TAR CAMPANIA SEZ-DI SALERNO Sentenza n. 356 del 16/02/2016
INCONGRUITA' DELL'OFFERTA TEMPORALE

Il Comune di AGROPOLI indiceva in data 07/01/2015 una procedura aperta per i lavori di "Messa in sicurezza permanente della ex discarica in località GORGO", da aggiudicarsi tramite l'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'importo complessivo di Euro 9.731.172.,11, di cui 2.011.755,92 per il costo del personale ed Euro 109.875,34 per costi della sicurezza diretti ed indiretti non soggetti a ribasso, finanziati mediante Programma Operativo Regionale FESR 2007/2013 della Regione Campania - D.G.R. n. 378 del 24/09/2013 – Misure di accelerazione della spesa: Attuazione DGR n. 148/2013 .

Con verbale di gara" n. **7**, in seduta aperta, la "*Commissione di Gara*", data lettura dei <<*punteggi conseguiti da ciascuna impresa relativamente all'"Offerta Tecnica*">> e dato atto di aver proceduto all'apertura delle "buste" contenenti l'"*Offerta Temporale*" e l'"*Offerta Economica*" e <<*verifica*(to) *che non ricorrono le condizioni di anomalia di cui all'art. 86, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 per nessuno dei concorrenti*>> richiese al primo in graduatoria (A.T.I. XXX <<*giustificazioni in merito all'elemento offerta tempo che appariva anormalmente bassa*, ex art. 87, comma 1del D.Lgs. 163/2006.
L'offerta dell' ATI prevedeva di ultimare i lavori in 75 giorni utilizzando un doppio turno di lavoro 06- 14 e 14- 22,ai sensi dell'art.27 del d.m. n.145/2000.

Si instaurava in tal modo la procedura prevista dall'art 88 comma 4 del d.lgs.163/2006, a conclusione della quale, con verbale n. 12 del 12.6.2015, la commissione di gara disponeva l'esclusione dell'A.T.I. XXX per incongruità dell'offerta temporale, avendo la stessa offerto *una riduzione del 75% dei tempi a base di gara, corrispondente a 75 giorni a fronte dei 300 stimati dalla stazione appaltante per l'esecuzione dei lavori.*
IL provvedimento DI ESCLUSIONE si incentrava sui seguenti rilievi :

"1-inammissibilità del doppio turno lavorativo cui ha fatto ricorso, in forma generalizzata, la parte ricorrente, sia perché non previsto dal capitolato speciale di appalto, sia perché la stazione appaltante ha negato la necessaria preventiva autorizzazione, sia perché esso implica costi aggiuntivi per l'esercizio dell'attività di controllo demandata alla direzione lavori, all'ispettore di cantiere, ai direttori operativi nonché ai coordinatori in fase di esecuzione ed ai collaudatori in corso d'opera, dovendo essi operare in condizioni notturne;

2) erroneità della valutazione delle condizioni climatiche;

3) sottostima dei tempi di realizzazione del diaframma, la cui realizzazione è prevista erroneamente nel cantiere di valle, mentre va inserito correttamente nel cantiere centrale, in quanto esso ha anche una funzione geo-tecnica e strutturale di stabilizzazione del pendio e del profilo di progetto del corpo discarica: inoltre, solo dopo aver eseguito questa lavorazione e ad avvenuta maturazione del calcestruzzo, possono iniziare le altre lavorazioni indicate nel cronoprogramma presentato dall'A.T.I. ricorrente;

4) sottostima dei tempi necessari per l'estrazione del percolato;

5) sottostima degli operai impiegati sul cantiere;

6) fattibilità di alcune attività propedeutiche alla realizzazione delle opere, che secondo il cronoprogramma presentato dall'A.T.I. ricorrente dovrebbero essere realizzate nel tempo intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, solo dopo aver pulito dalla vegetazione il corpo discarica, con la conseguenza che potranno iniziare solo dopo la consegna dei lavori;

7) presenza di n. 92 operai per ogni turno non gestibile in modo normale ma straordinario, al fine di ridurre al minimo le interferenze tra le varie squadre di lavoro;

8) mancanza di evidenza della produttività di cantiere, del numero di squadre e dei mezzi d'opera; inoltre, il tabulato di verifica di produttività delle lavorazioni critiche è particolarmente ottimistico, è basato sempre su doppio turno di lavoro e presenta margini di sicurezza operativi molto bassi, che non tengono conto delle interferenze dei relativi sottocantieri;

9) necessità, per la delicatezza delle lavorazioni, che le stesse siano eseguite alla luce del sole e non di sera o notte;

10) impossibilità di utilizzare per la gestione del cantiere le due viabilità di accesso dalla SP45 e dalla superstrada SS 18 var., in quanto la prima è dedicata all'area di trasferenza comunale, mentre l'accesso dalla superstrada deve essere autorizzato dalla Provincia; inoltre è preclusa la possibilità di richiedere la deroga alla circolazione dei mezzi pesanti nelle fasce e giorni di ordinaria interdizione;"

La *Commissione di Gara* ha ritenuto di confermare la sua valutazione negativa dell'"*offerta*" anche in presenza degli apporti giustificativi e delle precisazioni integrative fornite dalla "concorrente" A.T.I., che non ha mancato di descrivere idoneamente -ed in modo univoco- il contenuto dell'offerta e confermarne la complessiva attendibilità e sostenibilità sotto il profilo tecnico ed economico-finanziario, in piena, costante coerenza ed affidabilità con l'"*offerta tecnica*" proposta in sede di gara.

L'ATI XXX ricorre al Tar Campania Sez.di Salerno avverso il provvedimento di esclusione, il quale nomina un C.T.U., considerata la complessità tecnica della controversia .

Sulla scorta e sul supporto della relazione del C.T.U. il Tribunale Amministrativo della Campania ribatte tutti i rilievi della commissione di gara,accogliendo il ricorso ed annullando il provvedimento di esclusione .

Punto 1

"Evidenziato, quanto al punto 1), che la *lex specialis* non richiede, ma nemmeno vieta il ricorso al cd. doppio turno di lavoro da parte dell'appaltatore, mentre deve ritenersi in proposito applicabile (in virtù del rinvio generale operato dal bando di gara) il capitolato generale di appalto di cui al d.m. n. 145/2000, a mente del quale (art. 27) "l'appaltatore può ordinare ai propri dipendenti di lavorare oltre il normale orario giornaliero, o di notte (…) dandone preventiva comunicazione al direttore dei lavori", il quale "può vietare l'esercizio di tale facoltà qualora ricorrano motivati impedimenti di ordine tecnico o organizzativo";

Rilevato che dalla disposizione citata è ricavabile il principio in base al quale spetta al direttore dei lavori, e non alla stazione appaltante, vietare eventualmente il ricorso al cd. doppio turno di lavoro, rientrante altrimenti nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'appaltatore, mentre il divieto deve comunque essere ancorato alla sussistenza di "motivati impedimenti di ordine tecnico o organizzativo";

Rilevato, quanto al punto 2), che il c.t.u. (pagg. 60-61 della relazione) ha accertato la correttezza del coefficiente 1,25, corrispondente a "condizioni climatiche favorevoli", utilizzato dalla parte ricorrente per la determinazione del numero dei giorni, naturali e consecutivi, utili per la redazione del programma esecutivo dei lavori, alla luce dei dati desunti dagli archivi pluviometrici della Protezione Civile della Regione Campania - Centro funzionale per la previsione prevenzione e monitoraggio rischi e l'allertamento ai fini della Protezione Civile;

Considerato, per quanto attiene al rilievo *sub* 4), che, come evidenziato dal c.t.u., "l'allegato 1 (articolo 3 comma 3) – (articolo 9 comma 1) del D.Lgs. 13 gennaio 2003 n.36 – Attuazione della Direttiva 199/31/CE relativa alle discariche e rifiuti (G.U. n.59 del 12 marzo 2003), al punto 2.3., controllo delle acque e gestione del percolato, dispone che "il percolato e le acque di discarica devono essere captate…[…]…per un tempo non inferiore a 30 anni dalla data di chiusura definitiva dell'impianto";

Rilevato, per quanto concerne il punto 5), che il c.t.u. (pag. 60 della relazione) ha evidenziato che il reale numero medio di maestranze occorrenti per l'esecuzione dell'opera. (40 unità/turno lavorativo) risulta coerente con l'omologo calcolo effettuato dall'A.T.I., volto alla determinazione della presenza media in cantiere per ogni turno, così come riportato a pag.14 dell'elaborato RE-Relazione Esplicativa: infatti, nella sua offerta tecnica e nelle controdeduzioni avanzate alle richieste di chiarimenti e specificazioni della Commissione di gara, l'A.T.I. ricorrente individua n. 60 maestranze/per turno di lavoro organicamente e simultaneamente impegnate per l'attuazione del progetto concernente la "messa in sicurezza permanente" della discarica comunale;

Considerato, per quanto riguarda il rilievo *sub* 6), che, come evidenziato dal c.t.u. (pag. 56 della relazione), l'art. 17, comma 3, del C.S.A., parte integrante del Progetto Esecutivo (elaborato RE.12), prevede espressamente che "è facoltà della Stazione appaltante procedere in via d'urgenza alla consegna dei lavori, anche nelle more della stipulazione formale del contratto, ai sensi dell'articolo 153, comma 1, secondo periodo e comma 4, del d.P.R. n. 207 del 2010 e dell'articolo 11, comma 9, periodi terzo e quarto, e comma 12, del Codice dei contratti, se il mancato inizio dei lavori determina un grave danno all'interesse pubblico che l'opera appaltata è destinata a soddisfare, oppure la perdita di finanziamenti comunitari";

Considerato quindi che il rilievo in esame della Commissione di gara, secondo cui le suddette attività preliminari non potranno iniziare prima della stipulazione del contratto ma solo dopo la consegna dei lavori, risulta inficiato dal fatto che le stesse possono essere appunto realizzate, mediante la consegna anticipata dei lavori, prima della stipulazione del contratto;

Richiamato, con riguardo ai rilievi *sub* 7) ed 8), quanto osservato dal c.t.u. (pagg. 57 ss. della relazione) in merito al fatto che "la presenza effettiva delle maestranze previste contemporaneamente nel cantiere risulta essere pari a 60 maestranze/turno, ampiamente gestibili poiché impiegate sulle tre sub-aree individuate dall'ATI (monte, centrale e valle), tali da consentire, con adeguati margini di sicurezza, il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dall'A.T.I. in termini di produttività. Emerge infatti, dal diagramma che segue, predisposto dall'A.T.I. e riflesso del cronoprogramma che, in disparte un iniziale "picco" dovuto alla definizione di tutti gli "ordinativi" (Nr. 1 pick up, Nr.1 terna attrezzata di trincia erba, Nr. 1 terna attrezzata per pulizia area e piste para fuoco, Nr. 1 cassoni scarrabili autocompattanti per raccolta sfalci e potature, Nr.1 autocompattatori per trasporto sfalci, Nr. 1 autoespurgo per percolato) di cui al punto 3 del Disciplinare di Gara, l'andamento della produttività è pressoché costante nel tempo, indicatore di oculate scelte gestionali e metodologiche. Con la predisposizione del Diagramma di "P.E.R.T." che segue, l'A.T.I., in coerenza col suo piano organizzativo basato sulle 3 sub-aree cantieristiche in cui ha progettato di dividere il "cantiere", ha programmato adeguatamente le attività da svolgersi coerentemente ai tempi predeterminati in raffronto ai costi di attività";

Richiamato, con riguardo al rilievo *sub* 9), quanto osservato dal c.t.u. (pag. 54 della relazione) nel senso che, durante l'esecuzione dell'opera, si dovrebbe lavorare, comunque, con luci artificiali durante il secondo turno giornaliero (14:00 – 22:00), e cioè dopo le 16:00 in inverno e dopo le 19:00 in estate, e che "tale condizione è soddisfatta dalla previsione operativa dell'A.T.I. che si riporta alla normativa UNI-EN 12464-2 "Illuminazione dei posti di lavoro – Posizioni di lavoro in esterno", operante dal Gennaio 2008";

Considerato infine, per quanto concerne il rilievo *sub* 10), ed in particolare con riguardo alla possibilità di conseguire l'autorizzazione per il transito dei mezzi pesanti nei giorni e negli orari di ordinaria interdizione, che, come evidenziato dal c.t.u (pag. 56 della relazione), i lavori *de quibus* presentano i requisiti di urgenza atti a giustificare, secondo una valutazione *ex ante* di ragionevole verosimiglianza, il rilascio dell'autorizzazione necessaria, atteso che si tratta di intervento contemplato dal "Programma Operativo Regionale FESR 2007/2013 della Regione Campania - D.G.R. n. 378 del 24/09/2013 – Misure di accelerazione della spesa: attuazione DGR n. 148/2013", il quale avrebbe dovuto concludersi entro il 31/12/2015, salvo ulteriori proroghe, e che il Decreto Dirigenziale della Regione Campania n. 260 del 29/10/2014, avente ad oggetto "Art. 242 del D.Lgs. 3 aprile 2006 n. 152 e ss.mm.ii. Approvazione Progetto Definitivo di Messa in sicurezza permanente dell' ex discarica comunale, ubicata in loc. Gorgo del Comune di Agropoli (SA), foglio 38, particelle catastali 63, 64, 65, 66, 158, 160 e 161 ricadenti nel Comune di Agropoli e foglio 4, particelle catastali 49, 104, 106, 107, 116, 117, 118, 119, 152, 153, 154 e 155 ricadenti nel Comune di Prignano Cilento, cod.5002c001", nel precisare che "…la presente autorizzazione, conformemente a quanto disposto dal comma 7 dell'art. 242 del D.L.gs 152/06 e s.m.i., costituisce assenso per tutte le opere connesse alla bonifica del sito in esame, sostituendosi ad ogni altra autorizzazione, concessione, concerto, intesa, nulla osta da parte delle Pubbliche Amministrazioni e comporta dichiarazione di pubblica utilità, di urgenza ed indifferibilità dei lavori…omissis…", prescrive inoltre che "…i lavori dovranno iniziare con ogni urgenza"…omissis…";

Ritenuto di evidenziare, in conclusione, che, poiché **i 75 giorni offerti dall'A.T.I. corrispondono in realtà a 150 "turni unici", ovvero a 150 giorni "naturali e consecutivi", l'offerta temporale della stessa, ai fini della valutazione della sua congruità, deve essere in realtà considerata pari a 150 giorni, corrispondente ad una riduzione effettiva del 42%, e non del 75%, rispetto ai tempi a base di gara (cfr. pag. 55 della relazione di c.t.u.) e che pertanto l'offerta dell'ATI è formalmente attuabile e presenta adeguati margini di sicurezza.**

Pertanto alla luce di tutte le argomentazioni esposte**,** Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione Prima, **definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1255/2015: - lo accoglie ed annulla per l'effetto l'impugnato provvedimento di esclusione.**

Sintesi a cura del Presidente della Commissione Monitoraggio Bandi LL.PP. e rapporti con ANAC