

Antonio Melucci

CN = Antonio Melucci
C = IT

ECC.MO T.A.R. CAMPANIA - SALERNO

RICORSO

Per la soc. **COFEM S.r.l.** (P.I. 03703440655) con sede in Rofrano (SA) alla Via Tosone n. 11, in persona del legale rappresentante p.t. Sig. Angelo Villano (C.F. VLLNGL84M25F799Q), nato a Mugnano di Napoli (NA) il 25.08.1984 e residente in Rofrano (SA), rappresentata e difesa, giusta procura come da separato atto, dall'**Avv. Antonio MELUCCI**, C.F. MLCNTN77H11H703R del foro di Salerno, con il quale elettivamente domicilia esclusivamente sulla casella postale P.E.C.: melucci.antonio@pec.it

(il procuratore chiede di voler inviare le comunicazioni e notificazioni di rito alla casella pec: melucci.antonio@pec.it ed al numero di fax: 0828.1896911);

contro il Comune di Stio, in persona del Sindaco p.t.;

e nei confronti di Octopus Consorzio Stabile Scarl, in persona del legale rappresentante p.t.;

avverso e per l'annullamento, previa sospensione

a. della determina del Responsabile del Servizio del Comune di Stio n. 54 del 20.05.2021, pubblicata in data 24.05.2021 e mai comunicata, con cui, prendendo atto della decisione del TAR Campania – Salerno n. 1124/2021, si è proceduto all'approvazione dei verbali di gara ed alla aggiudicazione della procedura indetta per l'affidamento dei lavori di “*Adeguamento e Messa in Sicurezza Sr 488 - Tratto Stio – Vallo Della Lucania*”, in favore del Octopus Consorzio Stabile;

b. della determina del Responsabile del Servizio n. 61 del 17.06.2021 con la quale, in esito alla verifica dei requisiti nei confronti del Octopus Consorzio

Stabile, si è proceduto alla conferma dell'aggiudicazione, di cui alla determina sub. a);

c. della nota prot. n. 1610 del 17.06.2021 di notifica dell'aggiudicazione definitiva e fissazione del termine dilatorio;

d. ove e per quanto occorra, di tutti gli atti e verbali di gara, ed in particolare, del verbale n. 1 del 02.08.2019, n. 2 del 21.08.2019, n. 3 del 02.10.2019, n. 4 del 09.10.2019, n. 5 del 20.06.2020 e n. 6 del 22.06.2020;

e. ove e per quanto occorra, del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta attivato in favore del Octopus Consorzio Stabile;

f. ove e per quanto occorra, della richiesta di chiarimenti, delle verifiche, dei verbali, dell'eventuale provvedimento anche nella parte con cui non è stata disposta l'immediata esclusione;

g. di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

nonché per l'accertamento

del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 del C.P.A., con eventuale declaratoria di inefficacia del contratto, nelle more eventualmente stipulato e subentro nell'affidamento dell'odierna ricorrente

FATTO

1. Il Comune di Stio ha indetto procedura per l'affidamento dei lavori di Adeguamento e messa in sicurezza SR 488 – Tratto Stio – Vallo della Lucania.

L'importo a base di gara è pari ad € 2.150.000,00 ed il criterio prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base di numerosi criteri qualitativi.

2. La Soc. COFEM Srl ha preso parte alla procedura, classificandosi seconda in graduatoria (con 90,832 p.t.), preceduta dal Octopus Consorzio Stabile (con 92,005 p.t.).

L'offerta presentata dal primo classificato, in esito alla valutazione da parte della Commissione di gara, è risultata anomala e, pertanto, con verbale n. 4 del 09.10.2019, gli atti sono stati trasmessi al RUP per il sub procedimento di verifica di anomalia.

3. Il RUP, con determina n. 62 del 14.05.2020, non condividendo l'operato della Commissione di gara in relazione alla valutazione dell'offerta tecnica del Consorzio Octopus, ha disposto di non approvare gli atti di gara, di non procedere all'aggiudicazione.

Il Consorzio Octopus, a questo punto, ha proposto ricorso (R.G. 691/2021) contro i provvedimenti assunti dal RUP, deducendo, tra gli motivi, l'incompetenza del RUP.

Codesto TAR, con decisione n. 1124/2021, ha accolto il ricorso condividendo tale assorbente rilievo formulato dalla ricorrente.

4. Il Comune di Stio, quindi, con determina n. 54/2021, prendendo atto della sentenza, ha disposto l'aggiudicazione dei lavori controversi in favore del Octopus Consorzio Stabile.

Ma l'aggiudicazione e gli atti presupposti, tuttavia, sono illegittimi e vanno annullati, previa sospensione, per i seguenti motivi di

DIRITTO

**I - VIOLAZIONE DI LEGGE ART. 80 COMMA V E VI D.LGS. 50/2016 -
ECESSO DI POTERE - DIFETTO DI ISTRUTTORIA - CARENZA DEL
PRESUPPOSTO - RIESPANSIONE DEGLI EFFETTI**

**DELL'INTERDITTIVA ANTIMAFIA E/O COMUNQUE INTERVENUTA
SOLUZIONE DI CONTINUITA' NEL POSSESSO DEI REQUISITI DI
ORDINE GENERALE**

1.1 Il Consorzio aggiudicatario, prima di tutto, doveva essere escluso dalla procedura di gara per omesso aggiornamento nei confronti della S.A.

Si precisa che **il termine di presentazione delle offerte è fissato in data 15.07.2019**

Sta di fatto, però, che il Consorzio, **in data 20.09.2019** è stato destinatario di un'informazione interdittiva antimafia, tuttavia, **non ha mai** comunicato tale intervenuta circostanza alla S.A..

Ora, secondo un consolidato principio - ricavabile dall'art. dell'art. 80, comma 5, lett. c *bis* ed f *bis* del d.lgs. n. 50 del 2016 e che può comunque dirsi diretta espressione e conseguenza del principio di continuità dei requisiti di partecipazione alla gara - **i concorrenti alle procedure competitive indette dalla pubblica amministrazione sono tenuti a comunicare immediatamente tutte le vicende, anche sopravvenute, che riguardano lo svolgimento della propria attività professionale, per consentire alla stazione appaltante, quanto meno, di valutare l'incidenza di tali circostanze sulla reale affidabilità, morale e professionale, dei concorrenti** (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 13 giugno 2018, n. 3628) e di valutare l'esistenza e la persistenza, in concreto, dei requisiti di partecipazione alla gara.

1.2 Peraltro, il suddetto obbligo per i concorrenti alla gara di dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle procedure concorsuali ha carattere

generale, in quanto "non sussiste per l'impresa partecipante ad una gara la facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo al contrario l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, spettando alla stazione appaltante il momento valutativo" della gravità e rilevanza del precedente, con specifico riguardo alla gara in svolgimento (cfr. Cons. Stato, V, 11 aprile 2016, n. 1412; in termini, Cons. Stato, V, 25 febbraio 2015, n. 943; V, 14 maggio 2013, n. 2610; IV, 4 settembre 2013, n. 4455; III, 5 maggio 2014, n. 2289).

Il Consiglio di Stato, proprio con riferimento alla mancata dichiarazione in ordine all'interdittiva antimafia, con decisione n. 2896/2019, ha statuito che "Resta, infatti, incontestato che l'avvenuta emissione di una informazione interdittiva antimafia non è stata dichiarata alla stazione appaltante e che, dunque, non è stata resa alla stessa chiaramente percepibile, in violazione di un obbligo dichiarativo per nulla "lato e potenzialmente indefinito", bensì del tutto chiaro e circoscritto, perché previsto da un'apposita norma di legge pienamente in vigore (art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016)."

Segue la fondatezza del ricorso.

II - VIOLAZIONE DI LEGGE ART. 80 COMMA V E VI D.LGS. 50/2016 - ECCESSO DI POTERE - DIFETTO DI ISTRUTTORIA - CARENZA DEL PRESUPPOSTO

2.1 L'intervenuto provvedimento del Prefetto in danno dell'aggiudicatario rileva sotto altro profilo.

L'aggiudica, infatti, è illegittima per la riespansione degli effetti dell'interdittiva antimafia e, comunque, per l'intervenuta soluzione di continuità dei requisiti ex art. 80 del D.Lgs. 50/2016.

2.2 Il Consorzio Octopus, come già anticipato, in data 20.09.2019, è stato destinatario di un'interdittiva antimafia con cui il Prefetto di Cosenza ha

evidenziato la presenza di possibili tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionarne le scelte e gli indirizzi.

Tale provvedimento è stato impugnato con giudizio R.G. 428/2019, dinanzi al T.A.R. Catanzaro che, con decisione n. 594/2020, ha annullato l'interdittiva.

La decisione, però, è stata appellata dinanzi al **Consiglio di Stato (R.G. 3824/2020) che, con ordinanza n. 3533 del 15.06.2020, ha sospeso gli effetti della decisione.**

La sanzione interdittiva, pertanto, ad oggi, non è sospesa dall'autorità giudiziaria.

2.3 Chiarito il quadro fattuale, non ci resta che precisare gli effetti che l'interdittiva antimafia ha sulla procedura.

Com'è noto, l'informazione antimafia è idonea a determinare un accertamento, anche postumo, **della perdita della capacità dell'operatore economico di contrattare con l'amministrazione a causa del ravvisato pericolo di "permeabilità mafiosa".**

L'informativa, in sostanza determina la carenza, anche solamente temporanea, dei requisiti di partecipazione.

L'art. 80, comma 2, D.Lgs. 50/2016 prescrive che *"costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159."*

Il comma 5 del medesimo articolo, ancora, alla lettera f) dispone prescrive l'esclusione dalla procedura quando *“l'operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81”*.

L'art. 80, al comma 6, infine, prescrive che *“Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.”*

2.4 Ora, come è noto, secondo il costante orientamento giurisprudenziale, i requisiti generali e speciali devono necessariamente essere posseduti dai concorrenti, senza alcuna soluzione di continuità, non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa, fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto (ex multis Cons. di Stato, Sez. V, n. 2968/2020).

2.5 Nel caso di specie, invece:

- il termine di presentazione delle offerte è fissato in data **15.07.2019**;
- il Consorzio aggiudicatario ha ricevuto **l'informativa interdittiva** in data **20.09.2019**;
- il TAR ha sospeso il provvedimento interdittivo in data **03.10.2019**;
- il TAR ha definito il giudizio in data 18.04.2020, con la decisione n. 594/2020;

- il Consiglio di Stato, in data **15.06.2020**, con ordinanza n. 3533/2020, ha sospeso gli effetti della decisione impugnata ripristinando gli effetti dell'interdittiva;
- a conferma dell'attualità degli effetti dell'interdittiva, **solo in data 3.11.2020** il consorzio è stato ammesso al controllo giudiziario di cui all'art. 34bis D.Lgs.

2.6 Ad ogni buon conto, il Consorzio è certamente carente del requisito di ordine generale **dal 20.09.2019** (data dell'interdittiva) **quantomeno sino al 03.10.2019** (ordinanza del Tar Catanzaro) e, comunque, dal **15.06.2020** (ordinanza del Consiglio di Stato di sospensione della sentenza di annullamento).

Tali soluzioni di continuità nel possesso dei requisiti generali di partecipazione avrebbero dovuto comportare l'esclusione del concorrente dalla procedura.

Né vale a sanare tale circostanza l'intervenuta ammissione del Consorzio alla misura di controllo giudiziario di cui all'art. 34bis D.Lgs. 159/2011, solo in data 03.11.2020.

Ed infatti l'ammissione al controllo giudiziario "riabilita" temporaneamente il concorrente in quanto sospende gli effetti dell'interdittiva antimafia.

Tale circostanza, tuttavia, **PRODUCE EFFETTI NELLE GARE INDETTE SUCCESSIVAMENTE ALLA DATA DI AMMISSIONE MA NON PUÒ MAI AVERE EFFETTI RETROATTIVI SANANDO LA PRECEDENTE PERDITA DEI REQUISITI GENERALI.**

La giurisprudenza, sul punto, è granitica: **la concessione della misura del controllo giudiziario non ha effetto retroattivo** e che, infatti, **la sospensione degli effetti dell'informativa antimafia conseguente**

all'ammissione al controllo giudiziario costituisce un rimedio volto a CONSENTIRE ALL'IMPRESA CHE NE BENEFICIA DI PARTECIPARE ALLE PROCEDURE D'APPALTO SUCCESSIVAMENTE INDETTE, MA NON ANCHE A "SANARE" LA PARTECIPAZIONE DELL'OPERATORE ECONOMICO ALLA GARA NEL CORSO DELLA QUALE SIA INTERVENUTA LA PERDITA DEI REQUISITI (Cons. Stato Sez. V, Sent., 31 maggio 2018, n. 3268; T.A.R. Campania, Sent. 19 febbraio 2020, n. 805; Sent. 2 novembre 2018, n. 6423; T.A.R. Basilicata Potenza Sez. I, Sent., 18 luglio 2018, n. 482.

III - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 97 DEL D.LS 50/16; ART. 23, COMMA 16, D.LGS. 50/2016) E DEL DISCIPLINARE DI GARA - ECCESSO DI POTERE (ARBITRARIETÀ - INIQUITÀ - SVIAMENTO - TRAVISAMENTO - CARENZA DI ISTRUTTORIA - DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO - IRRAGIONEVOLEZZA ED ILLOGICITÀ MANIFESTA)

3.1 Il giudizio di congruità dell'offerta presenta ulteriori profili di illegittimità. Ed infatti, la controinteressata nel sub-procedimento di valutazione dell'offerta anomala, si è vista costretta a dover modificare tanto le prime giustifiche che gli elementi costitutivi dell'offerta dichiarati in gara.

Al fine di comprendere con esattezza si ritiene opportuno procedere ad un'esatta definizione del sub procedimento di anomalia.

3.2 L'art. 97, ai commi V D.Lgs. 50/2016, dispone che: *“La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di*

cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto:

- a) non rispetta gli obblighi di cui [all'articolo 30, comma 3](#);
- b) non rispetta gli obblighi di cui [all'articolo 105](#);
- c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui [all'articolo 95, comma 10](#), rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;
- d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui [all'articolo 23, comma 16](#)”.

3.3 Orbene, il comma 5 dell'art. 97 prevede un'unica richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante, con un termine di risposta non inferiore a 15 giorni, così delineando un procedimento monofasico e non più trifasico (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio) come nel regime precedente

Da ciò, tuttavia, **non deriva che l'indicato art. 97**, delineando un procedimento semplificato rispetto a quello ex art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006, **escluda l'esperibilità di ulteriori fasi di contraddittorio procedimentale prima di addivenire all'esclusione.**

La richiesta di precisazioni scritte o l'audizione può essere diretta dell'offerente nei seguenti casi

- qualora le giustificazioni non siano state ritenute sufficienti in quanto affette da incompletezza;
- o, comunque, rimangano dei chiari dubbi e perplessità che il confronto possa dipanare.

In altre parole, è evidente la ratio della norma: garantire il pieno contraddittorio anche, all'occorrenza (se necessario), mediante diversi passaggi procedurali, nella forma ritenuta più opportuna, volti a chiarire i profili ancora dubbi o in contestazione dopo la presentazione delle iniziali giustificazioni scritte.

In tali condizioni, il concorrente una volta che ha presentato le giustifiche può procedere solo a dei chiarimenti per colmare le lacune ma giammai stravolgere le iniziali giustifiche fino ad arrivare a formularne di nuove alterando gli elementi essenziali dell'offerta.

Nel contempo, **qualora il concorrente sia incappato nelle cause di esclusione automatica di cui all'art. 97 comma V del Codice nella fase di verifica dell'anomalia non si possono richiedere chiarimenti che si concretizzino in un inedito "soccorso istruttorio"**.

3.4 Nel caso di specie, il giudizio di congruità è affetto da insanabili profili di illegittimità nella parte in cui la stazione appaltante anzichè disporre l'esclusione dell'operatore economico ha richiesto dei chiarimenti finendo per consentire lo stravolgimento delle giustifiche.

Con le prime giustifiche, il concorrente ha prodotto preventivi con cui intende affidare in subappalto integralmente le seguenti lavorazioni

DESCRIZIONE	Quantità	Prezzo Offerto	Totale	Sub appaltatori
Consolidamento di pendii franosi con palificata in tondami di castagno circa Ø 20 cm posti alternativamente in senso longitudinale ed in senso trasversale (l = 1,50 ÷ 2,00 m) a formare un castello in legname e fissati tra di loro con chiodi in ferro o tondini Ø 14 mm; la palificata andrà interrata con una pendenza del 10% ÷ 15% verso monte ed il fronte avrà anche una pendenza del 30% ÷ 50% per garantire la miglior crescita delle piante; una fila di piloti potrà ulteriormente consolidare la palificata alla base; l'intera struttura verrà riempita con l'inerte ricavato dallo scavo e negli interstizi tra i tondami orizzontali verranno collocate talee legnose di Salici, Tamerici od altre specie adatte alla riproduzione vegetativa nonché piante radicate di specie arbustive pioniere. Rami e piante dovranno sporgere per 0,10 ÷ 0,25 m dalla palificata ed arrivare nella parte posteriore sino al terreno naturale. Gli interstizi tra i tondami vengono riempiti con massi sino al livello di magra dell'argine: a parete doppia: fila di tronchi longitudinali sia all'esterno che all'interno. La palificata potrà essere realizzata	89,00	€ 120,40	€ 10 715,60	L'Angolo del Verde

per singoli tratti non più alti di 1,5 - 2m. a parete doppia

Fresatura di pavimentazioni stradali di conglomerato bituminoso, compresi ogni onere e magistero per poter consegnare la pavimentazione completamente pulita, con esclusione del trasporto del materiale di risulta al di fuori del cantiere. Per spessori compresi fino ai 3 cm, al m ² per ogni cm di spessore	104 405,00 €	0,26 €	27 145,30	LDL APPALTI SRL
Compattazione del piano di posa della fondazione stradale (sottofondo) nei tratti in trincea fino a raggiungere in ogni punto una densità non minore del 95% dell'AASHO modificato, compresi gli eventuali inumidimenti od essiccamenti necessari	11 517,50 €	1,63 €	18 773,53	- V.S. Scavi Srl
Compattazione del piano di posa "Conglomerato bituminoso chiuso per profilature, risagomature, rappezzature, rafforzamenti e etc, di preesistenti carreggiate, impasto a caldo con aggregati calcarei fornito a piè d'opera lungo le strade o nei depositi che saranno indicati dalla Direzione." Conglomerato bituminoso chiuso per profilature	1 291,75 €	100,17 €	129 394,60	LDL APPALTI SRL
Conglomerato bituminoso per strato di collegamento (binder) costituito da miscela di aggregati e bitume, secondo le prescrizioni del CSd'A, confezionato a caldo in idonei impianti, steso in opera con vibrofinitrici, e costipato con appositi rulli fino ad ottenere le caratteristiche del CSd'A, compresi ogni onere e magistero per dare il lavoro finito a perfetta regola d'arte	78 500,00 €	0,78 €	61 230,00	LDL APPALTI SRL
Conglomerato bituminoso per strato di usura (tappetino), costituito da una miscela di pietrischetti e graniglie aventi perdita di peso alla prova Los Angeles (CRN BU n° 34) 20% confezionato a caldo in idoneo impianto, con bitume in quantità non inferiore al 5% del peso degli inerti, e conformemente alle prescrizioni del CsdA; compresa la fornitura estesa del legante di ancoraggio in ragione di 0,7 kg/m ² di emulsione bituminosa al 55%; steso in opera con vibrofinitrice meccanica ecostipato con appositi rulli fino ad ottenere l'indice dei vuoti prescritto dal CsdA; compresa ogni predisposizione per la stesa ed onere per dare il lavoro finito	401 835,50 €	0,95 €	381 743,73	LDL APPALTI SRL
Barriera di sicurezza in acciaio zincato a caldo, retta o curva, cat. H 2, conforme alle norme vigenti in materia, idonea al montaggio su bordo laterale o centrale, sottoposta alle prove di impatto come definite dalle Autorità competenti, compresi i sistemi di attacco necessari per il collegamento dei vari elementi e ogni onere e magistero per dare il lavoro finito a perfetta regola d'arte	2 380,00 €	43,41 €	103 315,80	Barriere Stradali Srl

Barriera di sicurezza in acciaio zincato a caldo, retta o curva, cat. H 2, conforme alle norme vigenti in materia, idonea al montaggio su bordo ponte, sottoposta alle prove di impatto come definite dalle Autorità competenti, compresi i sistemi di attacco necessari per il collegamento dei vari elementi e ogni onere e magistero per dare il lavoro finito a perfetta regola d'arte Barriera di sicurezza in acciaio zincato a caldo singola su ponte, categoria H2	533,00	€	77,91	€	41 526,03	Barriere Stradali Srl
Segnali di "pericolo" e "dare la precedenza" di forma triangolare, rifrangenza classe I, forniti e posti in opera con staffe bullonate su appositi supporti In lamiera di alluminio da 25/10, lato 60 cm	26,00	€	34,50	€	897,00	Penta Signal srl
Segnali di "divieto" e "obbligo" di forma circolare su fondo bianco o azzurro, forniti e posti in opera con staffe bullonate su appositi supporti, conformi al Nuovo Codice della Strada e al Regolamento di Attuazione, rifrangenza classe II In lamiera di alluminio da 25/10, diametro 60 cm	34,00	€	61,22	€	2 081,48	Penta Signal srl del
Segnali di "preavviso di dare la precedenza" di forma triangolare con pannello integrativo riportante la distanza dall'intersezione conformi al Nuovo Codice della Strada e al Regolamento di Attuazione, rifrangenza classe I, forniti e posti in opera con staffe bullonate su appositi supporti In lamiera di alluminio da 25/10 lato 60 cm con integrativo 18x53 cm	27,00	€	65,15	€	1 759,05	Penta Signal srl del
Segnali di "fermarsi e dare la precedenza" conformi al Nuovo Codice della Strada e al Regolamento di Attuazione, di forma ottagonale, rifrangenza classe II, forniti e posti in opera con staffe bullonate su appositi supporti In lamiera di alluminio da 25/10, diametro 60 cm	25,00	€	72,35	€	1 808,75	Penta Signal srl del
Fornitura e messa a dimora di talee legnose di specie arbustive idonee a questa modalità di trapianto vegetativo prelevate dal selvatico di due o più anni di età, di diametro da 1 – 5 cm e lunghezza minima di 50 cm, messe a dimora nel verso di crescita previo taglio a punta e con disposizione perpendicolare o leggermente inclinata rispetto al piano di scarpata. Le talee verranno infisse a mazza di legno o con copritesta in legno, previa eventuale apertura di un foro con punta di ferro, e sporgeranno al massimo per ¼ della loro lunghezza adottando, nel caso, un taglio netto di potatura dopo l'infissione. La densità di impianto dovrà essere di 2 – 10 talee *mq a secondo della necessità di consolidamento. Le talee dovranno essere prelevate, trasportate e stoccate in modo da conservare le proprietà vegetative adottando i provvedimenti cautelativi in funzione delle condizioni climatiche e dei tempi di cantiere. La messa a dimora dovrà essere effettuata di preferenza nel periodo invernale e a seconda delle condizioni stagionali anche in altri periodi con esclusione del periodo di fruttificazione Interventi stabilizzanti - Trapianti di rizomi e cespi	312,00	€	2,99	€	932,88	L'Angolo del Verde

Fornitura e posa in opera di sistema intelligente di controllo digitale dell'illuminazione, con gestione efficiente. Il prezzo è complessivo di tutte le opere murarie, i collegamenti elettrici, i dispositivi di protezione, il cablaggio del quadro generale atto ad ospitare tale sistema, ed ogni altro onere e magistero a rendere l'opera finita a regola d'arte.	1,00	€ 3 784,00	€	3 784,00	C. & C. Srl
Fornitura e posa di gabbioni in rete metallica a doppia torsione maglia 8x10 cm riempiti con ciottoli o pietrame di cava di idonea pezzatura, Gabbioni del tipo GABBIONI VERDI della Borghi Azio S.r.l. con sacca vegetativa di altezza 1 m	624,00	€ 94,61	€	59 036,64	Astrea Srl
Fornitura e posa in opera di occhio di gatto "brillo" trasparente d. 10 tutto come specificato negli elaborati della proposta migliorativa e quant'altro occorre per dare il lavoro finito a regola d'arte.	100,00	€ 21,70	€	2 170,00	Penta Signal srl del
Segnaletica orizzontale su tappeto normale, costituita da strisce longitudinali in termospruzzato plastico, bianche o gialle, ad immediata essiccazione, in quantità pari a 2 kg/m ² , contenente microsfere di vetro, applicato alla temperatura di 200 °C, compresa la sovraspruzzatura a pressione di altre microsfere, quantità totale pari a 0,35 kg/m ² , con spessore complessivo della striscia non inferiore a 1,5 mm, compresi, altresì, ogni onere e magistero per dare l'opera eseguita a perfetta regola d'arte. Per strisce di larghezza 15 cm	57 070,50	€ 0,67	€	38 237,24	Penta Signal srl del

Le violazioni sono multiple ed avrebbero dovuto comportare l'immediata esclusione per le seguenti ragioni:

A – MANCATA QUALIFICAZIONE DEI SUB APPALTATORI AI SENSI DELL'ART. 105 COMMA IV DEL CODICE APPALTI

Si rileva come L'Angolo del Verde, la Penta Signal e la Ldl Appalti non sono in possesso di attestazione SOA

B – MANCATO RICONOSCIMENTO DEGLI ONERI DI SICUREZZA

La prima graduata non ha riconosciuto ai sub appaltatori i necessari oneri della sicurezza corrispondenti alle lavorazioni affidate come previsto dell'art. 105 comma XIV del Dlgs 50/2016.

C – MANCATA INDICAZIONE e GIUSTIFICAZIONE DEL COSTO DELLA MANODOPERA DELLE LAVORAZIONI CONCESSE IN SUBAPPALTO

L'affidamento in sub appalto ha integrato una parziale dichiarazione dei costi della manodopera nonché ha eluso la verifica di congruità del costo della manodopera.

Com'è noto, ai sensi degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5 lett. d), del d. lgs. 50/2016, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta, sulla scorta dei dati dichiarati nell'offerta, a verificare la congruità dei costi della manodopera e il rispetto delle tabelle ministeriali, prima di procedere all'aggiudicazione.

In quanto finalizzata a consentire la verifica del rispetto dei minimi salariali, la prescrizione normativa non può che essere estesa a tutti i costi che l'offerente, direttamente o indirettamente, sostiene per adempiere alle obbligazioni contrattualmente assunte.

Diversamente, la norma, invero, si presterebbe a facili elusioni, se si consentisse di scorporare dal costo totale della manodopera il costo sostenuto per subappalti, subaffidamenti e noli a caldo.

Orbene, l'esecuzione del contratto a mezzo di manodopera esterna (subappalto, subaffidamenti e nolo a caldo) non può essere addotta a giustificazione dell'anomalia dell'offerta in quanto si andrebbe a sottrarre alla verifica di congruità una parte eventualmente anche considerevole dell'offerta stessa.

In tal modo, si finirebbe per disattendere tutta la normativa che vuole assicurare, attraverso questo tipo di controllo, l'accertamento dell'affidabilità della proposta contrattuale e, in sostanza, della reale possibilità dell'impresa concorrente di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni economiche proposte.

Il concorrente che intenda avvalersi del subappalto ha l'onere di rendere puntualmente edotta l'amministrazione dell'effettivo costo del personale fornitogli dal subappaltatore, o comunque di metterla in condizione di riscontrare in modo obiettivo l'effettiva entità dei costi del personale, al fine di consentirle un effettivo controllo della sostenibilità economica dell'offerta (Cons. Stato, Sez. V, 18 maggio 2017, n. 3341; Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2018, n.1500). Non può trascurarsi, al riguardo, che in termini generali il subappalto, ancorché dichiarato in sede di offerta, costituisce una mera facoltà dell'appaltatore, il quale potrebbe anche decidere di eseguire in proprio l'intero appalto, sostenendo (e dunque dovendo indicare) l'intero costo della manodopera necessaria per eseguire tutti i lavori.

L'INDICAZIONE DI UNA PARTE SOLTANTO DEI COSTI DELLA MANODOPERA CONCRETIZZA PERTANTO UNA VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO, AL PARI DELL'OMISSIONE TOTALE DEL DATO (TAR

Lombardia, Sez. IV, 6 novembre 2018, n. 2515);

In definitiva, **l'indicazione del costo della manodopera costituisce un obbligo inderogabile, sicché la sua mancata o incompleta quantificazione rende incompleta l'offerta, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio o a chiarimenti!!!!**

D – MANCATA INDICAZIONE e GIUSTIFICAZIONE DEL COSTO DELLA MANODOPERA DEL NOLO

Tanto si è ripetuto anche per il nolo a caldo ove non è stato palesato e giustificato il costo della manodopera dell'operaio manovratore/autista per:

- o Nolo escavatore 1 al costo di Euro 25,00/h;

- Nolo escavatore 2 al costo di Euro 35,00/h;
- Nolo autocarro al costo di Euro 20,00/h;
- Nolo fresatrice al costo di Euro 12,00/h
- Nolo autocarro 3 al costo di Euro 30,00/h
- Nolo vibrofinitrice al costo di Euro 15,00/h
- Nolo rullo costo di Euro15,00/h

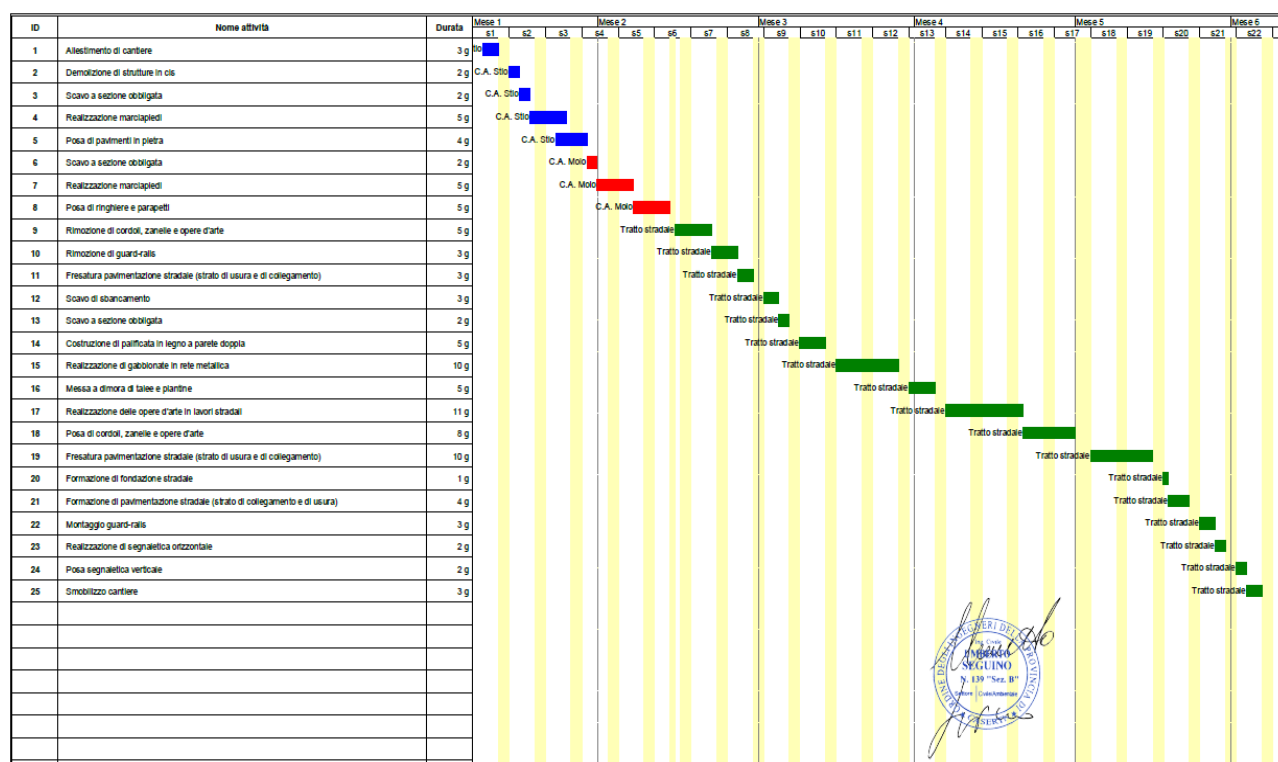
Sul punto, di recente, il Consiglio di Stato con sentenza n. 3176 del 19.04.2021 ha chiarito che *Ciò non vale tuttavia a confutare la doglianza, giacché da un lato non tiene in considerazione che il prezzario espressamente prevede che il nolo sia “a caldo” e “con operatore”, riferendo dunque entrambi i predicati alla voce di costo relativa all’attrezzatura in sé (“nolo”, appunto, “a caldo” e comprensivo di operatore), non già alla prestazione finale, che necessariamente include anche il personale impiegato nelle lavorazioni; del resto la C.E.R. non dà adeguata spiegazione di come sarebbero allocati, nella rappresentazione fornita, i costi di carburante e altri accessori, considerato che i preventivi prodotti indicano chiaramente che il nolo è “a freddo”, mentre la stessa relazione tecnica dell’appellante riconosce che il prezzario regionale include i costi di carburante e altri oneri di funzionamento, e ciò non può che implicare un nolo “a caldo”, come reso esplicito dallo stesso prezzario regionale nei termini suindicati (cfr., peraltro, la stessa definizione di “nolo a caldo” e “a freddo” ivi esposta, in cui si dà conto che il nolo a caldo “comprende i costi della manodopera necessaria per [l’]impiego [dei macchinari], per i materiali di consumo (carburanti, lubrificanti etc.), la normale manutenzione e le assicurazioni R.C.”, mentre quello a freddo “non comprende il costo della manodopera, del carburante, dei lubrificanti nonché della conservazione e ordinaria manutenzione”).*

Tali e tante criticità avrebbero dovuto comportare l’immediata esclusione della controinteressata o, in subordine, rilevano in termini di difetto di motivazione ed istruttoria.

IV – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 97 DEL D.LS 50/16; ART. 23, COMMA 16, D.LGS. 50/2016) E DEL DISCIPLINARE DI GARA -

ECCESSO DI POTERE (ARBITRARIETÀ - INIQUITÀ - SVIAMENTO - TRAVISAMENTO - CARENZA DI ISTRUTTORIA - DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO - IRRAGIONEVOLEZZA ED ILLOGICITÀ MANIFESTA)

L'offerta è inattendibile considerato che non vi è corrispondenza tra l'offerta tecnica ed il cronoprogramma



La controinteressata non ha crono - programmato tutte le lavorazioni offerte, in particolare:

- la realizzazione ex novo di un impianto di pubblica illuminazione nel tratto compreso tra il comune di Stio e Moio di Civitella per una

“lunghezza di circa 11 Km, di n. 220 pali in acciaio zincato con sovrastante armatura a Led del tipo ITALO 1 da 69 W della AEC Illuminazione, e/o similare, con un sistema integrato di telegestione ad onde radio e sistema di protezione delle scariche elettriche”;

- per l'intero tratto dell'arteria SR 488 di collegamento del comune di Stio con quello di Vallo della Lucania passando per il centro abitato di Moio della Civitella *l'illuminazione e la segnalazione dei passaggi pedonali tipo SICURLED DELLA ZAMA IMPIANTI.*

Orbene, **la controinteressata andava esclusa per indeterminatezza dell'offerta temporale o, quantomeno, andava disposto l'azzeramento del punteggio conseguito per l'offerta tempo pari a 10 p.ti.**

Tanto sarebbe sufficiente a stravolgere gli esiti della gara stante la differenza di appena punti 1,173 che distanziano l'odierna ricorrente dalla prima graduata.

A ciò si aggiunga che tali lavorazioni afferiscono ad aree esterne a quelle di cantiere e di cui la controinteressata è priva di una disponibilità giuridicamente rilevante.

V - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 97 DEL D.LS 50/16; ART. 23, COMMA 16, D.LGS. 50/2016) E DEL DISCIPLINARE DI GARA - ECCESO DI POTERE (ARBITRARIETÀ - INIQUITÀ - SVIAMENTO - TRAVISAMENTO - CARENZA DI ISTRUTTORIA - DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO - IRRAGIONEVOLEZZA ED ILLOGICITÀ MANIFESTA)

Il giudizio di congruità dell'offerta è affetto, comunque, da ulteriori insuperabili profili di illogicità per carenza di motivazione ed istruttoria.

5.1 La controinteressata ha indicato quale costo della manodopera il medesimo posto a base di gara pari ad Euro 473.601,89 nonostante abbia offerto le seguenti **migliorie aggiuntive**

RIF. RELAZIONE	DESCRIZIONE
A1.1	Monoblocco destinato ad ospitare ufficio impresa
A1.1	Mini new-jersey sormontati da pannelli in acciaio
A1.1	Monoblocco per spogliatoio-docce
A1.1	mini new-jersey in c.a.v. sormontati da pannelli in acciaio zincato
A1.2	Recinzione realizzate con mini-new jersey in c.a.v. sormontati da pannelli in acciaio zincato 8/10, per un'altezza complessiva di 2,50 metri;
A1.2	Recinzione degli scavi con rete TENAX ad alta rifrangenza;
A1.2	Recinzione in pannelli grigliati zincati generici
A1.2	Mini-barriere new jersey in pead sormontate da pannelli in rete tenax ad alta visibilità
A1.2	Pannelli fonoassorbenti di cantiere del tipo Acustiko per proteggere i percorsi pedonali
A1.3	Responsabile della sicurezza
A1.3	Squadra di sicurezza
A1.3	Segnaletica e cartellonistica stradale
A1.3	Barriere del tipo new-jersey e apparati semaforici
A1.3	Primo soccorso ed assistenza sanitaria
A1.3	Locali per riunione periodiche, uffici, locali ad uso igienico personale e collettivo
A1.3	Addetto Preposto e opportuna reportistica
A1.4	Responsabile della sicurezza e qualità
A1.4	Assistente geometra
A1.5	Pianificazione temporale e programma lavori
A2.1	Locale INFO BOX per informazioni varie ai cittadini
A2.2	Lavorazioni notturne
A2.2	Impianti semaforici di cantiere
A2.2	Movieri per segnalazione di sicurezza
A2.3	Realizzazione di marciapiedi temporanei di larghezza pari almeno un metro

A2.3	Minibarriere new jersey in plastica sormontate da pannelli di recinzione del Tipo Tenax
A2.3	Segnaletica stradale e di cantiere
A2.3	Passerelle prefabbricate in lega di alluminio "Bridge" complete di fermapiede
A2.4	Delimitazioni robuste e durature corredate da richiami di divieto e pericolo (descrizione generica);
A2.4	Pannelli illustrativi che indicano i punti chiave del progetto;
A2.4	Minibarriere in new jersey di altezza 50-60 cm sormontate da lamiera in acciaio di spessore 6/10
A2.4	Pannelli in lamiera atti ad ospitare l'esposizione di manifesti, volantini e fotorending delle attività di cantiere
A2.5	Mitigazione della componente RUMORE
A2.5	Barriere fonoassorbenti di cantiere tipo Akustico
A2.5	Orario lavorativo per tutti i giorni feriali dalle ore 7 alle ore 20
A2.6	Teli generici per ridurre la componente polvere
A2.6	Cannone nebulizzatore del tipo "Demolitor 40"
B.1	Vernice perlinata acriluretanica bicomponente a freddo e spruzzata delle vernice con microsfele
B.1	Segnaletica orizzontale relative a strisce trasversali ed alti simboli ed iscrizioni
B.2	Segnaletica verticale ad elevata rifrigenza e relativi supporti in ferro tubolare
B.7	Integrazione e miglioramento funzionale della messa a quota dei pozzetti
C.2	Rimozione conferimento a discarica e sostituzione delle lampade a vapore di sodio presenti

NON È SERIAMENTE ACCETTABILE CHE:

- **all'aumento delle lavorazioni non corrisponda un aumento del costo della manodopera;**
- **la stazione appaltante non abbia effettuato le dovute verifiche ed approfondimenti.**

5.2 Tali lavorazioni aggiuntive, inoltre, seppur presenti nell'offerta tecnica non trovano alcuna corrispondenza in quella economica e, in particolare,

nel computo metrico estimativo **rendendo l'offerta indeterminata e non univoca.**

La mancata computazione di tali migliorie incide irrimediabilmente anche nella valutazione di congruità degli elementi essenziali dell'offerta:

- costo della manodopera e rispetto dei minimi tabellari;
- oneri della sicurezza aziendali.

Segue la piena fondatezza del ricorso.

ISTANZA DI SOSPENSIONE

Il danno è grave ed irreparabile per la ricorrente, che, per effetto dei gravi quanto plurimi profili di illegittimità dedotte si vede preclusa l'aggiudicazione del lavoro a cui ha certamente diritto.

P.Q.M.

Accogliersi il ricorso, in uno all'istanza cautelare, con ogni conseguenza di legge.

Alla stregua dell'art. 9 della L. n. 488/99 e successive modifiche e integrazioni, il difensore dichiara che il presente giudizio ha ad oggetto procedure di appalto di importo superiore ad € 1.000.000,00 e, pertanto, è dovuto il contributo fisso pari ad € 6.000,00

Eboli-Salerno, 23.06.2021

Avv. Antonio MELUCCI

Si notifica ai sensi delle Legge n. 53 del 1994:

1. Ricorso TAR CAMPANIA - Salerno - per COFEM SRL;
2. Procura alle liti;
3. Relata di notifica a mezzo pec con attestazione di conformità .

Distinti saluti.

Avv. Antonio Melucci

ATTENZIONE TRATTASI DI NOTIFICAZIONE ESEGUITA AI SENSI DELL'ART. 3 BIS L. 53/1994.

SI INVITA IL DESTINATARIO A PRENDERE VISIONE DEGLI ALLEGATI CHE COSTITUISCONO GLI ATTI NOTIFICATI.

SI AVVERTE CHE LA LETTURA DEGLI ALLEGATI RICHIEDE L'INSTALLAZIONE DI UN SOFTWARE SPECIFICO SUL COMPUTER DEL DESTINATARIO (ES. DIKE, ARUBASIGN) E CHE TALI SOFTWARE SONO REPERIBILI GRATUITAMENTE SUI SITI DI INFOCERT E ARUBA.IL MITTENTE DELLA PRESENTE NOTIFICAZIONE DECLINA OGNI RESPONSABILITA' IN RELAZIONE ALLE OPERAZIONI DI SCARICAMENTO, INSTALLAZIONE O DISINSTALLAZIONE DI TALI APPLICATIVI.