legge (art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 ed art. 16 del disciplinare - art. 97 Cost.) - eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto - di istruttoria - erroneità manifesta).

L'offerta della controinteressata confliggerebbe poi con la legge speciale di gara che escludeva offerte migliorative che presupponessero il conseguimento di autorizzazioni o nulla osta; a ciò si aggiunga, prosegue parte ricorrente, che l'intervento migliorativo della controinteressata comporterebbe interventi del tutto estranei alla progettazione posta a base di gara. Infine la proposta migliorativa avrebbe dovuto essere formulata con un sufficiente grado di dettaglio che difetterebbe invece in quella della ██████ Costruzioni S.r.l.

A fronte di tali considerazioni, la ricorrente sostiene che l'offerta della controinteressata sarebbe inammissibile in quanto non solo viola il disciplinare di gara, ma, subordinando la relativa esecuzione al conseguimento di ulteriori autorizzazioni, deve ritenersi condizionata; detta offerta non poteva essere valutata dalla P.A.; la controinteressata, prosegue parte ricorrente, andrebbe esclusa ovvero, a tutto voler concedere, andrebbero decurtati i n. 8 punti previsti dal disciplinare di gara per il criterio cui ha concorso detta opera. A ciò parte ricorrente aggiunge che l'intervento migliorativo riguarderebbe una zona che il cronoprogramma non menziona nemmeno.

VI) Violazione di legge (art. 18 del disciplinare ed art. 3 della l. n. 241/1990 - art. 97 Cost.) - eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto - di istruttoria - erroneità manifesta) – disparità di trattamento – violazione *par condicio*.

Errata sarebbe poi anche l'attribuzione del punteggio alla ██████ Costruzioni, tenuto conto che il valore dell'offerta migliorativa elaborata dalla ricorrente sarebbe di gran lunga superiore a quella della controinteressata.

Si sono costituiti in resistenza il Comune di ██████ e la controinteressata ██████ Costruzioni, articolando difese e producendo documenti.

Con ordinanza 20 ottobre 2021, n. 1796 questa sezione ha respinto l'istanza cautelare così motivando: “*i) le dichiarazioni ex art. 80, co. 3, del d.lgs. n. 50/2016 possono essere rese per conto degli esponenti ivi menzionati anche dal rappresentante legale, come*

avvenuto nella fattispecie in cui i primi sono stati identificati sulla base della documentazione disponibile, senza considerare che l'esito positivo dei controlli eseguiti dalla stazione appaltante delinea la natura formale della dedotta violazione;

ii) le rilevate discrasie tra cronoprogramma e offerta tempo della controinteressata non paiono idonee a pregiudicare l'integrità di quest'ultima, attesa la prevalenza dei dati in essa indicati;

iii) il lamentato difetto di corrispondenza tra la suddivisione in zone operata dalla stazione appaltante e quella prospettata dalla controinteressata nella propria relazione ben può derivare, come prefigurato dalle convenute, dalle modalità organizzative prescelte per l'esecuzione dell'appalto che rientrano nell'ambito dell'autonomia imprenditoriale dei concorrenti;".

Le parti hanno insistito con le memorie ex art. 73 c.p.a. nelle proprie rispettive deduzioni ed eccezioni e alla pubblica udienza del 26 gennaio 2022 la causa è stata introitata in decisione.

Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente lamenta la violazione della legge di gara e dell'art. 80, co. 3, del codice dei contratti in quanto la ██████████ Costruzioni srl avrebbe reso, per il tramite del proprio rappresentante legale, una dichiarazione cumulativa per gli esponenti della società, peraltro non nominativamente individuati, in ordine ai requisiti generali di cui all'art. 80 D.Lgs. 50/2016, mentre essa avrebbe dovuto essere resa da ciascuno di essi.

Il rilievo è destituito di fondamento.

In punto di fatto occorre rilevare che gli esponenti della società controinteressata sono stati tutti specificamente individuati sia nel DGUE, sia nel modulo dichiarazioni aggiuntive alla sezione 2, riferita proprio ai soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80 del codice.

Peraltro, nei chiarimenti forniti agli operatori prima della gara, la stazione appaltante ha stabilito che "2) In merito all'allegato B è obbligatorio che sia prodotto da tutti i soggetti di cui all' articolo 80 comma 3 o come indicato dall'Anac può dichiarare l'amministratore assumendone piena responsabilità per conto dei suddetti soggetti di all'art. 80 c.

3 del D.Lgs 50/2016”), precisando che “la dichiarazione di cui all’allegato “B” può essere resa dal legale rappresentante in nome e per conto dei soggetti di cui al comma 3 dell’art. 80. Resta ferma l’applicazione delle sanzioni penali previste dall’articolo 76 del D.P.R. n. 445/2000”.

Se è pur vero che i chiarimenti non possono derogare alle previsioni della legge di gara che siano sufficientemente chiare, è altresì vero che da tempo la giurisprudenza anche di questo Tribunale ha chiarito che le dichiarazioni ex art. 80 del codice dei contratti, possono essere rese anche dal solo rappresentante legale per conto degli altri esponenti, affermando che “la dichiarazione cumulativa, ai sensi dell’art. 80 D.Lgs. n. 50 del 2016 citato, è ammessa dalla giurisprudenza amministrativa, purché i nominativi siano facilmente individuabili o con la relativa indicazione dei dati identificativi e delle relative cariche” (cfr. TAR Napoli, Sez. III, n. 2864/2020, che richiama: Cons. di St., Adunanza Plenaria, n. 16/2014; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 16.03.2020, n.486), ciò è quanto avvenuto nel caso di specie in cui dalla documentazione prodotta dalla controinteressata risultava la lista degli esponenti per conto dei quali la dichiarazione cumulativa è stata resa.

Con i motivi II, III e IV di ricorso parte ricorrente lamenta che il cronoprogramma, che secondo la legge di gara avrebbe dovuto dettagliare il contenuto dell’offerta tempo, ometterebbe di considerare due zone nelle quali l’intervento si sarebbe dovuto svolgere e che in base al disciplinare di gara avrebbero dovuto comportare una durata delle lavorazioni di 70 giorni. Ciò comporterebbe l’inaffidabilità dell’offerta tempo. Inoltre vi sarebbe discordanza tra l’offerta tempo e il computo dei giorni di lavorazione sulla base del cronoprogramma predisposto dalla controinteressata, senza considerare che la riduzione dei tempi di lavorazione proposta dalla ██████ Costruzioni.

Il rilievo non coglie nel segno.

Deve rilevarsi che l’art. 16 del disciplinare, a pena di esclusione, che i concorrenti debbano, tra l’altro, allegare all’offerta: “a) offerta temporale redatta sotto forma di

autocertificazione... . . .; b) cronoprogramma con previsione di riduzione della tempistica stabilita nel progetto a base di gara... . . .”. Tali documenti sono stati concretamente allegati all’offerta della controinteressata ed eventuali lacune del cronoprogramma non si traducono nell’inammissibilità dell’offerta considerato che, come rilevato dal Comune convenuto, nell’offerta temporale viene indicato un ribasso sul tempo di esecuzione del 45,778% (indicato anche in lettere) che si traduce, attraverso una semplice operazione matematica, in 244 giorni di lavoro, pari alla differenza tra il tempo posto a base di gara (450 giorni) e il ribasso offerto (206 giorni).

È noto infatti che ciò che fa fede ai fini della vincolatività dell’offerta, inclusa quella tempo, è il ribasso indicato in cifre nell’offerta, dovendo riconoscersi, come rilevato dalla giurisprudenza, che tale regola sia espressione di un principio di carattere generale (cfr. Ad. Plen. Cons. Stato, n.10/2015), sicché eventuali difformità ovvero incongruenze tra il cronoprogramma e l’offerta tempo possono, se necessario, trovare risposta nelle forme della regolarizzazione mediante richieste di chiarimenti.

Ciò è quanto rilevato, in termini, anche dalla giurisprudenza del giudice di appello secondo cui: *“il cronoprogramma, documento effettivamente prodotto, deve rappresentare alla stazione appaltante sotto il profilo cronologico le singole fasi di cui si compone di intervento, tra l’altro del tutto diverse tra di loro, dall’allestimento cantiere alle demolizioni e rimozioni sino alla rimozione dell’area di discarica, così che di per sé la sua funzione non è quella di indicare il termine finale delle attività, quanto piuttosto quella di descrivere le varie fasi dell’intervento secondo la loro durata. Il fatto dunque che il tempo indicato nell’offerta – tempo non coincida esattamente con quello indicato nel cronoprogramma (nel senso ora indicato) non può costituire di per sé motivo di indeterminatezza dell’offerta (e di sua automatica esclusione), dovendo ammettersi che, anche in questo caso, possa trovare ingresso il c.d. soccorso istruttorio, volto a chiedere chiarimenti e puntualizzazioni, tanto più che significativamente il tempo indicato nel*

cronoprogramma è addirittura inferiore a quello indicato nell'offerta – tempo ...” (così Cons. Stato, sez. V, n. 4101/2017).

In altre parole, ciò che rileva in termini di effettività del vincolo assunto dagli operatori economici è quanto indicato nell'offerta, di modo che eventuali ulteriori fabbisogni di risorse per rispettare la tempistica proposta saranno sopportati dall'offerente che ha assunto lo specifico obbligo contrattuale (TAR Liguria, Genova, Sez. I, n. 121/2021); senza che quanto qui sostenuto comporti una dequotazione del ruolo del cronoprogramma la cui inconsistenza ovvero contraddittorietà con l'offerta tempo può condurre finanche all'esclusione del concorrente, purché non riesca a giustificarle mediante i chiarimenti richiesti dall'Amministrazione.

Per quanto attiene alla questione, dedotta da parte ricorrente, secondo cui il cronoprogramma dell'aggiudicataria non avrebbe tenuto conto dell'omessa menzione di due importanti aree di intervento, il Collegio rileva che il disciplinare prevede unicamente che il cronoprogramma indichi non le 'zone' di lavorazione, ma, cosa ben diversa, i tempi di esecuzione di ogni singola 'fase' lavorativa.

Tali fasi dipendevano dal modo in cui ciascun operatore economico partecipante alla selezione decideva di organizzare l'intervento senza imporre uno schema predeterminato o l'esplicita menzione delle diverse zone in cui l'intervento doveva effettuarsi, ferma restando l'immediata vincolatività dell'impegno assunto con l'offerta tempo.

Sotto questo profilo risulta arbitraria la ricostruzione operata dalla ricorrente secondo cui il cronoprogramma della controinteressata recherebbe una riduzione dei tempi dell'intervento superiore al 50%, così violando la soglia stabilita dal disciplinare di gara.

Deve infatti ribadirsi che oggetto di considerazione, in base alla legge di gara, è solo l'offerta tempo che conteneva un ribasso del 47,778 pari a 244 giorni di

lavorazione, mentre ogni diverso conteggio non può che fondarsi su di un'inferenza induttiva che non trova riscontro nel dato certo consistente nell'offerta economica. Neppure può avallarsi l'ulteriore censura secondo cui la somma della durata degli interventi per come indicati nel cronoprogramma condurrebbe ad un risultato superiore a quanto proposto nell'offerta tempo. Sul punto, rileva il Collegio, che la ricorrente ha operato una mera sommatoria dei tempi di lavorazione, senza tener conto della possibile sovrapposizione di più fasi, come effettivamente obiettato dalla controinteressata.

Proprio per la diversa natura dell'offerta tempo e del cronoprogramma, risulta improprio ogni tentativo di sovrapposizione fra di essi al fine di dimostrare eventuali discordanze, le quali, come detto, possono al più giustificare una richiesta di chiarimenti, ma non anche l'esclusione ovvero l'azzeramento del punteggio, collegato alla violazione delle soglie fissate nella legge di gara.

Sotto questo profilo risulta generica la censura con cui parte ricorrente lamenta la mancata giustificazione dell'offerta tempo, atteso che parte ricorrente finisce per sovrapporre il proprio giudizio a quello della commissione di gara senza però indicare le ragioni per le quali quest'ultimo risulterebbe incongruente ovvero illogico.

In tal senso il motivo si mostra inammissibilmente generico.

Con il V motivo di ricorso, la società ██████████ Costruzioni srl lamenta la violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 16 del disciplinare, dell'art. 97 Cost., asserendo che per l'esecuzione dell'intervento proposto dalla controinteressata occorrerebbe un intervento autorizzativo del Comune in violazione della legge di gara che precludeva offerte condizionate ad atti di assenso o pareri (punto A2 dei criteri di valutazione).

Il motivo non merita positiva considerazione.

Deve rilevarsi in punto di fatto che il riferimento all'approvazione del Comune è riferita ad un intervento non rientrante nell'ambito dell'offerta migliorativa a cui faceva invece riferimento il criterio sub A2 del disciplinare, con la conseguenza che la regola dettata dal citato punto A2 non risulta applicabile al caso di specie. Come rilevato dal resistente Comune, la commissione di gara non ha valutato tale intervento ai fini dell'attribuzione degli 8 punti in quanto la proposta era priva della progettazione di livello esecutivo prescritta dalla *lex specialis* (comunque non a pena di esclusione).

Tale intervento risulta infatti un'opera aggiuntiva rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta, per la quale nessun punteggio è stato attribuito in conformità al disposto di cui all'art. 95, comma 14 bis, d.lgs. 50/2016.

In ogni caso, secondo la giurisprudenza, il carattere 'condizionato' può essere riconosciuto esclusivamente all'offerta non suscettibile di valutazione in quanto non attendibile, univoca e, dunque, inidonea a manifestare una volontà certa e inequivoca dell'impresa di partecipare alla gara (Cons. Stato n. 248/2010 e n. 5583/2004). Non rientra, dunque, nella categoria così delimitata l'offerta in cui l'operatore economico si sia impegnato immediatamente e senza limiti alla realizzazione dell'opera, anche laddove essa richieda il previo rilascio da parte di altra pubblica amministrazione di titoli abilitativi (Cons. Stato, sez. V, 6085/2017, C.G.A.R.S., n. 37/2017).

Con il VI motivo di ricorso la ██████████ Costruzioni lamenta la violazione dell'art. 18 del Disciplinare in assunto violato, in quanto la commissione di gara avrebbe attribuito in maniera del tutto illogica il punteggio relativo all'offerta migliorativa con particolare riferimento al punto A2 03) inerente alle tecniche migliorative illuminotecniche.

La censura non può trovare accoglimento, in quanto l'ampia discrezionalità della commissione di gara nell'attribuzione dei punteggi, come noto, non può essere

sostituita da una diversa valutazione operata in sede giurisdizionale, salva la palese irrazionalità o illogicità della scelta operata; sennonché non emergono indizi di tale pretesa illogicità, in quanto parte ricorrente si limita ad addurre, a supporto della propria contestazione, il maggior valore in termini economici della soluzione illuminotecnica proposta, ma tale circostanza, seppure rispondesse al vero, non dimostrerebbe ex sé la prevalenza della soluzione proposta dalla ricorrente che, a mente del disciplinare, premia i progetti che valorizzino gli edifici di pregio e le loro pertinenze, con la conseguenza che il punteggio costituisce la risultante non solo della qualità delle illuminazioni, ma anche del modo in cui esse verranno dispiegate nelle varie zone e con riferimento agli specifici edifici.

In definitiva tutte le censure si rivelano infondate e il ricorso deve conseguentemente essere respinto.

Le spese del giudizio in considerazione della complessità e relativa novità di alcune delle questioni trattate possono esse integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese del presente giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere

Domenico De Falco, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico De Falco

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO