

N. 05159/2013REG.PROV.COLL.
N. 02702/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2702 del 2013, proposto da:

Tredil Impresit s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Antonietta Centomiglia e Maurizio Avagliano, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Murano - Centomiglia in Roma, via Pelagio 10;

contro

Nuova Logica di Rosario Babbaro, rappresentata e difesa dagli avv. Demetrio Fenucciu e Carlo Spinelli, con domicilio eletto presso Demetrio Fenucciu in Roma, viale Vaticano 48;

nei confronti di

Provincia di Salerno, rappresentata e difesa dall'avv. Marina Tosini, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO, SEZIONE I, n. 00476/2013, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di variante alla s.p. 360 comune di Cava de' Tirreni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Salerno e di Nuova Logica di Rosario Babbaro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2013 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Lentini per delega dell'avv. Avagliano, Fortunato, per delega dell'avv. Tosini, e Gargano, per delega dell'avv. Fenucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Oggetto del presente giudizio è la procedura aperta indetta dalla Provincia di Salerno per l'affidamento in appalto dei lavori di realizzazione di una variante alla strada provinciale n. 360 nel territorio del Comune di Cava de' Tirreni e messa in sicurezza.

Alla gara partecipava l'impresa individuale Nuova Logica di Rosario Babbaro, venendone tuttavia esclusa per non avere presentato l'offerta "tempo" specificamente richiesta dal bando. Contro tale provvedimento proponeva ricorso al TAR Campania – sez. staccata di Salerno e con motivi aggiunti impugnava l'aggiudicazione definitiva in favore della Tredil Impresit s.r.l.

2. Il TAR adito accoglieva l'impugnativa, ritenendo che l'offerta temporale emergesse dal cronoprogramma dei lavori, prodotto dall'impresa ricorrente, contenente *"il numero dei giorni naturali e consecutivi offerti"*, pari a 134, traendo la conclusione che da ciò fosse enucleabile una manifestazione della *"volontà di impegnarsi ad eseguire il servizio in maniera conforme all'oggetto della gara vincolandosi nei confronti della stazione appaltante"*. Sulla base di tale premessa, ha quindi affermato che la sanzione espulsiva comminata alla ricorrente, in

forza di espressa previsione della legge di gara, riposa su ragioni di carattere esclusivamente formale, ponendosi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione enunciato dall'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163/2006, non essendovi incertezza sul contenuto e la provenienza dell'offerta ed essendo quest'ultima munita *“di tutti gli elementi contenutistici essenziali richiesti dal bando”*.

3. Il ragionamento del TAR è avversato nel presente appello dalla controinteressata Tredil Impresit.

Secondo l'appellante il giudice di primo grado ha male interpretato le pertinenti clausole del bando di gara ed è incorso in ultrapetizione, giacché tali clausole, non impugnate da controparte, impongono *“una specifica ed autonoma offerta tempo”*, destinata a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad ottenere dall'impresa *“un preciso vincolo in merito al tempo di esecuzione dei lavori”*, la cui mancanza non può essere supplita dal cronoprogramma. Ad avviso della Tredil quest'ultimo documento si sostanzia infatti in un mero elaborato tecnico progettuale, dal quale non è ricavabile alcuna manifestazione di volontà contrattuale. Critica inoltre il richiamo operato dal TAR al citato art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti pubblici, obiettando che il tempo di esecuzione dei lavori costituisce un elemento essenziale dell'offerta ai sensi dell'art. 74 del medesimo codice, la cui mancanza rientra nelle tassative cause di esclusione previste dalla prima delle citate disposizioni.

4. Anche la Provincia di Salerno, costituitasi in adesione all'appello, sottolinea che il cronoprogramma non può essere equiparato all'offerta tempo, giacché solo quest'ultima assume rilievo in sede di gara, sostanziandosi nell'impegno dell'impresa offerente a rispettare il tempi di esecuzione dei lavori ivi dichiarati e dunque un elemento essenziale dell'offerta, come si ricava anche dall'art. 16 del capitolato speciale d'appalto, mentre il primo, contenente l'indicazione delle categorie delle

lavorazioni e la sequenza temporale delle stesse, ha la funzione, prevista dall'art. 40 del regolamento di cui al d.p.r. n. 207/2010, di consentire la revisione dei compensi in ragione delle variazioni dei prezzi dei materiali in corso di esecuzione dell'opera.

5. Costituitasi in resistenza, la Nuova Logica di Rosario Babbaro pone in rilievo, in contrario, il fatto che, mentre per l'offerta economica il bando di gara indica con precisione le dichiarazioni da rendere ed allega il relativo modello, per l'offerta temporale si limita a prescrivere la presentazione di un cronoprogramma contenente l'indicazione dei tempi dei lavori e munito di sottoscrizione, come appunto avvenuto nel caso di specie, da ciò dovendosi desumere che su tale documento la stazione appaltante ha inteso confidare per l'espressione della volontà contrattuale delle imprese partecipanti alla gara. Contesta inoltre che sarebbe stato suo onere impugnare il bando, assumendo di avere rispettato le prescrizioni in esso contenute.

DIRITTO

1. Così riassunte le opposte prospettazioni delle parti, dalladalle stesse si ricava che la presente controversia si incentra sulla questione se al cronoprogramma prodotto in sede di gara dalla Nuova Logica di Rosario Babbaro ai fini dell'offerta sui tempi di esecuzione dei lavori richiesta dal bando possa essere attribuito valore di dichiarazione di impegno contrattuale a rispettare i tempi di esecuzione dei lavori ivi indicati.

Il contrasto tra l'appellante Tredil Impresit e Provincia di Salerno da una parte e Nuova Logica dall'altra verte sull'interpretazione delle clausole del bando di gara relative alla presentazione della suddetta offerta, il cui contenuto conviene riportare:

- il punto X.I.5 – *“offerta tempo”*, prevede che l'elemento di valutazione costituito dal tempo di esecuzione dei lavori *“deve essere oggetto di specifica offerta espressa in giorni naturali e consecutivi per l'esecuzione dei lavori previsti nel*

progetto posto a base di gara e dalle migliorie od aggiunte offerte dal concorrente”;

- quindi, nello specificare le modalità di valutazione dell’offerta tempo (punto XI.5.1), la legge di gara prescrive ai concorrenti di *“produrre un nuovo crono programma delle lavorazioni inteso come adeguamento del crono programma di cui al progetto esecutivo posto a base di gara ed in rapporto alle proposte migliorative di cui all’offerta tecnica”*; soggiungendo che in tale elaborato *“dovrà essere indicato il numero di giorni naturali e consecutivi offerti dal concorrente per l’ultimazione delle opere come risultanti dalle migliorie presentati”*; infine comminando l’esclusione in caso di mancata sottoscrizione del cronoprogramma.

2. Tanto precisato in fatto, va innanzitutto disattesa la censura di ultrapedizione formulata dall’appellante. L’assunto su cui si impernia l’impugnativa della Nuova Logica si basa infatti sulla premessa del rispetto delle sopra citate prescrizioni di *lex specialis*, e sulla conseguente contrarietà ad esse dell’espulsione comminata in proprio danno, dacché è evidente che nessun onere di impugnazione poteva configurarsi a suo carico.

3. Deve quindi procedersi ad enucleare il significato delle ridette prescrizioni ed in particolare quale sia la forma da esse imposta per l’espressione della volontà contrattuale delle imprese partecipanti alla gara in ordine ai tempi di esecuzione dei lavori posti a gara.

Il Collegio ritiene che l’interpretazione fornita dal TAR sia corretta e cioè che tale volontà, su cui l’amministrazione può confidare, può essere ricavata dal cronoprogramma prodotto dalla Nuova Logica.

3.1 Deve innanzitutto convenirsi con l’originaria ricorrente in ordine al fatto che il bando di gara non prescrive sul punto una forma predeterminata.

E’ vero infatti che ivi si richiede che l’offerta dei tempi di esecuzione dei lavori sia *“specificata”*, ma ciò deve essere correlato al fatto che la stessa è oggetto di autonoma valutazione ai fini dell’attribuzione del ponteggio.

In realtà ciò che la legge di gara impone è l’indicazione dei giorni naturali e

consecutivi offerti per l'esecuzione dei lavori e per questa indicazione vi è, invece, l'espressa richiesta alle imprese concorrenti di produrre un cronoprogramma, con sottoscrizione dell'impresa a pena di esclusione.

L'interpretazione letterale bando conduce dunque ad avvalorare l'assunto alla base del ricorso e la decisione di accoglimento dello stesso resa dal TAR.

3.2 Anche dal punto di vista teleologico, peraltro, la previsione da ultimo menzionata deve essere letta alla luce dell'esigenza, ripetutamente richiamata dall'appellante e dalla Provincia di Salerno, di fare emergere una volontà contrattuale certa e coercibile da parte della stazione appaltante. Su questo specifico profilo le prospettazioni delle parti ora dette, ed in particolare della Tredil Impresit, non risultano convincenti, perché si limitano a connotare in termini meramente formali un adempimento che invece non può che rispondere ad un preciso interesse sostanziale dell'amministrazione, secondo quanto ripetutamente affermato da questo Consiglio di Stato in ordine alle comminatorie espulsive o più in generale agli oneri formali imposti nei bandi di gara (cfr. tra le altre pronunce inquadabili in questo indirizzo giurisprudenziale: Sez. III, 12 maggio 2011, n. 2851; Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4334; Sez. VI, 19 ottobre 2012, n. 5389). Il quale interesse sostanziale è appunto quello di fare emergere l'impegno contrattuale sui tempi dei lavori da parte delle imprese concorrenti e che qui si ritiene soddisfatto mediante la produzione del cronoprogramma sottoscritto.

3.3 Non ha nemmeno pregio addurre la circostanza che la sequenza ed i tempi di esecuzione dei lavori prefigurati nel cronoprogramma sono suscettibili di modifica alla luce delle sopravvenienze insorgenti durante tale fase o che lo stesso documento costituisce la base per revisione del prezzo, giacché queste considerazioni valgono anche per il caso in cui l'offerta sia fatta oggetto di separato documento.

Inoltre, ad ulteriore confutazione delle argomentazioni svolte sul punto dall'appellante e dall'amministrazione provinciale, è il caso di lumeggiare la funzione che la normativa primaria e secondaria in materia di contratti pubblici assegnano al cronoprogramma.

In base agli artt. 17, All. XXI al codice dei contratti pubblici e 40 del regolamento di attuazione di cui al d.p.r. n. 207/2010, il cronoprogramma è un documento che rappresenta, secondo peculiari modalità di rappresentazione grafica, l'andamento nel tempo degli importi dei lavori da eseguire principalmente in campo edilizio.

Il comma 1 dell'art. 17 ora richiamato prevede che il documento in questione ha la finalità *“di stabilire in via convenzionale (nel caso di lavori compensati a prezzo chiuso) l'importo degli stessi”*. Il comma 1 del parimenti citato art. 40 richiama poi l'art. 171, comma 12, del medesimo regolamento, il quale disciplina le conseguenze derivanti dal mancato rispetto dei tempi indicati nel cronoprogramma sotto il profilo del pagamento del prezzo.

Dalle citate disposizioni normative emerge quindi che il documento in questione ha rilievo negoziale e del resto è evidente che in tanto lo stesso può avere un'utilità pratica in quanto presupponga una volontà contrattuale certa e definitiva in ordine ai tempi dei lavori ivi descritti.

Nel caso di specie, poi, dalle disposizioni di *lex specialis* emerge che tale volontà la stazione appaltante ha inteso suggellare con la sottoscrizione del cronoprogramma, così rendendo chiaramente riconoscibile l'impegno al rispetto dei tempi di esecuzione dei lavori in esso rappresentati.

4. L'appello deve dunque essere respinto.

Le spese del presente grado possono essere compensate tra tutte le parti avuto riguardo alla novità della questione, mentre il contributo unificato versato dall'appellante ex art. 9 del testo unico in materia di spese di giustizia di cui al d.p.r. n. 115/2002 va dichiarato irripetibile.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di causa, dichiarando irripetibile il contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/10/2013

IL SEGRETARIO

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