

Sentenza del T.A.R. Campania – Salerno – n. 1296 del 18/05/2022

Massima: *La richiesta volta ad ottenere delucidazioni sulla mera interpretazione dell'offerta tecnica non implica che i chiarimenti resi costituiscano una modifica dell'offerta tecnica presentata in gara, sempre che non apportino correzioni ma siano limitati a specificare la portata di elementi già contenuti nella stessa offerta» (Cons. Stato, sez. V, 27/01/2020, n.680).*



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1984 del 2021, proposto dal Consorzio Stabile Infratech S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Guido Lenza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Pontecagnano Faiano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Napoliello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Centrale Unica di Committenza dell'Area Sele - Picientini Istituita Presso il Comune Capofila di Bellizzi – Area C.U.C., non costituito in giudizio;

nei confronti

Consorzio Stabile Grandi Opere S.C. A R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Di Lieto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

a. della Determinazione del responsabile dell'Area CUC n. 834 del 18.11.2021, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura di pubblica evidenza preordinata alla

assegnazione dei “Lavori di ampliamento e adeguamento sismico, energetico e funzionale dell'edificio esistente adibito a scuola primaria e secondaria di 1 grado A. Moscati in località Faiano (1^ e 2^ Stralcio) CIG 870159602F” in favore del Consorzio Stabile Grandi Opere S.c.a.r.l.;

b. della Determinazione del responsabile dell'Area CUC n. 489 del 29.06.2021, recante l'approvazione dei verbali di gara e la proposta di aggiudicazione della procedura richiamata sub a;

c. della nota del 15.11.2021 (non conosciuta e richiamata nel provvedimento impugnato sub a) con la quale la CUC “ha comunicato di aver ultimato, con esito positivo, sia la verifica della congruità dell'offerta e della manodopera sia la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo al concorrente primo in graduatoria”;

d. di tutte le operazioni di gara e, precisamente, dei verbali della Commissione Giudicatrice n. 1 del 25.05.2021, n. 2 del 01.06.2021, n. 3 del 17.06.2021, n. 4 del 24.06.2021, n. 5 del 24.06.2021, n. 6 del 15.10.2021 (Verifica documentazione giustificativa), n. 7 del 21.10.2021 (Verifica documentazione giustificativa), n.8 del 11.11.2021 (Verifica documentazione giustificativa) nella sola parte in cui la CUC non ha disposto l'esclusione del GOP dalla procedura di gara e/o lo ha collocato in una posizione più utile in graduatoria rispetto al ricorrente;

e. ove medio tempore adottato, del provvedimento con il quale il Comune di Pontecagnano Faiano ha disposto l'approvazione/adozione/recepimento degli atti di gara perfezionati dalla CUC, non conosciuto;

f. ove occorra, della nota del R.U.P. del Comune di Pontecagnano Faiano prot. n. 10798 del 25.06.2021, richiamata nel provvedimento impugnato sub b, non conosciuta;

g. ove occorra, della nota della Commissione Giudicatrice prot. n. 10896 del 29.06.2021, richiamata dal provvedimento impugnato sub b, non conosciuta;

h. ove occorra, della nota del R.U.P. del Comune di Pontecagnano Faiano prot. n. 0027721/2021 del 01.07.2021, di avvio del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del Consorzio GOP, nonché di tutta la corrispondenza intercorsa tra le parti non conosciuta ancorché ritualmente richiesta in sede di accesso;

i. di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e consequenziale; nonché

per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, qualora già stipulato o in corso di stipulazione, e per l'accertamento del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della relativa commessa, subentrando, ove del caso, nell'esecuzione della stessa e, in subordine, per il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi dalla ricorrente per effetto dell'esecuzione degli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pontecagnano Faiano e del Consorzio Stabile Grandi Opere S.C. A R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2022 il dott. Fabio Di Lorenzo e uditi per le parti i difensori Criscuolo Sabato (in dichiarata sostituzione dell'avv. Napoliello Maria);

1. Il Consorzio Stabile Infratech S.C.A.R.L. ha impugnato, unitamente agli atti connessi e presupposti, la Determinazione del responsabile dell'Area CUC n. 834 del 18.11.2021, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura di pubblica evidenza preordinata alla assegnazione dei "Lavori di ampliamento e adeguamento sismico, energetico e funzionale dell'edificio esistente adibito a scuola primaria e secondaria di 1 grado A. Moscati in località Faiano (1^ e 2^ Stralcio) CIG 870159602F" in favore del Consorzio Stabile Grandi Opere S.c.a.r.l., nonché la Determinazione del responsabile dell'Area CUC n. 489 del 29.06.2021, recante l'approvazione dei verbali di gara e la proposta di aggiudicazione della procedura.

In particolare, parte ricorrente ha lamentato che con riferimento alla componente tempo l'offerta del Consorzio GOP era da considerarsi indeterminata.

Si è costituita la parte aggiudicataria controinteressata Consorzio Stabile Grandi Opere S.c.a.r.l., eccependo la tardività del ricorso, nonché, nel merito, la sua infondatezza.

Si è costituito anche il Comune di Pontecagnano Faiano, rilevando l'infondatezza del ricorso.

All'esito dell'udienza pubblica di discussione svolta nel giorno 11 maggio 2022, il Collegio ha riservato la decisione.

2. In via preliminare occorre esaminare l'eccezione di tardività del ricorso formulata dalla controinteressata, secondo cui il ricorso è tardivamente proposto in quanto l'atto lesivo, che avrebbe dovuto essere tempestivamente impugnato, è la Determina della CUC n. 489 del 29.06.2021, asseritamente il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Il rilievo tuttavia è infondato. La determina del 29.6.2021 non ha carattere autonomamente lesivo, in quanto integra solo atto di approvazione dei verbali e mera proposta di aggiudicazione ai sensi dell'art. 33 c. 1 d.lgs. 50/2016. Viceversa l'atto lesivo è costituito dal provvedimento impugnato, cioè la Determinazione del responsabile dell'Area CUC n. 834 del 18.11.2021, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione, a seguito delle verifiche necessarie, svolte successivamente al provvedimento del 29.6.21, in ordine all'eventuale carattere anomalo dell'offerta e in ordine al possesso dei requisiti dell'aggiudicataria. Quindi la tempestività dell'impugnazione, contrariamente a quanto sostenuto dalla controinteressata, deve essere parametrata non rispetto al provvedimento del giorno 29.6.2021, ma a quello del giorno 18.11.2021, il quale, ha sostenuto parte ricorrente, "è stato pubblicato sulla piattaforma di e-procurement della Stazione appaltante soltanto in data 29.11.2021, unitamente alla determina n. 834 del 18.11.2021".

Quindi il ricorso, notificato in data 17.12.2021 e depositato in data 28.12.2021, è tempestivo.

3. Le doglianze di parte ricorrente si incentrano sull'elemento temporale dell'offerta, in tesi ritenuto indeterminabile, così inficiando l'offerta dell'aggiudicataria. Parte ricorrente ha prospettato un contrasto tra offerta tempo e cronoprogramma, in quanto nell'ambito del documento offerta tempo l'aggiudicataria avrebbe offerto un ribasso di 216 giorni rispetto al valore di 450 a base di gara manifestando la volontà di ultimare l'affidamento in 234 giorni naturali e consecutivi, mentre nell'ambito del cronoprogramma l'aggiudicataria avrebbe indicato un intervallo temporale compreso tra il giorno 31.05.2021 e il giorno 21.04.2022 manifestando così la volontà di eseguire i lavori in 325 giorni naturali e consecutivi.

Parte ricorrente ha inoltre evidenziato che con nota prot. n. 0027721/2021 del 01.07.2021, il Comune e la CUC hanno avviato il procedimento di verifica di congruità dell'offerta del Consorzio GOP, nell'ambito del quale hanno consentito all'aggiudicatario di produrre un nuovo cronoprogramma per emendare quello reso in sede di gara, con ciò però modificandosi l'offerta.

Parte ricorrente ha inoltre lamentato un ulteriore asserito profilo di indeterminatezza dell'offerta in quanto l'aggiudicatario nell'offerta avrebbe indicato di voler tener conto "della prevedibile incidenza dei giorni di andamento stagionale sfavorevole, nonché della chiusura dei cantieri per eventuali festività".

Sul punto l'aggiudicatario si è difesa sostenendo che non sussiste alcun effettivo contrasto tra offerta e cronoprogramma, sia perché non sono contenute previsioni diverse, sia perché, in ogni caso, in base alle previsioni del disciplinare di gara prevale quanto indicato nell'offerta, così che l'unico elemento da prendere in considerazione per verificare quale sia il ribasso proposto con riferimento al criterio di valutazione "offerta tempo" e per attribuire il relativo punteggio è solo ed esclusivamente il ribasso indicato in giorni sui tempi di esecuzione dei lavori, risultando irrilevante, pertanto, a tal fine il cronoprogramma, la cui sola funzione è descrivere "l'avanzamento percentuale dei lavori senza alcun riferimento ai prezzi". Inoltre l'aggiudicatario ha escluso anche il contrasto nei contenuti, in quanto il cronoprogramma riporta sin dal primo rigo che i giorni di lavorazione sono n. 234, cioè un numero corrispondente al ribasso di 216 giorni formulato sui 450 indicati dalla stazione appaltante (sottraendo il ribasso di 216 giorni ai 450 giorni indicati dalla stazione appaltante, si ricava il n. 234 di giorni, così che non vi sarebbe alcuna diversità di indicazione tra offerta e cronoprogramma.

Il Collegio ritiene che la doglianza di parte ricorrente sia infondata. L'asserito contrasto lamentato dalla ricorrente, secondo cui l'aggiudicatario nell'offerta tempo avrebbe manifestato la volontà di ultimare l'affidamento in 234 giorni naturali e consecutivi mentre nel cronoprogramma avrebbe palesato l'intenzione di eseguire i lavori in 325 giorni naturali e consecutivi, è confutata dal rilievo che anche il GANT allegato al cronoprogramma sin dal primo rigo che i giorni di lavorazione sono 234, e inoltre la "relazione tecnica esplicativa del cronoprogramma" testualmente indica che «Dai calcoli effettuati è risultato che per la completa esecuzione dei lavori sono necessari 234 (duecentotrentaquattro) giorni naturali e consecutivi»; quindi è smentita ogni contraddizione tra offerta tempo e cronoprogramma, non sussistendo alcuna indeterminatezza dell'offerta. Per maggiore chiarezza, va richiamata la Nota del 15.7.2021, con cui il Consorzio Stabile Grandi Opere Scarl ha precisato che *«riguardo al numero di giorni necessari per completare le lavorazioni previste in progetto si è tenuto conto, ovviamente, di quanto offerto in sede di gara dal Consorzio scrivente, ovvero 234 (duecentotrentaquattro) giorni naturali e consecutivi dalla consegna anziché i 450 giorni previsti dal cronoprogramma progettuale; in tal senso si significa che i valori indicati nella colonna 3 "Durata in giorni lavorativi attività lavorativa" del documento denominato 3_Modello OP_Tabella verifica congruità costi manodopera rappresentano i giorni di "effettivo utilizzo" della manodopera, ossia i giorni in cui le squadre di operai effettivamente svolgeranno la loro opera in cantiere. I giorni di "effettivo utilizzo" sono ovviamente ricompresi nel periodo contrattuale (234 giorni "naturali e consecutivi"), ma non vi è coincidenza tra i due valori: i giorni di "effettivo utilizzo" sono giorni feriali, mentre il periodo contrattuale, formato da giorni "naturali e consecutivi", comprende anche giorni festivi nei quali le unità lavorative non saranno impiegate»*.

Chiarito quindi che dalla lettura complessiva del cronoprogramma emerge che non vi è alcun contrasto con l'offerta, non è censurabile che la stazione appaltante abbia consentito al controinteressato di presentare un nuovo cronoprogramma per maggiore chiarezza sul computo dei giorni di lavorazione, in quanto ciò non integra una modifica della domanda, dato che anche nel vecchio cronoprogramma, correttamente letto, è indicato che l'affidamento sarebbe stato ultimato in 234 giorni naturali e consecutivi; ciò è possibile all'esito del soccorso procedimentale, il quale non

comporta modifica dell'offerta, ma solo chiarimenti sull'offerta. Sul punto, l'aggiudicataria con Nota del 20.7.2021 ha precisato infatti che «*in allegato alla documentazione trasmessa in data 15 luglio u.s. è stato allegato anche il Diagramma di GANTT opportunamente rettificato in quanto quello inserito in fase di gara nell'Offerta Tempo riportava, a causa di un errore di digitazione, delle date di inizio/fine lavori errate*» (cfr. all. 8 di parte ricorrente). Sotto tale ultimo profilo, la giurisprudenza si è espressa in questi termini: «*Il Consiglio di Stato, nei pareri relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 e del "correttivo" di cui al d.lgs. n. 56/2017, resi dalla Commissione speciale (n. 855 del 21 marzo 2016; n. 782 del 22 marzo 2017) ha sottolineato, in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare un 'soccorso procedimentale', nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio', in virtù del quale possano essere richiesti, in caso di dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell'offerta. Si tratta, in particolare, di quei chiarimenti che, per la giurisprudenza, sono ammessi, in quanto finalizzati a consentire l'interpretazione delle offerte e ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte (Cons. Stato, V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487). La richiesta volta ad ottenere delucidazioni sulla mera interpretazione dell'offerta tecnica non implica che i chiarimenti resi costituiscano una modifica dell'offerta tecnica presentata in gara, sempre che non apportino correzioni ma siano limitati a specificare la portata di elementi già contenuti nella stessa offerta*» (Cons. Stato, sez. V, 27/01/2020, n.680).

Peraltro, anche a prescindere dalle considerazioni appena svolte, ove pure fosse in ipotesi configurabile un contrasto tra offerta tempo e cronoprogramma, nella individuazione dei giorni di ultimazione dei lavori avrebbe prevalso quanto indicato nell'offerta tempo, senza alcuna indeterminatezza dell'offerta.

Infatti dal Disciplinare di gara emerge la previsione della prevalenza dell'offerta tempo nella individuazione dei giorni di lavorazione:

- Il punto 4 del Disciplinare ha previsto che «Essendo oggetto di offerta, il tempo di esecuzione sarà comunque quello derivante dall'offerta formulata in sede di gara»;

- Il punto 17 del Disciplinare prevede che «Nella busta digitale "Offerta economica" devono essere contenuti, a pena di esclusione dalla gara, i seguenti documenti:

a) offerta tempo, contenente il ribasso in giorni sui tempi di esecuzione dei lavori, posto a base d'asta pari a 450;

giorni naturali e consecutivi. (...);

c) cronoprogramma, che descriva l'avanzamento percentuale dei lavori senza alcun riferimento ai prezzi», ricavandosi che l'indicazione del ribasso in giorni (cioè il profilo per cui è causa) è affidata all'offerta tempo, mentre il cronoprogramma ha la diversa funzione di indicazione dell'avanzamento percentuale dei lavori;

- Il punto 18 ai fini dell'attribuzione dei punteggi fa riferimento all'offerta tempo e non al cronoprogramma;

- Il punto 18.1 del Disciplinare, richiamando testualmente l'«OFFERTA TEMPO», prevede che «Il tempo utile per ultimare i lavori compresi nell'appalto è quello definito in sede d'offerta ed accettato dall'amministrazione aggiudicatrice. Esso non dovrà essere superiore a 450 (quattrocentocinquanta)

giorni naturali e consecutivi decorrenti dalla data di consegna e comunque», così che il numero di giorni per ultimare i lavori è quello risultante dall'offerta tempo, mentre tale rilevanza non è stata riconosciuta anche al cronoprogramma, il quale, in base al Disciplinare, ha la diversa funzione di indicare l'avanzamento percentuale dei lavori.

4. Il ricorso pertanto è respinto.

5. Le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, e condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione resistente e di parte controinteressata, liquidandole in favore di ciascuno nella somma di euro 2.000,00 (duemila/00), oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Fabio Di Lorenzo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Fabio Di Lorenzo

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi