



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 2179/15 R.G., proposto da:  
I.G.M. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, Via P. Colletta, 12;

*contro*

Comune di **Pastorano**, in persona del Sindaco p.t. rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Troisi, con domicilio in Napoli, presso la Segreteria del T.A.R. Campania;

*nei confronti di*

Dlm Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Roma, con domicilio eletto presso Raffaele Mastrantuono in Napoli, Riviera di Chiaia N.215;

*per l'annullamento*

della determinazione del responsabile del servizio n. 40 del 17.3.2015 con la quale si e' provveduto ad aggiudicare definitivamente l'appalto dei lavori di

pavimentazione stradale e arredo urbano delle frazioni San Secondino e Pantuliano alla ditta D.l.m. Costruzioni srl.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di **Pastorano** e della Dlm Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del 7 ottobre 2015 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con bando del 3 ottobre 2014 il Comune di **Pastorano** indiceva una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento di lavori di pavimentazione stradale e arredo urbano delle frazioni di San Secondino e Pantuliano.

Ai fini del presente giudizio, va rilevato che la lex specialis aveva inserito tra le voci componenti l'offerta anche l'elemento «tempo», da esprimersi in giorni naturali e consecutivi necessari per lo svolgimento dei lavori; a pagina 23, il punto 12 del disciplinare prescriveva per l'offerta temporale l'allegazione di un «cronoprogramma dettagliato dei lavori, con il quale il concorrente evidenzi, mediante relazioni, grafici, disegni, tabelle ed ogni altro elaborato ritenuto opportuno e/o necessario allo scopo, il dettaglio dell'organizzazione dei mezzi d'opera e delle risorse umane impiegate (numero di squadre, consistenza delle singole squadre ecc.) nelle diverse componenti dell'opera, sì da far rilevare il numero di mezzi d'opera ed il personale che l'impresa, a cadenza settimanale, è in

grado di offrire e si impegna a mantenere per tutta la durata dei lavori». Al punto successivo, si prevedeva l'allegazione di «relazione descrittiva di organizzazione dei lavori che dimostri in termini analitici, le risorse previste di mezzi (di proprietà e a nolo) e uomini, i rispettivi rendimenti produttivi, le singole fasi lavorative, al fine di dimostrare il tempo offerto». Infine, si avvertiva che «qualora uno dei suddetti documenti non risulti presente, firmato o timbrato, e nel caso che l'offerta tempo risulti discordante tra gli elaborati e/o relazioni la commissione attribuirà un punteggio corrispondente al tempo massimo previsto dal C.S.A. (ossia 180 giorni)».

All'esito delle operazioni di gara prima classificata risultava I.G.M. Costruzioni s.r.l. con il punteggio di 80,603, seguita dalla DLM Costruzioni s.r.l. con 79,930 punti. A seguito di segnalazione della seconda classificata, la commissione si riuniva nuovamente per riesaminare l'offerta-tempo dell'aggiudicataria e della concorrente Consital, rilevando, alla seduta del 9 febbraio 2015, che queste «non dimostrano in termini analitici quanto riportato al punto 3, paragrafo 12 del bando disciplinare di gara e pertanto non viene considerata la riduzione del tempo offerto (da 180 giorni a 150 giorni), sicchè il punteggio loro attribuito è pari a punti zero». Di conseguenza, venendo invece confermati i dieci punti assegnati alla DLM Costruzioni s.r.l. per l'offerta tempo, all'esito della riformulazione della graduatoria, quest'ultima risultava prima classificata, mantenendo l'originario punteggio di 79,930 punti, mentre questa volta la I.G.M. Costruzioni s.r.l. si collocava in seconda posizione con 70,603 punti e terza giungeva la Consital con 69,154 punti.

Con determinazione dirigenziale n. 40 del 17 marzo 2015 la gara è stata definitivamente aggiudicata alla D.L.M. Costruzioni s.r.l.

Avverso tale provvedimento e contro i verbali e le operazioni di gara ha proposto ricorso a questo Tribunale la I.G.M. Costruzioni s.r.l. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento del danno.

La ricorrente ha proposto cinque mezzi di impugnazione.

Con la prima censura è stato dedotto che il paragrafo 12 del bando, relativamente all'offerta «tempo», aveva previsto che solo nei casi in cui il cronoprogramma e/o la relazione descrittiva fosse stata mancante o vi fosse stata discordanza tra tali documenti sarebbe stato possibile attribuire il punteggio pari al massimo tempo previsto, ossia per 180 giorni; nel caso di specie, invece, nessuna di tali condizioni si era verificata, per cui la commissione non avrebbe dovuto decurtare il punteggio in precedenza assegnato, sottraendo alla ricorrente dieci punti risultati decisivi ai fini dell'aggiudicazione.

Con il secondo motivo è stato evidenziato che la relazione tecnica sui tempi di esecuzione illustrava puntualmente tutto quanto richiesto dalla *lex specialis* riguardo alla giustificazione di sostenibilità dell'offerta temporale, anche alla luce della documentazione esibita dalla società ausiliaria Consorzio Stabile Real Europe. In terzo luogo, è stata contestata l'illegittimità del comportamento assunto dalla commissione che, piuttosto che procedere alla decurtazione di punteggio, avrebbe dovuto attivare il potere di soccorso istruttorio, onde ottenere tutti i chiarimenti necessari in ordine alla formazione e sostenibilità dell'offerta temporale.

Con il quarto motivo è stata lamentata l'ingiustificata disparità di trattamento riservato alla ricorrente rispetto alla DLM Costruzioni s.r.l., sebbene entrambe tali concorrenti per l'offerta temporale avessero allegato analoga documentazione, con la sola differenza per l'aggiudicataria della presentazione di una tabella esplicativa.

Infine, in via gradata, è stata dedotta l'illegittimità del bando di gara, ove interpretato nel senso di aver previsto parametri di valutazione degli elementi

dimostrativi del tempo offerto in modo incerto e vago, senza riferirsi alle specifiche prestazioni oggetto di contratto.

Si è costituito in giudizio il Comune di **Pastorano** concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, sollevando eccezione di inammissibilità per mancata impugnazione della nota n. 1055 del 23 febbraio 2015, con cui la stazione appaltante aveva respinto l'istanza di informazione di preavviso di ricorso di cui all'art. 243 bis del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Si è costituita in giudizio anche la DLM Costruzioni s.r.l. eccependo l'inammissibilità del ricorso per avere chiesto parte ricorrente indistintamente l'annullamento di tutti i verbali di gara, comprese anche le determinazioni inerenti alla valutazione della sua offerta, che, di conseguenza, potrebbero essere caducate, in contrasto con la sua domanda di conseguire l'aggiudicazione. Inoltre, parte ricorrente non avrebbe specificamente chiesto l'annullamento del verbale n. 12 del 9 febbraio 2015, relativo alla seduta in cui la commissione le aveva decurtato i dieci punti per l'offerta «tempo», poi rilevatisi decisivi ai fini dell'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Alla camera di consiglio del 13 maggio 2015, con ordinanza n. 950/15 è stata respinta la domanda cautelare, provvedimento riformato in grado di appello cautelare con ordinanza n. 2792/15 del 18 giugno 2015 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

All'udienza di discussione del 7 ottobre 2015, in vista della quale sono state depositate memorie conclusionali, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

Occorre preliminarmente respingere le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dalla difesa del Comune di **Pastorano** e della controinteressata.

Riguardo all'omessa impugnazione della nota del Comune di **Pastorano** recante il rigetto dell'istanza di attivazione del potere di autotutela in ordine al

provvedimento impugnato, in disparte il rilievo per cui tale atto figura nell'epigrafe del ricorso tra quelli di cui è stato chiesto l'annullamento, è comunque sufficiente richiamare quanto affermato da condivisibile giurisprudenza, secondo cui «il testo dell'art. 243bis lascia intendere che il legislatore non abbia voluto dar vita ad un procedimento contenzioso o paracontenzioso a tutela di una posizione giuridica soggettiva, ma solo offrire all'ente pubblico l'opportunità di un riesame in via di autotutela. Non a caso l'atto introduttivo non viene denominato "ricorso" ovvero "reclamo" o "opposizione", ma semplicemente: "informativa dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale"; e il silenzio non viene denominato "rigetto" o "rifiuto" ma semplicemente "diniego di (procedere in) autotutela". Dunque, a maggior ragione (rispetto alla disciplina del silenzio rigetto) pare quanto meno dubbio che il privato abbia l'onere di impugnare il silenzio diniego quand'anche abbia (già) impugnato ritualmente l'atto di aggiudicazione. Anche il comma 5 dell'art. 243bis sembra dare indicazioni nello stesso senso » (Consiglio di Stato sez. III 29 dicembre 2012 n. 6712).

Nemmeno meritevoli di accoglimento sono le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla difesa della controinteressata, rilevandosi decisiva la circostanza per cui parte ricorrente ha comunque ritualmente impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva disposta in favore della DLM Costruzioni s.r.l. n. 40 del 17 marzo 2015, atto finale della sequenza procedimentale ed avente efficacia lesiva nei suoi confronti, essendo invece i verbali di gara meri atti endoprocedimentali destinati a confluire in quello, rispetto al quale assumono mera rilevanza preparatoria; riguardo, poi, all'efficacia del principio «simul stabunt, simul cadent» ai fini della configurazione dell'interesse processuale all'impugnazione di atti anche nella parte in cui producono effetti favorevoli al ricorrente, è appena il caso di osservare che il principio generale di corrispondenza di cui all'art. 112 c.p.c. impone al giudice amministrativo di definire la latitudine dell'effetto dispositivo

della sua decisione - anche alla luce della capacità conformativa in vista della riedizione del potere censurato - in coerenza con l'interesse evincibile dall'atto di ricorso, che, nel caso di specie, è quello volto alla restituzione del punteggio relativo all'offerta temporale, e, quindi al riconoscimento della qualità di aggiudicataria in capo alla società ricorrente.

Nel merito, il ricorso è fondato, nei termini che di seguito si espongono, anche alla luce delle considerazioni espresse dal Consiglio di Stato in grado di appello cautelare.

Risulta, da quanto addotto dalla commissione, che la relazione dimostrativa della sostenibilità dell'offerta «tempo» fosse manchevole del requisito di "analiticità", avuto riguardo agli elementi di cui al paragrafo 3 del punto 12 della legge di gara, segnatamente le risorse umane e materiali ed i rispettivi rendimenti produttivi, oltre alle singole fasi lavorative.

Ebbene, con riferimento al primo motivo di impugnazione, concorda il Collegio con quanto ritenuto dal giudice di appello cautelare riguardo alla mancanza di una espressa comminatoria di assegnazione di un punteggio pari a zero per l'ipotesi in cui la documentazione giustificativa dell'offerta temporale fosse stata inidonea, avendo la lex specialis espressamente limitato tale eventualità all'assenza tout court, anche parziale, della stessa o alla presenza di aspetti contenutistici discordanti; a ben vedere, tale previsione costituisce mera replicazione di cause tipiche di esclusione riguardanti l'offerta in termini di incompletezza o incertezza.

Tale considerazione è, di per sé, sufficiente per ritenere l'illegittimità dell'azione amministrativa, quantomeno sotto il profilo dell'eccesso di potere per sviamento, avendo la stazione appaltante ritenuto di perseguire l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta in gara, attenuando l'intensità del giudizio di valore espresso nei confronti di quella della ricorrente, limitatamente

all'elemento «tempo», quando ben altra avrebbe dovuto essere la determinazione da assumere secondo le disposizioni del bando.

Vero nodo centrale della presente controversia è, a valle, quello di stabilire l'efficacia conformativa della decisione giudiziale di accoglimento che s'accompagna all'effetto cassatorio del provvedimento impugnato. Invero, va rilevato che parte ricorrente ha chiesto il riconoscimento della propria qualità di aggiudicataria e l'assegnazione dell'appalto, a titolo di risarcimento dei danni in forma specifica.

A tal fine, va rilevato che il difetto di «analicità», già posto a fondamento degli atti di definizione della procedura di gara, sebbene non costituente ragione di riduzione del punteggio per l'offerta «tempo» non è, di per sé, circostanza giuridicamente irrilevante, potendo assumere la qualificazione di offerta incerta o incompleta e quindi, più radicalmente, costituire causa legale tipica di estromissione della ricorrente dalla gara.

Pertanto, anche in considerazione della genericità con cui è stato espresso il giudizio di insufficiente idoneità descrittiva della relazione di cui al documento n. 3 del punto 12), è necessario che la commissione di gara si esprima nuovamente sull'offerta temporale della ricorrente, preliminarmente assumendone l'oggettiva valutabilità in punto di analicità degli elementi descrittivi, aspetto su cui avrà cura di offrire puntuale e specifica motivazione, laddove tale criticità dovesse essere ritenuta causa di estromissione della I.G.M. Costruzioni dalla gara.

In conclusione, il ricorso è meritevole di accoglimento, con annullamento dei provvedimenti impugnati e obbligo parziale di rinnovazione del procedimento, secondo i criteri espressi nella presente decisione.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere, Estensore

Antonio Andolfi, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2015

IL SEGRETARIO

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