

N. 04801/2011REG.PROV.COLL.
N. 05833/2010 REG.RIC.
N. 06405/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 5833 del 2010, proposto dal Consorzio Stabile Infra, in persona del legale rappresentante p.t. - in proprio e quale mandataria Rti, con Demoter Spa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

La Italferr Spa e la Rete Ferroviaria Italiana, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avv. Francesco Saverio Mussari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Lungotevere dei Mellini, 24;

nei confronti di

Eureca Consorzio Stabile, non costituitosi nel secondo grado del giudizio, e della società Baldassini Tognozzi Pontello Costruzioni Generali s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Giovanni Pellegrino, con domicilio eletto presso il

secondo in Roma, corso del Rinascimento 11;

sul ricorso numero di registro generale 6405 del 2010, proposto dalla s.p.a. Baldassini Tognozzi Pontello Costruzioni Generali, in persona del legale rappresentante p.t. - in proprio e n.q. di mandataria in RTI con le società Uniter Consorzio Stabile a r.l., Ipa Precast s.p.a. e società Ed Infrastrutture s.p.a., rappresentati e difesi dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Giovanni Pellegrino, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Associato Avv. Giovanni Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11;

contro

La Italferr Spa e la Rfi Rete Ferroviaria Italiana Spa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., non costituitisi nel secondo grado del giudizio;

nei confronti di

Il Consorzio Stabile Infra, in proprio e quale mandataria Rti, Rti - Demoter Spa, Eureka Consorzio Stabile, in persona del legale rappresentante p.t., non costituitosi nel secondo grado del giudizio;

entrambi per la riforma della sentenza del t.a.r. del lazio – sede di roma- n.

12518/2010;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Italferr Spa, di Baldassini Tognozzi Pontello Costruzioni Generali Spa e di Rete Ferroviaria Italiana;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2011 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia e Gianluigi Pellegrino;

Visto l'art. 36, comma 2, del codice del processo amministrativo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe appellata, il TAR del Lazio -Sede di Roma- ha respinto, previa riunione, due ricorsi (proposti rispettivamente dalla terza graduata Baldassini Tognozzi Pontello Costruzioni Generali S.p.a. e dalla seconda graduata Consorzio Stabile Infra) proposti contro il provvedimento di aggiudicazione, in favore di Eureka Consorzio Stabile, della gara per l'affidamento dei lavori per il potenziamento infrastrutturale Genova Voltri - Genova Brignole del nodo ferroviario di Genova.

L'impresa Baldassini Tognozzi Pontello Costruzioni Generali S.p.a aveva impugnato – oltre all'atto con cui era stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore di Eureka Consorzio Stabile – anche l'ammissione alla gara stessa del Consorzio Stabile Infra, secondo classificato, chiedendone l'annullamento.

Quanto a tale ultimo profilo, l'impresa aveva evidenziato che la domanda proposta dal Consorzio Stabile Infra aveva violato i punti 9.2 e 10, lett. f), o), p), del bando di gara (che sanzionavano con l'esclusione il mancato utilizzo della lista delle categorie di lavorazioni e forniture allegata al bando di gara).

Quanto alla posizione della prima classificata, la ricorrente aveva proposto doglianze evidenzianti l'anomalia dell'offerta da questa presentata e l'illegittimità del lungo (dal 9 luglio 2009 al 7 ottobre 2009) ed elaborato procedimento di verifica dell'anomalia, che avrebbe sostanzialmente consentito all'offerente di modificare e stravolgere la propria offerta (modificando 55 voci di costo, le quali, nell'offerta complessiva assumevano un valore di € 155.231.940,11 pari al 59,8% del prezzo offerto: le stesse risultavano modificate ciascuna per una incidenza media superiore al 20%)

Detta verifica aveva condotto all'ammissione dell'offerta poi risultata

vincitrice: essa era stata improntata ad irragionevolezza ed incongruità e conteneva numerosi errori.

Il ricorso principale proposto dal Consorzio Stabile Infra (che aveva inizialmente proposto Ricorso Straordinario al Capo dello Stato successivamente trasposto) conteneva censure identiche a quelle proposte dalla Baldassini Tognozzi Pontello; il Consorzio Stabile Infra (secondo classificato), peraltro, si era costituito con ricorso incidentale nel ricorso principale proposto dalla terza graduata Baldassini Tognozzi Pontello, censurando il punto 9.2. del bando di gara, nella parte in cui (secondo l'interpretazione della Baldassini Tognozzi Pontello) comminava l'esclusione anche nelle ipotesi di riduzione delle quantità non barrate e sottoscritte per conferma, dovute a mero errore materiale di compilazione, ininfluenti ai fini della collocazione in graduatoria, nonché avverso il punto 10, lett. o) (rectius, p), del medesimo bando, laddove prevedeva l'esclusione per voci "corrette" in assenza di conferma scritta.

A sostegno del proprio ricorso incidentale – e della ammissibilità della propria domanda di partecipazione alla gara- la società invocava il principio dell'effetto utile delle clausole del bando e della illegittimità di quelle improntate ad inutili formalismi.

Il Tribunale amministrativo ha in primo luogo preso in esame – escludendone la fondatezza - la eccezione sollevata da Italferr, relativa al proprio difetto di legittimazione passiva in quanto sfornita di rappresentanza processuale ancorché avente il potere rappresentativo di RFI per la gestione dell'appalto.

Il TAR ha poi analizzato le censure proposte dalla terza graduata Baldassini Tognozzi Pontello avverso il provvedimento di aggiudicazione ed ha escluso che il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta da questi presentata avesse violato alcuna delle prescrizioni contenute nell'art. 88 del decreto legislativo n. 163 del 2006, nonché nella disposizione di cui al

punto 15.5 del bando.

Tutta la procedura relativa alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria (che non doveva essere improntata ad un rigido formalismo) aveva avuto una durata di 90 giorni, comprensivi anche del periodo estivo.

Tale arco temporale non è apparso eccessivo al primo giudice, tenuto conto che si trattava di un appalto di ingente importo (oltre 360 milioni di euro) e di notevole complessità sul piano tecnico; peraltro nella procedura di verifica dell'anomalia doveva ritenersi ammissibile un limitato rimaneggiamento degli elementi dell'offerta (ferma restando l'immodificabilità dell'offerta nel suo complessivo importo economico), dovendosi distinguere tra immodificabilità dell'offerta e parametri dimostrativi della affidabilità e remunerabilità dell'offerta.

La possibilità di ribassare la percentuale dell'utile era consentita (pur escludendosi che un'impresa potesse proporre un'offerta economica sguarnita da qualsiasi previsione di utile) e non era possibile fissare una quota di utile rigida al di sotto della quale la proposta dell'appaltatore dovesse considerarsi per definizione incongrua, assumendo invece rilievo la circostanza che l'offerta si appalesasse seria (nella specie, il profitto residuo ammontava ad € 1.519.851,39, che corrispondeva a circa il 30% dell'utile stesso, dunque non irrisoria).

Il Tribunale amministrativo ha poi esaminato le censure attingenti singoli profili dell'offerta proposta dall'aggiudicataria Eureka Consorzio Stabile, escludendone la fondatezza, ed ha .

quindi respinto il ricorso di primo grado proposto dalla Baldassini Tognozzi Pontello avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara in favore di Eureka Consorzio Stabile, dichiarando improcedibili, per difetto di interesse, i motivi del ricorso proposti dalla predetta terza graduata avverso l'ammissione alla gara della seconda graduata Consorzio Stabile

Infra, e, per analoghe ragioni, il ricorso incidentale da quest'ultima proposto volto a contestare la tesi della propria doverosa esclusione.

Il TAR ha infine respinto il ricorso principale proposto dal Consorzio Stabile Infra, volto ad avversare l'aggiudicazione della gara ad Eureca Consorzio Stabile, in quanto contenente censure identiche a quelle (respinte nel merito) proposte dalla Baldassini Tognozzi Pontello.

Quanto al ricorso n. 5833/2010, il Consorzio Stabile Infra ha proposto appello avverso la sentenza n. 1258/2010 del TAR, riproponendo i motivi di censura contenuti nel proprio ricorso di primo grado e disattesi dal primo giudice, volti ad evidenziare l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria Eureca Consorzio Stabile e l'illegittimità (anche sotto il profilo del rispetto della scansione temporale) del procedimento di verifica della medesima.

Il Consorzio ha sostenuto inoltre che la sentenza di primo grado, oltre che errata, era altresì viziata ex art. 112 del codice di procedura civile.

Con memoria, esso ha puntualizzato e ribadito le proprie censure, contestando altresì le doglianze esposte da Italferr nel proprio appello incidentale e dalla Baldassini Tognozzi Pontello nel proprio "appello incidentale autonomo", nella parte in cui aveva riproposto la tesi della doverosa esclusione dalla gara del predetto Consorzio Stabile Infra.

Con un articolato appello incidentale, Italferr ha contestato le tesi dell'appellante principale e di BPT.

Essa ha inoltre prospettato nuovamente la eccezione ex art. 77 del codice di procedura civile, relativa al proprio difetto di legittimazione passiva, in quanto sfornita di rappresentanza processuale (ancorché avente il potere rappresentativo di RFI per la gestione dell'appalto).

La società ha poi preso in esame le doglianze avversanti l'operato del seggio di gara in fase di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, chiedendone la reiezione perché infondate, ed ha infine escluso che potesse essere dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicataria,

atteso che al momento della stipula in data 16 dicembre 2009 il provvedimento giudiziale di sospensione (reso in pari data) non era ancora stato comunicato né notificato.

La società Baldassini Tognozzi Pontello ha proposto un articolato “appello incidentale autonomo”, con il quale sono state ribadite le censure (dichiarate improcedibili dal primo giudice) volte ad ottenere l’esclusione dalla gara del Consorzio Stabile Infra e sono stati criticati i capi dell’appellata sentenza che hanno escluso la fondatezza delle censure attingenti l’aggiudicazione della gara ad Eureka Consorzio Stabile.

La società ha altresì chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante con l’aggiudicataria: quest’ultimo era stato stipulato lo stesso giorno (h. 11.48 del 16 dicembre 2009) in cui era stato reso il provvedimento cautelare di sospensione dell’affidamento. La tassativa prescrizione di cui all’art 248 del D.lgs n. 163/2006 impediva di ritenere che la efficacia della stipulazione potesse dipendere dall’anteriorità - o meno - della comunicazione del provvedimento sospensivo.

Ciò che rilevava era che alla data della stipula il 16.12.2009 era già stato emesso il provvedimento di sospensione

Non era stato altresì rispettato il termine (stand still) di cui all’art. 11 comma 10 del d.Lgs. n. 163/2006, successivo alla comunicazione dell’aggiudicazione ai sensi dell’art. 79 del citato testo di legge, perché il termine doveva farsi decorrere non già dalla mera comunicazione dell’avvenuta aggiudicazione, ma dalla conoscenza delle motivazioni sottese all’aggiudicazione (in tale momento infatti la conoscenza diveniva tale da consentire di proporre efficacemente l’impugnazione).

Essa aveva chiesto l’accesso agli atti sottesi all’aggiudicazione tempestivamente in data 20 ottobre 2009; l’accesso era stato consentivo in data 20 novembre 2009.

Ai sensi dell’art. 11 comma 10 del d.Lgs. n. 163/2006 il termine dilatorio di

trenta giorni sarebbe scaduto il 20 dicembre 2009.

Con memoria ritualmente depositata, la società ha puntualizzato e ribadito le proprie tesi, ribadendo la tempestività del deposito del proprio appello incidentale autonomo.

Quanto al ricorso n. 6405/2010, l'“appello incidentale autonomo” proposto da Baldassini Tognozzi Pontello - cui si è fatto riferimento nell'ambito della esposizione relativa al ricorso n. 5833/2010 - è stato iscritto al n. 6405/2010 del Registro Generale.

Alla pubblica udienza del 30 novembre 2011 la Sezione ha riunito i due suindicati ricorsi ed ha emesso una ordinanza collegiale istruttoria, onerando la società Italferr s.p.a a produrre:

- a) - copia del bando di gara, comprensivo degli allegati tutti in calce ad esso elencati;
- b) - copia dell'offerta del Consorzio stabile Infra;
- c) – copia dell'offerta del Consorzio Eureka;
- d) – copia dell'intero carteggio tra Italferr e Consorzio Eureka relativo alla valutazione dell'anomalia;
- e) – copia della procura rilasciata dalla società RFI s.p.a. alla società Italferr s.p.a. ai fini dell'espletamento della gara.

Il Collegio ha quindi fissato per il prosieguo del giudizio la pubblica udienza del 22 marzo 2011.

La Italferr ottemperato a quanto richiesto.

Le parti hanno depositato scritti difensivi, ribadendo le proprie argomentazioni.

La Italferr ha in particolare reiterato, alla luce dell'art. 35 del contratto intercorso con RFI in data 9 aprile 2003 e richiamato nelle premesse (punto e) della procura rilasciatagli del 2007, la doglianza contenuta nel proprio ricorso incidentale volta a ribadire la propria carenza di legittimazione passiva.

Essa ha poi evidenziato che BPT, in quanto destinataria di informativa antimafia atipica ed in quanto versante in grave difficoltà finanziaria e destinataria della nomina di un commissario giudiziale.

Alla pubblica udienza del 22 marzo 2011, il difensore dell'appellante Consorzio ha dichiarato di aderire alla astensione deliberata dal Consiglio Nazionale Forense ed ha chiesto il rinvio della causa.

Il presidente del Collegio ha preso atto della istanza ed ha differito la definizione del secondo grado del giudizio alla udienza del 5 luglio 2011.

Alla pubblica udienza del 5 luglio 2011 i riuniti ricorsi sono stati posti in decisione.

DIRITTO

1. Le identiche censure proposte dalla terza classificata Baldassini Tognozzi Pontello e dal secondo classificato Consorzio Infra - volte a prospettare la illegittimità dell'azione amministrativa spiegata dall'appaltante amministrazione e culminata nel provvedimento di aggiudicazione al Consorzio Stabile Eureka impugnato in primo grado - verranno esaminate congiuntamente, dandosi atto di volta in volta dei profili specifici dell'una o dell'altra impugnazione.

1.1. In via preliminare, va approfondito l'esame di talune eccezioni rivestenti portata logicamente pregiudiziale, proposte da Italferr.

1.2 La prima di esse (riproposta con l'appello incidentale) attiene alla ritualità e della instaurazione del contraddittorio in primo grado.

La doglianza non appare persuasiva.

Il TAR ha respinto l'eccezione, già formulata in primo grado, richiamando quanto affermato dalla Sezione nella decisione n. 4934/2009, in una fattispecie identica alla presente, laddove si era rilevato che (si riporta di seguito un breve stralcio della predetta sentenza) “la procura speciale conferita da Tav ad Italferr in data 6 agosto 2002, oltre a conferire il potere di condurre le gare di appalto e sottoscrivere i relativi contratti, attribuisce

anche il potere di <<intervenire negli atti posti in essere e fare quant'altro sarà necessario per il buon fine della presente procura in modo che al nominato procuratore ed ai suoi eventuali procuratori, non possa essere opposto difetto o imprecisione di poteri. Il tutto con dichiarazione fin d'ora di rato e valido, sotto gli obblighi di legge, senza l'obbligo di ulteriore atto di ratifica o di conferma e con l'obbligo di rendiconto>>. Appare evidente l'intento di conferire a Italferr anche la rappresentanza processuale, oltre che quella sostanziale, con ratifica ex ante di tutti gli eventuali atti compiuti senza potere.”

Nel presente giudizio rileva il fatto che tale procura è identica a quella successivamente conferita nel 2007 e depositata agli atti di causa.

E' pur vero che essa fa riferimento al contratto intercorso tra Italferr con RFI in data 9 aprile 2003 e che quest'ultimo all'art. 35 stabilisce che il contenzioso giudiziale eventualmente insorto avrebbe onerato RFI alla nomina del difensore ed alla sua relativa gestione (con obbligo di Italferr di fornirle il supporto).

Tuttavia tale circostanza non appare decisiva, sotto più profili, per inferirne il difetto di legittimazione passiva di Italferr.

Innanzitutto, come ha correttamente evidenziato il TAR, con riguardo agli atti di gara impugnati, "è Italferr che riveste il ruolo di Stazione appaltante e, quindi, di Amministrazione resistente”.

Pertanto, la società Italferr non ha interesse a reiterare la censura fondata sull'omesso rispetto del disposto di cui all'art. 77 del codice di procedura civile, posto che, peraltro, nessuna lesione del contraddittorio si è verificata. Secondariamente, alla stregua della pregressa decisione della Sezione sopraccitata ed alla circostanza che il difetto di legittimazione a tutto concedere sarebbe ascrivibile ad una pattuizione privata (l'art. 35 del contratto tra Italferr ed RTI), l'odierno appellante avrebbe avuto comunque diritto al riconoscimento dell'errore scusabile.

In terzo luogo, le censure avverso l'aggiudicazione proposte dall'appellante Baldassini Tognozzi Pontello sono identiche a quelle proposte dal Consorzio Infra (sulla regolarità della instaurazione del giudizio di primo grado da parte di quest'ultima nessun appunto è stato mosso da Italferr), sicché in ogni caso le censure comunque dovrebbero essere esaminati dal Collegio.

In ultimo, a seguito della riunione dei ricorsi RTI è stata posta in condizione di articolare pienamente le proprie difese; ed altrettanto ha fatto Italferr, sicché nessuna lesione sostanziale al contraddittorio è stata arrecata.

1.3. Anche l'asserito difetto di interesse di BPT alla coltivazione del giudizio d'appello non sussiste.

La eccezione di Italferr è sì per sé ammissibile, in quanto attiene ad una asserita carenza di un presupposto processuale la cui perduranza è comunque elemento accertabile d'ufficio: anche se il tema è stato introdotto soltanto con una memoria, non rileva il divieto di cui all'art. 104 del codice del processo amministrativo ed all'art. 345 del codice di procedura civile.

Essa va però respinta, in quanto incentrata su circostanze meramente ipotetiche, in quanto –da un lato– non è dato preconizzare il comportamento della stazione appaltante a seguito dell'informativa atipica di cui sarebbe stata destinataria l'appellante (informativa che non preclude in via automatica l'aggiudicazione né la stipula del contratto, ma onera l'amministrazione ad un penetrante vaglio sulle risultanze ivi contenute); sotto altro profilo, lo “stato di difficoltà finanziaria” della BPT non risulta documentato, né è stato (anche solo) affermato che esso sia sfociato in provvedimenti giudiziali preclusivi.

Le eccezioni devono essere pertanto disattese.

1.4. Vanno anche respinte le eccezioni formulate da Italferr sull'appello

incidentale autonomo proposto da BPT.

Sulla circostanza che si trattasse di appello incidentale autonomo, non pare potersi dubitare, in quanto (al di là della intestazione del medesimo atto) non v'è dubbio che la BPT abbia fatto valere censure autonome rispetto a quelle del Consorzio Infra ed anzi, vantasse una posizione con questa incompatibile (se le censure avverso l'aggiudicazione al Consorzio Eureka sono identiche, è pur vero che la terza classificata BPT pretende altresì l'esclusione della gara del secondo classificato Consorzio Infra).

La circostanza che esso sia stato rubricato autonomamente non incide sulla qualificazione del mezzo né, all'evidenza, sui termini processuali.

Il deposito dello stesso è quindi tempestivo.

2. Ciò premesso, e venendo al merito della controversia, le prime doglianze da esaminare, sotto il profilo logico, sono quelle che lamentano la difformità della procedura di verifica dell'offerta sospettata di anomalia presentata dall'aggiudicataria, rispetto al paradigma legislativo (art. 88 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n.163) ed alla scansione scolpita nella lex specialis (punto 15.5. del bando di gara), che costituirebbe "autolimit" cui era obbligata ad attenersi la stazione appaltante.

Secondo tale tesi vi sarebbe stata una ingiustificata dilatazione dei tempi e delle audizioni ed un moltiplicarsi di produzioni documentali da parte dell'aggiudicataria, incompatibile con la scansione temporale prevista dalle disposizioni soprarichiamate.

Ad avviso degli appellanti BPT e Consorzio Infra, infatti, la puntuale applicazione di dette disposizioni avrebbe dovuto (al più) consentire alla stazione appaltante di rivolgere alla prima classificata soltanto due richieste di chiarimenti e di integrazione documentale: ove all'esito di queste fossero residuati elementi di dubbio sulla complessiva attendibilità dell'offerta sottoposta a verifica, quest'ultima sarebbe dovuta essere esclusa senza che si potesse procedere ad articolare ulteriori richieste di chiarimenti.

2.1. Il Collegio non concorda con tale prospettazione.

La verifica d'anomalia è disciplinata dall'art. 88 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, per il quale "la richiesta di giustificazioni è formulata per iscritto e può indicare le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse, ovvero, alternativamente o congiuntamente, invitare l'offerente a dare tutte le giustificazioni che ritenga utili.

All'offerente è assegnato un termine non inferiore a dieci giorni per presentare, per iscritto, le giustificazioni richieste.

La stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi.

Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a cinque giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile.

Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione.

La stazione appaltante esclude l'offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile.

La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la esclude, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala.".

L'art. 88 prevede una scansione di natura dilatoria, i cui termini non possono essere inferiori a disposizione ivi previsti.

Ne consegue che nulla vieta – nel rispetto del canone di ragionevolezza, comunque conformato all'esigenza che le procedure di aggiudicazione si

concludano celermente ed in tempi certi - che la stazione appaltante assegni termini superiori.

2.1.1. Del pari, l'invocata disposizione del bando – punto 15.5- così dispone:

“sospesa e rinviata a data da definire la seduta di gara, la Commissione comunica la graduatoria provvisoria e l'elenco delle offerte presunte anomale al Responsabile della fase di affidamento, trasmettendogli le Buste C, ancora chiuse e sigillate”.

“Il Responsabile del procedimento, avvalendosi della struttura tecnica di ITALFERR preposta alla verifica di congruità dei prezzi o di specifica Commissione all'uopo nominata, procede alla verifica di congruità della migliore delle offerte presunte anomale sulla base dei giustificativi contenuti nella Busta C, previa constatazione della regolarità della documentazione contenuta nella busta medesima. “.

“Ove l'esame delle giustificazioni contenute nella Busta C non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la struttura tecnica (o la specifica Commissione all'uopo nominata) richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi. “.

“In particolare richiede all'offerente le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'offerta, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta. “.

“La richiesta di cui sopra è formulata per iscritto; essa può contenere l'indicazione delle componenti delle offerte ritenute anormalmente basse con l'invito all'offerente a dare tutte le giustificazioni ritenute utili. Nella richiesta è indicato il termine entro il quale l'offerente è tenuto a presentare per iscritto le giustificazioni richieste. Tale termine non può essere inferiore a dieci giorni lavorativi dalla data di ricevimento della richiesta.”.

“Dopo aver esaminato anche le giustificazioni fornite la struttura tecnica (o la specifica Commissione all'uopo nominata) può richiedere per iscritto

ulteriori chiarimenti assegnando a tali fini un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi dalla data di ricevimento della richiesta.”.

“In ogni caso, prima di procedere all'eventuale esclusione delle offerte ritenute anormalmente basse, la struttura tecnica (o la specifica Commissione all'uopo nominata) convoca l'offerente per un'audizione, con un preavviso di almeno cinque giorni lavorativi. Nel corso della audizione, l'offerente fornisce ogni elemento ritenuto utile ai fini della dimostrazione della congruità dell'offerta.”.

“Ove l'offerente non si presenti alla data stabilita nella convocazione, ITALFERR potrà prescindere, ai fini dell'eventuale esclusione, dalla audizione.”.

“Le operazioni di verifica dei conteggi e di uniformazione dei prezzi unitari relativi a voci uguali, previste dal successivo punto 19. del presente Bando, potranno essere anticipate rispetto alla verifica di anomalia, al fine di evitare che la verifica di anomalia si svolga su prezzi unitari diversi da quelli contrattualmente rilevanti.”.

“Qualora la verifica di congruità nei confronti della migliore offerta si concluda positivamente, il Responsabile del procedimento ne informa tempestivamente la Commissione di gara affinché questa proceda alla aggiudicazione in favore del primo classificato.”.

“Qualora invece la verifica abbia esito negativo, il Responsabile del procedimento dispone l'avvio del procedimento di verifica nei confronti della seconda migliore offerta, con le modalità sopra descritte in relazione alla prima offerta, partendo anche in questo caso dalla apertura e verifica della Busta C.”.

“Il Responsabile del procedimento procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala.”.

“Alla riapertura della seduta pubblica, resa nota con le modalità sopra

indicate, la Commissione di gara comunica l'esito delle verifiche di congruità svolte dal Responsabile del procedimento con la struttura tecnica di ITALFERR (o con la specifica Commissione all'uopo nominata), dichiara le eventuali esclusioni delle offerte ritenute anomale e proclama l'aggiudicazione dell'appalto in favore della prima migliore offerta risultata congrua.”.

“La Stazione Appaltante si riserva altresì la possibilità di sottoporre a verifica di congruità dei prezzi le offerte recanti ribassi inferiori alla soglia di anomalia come sopra determinata, ove ricorrano elementi specifici che le facciano apparire anormalmente basse. In caso di mancato raggiungimento del numero di cinque offerte ammesse, non si procederà alla determinazione della soglia di anomalia; in tale ipotesi la Commissione informerà il Responsabile della fase dell'affidamento il quale potrà eventualmente decidere, in ragione dell'entità dei ribassi praticati dai concorrenti e delle particolari condizioni di gara, di svolgere ugualmente la procedura di verifica di congruità dei prezzi, come sopra descritta.”.

“In caso di parità fra più offerte, la collocazione delle stesse nella graduatoria di gara si determinerà mediante sorteggio.”.

2.2. Ritiene il Collegio che la censura debba essere disattesa, alla stregua di un convergente dato:

né l'art. 88 citato né l'art. 15.5. del bando di gara, nel delineare il procedimento di verifica dell'anomalia, prevedevano che vi fosse un limite preclusivo ed invalicabile nella richiesta di nuova ed ulteriore documentazione o chiarimenti alla offerente.

Rileva peraltro il Collegio che una tale clausola del bando, che avesse ristretto ex ante la facoltà dell'amministrazione di instaurare un contraddittorio dialettico, approfondito, e non limitato, sarebbe risultata illogica, come non condivisibile è l'interpretazione che di essa hanno fornito l'appellante BPT e l'appellante Infra.

Il dato testuale contenuto nella clausola del bando, “Dopo aver esaminato anche le giustificazioni fornite la struttura tecnica -o la specifica Commissione all'uopo nominata- può richiedere per iscritto ulteriori chiarimenti assegnando a tali fini un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi dalla data di ricevimento della richiesta.), infatti, non stabilisce affatto che un simile modus procedendi potesse essere adottato una sola volta dalla Stazione appaltante.

Né contrarie indicazioni possono trarsi dalla elaborazione giurisprudenziale in materia.

Per la pacifica giurisprudenza, la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma mira ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto. Pertanto, il procedimento di verifica è avulso da ogni formalismo ed è improntato alla massima collaborazione tra stazione appaltante e offerente; il contraddittorio deve essere effettivo; non vi sono preclusioni alla presentazione di giustificazioni, ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; mentre l'offerta è immodificabile, modificabili sono le giustificazioni, e sono ammesse quelle sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione, a garanzia di una seria esecuzione del contratto. (Consiglio Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

D'altro canto, avuto riguardo al contraddittorio documentale anche successivo all'audizione personale, l'art. 89 comma 2, d.P.R. n. 554 del 1999, per i lavori di importo pari o superiore ai cinque milioni di euro rimette la valutazione delle giustificazioni proprio al responsabile del procedimento, che si avvale di organismi tecnici della stazione appaltante, fermo restando che la fase dell'audizione personale (di cui agli art. 86-88,

d.lg. n. 163 del 2006) sarebbe inutile, se poi non si potessero acquisire i supporti documentali che, in quella sede e non prima, siano risultati rilevanti.

Nei limiti della ragionevolezza (discendente da dati variabili tra i quali va annoverato, anche, anche quello rappresentato dalla complessità dell'appalto, dal valore del medesimo, dal numero delle voci oggetto di rilievo e giustificazioni, etc), quindi, non vi sono limitazioni prefissate al potere di verifica della stazione appaltante.

Escluso all'evidenza che il canone della ragionevolezza sia stato nel caso di specie oltrepassato (che l'appalto fosse assai complesso e di importo relevantissimo pare al Collegio circostanza innegabile), la impostazione teorica delle appellanti non trova riscontro nella legge né nel bando ed appare anzi contraria alla ratio delle disposizioni di legge.

Essa non tiene conto del fatto che potrebbe accadere che la stazione appaltante, per mero errore, non sollevi rilievi su aspetti dell'offerta dubbi e per ciò solo – ad argomentare nei termini seguiti dalle appellanti- vedrebbe quindi preclusa, successivamente, la propria potestà di avviare il confronto su tali aspetti.

Una tale preclusione fondata su ragioni formali avrebbe la conseguenza di cagionare un effetto antitetico a quello ambito dalla normativa di settore, che attribuisce alla verifica di anomalia il pregnante compito di valutare se un'offerta astrattamente "conveniente" per l'amministrazione, sotto il profilo economico, sia anche "seria", sotto il profilo della possibilità che l'opera od il servizio da eseguire venga effettivamente portato a termine secondo le modalità delineata dall'offerta.

Va anche respinta la analoga censura proposta da BPT e dal Consorzio Infra, incentrata sull'asserito stravolgimento della offerta da parte dell'aggiudicatario a seguito dei rilievi sollevati dalla stazione appaltante nel corso della verifica sull'anomalia dell'offerta.

Per la pacifica giurisprudenza infatti non è escluso che si possa procedere in sede di verifica di anomalia ad un limitato rimaneggiamento dei suoi elementi, purché la proposta contrattuale non venga modificata o alterata (Consiglio Stato , sez. VI, 7 marzo 2008 , n. 1007; sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1889; sez. V, 11 novembre 2004, n. 7346)

Ad avviso delle appellanti, l'incidenza del "rimaneggiamento" (55 voci di costo, che nell'offerta complessiva assumono un valore pari al 59,8% del prezzo dell'appalto) sarebbe tale da suggerire l'utilizzo del termine stravolgimento: esso non sarebbe consentito dalla legge.

In contrario senso, rileva invece il Collegio che l'art. 87, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nella versione antecedente alla modifica introdotta dall'articolo 4-quater, comma 1, lettera c), punto 1), del D.L. 1° luglio 2009, n. 78 dispone che, "Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'offerta, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima".

L'utilizzo dell'inciso "in aggiunta" esclude la fondatezza delle dette censure e consente di rilevare che, purché l'utile di impresa sia indicato e risulti permanere all'esito della verifica d'anomalia, e purché non si registrino indebite "sostituzioni di voci", il rimaneggiamento dell'offerta appare non soltanto consentito, ma addirittura fisiologico.

L'entità del rimaneggiamento deve ovviamente essere rapportato al numero delle "voci" ed all'importo complessivo dell'appalto: nel caso di specie la pluralità di voci in cui si articolava l'offerta, la complessità delle opere, e l'elevatissimo importo dei lavori (circa 360 milioni di Euro) ben consentono di ritenere che non si verta in una ipotesi di inammissibile stravolgimento dell'offerta ma, appunto, di un limitato –e per questo consentito ed ammissibile- rimaneggiamento che non ne ha alterato la

sostanza.

Anche tale profilo di censura conclusivamente va respinto.

Va anche respinta (ancorchè non sia stata formulata dall'appellante BPT in forma di motivo autonomo) l'affermazione contenuta nelle conclusioni dell'elaborato peritale di parte (a firma dell'Ing. Coletta) dell'8 marzo 2010, e richiamata nelle censure, secondo cui la percentuale di utile riscontrato dalla stazione appaltante non sarebbe stata "accettabile".

Al contrario, armonicamente con le conclusioni della giurisprudenza (Consiglio Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215) non può essere fissata, ai fini della valutazione di anomalia delle offerte presentate nelle gare di appalto, una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi per definizione incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale e risultando in sé ingiustificabile solo un utile pari a zero, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un guadagno importante, quando il contratto abbia un importo elevato.

4. Conclusivamente, vanno respinte le suindicate doglianze proposte da Italferr nel proprio appello incidentale e le comuni doglianze proposte da BPT e dal Consorzio Infra afferenti la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta proposta dall'aggiudicataria.

5. Restano da esaminare (oltre alle doglianze proposte da BPT avverso la omessa estromissione dalla gara del Consorzio Infra e quelle, logicamente condizionate al vaglio di merito, relative alla "sorte" del contratto stipulato) le censure di merito (anch'esse in larga parte comuni) proposte da BPT e dal Consorzio Infra avverso la determinazione della Stazione appaltante di non escludere l'offerta della prima classificata.

5. Ad avviso degli appellanti, in sede di controllo dell'offerta sospettata di anomalia sarebbero emersi errori di stima della stazione appaltante incidenti su quattro versanti oggetto della verifica.

Deve in proposito puntualizzarsi che, a seguito della verifica sull'offerta dell'aggiudicataria svolta dalla stazione appaltante, erano emerse sottostime per un importo pari ad € 12.219.198,05.

Esse sono state in parte bilanciate dalle riscontrate sopravvenienze per un importo pari a € 8.560.971,98.

L'importo residuo delle sottostime, determinato per sottrazione, è stato quindi calcolato in € 3.568.226,07: quest'ultimo era inferiore all'utile di impresa dichiarato in sede di offerta (€ 5.088.077,45) ed è stato riassorbito in tale ultimo importo.

All'esito di tale operazione contabile risulta incontestato che l'utile residuo per l'aggiudicataria, al netto delle sottostime, è stato stimato dalla stazione appaltante in € 1.519.851,39.

E' altresì incontestato che, in carenza del permanere di alcun margine di utile, l'offerta dell'aggiudicataria si sarebbe dovuta escludere.

Le doglianze delle appellanti Consorzio Stabile Infra e BPT sono incentrate sulla sussistenza di macroscopici errori in punto di omessa individuazione e di computo di ulteriori sottostime che azzererebbero il predetto utile residuo di impresa.

Il primo (e più rilevante, sotto il profilo quantitativo) di essi atterrebbe alla incongruità del calcolo della rivalutazione dei costi (lo scostamento tra quanto prospettato dalla aggiudicataria e constatato dalla stazione appaltante e quanto discendente dal calcolo effettuato dalle appellanti produrrebbe una ulteriore sottostima di importo pari ad € 6.320.934,36 o, addirittura, superiore secondo BPT).

La BPT ha in proposito depositato, già in primo grado, una perizia giurata redatta da un tecnico (Ing. Coletta) di propria fiducia.

Del pari errato sarebbe stato il giudizio reso dalla stazione appaltante con riferimento alle giustificazioni fornite sui costi per lo smaltimento dei materiali provenienti dagli scavi e dalle demolizioni;

E' stata altresì reiterata la doglianza relativa alla incongruenza del costo allegato per le centine d'acciaio ed altresì quella relativa alla incongruenza del costo della manodopera negli impianti di betonaggio ed alla omessa indicazione dei costi delle prove sui materiali.

Ciascuno di tali profili di censura in ultimo menzionati, anche isolatamente considerato, condurrebbe alla emersione di sottostime nell'offerta dell'aggiudicataria, erroneamente non computate dalla stazione appaltante, tali da azzerare il residuo utile di impresa calcolato dalla stazione appaltante.

6. Con riferimento a tale profilo delle impugnazioni, ritiene il Collegio che, ai fini del decidere, risulti necessario che la amministrazione appellata Italferr depositi presso la Segreteria della Sezione una complessiva relazione, contenente documentati chiarimenti in ordine a ciascuno dei suindicati profili dell'offerta dell'aggiudicataria oggetto di critica.

Tale relazione, tenendo conto delle deduzioni formulate dalle appellanti anche nei rispettivi scritti difensivi, dovrà chiarire le ragioni per le quali le sottostime da esse partitamente indicate non sono state ritenute effettivamente sussistenti, evidenziando e documentando, anche e soprattutto con riferimento al profilo della rivalutazione dei costi, la sussistenza della "prassi" relativa al periodo cui si fa riferimento complessivo ai fini della rivalutazione di costi (e pari a 2,60 anni, come indicato a pag. 10 del controricorso ed appello incidentale proposto da Italferr).

Ritiene altresì necessario che la Segreteria della Sezione provveda ad accertare presso la Segreteria del Tar del Lazio – Sede di Roma- se sia ivi presente ulteriore documentazione, contenuta nel fascicolo di primo grado, non trasmessa a questa Sezione, provvedendo, in ipotesi positiva, ad acquisirla.

Pertanto, l'amministrazione appellata Italferr curerà il deposito della

analitica relazione complessiva nel termine di giorni quaranta dalla comunicazione in via amministrativa, ovvero dalla notifica, se antecedente, della presente sentenza parziale.

Riservata ogni ulteriore statuizione, anche sulle spese e sugli onorari, la Sezione rinvia la definizione del secondo grado del giudizio alla pubblica udienza del 18 novembre 2011.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), pronunciando sui riuniti ricorsi in appello in epigrafe n. 5833 del 2010 e n. 6405 del 2010, respinge, nei termini indicati in motivazione, le eccezioni contenute nell'appello incidentale proposto da Italferr.

Respinge, nei termini indicati in motivazione, le comuni censure proposte da BPT e dal Consorzio Infra avverso gli atti del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta proposta dall'aggiudicataria.

Interlocutoriamente pronunciando, dispone che l'amministrazione appellata Italferr depositi la complessiva ed analitica relazione di cui alla parte motiva della presente sentenza parziale, nel termine di giorni quaranta, decorrente dalla comunicazione in via amministrativa, ovvero dalla notifica, se antecedente.

Dispone che la Segreteria della Sezione acquisisca presso la Segreteria del Tar del Lazio –Sede di Roma- l'eventuale residua documentazione contenuta nel fascicolo processuale di primo grado.

Rinvia la trattazione del giudizio alla pubblica udienza del 18 novembre 2011.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Garofoli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/08/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)