

**APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Divieto di commistione dell'offerta economica nell'offerta tecnica - Portata - Individuazione - Valutazione - In concreto - Fattispecie.**

**Tar Puglia - Bari, Sez. III, 23 giugno 2021, n. 1059**

1. “[...] sul divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica è “assunto pacifico quello secondo cui il divieto di commistione non vada inteso in senso assoluto ma in concreto, valutando caso per caso l’idoneità degli elementi economici esposti nell’offerta tecnica ad apprezzare prima del tempo la convenienza di tale offerta [...]”.

2. “[...] L’applicazione del divieto di commistione deve quindi essere effettuata in concreto e non in astratto, con riguardo alla concludenza degli elementi economici esposti o desumibili dall’offerta tecnica, che devono essere tali da consentire di ricostruire in via anticipata l’offerta economica nella sua interezza, ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente alla commissione di gara di apprezzare “prima del tempo” la consistenza e la convenienza di tale offerta” [...]”.

3. “[...] “non può considerarsi di per sé “intruso” un elemento temporale nell’offerta tecnica ove questo non incida sugli aspetti economici dell’offerta ma tali elementi, per contro, concorrono indubbiamente nella formazione del giudizio sulla qualità dell’offerta e non sull’economicità della stessa” [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ferrotramviaria s.p.a. e di Matarrese s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2021, svolta in modalità da remoto, il dott. Francesco Cocomile e dato atto della presenza, ai sensi di legge, dei difensori delle parti come da verbale;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza in forma semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - La ditta Ing. Orfeo Mazzitelli s.r.l. partecipava, in qualità di capogruppo-mandataria della costituenda ATI con Barone Costruzioni s.r.l., alla “Procedura aperta per l’aggiudicazione dell’appalto avente ad oggetto i lavori per la realizzazione di un sottopasso ferroviario e la soppressione del P.L. al km 29 + 555,27 (viale dei Liliium, Terlizzi) della linea ferroviaria Bari-Barletta”, codice CIG 83519938D42, indetta dal Ferrotramviaria s.p.a., con importo a base d’asta pari ad € 6.352.413,09 (bando pubblicato in G.U.R.I. in data 6.7.2020).

Il criterio di aggiudicazione era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa e si basava la seguente griglia di valutazione: Offerta Tecnica 80 punti, Offerta Temporale 10 punti ed Offerta Economica 10 punti.

Come risulta dal “verbale delle sedute riservate” tenutesi il 17.9.2020, il 25.9.2020 e il 30.9.2020 venivano ammessi undici operatori economici.

Successivamente - come emerge dal citato “verbale delle sedute riservate” tenutesi il 27.11.2020, l’1.12.2020, il 4.12.2020, il 9.12.2020, il 15.12.2020, il 29.12.2020, il 4.1.2021, il 12.1.2021, il 20.1.2021 ed il 26.1.2021 - venivano valutate le offerte tecniche.

In data 4.2.2021 in seduta pubblica, aperte le offerte temporali e quelle economiche, risultavano i seguenti punteggi complessivi: Matarrese s.r.l. 90,839; RTI Mazzitelli s.r.l. 82,016.

Il distacco tra le offerte è dunque pari a 8,823 punti.

Con nota prot. n. 1703/21/P del 23.2.2021, la stazione appaltante comunicava la graduatoria di gara e informava di aver avviato la verifica di congruità nei confronti del concorrente Matarrese s.r.l.

In data 15.4.2021 con la censurata nota prot. 3414/21/P del 15.4.2021, la gara veniva aggiudicata a Matarrese s.r.l.

Con l’atto introduttivo del presente giudizio l’ATI ricorrente Ing. Orfeo Mazzitelli s.r.l. e Barone Costruzioni s.r.l. contestava gli atti in epigrafe indicati, deducendo censure così riassumibili:

1) violazione e/o falsa applicazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.); violazione della *par condicio competitorum*; violazione del principio di segretezza delle offerte; violazione e/o falsa applicazione dell’art. 20 e dell’art. 16 del disciplinare di gara; eccesso di potere *sub specie* di errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto d’istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza, arbitrarietà e sviamento dell’azione amministrativa;

2) violazione e/o falsa applicazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione degli articoli 95, comma 10, 97 e 23 dlgs n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dell’art. 22 del disciplinare; eccesso di potere *sub specie* di errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto d’istruttoria, difetto di motivazione e irragionevolezza dell’azione amministrativa;

3) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 dlgs n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 21 del disciplinare; eccesso di potere *sub specie* di errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, irragionevolezza ed ingiustizia manifeste;

4) violazione e/o falsa applicazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.); violazione della *par condicio competitorum*; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95, comma 14 dlgs n. 50/2016; eccesso di potere *sub specie* di errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione e irragionevolezza dell'azione amministrativa;

5) violazione e/o falsa applicazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.); violazione della *par condicio competitorum*; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95, comma 14 dlgs n. 50/2016; eccesso di potere *sub specie* di errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione e irragionevolezza dell'azione amministrativa;

6) violazione e/o falsa applicazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione degli artt. 20, 17.3 e 21 del disciplinare di gara; eccesso di potere *sub specie* di errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione e irragionevolezza dell'azione amministrativa.

2. - Si costituivano in giudizio Ferrotramviaria s.p.a. e la controinteressata Matarrese s.r.l., resistendo al gravame.

3. - Alla camera di consiglio del 16 giugno 2021 la causa passava in decisione ai sensi dell'art. 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137.

4. - Si ritiene di definire il presente giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 cod. proc. amm. e 25 decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, ricorrendone i presupposti.

5. - Ciò premesso, ritiene questo Tribunale che il ricorso debba essere respinto in quanto infondato.

5.1. - Con il primo motivo di gravame il RTI ricorrente deduce l'illegittimità della disposta aggiudicazione in favore della controinteressata che, nella prospettiva della stessa ditta istante, avrebbe meritato l'esclusione per aver la Matarrese s.r.l. violato - senza che la stazione appaltante se ne fosse avveduta - le prescrizioni del disciplinare di gara (*sub* artt. 16.1.1, 16.2.1, 16.2.2 e 20) volte a tenere distinta l'offerta tecnica da quella economica (nella specie costituita dall'offerta temporale e dal ribasso unico percentuale), in violazione del principio generale di segretezza e di separazione delle offerte.

In particolare, opina il Raggruppamento ricorrente che la società Matarrese avrebbe "illegittimamente anticipato che, in ragione della tecnica prescelta per l'esecuzione dei lavori, l'offerta temporale sarebbe risultata inferiore di almeno 60 giorni rispetto al termine previsto

dalla *lex specialis*” e che “la conoscenza in anticipo del suddetto elemento quantitativo era infatti sicuramente idonea a influenzare la valutazione tecnica della Commissione. Tanto è vero che il fattore tempo era previsto come autonomo criterio di valutazione e con l’attribuzione di ben 10 punti, al pari dell’offerta economica: quanto sopra a comprova della assoluta importanza e rilevanza del medesimo nella economia della gara”.

Il motivo non è meritevole di positivo apprezzamento.

*In primis* deve evidenziarsi che sul divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica è “assunto pacifico quello secondo cui il divieto di commistione non vada inteso in senso assoluto ma in concreto, valutando caso per caso l’idoneità degli elementi economici esposti nell’offerta tecnica ad apprezzare prima del tempo la convenienza di tale offerta (*ex multis*, Consiglio di stato, Sez. V sentenza n. 5181/2015)” (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 12.10.2020, n. 2067).

In particolare “non può considerarsi di per sé “intruso” un elemento temporale nell’offerta tecnica ove questo non incida sugli aspetti economici dell’offerta ma tali elementi, per contro, concorrono indubbiamente nella formazione del giudizio sulla qualità dell’offerta e non sull’economicità della stessa” (cfr. T.A.R. Palermo cit.).

Le stesse deliberazioni ANAC richiamate da parte ricorrente (a pagg. 6-7 del ricorso) confermano che il divieto di cui si discute “non va inteso in senso assoluto, ben potendo nell’offerta tecnica essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi che non fanno parte dell’offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell’offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica (Cons. St., Sez. III, 3 aprile 2017, n. 1530). L’applicazione del divieto di commistione deve quindi essere effettuata in concreto e non in astratto, con riguardo alla conclusione degli elementi economici esposti o desumibili dall’offerta tecnica, che devono essere tali da consentire di ricostruire in via anticipata l’offerta economica nella sua interezza, ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente alla commissione di gara di apprezzare “prima del tempo” la consistenza e la convenienza di tale offerta” (delibera ANAC n. 711 del 24.7.2018 pure citata da parte ricorrente a pag. 6 del ricorso; idem n. 498 del 5.6.2019, cfr. pag. 7 del ricorso).

Orbene, nella specie, non solo non sussiste in fatto la contestata anticipazione ma neppure si verte in tema di commistione di offerte (tecnica ed economica) con la conseguenza che non trova applicazione la prescrizione espulsiva di cui all’art. 20 del disciplinare invocata da parte ricorrente.

In particolare, a ben vedere la società Matarrese non ha affatto anticipato elementi dell'offerta economica in nessuna parte dell'offerta tecnica, men che mai alla pag. 40 della relazione per il "criterio a.2" e alla pagg. 27 - 28 della relazione sul "criterio a.1" (cfr. pag. 5 del ricorso), avendo semplicemente formulato l'offerta in conformità alle prescrizioni proprio del disciplinare che ha prescritto la valutazione di offerte migliorative in relazione "agli interventi sul binario" (sub criterio a.1.5, punti 6) e alla "cantierizzazione" (sub criterio a.2.8, punti 2), rispetto ai quali la stessa ditta controinteressata:

- quanto al criterio a.1.5 (sub criterio del più generale "pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali"), ha previsto "di effettuare degli interventi migliorativi sul binario sia dal punto di vista dei materiali che dal punto di vista temporale, ovvero che riducono i tempi di interferenza con la ferrovia. Tra gli interventi infatti si prevede di ricorrere all'uso di additivi acceleranti di presa e indurimento e cemento portland tipo CEM I 52.5 R per platea di varo e baggioli per sistema Essen andando così a ridurre i tempi realizzativi dello scatolare. Oltre a questo si prevede di allungare il monolite, andando ad unire il monolite previsto dal PE a base di gara e lo scatolare Nord, e di incrementare la spinta oleodinamica. Così facendo si riducono i tempi realizzativi dello scatolare di circa 2 mesi e ne consegue una minore interferenza con la ferrovia" (cfr. pag. 27 della relazione sul criterio a.1 di Matarrese). Tale migliore soluzione è stata specificata sub a.1.5.5 (cfr. pag. 28 della relazione sul criterio a.1 di Matarrese) nella parte in cui la controinteressata ha previsto di "allungare il monolite da spingere unendo lo scatolare Nord e il monolite previsto da PE a base di gara. La costruzione di un unico monolite associata al ricorso ad una maggiore spinta oleodinamica consente di ridurre i tempi di realizzazione dello scatolare di circa 2 mesi rispetto alla soluzione prevista a base di gara", rinviando quanto alla descrizione della costruzione "di un unico monolite" al sub criterio a.2.8 ("minimizzazione delle occupazioni temporanee", pagg. 35 e ss. della relazione sul criterio a.2 Matarrese);

- quanto al criterio a.2.8 ("minimizzazione delle occupazioni temporanee", pagg. 35 e ss. della relazione Matarrese sul criterio a.2), ha previsto l'"impiego del concio ad "U" in sostituzione ai muri di sostegno previsti dal progetto esecutivo, ...l'impiego delle bilastre per realizzare le pareti e ...l'accorpamento del monolite con lo scatolare Nord. Queste soluzioni introdotte portano a due tipi di miglorie: una spaziale e una temporale", possibile per l'impiego di additivi acceleranti di presa e indurimento per calcestruzzi "al fine di ottimizzare le tempistiche di cantiere per il sottopasso e la spinta oleodinamica", riducendo "i tempi di realizzazione dello scatolare e di conseguenza la durata dell'esproprio temporaneo" (pag. 38). Pertanto, "la realizzazione di un unico monolite consente quindi una riduzione dei tempi esecutivi di circa due mesi (...)" (pag. 40).

É evidente che la riduzione dei tempi di esecuzione così descritta non ha nessuna rilevanza oggettiva sotto il versante temporale ma è un dato esclusivamente tecnico, riguardando gli effetti “statistici” e “intrinseci” della modalità di costruzione (migliorativa rispetto a quella a base di gara) del solo monolite (ovvero di una sola opera del più complesso intervento di progetto): trattasi in altri termini di una previsione di carattere qualitativo dell'intervento tecnico (derivante dal complesso delle tecniche di costruzione proposte) e circoscritta alla singola attività (nel caso di specie, quella della costruzione del monolite) inidonea a riverberare effetti sulla tempistica di esecuzione dell'intero appalto che, viceversa, deve considerare l'organica programmazione di tutte le attività previste per la realizzazione dell'intervento nel suo complesso.

Si badi che a considerare il cronoprogramma dei lavori a base di gara - che pure espone le singole lavorazioni che costituiscono l'insieme dell'opera a realizzarsi (che rimane il “sottopasso al km 29+555,27 (Terlizzi) della ferrovia Bari - Barletta”) la costruzione del monolite incide per soli 60 giorni sui 450 totali previsti per l'esecuzione dell'intera opera pubblica.

Difatti, esaminando l'offerta della Matarrese nella sua reale portata (letterale e di merito) nelle parti contestate con l'atto introduttivo del giudizio, il rilievo del RTI ricorrente teso a provare la lamentata commistione offerta tecnica - offerta economica non coglie nel segno, atteso che la stessa società aggiudicataria ha ivi riferito unicamente un dato empirico in ordine alla riduzione dei tempi per la realizzazione del solo monolite rispetto ai tempi medi per la realizzazione di analoghe strutture e non già ai tempi di esecuzione dell'appalto nel suo complesso (rispetto ai quali è stata formulata l'offerta temporale).

Per altro verso, neppure vi è un nesso causale tra la presunta indicazione delle tempistiche di esecuzione (erroneamente) ipotizzata dalla ricorrente nella realizzazione di un unico monolite e la riduzione ottenibile sulla complessiva offerta temporale.

Infatti, non sussiste l'anticipazione della riduzione della tempistica di esecuzione “di almeno 60 giorni rispetto al termine previsto nella *lex specialis*” in quanto tale dato non è affatto riversato nell'offerta temporale.

In particolare, è sufficiente confrontare il cronoprogramma posto a base di gara dalla stazione appaltante con quello elaborato dalla società Matarrese in sede di offerta per avvedersi che il tempo dichiarato dalla Matarrese per la costruzione del monolite è pari a  $(41+34) = 75$  giorni rispetto ai  $(60+53) = 113$  giorni previsti a base di gara (cfr. cronoprogramma allegato al progetto esecutivo e all. I cronoprogramma Matarrese).

L'aggiudicataria ha previsto una riduzione dei tempi di esecuzione del monolite di 38 giorni rispetto alla progettazione a base di gara e non già 60, a conferma del contenuto meramente descrittivo della

proposta progettuale sotto il profilo tecnico (per soluzioni progettuali e per l'utilizzo di determinati materiali) e che non attiene minimamente alla proposta "temporale".

Quanto al tempo complessivo per l'esecuzione dell'intera opera, rispetto a quello previsto nel cronoprogramma del progetto a base di gara (450 giorni) la società Matarrese ha indicato un tempo di esecuzione pari a 210 giorni (con una riduzione di 240 giorni - 8 mesi).

Ne deriva che le due offerte (tecnica e temporale-economica) sono state tenute ben distinte, nel rispetto delle prescrizioni del disciplinare, con conseguente infondatezza dei rilievi sollevati sul punto dalla ricorrente.

L'argomento della ricorrente è anche smentito da una ulteriore considerazione che risulta evidente dal cronoprogramma.

Il progetto a base di gara colloca la costruzione del monolite in una fase che è "in ombra" rispetto a tutte le altre fasi del cantiere ovvero non si trova sul "percorso critico" con cui viene determinata la tempistica dell'appalto.

In altri termini, i tempi di esecuzione del monolite sono indifferenti rispetto al cronoprogramma generale per cui qualunque diminuzione non genera alcun vantaggio sul cronoprogramma generale dell'appalto e si confermano del tutto ininfluenti ai fini dell'offerta temporale.

Di qui l'infondatezza del motivo.

Il RTI ricorrente non considera che esso stesso (correttamente) per il criterio a.2 ha proposto (sub "ottimizzazione della fase 2" della relazione sul criterio a.2 - cantierizzazione) "essenzialmente una rimodulazione del cronoprogramma nonché, (...), una ottimizzazione del cantiere sotto diversi aspetti:

- dimezzamento dei tempi di scavo grazie all'utilizzo di macchinari altamente performanti (...);
- realizzazione delle pareti verticali dei muri di sostegno nella zona del sottopasso attraverso l'impiego di bilastre (...) che consente una riduzione dei tempi di realizzazione dell'opera (...);
- contemporaneità dei lavori in trincea (...) con conseguente ottimizzazione dei tempi (...).

Con tale ottimizzazione, l'ATI garantirà una sostanziale riduzione dei tempi di realizzazione dell'opera (...)"

É pertanto lo stesso Raggruppamento ricorrente a svolgere le medesime considerazioni che oggi censura a carico dell'offerta tecnica della società Matarrese, a dimostrazione che trattasi di elementi di natura puramente tecnica e non temporale e della legittimità delle valutazioni svolte dalla Commissione giudicatrice che ha correttamente apprezzato come ammissibili (cfr. verbale delle sedute riservate) entrambe le offerte attribuendo i relativi punteggi senza individuare anticipazioni di elementi dell'offerta temporale.

É evidente che se entrambe le concorrenti (ricorrente e controinteressata) hanno inteso proporre soluzioni migliorative, riferendo di una generica riduzione (neppure in concreto corrispondente alla tempistica poi offerta nella deputata sede) sulla tempistica (Matarrese per circa due mesi, il RTI Mazzitelli “dimezzandone” i tempi) di esecuzione della stessa fase delle lavorazioni, il motivo di gravame *de quo* non merita positivo apprezzamento, in quanto “se si consentisse ai concorrenti di far valere in giudizio violazioni che riguardano specularmente anche la loro partecipazione alla gara si aprirebbe - di fatto - la via all’uso distorto dell’azione giurisdizionale e, in ultima analisi, all’abuso del processo” (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 7.8.2020, n. 1076).

Di qui l’infondatezza *in parte qua* del ricorso.

Infine, fermo quanto rilevato in ordine all’insussistenza dell’ipotesi dedotta da parte ricorrente (violazione del principio di segretezza per aver introdotto elementi economici nell’offerta tecnica) per le esposte ragioni, comunque, nella specie, l’elemento relativo alla riduzione della tempistica di realizzazione del monolite giammai avrebbe potuto consentire alla Commissione di conoscere elementi economici dell’offerta subendone un condizionamento, anche solo in astratto, tale da alterare la serenità ed imparzialità valutativa rispetto alle offerte tecniche.

In particolare, nella specie, la disciplina della gara di cui si discute ha prescritto per l’offerta temporale e per quella economica una formula matematica da applicarsi solo all’esito della effettiva conoscenza di tutte le offerte temporali ed economiche, di tutte le concorrenti in gara e tanto è avvenuto nella seduta pubblica del 4.2.2021 allorquando la Commissione, lette le offerte temporali e i ribassi, ha sospeso la seduta pubblica “per procedere al calcolo dei relativi punteggi in relazione al numero di giorni e alle percentuali di ribasso offerte dai concorrenti”.

Siffatto modo di agire ha consentito alla Commissione di applicare le formule matematiche prescritte dal disciplinare di gara agli artt. 17.2 (offerta temporale) e 17.3. (offerta economica) che ai fini dell’attribuzione dei punteggi impongono la conoscenza di tutte le offerte di tutte le concorrenti, dovendosi calcolare i valori “ $A_i$  = valore calcolato come differenza tra il valore di riferimento massimo posto a base di gara e l’offerta temporale del concorrente  $i$ -esimo” e “ $A_{soglia}$  = media aritmetica dei valori  $A_i$  dei concorrenti” (offerta temporale) e quelli “ $A_{soglia}$  = media aritmetica dei valori delle offerte (ribasso) dei concorrenti” e “ $A_{max}$  = valore dell’offerta (ribasso) più conveniente” (offerta economica).

Ne deriva che, anche per tale ragione, nessun concreto effetto avrebbe potuto in ipotesi comportare l’indicazione nell’offerta tecnica di elementi temporali parziali (nella specie, come dimostrato, neppure esistente) in quanto mancando la conoscenza delle offerte temporali di tutti i concorrenti è impossibile effettuare previsioni di sorta o suggestionare le valutazioni della Commissione.

Ne discende l'infondatezza del motivo di gravame.

5.2. - Il secondo e il terzo motivo di doglianza sono connessi l'uno all'altro (tanto che è lo stesso RTI istante a precisare che il terzo motivo si pone - quanto agli argomenti - "in stretta continuità" con quello che lo precede; cfr. pag. 14 del ricorso) e vertono, in via di estrema sintesi, sul giudizio di anomalia e sul procedimento *ex art. 95*, comma 10 dlgs n. 50/2016, asseritamente omesso.

Il Raggruppamento ricorrente pretende con i predetti due motivi l'esclusione della Matarrese s.r.l. dalla gara, pur evidenziando a pag. 17 dell'atto introduttivo - in via subordinata - la necessità di riaprire il relativo sud procedimento finalizzato alla effettiva e puntuale verifica della congruità dell'offerta della controinteressata.

In ogni caso i motivi in esame (illegittimità del procedimento di anomalia - asserita omessa verifica *ex art. 95*, comma 10 dlgs n. 50/2016) devono essere disattesi, trattandosi di censure volte a criticare l'attività connotata da discrezionalità tecnica che la stazione appaltante ha posto in essere in sede di anomalia, pretendendosi di introdurre proprie valutazioni rispetto a quelle correttamente espresse dall'Amministrazione quanto alla congruità e sostenibilità dell'offerta, senza dimostrare profili di macroscopica illegittimità, irragionevolezza o erroneità tali da legittimare il sindacato del giudice amministrativo.

In particolare, devono qui trovare applicazione i principi costantemente affermati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato:

“- la valutazione di congruità dell'offerta anomala consiste in un procedimento il cui esito è rimesso alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante;

- la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono (A.P. n. 36/2012; Sez. V, 14 giugno 2013, n. 3314; id. 1 ottobre 2010, n. 7262; id. 11 marzo 2010 n. 1414; Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 710);

- ciò che interessa al fine dello svolgimento del giudizio successivo alla valutazione dell'anomalia dell'offerta è rappresentato dall'accertamento della serietà dell'offerta desumibile dalle giustificazioni fornite dalla concorrente;

- la valutazione sulla congruità dell'offerta resa dalla stazione appaltante, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, è sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o irragionevolezza, erroneità fattuale o difetto di istruttoria che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (C.d.S., Ad. Pl., 29 novembre 2012, n. 36; V, 26 settembre 2013, n. 4761; 18 agosto 2010, n. 5848;

23 novembre 2010, n. 8148; 22 febbraio 2011, n. 1090; Consiglio di Stato, cit., 17 gennaio 2014, n. 162) (...)” (Cons. St., Sez. III, 14.5.2021, n. 3817).

In ogni caso va rilevato che la controinteressata Matarrese ha fornito nell’ambito del sub procedimento di anomalia la documentazione richiesta dal RUP in data 19.2.2021 in sede di avvio del procedimento, adducendo giustificazioni anche sul costo della manodopera, così consentendo al RUP di verificare la congruità dell’offerta e di accertare la congruità del costo della manodopera nell’ambito dello stesso procedimento (facoltà che la *lex specialis*, all’art. 22 del disciplinare pure consentiva).

5.2.1. - In particolare con il secondo motivo di gravame il Raggruppamento ricorrente si duole della violazione degli artt. 95, comma 10, 97, comma 5 e 23, comma 16 dlgs n. n. 50/2016 e dell’art. 22 del disciplinare (richiamato a pag. 7 ricorso) secondo cui “ai sensi dell’art. 95, comma 10 del Codice, l’Ente Aggiudicatore prima dell’aggiudicazione procede, laddove non effettuata in sede di verifica di congruità dell’offerta, alla valutazione di merito circa il rispetto di quanto previsto dall’art. 97 comma 5, lett. d) del Codice”.

Dalla lettura della menzionata clausola della *lex specialis* di gara emerge che è lo stesso disciplinare a consentire che la verifica *ex art.* 95, comma 10 dlgs n. 50/2016 (*i.e.* la verifica del costo della manodopera), per quanto attenga ad un procedimento estraneo alla verifica di anomalia, può essere eseguita dalla stazione appaltante anche sulla base degli elementi offerti dall’operatore economico in tale segmento procedimentale.

In altri termini, è necessario che tale verifica venga svolta, anche sulla base di elementi che già emergono in sede di verifica della congruità dell’offerta, atteso che se in sede di anomalia è già stato giustificato il costo della manodopera, quello che deve emergere nell’ambito del procedimento *ex art.* 95, comma 10 dlgs n. 50/2016 non può essere difforme, pur se verifica di anomalia e verifica *ex art.* 95, comma 10 cit. sono procedimenti distinti.

Nella specie, la società Matarrese, ricevuta la comunicazione di avvio del procedimento di anomalia “del 19.2.2021 prot. 1618/20/P” si è pedissequamente attenuta alle richieste del RUP, giustificando la propria offerta in data 10-11.3.2021.

Nella specie, la verifica della congruità economica dell’offerta (in sede di anomalia) ha comportato la presentazione da parte della società Matarrese di tutte le valutazioni analitiche di dettaglio (di ogni fattore di costo, ivi inclusa la manodopera), con la conseguenza che i dati utili alla valutazione “di merito” relativa alla specifica voce del costo del personale da accertarsi *ex art.* 95 dlgs n. 50/2016 risultano già allegati alle giustificazioni della società Matarrese in sede di anomalia attraverso l’indicazione delle singole produttività applicate nella formazione dei prezzi unitari.

Di tanto evidentemente si è avveduto il RUP e la stessa Commissione che (come espressamente e correttamente parte ricorrente evidenzia) per la voce “manodopera” nell’appunto riservato “non annota nulla: nel medesimo viene lasciato un mero spazio bianco rispetto alla voce successiva (cfr. pag. 5)” (cfr. pag. del 10 ricorso).

Emerge quindi che non sussiste il “palese difetto di istruttoria e di motivazione” denunciato da parte ricorrente, essendo stata tale voce dell’offerta correttamente ritenuta dalla P.A. giustificata.

Appare, pertanto, evidente a questo Giudice che gli argomenti di parte ricorrente sono dichiaratamente volti a sostituire con proprie valutazioni quelle correttamente svolte nella sede deputata dalla stazione appaltante.

Va altresì rilevato che a pag. 5 del ridetto appunto riservato la Commissione neppure lascia “un mero spazio bianco” ma annota “Ferrotramviaria”: in altri termini la questione della manodopera viene rimessa alla stazione appaltante, con la conseguenza che a più forte ragione non può invocarsi un difetto d’istruttoria derivante dalle indicazioni della Commissione, avendo l’organo tecnico rimesso le valutazioni del caso al RUP (Ferrotramviaria - stazione appaltante).

Così riguardata la questione, atteso che nella fase di verifica dell’anomalia la società Matarrese ha prodotto i giustificativi di dettaglio della propria offerta, specificando l’impiego di manodopera previsto tanto per la composizione del costo diretto delle singole lavorazioni concorrenti alla realizzazione dell’opera secondo le proposte della propria offerta tecnica, quanto per la determinazione dei costi indiretti di commessa necessari a valutare l’aliquota di “spese generali” applicata per la formulazione dell’offerta economica, è evidente che le positive valutazioni del RUP sono corrette siccome fondate su giustificazioni puntuali e articolate.

Le giustificazioni così fornite in sede di verifica di anomalia hanno evidentemente consentito alla stazione appaltante la verifica del costo della manodopera, con la conseguenza che non sussiste né la carenza della comprova del costo del personale paventata (ma non provata) dalla parte ricorrente, né la carenza d’istruttoria che avrebbe connotato, nella prospettazione dello stesso RTI Mazzitelli, l’attività del RUP cui sono stati forniti gli elementi di “produttività” di mezzi e maestranze anche per singola lavorazione, quindi a un livello di dettaglio ben più approfondito rispetto alla “fase” pretesa dalla società istante sulla base dell’appunto della Commissione.

Le analisi contenute nelle giustificazioni riguardano tutte le attività preordinate alla esecuzione dell’appalto e danno piena evidenza del rispetto dei “minimi salariali”, risultando inequivocabile la fattibilità dei lavori in argomento con un costo quantificato attraverso l’applicazione degli stessi “minimi salariali” riferiti ad ogni qualifica moltiplicati per il corrispondente monte ore determinato dalle singole incidenze di manodopera per ciascuna quantità totale di lavorazione da eseguire.

Attraverso il riepilogo dei dati trasmessi dalla Matarrese è consentita l'aggregazione del totale ore per qualifica del personale, per categorie di lavoro, per fasi di programma/computo ovvero per qualsiasi categoria di fasi si voglia considerare.

Pertanto, la controinteressata non si è limitata puramente e semplicemente a rinviare all'allegato F e alle tabelle ministeriali, come sostiene parte ricorrente, in quanto le giustificazioni lette integralmente, hanno ben altro contenuto.

Con riferimento, poi, all'argomento dell'ATI Mazzitelli (cfr. pagg. 9-10 del ricorso) volto a rilevare l'asserita mancata esplicitazione di "particolari indennità considerate (turni, ecc.)", occorre evidenziare che tale esplicitazione non è stata espressa evidentemente poiché l'offerta complessiva (in particolare la riduzione dei tempi) è - in modo oggettivamente coordinato - preventivata ed articolata sulla base dell'adozione di turni "ordinari", ai quali, cioè, non è certamente applicabile alcuna indennità/maggiorazione ulteriore rispetto a quelle comprese nella tabella di riferimento allegata ed applicata dalla Matarrese nei singoli calcoli.

Né assume alcun particolare rilievo l'argomento (cfr. pagg. 10-11 del ricorso) sulla possibile criticità legata alle fasi 4 e 5: si tratta, infatti, delle fasi di realizzazione dei muri rispettivamente lato Bitonto e lato Terlizzi, che costituiscono due fronti di lavoro simmetrici rispetto alla posizione dello scatolare.

Vengono, infatti, in rilievo due subcantieri perfettamente autonomi e privi di vincoli reciproci talché è perfettamente configurabile l'ipotesi che l'esecuzione di tali fasi possa essere temporalmente sovrapposta nel cronoprogramma (come risulta nell'allegato I trasmesso in data 10-11.3.2021 - "trincea lato Bitonto" - "trincea lato Terlizzi") secondo la chiara assunzione di un raddoppio della disponibilità di squadre di lavoro che possano operare contemporaneamente sui lati contrapposti, senza inficiare reciprocamente le normali produttività attese.

Tale intuitiva ipotesi organizzativa, documentata nel citato cronoprogramma allegato dalla controinteressata alle giustificazioni in sede di procedimento di anomalia, non determina alcuna variazione e/o contraddizione alle incidenze riportate nelle analisi delle singole lavorazioni, confermando definitivamente l'esito immediatamente desumibile dal sommario di offerta e, cioè, che siano soddisfatte le due condizioni:

- previsione di impiego di un monte ore coerente con la produzione da sviluppare;
- rispetto dell'applicazione dei minimi salariali.

Tale esito si riassume, quindi, nella verifica che il monte ore totale, operativamente necessario (determinabile - come già sottolineato - dalle incidenze di manodopera sulle singole lavorazioni, con il peso giudicato tecnicamente ed economicamente congruo nell'ambito del procedimento

generale) e valorizzato secondo i minimi salariali inderogabili, trovi effettivamente “capienza” nel costo della manodopera dichiarato.

Ne deriva che il costo della manodopera è ampiamente comprovato ed è agli atti già del giudizio di anomalia, con la conseguenza che il RUP ne ha evidentemente potuto apprezzare la congruità in termini di sostenibilità.

Invero, con la nota prot. n. 3403/21/P del 15.4.2021 il RUP ha:

- considerato “esaustiva” la “documentazione di cui al punto 8)” ivi inclusi gli allegati D, E, ed F ivi indicati (sub V, VI e VII) che contiene l’analisi dei costi della manodopera;
- ritenuto che “l’offerta tecnico-economica presentata in sede di gara da parte del concorrente Matarrese s.r.l. è nel suo complesso attendibile ed adeguatamente remunerativa in relazione all’esecuzione dell’appalto oggetto di affidamento, in conformità a quanto richiesto dalle norme vigenti e dalla *lex specialis* di gara”.

Di qui l’infondatezza del motivo.

5.3. - Con il terzo motivo di gravame il Raggruppamento ricorrente si duole del positivo esito del procedimento di anomalia, culminato con la nota del RUP n. 3403 del 15.4.2021 che ha motivato la congruità dell’offerta *per relationem* alla documentazione trasmessa dalla controinteressata in data 10-11.3.2021 (individuandola partitamente, cfr. pag. 2 sub “dichiara e attesta”, nota n. 3403/2021).

In particolare, il RUP nella predetta nota prot. n. 3403/2021 ha:

- dato atto della corposa documentazione trasmessa dalla Matarrese a r.l. in seno al sub procedimento di anomalia, elencata al punto 8;
- considerato “la relazione riservata della Commissione giudicatrice inviata dal Presidente di quest’ultima con PEC del 14.4.2021 (...);”;
- dichiarato e attestato “che la documentazione di cui al punto 8) delle premesse è completa ed esaustiva nonché rispondente a quanto richiesto con la nota citata al precedente punto 7” (che rinvia alla comunicazione di avvio del procedimento con contestuale richiesta di giustificazioni, prot. n. 1619/21/P del 19.2.2021);
- dichiarato e attestato “che dalla documentazione di cui sopra risulta che l’offerta tecnico - economica presentata in sede di gara da parte del concorrente Matarrese s.r.l. è nel suo complesso attendibile ed adeguatamente remunerativa in relazione all’esecuzione dell’appalto oggetto di affidamento, in conformità a quanto richiesto dalle norme vigenti e dalla *lex specialis* di gara”.

Sul carattere discrezionale del giudizio di anomalia si è già detto al punto *sub* 5.2) cui si rinvia anche perché, per stessa ammissione del RTI Mazzitelli, il terzo motivo di ricorso si pone “in stretta continuità” con quello che lo precede (cfr. pag. 14 del ricorso).

Difatti, anche con il terzo motivo il RTI Mazzitelli pretende di sostituire le proprie valutazioni a quelle del RUP con argomenti inidonei a evidenziare “macroscopiche illegittimità” o errori tali da infirmare il giudizio sull’anomalia espresso dalla stazione appaltante che non si sarebbe avveduta di svolgere necessari approfondimenti, pure segnalati dalla Commissione giudicatrice.

Ne discende l’infondatezza del motivo.

Nella specie, il RUP - a fronte delle giustificazioni rese dalla società Matarrese in seno al procedimento di anomalia e “considerato” l’apporto della Commissione - ha correttamente concluso per la congruità e sostenibilità dell’offerta, nell’ambito di una fase procedimentale che rimane al medesimo RUP intestata. Questi - come visto in precedenza - non ha reso giudizi negativi, men che mai con riferimento alla voce “manodopera”, come pure ha espressamente riconosciuto lo stesso Raggruppamento ricorrente *sub* motivo II - pag. 10 dell’atto introduttivo (sul punto si rinvia a quanto rilevato *sub* 5.2).

L’offerta della Matarrese non è, quindi, risultata anomala in esito alla procedura di gara.

Di tale circostanza (*i.e.* assenza di anomalia) ha pure dato atto il RUP nella comunicazione di avvio del procedimento del 19.2.2021 (prot. 1618/20/P) che ha tuttavia comunque disposto la verifica di congruità dell’offerta economica e dell’offerta temporale presentate dalla Matarrese, ai sensi dell’art. 97, commi 3, ultimo periodo e 6, ultimo periodo dlgs n. 50/2016 (“La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”), sulla base dei seguenti elementi specifici:

“1. il punteggio conseguito dall’offerta economica (pari, come si è sopra illustrato, a 7,670 punti) è comunque molto prossimo ai quattro quinti di quello massimo (ossia 8 rispetto al massimo di 10 punti attribuibili);

2. l’offerta temporale risulta essere particolarmente rilevante (210 giorni rispetto ai 450 giorni posti a base di gara), tanto da avere conseguito il massimo del punteggio”.

Tali elementi dell’offerta sono stati tutti giustificati dalla società Matarrese secondo le indicazioni della stazione appaltante in data 10-11.3.2021.

Il RTI ricorrente si duole della omessa dimostrazione della congruità del costo del personale “asseritamente pari a € 1.491.086,46” (cfr. pag. 14 dell’atto introduttivo) e che tuttavia “l’impresa - nonostante quanto richiesto dalla stazione appaltante in data 19.2.2021 e dalla commissione in data 18.3.2021 - non ha illustrato il numero delle maestranze e dei mezzi impiegati per ogni singola fase e la relativa produttività, né ha mai presentato il pur richiesto “organigramma””; tale voce di costo, secondo la prospettazione della parte ricorrente, non potrebbe “in alcun modo trovare compensazione in eventuali poste attive ed in particolare nell’utile di impresa, quantificato in

appena il 2%, ossia in appena € 122.000 (alle quali dovrebbero, in tesi, aggiungersi circa € 19.000 in ragione di un presunto ed indimostrato vantaggio fiscale il quale non è stato considerato dalla Commissione)”.

Orbene, fermo il contenuto della relazione generale della società Matarrese a giustificazione della propria offerta con specifico riferimento all’utile (*sub* punto 13, pag. 31 relazione) e delle argomentazioni svolte *sub* 5.2 quanto al costo del personale, idonee a vanificare anche il motivo di cui si discute, deve rilevarsi che “al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l’offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell’attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l’impresa dall’essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico (Consiglio di Stato, sez. V, 27/09/2017, n. 4527; Cons. St., sez. V, 29 maggio 2017, n. 2556; Id., 13 febbraio 2017, n. 607; Id., 25 gennaio 2016, n. 242; Id., sez. III, 3 novembre 2016, n. 4671” (Cons. St., Sez. III, 14.5.2021, n. 3817).

Nella specie, le giustificazioni *sub* punto 13 “Utile” della Relazione generale per verifica di congruità sono specifiche e dettagliate anche con riferimento al vantaggio fiscale che la parte ricorrente ritiene (infondatamente) “presunto ed indimostrato” (cfr. pag. 14 del ricorso) ma che in realtà è un consistente risparmio dell’imposta sui redditi delle società (IRES) applicabile all’utile della commessa di cui si discute.

Si riporta di seguito il punto 13 della Relazione generale della società Matarrese:

«Per il completamento dei giustificativi richiesti è stata adottata aliquota percentuale del 2% uguale in tutte le analisi prodotte, come prescritto nella nota della Committente qui riscontrata.

Sul tema della congruità dell’utile, in via preliminare, si osserva che il costante indirizzo giurisprudenziale afferma il principio che “ai fini della valutazione di anomalia delle offerte presentate nelle gare di appalto, si deve ribadire che non è possibile fissare una quota rigida di utile al di sotto della quale l’offerta debba considerarsi per definizione incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante”.

Attiene, evidentemente, a tale principio il fatto che la circostanza della acquisizione di una commessa come quella in esame offrirebbe alla scrivente - azienda di storica radicazione “locale” - di garantire una ottimale continuità operativa delle proprie risorse (mezzi e maestranze), di perfezionare “economie di scala” e di consolidare processi di sviluppo ed incremento dei volumi di affari e dei requisiti di qualificazione che, a loro volta, alimentano il volano aziendale.

Inevitabilmente, l'incrementarsi del volume degli acquisti trattati derivanti dall'aumento del valore della produzione che deriverebbe dall'aggiudicazione della gara in oggetto comporterebbe un incremento del potere contrattuale, con un beneficio a livello di trattative con fornitori e subappaltatori sia nell'ambito dello specifico appalto che a livello generale dell'azienda.

Sulla base di questi fattori si è deciso quindi di fissare l'utile atteso della commessa al 2%, suscettibile di ulteriori miglioramenti derivanti da ottimizzazioni commerciali ed organizzative.

Pertanto, la previsione dell'utile d'impresa dell'2% è stata considerata sicuramente accettabile e positiva per la Matarrese S.r.l. in ragioni delle considerazioni di seguito esposte:

- Innanzitutto, occorre considerare che l'utile stimato sarà assoggettato a tassazione sui redditi riferita ad IRAP (aliquota regionale del 4,82%) e, soltanto in minima parte, all'IRES. Infatti, la Società, in virtù di perdite fiscali IRES pregresse, accumulate essenzialmente nei primi anni di esercizio, potrà neutralizzare l'imposta IRES applicabile all'utile di questa commessa. Si evidenzia la rilevanza di tale aspetto, considerato che l'aliquota IRES attualmente vigente è pari al 24% dell'utile imponibile. Quindi, l'impresa può legittimamente beneficiare di un risparmio d'imposta sull'utile di questa commessa che rappresenta una parte sostanziale dell'utile effettivamente atteso. Il risparmio d'imposta si concretizza in una incidenza dell'aliquota IRES molto limitata, in considerazione di quanto stabilito dall'art. 84, comma 1 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) in tema di utilizzo delle perdite fiscali in diminuzione del reddito imponibile derivante dall'utile di commessa. Pertanto, l'aliquota IRES che inciderà effettivamente sull'utile di commessa sarà pari al 4,8% (20% dell'aliquota fissa del 24%). Quindi, l'incidenza percentuale attesa di tutte le imposte sul reddito relative all'utile di questa commessa è pari al 9,62% (IRES Effettiva 4,8% + IRAP 4,82%), contro una percentuale complessiva ad aliquota piena del 28,82% (IRES 24% + IRAP 4,82%). In altri termini, la Matarrese S.r.l. ha tenuto conto di un beneficio fiscale del 19,2% sull'utile lordo di commessa, quantificabile in un importo netto aggiuntivo di utile pari ad € 19.000 circa;

- Oltre a quanto esposto al punto precedente, la previsione di un utile pari al 2% rappresenta una stima da ritenersi sufficientemente cautelativa, in quanto la scrivente prevede, come detto, di conseguire risparmi di spesa dalla effettiva contrattualizzazione delle principali forniture: aspetto che prudentemente non si è potuto riflettere nella previsione contenuta nell'offerta di gara. Va, infatti, sottolineata l'importanza del potere contrattuale esercitabile nei confronti dei fornitori locali in conseguenza dell'aggiudicazione della gara, con conseguenti risparmi derivanti dalla maggiore concorrenza che ragionevolmente si andrà a determinare, attraverso l'ulteriore coinvolgimento di diversi operatori del territorio. Margini operativi possono rinvenire dagli effettivi costi sostenuti per

la manodopera, atteso che nella preventivazione è stato applicato il costo pieno risultante dalle vigenti tabelle pubblicate dal Ministero del Lavoro, rispetto alle quali l'impresa può effettivamente fruire di legittime riduzioni delle quali non si è avvalsa nella formulazione dell'offerta. Infatti, nel caso della Matarrese srl, per esempio, deve intendersi nullo l'importo relativo alla "rivalutazione TFR", posto che la Società, avendo in forza più di 50 dipendenti, è tenuta (decreto interministeriale 30 gennaio 2007) alla quantificazione e versamento mensile, al Fondo di Tesoreria istituito presso l'INPS, della quota TFR maturata da ciascun dipendente e, pertanto, la rivalutazione in argomento rimane a carico dell'istituto presso il quale tali quote sono progressivamente accantonate.

- Benefici di tipo sociale/economico derivanti dal mantenimento dei livelli occupazionali per le maestranze ed i tecnici locali già in organico con continuità del rapporto lavorativo senza doverli impegnare su commesse fuori provincia.

Di fatto, il beneficio derivante dall'aggiudicazione di questa commessa è ben superiore alla percentuale di utile del 2%, che comunque - come dato di partenza - non è un margine disprezzabile nell'attuale contesto economico nazionale di riferimento del settore delle costruzioni.».

In altri termini, il RTI Mazzitelli ha solo genericamente dedotto profili di incongruità dell'offerta nell'ambito di un giudizio di anomalia che è stato correttamente condotto dalla P.A. appaltante sulla base di giustificazioni circostanziate, esaminate dal RUP in un contesto procedimentale che ha natura globale e sintetica ed è finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà dell'offerta ovvero all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte.

Ne deriva l'infondatezza del motivo di gravame.

Quanto al merito del procedimento di anomalia, nel ribadire che l'offerta della controinteressata non è risultata anomala all'esito della procedura di gara (cfr. nota prot. n. 1618/20/P del 19.2.2021), la stazione appaltante ha inteso procedere alla valutazione di congruità dell'offerta economica e dell'offerta temporale presentate dalla Matarrese con riferimento - come detto - ai seguenti elementi specifici:

“1. il punteggio conseguito dall'offerta economica (pari, come si è sopra illustrato, a 7,670 punti) è comunque molto prossimo ai quattro quinti di quello massimo (ossia 8 rispetto al massimo di 10 punti attribuibili);

2. l'offerta temporale risulta essere particolarmente rilevante (210 giorni rispetto ai 450 giorni posti a base di gara), tanto da avere conseguito il massimo del punteggio”.

A detta nota e ai singoli elementi di dettaglio richiesti dal RUP la società Matarrese ha fornito riscontro in data 10-11.3.2021.

Trattasi, dunque, della verifica di due elementi ben precisi che il RUP ha inteso meritevoli di maggiore approfondimento rispetto ad una offerta economica che, deve ribadirsi, è stata valutata in gara e che, all'esito delle operazioni, si è collocata al di sotto della soglia di anomalia, con la conseguenza che l'offerta è sostenibile *ex se*.

La precisazione è utile a collocare nell'esatto perimetro la fattispecie che si occupa, specie con riferimento all'argomento di parte ricorrente (cfr. pag. 14 dell'atto introduttivo) secondo cui "la sussistenza di elementi di incongruità all'interno dell'offerta presentata da Matarrese s.r.l., sia in relazione alla sottostima di determinati costi (in particolare quelli relativi al personale) che in ragione dell'esiguità dell'utile di impresa, è stata riscontrata dalla stessa Commissione che nell'"appunto riservato" datato 18.3.2021 (peraltro sottoscritto illegittimamente dal solo Presidente - Ing. Romagnuolo e non da tutti i membri) per l'appunto si è ben guardata dal dichiarare di ritenere l'offerta "congrua".

In primo luogo, non è la Commissione a dover svolgere le valutazioni finali in punto di anomalia ma il RUP cui rimane intestata la titolarità del sub procedimento, avendo la Commissione funzione di mero ausilio (art. 77 dlgs n. 50/2016 e art. 5.3 Linee Guida ANAC, n. 3).

Il RTI Mazzitelli enfatizza l'apporto della Commissione, sino a ritenere illegittima la decisione del RUP in sede di positiva conclusione del procedimento di verifica dell'anomalia (nota prot. n. 3403 del 15.4.2021) stante l'asserita mancata conclusione del relativo sub procedimento in considerazione degli approfondimenti richiesti dalla Commissione.

Il motivo si pone in contrasto con i principi che governano il procedimento e con l'attività posta in essere, nella specie, dal RUP, in considerazione dell'apporto procedimentale della controinteressata, ancor più ove si valuti che il Raggruppamento ricorrente si limita a riepilogare il contenuto dell'appunto riservato senza però indicare esattamente la ragione per la quale la Matarrese avrebbe sottostimato i costi della manodopera.

L'argomento - peraltro generico - è oscuro, fondandosi sull'appunto riservato della Commissione, fermo restando che gli aspetti che il RTI pone in rilievo e che non sarebbero stati dallo stesso approfonditi, nonostante fossero stati segnalati dalla Commissione, tali da incidere sulle conclusioni assunte dalla stazione appaltante in ordine all'anomalia, sono stati tutti giustificati dalla società Matarrese e sono stati esaminati dal medesimo RUP.

In particolare, il RTI ricorrente riferisce che "manifesta pare, in ogni caso, la carenza di istruttoria nell'ambito del procedimento *de quo*, atteso che a fronte di voci percepite come "aleatorie" (costi personale, spese generali, oltre che potenzialità ricettiva della discarica), il soggetto incaricato della verifica non ha ritenuto necessario richiedere puntuali elementi documentali (ad esempio

preventivi) a supporto delle stesse, così vanificando la portata del comma 4 dell'art. 97 del codice dei contratti che impone, al contrario, di provare "sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti" (cfr. pag. 16 dell'atto introduttivo).

Il RTI Mazzitelli, ancora una volta, non considera che il RUP ha chiaramente dato atto di aver esaminato giustificazioni e l'"appunto riservato" della Commissione, evidentemente ritenendo di poter definire positivamente il giudizio di anomalia, senza che lo stesso appunto riservato della Commissione (che pure ha esaminato, come si evince chiaramente dalla nota prot. n. 3403 del 15.4.2021) provocasse la necessità di ulteriori approfondimenti istruttori.

Ne deriva che, in assenza della dimostrazione delle ragioni per le quali l'offerta della controinteressata sarebbe aleatoria (come si pretenderebbe da parte ricorrente), gli argomenti dell'ATI istante vanno disattesi in quanto generici, trattandosi di un mero tentativo del Raggruppamento ricorrente di adombrare vizi rispetto ad un procedimento lineare.

Comunque, è qui sufficiente evidenziare che:

- quanto al costo del personale valgono le considerazioni svolte *sub* punto 5.2 della motivazione e la documentazione ivi richiamata, trasmessa in seno al sub procedimento di anomalia dalla società Matarrese ed esaminata dal RUP, qui ribadendo che i costi del personale non sono stati sottostimati, ma giudicati congrui dal RUP nel rispetto dei minimi salariali sulla base della documentazione prodotta dalla stessa Matarrese;

- quanto alle spese generali, anche in questo caso valgono le considerazioni *sub* punto 5.2 in quanto i rilievi su tale profilo nella prospettazione di parte ricorrente derivano direttamente dalla presunta (mai dimostrata) sottostima dei costi del personale. È evidente che se è rimasta indimostrata la sottostima dei costi del personale, il RTI ricorrente non può dimostrare neppure l'incongruità delle spese generali (che trovano viceversa diretta giustificazione *sub* 12 della relazione della società Matarrese, pagg. 26 - 31 e che sono documentati nell'allegato H);

- quanto alla potenzialità ricettiva della discarica, nella progettazione a base di gara la capacità ricettiva è prevista in misura pari a 28.000 mc; la discarica della Vima Inerti ha una capacità pari a 45.000 t - che equivalgono a 30.000 mc, cfr. pagg. 34 e 51 allegato F - e pertanto è più che sufficiente a contenere i residui di scavi stimati nella progettazione esecutiva; senza considerare che l'offerta della società Matarrese comprende anche altri siti di conferimento (Piarulli Group s.r.l. di Corato, Palmitessa di Trani), ciascuno dei quali dotato di adeguate potenzialità per il recupero della quantità di materiale rinveniente dagli scavi e risultanti in esubero al riutilizzo direttamente in cantiere, quantità che pure è stata ridotta a 18.000 mc circa a seguito della miglioria di cui al sub-criterio a.2 (cfr. pag. 3 della relazione di offerta criterio a2);

- quanto ai preventivi, il RTI Mazzitelli deduce che “il soggetto incaricato della verifica non ha ritenuto necessario richiedere puntuali elementi documentali (ad esempio preventivi) a supporto delle stesse, così vanificando la portata del comma 4 dell’art. 97 del codice dei contratti che impone, al contrario, di provare “sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti” (cfr. pag. 16 del ricorso).

A tal riguardo, va rilevato che proprio il corposo allegato F - “Giustificazioni a corredo delle analisi prezzi” (depositato dal RTI Mazzitelli) comprende tutti i preventivi che hanno concorso alla formazione di tutti i prezzi unitari valutati come congrui dal RUP.

Persino il più volte invocato documento “appunto riservato per la Stazione Appaltante” della Commissione di gara riporta che “L’Impresa ha fornito le analisi giustificative dei prezzi concorrenti al prezzo offerto. I dettagli sono contenuti negli allegati di seguito elencati: - ALL E - Analisi prezzi unitari; - ALL F - Giustificazioni a corredo analisi. Dalla lettura della documentazione presentata, la Commissione ritiene che le giustificazioni addotte appaiono plausibili.”.

Di qui l’infondatezza del rilievo di parte ricorrente e, per converso, la piena legittimità delle conclusioni cui giunge il RUP in ordine alla congruità e alla sostenibilità dell’offerta della società Matarrese in quanto nessuna carenza d’istruttoria può affermarsi essersi verificata nel caso di specie, con la conseguenza che non si ravvisa alcuna necessità - diversamente da quanto affermato dal RTI istante a pag. 17 dell’atto introduttivo - di “riaprire il relativo subprocedimento finalizzato alla effettiva e puntuale verifica della congruità dell’offerta *de qua*”.

5.4. - Con il quarto motivo di gravame il RTI Mazzitelli deduce l’illegittimità dell’aggiudicazione in favore della controinteressata che, viceversa, avrebbe meritato l’esclusione dalla gara per aver introdotto, in luogo delle migliorie prescritte dalla *lex specialis*, soluzioni progettuali tali da configurare varianti ai muri di sostegno, interdette dalla disciplina di gara (bando *sub* II.2.10).

A tali fini il RTI ricorrente rinvia alla disciplina in tema di varianti e alla copiosa giurisprudenza sul punto, oltre che alla perizia redatta da professionisti all’uopo incaricati (prof.ssa ing. Giuseppina Uva e prof. ing. Domenico Raffaele), versata in giudizio il 7.6.2021.

Tuttavia, nella specie, lo sforzo esegetico della parte istante è fuori centro, non avendo la società Matarrese introdotto alcuna variante alla progettazione esecutiva, con conseguente non configurabilità di ipotesi espulsive, neppure tipizzate.

In ogni caso, il motivo di doglianza non è meritevole di positivo apprezzamento in quanto unicamente preordinato a sostituire valutazioni tecniche di parte a quelle espresse dall’organo tecnico della stazione appaltante.

In particolare, e ferma la discrezionalità tecnica delle valutazioni espresse dalla Commissione giudicatrice sull'offerta tecnica, non surrogabili neppure da perizie di consulenti di parte, deve evidenziarsi che la società Matarrese ha proposto una soluzione migliorativa sui muri di sostegno del sottopasso che “senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, ha investito singoli aspetti dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3.5.2019, n. 2873).

La soluzione migliorativa proposta dalla Matarrese non ha interessato la struttura, la funzione e la tipologia dei muri di sostegno a base di gara del tipo “isolato” che sono stati interessati da una diversa metodologia realizzativa in corrispondenza della sola fondazione, puramente geometrica, in grado di mantenere le caratteristiche funzionali e prestazionali dell'opera di sostegno e rispondendo, al contempo, alle esigenze della stazione appaltante.

Per quanto attiene agli aspetti strutturali, funzionali e tipologici, un'opera di sostegno è una struttura in grado di contrastare le spinte esercitate da un fronte di terreno instabile.

La soluzione formulata dalla controinteressata è pienamente conforme a quanto previsto dalla *lex specialis* di gara in relazione ai muri di sostegno.

Infatti, la legge di gara prescrive per il muro di sostegno che una mensola contrasti le spinte esterne del terreno instabile come innanzi descritte e, coerentemente, la proposta della ditta Matarrese contempla sempre un muro di sostegno che, sempre attraverso una mensola, contrasta le spinte innanzi richiamate.

La società Matarrese ha, semplicemente, proposto una diversa metodologia realizzativa, così come confermato dalla stessa Commissione nell'ambito della verifica di congruità dell'offerta, integrando la fondazione tra i due muri di sostegno opposti per meglio rispondere alle esigenze manifestate dalla stazione appaltante.

D'altra parte è lo stesso RTI Mazzitelli che, rinviando alla perizia redatta dai professionisti dalla stessa officina versata in atti il 7.6.2021, di fatto esclude che la soluzione proposta abbia rilevanza sotto il profilo della tipologia e della funzione e si sofferma sul solo elemento strutturale; tuttavia in ordine a tale ultima caratteristica non considera che la proposta non ha nessuna incidenza concreta sulla struttura in quanto è funzionale a rendere il progetto meglio rispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste.

Il RTI Mazzitelli paventa (cfr. pag. 20 del ricorso) la comparsa di cedimenti differenziali dei muri di sostegno con conci ad “U” proposti dalla Matarrese (tale da configurare ex se una variante strutturale).

L’argomento è privo di pregio in quanto, oltre a essere assoggettata a carichi permanenti uniformemente distribuiti che di per sé non possono provocare cedimenti differenziali, la fondazione dei muri di sostegno si appoggia su un ammasso roccioso costituito da calcare biancastro compatto estremamente tenace e con ottime caratteristiche, così come riportato nella relazione geotecnica a base di gara di seguito richiamata:

«Tenuto conto del fatto che le opere in calcestruzzo verranno tutte fondate sull’ammasso calcareo, asportando lo spessore di terreno vegetale e/o detritico, e che esso ha una potenza di centinaia di metri, il modello geotecnico del sottosuolo è rappresentato da un unico mezzo per l’intero volume rappresentativo del sottosuolo: materiale lapideo compatto, duro, in strati di spessore variabile da pochi centimetri ad alcuni decimetri.».

In altra parte del progetto esecutivo a base di gara e, in particolare, nella relazione geologica è riportato che, proprio per evitare i cedimenti differenziali, “si suggerisce la necessità di provvedere allo sbancamento dello spessore di terreni sino al rinvenimento del substrato calcareo.”

Tale strato è proprio il piano di appoggio delle opere.

Dunque già il progetto a base di gara escludeva la possibilità che potessero originarsi cedimenti differenziali.

Ancor di più il funzionamento a platea della soluzione proposta dalla controinteressata risulta maggiormente performante rispetto ai suddetti cedimenti differenziali già azzerati a base di gara.

Pertanto, non coglie nel segno la censura del RTI Mazzitelli giacché, per le motivazioni innanzi esposte, i muri di sostegno tipo ad “U” proposti dalla Matarrese non costituiscono una modifica strutturale del progetto esecutivo, ma un’integrazione (migliorativa) maggiormente rispondente alle esigenze richieste dalla stazione appaltante, in quanto tale certamente ammissibile.

Infatti, in relazione alla migliore risposta alle esigenze della stazione appaltante e, quindi, ai criteri di valutazione dell’offerta tecnica, la *lex specialis* ha richiesto la riduzione delle occupazioni temporanee delle aree rispetto a quanto previsto nel progetto a base gara di gara (sub-criterio a.2.8) ed il miglioramento dell’impermeabilizzazione delle opere in c.a. (sub-criterio a.1.2).

Al fine di garantire una totale chiusura alle infiltrazioni provenienti dall’esterno, secondo lo schema della “vasca bianca”, è stato quindi necessario prevedere la realizzazione di una fondazione continua dei muri di sostegno tipo ad “U” per conci giuntati tra loro con giunti strutturali con Waterstop.

Inoltre, l'eliminazione dei denti lato monte dei muri di sostegno ha reso possibile anche la riduzione delle aree di esproprio temporaneo.

La società Matarrese, mediante l'accorgimento geometrico proposto per i muri di sostegno del sottopasso, ha pienamente soddisfatto le esigenze della stazione appaltante (espressamente evidenziate nella *lex specialis*) nel rispetto della funzionalità e della tipologia dell'opera a base di gara della quale, infatti, mantiene le caratteristiche (di opera di sostegno).

In altre parole la soluzione proposta si configura come mera integrazione del progetto di gara nel rispetto dei caratteri essenziali delle prestazioni richieste, senza che possano prefigurarsi inammissibili varianti strutturali di sorta.

Ne consegue l'infondatezza della censura.

Infine, il RTI Mazzitelli censura le valutazioni espresse dalla Commissione circa i muri di sostegno del sottopasso e scatolare.

In particolare, dopo aver ampiamente enfatizzato il contenuto dell'appunto riservato, quello stesso appunto della Commissione giudicatrice viene qui censurato nella parte in cui conferma le valutazioni da essa stessa espresse nella deputata sede di valutazione delle offerte tecniche (espressione di discrezionalità tecnica, non surrogabile con valutazioni del concorrente pretermesso che si duole della mancata aggiudicazione): nell'appunto riservato la Commissione ha ritenuto "condivisibile" la "metodologia proposta" per la realizzazione dell'intervento.

Ne deriva che gli argomenti sostenuti dal RTI ricorrente, fondati sulla perizia di parte del 7.6.2021, configurano una inammissibile confutazione delle valutazioni tecniche espresse dalla Commissione giudicatrice, connotate dal carattere discrezionale e come tale non sindacabile se non entro i noti limiti della manifesta illogicità, incongruenza erroneità, nella specie neppure configurabili in astratto.

Pertanto, a fronte di una procedura da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa nell'ambito della quale la stazione appaltante ha richiesto soluzioni progettuali migliorative, trova applicazione il principio pacifico affermato da ultimo da questo T.A.R. secondo cui "prim'ancora che doversi richiamare l'orientamento consolidato della giurisprudenza secondo cui "la valutazione delle offerte tecniche come pure delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta quanto alla sua efficienza e alla rispondenza delle esigenze della stazione appaltante costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853), va rilevato che le censure mosse dalla società ricorrente hanno prefigurato non un errore (si ripete: triplice), bensì - più semplicemente - l'incondizione di una

valutazione determinata dalla media tra tre, distinti, giudizi commissariali” (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 28.1.2021, n. 175).

Ne discende che il motivo va disatteso.

5.5. - Anche il quinto motivo di gravame non è meritevole di accoglimento.

Il RTI Mazzitelli afferma che, “quand’anche volesse ritenersi che dalla previsione della non consentita variante non discenda *ex se* l’esclusione dell’offerta, dovrebbero comunque quanto meno essere detratti i punti ottenuti *ex adverso* proprio in ragione della inammissibile previsione dei “conci ad U” che connota l’offerta medesima (cfr. pag. 11, delle tavole criterio A1) e/o comunque disposta la riedizione del procedimento” (cfr. pag. 22 del ricorso), aggiungendo che “alla luce della doverosa detrazione dei suddetti complessivi 14 punti (6+6+2) risulterebbe superato il distacco di 8,823 punti tra l’offerta di Matarrese Srl e l’RTI Ing. Orfeo Mazzitelli Srl, sicché, anche da questo punto di vista, si conferma l’illegittimità dell’aggiudicazione e degli atti impugnati” (cfr. pag. 23 del ricorso).

La pretesa del RTI ricorrente di riedizione del procedimento con la sottrazione di punteggi attribuiti alla società Matarrese, allo scopo di una personale riassegnazione (a proprio vantaggio) di quegli stessi punteggi per l’offerta tecnica, è artificio non concesso che determina la reiezione del motivo, per le identiche ragioni riferite *sub* punto 5.4) della presente motivazione, cui si rinvia.

Sotto distinto profilo, il Raggruppamento ricorrente vorrebbe pretestuosamente ridurre lo svantaggio della propria offerta tecnica, sottraendo alla Matarrese il punteggio (l’intero punteggio) assegnato dalla Commissione per il:

- criterio a.1.2 - Impermeabilizzazione delle opere in c.a.: 6 punti (max 6 punti);
- criterio a.2.1 - Gestione terre e rocce da scavo: 6 punti (max 6 punti);
- criterio a.2.8 - minimizzazione occupazioni temporanee di aree: 2 punti (max 2 punti).

Tuttavia, il RTI istante non considera che la pretesa e inconcessa sottrazione dell’intero punteggio (inconfigurabile *ab imis* per le ragioni esposte *sub* 5.4 in quanto la proposta progettuale è pienamente ammissibile) neppure sarebbe logicamente percorribile poiché i punteggi (correttamente) assegnati dalla Commissione alla controinteressata sono riferiti a molteplici proposte migliorative; in particolare, la società Matarrese, come si evince con chiara evidenza dai prospetti sinottici riportati negli allegati alle relazioni tecniche per i criteri a.1 e a.2 (denominati “Allegato 1”, “Allegato 2”, “Tavole criterio A.1” e “Tavole criterio A.2”) ha proposto:

- per il criterio a.1.2 - Impermeabilizzazione delle opere in c.a.: 18 proposte migliorative;
- per il criterio a.2.1 - Gestione terre e rocce da scavo: 7 proposte migliorative;
- per il criterio a.2.8 - minimizzazione occupazioni temporanee di aree: 12 proposte migliorative.

É così confermato che al fine di recuperare il minor punteggio conseguito per l'offerta tecnica, il RTI Mazzitelli - non si comprende come - attribuisce alla sola proposta migliorativa del muro di sostegno con "conci ad U" l'intero punteggio attribuito dalla Commissione, considerando pari a zero quello delle restanti proposte migliorative.

Di qui l'infondatezza del ricorso *in parte qua*.

5.6. - Con il sesto motivo di censura il RTI Mazzitelli ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione "in quanto non è stata verificata l'effettiva realizzabilità dell'offerta temporale presentata da Matarrese".

A tali fini, dopo aver riepilogato la tempistica offerta da tutti i concorrenti in gara, il Raggruppamento ricorrente riporta integralmente il contenuto dell'appunto riservato della Commissione del 15.4.2021 *sub* "cronoprogramma", per concludere nel senso che la Commissione avrebbe ritenuto "il cronoprogramma presentato da Matarrese, nel corso del subprocedimento, inidoneo a dimostrare l'effettiva realizzabilità dell'offerta anche sul piano temporale" (cfr. pag. 25 del ricorso), tanto da pretendere che il RUP disponesse ulteriori accertamenti; viceversa, il RUP, secondo la prospettazione del RTI ricorrente, avrebbe errato a ignorare l'appunto riservato della Commissione, attestando la completezza e l'eshaustività delle giustificazioni fornite dalla società Matarrese. Da qui, sempre nella medesima prospettazione, la carenza d'istruttoria e di motivazione che vizierebbero il contestato provvedimento finale.

Al riguardo, va rimarcato che la Commissione nell'appunto riservato, contrariamente a quanto riferito dal Raggruppamento ricorrente, ha ritenuto che il "cronoprogramma possa essere attuato, poiché non si intravedono particolari criticità ed interferenze", con il solo suggerimento al RUP di chiedere alla aggiudicataria di illustrare il numero di maestranze e dei mezzi da impiegare per ogni singola fase e la loro reale produttività.

Sulle maestranze e sui mezzi, l'aggiudicataria ha ampiamente giustificato la propria offerta (cfr. schede di analisi dei prezzi unitari che, puntualmente, descrivono tutte le categorie di lavorazione interessate dai lavori d'appalto e, per ciascuna di esse, le voci elementari - quali la manodopera, i materiali, i noleggi, i trasporti, le spese generali, gli utili - con la precisa indicazione della produttività e delle percentuali di impiego), con la conseguenza che correttamente il RUP, in conformità all'art. 21 del disciplinare, esaminate le giustificazioni, ha ritenuto sufficienti gli elementi acquisiti siccome coerenti con le richieste formulate con nota prot. 1618/20/P del 19.2.2021, penultimo cpv., in riferimento all'offerta temporale ed al cronoprogramma trasmesso, avendo potuto adeguatamente valutare per ciascuna fase lavorativa l'impiego dei mezzi e della

manodopera all'uopo impiegati, nonché la relativa produttività, nel rispetto della sicurezza in relazione ad eventuali interferenze tra le attività previste.

Pertanto, nessuna carenza d'istruttoria, men che mai di motivazione (correttamente addotta *per relationem* a tutti i documenti forniti dalla Matarrese in seno al sub procedimento di anomalia) colpisce l'atto conclusivo del giudizio di anomalia e, di conseguenza, l'aggiudicazione disposta da Ferrotramviaria.

Di qui l'infondatezza del motivo.

Sotto ulteriore e distinto profilo il Raggruppamento ricorrente ipotizza un ampliamento dei tempi di esecuzione dei lavori d'appalto correlati alla realizzazione del "monolite ferroviario varato a spinta di dimensioni in retto di 12,42 x 6,10 m nella sezione di calcolo e lunghezza (in asse) di 21,12 m" (così la progettazione a base di gara), avendo la società controinteressata Matarrese "previsto, nella relativa offerta (rel. a.1, pag. 21), di allungare il monolite andando ad unire lo scatolare Nord e il monolite previsto dal PE a base di gara"

Il RTI istante riporta a pag. 26 del ricorso la rappresentazione grafica relativa al suddetto progetto di allungamento del monolite e rinvia alla propria perizia di parte versata in atti secondo cui "i c.d. elementi strutturali reggispinta dovranno essere completamente riprogettati con la previsione di nuove dimensioni e armatura, in quanto quelli previsti dal progetto esecutivo a base di gara risultano insufficienti con la variazione proposta da Matarrese per il monolite. Una volta riprogettati i medesimi dovranno essere verificati e validati ai sensi e per gli effetti dell'art. 26, comma 8, D.Lgs. 50/2016. È evidente che quanto sopra determinerà ineluttabilmente, ed anche in tale convergente prospettiva, l'irrealizzabilità della tempistica prospettata *ex adverso*."

Tale censura non può essere accolta, in quanto finalizzata a sindacare valutazioni tecniche della P.A. non manifestamente irragionevoli e illogiche.

Deve, infatti, considerarsi che l'art. 20 - "Oneri ed obblighi a carico dell'Appaltatore" - dello "Schema di Contratto d'Appalto" (che ai sensi dell'art. 2.1 del disciplinare costituisce "documentazione di gara" e quindi *lex specialis*) prescrive che:

«Sono ad esclusivo carico dell'appaltatore e da ritenersi compresi nel corrispettivo d'appalto, assumendo l'appaltatore con la sottoscrizione del presente atto ogni conseguente alea, tutti gli oneri, obblighi e spese di seguito indicativamente riportati ad integrazione e/o specificazione di quelli previsti nella restante documentazione contrattuale, nonché ogni altro onere che, anche se non espressamente menzionato, risulti comunque necessario al perfetto compimento dell'oggetto del presente Contratto:

- a) la progettazione costruttiva dell'intervento, redatta sulla base del progetto esecutivo, delle specifiche tecniche e delle prescrizioni fornite dagli enti competenti per la sua approvazione;
- b) l'ottenimento di tutte le licenze, permessi ed altre autorizzazioni necessarie per le eventuali importazioni di materiali, per le installazioni permanenti o provvisorie e degli eventuali permessi di ingresso e permanenza in Italia del personale straniero incaricato dall'APPALTATORE;
- c) la predisposizione della documentazione tecnica e l'assistenza alla COMMITTENTE per l'ottenimento delle autorizzazioni, nulla osta e pareri occorrenti per l'esecuzione dei lavori;
- d) la predisposizione del cronoprogramma che tenga conto dell'offerta di gara;
- e) l'assunzione di tutti gli oneri di formazione, esercizio e smobilitazione dei cantieri; in particolare l'adempimento di tutte le prescrizioni che verranno imposte dagli enti proprietari e/o gestori delle aree interessate dalle opere e/o dai lavori al fine di preservare la funzionalità e la sicurezza delle medesime aree;
- f) l'esecuzione di tutti gli scavi, in terreni di qualsiasi natura e consistenza, le opere di fondazione, gli aggottamenti, allontanamenti e/o deviazioni di acque di qualunque provenienza ed eventuali opere di consolidamento dei terreni, compresi le modifiche, spostamenti e ripristini dei servizi presenti nel sottosuolo;
- g) la fornitura e posa in opera della rete elettrica di trazione, di tutti gli impianti, di qualsiasi natura, e di tutti i macchinari, apparecchiature ed attrezzature necessari al funzionamento dell'Opera;
- h) l'esecuzione dei calcoli statici e dei disegni esecutivi di tutte le strutture in c.a., c.a.p. e in acciaio secondo le norme del D.Lgs. 380/2001 s.m.i. e dei relativi decreti di attuazione, previa approvazione degli elaborati da parte della Direzione Lavori;
- i) l'esecuzione delle opere civili in c.a. e comunque delle strutture in genere;
- j) l'assunzione di ogni onere con riferimento ai danni diretti e indiretti conseguenti a danneggiamento di impianti interrati nel corso degli scavi o delle opere in sotterraneo, provvedendo anche al risarcimento completo se dovuto;
- k) l'assistenza tecnica dovuta alla COMMITTENTE per tutto quanto eventualmente fosse necessario a svolgere quanto ad essa compete;
- l) l'esecuzione di tutti gli studi, sondaggi ed indagini volti allo sviluppo, alla specificazione e alla verifica di quelli già effettuati in sede di progettazione esecutiva, nonché tutti gli ulteriori studi, sondaggi ed indagini che l'APPALTATORE medesimo riterrà necessario e/o opportuno acquisire al fine di definire compiutamente la natura e le modalità delle opere da eseguire;
- m) l'illuminazione dei cantieri anche nei periodi di sospensione o inattività dei lavori, quando sia richiesto dalla Direzione Lavori;

n) tutto quanto eventualmente previsto in modo specifico dalle altre disposizioni del presente Contratto e dei relativi allegati.».

Ne deriva che tra gli oneri contrattuali assunti dalla controinteressata in sede di offerta, pure giustificati (cfr. relazione giustificativa), rientrano anche quelli appena richiamati e attengono alle fasi dell'adeguamento della progettazione esecutiva all'offerta "migliorata" così come aggiudicata, ricomprendendo nel proprio organico idonee figure professionali in grado di sviluppare le elaborazioni tecniche, grafiche e contabili (elaborati costruttivi, documenti contabili, programmazioni di dettaglio).

In particolare, il progetto esecutivo a base di gara deve essere necessariamente revisionato in ragione delle migliorie che l'appaltatore ha proposto e, pertanto, i tempi di esecuzione dei lavori non potranno che partire successivamente alla validazione del progetto così aggiornato.

Gli elementi strutturali "reggispinta" invocati dal RTI ricorrente ricadono tra le opere provvisorie che l'appaltatore è obbligato a progettare, con la conseguenza che il Raggruppamento ricorrente non può fondatamente contestare la "riprogettazione" dell'opera provvisoria di cui si tratta, che altro non è che l'attività fisiologica dell'aggiudicatario allorché avvia la commessa.

6. - In conclusione, dalle argomentazioni espresse in precedenza discende la reiezione del ricorso.

6.1. - Essendo stata riscontrata la piena legittimità degli atti impugnati, non può trovare positivo apprezzamento la domanda risarcitoria in forma specifica formulata dall'ATI ricorrente.

7. - In considerazione della peculiarità della presente controversia sussistono giuste ragioni di equità per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore