

4 OTT. 2010

La presente deliberazione viene affissa il \_\_\_\_\_ all'Albo Pretorio per rimanervi 15 giorni

## PROVINCIA di BENEVENTO

Deliberazione della Giunta Provinciale di Benevento n. 566 del 12 OTT. 2010

Oggetto: Tar Campania – GI.GA. Project srl c/ Provincia di Benevento e altri -Ratifica atti e autorizzazione a stare in giudizio.

L'anno duemila<sup>dieci</sup> ~~novemila~~ il giorno due del mese di ottobre presso la Rocca dei Rettori si è riunita la Giunta Provinciale con l'intervento dei Signori:

- |                                    |                   |                |
|------------------------------------|-------------------|----------------|
| 1) Prof.Ing. Aniello Cimitile      | - Presidente      | <u>ASSENTE</u> |
| 2) Avv. Antonio Barbieri           | - Vice Presidente | _____          |
| 3) Dr. Aceto Gianluca              | - Assessore       | <u>ASSENTE</u> |
| 4) Ing. Giovanni Vito Bello        | - Assessore       | <u>ASSENTE</u> |
| 5) Avv. Giovanni Angelo Mosè Bozzi | - Assessore       | _____          |
| 6) Dr. Annachiara Palmieri         | - Assessore       | _____          |
| 7) Dr. Falato Carlo                | - Assessore       | _____          |
| 8) Dr. Nunzio Pacifico             | - Assessore       | <u>ASSENTE</u> |
| 8) Geom. Carmine VALENTINO         | - Assessore       | _____          |

Con la partecipazione del Segretario Generale Dott. Claudio Uccelletti  
L'ASSESSORE PROPONENTE Avv. Giovanni Angelo Mosè Bozzi

### LA GIUNTA

**Premesso** che con ricorso notificato il 27/09/010 la GI.GA. Project srl agiva in giudizio dinanzi al Tar Campania, per l'annullamento previa sospensiva del verbale di gara n. 3/09 e n. 9/010 , nonché degli ulteriori atti ivi indicati ;

**Con** determina n. 688/010 si procedeva alla costituzione nel giudizio pendente a mezzo di nomina di difensore esterno attesa la ivi motivata carenza di organico e carico di contenzioso all'Avvocatura Provinciale;

**Rilevato** che in virtù di orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, in interpretazione del dispositivo di cui all'art.50 T.U.E.L. e con espresso richiamo in motivazione a precedente normativa (art.36 legge 142/90), e pure in presenza delle attribuzioni dirigenziali di cui all'art.107 del medesimo T.U.E.L., si ritiene sussistere la rappresentanza giudiziale dell'Ente in capo al Presidente della Provincia con autorizzazione a stare in giudizio a mezzo delibera di Giunta;

**Ritenuto** per tali motivi procedere al conferimento dell'autorizzazione a stare in giudizio al Presidente della Provincia nel contenzioso di cui in premessa promosso dinanzi al Tar Campania dalla Provincia di Benevento c/ Gl.GA. Project srl e ratificare gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente adottati con determina n. 688/010;

Esprime parere favorevole circa la regolarità tecnica della proposta.

Il \_\_\_\_\_

Il Dirigente Settore Avvocatura  
(Avv. Vincenzo Catalano)

Esprime parere favorevole circa la regolarità contabile della proposta,

Li \_\_\_\_\_

Il Dirigente del Settore FINANZE  
E CONTROLLO ECONOMICO  
(dr. Filomena Lazizzera )

## **LA GIUNTA**

Su relazione dell'Assessore avv. Giovanni Angelo Mosè Bozzi

A voti unanimi

## **DELIBERA**

**Per** i motivi espressi in narrativa e che formano parte integrante e sostanziale del presente dispositivo:

**Ratificare** gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente di cui alla determina n. 688/010 ed autorizzare la costituzione nel giudizio promosso con ricorso notificato il 27/09/010 dinanzi al Tar Campania dalla Provincia di Benevento c/ GI.GA. Project srl per l'annullamento previa sospensiva del verbale di gara n. 3/09 e n. 9/010 , nonché degli ulteriori atti ivi indicati;

**Dare** alla presente immediata esecutività stante l'urgenza

Verbale letto, confermato e sottoscritto  
(Dr. Claudio Uccelletti)

**IL PRESIDENTE**  
(Prof. Ing. Aniello Cimitile)

N. Edg **Registro Pubblicazione**

**VICE PRESIDENTE**  
(Avv. Antonio BARBIERO)

Si certifica che la presente deliberazione è stata affissa all'Albo in data odierna, per rimanervi per 15 giorni consecutivi a norma dell'art. 124 del T.U. - D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267.

**BENEVENTO**

14 OTT. 2010

**IL MESSO**

**IL SEGRETARIO GENERALE**

(Dott. Claudio UCCELLETTI)

La sujestesa deliberazione è stata affissa all'Albo Pretorio in data 14 OTT. 2010 e contestualmente comunicata ai Capigruppo ai sensi dell'art. 125 del T.U. - D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267.

SI ATTESTA che la presente deliberazione è divenuta esecutiva a norma dell'art. 124 del T.U. - D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267 e avverso la stessa non sono stati sollevati rilievi nei termini di legge.

li \_\_\_\_\_  
**IL RESPONSABILE DELL'UFFICIO**

**IL SEGRETARIO GENERALE**

Si certifica che la presente deliberazione è divenuta esecutiva ai sensi del T.U. - D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267 il giorno \_\_\_\_\_.

- Dichiarata immediatamente eseguibile (art. 134, comma 4, D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267)
- Decorsi 10 giorni dalla sua pubblicazione (art. 134, comma 3, D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267)
- E' stata revocata con atto n. \_\_\_\_\_ del \_\_\_\_\_.

**BENEVENTO, li** \_\_\_\_\_

**IL SEGRETARIO GENERALE**

Copia per

2 SETTORE ALL. ORG. PERSONALE \_\_\_\_\_ prot. n. \_\_\_\_\_

SETTORE \_\_\_\_\_ il \_\_\_\_\_ prot. n. \_\_\_\_\_

SETTORE \_\_\_\_\_ il \_\_\_\_\_ prot. n. \_\_\_\_\_

Revisori dei Conti \_\_\_\_\_ il \_\_\_\_\_ prot. n. \_\_\_\_\_

Nucleo di Valutazione \_\_\_\_\_ il \_\_\_\_\_ prot. n. \_\_\_\_\_

conf. capigruppo

80133 NAPOLI  
VIA NUOVA MARINA, 5  
Pbx 0815511012 / fax 0815512434

abenavoli@alvassociati.it  
liccardo@alvassociati.it  
vecchione@alvassociati.it



STUDIO LEGALE

GIUSEPPE ABENAVOLI  
FEDERICO LICCARDO  
FRANCESCO VECCHIONE

Provincia di Benevento  
AOO: Prot. Generale  
Registro Protocollo Entrata  
Nr. Prot. 0026335 Data 30/09/2010  
Oggetto RICORSO GI.GA PROJECT  
Dest. Avvocatura Settore; [...]

AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CAMPANIA - NAPOLI

PROVINCIA DI BENEVENTO  
27 SET 2010

RICORSO

→ GI.LL. LAW  
Avvocati

<p>PER: La GI.GA. PROJECT S.r.l. Unipersonale con sede in Casoria alla via S.S. 87 Sannitica n. 60 (P. IVA 05920421210) in persona del legale</p>	<p>Giuseppe Abenavoli Federico Liccardo Francesco Vecchione</p>
<p>rappresentante pro tempore Domenico Casillo domiciliato per la carica presso la sede della società, in proprio e quale mandataria del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese con la PROGETTI ED INFRASTRUTTURE S.r.l. con sede in Canello Arnone (CE) alla Via Lottizzazione Gallo (C.F. e P. IVA 03307940613) in persona del legale rappresentante pro tempore Biagio Di Benedetto domiciliato per la carica presso la sede della società, rappresentati e difesi dagli avvocati Federico Liccardo, Giuseppe Abenavoli e Francesco Vecchione presso il cui studio in Napoli elettivamente domiciliano alla Via Nuova Marina, 5 giusta procura a margine del presente atto;</p>	<p>Il sottoscritto informato sensi dell'art. 4, comma del D.Lgs n. 28/2010, della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei benefici fiscali di cui agli artt. e 20 del medesimo decreto come da atto allegato, delega a rappresentarlo difenderlo, conferendo ogni potere e facoltà, da esercitarsi congiuntamente, disgiuntamente, per ogni sede e grado, inclusi quello sottoscrivere ogni atto presente al presente procedimento proporre istanze cautelative ed urgenti, azioni per temeranza ed esecuzione resistervi, motivi aggiunti resistervi, impugnative incidentali e resistervi; chiedere terzi in causa e spiegare domande riconvenzionali; con promessa di ratifica valido e con voi eleggere domicilio in Napoli alla via Nuova Marina, 5. Dichiaro di avere ricevuto l'informazione ex art. 13 D.Lg 169/2003 ed acconsentito espressamente ed incondizionatamente al trattamento di tutti i miei dati personali di qualsiasi natura, ivi compresi quelli sensibili, identificativi e giudiziari, da parte Vostra e di Vostri eventuali sostituti, delegati, collaboratori di studio od esterni.</p>
<p>RICORRENTE CONTRO: PROVINCIA DI BENEVENTO in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore domiciliato per la carica presso la sede in Benevento alla Piazza Castello, Rocca dei Rettori;</p>	<p>RICORRENTE</p>
<p>RESISTENTE NONCHE': TECNOCOSTRUZIONI S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore domiciliato per la carica presso la sede della società in Torrecuso (BN) alla Via Collepiano, in proprio e quale mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituito con la CEIS S.r.l. (già Impresa Sauchelli Nicola) in persona del legale rappresentante pro tempore domiciliato per la carica presso la sede della</p>	<p>RESISTENTE Firma Per autentica GI. GA. PROJECT s.r.l. L'Amministratore Unico (Geom. Domenico Casillo) Progetti e Infrastrutture s.r.l. L'Amministratore Domenico Casillo</p>

società in Vitulano (BN) alla Via C. da S. Stefano;

CONTROINTERESSATO

**PER L'ANNULLAMENTO PREVIA SOSPENSIVA ED IL RISARCIMENTO DEL DANNO**

1) Del verbale di gara n. 3 del 19.10.2009 e n. 8 del 15.2.2010 nei quali la Commissione di gara ha indicato i criteri per la redazione e l'esame dei giustificativi a dimostrazione delle congruità dell'offerta; 2) del verbale di gara n. 9 del 9.3.2010 nel quale la Commissione di gara ha valutato i giustificativi prodotti dalla ricorrente; 3) del verbale di gara n. 11 del 25.3.2010 nel quale la Commissione ha valutato gli ulteriori giustificativi richiesti alla ricorrente; 4) del verbale di gara n. 12 nel quale la Commissione ha proceduto all'audizione della ricorrente ai sensi dell'art. 88 n. 4 del D.Lgs 163/06; 5) del verbale di gara n. 16 del 7.6.2010 nel quale la Commissione ha disposto l'esclusione della ricorrente avendo ritenuto non congrua l'offerta; 6) dei verbali di gara n. 10 del 9.3.2010, n. 11 bis del 25.3.2010, n. 15 del 16.4.2010 e n. 17 del 9.6.2010 nei quali sono stati esaminati i giustificativi forniti dall'aggiudicataria e ritenuta congrua l'offerta da questa presentata; 7) del verbale di gara n. 18 nel quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata; 8) della comunicazione prot. 8286 del 6.7.2010 con la quale è stata comunicata alla ricorrente l'avvenuta esclusione; 9) della determinazione n. 522/06 del 12.7.2010 con la quale sono stati approvati gli atti di gara e disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata; 10) della nota prot. 9464 del 9.8.2010 con la quale è stata respinta l'istanza formulata dalla ricorrente ex art. 243 bis D. Lgs. 163/06; 11) di ogni altro atto preordinato, connesso e/o conseguente

incidente negativamente nella sfera giuridica del ricorrente relativamente agli interessi qui dedotti in giudizio.



Con bando di gara prot. Gen. N. 9031 del 16.9.2009 la PROVINCIA DI BENEVENTO indiceva una procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento dei lavori per la "Stabilizzazione del versante in frana località Rusciano del Comune di Sant'Agata dei Goti e per la messa in sicurezza dell'asse viario Fondo Valle Isclero - 1° lotto nel tratto compreso tra la progressiva km 3+527 e km 3+ 825" per un importo a base d'asta di € 2.197.480,62 comprensivi degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso per € 88.967,11.

Il criterio di aggiudicazione era quello del massimo ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara ai sensi dell'art. 82 lettera a) del D. Lgs. 163/06. Il bando prevedeva che la stazione appaltante avrebbe proceduto alla verifica di congruità delle offerte secondo il procedimento previsto dagli artt. 86, 87 ed 88 del D.Lgs. 163/06 riservandosi la facoltà di dar luogo contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte non oltre la quinta.

Alla gara partecipava anche il costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese ricorrente, formulando un ribasso complessivo del 40,7560 che la poneva al sesto posto in graduatoria.

Esaurita la fase di verifica della documentazione presentata dai ricorrenti, la Commissione di gara procedeva alla individuazione della soglia di anomalia e, preso atto che le migliori offerte superavano tale soglia, avviava il procedimento di verifica sulla congruità delle prime

cinque classificate.

La verifica si concludeva con l'esclusione di tutte le prime cinque classificate (alcune di esse non avevano fornito i giustificativi richiesti ed erano quindi state escluse tout court, altre non avevano invece superato il vaglio della verifica).

La Commissione procedeva quindi all'esame, sempre contemporaneo, delle successive cinque offerte tra le quali era compresa quella della ricorrente, come detto giunta sesta in graduatoria e quindi la migliore offerta all'esito dell'esclusione delle prime cinque.

Con nota del 16.2.2010 la stazione appaltante richiedeva quindi di fornire i giustificativi consistenti nelle schede per le analisi dei prezzi, predisposte secondo il modello da essa fornito, e nella documentazione necessaria a giustificare gli elementi di costo in tali tabelle riportate. Nella nota veniva anche specificato, conformemente a quanto stabilito dalla Commissione nel verbale di gara n. 8 del 15.2.2010, quali sarebbero stati i criteri in virtù dei quali i concorrenti avrebbero dovuto fornire le giustificazioni richieste.

Nel verbale n. 9 del 9.3.2010 la Commissione in seduta riservata procedeva all'esame dei giustificativi prodotti dalla ricorrente formulando per alcuni dei prezzi offerti dei rilievi, sostanzialmente tutti attinenti al costo della manodopera (per tre dei prezzi il rilievo era invece attinente al costo dei mezzi d'opera) ritenuto inferiore e/o differente da quello indicato nel prezzario della Regione Campania assunto quale riferimento della verifica da parte della Commissione.

La Commissione ritenuta non esaustiva la documentazione presentata,

deliberava di richiedere ulteriori chiarimenti secondo il disposto dell'art. 88 del D.Lgs. 163/06.

Con nota del 12.3.2010 la stazione appaltante comunicava quindi l'esito della verifica invitando la ricorrente a fornire ulteriori giustificativi che venivano regolarmente prodotte nei termini assegnati.

Nella seduta del 25.3.2010 (verbale n. 11) la Commissione valutava la predetta documentazione ancora una volta ritenuta non convincente. In particolare nel verbale venivano indicate le motivazioni (nella casella definita "controdeduzioni") secondo le quali l'offerta era ritenuta ancora anomala che, sia con riferimento alla manodopera che ai mezzi da impiegare, consistevano nella medesima osservazione: *"la percentuale di incidenza della manodopera indicata in sede di precisazione viene riferita all'intero lavoro e non può essere assunta a riferimento per la singola categoria di lavoro"*. Analoga dicitura veniva utilizzata anche per i dubbi relativi ai mezzi d'opera.

In data 15.4.2010 (Verbale n. 12) la Commissione provvedeva all'audizione della ricorrente che in tal sede aveva modo di sottolineare l'infondatezza dei rilievi mossi poiché la Commissione si era limitata nell'esame alle considerazioni di carattere generale avendo omesso, evidentemente date le sue conclusioni, di verificare il prospetto riassuntivo delle giustificazioni nel quale il costo complessivo della manodopera e dei mezzi era ripartito analiticamente per ogni singola categoria di lavoro.

Nel verbale di gara n. 16 del 7.6.2010, sempre in seduta riservata, la Commissione concludeva il procedimento ritenendo insufficienti le

giustificazioni fornite e quindi anomala l'offerta escludendola.

In data 18.6.2010 (verbale n. 18) la Commissione dava atto delle operazioni di verifica svolte e delle conseguenti esclusioni e la gara veniva provvisoriamente aggiudicata alla controinteressata autrice di un ribasso del 38,289%.

In data 6.7.2010 la stazione appaltante comunicava alla ricorrente l'intervenuta esclusione ed infine, con nota prot. S.I. 8672 del 16.7.2010, veniva trasmessa la determina dirigenziale con la quale era stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata.

All'esito la ricorrente formulava richiesta di accesso acquisendo in data 23.7.2010 i verbali di gara e venendo quindi a conoscenza della motivazione che aveva portato alla propria esclusione, motivazione che di seguito si riporta: *"la Commissione esaminate le giustificazioni prodotte dall'impresa, nonché le ulteriori precisazioni fornite nel corso del contraddittorio del giorno 15.4.2010, ritiene che l'impresa non ha fornito giustificazioni esaustive riguardanti l'economicità del procedimento di costruzioni o le particolari soluzioni tecniche adottate per avvalorare i tempi delle lavorazioni indicati nelle analisi dei prezzi, giustificative dell'offerta proposta.*

*A tal proposito la commissione precisa, che per la valutazione dell'anomalia delle offerte, sono stati utilizzati come parametri di riferimento e come termini di paragone oggettivo i quantitativi indicati nelle singola analisi redatte dalla Regione Campania e dal progettista.*

*Pertanto alla luce di quanto sopra la commissione ritiene che l'offerta presentata dall'impresa ATI GIGA PROJET SRL - PROGETTI E*

INFRASTRUTTURE SRL non congrua in quanto non risultano giustificate le eccessive riduzioni circa i tempi di esecuzione delle categorie di lavoro (mano d'opera e mezzi d'opera) così come offerte dalla ditta partecipante. Infatti la proposta di ribasso (40,756%) è segnale evidente di un eccessivo risparmio non chiaramente giustificato attraverso la procedura di verifica che rischia di compromettere la regolare esecuzione dei lavori (TAR Campania sentenza n. 8730/2010).

Inoltre il riferimento a generiche esperienze pregresse per lavori simili, senza opportuna documentazione che confermi o dimostri quanto asserito nelle giustifiche presentate, non possono ritenersi sufficienti a riscontrare tecnicamente ed economicamente le motivazioni addotte sul procedimento di costruzione o sui tempi di lavorazione.

A giudizio della commissione, pertanto, le anomalie riscontrate hanno inficiato nel loro complesso l'offerta la quale è risultata anomala, incongruente e inidonea a realizzare la prestazione dovuta puntualmente nei termini previsti dal contratto, sia sotto il profilo strettamente tecnico, sia sotto il profilo di adeguatezza dell'organizzazione, nonché di salvaguardia di altri interessi della Pubblica Amministrazione quale la sicurezza ed il normale e corretto utilizzo della manodopera. La stessa non chiarisce le incongruenze rilevate dalla Commissione così come riportati nei verbali di gara 9 ed 11 le cui conclusioni sono da intendersi integralmente confermate nel presente verbale".

Conosciuta la motivazione, la ricorrente trasmetteva il preavviso di ricorso ai sensi dell'art. 243 bis evidenziando le incongruità della valutazione e richiedendo, attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela la

revoca del provvedimento di esclusione.

Con nota prot. 9464 del 9.8.2010 la stazione appaltante rigettava l'istanza confermando l'esclusione.

Avverso gli atti descritti si propone quindi ricorso diretto ad ottenerne l'annullamento per i seguenti

#### **MOTIVI**

A) VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DI GARA; ECCESSO DI POTERE PRESUPPOSTO ERRONEO TRAVISAMENTO DEI FATTI; VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO

La prima delle censure mosse avverso l'operato della Commissione di gara ha ad oggetto la determinazione dei parametri utilizzati per la verifica della congruità delle offerte.

Al di là delle mere affermazioni di principio sui criteri da seguire, comunicati alla ricorrente con la nota di richiesta dei giustificativi, la Commissione ha di fatto utilizzato solo ed esclusivamente il raffronto con il prezziario della Regione Campania rilevando quali indici dell'anomalia delle offerte lo scostamento da quanto in essa stabilito.

Le analisi prezzi della Regione sono state però, piuttosto che utilizzate quale parametro di riferimento, trattate quale vero e proprio dogma insuperabile di modo che la Commissione ha omesso ogni reale verifica sui giustificativi della ricorrente, limitandosi a ribadire la difformità rispetto a quanto previsto nelle analisi da essa utilizzate.

Tale comportamento, oltre che violare il principio del contraddittorio impedendo alle concorrenti qualsivoglia giustificazione, si sostanzia nella predisposizione di un criterio di valutazione determinato

autonomamente dalla Commissione, nulla vi è al riguardo nella lex specialis di gara, e per giunta non comunicato alle imprese partecipi.

E' principio pacifico in giurisprudenza che la valutazione di anomalia dell'offerta debba essere condotta con riferimento alle prescrizioni contenute nelle norme di gara e non in base ad indicazioni fornite dalla Commissione successivamente in sede di verifica (Cons. Stato 5.11.2002 n. 4466).

Altrettanto pacifico è che la valutazione della congruità dell'offerta non possa essere condotta sulla scorta di un parametro predeterminato e dal quale non ci si possa discostare, rendendo quindi impossibile ogni forma di giustificazione che non sia la rispondenza al predetto parametro rifiutando, aprioristicamente, ogni giustificazione diversa.

B) VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 86, 87 ED 88 DEL D. LGS. 163/06;  
VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. 241/90: ECCESSO DI POTERE;  
MOTIVAZIONE APPARENTE E/O MANCANTE;

E' principio pacifico in giurisprudenza che la stazione appaltante, è tenuta a motivare analiticamente l'eventuale decisione di disattendere le giustificazioni fornite dal concorrente sospetto di anomalia dell'offerta, (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, nr. 1658; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 17 aprile 2007, nr. 1774; T.A.R. Sardegna, sez. I, 12 gennaio 2007, nr. 23). Al di là della mera affermazione di principio sulla insufficienza dei giustificativi, nulla la commissione deduce sui motivi di tale conclusione dimostrando, contrariamente a quanto affermato, di non aver affatto valutato le difese dell'impresa che aveva invece analiticamente replicato ai rilievi mossi avverso l'offerta ed

analiticamente la commissione avrebbe dovuto indicare le ragioni per le quali aveva ritenuto insufficienti le ulteriori giustificazioni addotte.

In sostanza la motivazione dell'esclusione è del tutto mancante, o quanto meno apparente, poiché la Commissione avrebbe dovuto indicare, con specifico riferimento a tutte le spiegazioni fornite dall'impresa a sostegno della propria offerta, le motivazioni per le quali esse non erano state ritenute sufficienti e non limitarsi a dedurre sic e simpliciter la loro insufficienza.

C) VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 86, 87 ED 88 DEL D. LGS. 163/06: OMESSA VALUTAZIONE DEI GIUSTIFICATIVI VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO; VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. 241/90: MOTIVAZIONE CONTRADDITTORIA APPARENTE PERPLESSA E/O MANCANTE; ECCESSO DI POTERE: PRESUPPOSTO ERRONEO TRAVISAMENTO DEI FATTI MOTIVAZIONE ERRATA, ILLOGICITA' E IRRAZIONALITA' MANIFESTA,

Va in primo luogo evidenziato che la motivazione dell'esclusione è per la verità, come già in precedenza dedotto, alquanto generica. Al di là di vaghe affermazioni di principio sul giudizio globale dell'anomalia, essa si sostanzia infatti in un solo elemento: a dire della Commissione *non risultano giustificate le eccessive riduzioni circa i tempi di esecuzione delle categorie di lavoro (mano d'opera e mezzi d'opera).*

Ciò da un lato conferma quanto già dedotto con il precedente motivo, avendo la commissione assunto a dogma indiscutibile le analisi di prezzo redatte dalla Regione Campania e ritenuta anomala l'offerta che da essi si discostasse; da un altro prova che la Commissione non ha tenuto in

nessun conto i chiarimenti forniti dalla ricorrente; da un altro ancora è la stessa motivazione che non corrisponde al vero, dimostrando l'evidente travisamento dei fatti e la conseguente irrazionalità ed illogicità del giudizio negativo espresso.

Sia ben chiaro, non è intenzione della ricorrente entrare nello specifico tecnico dei giustificativi, essendo ben consapevole del limitato sindacato riservato al Giudice Amministrativo nei casi di discrezionalità tecnica, ma solo evidenziare le palesi incongruenze della motivazione posta a fondamento dell'esclusione.

I rilievi mossi dalla Commissione avevano tutti ad oggetto l'incidenza dei costi della manodopera e dei mezzi, nulla essendo stato rilevato per i costi delle materie prime ritenuti evidentemente congrui (cfr. verbale n. 9). A fronte di ciò, all'esito della richiesta di chiarimenti, la ricorrente ha prodotto in allegato alla relazione illustrativa, uno schema (allegato 1 alla relazione) nel quale il costo complessivo della manodopera e dei mezzi veniva ricavato dall'analisi di ogni singola lavorazione di cui si componeva l'intervento. A seconda della lavorazione veniva quindi indicata la percentuale di incidenza della manodopera e dei mezzi secondo i prezzi offerti in gara ed in conformità alle analisi prezzi già prodotte quali giustificativi. La somma delle varie voci percentuali di ogni singola lavorazione individuava rispettivamente la percentuale complessiva della manodopera, dei mezzi e delle materie prime, rispettivamente pari al 30,34% per la prima (corrispondente in termini economici ad € 378.960,31), del 14,94% per i secondi (corrispondente in termini economici ad € 186.570,45) e del 45,77% per le ultime

(corrispondente in termini economici ad € 571.802,98.

Tali percentuali trovavano esatta corrispondenza nella tabella 2 delle opere d'arte nell'ambito dei lavori stradali, quali quelli in oggetto, riportata nel DM 11 novembre 1978 *"Nuove tabelle delle quote di incidenza per le principali categorie di lavori nonché la composizione delle squadre tipo ai fini della revisione dei prezzi contrattuali"* tutt'ora in corso ed utilizzate.

Nella relazione prodotta veniva poi illustrato che, partendo dal costo complessivo della manodopera risultante, considerato il tempo previsto per l'ultimazione dei lavori indicato nel bando, attraverso una semplice operazione matematica, emergeva un costo medio giornaliero di manodopera pari ad € 1.055,00, corrispondente, secondo il costo orario della manodopera individuato dalla vigenti tariffe del Provveditorato per la Provincia di Benevento, ad una squadra tipo composta da 2 operai specializzati, 1 operaio qualificato e 3 operai comuni più che sufficiente ad eseguire a regola d'arte e nei tempi previsti il lavoro.

A fronte di tali elementi la replica della Commissione, non modificata nemmeno all'esito del contraddittorio orale previsto dall'art. 88 del D.Lgs 163/06, è stata unica: *"la percentuale di incidenza della manodopera (o dei mezzi dove il rilievo era ad essi riferito) indicata in sede di precisazione viene riferita all'intero lavoro e non può essere assunta a riferimento della singola categoria di lavoro"* (Verbale n. 11). Con ciò però la Commissione ha dimostrato di non aver inteso affatto il senso della giustificazione incorrendo in un evidente travisamento dei fatti e nella conseguente illogicità ed irrazionalità delle sue conclusioni.

La percentuale complessiva di incidenza della manodopera e dei mezzi riferita all'intero lavoro, è infatti la risultante delle singole percentuali di incidenza indicate per ogni lavorazione, come è facile verificare dal prospetto allegato ai giustificativi che si produce.

Solo a titolo di esempio per il prezzo E01.010 (il numero 1 dell'allegato prodotto dall'impresa) l'incidenza della manodopera è del 62,81%, quella del prezzo E02.049e (il numero 2 dell'allegato prodotto dall'impresa) l'incidenza è dell'11,68% e così via.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione quindi, l'impresa ha invece proprio determinato l'incidenza della manodopera e dei mezzi con riferimento alle singole categorie di lavoro e da queste ha poi ricavato il costo complessivo, non viceversa!

La commissione, ancora una volta dando prova di non aver affatto considerato e/o letto le giustificazioni fornite dall'impresa, ha invece ritenuto che quest'ultima, avesse indicato le percentuali di incidenza complessiva della manodopera (30,34%) e dei mezzi (14,94%) e sostenesse che esse dovevano applicarsi ad ogni singola lavorazione. Solo in tal modo può intendersi il significato dell'affermazione *"la percentuale di incidenza della manodopera indicata in sede di precisazione viene riferita all'intero lavoro e non può essere assunta a riferimento della singola categoria di lavoro"*

Si badi che sul punto, nonostante i chiarimenti offerti nell'audizione, la Commissione non ha dedotto alcunché nella motivazione del provvedimento di esclusione, limitandosi a riportarsi alle motivazioni già espresse nei verbali 9 ed 11, con ciò incorrendo in un ulteriore vizio della

motivazione.

A fronte delle giustificazioni addotte dall'impresa con riferimento ad ogni singola categoria di lavoro i rilievi della Commissione avrebbero dovuto essere specifici, ed avere ad oggetto la contestazione delle percentuali di incidenza della manodopera e dei mezzi indicata per ogni singola categoria di lavoro; in altri termini la motivazione avrebbe dovuto chiarire perché quanto indicato dall'impresa non poteva considerarsi congruo rispetto alla categoria di lavoro e non liquidare il tutto con la semplice frase: *"non risultano giustificate le eccessive riduzioni circa i tempi di esecuzione delle categorie di lavoro (mano d'opera e mezzi d'opera) così come offerte dalla ditta partecipante.* In tal modo la motivazione risulta del tutto omessa poiché non è dato in alcun modo ricostruire l'iter logico giuridico che ha portato alla conclusione della anomalia dell'offerta.

Delle due l'una! O non vi è affatto motivazione, ed allora è evidente l'illegittimità del provvedimento di esclusione; o l'unica motivazione è quella contenuta nel verbale n. 11 (controdeduzioni all'integrazione dei giustificativi presentati) - cui del resto il provvedimento rimanda - ed essa è, come in precedenza chiarito, del tutto errata.

Il discorso non muta se riferito alla presunta non giustificata *"riduzione circa i tempi di esecuzione"*, che peraltro la Commissione riferisce all'intera offerta mentre in realtà le obiezioni riguardavano solo alcuni dei prezzi offerti. Piuttosto che a dedotte pregresse esperienze, che il seggio di gara ha ritenuto non dimostrate attraverso specifica documentazione - nonostante il possesso da parte delle imprese

ricorrenti di idonea attestazione SOA per le categorie oggetto di gara che già da sé, e per legge, dimostra l'esecuzione di lavori simili - la valutazione è stata giustificata attraverso la bibliografia tecnica esistente; in particolare quanto alle voci riguardanti i pali di fondazione (prezzi n. 1 E02.049e; n. 2 E02.063; n. 3 E02.064 costituenti circa il 21% dell'intero appalto), il testo di "FONDAZIONI" del prof. Renato Viggiani e quanto agli scavi (prezzo n. 13 U06.12b costituente circa il 15% dell'intero appalto) il testo "TECNICA ED ORGANIZZAZIONE DI CANTIERE" del prof. Vittorio Nicolosi sulla scorta dei quali sono stati ricavati i tempi di esecuzione delle lavorazioni indicati.

Ora, non è certo intenzione della ricorrente dedurre l'assolutezza oggettiva dei giustificativi prodotti ma certo è che, a fronte delle formule matematiche utilizzate per determinare i tempi di esecuzione, della bibliografia tecnica indicata a supporto e della ricostruzione analitica dell'incidenza economica e percentuale dei costi di personale, mezzi e materie di ogni singola categoria di lavoro (cfr. relazione prodotta alla commissione con allegati che si esibisce anche nel presente giudizio) ben altra avrebbe dovuto essere la motivazione; motivazione che avrebbe dovuto confutare la precisa ricostruzione del quadro economico dell'appalto, suffragata non da mere affermazioni del ricorrente ma da precise indicazioni bibliografiche e formule matematiche, e non limitarsi ad un laconico *"non risultano giustificate le eccessive riduzioni circa i tempi di esecuzione delle categorie di lavoro"* quasi che la motivazione possa limitarsi al dire *"non mi hai convinto"*.

Anche per tale motivo l'esclusione è quindi illegittima.

D) ECCESSO DI POTERE: SVIAMENTO, DISPARITÀ DI TRATTAMENTO  
TRAVISAMENTO DEI FATTI PRESUPPOSTO ERRONEO, DIFETTO DI  
ISTRUTTORIA; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA PAR CONDIZIONE TRA I  
CONCORRENTI

Per dovere di completezza non può poi essere taciuta la evidente  
disparità di trattamento posta in essere dalla Commissione nella  
valutazione dell'offerta del concorrente risultato aggiudicatario ed  
odierno controinteressato rispetto al parametro utilizzato con la  
ricorrente.

Dalla lettura dei Verbali n. 10, 11 bis e 15, nei quali è stata esaminata  
l'offerta della controinteressata, emergono alcuni dati significativi.

Innanzitutto i rilievi mossi avverso tale offerta risultano assai più  
pregnanti. Viene infatti rilevata, per alcune lavorazioni, la minore  
quantità di materia prima, la mancata previsione dell'utilizzo dei mezzi  
d'opera ed addirittura l'utilizzo di materiali diversi da quelli previsti in  
progetto, oltre le medesime osservazioni formulate alla ricorrente sulla  
minore incidenza della manodopera.

Davvero singolari sono poi i chiarimenti, ritenuti esaustivi dalla  
Commissione, forniti dall'aggiudicatario.

Relativamente alla lavorazione E 02.030.010 i rilievi mossi al costo  
della manodopera, sono giustificati con l'affermazione che per il calo delle  
gabbie verrà utilizzata la macchina perforatrice noleggiata a freddo. In  
sintesi viene quindi affermato che la lavorazione sarà eseguita da un solo  
operaio che dovrebbe da un lato manovrare la macchina e da un altro  
seguire contemporaneamente il calo della gabbie.

Relativamente al prezzo P01 poi, è stata ritenuta giustificata la produzione indicata dalla controinteressata di ml. 35/giorno, che l'impresa stessa chiarisce non aver potuto giustificare con dati tecnici ma solo con una presunta esperienza analoga realizzata però in condizioni totalmente diverse essendo state eseguiti, come chiarito nel certificato prodotto in un sito destinato a discarica la cui consistenza è evidentemente minore di quella dei luoghi in cui deve essere eseguito l'appalto in oggetto, non potendo essere posto in dubbio che una cosa è uno scavo tra i rifiuti e ben altra lo scavo in terreno, trattandosi di realizzare un collegamento tra pozzi a mt 12 di profondità in situazione di disagio e non a cielo aperto come in una discarica. Si badi che la Commissione, per la stessa lavorazione, non ha ritenuto congrua la produzione indicata dalla ricorrente di ml 25/giorno (inferiore di un terzo a quella indicata dalla controinteressata) nonostante, in luogo di mere affermazioni di esperienza, fosse stata fornita la disamina analitica dei costi della lavorazione giustificati con l'ausilio di bibliografia tecnica.

Ancora più eclatante è la giustificazione ritenuta valida dalla Commissione in relazione alla lavorazione P06. L'impresa aggiudicataria afferma che le tubazioni richieste sono fuori produzione, il che non corrisponde a verità avendo la sottoscritta regolarmente prodotto l'offerta del fornitore per i tubi previsti in progetto (che si esibisce), e che pertanto avrebbe fornito materiali diversi.

Sta di fatto che dal semplice raffronto tra i giustificativi prodotti dalla controinteressata e quelli esibiti dalla ricorrente, appare evidente la disparità di trattamento avendo la Commissione letteralmente utilizzato

come suol dirsi “due pesi e due misure”.

Tale conclusione risulta confermata dalla ulteriore circostanza che, a fronte del ribasso del 40,7560% offerto dalla ricorrente, la controinteressata ha offerto il 38,2890% per un differenza percentuale del 2,4670%. Se non ch , mentre la ricorrente ha quantificato l’utile di impresa e le Spese generali nella misura del 5% ciascuna, la controinteressata ha invece indicato il 7% per le spese generali ed il 5% per l’utile di impresa per entrambe. L’aggiudicat ria ha quindi in realt  indicato per materie prime, manodopera e mezzi un costo inferiore dello 0,4670% rispetto alla ricorrente ci  nonostante   stata ritenuta congrua.

Al riguardo la ricorrente, ottenuto attraverso l’accesso i giustificativi presentati dalla controinteressata, ha redatto anche per l’offerta di quest’ultima un prospetto con i medesimi criteri utilizzati per redigere quello allegato ai propri giustificativi. Tale prospetto, partendo dai prezzi unitari indicati dalla controinteressata e dalle analisi da questa prodotte in sede di gara, ha quindi individuato, cos  come per la propria offerta, l’incidenza percentuale dei costi per manodopera, mezzi e materie prime per ogni lavorazione e quindi per l’intero appalto.

Da tale prospetto, che si produce unitamente a quello riguardante l’offerta della ricorrente per il raffronto, emerge un dato sbalorditivo: la controinteressata pur indicando un costo per i mezzi sostanzialmente analogo a quello della ricorrente, prevede per  un costo per la manodopera di € 200.264,18 pari al 15,39% dell’importo dell’appalto a fronte di quasi il doppio (€ 378.960,31 pari al 30,34%) previsto dalla ricorrente e per giunta, come emerge dalle analisi prezzi che si

producono, senza mai considerare la presenza di un operaio specializzato necessario invece per numerose delle attività previste in contratto e quanto meno per la manovra dei mezzi di cantiere (gru, perforatrice etc.).

Sta di fatto che, a fronte del costo giornaliero della manodopera di € 1.055,00 previsto dalla ricorrente, quello della controinteressata è di soli € 556,00. Il che sta a significare, considerando il costo medio orario degli operai (ricavato considerando il costo orario dell'operaio comune, del qualificato e dello specializzato anche se quest'ultimo non è mai previsto dalla controinteressata) di €/h 22,59, sta a significare che l'aggiudicataria realizzerà il lavoro con soli tre operai.

A prescindere da ogni altra considerazione sulla validità dei giustificativi forniti dalla controinteressata, in alcuni casi veramente incredibili, resta quindi l'innegabile considerazione che proprio per le voci in virtù delle quali l'offerta della ricorrente è stata ritenuta anomala, l'aggiudicataria ha indicato un costo pari alla metà e talmente minore da non trovare alcuna giustificazione plausibile.

Così come innegabile è la palese disparità di trattamento e la conseguente illegittimità dell'operato della Commissione.

#### E) ISTANZA ISTRUTORIA

Ai sensi del D.Lgs. 104/2010 la ricorrente chiede sia disposta la verifica ex art. 66 dell'offerta e dei giustificativi prodotti dalla ricorrente al fine di verificare se l'offerta formulata presenti i profili di anomalia dedotti dalla Commissione e se le motivazioni poste a fondamento del giudizio di non congruità espresso abbiano preso in considerazione i giustificativi prodotti e/o siano ad essi conferenti e se,

dal raffronto con l'offerta ed i giustificativi forniti dalla controinteressata, l'offerta di quest'ultima contenga evidenti profili di anomalia con riferimento al costo previsto per la manodopera e sia nel complesso anomala nel raffronto con quella della ricorrente. Sin da ora propone quale organismo verificatore il Provveditorato alla OO.PP. per la Regione Campania.

Subordinatamente, nel caso il Collegio ritenga di non disporre la verifica richiesta, chiede disporsi consulenza tecnica di ufficio sui medesimi quesiti in precedenza indicati.

#### F) ISTANZA CAUTELARE

Il fumus emerge dai motivi del ricorso. Il danno grave ed irreparabile è in re ipsa discendendo dalla mancata aggiudicazione della gara alla ricorrente qualificatasi in graduatoria prima dell'aggiudicataria è che ha quindi, in caso di accoglimento del ricorso, diritto all'aggiudicazione. Al riguardo si sottolinea che, anche in considerazione del rilevante valore dell'appalto, il pregiudizio non è solo di natura economica per la mancata percezione dell'utile ma si manifesta anche sotto forma di impossibilità di utilizzare i lavori per l'aumento dei requisiti di qualificazione e sotto forma di mancato incremento del volume d'affari con ogni conseguenza, anche nei rapporti con i fornitori e con il sistema bancario. Si formula pertanto istanza di sospensiva degli atti impugnati.

#### G) ISTANZA DI RISARCIMENTO DEI DANNI

Ferma restando l'istanza cautelare proposta, nell'ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, sin da ora si propone domanda di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata acquisizione

dell'appalto. Sussistono al riguardo tutti i presupposti sia del comportamento colposo dell'amministrazione, attesa l'evidente illegittimità dell'esclusione sia del danno subito dalla ricorrente e sia infine il nesso di causalità tra il comportamento dell'Amministrazione ed il danno subito conseguente alla mancata aggiudicazione dell'appalto. La ricorrente chiede pertanto che il giudice adito voglia determinare il criterio in virtù del quale debba essere formulata proposta di pagamento di una somma di denaro, nonché il termine entro cui debba essere formulata, ai sensi dell'art. 35 del D.Lgs. 80/98.

#### H) ISTANZA DI DECRETO PRESIDENZIALE

Considerato che il pregiudizio lamentato risulterebbe gravissimo anche in attesa della trattazione della domanda cautelare in quanto la stazione appaltante potrebbe procedere alla stipulazione del contratto ed alla consegna dei lavori, avendo indicato quale termine dilatorio ex art 11 n. 10 del D.Lgs. 163/06 la data dell'1 settembre 2010, pregiudicando definitivamente l'interesse sostanziale della ricorrente e considerata altresì la palese fondatezza del ricorso, si chiede che l'Illustrissimo Signor Presidente voglia disporre, con decreto, la sospensione degli atti impugnati nelle more della prima Camera di Consiglio utile, ai sensi della L. 205/2000.

**P.Q.M.**

Si conclude perché previo accoglimento della domanda cautelare di sospensione sia accolto il presente ricorso ed annullati gli atti impugnati e per l'effetto condannata la PROVINCIA DI BENEVENTO al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente.

Napoli 16 settembre 2010

Avv. Federico Ligardo

Avv. Francesco Vecchione

Avv. Giuseppe Albanoli

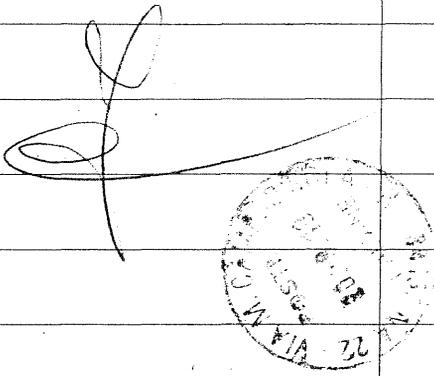
#### RELATA DI NOTIFICA

L'anno 2010 il giorno 20 del mese di settembre il sottoscritto avv. Francesco Vecchione, nella qualità e con il domicilio indicati in epigrafe, ha notificato il ricorso che precede, ai sensi dell'art.7 della legge 21.1.1994 n.53 (a tanto autorizzato con delibera del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli adottata nella seduta del 11.09.2007 e pedissequa autorizzazione presidenziale del 24/9/2007), previa iscrizione al n. 14/10 del proprio registro cronologico, mediante spedizione di copia conforme all'originale in plico raccomandato dall'Ufficio Postale di Napoli ..... a:

1) **PROVINCIA DI BENEVENTO** in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore domiciliato per la carica presso la sede in Benevento alla Piazza Castello, Rocca dei Rettori;

2) **TECNOCOSTRUZIONI S.r.l.** in persona del legale rappresentante pro tempore domiciliato per la carica presso la sede della società in Torrecuso (BN) alla Via Collepiano, in proprio e quale mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituito con la CEIS S.r.l. (già Impresa Sauchelli Nicola)

3) CEIS S.r.l. (già Impresa Sauchelli Nicola) quale mandante del Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituito con la Tecnocostruzioni S.R.L. in persona del legale rappresentante pro tempore domiciliato per la carica presso la sede della società in Vitulano (BN) alla Via C. da S. Stefano;



A handwritten signature in black ink is written over a circular stamp. The stamp is partially obscured by the signature but contains some legible text, including what appears to be a date '22' and some numbers.