



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 5338/15 R.G., proposto da:
I.G.M. Costruzioni Srl, in persona del legale rapp.te 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 eletto presso Alberto Ainis in Napoli, Centro Direzionale Isola G/1 Scala D Int.146;

nei confronti di

Dlm Costruzioni Srl, in persona del legale rapp.te p.t. rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Roma, con domicilio eletto presso Raffaele Mastrantuono, in Napoli, Via Crispi n.27;

per l'esecuzione

della sentenza n. 4853/2015 del Tar Campania Napoli sezione I,
nonché per l'annullamento

della determinazione n. 134 del 29 ottobre 2015 di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla controinteressata e del verbale di gara del 22 ottobre 2015 di aggiudicazione provvisoria;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di **Pastorano** e della Dlm Costruzioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del 4 maggio 2016 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** aveva indetto 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.

All'esito delle operazioni di gara prima classificata era risultata la 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 era nuovamente riunita 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 era divenuta prima classificata, mantenendo l'originario punteggio di 79,930 punti, mentre questa volta la I.G.M. Costruzioni s.r.l. si era collocata in seconda posizione con 70,603 punti e terza era giunta la Consital con 69,154 punti.

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

Per l'annullamento dei citati atti di gara la I.G.M. Costruzioni s.r.l. proponeva a questo Tribunale il ricorso n. 2179/15 R.G. chiedendo anche il risarcimento del danno.

Con sentenza n. 4853/15, depositata in data 15 ottobre 2015, il Tribunale, dopo avere respinto la domanda cautelare, con ordinanza n. 950/15 del 13 maggio 2015 – provvedimento riformato in grado di appello con ordinanza n. 2792/15 del 18 giugno 2015 della Quinta sezione del Consiglio di Stato - accoglieva il ricorso, annullando i provvedimenti impugnati.

A fondamento della decisione il Tribunale poneva le considerazioni che di seguito si riportano: «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 data 22 ottobre 2015 la commissione di gara si riuniva nuovamente per dare esecuzione alla sentenza, escludendo nuovamente la I.G.M. Costruzioni dalla gara, ritenendo non soddisfatto il requisito di analiticità della relazione descrittiva di organizzazione dei lavori, di cui al punto 3) del paragrafo 12 del bando di gara, dimostrativa della sostenibilità dell'offerta «tempo» , non essendone possibile valutarne il contenuto; in particolare, si rilevava l'incertezza e l'incompletezza dell'elaborato, in relazione alle risorse previste di mezzi ed uomini, dei rispettivi rendimenti produttivi e delle singole fasi di lavorazione; inoltre, si evidenziava la mancata dimostrazione e l'incomprensibilità della dichiarata "scomposizione" del progetto, secondo una struttura ad albero (WBS – Work Breakdown Structure); ancora, era mancata la codificazione delle categorie di lavoro componenti l'appalto, con determinazione delle risorse necessarie in termini di uomini, macchine ed attrezzature; era mancata anche una tabella descrittiva delle sub-attività risultanti dalla predetta scomposizione, pur se citata in relazione; non risultava illustrata la rilevanza e l'incidenza di condizioni favorevoli, normali e sfavorevoli sulla oscillazione della produttività ottimale mensile; la relazione non indicava quali fossero gli investimenti, i macchinari, i mezzi e le eventuali commesse a cui si faceva riferimento, in quanto contenute in un piano pluriennale destinato a programmare la propria attività. Generica era valutata anche l'affermazione della I.G.M. Costruzioni s.r.l. di avere un mercato di riferimento costituito da tutto il territorio nazionale ed in particolare dal Sud Italia.

Pertanto, nella medesima seduta, la gara veniva nuovamente aggiudicata in via provvisoria alla D.L.M. Costruzioni s.r.l. e quindi in via definitiva con determinazione dirigenziale n. 134 del 29 ottobre 2015.

La I.G.M. Costruzioni s.r.l. ha quindi proposto il presente ricorso, rubricato al n. 5338/15 R.G., articolato in tre distinte azioni:

a) una prima azione, volta ad ottenere la corretta esecuzione del giudicato formatosi sulla sentenza di questa Sezione n. 4853/15, depositata in data 15 ottobre 2015, con accertamento e declaratoria di nullità del verbale del 22 ottobre 2015 della commissione di gara per l'affidamento di lavori di pavimentazione stradale ed arredo urbano nelle frazioni di San Secondino e Pantuliano del Comune di **Pastorano**, con cui è stata disposta la sua esclusione dalla procedura, nonché della determinazione dirigenziale n. 134 del 29 ottobre 2015 di riaggiudicazione definitiva in favore della D.L.M. Costruzioni s.r.l.;

b) nei confronti dei predetti atti è stata altresì proposta azione di annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari;

c) una terza azione, concernente l'esecuzione della sentenza ottemperanda, limitatamente al rimborso dell'importo del contributo unificato, pari ad €4.000,00 versato dalla ricorrente all'atto del deposito del primo ricorso n.2179/15 R.G.

Si sono costituiti in giudizio la D.L.M. Costruzioni s.r.l. ed il Comune di **Pastorano**; la difesa dell'ente ha sollevato eccezione di inammissibilità del ricorso per ottemperanza, rilevando che, allo stato, non si sarebbe ancora formato il giudicato sulla sentenza n.4853/15; inammissibile sarebbe anche l'azione di cognizione, limitatamente alla domanda di annullamento del bando, in quanto generica, tardiva e proposta in violazione del principio del ne bis in idem – essendo, in proposito, già intervenuto pronunciamento di questa Sezione con la sentenza ottemperanda – riguardo agli altri atti impugnati, poiché mancherebbe ogni censura effettiva avverso la decisione di escludere nuovamente la I.G.M. Costruzioni s.r.l. dalla gara; inammissibile per difetto di giurisdizione sarebbe poi la domanda di rimborso del contributo unificato trattandosi della tutela di diritti soggettivi, dovendosi comunque ribadire l'attuale assenza di un giudicato formale.

Alla camera di consiglio del 13 gennaio 2016, con ordinanza n. 43/16, il Tribunale, ha respinto la domanda cautelare relativa all'azione di annullamento, in considerazione della prossima ultimazione dei lavori da parte della contorinteressata; ha poi rilevato che sulla sentenza n.4853/15 non si era ancora formato il giudicato e che, in considerazione della natura della controversia e del cumulo di domande proposte, la trattazione della controversia doveva avere luogo in udienza pubblica.

All'udienza pubblica del 4 maggio 2016, in vista della quale parte ricorrente ha depositato una memoria difensiva ed una relazione tecnica di consulenza, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio di prescindere dall'esame delle eccezioni di controparte relativamente all'azione di nullità ed a quella di annullamento, essendo entrambe infondate.

Va preliminarmente rilevata l'attuale proponibilità del ricorso per l'ottemperanza e della connessa azione di nullità, essendosi attualmente formato il giudicato sulla sentenza n. 4853/2105 - depositata in data 15 ottobre 2015, con comunicazione a parte ricorrente per il giorno successivo - nei cui confronti non risulta essere stato proposto alcun mezzo di impugnazione tra quelli di cui all'art 91 c.p.a

Con riferimento a tali domande, rileva il Collegio che con la sentenza n. 4853/15 si era proceduto all'annullamento dell'aggiudicazione della gara in favore della D.L.M. Costruzioni s.r.l., disposta con determinazione dirigenziale n. 40 del 17 marzo 2015, avendo il Tribunale condiviso le osservazioni presenti nell'ordinanza di appello cautelare n. 2792/15 del 18 giugno 2015 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, che aveva riformato il rigetto disposto in prime cure; più specificamente, era accaduto che, con riferimento all'offerta-temporale della società ricorrente, la commissione di gara ne aveva riscontrato il difetto di

analiticità, avuto riguardo agli aspetti indicati nel paragrafo 3, punto 12 della lex specialis, ossia risorse umane e materiali e rispettivi rendimenti produttivi, oltre alle singole fasi lavorative, ritenendo di assegnare per tale elemento un punteggio pari a zero, così da determinare un arretramento della I.G.M. Costruzioni s.r.l. in graduatoria ed il conseguente scavalco in posizione peggiore della controinteressata, alla fine divenuta aggiudicataria. Nella sentenza di cui viene lamentata la mancata ottemperanza ed anche l'elusione da parte dell'amministrazione, il Tribunale aveva ritenuto l'inesistenza di una comminatoria di assegnazione di un punteggio pari a zero, ove l'offerta temporale fosse stata inidonea, tale eventualità essendo stata limitata dalla lex specialis all'assenza, anche parziale, della relativa documentazione giustificativa, o alla presenza di aspetti contenutistici discordanti.

Nell'interrogarsi sugli effetti conformativi della decisione, anche alla luce della domanda di assegnazione dell'appalto da parte della ricorrente, il Tribunale aveva rilevato che l'inidoneità della documentazione giustificativa dell'offerta temporale – che parte ricorrente comunque contestava – non era circostanza giuridicamente irrilevante, potendo assumere “la qualificazione di offerta incerta o incompleta e, quindi, più radicalmente, costituire causa legale tipica di esclusione dalla gara”; di conseguenza, era stata ordinata la rinnovazione parziale del procedimento.

Va osservato che tale precetto conformativo ha rimesso interamente alla discrezionalità della commissione la rinnovazione del giudizio di idoneità della documentazione giustificativa de qua, avendo, tra l'altro, il Collegio ritenuto la genericità di quello già espresso ai fini della decurtazione del punteggio per l'offerta temporale. Nessun ulteriore vincolo conformativo è rintracciabile nella sentenza, tale da potersene inferire la mancata o non corretta esecuzione in termini di elusione o violazione da parte dei provvedimenti consequenziali assunti dall'amministrazione. Ciò che avrebbe potuto configurare un inadempimento ai

precetti contenuti nella decisione di questo Tribunale, avrebbe potuto essere, al più, la radicale mancata rivalutazione da parte della commissione di gara o una genericità della motivazione – non ricorrente nel caso di specie – per cui ogni criticità esulante tali ipotesi resta estranea all’ambito proprio del giudizio di esecuzione, collocandosi piuttosto sul piano della verifica di una nuova azione discrezionale che nella sentenza trova unicamente il suo presupposto di legittimazione a provvedere.

Ne discende l’infondatezza del ricorso per esecuzione, dovendo nell’ambito nel distinto giudizio di cognizione essere scrutinata la legittimità dell’esclusione della ricorrente, pronunciata nel solco tracciato dalla sentenza di questa Sezione che aveva indicato la corretta, astratta, qualificazione di un’offerta inidonea nella documentazione giustificativa dell’elemento temporale come ricadente nelle fattispecie legali, comportanti l’estromissione, dell’incertezza o dell’incompletezza.

Con riferimento alla domanda di annullamento, parte ricorrente ha innanzitutto rilevato che l’esclusione avrebbe potuto essere unicamente conseguenza della mancata presenza nella documentazione di gara di alcuno dei documenti da inserire nella busta C, ossia offerta-tempo, cronoprogramma dettagliato dei lavori e relazione descrittiva degli stessi, giammai per una carenza di analiticità, che, ove posta come prescrizione della *lex specialis*, ne determinerebbe la nullità, perché in urto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, ai sensi dell’art. 46, comma 1 bis del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Con la seconda censura parte ricorrente ha negato che la propria offerta-tempo fosse priva di analiticità - requisito le cui specifiche caratteristiche, tra l’altro, il bando non illustra - avendo essa avuto cura di scomporre l’appalto in singole fasi lavorative, illustrandone caratteristiche specifiche e tempi di esecuzione, oltre che disponibilità di mezzi e risorse umane; d’altronde, tale ultimo elemento avrebbe potuto agevolmente essere riscontrato dalla commissione in base alla

documentazione presentata in sede di gara, tra cui il contratto di avvalimento stipulato tra la ricorrente ed il Consorzio Stabile Real Europe.

Con l'ultimo motivo è stata lamentata la mancata attivazione del potere di chiedere chiarimenti ed integrazioni circa il contenuto dell'offerta- tempo.

Osserva il Collegio che le ragioni di esclusione dalla gara della ricorrente, con riferimento alla mancanza di aspetti sostanziali dell'offerta-tempo, devono essere ricondotte alla "incertezza assoluta sul contenuto o difetto di altri elementi essenziali", ipotesi tipiche di estromissione ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163; pertanto, non vi è luogo per la dichiarazione di nullità di alcuna disposizione della lex specialis, inquadrandosi la comminatoria di esclusione direttamente nella fattispecie legale richiamata. Va anche respinta la censura di mancata attivazione del potere di soccorso istruttorio, da ritenersi estraneo ad esigenze di completamento o integrazione dell'offerta, riferendosi il principio generale di cui al comma 1 ter del richiamato art. 46 comunque ai soli requisiti di cui all'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Quanto alla seconda contestazione - i cui contenuti sembrano piuttosto riferiti al primo provvedimento di estromissione che non a quello oggetto di odierna impugnazione - osserva il Collegio che le conclusioni a cui è pervenuta la commissione in data 22 ottobre 2015 non si rivelano nè errate, né prive di logicità, avuto riguardo al contenuto della "relazione tecnica sui tempi di esecuzione presentata in sede di domanda di partecipazione", versata da parte ricorrente agli atti del giudizio e identificata al n. 2 della produzione documentala allegata al ricorso.

Invero, tutte le diffuse criticità indicate dalla commissione nel verbale di gara del 22 ottobre 2015 trovano puntuale conferma dalla lettura della relazione de qua, in cui manca il necessario completamento dell'illustrazione di aspetti essenziali descrittivi del tempo di esecuzione proposto; al riguardo, parte ricorrente

nell'intento di dimostrare in questa sede la sostenibilità della sua offerta tempo, non riesce a confutare tali rilevate analitiche carenze, che a giudizio della commissione, hanno reso la sua offerta incerta nel contenuto e come tale non valutabile.

Va da ultimo osservato che, nel caso di specie, non si è di fronte ad un difetto di analiticità quale ragione di mancata giustificazione, ma di incompletezza in sé dell'offerta sul piano contenutistico essenziale e descrittivo, immediatamente rilevabile come ragione tassativa di esclusione dalla gara.

E' invece meritevole di accoglimento la domanda di ottemperanza relativa al rimborso del contributo, trattandosi di obbligo di rimborso derivante dalla soccombenza dell'amministrazione resistente nel giudizio n. 2179/15 R.G.

Invero, l'art. 13, comma 6 bis del d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115 stabilisce che «l'onere relativo al pagamento dei suddetti contributi è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio. Ai fini predetti, la soccombenza si determina con il passaggio in giudicato della sentenza. Ai fini del presente comma, per ricorsi si intendono quello principale, quello incidentale e i motivi aggiunti che introducono domande nuove».

E' stato poi precisato che « ai sensi dell'art. 13 comma 6 bis, d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, nel testo inserito dal d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011 n. 148, gli importi del contributo unificato per le spese degli atti giudiziari, introdotto dall'art. 9, l. 23 dicembre 1999 n. 488, corrisposti dal ricorrente vittorioso, vanno ad esso rimborsati e posti a carico della parte soccombente in giudizio, anche se non costituita, a prescindere dalla presenza o meno dell'esplicita statuizione al riguardo contenuta nella sentenza che ha accolto il ricorso e dalla decisione del giudice di compensare le altre spese giudiziali» (T.A.R. Campania - Napoli IV Sezione 10 febbraio 2016 n. 713). Ne consegue che,

esclusa l'eccezionale carenza di giurisdizione, trattandosi di questione di esecuzione di una sentenza amministrativa, la cui cognizione appartiene esclusivamente a questo Giudice, e rilevato che trattasi di una pretesa avente fonte in un effetto tipico della pronuncia giudiziale non oggetto di esplicita statuizione, ma direttamente riconducibile ad un presupposto legale che ne determina l'eterointegrazione, la domanda deve essere accolta, in quanto fondata sull'incontestato mancato assolvimento all'obbligo di rimborso del contributo unificato gravante in solido sul Comune **Pastorano** e sulla D.L.M. Costruzioni s.r.l., in qualità di parti soccombenti in quel giudizio.

Sussistono giusti per disporre la compensazione delle spese processuali nel presente giudizio, restando a carico della società ricorrente l'onere del contributo unificato, in ragione della maggiore incidenza della soccombenza rispetto alle azioni intraprese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, respinge il ricorso per ottemperanza e quello per l'annullamento degli atti impugnati.

Accoglie il ricorso per l'esecuzione del giudicato limitatamente al rimborso del contributo unificato versato dalla società ricorrente nel ricorso n. 2179/15 R.G., ordinandone la restituzione a carico dei soccombenti Comune di **Pastorano** e D.L.M. Costruzioni s.r.l., in solido tra loro.

Compensa le spese del presente giudizio, restando l'onere del contributo unificato a carico di parte ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere, Estensore
Olindo Di Popolo, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/05/2016

IL SEGRETARIO

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