

E' legittima l'esclusione dell'offerta che nel suo insieme risulta obiettivamente "diversa" da quella indicata nel capitolato speciale d'appalto, tale da comportare l'impossibilità materiale di comparare le voci di costo con quelle poste a base di gara.

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 8-5-2017

1. E' doveroso l'esame del ricorso principale, pur a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente".
2. La disciplina generale in materia di procedimento amministrativo prevede che il dirigente responsabile dell'unità organizzativa competente può disporre autonomamente, in luogo del responsabile del procedimento, circa le decisioni da assumere e gli atti fondamentali da adottare nel corso dell'istruttoria procedimentale.
3. E' possibile la sostituzione del responsabile in corso di procedimento in quanto circostanza rientrante fra gli atti di gestione del personale nell'ambito della discrezionalità dell'amministrazione, così come l'individuazione del responsabile del procedimento, la quale ha natura ampiamente discrezionale ed il cui sindacato di legittimità è consentito soltanto qualora appaia viziata da «illogicità macroscopiche».
4. Ai sensi dell'art. 88 c. 1-bis D.Lgs. 163/06 è attribuita alla S.A. (e quindi correttamente al dirigente competente per materia) la facoltà di istituirla per l'esame delle giustificazioni una sub-commissione.
5. La Stazione appaltante è vincolata esclusivamente alle disposizioni stabilite nella lex di gara e alle regole del buon andamento dell'attività amministrativa ed è chiamata ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, potendo pertanto riesaminare i provvedimenti adottati, dando esplicita e puntuale contezza del potere esercitato.
6. Rientra nella potestà discrezionale della Stazione Appaltante porre nel nulla con un atto successivo gli atti medio tempore adottati e non procedere all'aggiudicazione definitiva.
7. E' legittima l'esclusione dell'offerta nel suo insieme risulta obiettivamente "diversa" ("aliud pro alio") da quella indicata nel capitolato speciale d'appalto, comportando l'impossibilità materiale di comparare le voci di costo con quelle poste a base di gara.

Guida alla lettura

La sentenza annotata riguarda un ricorso avverso l'esclusione di una impresa concorrente ad un gara per l'affidamento della "Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di gara sulla base del progetto preliminare predisposto dalla Stazione Appaltante, per la realizzazione di un sistema shuttle di collegamento Aeroporto di Brindisi – Rete Ferroviaria", esclusa in quanto la relativa offerta è risultata anomala a seguito della verifica disposta ai sensi degli artt. 86 e ss. del D.Lgs. 163/06.

In particolare, la Commissione di Gara aveva ritenuto incongrua l'offerta in quanto concernente la fornitura di veicoli a propulsione esclusivamente elettrica.

Pur a fronte del ricorso incidentale "escludente" proposto dalla controinteressata, il TAR ha ritenuto doveroso l'esame del ricorso principale, in conformità all'insegnamento della giurisprudenza nazionale ed europea (cfr. C.d.S. 3708/2016; Corte di Giustizia 5 aprile 2016).

Nel merito, il ricorso principale è stato ritenuto infondato, rigettandosi tutte le doglianze proposte a partire da quelle sui poteri del RUP e del Dirigente di riferimento.

Infatti, per l'espletamento dell'incarico di RUP l'Amministrazione aveva nominato un dipendente e distintamente un altro dipendente quale responsabile unico del procedimento di attuazione dei lavori del Procedimento limitatamente alla fase di gara, il Dott.....

In ogni caso - ha rammentato il Collegio - la disciplina generale in materia di procedimento amministrativo prevede che "il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale" (art. 5, comma 1, l. n. 241 del 1990, cit.) e che il dirigente responsabile dell'unità organizzativa competente, può disporre autonomamente, in luogo del responsabile del procedimento, circa le decisioni da assumere e gli atti fondamentali da adottare nel corso dell'istruttoria procedimentale.

Al contempo, è stata ammessa la possibilità di sostituzione del responsabile in corso di procedimento, non essendoci ragioni per ritenere che ciò non fosse possibile in quanto la suddetta circostanza rientra fra gli atti di gestione del personale nell'ambito della discrezionalità dell'amministrazione, così come l'individuazione del responsabile del procedimento, la quale ha natura ampiamente discrezionale ed il cui sindacato di legittimità è consentito soltanto qualora appaia viziata da «illogicità macroscopiche» (Cons. St., sez. I, 21 maggio 2003, n. 3/2003, in Cons. St., 2003, I, 2039).

E, comunque, il giudizio reso dalla sub-commissione e recepito dal RUP era stato fatto proprio anche dalla Commissione di gara certamente competente a deliberare ammissioni ed esclusioni.

In ordine alla non congruità dell'offerta, poi, il TAR ha escluso che la stazione appaltante

avrebbe dovuto conformarsi all'autovincolo dalla stessa posto allorché si era determinata, in un primo momento, a ritenere ammissibile l'offerta dalla medesima proposta quanto alla fornitura di mezzi ad alimentazione esclusivamente elettrica.

Infatti, la stazione appaltante è vincolata esclusivamente alle disposizioni stabilite nella lex di gara e alle regole del buon andamento dell'attività amministrativa, ed è chiamata ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, potendo pertanto riesaminare i provvedimenti adottati, dando esplicita e puntuale contezza del potere esercitato (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 1625 del 25 marzo 2004).

Pertanto, rientra nella potestà discrezionale della Stazione Appaltante porre nel nulla con un atto successivo gli atti medio tempore adottati e non procedere all'aggiudicazione definitiva (ex multis, TAR Lazio, sez. III ter, sentenza n. 11146 del 9 dicembre 2008, parere AVCP n. 74 del 9 luglio 2009).

In ogni caso, nella fattispecie, è stata ritenuta corretta l'esclusione dell'offerta dalla gara stante l'impossibilità di valutarne i costi sulla base dei documenti giustificativi prodotti dalla società esclusa,

Risultava, infatti, evidente come la Commissione avesse escluso la ricorrente nella fase relativa alla valutazione dell'anomalia dell'offerta, stante l'impossibilità di comparare i costi dell'offerta con quelli indicati nel capitolato a causa dell'eterogeneità degli stessi, ossia tramite una valutazione non ancora neppure espressa al momento della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta che, in sostanza, nel suo insieme era obiettivamente "diversa" (tanto da risultare, come correttamente rilevato dalla difesa delle parti costituite un "aliud pro alio") da quella indicata nel capitolato speciale d'appalto, così comportando l'impossibilità materiale di comparare le voci di costo con quelle poste a base di gara.

In altri termini, l'eterogeneità delle voci di costo rappresentate nell'offerta dalla stessa proposta rispetto a quelle poste a base di gara, giustificava la valutazione negativa effettuata dalla Commissione di valutazione, affermando il TAR che <<l'omogeneità dell'offerta rispetto a quella posta a base di gara rappresenta un elemento indefettibile e necessario per l'esame della congruità dei relativi costi, sicché l'assenza di tale elemento impedisce ab origine la citata valutazione incidendo inevitabilmente anche sulla congruità>>.

N. 00694/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00325/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 325 del 2017, proposto da:

AAA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino, Antonio Martini, Domenico Mastrolia, Franco Coccoli, con domicilio eletto presso lo studio Domenico Mastrolia in Lecce, via Montello 13/A;

contro

Comune di Brindisi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Emanuela Guarino, Monica Canepa, con domicilio eletto presso lo studio Antonio Astuto in Lecce, via Umberto I N. 28;

nei confronti di

BBB S.r.l., in Persona del Legale Rappresentante P.T., ..., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Augusto Imperatore N. 16;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura indetta dal Comune di Brindisi per l'affidamento della "Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di gara sulla base del progetto preliminare predisposto dalla Stazione Appaltante, per la realizzazione di un sistema shuttle di collegamento Aeroporto di Brindisi – Rete Ferroviaria", comunicato a mezzo pec con nota del Presidente della Commissione di gara in data 16 febbraio 2017;

- della determinazione dirigenziale del Settore Contratti e Appalti del Comune di Brindisi, del 22.2.2017, n. 13, comunicata a mezzo pec in data 9.3.2017, di aggiudicazione della procedura alla ditta Doronzo Infrastrutture s.r.l.;

- del verbale della Commissione di gara del 16 febbraio 2017;

- della nota del 10 febbraio 2017 Prot. n. 13567, a firma del RUP Ing., con la quale è stato

espresso giudizio di non congruità dell'offerta della ricorrente;

- della determinazione dirigenziale del Responsabile del Settore Lavori Pubblici del Comune di Brindisi del 19.1.2017, n. 12, di nomina del RUP nella persona dell'Ing. ...;

- della determinazione dirigenziale del Responsabile del Settore Lavori Pubblici del Comune di Brindisi del 4.8.2015, n. 357, di nomina della Commissione di valutazione dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006;

- dei verbali della Commissione di valutazione dell'anomalia dell'offerta, segnatamente dei verbali nn. 1, 2, 3 e 4;

- di ogni altro connesso, presupposto e/o consequenziale.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da BBB S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t. il 542017 :

per l'annullamento, previa sospensione degli atti di gara impugnati dalla ricorrente principale nella parte in cui non hanno escluso AAA anche per ragioni ulteriori rispetto a quelle poste a base del verbale di gara del 16/02/17.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Brindisi e di Doronzo Infrastrutture S.r.l., in persona del Legale Rappresentante P.T., ...;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2017 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi per le parti i difensori come da verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Il Comune di Brindisi ha indetto, con bando pubblicato sulla GURI n. 116 del 10.10.2014, una procedura aperta di gara, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. c del D.Lgs. 163/2006, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della "Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di gara sulla base del progetto preliminare predisposto dalla Stazione Appaltante, per la realizzazione di un sistema shuttle di collegamento Aeroporto di Brindisi – Rete Ferroviaria".

Il complessivo importo a base di gara è stato quantificato in € 30.188.707,41, di cui € 22.669.416,55 per importo lavori a base d'asta da assoggettare a ribasso; € 1.869.642,61 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso; € 1.349.648,25 quale corrispettivo per i servizi di

ingegneria (progetto definitivo ed esecutivo, coordinamento sicurezza in fase di progettazione) soggetti a ribasso ed €4.300.000,00 per fornitura mezzi di trasporto, soggetti a ribasso.

La AAA si è confermata prima classificata, ma la sua offerta è risultata anomala e pertanto sottoposta a verifica di anomalia, ai sensi degli artt. 86 e ss. del D.Lgs. 163/06.

In data 26.11.2015, la Commissione di Gara ha ritenuto incongrua l'offerta di AAA, in quanto concernente la fornitura di veicoli a propulsione esclusivamente elettrica; tuttavia la commissione ha escluso la ricorrente, ed altre partecipanti, per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale nell'offerta economica.

In data 19.9.2016, la Commissione ha preso atto della sopravvenuta decisione dell'Adunanza Plenaria n. 20/2016, in tema di oneri della sicurezza, disponendo la riammissione in gara di tutti i concorrenti in precedenza esclusi (per non avere indicato in seno all'offerta i costi aziendali per la sicurezza), ivi inclusi le ditte ... (seconda classificata), rideterminando la precedente graduatoria di merito e dichiarando l'offerta di ...prima in graduatoria.

Infine, la Commissione di gara si è nuovamente riunita in seduta pubblica in data 16.2.2017 (verbale del 16.2.2017, n. 14) ed in tale occasione, avendo verificato l'anomalia dell'offerta, ha provveduto ad escludere la ricorrente AAA per incongruità dell'offerta.

1.1. Avverso il sopravvenuto provvedimento di esclusione, il provvedimento di aggiudicazione e gli ulteriori atti in epigrafe è insorta la ricorrente con il ricorso all'esame, per i seguenti motivi.

I.VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 86 SS. DEL D.LGS. 163/2006 E DELL'ART. 121 DEL D.P.R. 207/2010. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3 E SS. DELLA L. 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DI GARA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITA' E BUON ANDAMENTO DELL'AMMINISTRAZIONE. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE E IN PARTICOLARE DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE E ISTRUTTORIA, CONFUSIONE E PERPLESSITA' DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, ILLOGICITA' MANIFESTA, GRAVE SVIAMENTO DI POTERE, CONTRADDITTORIETA.

Secondo la ricorrente, sarebbero del tutto oscure le ragioni per le quali il ruolo di RUP e, conseguentemente, di Presidente della Commissione di valutazione dell'anomalia delle offerte sia stato svolto, sino alla recente, sopravvenuta, sostituzione, dall'Arch. ... e non dal dott. ..., indicato nel Disciplinare di gara.

Parimenti inspiegabile sarebbe, altresì, la recente, sopravvenuta, nomina dell'Ing.

II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 86 SS. DEL D.LGS. 163/2006 E DELL'ART. 121 DEL D.P.R. 207/2010. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3 E SS. DELLA L. 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DI GARA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITA' E BUON ANDAMENTO

DELL'AMMINISTRAZIONE. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE E IN PARTICOLARE DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE E ISTRUTTORIA, CONFUSIONE E PERPLESSITA' DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, ILLOGICITA' MANIFESTA, GRAVE SVIAMENTO DI POTERE, CONTRADDITTORIETA'.

La determinazione di esclusione contravviene all'autovincolo che la Commissione di gara si era assegnato già nella seduta del 29 dicembre del 2014 (verbale di gara n.8) giudicando l'offerta della AAA conforme alla prescrizioni del capitolato di gara.

In ogni caso l'offerta, presentata dalla ricorrente, di fornitura veicoli alimentati esclusivamente con motore elettrico è del tutto in linea con la richiamata disciplina di gara ed anzi rappresenta, per espressa previsione della disciplina di gara stessa, un valore aggiunto.

Il provvedimento di esclusione è del tutto carente di motivazione, non ravvisandosi le motivazioni per le quali la Commissione giudicatrice è pervenuta a conclusioni opposte a quelle cui era motivatamente pervenuta in precedenza; il provvedimento è comunque illogico e contraddittorio, fondandosi su conclusioni - quelle della Commissione di valutazione dell'anomalia - che la Commissione giudicatrice aveva in precedenza motivatamente superato; il provvedimento è stato adottato nel presupposto dell'incongruità dell'offerta della ricorrente, senza che quest'ultima sia mai stata sottoposta al procedimento di verifica di anomalia.

III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 86 SS. DEL D.LGS. 163/2006 E DELL'ART. 121 DEL D.P.R. 207/2010. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3 E SS. DELLA L. 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DI GARA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITA' E BUON ANDAMENTO DELL'AMMINISTRAZIONE. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE E IN PARTICOLARE DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE E ISTRUTTORIA, CONFUSIONE E PERPLESSITA' DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, ILLOGICITA' MANIFESTA, GRAVE SVIAMENTO DI POTERE, CONTRADDITTORIETA'.

L'esclusione è illegittima per violazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, di cui agli artt. 86 e ss. del D.Lgs. 163/2006.

La Commissione di valutazione, infatti, per sua stessa ammissione, non ha mai espletato un procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della ricorrente, men che mai ha instaurato con la medesima il doveroso contraddittorio previsto dalla richiamata disciplina di riferimento.

In conclusione, la ricorrente ha poi richiesto, ai sensi degli artt. 121, 122 e 124 c.p.a., quale conseguenza dell'annullamento degli atti impugnati, la condanna dell'Amministrazione a disporre l'aggiudicazione in proprio favore, previa dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato.

1.2. Si è costituita in giudizio la controinteressata BBB srl la quale, oltre che contestare l'ex adverso, ha proposto ricorso incidentale avverso gli atti di gara impugnati dalla ricorrente

principale nella parte in cui non hanno escluso R.A. AAA anche per ragioni ulteriori rispetto a quelle poste a base del verbale di gara del 16/02/17 R.A., sostenendo che la stessa, non sarebbe dovuta essere ammessa a gara già all'esito dell'esame della documentazione amministrativa e tecnica nonché dell'apertura dell'offerta economica.

Questi i motivi a sostegno del ricorso incidentale:

Illegittimità dell'ammissione a gara dell'offerta tecnica di R.A. Costruzioni. Violazione delle premesse e degli artt. 8, 12 e 22 del Capitolato speciale autobus e degli artt. 8 e 11 del Capitolato descrittivo e prestazionale. Violazione della lex specialis anche per come precisata dai chiarimenti pre-gara. Violazione art. 76 DLgs 163/06. Violazione dei principi dell'auto-vincolo e della par condicio tra i concorrenti.

La Commissione di gara ha escluso R.A. Costruzioni nella seduta del 16.2.17 aderendo ai rilievi sollevati dalla sub-commissione deputata alla verifica dell'anomalia dell'offerta, che ha ritenuto tale verifica sostanzialmente non fattibile, atteso che l'offerta di R.A. scarta completamente dalle previsioni indittive e non è quindi confrontabile con le voci di costo considerate dalla stazione appaltante in sede di indizione della gara; piuttosto, avendo R.A. offerto veicoli a propulsione esclusivamente elettrica, mentre il capitolato richiedeva la fornitura di veicoli alimentati a metano o, a propulsione ibrida, e cioè metano/elettrica, la stazione appaltante ancor prima di giungere a tale fase del procedimento e non appena preso atto dei contenuti dell'offerta di R.A., doveva disporre l'esclusione per evidente aliud pro alio.

Violazione del paragrafo 1 del disciplinare. Violazione del Capitolato Speciale Autobus (elaborato D06/1/A) e del (Capitolato Speciale Battelli (elaborato D06/1). Violazione degli atti indittivi per come integrati dai chiarimenti pre-gara. Violazione del divieto di presentazione di offerte al rialzo.

La sub-commissione di verifica di congruità ha anche evidenziato che RA merita esclusione pure in ragione della sua offerta economica e in particolare perché dalla lettura del computo metrico-estimativo, parte integrante dell'offerta economica, emerge "un'offerta complessiva delle forniture, pari ad €. 5.000.000,00" che è pertanto superiore a quella massima prevista dagli atti di gara pari a Euro 4.300.000,00.

Tale circostanza comporta l'inammissibilità del ricorso in quanto sul punto non vi è sul punto alcuna censura e, comunque, la doverosità dell'esclusione di R.A. anche per tale motivo già all'atto dell'apertura dell'offerta economica.

Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 49, 35 e 36 D.Lgs. 163/06 e dell'art. 94 DPR n. 207/10.

R.A. AAA, in quanto priva dei requisiti per la partecipazione alla gara (volume d'affari, SOA e certificazione di qualità), ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento utilizzando i requisiti dell'ausiliario ZZZ srl il quale è privo nella propria autonoma struttura di impresa e dei requisiti che, invece, ha dichiarato di impegnarsi a mettere a disposizione dell'ausiliata.

Inammissibilità dell'offerta economica sotto un diverso profilo.

La R.A. Costruzioni doveva, poi, essere esclusa in quanto ha presentato un progetto definitivo il cui quadro economico risulta essere addirittura superiore al finanziamento disponibile e per di più nemmeno vengono considerate sugli importi della progettazione le somme pari al 4% quali contribuzione previdenziale obbligatoria a onere della Committenza.

Violazione art. 12.2 del disciplinare e art. 261 c. 7 DPR n. 207/10. Carezza dei requisiti dell'ATP dei progettisti.

La capogruppo DAM (del RTP utilizzato da RA) non risulta coprire in riferimento al possesso di servizi svolti per la categoria V.02 il requisito del 60%.

Violazione art. 91 c. 3 D.Lgs. 163/06. Illegittimità della composizione dell'ATP dei progettisti.

Il componente dell'ATP geologo, pur essendo indicato quale soggetto esecutore delle attività geologiche (ivi compresa la redazione della relazione geologica), in realtà non partecipa al raggruppamento avendo una "partecipazione" pari a zero e l'art. 91, comma 3 del Codice dei contratti pubblici, non consente per la redazione delle relazioni geologiche il subappalto.

Violazione art. 15 c. 12 DPR n. 207/10 e 46 D.Lgs. 163/06. Assoluta incertezza in ordine alla provenienza dell'offerta. Inammissibilità dell'offerta tecnica anche sotto ulteriori profili.

Il progetto definitivo di RA è carente sotto più profili e tale da non rispettare i requisiti minimi richiesti dagli artt. 24 e ss. del DPR n. 207/2010, sicché l'offerta di R.A. era anche per tale profilo radicalmente inammissibile.

Si è costituito in giudizio anche il Comune di Brindisi insistendo per l'inammissibilità e infondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 19 aprile 2017, la causa è stata trattenuta in decisione per la definizione del giudizio in forma semplificata, previo avviso alle parti, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

2. Va preliminarmente rilevata la doverosità dell'esame del ricorso principale, sia pur a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente" (C.d.S 3708/2016; Corte di Giustizia 5 aprile 2016).

2.1. Il ricorso principale è comunque infondato e deve essere respinto.

2.2. Non merita condivisione la censura con la quale la ricorrente contesta il ruolo assunto dall'arch. ..., in quanto per l'espletamento dell'incarico di RUP l'Amministrazione aveva nominato il dr.....

L'assunto è destituito in fatto in quanto il bando di gara indicava il responsabile unico del procedimento di attuazione dei lavori l'arch. ... responsabile del Procedimento limitatamente alla fase di gara, il Dott.....

In ogni caso, deve premettersi che la disciplina generale in materia di procedimento amministrativo prevede che “il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale” (art. 5, comma 1, l. n. 241 del 1990, cit.) e che il dirigente responsabile dell'unità organizzativa competente, può disporre autonomamente, in luogo del responsabile del procedimento, circa le decisioni da assumere e gli atti fondamentali da adottare nel corso dell'istruttoria procedimentale.

Quanto alla possibilità di sostituzione del responsabile in corso di procedimento, non vi sono ragioni per ritenere che ciò non sia possibile in quanto la suddetta circostanza rientra fra gli atti di gestione del personale nell'ambito della discrezionalità dell'amministrazione, così come l'individuazione del responsabile del procedimento, la quale ha natura ampiamente discrezionale ed il cui sindacato di legittimità è consentito soltanto qualora appaia viziata da «illogicità macroscopiche» (Cons. St., sez. I, 21 maggio 2003, n. 3/2003, in Cons. St., 2003, I, 2039), non emergenti nella fattispecie.

Quanto alla sostituzione dell'arch., in disparte la questione dell'ammissibilità di tali censure, non emergendo dai motivi di ricorso l'incisività di tale sostituzione sulla posizione della ricorrente, basti rilevare che, come efficacemente rilevato dalla difesa della controinteressata, la commissione è stata nominata dal Responsabile Settore Pubblici con determinazione dirigenziale n. 357 del 4/08/15 ai sensi dell'art. 88 c. 1-bis D.Lgs. 163/06, che attribuisce alla S.A. (e quindi correttamente al dirigente competente per materia) la facoltà di istituirla per l'esame delle giustificazioni e, comunque, il giudizio reso dalla sub-commissione e recepito dal RUP è stato, nella seduta del 16.2. u.s., fatto proprio anche dalla Commissione di gara certamente competente a deliberare ammissioni ed esclusioni.

In ogni caso sin dal verbale del 6.11.2015 la Commissione, presieduta dall'Arch.... (e quindi prima della sua sostituzione) aveva dichiarato che l'offerta della AAA era da ritenersi non congrua, stante l'eterogeneità della natura dei veicoli offerti rispetto a quella di cui al capitolato di gara, così ritenendo l'offerta inidonea a garantire la corretta esecuzione dell'appalto.

2.3. Non colgono nel segno neppure le censure con le quali la ricorrente sostiene che la S.A. avrebbe dovuto conformarsi all'autovincolo dalla stessa posto allorché si era determinata a ritenere ammissibile l'offerta dalla medesima proposta quanto alla fornitura di mezzi ad alimentazione esclusivamente elettrica, già nel verbale di gara n.8 del 29 dicembre 2014.

In primo luogo, poiché la S.A. è vincolata esclusivamente alle disposizioni stabilite nella lex di gara e alle regole del buon andamento dell'attività amministrativa, è chiamata ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, potendo pertanto riesaminare i provvedimenti adottati, dando esplicita e puntuale contezza del potere esercitato (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 1625 del 25 marzo 2004).

Dal momento che ciascuna Stazione Appaltante detiene un potere/dovere di autotutela da esplicarsi in qualunque momento della procedura di gara in cui si sono manifestati vizi determinanti per l'individuazione del contraente e che l'aggiudicazione provvisoria non

costituisce atto conclusivo del procedimento, bensì meramente preparatorio, ad effetti prodromici, instabili e interinali, essendo adottato nell'ambito del procedimento, volto all'emanazione dell'aggiudicazione definitiva (che in ogni caso, ai sensi dell'articolo 12 del D.Lgs. n. 163/2006, è espressione di un'ulteriore valutazione della Stazione Appaltante circa la regolarità dello svolgimento della procedura e la convenienza della stipulazione del contratto), rientra nella potestà discrezionale della Stazione Appaltante porre nel nulla con un atto successivo gli atti medio tempore adottati e non procedere all'aggiudicazione definitiva (ex multis, TAR Lazio, sez. III ter, sentenza n. 11146 del 9 dicembre 2008, parere AVCP n. 74 del 9 luglio 2009).

In ogni caso nella specie, anche a voler prescindere dalle suddette considerazioni, come emerge dalla lettura dei verbali di gara (vedasi in particolare verbali del 6.11.2015 e segg) la S.A. ha escluso la ricorrente dalla gara a cagione della incongruità dell'offerta, stante l'impossibilità di valutarne i costi.

In particolare, con verbale del 25 settembre 2015 la Commissione di valutazione delle offerte ex art.88 comma 1 bis d.lgs. 163/2006, nell'esaminare i documenti giustificativi prodotti dalla R.A COSTRUZIONI S.R.L, ha rilevato che:

-“la fornitura di autobus dalla stessa offerta, risulta dotata di motore esclusivamente elettrico, mentre il relativo capitolato Speciale d'Appalto posto a base di gara ha ad oggetto la fornitura di n. 4 autobus autosnodati alimentati a gas metano per trasporto passeggeri da utilizzarsi tra la stazione ferroviaria Perrino e l'Aeroporto Papola di Brindisi;

- lo stesso capitolato precisa: "E' prevista la propulsione ad alimentazione termica alternativa (metano), eventuali offerte environmentally friendly orientate verso la mobilità sostenibile(propulsione ibrida) rappresentano un valore aggiunto (sul punto la Commissione osserva che la definizione correntemente in uso definirebbe veicoli elettrici(EV) quelli in cui sono presenti uno o più motori elettrici che forniscono potenza di propulsione in modo esclusivo o in aggiunta ad altri dispositivi e che, in tale ambito, si distingue tra i veicoli elettrici ibridi (HEV) ,ovvero veicoli elettrici in cui la potenza di propulsione proviene da più fonti indipendenti, e veicoli puramente elettrici(PEV)...;

-tra le prescrizioni generali ed oggetto della fornitura si legge “tali mezzi di trasporto collettivo dovranno rispondere alle prescrizioni del presente capitolato...alle norme relative all'utilizzo del gas metano per l'autotrazione...;

-il capitolato speciale descrittivo e prestazionale tra l'altro, espressamente prevede “un deposito officina con relativa viabilità di servizio di collegamento alla viabilità urbana dotato di punto di rifornimento per i veicoli Shuttle che sono previsti alimentati a metano”.

Pertanto, la Commissione, attesa la difformità, emergente per tabulas, tra l'oggetto del capitolato speciale disciplinante la fornitura di n.4 autobus autosnodati alimentati a gas metano e quanto offerto dalla R.A. Costruzioni, ha stabilito di porre alla stazione appaltante i seguenti quesiti:

-“se ritiene sussistere conformità tra la fornitura di autobus offerta e quella di cui ai documenti di gara, in caso affermativo se ritiene di interesse e coerente la pur prevista realizzazione, nell’ambito del deposito officina suddetto, di un punto di rifornimento per i veicoli Shuttle che sono previsti alimentati a metano, in caso affermativo a quali costi questa Commissione debba riferirsi nell’esercizio del suo mandato, atteso che la fornitura di autobus a trazione esclusivamente elettrica, e il relativo materiale accessorio, ivi compreso quello di ricarica, non trovano termini di confronto del capitolato di gara”.

Successivamente, con verbale 6.11.2015 la Commissione, ha dichiarato la non congruità dell’offerta della ricorrente rilevando che:

- ai sensi delle disposizioni del capitolato disciplinante la fornitura degli autobus definisce veicolo ibrido il veicolo alimentato a gas metano ed elettrico e che la fornitura di cui all’esame è relativa a veicolo ad alimentazione esclusivamente elettrica; che, ai sensi della giurisprudenza del Consiglio di Stato, la valutazione della congruità è da effettuarsi attraverso un’analisi globale e sintetica

delle singole componenti di cui si articola l’offerta, al fine di accertare se l’eventuale non congruità di una o più componenti della stessa si traduca nella inattendibilità dell’offerta nel suo insieme e se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell’appalto; già ad una analisi globale della componente “forniture” si evidenziano profili che, alla luce di quanto su esposto, in via pregiudiziale configurano l’offerta inidonea a garantire la corretta esecuzione dell’appalto in parte de qua; l’eterogeneità della natura dei veicoli di cui al relativo capitolato di gara, determina l’improcedibilità anche di un’eventuale comparazione dei relativi costi, sia con riferimento agli stessi veicoli (dei quali manca qualsiasi prescrizione tecnica ed indicazione della relativa certificazione omologativa), sia con riferimento alle spese connesse all’impianto di alimentazione degli stessi e che rimarrebbero prive di giustificazione.”

Dopo aver rinviato l’esito della valutazione finale dell’offerta della ricorrente anche in considerazione della necessità di attendere la definizione del giudizio innanzi al Consiglio di Stato in relazione alla questione inerente la mancata indicazione dell’indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, con nota del 10.2.2017, il dirigente ing... ha confermato il giudizio di non congruità espresso dalla Commissione constatando l’assenza di motivazioni che potessero comportare la revisione del giudizio.

Risulta quindi evidente come la Commissione abbia escluso la ricorrente nella fase relativa alla valutazione dell’anomalia dell’offerta, stante l’impossibilità di comparare i costi dell’offerta con quelli indicati nel capitolato a causa dell’eterogeneità degli stessi, ossia tramite una valutazione non ancora neppure espressa al momento della valutazione dell’ammissibilità dell’offerta.

Peraltro, quand’anche tale giudizio avesse inteso implicitamente comportare la rivisitazione del giudizio di ammissibilità dell’offerta precedentemente espresso, deve essere riconosciuta la legittimità dello stesso, sia per le considerazioni precedentemente espresse (p.sub2.3.), sia perché congruamente motivato in ordine alla necessità di valutare l’offerta nel suo insieme che, in quanto obiettivamente “diversa” (tanto da risultare, come correttamente rilevato dalla

difesa delle parti costituite un “aliud pro alio”) da quella indicata nel capitolato speciale d'appalto, aveva comportato l'impossibilità materiale di comparare le voci di costo con quelle poste a base di gara.

2.4. Né può sostenersi l'erroneità del giudizio espresso dalla stazione appaltante e, quindi, la conformità della legittimità dell'offerta di veicoli a propulsione esclusivamente elettrica atteso che, come correttamente rilevato nei suindicati verbali di gara:

- il capitolato speciale descrittivo e prestazionale prevede quanto segue: “per il servizio di Shuttle è prevista la fornitura di autobus articolati alimentati a metano a pianale integralmente ribassato;...la flotta è costituita da 4 autobus di cui due per il servizio base, uno per le intensificazioni e uno di riserva...; un deposito officina con relativa viabilità di servizio di collegamento alla viabilità urbana dotato di un punto di rifornimento per i veicoli Shuttle che sono previsti alimentati a metano”;

- il capitolato speciale all'art.1 “prescrizioni generali o oggetto della fornitura” precisa che lo stesso “disciplina la fornitura” compravendita ai sensi del codice civile)...; un unico lotto di n.4 autobus alimentati a gas naturale...tali mezzi di trasporto collettivo, dovranno rispondere alle prescrizioni del presente capitolato, a tutte le norme applicabili alla costruzione, omologazione e immatricolazione di autobus, a quelle disciplinati il trasporto pubblico mediante autobus, alle norme relative all'utilizzo del gas metano per l'autotrazione ed in generale a tutta la normativa tecnica applicabile...;è prevista la propulsione ad alimentazione termica alternativa (metano), eventuali offerte environmentally friendly orientate verso la mobilità sostenibile(propulsione ibrida) rappresentano un valore aggiunto ”.

Con i chiarimenti pre gara, alla domanda “se la propulsione ibrida debba intendersi ad alimentazione metano/elettrica” la stazione appaltante ha risposto: “la propulsione ibrida è da intendersi metano/elettrica, rif.elaborato D 06/1/A – capitolato speciale autobus-art.4.2.2.,4.2.2, 4.2.3.,4.2.4.4.2.5.”

Le considerazioni suindicate evidenziano come:

-la lex di gara (rimasta inoppugnata) fosse chiara nel richiedere la fornitura di autobus alimentati a gas naturale/metano;

- al fine di assicurare la funzionalità del percorso degli shuttle, la stessa ha stabilito un'organizzazione coerente con la previsione medesima ossia “un deposito officina con relativa viabilità di servizio di collegamento alla viabilità urbana dotato di punto di rifornimento per i veicoli shuttle previsti alimentati a metano”;

- l' unica possibilità di offerta alternativa è rappresentata dalla fornitura di shuttle alimentati con un sistema ibrido, ossia metano ed elettrico e la necessaria la compresenza dei due sistemi di alimentazione risulta evidente sia dalle prescrizioni citate, sia dai successivi chiarimenti della stazione appaltante, oltre che da evidenti regole lessicali e tecniche.

Di tanto la Commissione di valutazione ha fornito ampia e articolata motivazione, evidenziando

non solo le diverse caratteristiche tecniche dei mezzi alimentati a gas metano/elettricità, rispetto a quelli alimentati in via esclusivamente elettrica, nonché richiedendo ulteriori lumi alla stazione appaltante, la quale ha poi confermato le considerazioni espresse dalla prima.

2.5. Non coglie nel segno neppure la censura con la quale la ricorrente lamenta che le considerazioni inerenti la non congruità dell'offerta siano state effettuate dalla Commissione di valutazione ex art.86 e segg. D.lgs.163/2006 e non già dalla Commissione di gara.

Invero, la motivata e lapalissiana impossibilità di valutare la congruità dell'offerta della ricorrente, a cagione della eterogeneità delle voci di costo rappresentate nell'offerta dalla stessa proposta rispetto a quelle poste a base di gara (posto che l'offerta riguardava fornitura- autobus a propulsione elettrica – diversa rispetto a quella richiesta dal bando di gara –autobus alimentati a metano o al più con alimentazione ibrida ossia metano/elettrica), giustifica la valutazione negativa effettuata dalla Commissione di valutazione, tanto più che la suindicata impossibilità valutativa non risulta affatto messa in discussione dalla ricorrente.

2.6. Infine, sono infondate pure le censure con le quali la ricorrente si duole della circostanza che la Commissione di valutazione non abbia mai espletato un procedimento di verifica dell'anomalia della sua offerta, nè instaurato con la medesima un contraddittorio.

Rileva il Collegio che l'omogeneità dell'offerta rispetto a quella posta a base di gara rappresenta un elemento indefettibile e necessario per l'esame della congruità dei relativi costi, sicchè l'assenza di tale elemento impedisce ab origine la citata valutazione incidendo inevitabilmente anche sulla congruità.

Inoltre, quanto alla mancata instaurazione del contraddittorio, lo stesso risulta del tutto irrilevante ed ininfluenza non essendovi contestazione in ordine alla circostanza che l'offerta di R.A. riguardasse veicoli a propulsione esclusivamente elettrica, sicché nulla la stessa avrebbe potuto aggiungere o modificare.

3. In definitiva, il ricorso deve essere respinto.

Alla reiezione del ricorso, segue l'improcedibilità del ricorso incidentale.

Sussistono giustificati motivi (anche in considerazione della peculiarità e novità della questione) per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

-respinge il ricorso principale;

-dichiara improcedibile il ricorso incidentale;

-compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Patrizia Moro, Presidente FF, Estensore

Roberto Michele Palmieri, Primo Referendario

Jessica Bonetto, Referendario