

Parere n. 78 del 23 aprile 2014

PREC 12/14/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'operatore economico Falvo Costruzioni Generali s.a.s. - Procedura aperta relativa all'appalto per l'affidamento dei lavori di realizzazione di una residenza collettiva per anziani – Recupero strutturale ed architettonico-funzionale dell'edificio ex filanda, in Corso Umberto I – Importo a base di gara Euro 668.126,78 - S.A.: Comune di San Pietro in Guarano (CS).

Offerta economica a tempo. Cronoprogramma.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 3 gennaio 2014 è pervenuta l'istanza con la quale la società Falvo Costruzioni Generali s.a.s. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della procedura di appalto in esame in quanto la commissione di gara ha ammesso alla procedura le ditte che non hanno presentato il cronoprogramma richiesto dalla *lex specialis* a pena di esclusione.

L'appalto ha per oggetto l'esecuzione di tutte le opere e forniture necessarie, per il recupero strutturale e funzionale dell'ex filanda, sita in corso Umberto 1°, nel Comune di San Pietro in Guarano (CS), già utilizzata come scuola elementare, per adibirla a struttura residenziale e di aggregazione, per persone anziane.

In data 25 novembre 2013 si riuniva la commissione di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto e, non riscontrando alcuna anomalia, procedeva con l'aggiudicazione provvisoria dei lavori ad una delle imprese offerenti.

In data 18 dicembre 2013, l'istante, a seguito di accesso agli atti di gara, rilevava che, in deroga al punto 16 Busta B n. 3 del disciplinare di gara ed allegato E2, nessuna delle imprese offerenti – ad eccezione dell'istante - aveva provveduto ad allegare il cronoprogramma.

Ritiene l'istante che il cronoprogramma sia un documento essenziale ai fini di un'adeguata e corretta valutazione dell'offerta temporale e che la sua omissione determina un'anomalia nella procedura di gara. L'istante ritiene che la commissione giudicatrice avrebbe dovuto, in sede di apertura dei plichi, rilevare tale anomalia ed escludere i concorrenti che non avevano ottemperato alle prescrizioni di gara. Ciò sulla base del disciplinare di gara che, nella parte relativa alle "Modalità di presentazione delle offerte e criteri di ammissibilità" (punto 16), con riferimento alla documentazione da inserire nella busta B-Offerta economica, prescrive: "devono essere contenute, a pena di esclusione: ... 3. l'offerta relativa al sub-criterio E2, costituita da una dichiarazione, contenente la percentuale di ribasso offerto sul tempo di esecuzione dei lavori posto a base di gara (giorni 240) da esprimersi in cifre e in lettere, sottoscritta dal titolare o dal legale rappresentante dell'impresa, compilata secondo il modello E2. Si precisa che: ... d) Si procederà ad esclusione dalla gara in caso manchi o risulti incompleto o irregolare alcuno dei documenti o delle dichiarazioni sopra richiesti". Il modello E2, cui rinvia il disciplinare di gara ai fini della compilazione dell'offerta economica a tempo, dopo la prescritta formulazione dell'offerta relativa al ribasso percentuale sui tempi per l'esecuzione dei lavori, indica che sia allegato il cronoprogramma.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 7 febbraio 2014, sono pervenute memorie della stazione appaltante, dell'istante e della ditta Cosman S.r.l. controinteressata.

La stazione appaltante e l'impresa controinteressata, in particolare, rilevano che la trasmissione del

cronoprogramma nel modello E2 non fosse prevista a pena di esclusione dal disciplinare di gara e che il documento non era essenziale in quanto inidoneo ad influenzare la valutazione dell'offerta e le modalità di assegnazione del punteggio relativamente all'offerta tempo.

Ritenuto in diritto

In base agli artt. 17, All. XXI al D.Lgs. n. 163/2006 e 40, D.P.R. n. 207/2010, il Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 24.10.2013, n. 5159 ha definito il cronoprogramma, richiesto a pena di esclusione a corredo dell'offerta economica a tempo, quale "documento che rappresenta, secondo peculiari modalità di rappresentazione grafica, l'andamento nel tempo degli importi dei lavori da eseguire principalmente in campo edilizio, avente la finalità di stabilire in via convenzionale (nel caso di lavori compensati a prezzo chiuso) l'importo degli stessi". Sempre il Consiglio di Stato, nella sentenza citata, nel richiamare l'art. 171, comma 12, D.P.R. n. 207/2010 che disciplina le conseguenze derivanti dal mancato rispetto dei tempi indicati nel cronoprogramma previsto dall'art. 40, D.P.R. n. 207/2010 sotto il profilo del pagamento del prezzo, ha indicato che "il documento in questione ha rilievo negoziale e del resto è evidente che in tanto lo stesso può avere un'utilità pratica in quanto presupponga una volontà contrattuale certa e definitiva in ordine ai tempi dei lavori ivi descritti" (Cons. Stato, sent. n. 5159/2013 cit.).

Sulla legittimità di un'esclusione dell'offerente in assenza della trasmissione del cronoprogramma in allegato all'offerta economica a tempo, previsto a pena di esclusione, si registrano diverse pronunce giurisprudenziali che evidenziano la non sanabilità, con una integrazione postuma ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163 del 2006, di tale carenza documentale per l'ipotesi che il cronoprogramma risulti elemento essenziale dell'offerta (T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 08-03-2012, n. 199; C.d.S. Sez. VI, 21 febbraio 2005, n. 624). Il T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, sentenza 27 marzo 2013, n. 880 si è così espresso circa l'interpretazione dell'art. 46, comma 1, del Codice rispetto alla mancata trasmissione del cronoprogramma previsto dal disciplinare di gara insieme all'offerta temporale a pena di esclusione: "In altri termini, l'elemento essenziale dell'offerta, cui la norma riconduce la possibilità di prevedere legittimamente l'esclusione dalla gara senza incorrere nella sanzione di nullità della clausola del bando, può essere riferita, non solo agli elementi formali dalla stessa contemplati direttamente o indirettamente, ma anche ad altri aspetti, sostanziali, ritenuti "a monte" (nel bando o nel disciplinare) qualificanti dalla stessa Amministrazione appaltante, di guisa che la loro assenza renderebbe "incompleta" l'identificazione e/o il contenuto dell'obbligazione programmata in sede di gara e posta a fondamento stesso dell'esecuzione dell'appalto. In tutti questi casi, coerentemente, come ritenuto dalla unanime giurisprudenza, non è assolutamente possibile accedere ad alcuna successiva precisazione del tenore dell'offerta, ricorrendo al cd "soccorso istruttorio" previsto dal comma 1 del medesimo art. 46 del Codice dei contratti, posto che, si determinerebbe una postuma integrazione della stessa, con grave vulnus della par condicio tra i concorrenti. Ne deriva che, nel caso di specie, ove il cronoprogramma sia stato previsto non solo formalmente, ma, soprattutto, sostanzialmente quale elemento imprescindibile per la valutazione dell'offerta e, di più, di assegnazione del punteggio, dalla sua mancata allegazione, coerentemente, può legittimamente farsi derivare l'esclusione della concorrente".

Tanto premesso in linea generale, si ritiene che occorra verificare se, nel concreto della procedura in esame, il cronoprogramma rilevi effettivamente quale elemento essenziale dell'offerta economica.

Il disciplinare di gara, con riferimento alla predisposizione e valutazione dell'offerta economica, prevede: "nella busta B-OFFERTA ECONOMICA, devono essere contenute, a pena di esclusione: ... 3. l'offerta relativa al sub-criterio E2, costituita da una dichiarazione, contenente la percentuale di ribasso offerto sul tempo di esecuzione dei lavori posto a base di gara (giorni 240) da esprimersi in cifre e in lettere, sottoscritta dal titolare o dal legale rappresentante dell'impresa, compilata secondo il modello E.2". Soltanto nel modello E2, il cronoprogramma viene menzionato come documento da allegare all'offerta economica, ma nella descrizione contenuta nel disciplinare di

gara relativa alla valutazione del sub-criterio E2 riferito al ribasso percentuale sul tempo per l'esecuzione dei lavori, l'attribuzione del punteggio massimo viene riferita esclusivamente al ribasso percentuale sul tempo per l'esecuzione dei lavori senza che vi siano riferimenti al cronoprogramma. Si legge, infatti, nel disciplinare di gara, con riferimento a tale criterio di valutazione dell'offerta economica: "Ribasso percentuale sul tempo per l'esecuzione dei lavori: Al miglior risultato rilevato verrà attribuito il punteggio massimo pari a 10. I restanti punteggi verranno attribuiti proporzionalmente. Il tempo utile per dare finiti i lavori è stabilito nell'appalto in numero 240 (duecentoquaranta) giorni naturali e consecutivi, decorrenti dal giorno di consegna dei lavori, escluso i giorni di sospensione, ovvero ridotti della tempistica offerta in fase di gara, che verrà inserita nel contratto con l'Amministrazione, ma che non dovrà risultare inferiore a 192 (centonovantadue) giorni naturali e consecutivi".

In nessun'altra parte del disciplinare risultano indicazioni concernenti la trasmissione del cronoprogramma da parte degli offerenti e la disamina della documentazione di gara induce codesto Consiglio a ritenere che, nel caso specifico, la stazione appaltante non abbia conferito al cronoprogramma la funzione di elemento essenziale dell'offerta economica che dovesse essere trasmesso dagli offerenti a pena di esclusione.

Infatti, la disamina della documentazione di gara induce a ritenere che il cronoprogramma non sia stato pensato come un elemento di valutazione dell'offerta, per quanto la stessa fosse inclusiva anche di un'offerta a tempo e confermerebbero la tesi, oltre alle prescrizioni contenute nel disciplinare di gara riguardanti la valutazione dell'offerta economica, anche le clausole del capitolato speciale che prevedono, l'obbligo per l'appaltatore di predisporre e consegnare, ai sensi dell'art. 43, comma 10, del D.P.R. n. 207/2010, prima dell'inizio dei lavori, il programma esecutivo degli stessi, tra l'altro modificabile ove sia necessario, posto che "I lavori sono comunque eseguiti nel rispetto del cronoprogramma, di cui all'art. 40 del D.P.R. n. 207/2010 predisposto dall'Ente appaltante e integrante il progetto esecutivo" (art. 25 capitolato speciale).

In conclusione, in assenza di prescrizioni chiare e specifiche che inducessero la commissione di gara a ritenere il cronoprogramma elemento essenziale dell'offerta economica a tempo, da valutare contestualmente al ribasso offerto sul tempo massimo ai fini dell'attribuzione del punteggio, tenuto conto delle previsioni riportate nel capitolato speciale d'appalto come sopra richiamate, soltanto il tempo massimo di esecuzione dei lavori si ritiene potesse rilevare come elemento essenziale dell'offerta anche ai sensi dell'art. 74, D.Lgs. n. 163/2006.

Pertanto, l'operato della commissione di gara di ritenere ammissibili le offerte economiche prive del cronoprogramma appare ragionevole e proporzionato in quanto sostanzialmente coerente con le prescrizioni della lex specialis di gara.

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della commissione di gara di ritenere ammissibili le offerte economiche prive del cronoprogramma sia, nel caso specifico, ragionevole e proporzionato in quanto sostanzialmente coerente con le prescrizioni della lex specialis di gara.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 maggio 2014

Il Segretario: Maria Esposito