



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1675 del 2013, proposto da:

Fersalento Srl e RA Costruzioni Srl, rappresentate e difese dagli avv.ti Fabio Patarnello e Luigi Mariano, con domicilio eletto presso Fabio Patarnello in Lecce, via 47° Rgt. Fanteria 29;

***contro***

Autorità Portuale di Brindisi, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Lecce, via F. Rubichi 23;

***nei confronti di***

Costruzioni Fiocca Vincenzo Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ernesto Sticchi Damiani e Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso lo studio in Lecce, via 95° Rgt. Fanteria 9;

Murano Srl Costruzioni Generali, Calabro Inerti Srl e Kc Costruzioni Srl, rappresentate e difese dagli avv.ti Paolo Carbone, Guido Mancini, Anna Moroli e Fabio Traldi, con domicilio eletto presso Fabio Traldi in Lecce, viale M. De Pietro 11;

A&I Della Morte Spa e Impresa Cavalleri Ottavio Spa, non costituite in giudizio;

***e con l'intervento di***

ad opponendum:

Società Rcm Costruzioni Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Lorenzo Lentini e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Lecce, via Augusto Imperatore 16;

***per l'annullamento***

del decreto presidenziale dell'Autorità Portuale di Brindisi n. 97 del 02.7.2013, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dei "lavori di completamento funzionale dello sporgente Est del Molo di Costa Morena - realizzazione pavimentazione" in favore dell'impresa Costruzioni Fiocca Vincenzo srl; di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, nonché per quanto occorra, di tutti i verbali di gara nonché di quelli della Commissione Anomalia; del verbale 23.4.2013 dell'Ufficio Gare dell'Autorità Portuale, da cui si evince il positivo controllo dei requisiti in capo all'aggiudicataria; se e per quanto occorra della lex specialis di gara, nei limiti dell'interesse, nonché di ogni altro atto, anche non conosciuto dalle ricorrenti, adottato dall'Autorità Portuale di Brindisi anche a valle dell'aggiudicazione definitiva ovvero non consegnato in sede di accesso agli atti; per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Brindisi, della Costruzioni Fiocca Vincenzo Srl, di Murano Srl Costruzioni Generali, Calabro Inerti Srl e Kc Costruzioni Srl;

Visto l'atto di intervento ad opponendum della Rcm Costruzioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore per l'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2013 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti gli avv.ti Fabio Patamello e Luigi Mariano, l'avvocato dello Stato Giovanni Pedone, gli avv.ti Antonio Caiffa, in sostituzione dell'avv. Ernesto Sticchi Damiani, e Saverio Sticchi Damiani, l'avv. Anna Moroli, gli avv.ti Lorenzo Lentini e Italo Rocco, quest'ultimo in sostituzione dell'avv. Gianluigi Pellegrino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

L'Autorità Portuale di Brindisi ha indetto, con bando pubblicato in data 27/9/2012, la gara per l'appalto dei "lavori di completamento funzionale delle sporgenze Est del Molo di Costa Morena – Realizzazione Pavimentazione" (categoria OG3, class. VIII), per un importo a base d'asta di € 18.883.630,00, da aggiudicare mediante procedura aperta e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (punti 60 e 40, rispettivamente, all'offerta tempo e a quella economica).

Le Società ricorrenti hanno presentato domanda di partecipazione, manifestando la volontà di costituirsi in ATI (mandataria la Fersalento srl e mandante la RA Costruzioni srl).

All'esito della procedura la costituenda ATI si è posizionata al terzo posto della graduatoria; l'appalto è stato aggiudicato all'Impresa "Costruzioni Fiocca Vincenzo srl" (CFV).

Con il ricorso è contestata l'ammissione alla gara delle prime due graduate (nonché delle ditte classificate al ventinovesimo e al trentaduesimo posto), sostenendo che, per effetto della loro esclusione e della riformulazione della graduatoria, l'ATI ricorrente verrebbe collocata al primo posto.

Vengono formulate censure nei confronti:

A) dell'aggiudicataria, atteso che:

- 1) la sua offerta è sprovvista della cauzione provvisoria;
- 2) è stato violato il principio di immodificabilità dell'offerta, avendo la CFV introdotto modifiche sostanziali che snaturano il progetto imposto dalla S.A. e formulato un'offerta-tempo indeterminata, sia in ordine alla riduzione dei tempi di esecuzione (contrasto nella loro indicazione: 153 o 155 giorni) che al personale da impiegare;
- 3) il procedimento seguito ha violato la scansione delle operazioni fissata dalla lex specialis, che prevedeva il separato e previo esame di congruità della riduzione temporale offerta, prima di dar corso alla verifica di anomalia delle offerte, che è stata condotta eludendo il dovere di una rigorosissima analisi dei suoi elementi ed è pervenuta ad un giudizio di affidabilità viziato, sia per quanto concerne l'offerta-tempo che quella economica;

B) dell'Ati Murano (seconda classificata), in quanto:

- 1) le dichiarazioni, ex art. 38 del d.lgs. n. 163/06, sono state rese il 7/11/2012 e la domanda di partecipazione è stata presentata il 14/1/2013 (per cui l'ATI avrebbe dovuto rinnovare le dichiarazioni al momento della presentazione della domanda); inoltre, alla data del 7/11/2012 la mandante KC Costruzioni era composta di tre soci e avrebbe dovuto rendere la dichiarazione per il socio di maggioranza (art. 38, primo comma, lett. c), d.lgs. n. 163/06); la

stessa KC Costruzioni il 2/1/2013 ha mutato composizione, passando da tre a quattro soci, per sottrarsi all'obbligo di dichiarare il possesso dei requisiti del socio di maggioranza;

C) delle imprese A&I Della Morte Spa e Cavalleri Spa, poiché:

1) il Presidente e Direttore Tecnico dott. Ferruccio Della Morte non ha reso le dichiarazioni ex art. 38; la dichiarazione del dott. Marcello Della Morte è invalida, perché non è stata allegata la copia del documento di identità; essendo composta (la prima delle imprese indicate) da meno di quattro soci, non sono state rese le dichiarazioni relative ai soggetti che ricoprono le cariche rilevanti ai sensi di legge nelle Società da cui è posseduta (Ibisco Srl e Astromenia Srl);

2) la Cavalleri Spa è interamente posseduta da un socio unico (Codex Srl); per i rappresentanti di questa non sono state rese le dichiarazioni di legge.

L'Autorità Portuale di Brindisi si è costituita in giudizio per resistere al ricorso, chiedendo che sia dichiarato irricevibile, inammissibile e, gradatamente, rigettato.

Si sono costituite in giudizio anche le controinteressate indicate in epigrafe (classificate ai primi due posti della graduatoria), eccependo l'irricevibilità o inammissibilità del ricorso e confutandone i motivi, concludendo per il suo rigetto.

È intervenuta ad opponendum la R.C.M. Costruzioni srl, rappresentando di avere a sua volta promosso ricorso (R.G. 1315/2013) avverso l'aggiudicazione, con cui ha contestato l'ammissione alla gara della stessa ATI Fersalento, chiedendo pertanto il rigetto dell'impugnativa di quest'ultima.

Le parti hanno prodotto documentazione e scritti difensivi.

All'udienza pubblica dell'11 dicembre 2013 il ricorso è stato assegnato in decisione; è stato pubblicato il dispositivo della sentenza n. 2507 in data 16 dicembre 2013.

#### DIRITTO

1.- In via preliminare, il Collegio ritiene di poter prescindere dall'eccezione di irricevibilità del ricorso, proposto oltre il termine di trenta giorni dalla comunicazione a mezzo fax del provvedimento di aggiudicazione.

Pur considerando quanto chiarito in giurisprudenza sull'idoneità del mezzo impiegato a far decorrere il termine di decadenza, di cui all'art. 120, quinto comma, cpa (cfr. Cons. Stato – Sez. VI, 5 dicembre 2013 n. 5806), nel caso di specie è possibile superare tale profilo, dovendo il ricorso in parte essere respinto e in parte essere dichiarato improcedibile.

Ciò in quanto sono infondati i motivi rivolti avverso l'ammissione alla gara dell'ATI Murano (seconda classificata) e delle imprese A&I Della Morte spa e Cavalleri spa (ventinovesima e trentaduesima classificata), mentre la fondatezza di alcune delle censure riguardanti l'aggiudicataria non arreca alcuna utilità alle ricorrenti, che non possono aspirare per ciò solo a una riformulazione della graduatoria che le collochi al primo posto.

2.- Passando all'esame del ricorso, sono fondati i motivi concernenti la cauzione provvisoria prestata dall'aggiudicataria e i vizi della verifica di congruità della riduzione temporale da essa offerta (le restanti censure formulate nei suoi confronti vanno rigettate).

Il Collegio, supplendo alla carenza degli atti su cui si fondano le censure (che non sono stati prodotti dalle parti), per economicità ritiene di avvalersi della documentazione conosciuta con l'esame del ricorso R.G. 1303/2013, promosso dall'ATI Murano per la medesima procedura di gara e chiamato alla stessa udienza pubblica.

2.1- Ciò posto, è fondata la censura con cui si fa valere la mancanza della cauzione provvisoria.

Nel caso di specie, la cauzione provvisoria è stata prestata dall'aggiudicataria, mediante polizza fideiussoria della AIM Altalanos Biztosító Zrt. (società ungherese) n. BIT0001509/000 del 14/1/2013.

Per quanto detto, è noto al Collegio che:

- l'Autorità di Vigilanza ungherese HFSA ha comunicato che la predetta compagnia, abilitata ad operare in Italia in regime di libera prestazione di servizi, è stata posta in liquidazione ed è stata revocata l'autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa, con effetto dal 28 gennaio 2013;
- con nota prot. 7436 del 30/8/2013 l'Autorità Portuale di Brindisi ha invitato la CFV a regolarizzare immediatamente la prestazione della garanzia fideiussoria, assegnando il termine di 48 ore per provvedere;
- la CFV ha sottoscritto una nuova polizza con la Baring Brothers Limited in data 15/10/2013.

Non si trascura che parte della giurisprudenza, partendo dalla differente formulazione dei commi sesto e ottavo dell'art. 75 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è giunta a ritenere che la mancanza della garanzia provvisoria non vada incontro alla sanzione dell'esclusione, a cui è fatto riferimento solo all'ottavo comma, e che essa sia pertanto suscettibile di integrazione (cfr., per tutte, Tar Lazio, Sez. II, 19 aprile 2013 n. 3983: «<La giurisprudenza ha già avuto modo di mettere in evidenza che la diversa formulazione delle due norme consente di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata presentazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva, prevista "a pena di esclusione", che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica l'esclusione dalla gara (cfr ex multis: Cons. St., III, 1° febbraio 2012, n. 493)>>»).

Il Collegio dissente da tale indirizzo.

Il citato art. 75, sesto comma, stabilisce che: «<La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo>>».

Come chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione del 4 ottobre 2005 n. 8), «<essa svolge una duplice funzione di garanzia per l'amministrazione appaltante, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara, sia per il caso in cui l'affidatario non si presti a stipulare il relativo contratto sia per la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa prescritti dal bando o dalla lettera di invito (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 28 giugno 2004, n. 4789)>>».

Da ciò discende che non può predicarsi la regolarizzazione "ex post" della cauzione provvisoria, a pena di svilirne la natura e il ruolo che svolge a favore della stazione appaltante (che deve essere preservata dalle conseguenze pregiudizievoli causate dall'eventuale inadempimento dell'affidatario, che non voglia o non possa sottoscrivere il contratto), aprendo la strada alla generalizzata possibilità di partecipare alla gara senza alcuna garanzia per l'Amministrazione, a discapito dei concorrenti che abbiano assunto puntualmente la relativa obbligazione (nella specie, peraltro, la regolarizzazione è stata richiesta il 30/8/2013, a gara conclusa; nonostante il termine di 48 ore assegnato, l'aggiudicatario vi ha provveduto solo il 15/10/2013).

Deve essere quindi affermato che la cauzione provvisoria è elemento essenziale dell'offerta, insuscettibile di regolarizzazione, la cui mancanza determina l'esclusione del concorrente (cfr., da ultimo, Cons. Stato – Sez. VI, 12 aprile 2013 n. 1996: «<la giurisprudenza ha più volte ribadito che nelle gare pubbliche la cauzione provvisoria costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento a corredo della stessa, per cui essa non può formare oggetto di regolarizzazione postuma, pena la violazione del fondamentale principio di par condicio dei concorrenti (C.d.S., sez. V, 2 febbraio 2012, n. 549; 3 settembre 2009, n. 5171; sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254)>>»).

Tale conclusione non può essere sovvertita neppure nel caso in cui la polizza sia stata prestata ma non sia più efficace.

Invero, se la sua funzione è quella di preservare la stazione appaltante dall'inadempimento del contraente, le cui conseguenze non possono ricadere su di essa, sarebbe contraddittorio ammettere, viceversa, che nella sfera giuridica dell'Amministrazione sia allocato addirittura il rischio derivante da eventi che colpiscono il garante.

Logica conseguenza di ciò è che le conseguenze pregiudizievoli si riversano esclusivamente sul contraente,

addossando ad esso i rischi della scelta effettuata.

2.2- È anche fondata la censura con cui si deducono vizi inerenti alla verifica di congruità della riduzione dei tempi di esecuzione dell'appalto (offerta-tempo), proposta dall'aggiudicataria.

Viene denunciata la violazione del divieto di "jus variandi", avendo la CFV apportato una variante sostanziale e stravolto le prescrizioni del capitolato, nonché l'erroneità della positiva verifica di congruità della Commissione che (nonostante avesse stigmatizzato la grave inattendibilità dell'offerta) ha concluso per la congruità della riduzione proposta sui tempi di esecuzione.

Va premesso che l'Autorità Portuale ha posto a base di gara un progetto esecutivo che ha ripartito le lavorazioni in 16 fasi, con un cronoprogramma dei lavori (Diagramma di Gantt) che prevede un tempo di realizzazione di 730 giorni, consentendone la rimodulazione (cfr. doc. 20 della produzione di parte ricorrente: <<Tale suddivisione è passibile di diversa progressione cronologica a seconda dell'evoluzione delle lavorazioni, nonché di eventuale contemporaneità a seconda delle esigenze operative dell'Autorità Portuale e soprattutto dell'organizzazione del cantiere che l'impresa appaltatrice adotterà per l'esecuzione dei lavori>>).

Il disciplinare ha quindi previsto, al punto 8.2, lettera b), la presentazione di una <<relazione descrittiva delle lavorazioni e della produzione giornaliera media attesa nella quale il concorrente dovrà illustrare, a supporto della riduzione temporale offerta, le tecniche costruttive delle pavimentazioni in conglomerato cementizio e bituminoso, nonché le attrezzature delle quali dispone e che saranno impiegate nelle lavorazioni; alla relazione dovrà essere allegato un cronoprogramma dettagliato delle varie fasi (formato minimo A3). In caso di aggiudicazione definitiva il contenuto della relazione descrittiva potrà costituire obbligazione contrattuale>>.

La Costruzioni Fiocca Vincenzo Srl ha offerto una riduzione dei tempi del 79,04% (doc. 25 della produzione di parte ricorrente), indicando in particolare nella relazione che:

"A differenza di quanto previsto in sede di progetto esecutivo ed in particolare dal cronoprogramma allegato al progetto, la scrivente impresa intende accorpare le 16 fasi lavorative di realizzazione suddividendole in tre differenti fasi operative del cantiere di seguito indicate>>.

La Commissione dedicava la seduta del 14/5/2013 (verbale n. 6) all'esame della relazione di cui si tratta, evidenziando principalmente che:

- le 16 fasi lavorative erano accorpate in 3 fasi operative;
- non erano esplicitate le modalità per garantire l'operatività delle banchine;
- non era considerata l'esigenza di tenere separata la viabilità di cantiere dall'accesso alle banchine, per evitare i rischi di interferenza;
- nelle tre fasi non risultavano compiutamente indicate tutte le lavorazioni necessarie (rimozione della viabilità in bitume e messa in quota di chiusini); la durata di 20 giorni, per ogni sottofase, non consentiva di eseguire 45.000 mq. di piazzale (ma 30.000 mq., sulla base della produttività dichiarata di 1.500 mq. al giorno); per le fasi 2 e 3 erano previste quattro squadre operative per cinque sottofasi.

La Commissione richiedeva quindi precisazioni all'impresa (verbale n. 7 del 21/5/2013 e nota prot. 4894 del 22/5/2013).

La CFV presentava una relazione di chiarimenti, il cui punto 4) riguarda l'offerta-tempo.

Nella seduta del 28/5/2013 (verbale n. 8), la Commissione riteneva non esaurienti le precisazioni fornite, , "rilevando per altro che risulta variata notevolmente la produzione media giornaliera prevista per le fasi lavorative ipotizzate rispetto a quanto già indicato nella precedente Relazione 8.2b".

Nel contempo, la Commissione disponeva la convocazione della CFV.

L'audizione, per gli aspetti relativi all'offerta-tempo, si teneva nella seduta dell'11 giugno 2013 (verbale n. 10),

nella quale l'amministratore della CFV esibiva un elaborato, relativo allo studio di fattibilità effettuato dall'impresa, evidenziando notevolissimi vizi della progettazione (GANTT "totalmente approssimativo ed irrealistico"; "tempistica ... fallimentare, a causa di una disarticolata distribuzione e concentrazione temporale delle attività lavorative"), concludendo per la bontà della riduzione temporale effettuata e sottolineando ancora "come la programmazione della Stazione Appaltante, che pure prevede lunghissimi tempi di esecuzione, sia totalmente inidonea a garantire proprio la fruibilità in piena sicurezza delle banchine e dell'accesso portuale".

L'audizione proseguiva in successiva seduta, nella quale la Commissione prendeva atto dei chiarimenti forniti e (pur riservando ancora la decisione finale, per ulteriori aspetti da chiarire: costi di impiego della manodopera per il lavoro straordinario e modalità operative per la sigillatura dei giunti), prendeva atto, <<sulla scorta degli ulteriori chiarimenti forniti nell'elaborato "Gantt ...", che la CFV ha conservato di massima le fasi e sotto-fasi previste nel lay-out di cantiere allegati al Piano di Sicurezza e Coordinamento del progetto esecutivo, prevedendo una diversa articolazione e progressione cronologica delle stesse ed una conseguente adeguata organizzazione del cantiere, compatibili con le esigenze dell'Autorità Portuale>> (verbale n. 11 del 18/6/2013).

In questo verbale, con valutazione finale la Commissione ha "concluso il procedimento di verifica con esito positivo, rilevando che l'offerta, nel suo complesso, è da ritenersi ragionevolmente congrua ed attendibile, assicurando l'esecuzione dell'appalto secondo il progetto approvato dall'Autorità Portuale, in chiave di massimizzazione dell'interesse pubblico all'ottenimento della prestazione nel minore tempo di esecuzione al prezzo più conveniente" (verbale n. 11 del 18/6/2013).

La decisione della Commissione, inerente al profilo della riduzione dei tempi di esecuzione dell'appalto, si mostra viziata sotto i seguenti aspetti, che palesano una determinazione finale considerevolmente contraddittoria e perplessa, in quanto tale accertabile dal Giudice adito, nei limiti del sindacato che può e deve essere esercitato (cfr. Consiglio di Stato – Adunanza Plenaria, 29 novembre 2012 n. 36, punto 6.2; da ultimo, Cons. Stato – Sez. V, 26 settembre 2013 n. 4761: <<il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria>>).

Invero, come sopra riportato, nella seduta del 14/5/2013 (verbale n. 6), la Commissione ravvisava che non erano esplicitate le modalità per garantire l'operatività delle banchine, né considerata l'esigenza di tenere separata la viabilità di cantiere dall'accesso alle stesse, per evitare i rischi di interferenza; inoltre, si evidenziava che la durata di 20 giorni, per ogni sottofase, consente l'esecuzione dei lavori per 30.000 mq. di piazzale (produttività dichiarata di 1.500 mq. al giorno), invece dei 45.000 mq. necessari.

Emerge "ictu oculi", dal procedimento di verifica, che tali rilievi non sono stati chiariti ed, anzi, restano irrisolti.

Partendo dai valori della produttività media giornaliera, risulta che la CFV vi ha apportato una modifica in sede di giustificazioni, indicandoli in 2.500/mq. (pavimentazione in conglomerato bituminoso) e 1.100/mq. al giorno (aree in conglomerato cementizio), mentre nella relazione allegata alla domanda i dati sono diversi (rispettivamente, 1.500/mq., 750 e 500/mq. al giorno: pag. 4 e pagg. 5-6).

Nonostante, come detto, la Commissione avesse riscontrato che detti valori erano stati modificati (cfr. il cit. verbale n. 8 del 28/5/2013: "rilevando per altro che risulta variata notevolmente la produzione media giornaliera prevista per le fasi lavorative ipotizzate rispetto a quanto già indicato nella precedente Relazione 8.2b"), dopo la ritenuta impossibilità, con quei valori, di completare nei tempi fissati la pavimentazione del piazzale (45.000 mq.), in sede di verifica si è sostanzialmente preso atto della dichiarazione approssimativa dell'aggiudicataria, per la quale "la produzione media attesa giornaliera resta pressoché invariata rispetto a quella indicata nelle precedenti giustificazioni di cui alla Relazione 8.2b" (verbale n. 10 dell'11/6/2013).

L'approssimazione e la scarsa chiarezza della dichiarazione (non potendosi ragguagliare la relazione con le prime

giustificazioni, che – come visto – contengono dati diversi della produttività media giornaliera) avrebbero dovuto indurre la Commissione alla verifica puntuale della correttezza della modifica del dato della produttività dichiarata. Ciò in quanto detta modifica (risultante “per tabulas” dall’esame della relazione e delle giustificazioni) assume un rilievo determinante, al fine di garantire il completamento della pavimentazione nel termine stabilito, come inteso dalla Commissione nel primo pronunciamento, poi immotivatamente disatteso.

Un ulteriore vizio di immediata percepibilità è costituito dalla verifica condotta in ordine all’operatività delle banchine, dovendosi al proposito rilevare che tale aspetto della programmazione dei lavori si caratterizza come la principale esigenza della stazione appaltante (dovendo continuare l’attività portuale), non a caso rilevata dalla Commissione e posta a base della richiesta di giustificazioni.

Anche sotto questo profilo la stessa Commissione ha acriticamente assunto la generica dichiarazione dell’amministratore della CFV, per il quale la proposta dell’impresa riservava “particolare attenzione alla fruibilità ed operatività delle banchine e dell’accesso all’area portuale” (verbale n. 10 dell’11/6/2013).

Senonché, anche in tal caso la problematica insorta avrebbe dovuto indurre la Commissione a considerare motivatamente se la riduzione dei tempi, offerta dall’aggiudicataria, avrebbe potuto meglio soddisfare l’esigenza di lasciare libere le aree, essendo di intuitiva evidenza che una concentrazione dei tempi, con fasi simultanee di esecuzione dei lavori, se non accortamente disciplinata, aggrava il fenomeno piuttosto che risolverlo.

Sotto questi profili è dunque ravvisabile, nell’operato della Commissione, un evidente vizio di illogicità, che rende illegittima la valutazione compiuta in ordine alla congruità ed attendibilità della riduzione dei tempi di esecuzione dell’appalto, offerta dall’aggiudicataria.

2.3- Come anticipato, le restanti censure nei confronti dell’aggiudicataria vanno respinte.

2.3.1- Va disattesa la denuncia (pag. 8 del ricorso) di contraddittorietà dei tempi di esecuzione, indicati nella relazione dell’aggiudicataria in 155 giorni (così come in sede di verifica), mentre la riduzione temporale offerta percentualmente (79,04%) conduce ad un diverso risultato (153 giorni).

L’incertezza che ne deriva è solo apparente, dovendosi fare riferimento a quest’ultimo dato, risultante dall’applicazione del calcolo matematico, con conseguente indifferenza della diversa cifra riportata, ascrivibile ad errore di trascrizione.

2.3.2- Va anche respinta la censura (stessa pagina del ricorso) con cui è dedotto che la CFV avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per non aver indicato il numero dei dipendenti impiegati nell’esecuzione e la percentuale di incidenza della manodopera.

L’omissione non assume decisivo rilievo, avendo l’aggiudicataria indicato “di impiegare complessivamente n. 32 dipendenti”, pur non specificando quanti di essi addetti all’esecuzione dell’opera, senza che ciò possa comportare la sanzione dell’esclusione, in difetto di esplicita comminatoria (anzi, il modulo A1, su cui la domanda è stata redatta, era da utilizzare “preferibilmente”: cfr. il punto 8.1 del disciplinare).

2.3.3- Va ancora respinta la censura (pag. 9 del ricorso) sul mancato rispetto delle regole di gara, che prevedevano operazioni distinte, con l’esame della relazione di cui al punto 8.2.b (prodotta dal concorrente a supporto della riduzione dei tempi di esecuzione dell’appalto) prima della valutazione delle offerte sospette di anomalia.

Il disciplinare di gara, all’art. 9.2 (“Fase 2 – Verifica delle offerte”) ha stabilito che:

<<All’esito della redazione della graduatoria di merito la Commissione analizzerà, in seduta riservata, la relazione di cui al precedente punto 8.2.b) relativa al concorrente dichiarato provvisoriamente aggiudicatario. Nel caso in cui la riduzione temporale offerta risulti congrua l’offerta potrà essere confermata.

Successivamente, ai sensi degli art. 87, 88 e 89 del D.Lgs. 163/2006, la Commissione procederà alla valutazione delle offerte che saranno ritenute sospette di anomalia ex art. 86, comma 2 e comma 3 del suddetto D. Lgs. 163/2006.

In tal caso, ai concorrenti sarà chiesto di presentare le giustificazioni delle offerte prodotte ...>>.

Nel verbale n. 4 dell'11 febbraio 2013, la Commissione <<preso atto che le prime 5 offerte in graduatoria, così come le successive sopra citate, risultano essere anormalmente basse nel loro complesso, decide di soprassedere alla verifica di congruità del ribasso temporale così come previsto dal disciplinare di gara al punto 9.2 rimettendo la valutazione complessiva di tutti gli elementi che costituiscono l'offerta, e non soltanto del fattore temporale, alla Stazione appaltante cui è demandata tale verifica>>.

La censura di violazione della suesposta regola di gara va, come detto, disattesa.

Da un lato, la decisione della Commissione di gara è giustificata da esigenze di speditezza e di concentrazione dell'attività, dal momento che – occorrendo procedere alla verifica di anomalia per tutti i concorrenti classificatisi ai primi cinque posti – l'esame isolato della relazione del concorrente primo graduato avrebbe comportato un inutile aggravio di tempo.

D'altro lato, quanto deciso dalla Commissione non incontra ostacoli nella disposizione del disciplinare che, pur mantenendo separata la valutazione del ribasso temporale (ed in tal senso ha operato la Commissione di verifica), ha incluso la disamina di tale elemento dell'offerta pur sempre all'interno della stessa fase 2 (cfr. il citato punto 9.2).

2.3.4- Quanto al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta economica della CFV, le ricorrenti adducono che l'offerta dell'aggiudicataria (che ha potuto modificarla e adattarla, essendo stata ingiustificatamente riammessa in termini per produrre documenti) è incongrua per una serie di rilievi, attinenti all'indicazione del costo dei materiali (del cui "calo fisiologico" non si è tenuto conto), dell'utile d'impresa e del costo della manodopera (pagg. 14 e 15 del ricorso).

Le considerazioni delle ricorrenti sono confutate dalla controinteressata, che ha esibito in data 20/11/2013 una propria perizia tecnica, a firma dell'arch. Giuseppe Calogiuri.

Ciò posto, va premesso che l'Autorità portuale di Brindisi ha richiesto la presentazione di giustificazioni con una prima nota prot. 3320 del 28/3/2013, in relazione alle seguenti componenti dell'offerta economica: manodopera, materiali a piè d'opera, noleggi, trasporti, spese generali, utile di impresa e subappalti (la previsione di giustificazioni anche per la sicurezza e l'impatto ambientale è stata esclusa, come chiarito successivamente: verbale della Commissione di verifica n. 2 del 16/4/2013).

La CFV trasmetteva le giustificazioni, in relazione alle quali la Commissione riscontrava varie incongruenze e l'incompletezza della documentazione (verbali n. 3 del 23/4/2013, n. 4 del 30/4/2013 e n. 5 del 7/5/2013).

Venivano quindi richieste ulteriori precisazioni (verbale n. 7 del 21/5/2013 e nota prot. 4894 del 22/5/2013), che, per quanto attiene all'offerta economica, concernevano:

- 1) l'analisi dei costi di impiego di alcuni mezzi e/o macchinari (teme da utilizzare nell'esecuzione dei lavori; contratti di nolo; disponibilità e corretta indicazione di mezzi: rullo, apripista cingolato, escavatore e autocarro);
- 2) le voci di analisi prezzi (non corrispondenza al progetto e all'analisi della classe di resistenza a compressione minima del calcestruzzo fornito da "Puglia calcestruzzi"; mancanza dell'offerta del fornitore per il "bitume colato a caldo per formazione di giunto elastico" e per la "sigillatura giunti bitume"; non corrispondenza all'offerta del fornitore del prezzo unitario dell'emulsione bituminosa; limitazione a sei mesi, e non alla durata dell'appalto, della validità delle offerte dei fornitori);
- 3) altre voci di analisi prezzi, il computo dei costi della sicurezza e varie (percentuale dell'incidenza della manodopera sul valore dell'appalto, inferiore al costo minimo di cui all'accordo tra le parti sociali del 28/10/2010; composizione delle squadre tipo; importo complessivo dei costi di sicurezza superiore a quello previsto in progetto; assenza di documentazione attestante l'economicità delle lavorazioni e del procedimento costruttivo; mancata indicazione degli impianti per il trasporto a scarica e della tariffa applicata dal gestore; mancanza di



documenti e giustificazioni per le spese generali e l'utile d'impresa).

La richiesta di precisazioni era riscontrata dalla CFV con la stessa relazione già indicata a proposito dell'offerta-tempo, nella quale, in riferimento ai singoli punti contestati dell'offerta economica:

1) venivano comprovati il noleggio delle tele dei macchinari utilizzati, la titolarità dei contratti di locazione finanziaria del rullo, dell'apripista cingolato e dell'escavatore, nonché la coincidenza dell'autocarro indicato nel libro cespiti e nell'elenco dei mezzi di trasporto;

2) veniva ascritta a vizi formali l'incongruenza tra i valori dei prezzi dei mezzi e delle attrezzature, non inficianti il dato finale; era precisato che l'offerta di "Puglia Calcestruzzi" riguarda la classe di resistenza 35/45, ritenuta corretta dalla stazione appaltante con chiarimento dell'8/11/2012; si allegavano i preventivi dei fornitori per i materiali e le dichiarazioni sulla vincolatività delle offerte per tutta la durata dell'appalto;

3) veniva addotto, sulla scorta di una serie di rilievi tecnici, che la percentuale d'incidenza della manodopera sul valore dell'appalto, quantificata nel 13,26%, è parametrata ai dati forniti dalla stazione appaltante; veniva indicata la corrispondenza al progetto dell'importo indicato nel computo metrico estimativo della sicurezza (frutto di refusi numerici e benché il dato non potesse formare oggetto di chiarimenti); erano specificate tutte le condizioni di favore per i processi lavorativi e l'organizzazione d'impresa (economie di scala derivanti dall'esperienza acquisita e dalle privilegiate condizioni d'acquisto), precisando in particolare che, per i trasporti alle scariche indicate, l'impresa utilizzava propri mezzi; si indicavano infine nel 15% e nel 5%, rispettivamente, le percentuali delle spese generali e dell'utile d'impresa.

Nella seduta del 28/5/2013 (verbale n. 8), la Commissione esaminava la relazione, rilevando ancora la necessità di informazioni, relativamente ad alcune voci di analisi prezzi (INF01.39: materiali a piè d'opera ed utile d'impresa; E1.071 ed E12.06bis: materiali a piè d'opera), convocando la CFV.

L'audizione si teneva nella seduta del 4 giugno 2013 (verbale n. 9), nella quale la Commissione ha concordato su quanto "esaurientemente esposto per le vie brevi" sulle voci di analisi prezzi, aggiornandosi per ciò che concerne la riduzione temporale.

Tanto premesso, limitatamente agli aspetti riguardanti l'offerta economica il Collegio è dell'avviso che la conclusione a cui è pervenuta la Commissione è esente dalle censure sollevate, non rinvenendosi – in relazione a tali aspetti – alcun profilo di illogicità o irragionevolezza nella valutazione finale.

Ciò in quanto risulta compiuto il pertinente esame di tutte le voci sottoposte a verifica, mediante la richiesta di chiarimenti in successione e l'audizione diretta del concorrente, che denotano che all'esito finale si è pervenuti sulla base di un'adeguata rappresentazione dei fatti e delle questioni dubbie.

Si deve in tal caso fare applicazione del costante indirizzo giurisprudenziale, sopra ricordato, che limita il sindacato giurisdizionale ai palesi vizi di illogicità dell'operato della Commissione (Consiglio di Stato – Adunanza Plenaria, 29 novembre 2012 n. 36, p. 6.2: <<Al riguardo, giova innanzi tutto richiamare il consolidato indirizzo che circoscrive il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2011, nr. 5098; id., 16 marzo 2011, nr. 1636; id., 20 maggio 2008, nr. 2348; Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2007, nr. 3097)>>).

In questo caso sono insussistenti quei profili di travisamento ed erroneità, immediatamente rilevabili, che alla stregua del richiamato orientamento legittimerebbero una valutazione critica dell'organo giurisdizionale.

Nessuno dei rilievi sollevati dalle ricorrenti, in merito all'offerta economica della CFV, mostra che la verifica sia stata nella specie condotta in spregio ai canoni a cui deve uniformarsi l'operato dell'organismo tecnico, potendo la

Commissione richiedere la documentazione occorrente ed essendo precluso al Giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione nella valutazione compiuta (cfr. Cons. Stato – Sez. V, 26 settembre 2013 n. 4761, cit.).

Nella specie, i rilievi critici rappresentati sono contraddetti dalla relazione tecnica esibita dalla controinteressata, che per gli aspetti di maggiore significatività, astrattamente idonei a supportare la denuncia di una scorretta verifica, patrocina una diversa lettura della documentazione fornita.

Da ciò il Collegio trae il convincimento che non si è in presenza di macroscopiche illegittimità, dovendo il campo di queste essere ristretto alle ipotesi in cui gli errori di valutazione siano di tale evidenza da essere direttamente percepibili e non altrimenti giustificabili, versandosi in caso contrario nell'ambito della discrezionalità (incensurabile, se non intrinsecamente viziata) consona all'accertamento di natura tecnica, rimesso alla Commissione, la quale non solo è in possesso delle necessarie cognizioni per procedere all'esame delle componenti dell'offerta, ma può giudicare avendo riguardo all'affidabilità nel suo complesso della proposta dell'offerente (pervenendo, quindi, ad una valutazione comunque positiva, anche in presenza di talune incongruità).

Per queste ragioni deve essere respinta la censura attinente alla valutazione di congruità dell'offerta economica dell'aggiudicataria.

3.- Vanno respinte le censure nei confronti della seconda classificata (ATI Murano).

3.1- Non assume rilievo la circostanza che la dichiarazione ex art. 38 del d.lgs. n. 163/06 sia stata resa in data antecedente (7/11/2012) all'istanza di ammissione alla gara (14/1/2013).

L'istanza reca in calce la data del 7/11/2012, ma la stessa acquista data certa al momento della presentazione alla P.A., per cui è insignificante la diversa indicazione nel documento.

Le dichiarazioni ex art. 38 cit., contenute nella domanda di partecipazione (ai sensi dell'art. 46 del DPR 28 dicembre 2000, n. 445, che consente di comprovare stati, qualità personali e fatti con dichiarazioni contestuali all'istanza), sono quindi riferibili alla suddetta data di presentazione alla P.A., momento nel quale il soggetto assume la responsabilità di quanto autodichiara.

3.2- Alla stessa stregua va considerato che, siccome a quel momento la mandante KC Costruzioni era composta da quattro soci, non era tenuta alla dichiarazione per il socio di maggioranza (prescritta al primo comma, lett. c), "in caso di società con meno di quattro soci").

Né possono essere apprezzati in questa sede i rilievi sul supposto intento fraudolento, alla base della cessione delle quote azionarie.

Il Collegio osserva che il proprio sindacato è confinato alla verifica della conformità a legge della documentazione fornita dal concorrente; cosicché, se la stessa si dimostra regolare, non può essere condotta alcuna indagine, che porterebbe a dichiarare illegittimo l'operato dell'Autorità amministrativa; peraltro la stessa non avrebbe potuto tenere un comportamento diverso, essendo a sua volta vincolata a considerare che le regole stabilite dalla legge sono state osservate.

D'altro canto, neppure v'è la prova della mancanza dei requisiti di affidabilità morale in capo al socio di maggioranza della KC Costruzioni, da cui si possa arguire che la modifica della compagine sociale è stata esclusivamente preordinata ad evitare che l'ATI Murano andasse incontro alla sanzione dell'esclusione.

Tale omissione rileva in quanto, per il principio che può trarsi dall'art. 21-octies della legge n. 241/90 e generalizzandone la portata, non hanno carattere invalidante i vizi per i quali non sia dimostrata l'incidenza determinante sul provvedimento finale, che avrebbe dovuto avere un contenuto diverso.

La norma indicata, inoltre, recepisce nel processo amministrativo un'esigenza di sostanzialità, sostituendo al ruolo meramente distruttivo svolto tradizionalmente dal ricorrente, con la formulazione di censure formali, un ruolo costruttivo, che impone la prova del contenuto diverso che l'atto avrebbe avuto se le formalità fossero state

osservate.

4.- Anche le censure nei confronti degli altri concorrenti devono essere respinte, poiché:

a) per quanto concerne la A&I Della Morte spa:

1) è stata resa la dichiarazione ex art. 38 dell'ing. Ferruccio Della Morte, Presidente della Società e legale rappresentante nonché Direttore tecnico (cfr. all. 2 alla produzione della difesa erariale del 9/11/2013);

2) è stata resa la dichiarazione anche dall'ing. Marcello Della Morte, cessato dalla carica, corredata della patente di guida, costituente valido documento di riconoscimento (cfr. all. 3 della medesima produzione);

3) quest'ultimo è amministratore unico della Astromenia Srl e, a sua volta, ha reso la dichiarazione l'amministratore unico della Ibisco Srl, ing. Maurizio Della Morte (cfr. all. 4 della citata produzione), per cui sono state adempiute le formalità riguardanti i soci della società partecipante alla gara;

b) per quanto concerne la Cavalleri spa, essendo la stessa partecipata interamente da altra persona giuridica (Codex srl), va escluso l'obbligo di rendere la dichiarazione per il socio unico, prevista nel caso in cui si tratti di "persona fisica" (art. 38, primo comma, lett. c), d.lgs. n. 163/06), palesandosi in tal caso insuperabile il dato letterale della norma, insuscettibile di applicazione analogica.

5.- Conclusivamente, per le suseposte motivazioni il ricorso va in parte respinto e in parte dichiarato improcedibile, come innanzi chiarito.

L'azione risarcitoria va conseguentemente respinta, in quanto il soggetto privo di interesse a contestare gli esiti della gara non è titolare di una posizione giuridica tutelata e quindi non può lamentare un danno ingiusto.

Per la peculiarità delle questioni trattate sussistono valide ragioni per compensare interamente tra tutte le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce -Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge e in parte lo dichiara improcedibile; respinge l'azione risarcitoria.

Compensa interamente tra tutte le parti le spese processuali.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere

Giuseppe Esposito, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2014

IL SEGRETARIO

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