

N. 02566/2012REG.PROV.COLL.
N. 01250/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1250 del 2011, proposto da:

Intercantieri Vittadello S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio nonché quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituito con la mandante Salvatore Matarrese S.p.a., rappresentato e difeso dall'Avv. Paola Chirulli e dall'Avv. Stefano Vinti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Emilia, 88;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri *pro tempore* e Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro *pro tempore*, costituitisi entrambi in giudizio, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12; Provveditorato Interregionale delle Opere Pubbliche per la Puglia e Basilicata;

nei confronti di

Grandi Lavori Fincosit S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro*

tempore, in proprio e nonché quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituito con la mandante Coedmar S.r.l., rappresentato e difeso dall'Avv. Giovanni Pellegrino e dall'Avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso in Roma presso lo Studio associato Pellegrino, corso del Rinascimento, 11;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Roma, Sez. III, n. 1216 dd. 8 febbraio 2011, resa le parti e concernente l'esclusione dalla gara di appalto dei lavori di completamento delle strutture ubicate nell'area "Pizzoli - Marisabella" del Porto di Bari.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nonché della Grandi Lavori Fincosit S.p.a.

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2012 il Cons. Fulvio Rocco e uditi per l'appellante Intercantieri Vittadello S.p.a. l'Avv. Paola Chirulli, per la Grandi Lavori Fincosit S.p.a. l'Avv. Gianluigi Pellegrino e per la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero delle Infrastrutture l'Avvocato dello Stato Anna Collabolletta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Il Provveditorato alle opere pubbliche per Puglia e Basilicata, nell'esercizio delle proprie competenze di struttura periferica del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ha indetto con bando dd. 30 settembre 2008 una gara da aggiudicarsi a' sensi dell'art. 82 del D.L.vo 12 luglio 2006

n. 163 al prezzo più basso, avente ad oggetto i lavori di completamento delle strutture portuali nell'area "Pizzoli-Marisabella" del Porto di Bari, secondo le previsioni del vigente Piano regolatore portuale.

Secondo il disciplinare di gara, i lavori dovevano essere così articolati: lavori per la rimozione e lo stoccaggio dei cassoni cellulari; lavori residui da eseguire a seguito della rescissione in danno del contratto originario; opere per il deflusso in mare delle acque pluviali cittadine; sistema di trattamento delle acque meteoriche.

In esito alle operazioni di gara è risultato primo classificato il raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalla Intercantieri Vittadello S.p.a., quale capogruppo mandataria, e dalla Salvatore Matarrese S.p.a., quale mandante (per brevità, d'ora in poi denominato "Vittadello").

A Vittadello, a seguito della valutazione dell'anomalia dell'offerta, ritenuta congrua dalla stazione appaltante, è stata aggiudicata la gara con provvedimento dd. 6 febbraio 2009.

Avverso tale aggiudicazione è stato proposto sub R.G. 6574 del 2009 innanzi al T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, ricorso da parte del raggruppamento di imprese costituito dalla Fincosit Grandi Lavori S.p.a., quale capogruppo mandataria, e dalla Coedmar S.r.l. , deducendo vari motivi di ricorso, anche avverso la valutazione di congruità della offerta anomala.

Con sentenza n. 6574 dd. 7 luglio 2009 la Sezione III del T.A.R. per il Lazio ha respinto tale ricorso, reputando che la valutazioni della stazione appaltante circa l'anomalia dell'offerta non fossero affette da illogicità.

Avverso tale pronuncia Fincosit ha proposto appello, accolto con decisione n. 6708 dd. 30 settembre 2009 resa da questa stessa Sezione, avuto segnatamente riguardo all'insufficienza della motivazione della valutazione di congruità e con specifico riferimento alla particolare soluzione tecnica proposta da Vittadello.

La stazione appaltante ha eseguito la statuizione di questa Sezione procedendo al rinnovo delle operazioni di verifica dell'anomalia dell'offerta e convocando nuovamente Vittadello per un ulteriore contraddittorio circa i giustificativi dell'offerta.

In particolare, la stazione appaltante ha in tale sede chiesto *“ogni elemento utile allo scopo di consentire la valutazione della fattibilità dei processi costruttivi proposti e la congruità dei relativi costi con riferimento alle categorie di lavori, costruzione/varo e collocamento in opera dei cassoni cellulari e al dragaggio dei fondali, per le quali necessita un più approfondito esame”*.

Per le anzidette categorie sono state quindi specificate le voci da chiarire, indicando le specifiche domande a cui dare risposta.

Rispetto alla costruzione, collocamento in opera e zavorramento di cassoni cellulari è stato quindi chiesto quanto segue: 1) ubicazione, dimensione ed inclinazione dello scalo, a terra ed in mare; 2) caratteristiche tecniche e dimensionali della piattaforma di sostegno del costruendo cassone; 3) numero e caratteristiche tecnico-dimensionali dei binari, dei loro supporti e degli ancoraggi al sedime, a terra ed in mare; 4) materiali, mezzi e mano d'opera (distinte tra carpentieri e ferraioli) per la costruzione dei cassoni; 5) caratteristiche tecniche e dimensionali del sistema di ritenuta e dei blocchi di contrasto; 6) modalità del varo corredata da verifica di stabilità nautica (galleggiamento) del cassone;7) costi di ciascuna delle predette componenti nonché di quelli occorrenti per l'allestimento e la rimozione finale delle opere provvisionali; rispetto alla demolizione subacquea di roccia: 8) manodopera da impiegare a terra e mano d'opera imbarcata sui mezzi marittimi; 9) caratteristiche tecniche dei mezzi proposti e delle attrezzature ausiliarie; 10) produttività media settimanale dei mezzi proposti; 11) turnazione prevista per la esecuzione dei lavori e tempi di esecuzione; 12) costi relativi ai predetti punti 8 e 9.

Vittadello ha presentato le proprie giustificazioni al riguardo e i suoi

rappresentanti sono stati ascoltati dall'apposita Commissione nella seduta del 15 dicembre 2009.

Con propria relazione dd. 14 gennaio 2010 la Commissione tecnica appositamente costituita dalla stazione appaltante ha reputato le giustificazioni di Vittadello incongrue, rilevando in particolare che erano state ivi introdotte numerose modifiche rispetto a quelle presentate in sede di gara: e in dipendenza di ciò, pertanto, con provvedimento dd. 25 gennaio 2010 la stazione appaltante medesima ha disposto l'esclusione di Vittadello dalla gara.

1.2. Con ricorso proposto sub R.G. 1173 del 2010 sempre innanzi al T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, Vittadello ha chiesto l'annullamento dei seguenti atti:

- a) verbale della seduta pubblica del 25 gennaio 2010, comunicato con nota prot. 0001060 del 26 gennaio 2010, nel corso del quale essa è stata esclusa dalla gara per l'appalto dei lavori di cui trattasi;
- b) atti del procedimento di verifica di anomalia e, segnatamente, della relazione riassuntiva del 14 gennaio 2010 della Commissione tecnica nominata per procedere alla verifica di congruità dell'offerta, nonché degli eventuali verbali delle precedenti sedute riservate;
- c) tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ivi compresa, ove disposta, l'aggiudicazione provvisoria e/o definitiva della gara, nonché il contratto di appalto, ove frattanto stipulato.

In tale primo grado di giudizio Vittadello ha dedotto i seguenti motivi di ricorso:

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art 88 del D.L.vo 163 del 2006 per mancata valutazione complessiva della congruità della propria offerta e per mancata quantificazione delle sottostime contenute nell'offerta medesima; difetto di istruttoria; errata applicazione dei principi comunitari e giurisprudenziali in materia di verifica dell'anomalia e di contraddittorio nel

giudizio di verifica; eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, sviamento;

2) violazione e falsa applicazione degli artt 86 e 88 del medesimo D.L.vo 163 del 2006 per asserita inammissibilità, in sede di rinnovazione del giudizio di verifica, di acquisizione di elementi nuovi rispetto a quelli prodotti in sede di gara; eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità, e contraddittorietà ; nullità del provvedimento per violazione del giudicato.

Vittadello ha chiesto pure il risarcimento dei danni discendenti dagli atti impugnati.

Nel corso di causa Vittadello ha anche impugnato l'aggiudicazione definitiva dei lavori, intervenuta a favore di Fincosit in data 20 aprile 2010, formulando al riguardo in via derivata le medesime censure contenute nell'atto introduttivo dello stesso giudizio.

1.3. Si sono costituiti in tale primo giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, depositando una relazione della stazione appaltante.

1.4. Si è parimenti costituita Fincosit, contestando la fondatezza del ricorso e proponendo, altresì, ricorso incidentale con il quale ha dedotto la manifesta irragionevolezza del giudizio della stazione appaltante formulato relativamente agli oneri economici indicati per l'attività di dragaggio e per la struttura di varo dei cassoni cellulari.

1.5. Il giudice di primo grado ha disposto l'effettuazione di una consulenza tecnica invitando il Preside della Facoltà di Ingegneria della Università di Roma La Sapienza a nominare un consulente tra i professori ordinari della Facoltà, in relazione alla specificità della materia.

Sono stati formulati al c.t.u. i seguenti quesiti:

1) se la soluzione progettuale proposta da Vittadello sia tecnicamente possibile, anche in relazione al tipo di fondale, se sia stata già eseguita in

altre analoghe realizzazioni e con quali risultati; se occorrano scavi del fondale e dragaggio e di che tipo; quali tipi di interventi subacquei siano necessari;

2) quale sia il costo prevedibile di tale sistema di varo dei cassoni cellulari; in particolare quali siano i costi di eventuali interventi subacquei; se sia tecnicamente possibile il riutilizzo della struttura di varo in altre situazioni analoghe e con quali costi; in particolare se sia riutilizzabile la struttura metallica prevista per la posa in opera dei cassoni;

3) se sia possibile che la struttura suddetta possa essere assemblata a terra per singole parti componenti anche complesse e poi definitivamente posta in acqua; in tal caso quali interventi anche subacquei siano necessari per tale posa in opera e con quali costi o risparmi di spesa rispetto ad altre soluzioni;

4) che tipo di attività di dragaggio sia necessaria per l'esecuzione di tale soluzione progettuale e se quella indicata negli elaborati di Vittadello possa ritenersi idonea;

5) se i costi indicati nelle giustificazioni presentate da Vittadello in data 21 dicembre 2009 per la realizzazione dei cassoni cellulari siano congrui in relazione alla soluzione tecnica prevista, in particolare rispetto ai costi indicati per l'attività di dragaggio in relazione ai mezzi e alla mano d'opera necessaria;

6) se i costi indicati nelle precedenti giustificazioni siano diversi e se corrispondano ad un tipo di intervento diverso;

7) se i costi indicati da Vittadello per la manodopera necessaria alla costruzione dei cassoni pluricellulari siano attendibili in relazione alla manodopera richiesta per la realizzazione e posa in opera dei cassoni.

Le parti hanno nominato, a loro volta, i propri consulenti.

1.6. Con sentenza n. 1216 dd. 8 febbraio 2011 la Sezione III del T.A.R. per il Lazio ha respinto il ricorso proposto da Vittadello, compensando

integralmente le spese tra tutte le parti.

2.1.1. Con l'appello in epigrafe Vittadello chiede ora la riforma di tale sentenza, rilevando in via preliminare che il giudice di primo grado avrebbe fondato la sentenza medesima essenzialmente sulle conclusioni rassegnate dal c.t.u., *“sebbene il carattere lacunoso e non attendibile delle stesse le rendesse inutilizzabili ai fini di una definitiva soluzione delle questioni controverse”* (così, testualmente, a pag. 10 dell'atto di appello).

2.1.2. Con un primo ordine di censure Vittadello deduce l'erroneità della sentenza impugnata laddove si pronuncia sulla correttezza del procedimento seguito dalla Commissione preposta alla valutazione dell'anomalia dell'offerta, reputando al riguardo la sussistenza di un *error in iudicando* per travisamento dei fatti e difetto di motivazione, nonché l'avvenuta violazione falsa applicazione dell'art. 88, commi 1 *usque* 4 del D.L.vo 163 del 2006 e successive modifiche.

2.1.3. Con un secondo ordine di censure l'appellante deduce l'erroneità della sentenza anzidetta nella parte in cui reputa immune da vizi il giudizio di incongruità dell'offerta presentata da essa presentata e attendibili – per contro – le conclusioni del c.t.u., reputando al riguardo violati i principi in materia di sindacato della discrezionalità tecnica e di consulenze assunte dal giudice in

Tema di valutazioni tecniche, nonché la sussistenza dei vizi di difetto di motivazione e di eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e travisamento dei fatti.

2.2. Si sono costituito in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, concludendo per la reiezione del ricorso.

2.3. Analoghe conclusioni sono state rassegnate anche da Fincosit, parimenti costituitasi in giudizio.

Fincosit ha pure riproposto in via di eccezione, nel presente grado di

giudizio, tutte le proprie eccezioni opposte innanzi al T.A.R., nonché le proprie deduzioni già ivi rese oggetto di ricorso incidentale.

3. Con ordinanza n. 1252 dd. 16 marzo 2011 la Sezione ha respinto la domanda di sospensione cautelare della sentenza impugnata, proposta a' sensi dell'art. 98 cod. proc. amm., *“ritenuto che all'accoglimento della domanda cautelare ... osta la mancanza di fumus boni iuris del ricorso in appello”*.

4. Alla pubblica udienza del 17 gennaio 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

5. Il Collegio deve innanzitutto rilevare che il T.A.R. non ha espressamente statuito sul ricorso incidentale proposto innanzi ad esso da Fincosit.

Tale impugnativa, peraltro, deve reputarsi implicitamente definita con pronuncia di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse alla sua decisione, stante il venir meno della sua funzione paralizzante del ricorso principale (così, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2008 n. 3217).

6.1. Tutto ciò doverosamente premesso, l'appello in epigrafe va respinto.

6.2. Va innanzitutto disaminato il primo motivo di appello, con il quale Vittadello censura il capo della sentenza che ha ritenuto rispettate da parte della Commissione tecnica le regole del contraddittorio nel procedimento di verifica dell'anomalia.

In tal senso, secondo la tesi di Vittadello risulterebbero violati l'art. 88 del D.L.vo 163 del 2006, nonché i principi elaborati in tema di procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e italiana, posto che – a suo dire – la Commissione a ciò preposta si sarebbe limitata in un primo incontro a consegnare ai propri rappresentanti un foglio recante numerosi quesiti su di una serie di profili esecutivi dell'offerta; la stessa Commissione, quindi, dopo aver ricevuto le risposte scritte ai quesiti medesimi, non le avrebbe preannunciato la propria intenzione di escluderla dalla gara, non consentendole quindi di ulteriormente chiarire i punti rimasti controversi.

Vittadello rimarca in tal senso che il T.A.R., dopo aver richiamato in proposito i primi due commi dell'art. 87 del D.L.vo 163 del 2006, ha affermato che nella specie il contraddittorio è stato pieno: assunto, questo, decisamente contestato dall'appellante, la quale ha pure reputato del tutto inconferente nell'economia di causa il comma 7 del susseguente art. 88, richiamato sempre nella sentenza impugnata, posto che la disciplina ivi contenuta riguarderebbe in via esclusiva il procedimento con il quale si scorre la graduatoria dei concorrenti al fine di individuare la migliore offerta non anomala; e, semmai – denota sempre Vittadello – proprio il comma 7 fa testualmente salva l'applicazione della disciplina contenuta nei commi da 1 a 5 del medesimo articolo, ossia quelli segnatamente da essa ritenuti violati senza che lo stesso giudice di primo grado abbia formulato qualsivoglia apprezzamento al riguardo.

Il Collegio, per parte propria, reputa invece che il contraddittorio è stato nella specie pienamente rispettato, e che pertanto la sentenza impugnata è, sul punto, immune da vizi.

Dalla lettura delle prime quattro pagine della relazione di verifica di congruità consta infatti che la Commissione a ciò preposta ha dapprima riesaminato in 4 sedute, dal 18 novembre 2009 al 4 dicembre 2009, le analisi dei prezzi presentate in sede di gara da Vittadello e le giustificazioni da essa prodotte nella verifica effettuata nel novembre 2008.

La stessa Commissione, quindi, ha preso atto della necessità di dare esecuzione alla predetta decisione n. 6708 dd. 30 settembre 2009 resa da questa stessa Sezione e recante l'annullamento della precedente verifica di anomalia, disposto – giova ribadire – con espresso riguardo all'insufficienza della motivazione della valutazione di congruità e con specifico riferimento alla particolare soluzione tecnica proposta da Vittadello; e, proprio in dipendenza di ciò, la Commissione ha quindi esaminato *“con rigore analitico il processo tecnico ed economico di formazione del prezzo delle varie categorie di lavoro ed,*

in particolare, di quelle (cassoni dragaggio)”, rese per l’appunto oggetto del ricorso da parte di Fincosit accolto da questo giudice, “per valutarne non solamente la congruità complessiva, ma anche la congruità dei costi parziali concorrenti alla formazione dei prezzi offerti”.

La Commissione ha evidenziato che nella predetta decisione n. 6708 del 2009 espressamente si afferma che, sul punto, la documentazione fornita da Vittadello reca incertezze e lacune *“tutt’altro che marginali”* e che, pertanto, *“ove non fosse (ora) adeguatamente giustificata la fase relativa alla posa in opera dei cassoni cellulari resterebbe inficiata l’offerta nel suo complesso”.*

Dallo stesso verbale consta, quindi, che con telefax dd. 4 dicembre 2009 la Commissione ha convocato innanzi a sé per la data del 15 dicembre 2009 i rappresentanti di Vittadello *“al fine di fornire in contraddittorio ogni elemento utile”* in relazione ad una analitica serie di elementi attinenti al varo dei cassoni cellulari ed alla attività di dragaggio.

Nel corso di tale incontro consta, sempre dalla lettura della relazione, che la Commissione ha ribadito alla rappresentanza di Vittadello ivi convenuta che per dare esecuzione alla decisione resa da questa stessa Sezione necessitava verificare la congruità di ciascuno dei due prezzi offerti per le predette categorie (cassoni e dragaggio), mediante rigorosa ed analitica valutazione della fattibilità e dei costi relativi ai due processi di esecuzione proposti, con la consequenziale notazione per cui, ove tali costi non fossero adeguatamente giustificati, resterebbero inficiati i prezzi offerti per tali categorie e, quindi, l’offerta economica nel suo complesso.

Non può pertanto essere revocato in dubbio che non solo dall’avviso di convocazione, ma anche dal contenuto del colloquio intervenuto il 15 dicembre 2009 tra la Commissione e Vittadello, risultava assodata la circostanza per cui, ove non fossero stati adeguatamente giustificati i processi produttivi attinenti al varo dei cassoni cellulari ed all’attività di dragaggio, si sarebbe proceduto all’esclusione della medesima Vittadello

dalla gara.

Né, del resto, va sottaciuto che la richiesta di fornire ogni elemento utile al riguardo non atteneva ad elementi individuati allora per la prima volta, ma scaturiva da un lungo contenzioso, nel corso del quale Vittadello aveva già elaborato e comunicato chiarimenti ed ipotesi in ordine ai due elementi di costo anzidetti e che, comunque, i rilievi contenuti nella predetta decisione n. 6708 del 2009 resa da questa Sezione segnatamente attenevano alla mancanza di motivazione del giudizio di congruità e alla superficialità di tale giudizio nella parte in cui non era stato tenuto conto di particolari circostanze, in relazione alla particolarità della soluzione tecnica proposta (sistema dei binari, fondale, operazioni subacquee); e da ciò, pertanto, conseguiva – come rettamente inteso nella sentenza qui impugnata - che la rinnovazione del giudizio di congruità tecnica avrebbe potuto essere, di per sé, operata anche solo sulla base di giustificazioni in atti.

In conseguenza di tutto ciò, pertanto, non può reputarsi nella specie violato l'art. 88 del D.L.vo 163 del 2006, in quanto la Commissione, rettamente intendendo il contenuto della ripetuta decisione n.6708 del 2009, ha nella specie rinnovato il procedimento disponendo, a' sensi del comma 4 dello stesso art. 88, come modificato dall'art. 4-quater, comma 1, lett. d) punto 5), del D.L. 1 luglio 2009 n. 78 convertito con modificazioni in L. 3 agosto 2009 n. 102 l'audizione del soggetto aggiudicatario, indicando a questo i punti che dovevano essere chiariti rispetto alle giustificazioni già acquisite in atti e concedendogli, garantisticamente, un ampio termine per adempiere a tale incombente: ossia, la Commissione non ha nella specie provveduto –come viceversa ritenuto dall'appellante medesima - a' sensi del comma 2 dello stesso art. 88, non essendo stato tale precedente adempimento procedimentale caducato dalla precitata decisione n. 6708 del 2009.

Va anche denotato che un ulteriore invito a fornire ulteriori elementi , oltreché violare la *ratio* complessiva degli artt. 87 e 88 del D.L.vo 163 del

2006 (che è quella di garantire il contraddittorio in condizioni di parità con tutti i concorrenti e di assicurare la definizione della gara in tempi rapidi) non avrebbe comunque conseguito alcuna utilità pratica ai fini della decisione finale adottata dalla Commissione, posto che ivi si dà ampiamente atto dell'analisi sui chiarimenti forniti da Vittadello e della conseguente decisione di non ritenere certa la stabilità dell'impianto di varo.

Sempre in tal senso, la Commissione ha definito "*inammissibili*" i vari cambiamenti dei processi produttivi e della mano d'opera proposti in sede di verifica da parte della stessa Vittadello "*nel tentativo di rimediare agli errori*" nei quali era incorsa sia in sede di offerta, sia nelle precedenti giustificazioni.

Né, soprattutto, va obliterata la circostanza per cui la stessa Vittadello ha in buona sostanza riconosciuto, nel contraddittorio proprio della consulenza tecnica, che l'incertezza sulla stabilità del sistema poteva essere eliminata soltanto nel contesto dell'esecuzione dell'appalto e che i cambiamenti anzidetti erano stati determinati dall'insufficienza delle giustificazioni da essa precedentemente rese.

Se così è, pertanto, non è davvero dato da intendere quale ulteriore apporto, sulle due fondamentali ragioni di esclusione dalla gara, avrebbe potuto fornire Vittadello se fosse stata ad essa accordata un'ulteriore fase di contraddittorio nel procedimento di cui trattasi.

6.3. Con il secondo e alquanto articolato motivo di appello Vittadello sostiene, in buona sostanza, che il giudice di primo grado avrebbe reputato legittima la determinazione della stazione appaltante di complessiva inattendibilità dell'offerta, prescindendo dalla dovuta comparazione tra le sottostime rilevate e debitamente quantificate, eventuali sovrastime e percentuale di utile e di spese generali.

A tale riguardo va evidenziato che proprio dagli atti di causa consta la

complessiva non attendibilità dell'offerta dell'attuale appellante e che proprio il riscontro degli atti stessi, pertanto, fornisce la prova della sussistenza del presupposto del provvedimento di esclusione: valutazione, questa, confermata anche – e soprattutto – dall'esito della consulenza tecnica d'ufficio disposta dal T.A.R., nella quale – per l'appunto – è stato dato atto della correttezza delle valutazioni operate dalla stazione appaltante, sia in relazione alla complessiva inattendibilità dell'offerta di Vittadello, sia rispetto alla modifica delle giustificazioni.

Giova quindi evidenziare che nella sentenza impugnata risultano puntualmente enumerati i principali profili di inattendibilità dell'offerta, riguardanti:

- 1) il processo costruttivo e il varo dei cassoni cellulari, nonché l'incongruità dei costi al riguardo dedotti;
- 2) l'ulteriore modifica, in sede di consulenza, del progetto già più volte modificato;
- 3) la variazione di ulteriori voci di costo nelle ultime giustificazioni;
- 4) l'impossibilità di valutare un consistente numero di voci di costo, e ciò in quanto le modalità di realizzazione dell'opera non sono state sufficientemente specificate (tra l'altro, per l'indeterminatezza della posizione del cantiere e dei costi derivanti dall'impiego delle gru);
- 5) la complessiva inattendibilità dei costi per la realizzazione dei cassoni;
- 6) la vaghezza e l'indeterminatezza delle giustificazioni in ordine ai costi per l'attività di dragaggio, rispetto alla quale, comunque, non è stato reputato ipotizzabile l'uso di esplosivi per il 45 % dell'attività medesima.

Vittadello ha incentrato ampia parte delle proprie censure alla circostanza della mancata quantificazione, da parte del c.t.u., delle sottostime rilevate.

A ben vedere, tuttavia, il c.t.u. ha quantificato sottostime che sono già sufficienti, per se stanti, per confermare il giudizio di incongruità dell'offerta, concordando con quanto già conclusivamente rilevato dalla

stazione appaltante in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta, ossia la certa sottostima di altre lavorazioni i cui costi risultano, comunque, del tutto inattendibili.

Né va sottaciuto che per quanto segnatamente concerne la stessa fattibilità tecnica della struttura di varo – elemento, questo, non espressamente considerato nella sentenza impugnata nell'assorbenza delle ulteriori e numerose ragioni di inattendibilità dell'offerta – il c.t.u., segnatamente rispondendo al quesito n. 1 a lui rivolto, ha affermato che “la soluzione di larga massima formulata da Vittadello è, invero, *“tecnicamente possibile”*, ma solo in quanto in sede di consulenza tecnica la medesima Vittadello ha dovuto apportare ulteriori e quanto mai significative modifiche alla struttura di varo.

Significativo è in tal senso il passo contenuto a pag. 5 della relazione del medesimo c.t.u., laddove per l'appunto si legge che lo stesso consulente di parte *“definisce quanto proposto una soluzione di larga massima che non ha e non vuole avere una precisa valenza esecutiva, ma vuole solamente fornire una traccia per una delle possibili proposte congruenti con la proposta tecnica di gara. In tale spirito il c.t.p. provvede a presentare una possibile traccia di reinterpretazione delle indicazioni formulate. Appare opportuno segnalare che per effetto di tale reinterpretazione la struttura reticolare di varo risulta modificata sostanzialmente rispetto a quella ipotizzata in sede di rinnovo delle giustificazioni.... Parte delle variazioni introdotte derivano dalla modifica della geometria d'insieme del sistema di varo, necessaria ad assicurare le condizioni di stabilità del cassone in fase di incipiente distacco dalla struttura mobile a cuneo, sulla scorta delle verifiche al galleggiamento prodotte in allegato alla relazione del c.t.p.”*

Tali rilievi del c.t.u. si fondano sulle stese previsioni del c.t.p. di Vittadello, che in tale sede ha dovuto prevedere prestazioni in alcun modo per l'innanzi contemplate dall'offerte, e cioè:

1) oltre alla rimozione del limo e al decorticamento superficiale del fondo

marino, la rimozione dello strato più degradato e la realizzazione di un getto di calcestruzzo per la sistemazione di basi di fondazione idonee a resistere ai carichi indotti;

2) il dragaggio della parte relativa all'avanscalo fino a consentire la discesa del cuneo di sostegno, ossia necessario nella misura di m. 8,60 per consentire l'immersione del cassone in fase di varo, stante l'insufficienza dell'immersione a m. 7,6 m. in precedenza preventivata; il cassone, infatti, durante il varo si sarebbe altrimenti rovesciato, donde la necessità di dragare l'avanscalo fino a permettere la discesa del cuneo di sostegno.

3) la sostituzione delle travi e dei laminati con elementi più resistenti

Le suesposte modifiche confermano pertanto, senza possibilità di smentita, che la struttura precedentemente offerta da Vittadello e resa oggetto di verifica da parte della Commissione di gara non era in grado di assicurare le necessarie condizioni di stabilità del sistema e, conseguentemente, conferma la legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara adottato nei confronti della medesima Vittadello, rendendo con ciò irrilevante ogni allegazione da parte del consulente di quest'ultima in ordine all'affidabilità di un'offerta comunque significativamente diversa nei suoi contenuti rispetto a quella *ab origine* proposta e che – giova ribadire, per implicita ammissione del tecnico di fiducia di Vittadello - ragionevolmente non comportava l'indispensabile certezza di stabilità del sistema di varo.

Venendo ai costi della struttura, il c.t.u. ha espresso una stima di complessivi € 1.507.895,00 riferita a due linee di varo ed assumendo a base di tale valutazione la stessa ipotesi formulata da Vittadello in sede di prima verifica di congruità perché dichiaratamente idonea, sempre secondo quest'ultima, a garantire la tempistica delle lavorazioni ed il rispetto delle scadenze contrattuali.

Nondimeno, ciò solo risulta sufficiente per reputare incongrua nel suo complesso l'offerta di Vittadello, essendo dalla stessa ampiamente superato

il margine di utile residuo pari all'importo di € 800.000,00.-

A tale differenza risultante dall'intero assorbimento dell'utile, devono poi aggiungersi ulteriori circostanze, ossia:

a) il costo per il preventivo dragaggio dell'area interessata alla realizzazione dei cassoni, reputato dal c.t.u. *"sicuramente necessario"* (cfr. la sua risposta al quarto quesito a lui proposto) ma da lui non potuto quantificare nel suo costo poiché *"le giustificazioni prodotte a proposito di tale tematica sono alquanto vaghe e forse non del tutto coerenti con l'effettiva attività da porre in essere ai fini operativi"* (cfr. in tal senso la risposta fornita dal c.t.u. al quinto quesito); a ragione il patrocinio di Fincosit ha evidenziato che al riguardo emerge non solo una ben evidente e quanto mai rilevante sottostima, ma di un vero e proprio costo mai esposto in offerta: conclusione, questa, cui era pervenuta anche la Commissione per la verifica dell'offerta a pag. 10 della propria relazione.

Nonostante ciò, Vittadello anche nella stessa sede di consulenza tecnica ha seguito a riferirsi, in via oltremodo generica, al solo costo generale dell'attività di dragaggio;

b) gli ulteriori costi relativi alla costruzione dei cassoni cellulari, rispetto ai quali il c.t.u. ha evidenziato che *"le modalità esecutive ipotizzate, la quantità di mano d'opera prevista per turno, i mezzi d'opera e le procedure operative appaiono largamente insufficienti"* e che *"in considerazione del fatto che la tipologia dell'opera era perfettamente nota in sede di gara e non ha subito modifiche di sorta si deve concludere che i costi indicati"* da Vittadello *"per la costruzione dei cassoni cellulari non sia attendibile"*.

c) i costi delle attrezzature (martinetti, tiranti, contrappesi, ecc.) e degli operatori specializzati offerti dalla Sistral S.r.l. e quantificati dalla stessa Vittadello in un ammontare pari a circa € 182.000; (cfr. pag.12 dell'allegato dell'ing. Padovani alla memoria dd. 2.marzo 2010 di parte ricorrente nel giudizio di primo grado).

Nella propria relazione il c.t.u. ha invero rassegnato conclusioni alquanto dure nei riguardi di Vittadello, laddove soprattutto afferma che *“il caso di specie analizzato, evidenzia l’approccio sostanzialmente superficiale con cui l’Ati Vittadello Matarrese ha affrontato la questione delle formulazione dell’offerta in sede di gara, la giustificazione analitica dei prezzi e le reali modalità esecutive da pone in essere al fine di realizzare in tempi certi ed adeguati la realizzazione delle opere oggetto dell’appalto”*.

A tale rilievo alquanto forte va quindi correlata un’ulteriore notazione di fondo, già comunque espressa dallo stesso giudice di primo grado: ossia che in sede di rinnovo della verifica di congruità dell’offerta, nonché nella stessa sede di contraddittorio tra i consulenti, molte modifiche sono state introdotte nei documenti presentati da Vittadello per correggere alcune errate valutazioni, spostando componenti nei processi costruttivi e relativi costi nel tentativo di rimediare agli errori precedentemente fatti.

Proprio da ciò, quindi, si ricava, in generale e nello specifico, l’inaccettabilità di giustificazioni che risultano tardivamente dirette a fondare la serietà di un’offerta contenutisticamente diversa e contraddistinta da un’allocazione dei costi differente rispetto a quella originariamente enunciata.

6.4. Oltre a tutto, e anche a prescindere dagli stessi pur assorbenti rilievi del c.t.u., dal diretto esame degli atti di causa consta infatti la fondatezza di ulteriori rilievi critici mossi da Fincosit, condivisi da questo giudice e qui appresso illustrati.

1) Per quanto attiene al sistema di varo dei cassoni cellulari Vittadello, nel tentativo di giustificare il prezzo previsto, ha ipotizzato ben 3 strutture di varo diverse:

a) in sede di prima verifica di anomalia, dalla nota di Prot. n. SOL 0239/08 dd. 17 novembre 2008 si ricava che il sistema di varo doveva consistere nella realizzazione di 4 binari posati direttamente sul fondale con una

inclinazione di 300 (parte in mare e parte fuori), e con un peso gravante su tale sistema pari a t. 2000 t ed una linea di galleggiamento dei cassone posizionata a -m. 9.70 m.

b) nel giudizio di primo grado, a seguito della prima perizia dell'ing. Prosperi (consulente di Fincosit) recante - tra l'altro - il rilievo per cui le 4 travi previste per le vie di corsa non potevano essere soltanto appoggiate su una scarpata di materiale sconnesso e risultato da uno scavo in roccia peraltro non considerato nei costi e con pendenza di 30°, ma richiedevano invece consistenti opere di sostegno, Sistral con nota Prot. SOL 0239b/09 dd. 13 marzo 2009 ha risposto nel senso che il preventivo presentato in precedenza era solo di massima, dovendo essere ancora definiti tutti gli elementi e parametri fondamentali di realizzazione dell'impianto, e che - comunque - doveva essere ipotizzata l'allocazione dei binari non più direttamente sul fondale, ma su noli battuti metallici o centrifugati;

c) sempre nel giudizio di primo grado, a fronte della notazione dell'ing. Prosperi che non era possibile battere pali in acciaio o calcestruzzo centrifugato su un fondale di roccia dura, a meno di non ricorrere a costosissime tecnologie, Sistral con ulteriore nota ha modificato alcuni parametri tecnici indicati in sede di gara, e ha rilevato che il sistema di fondazione dei binari dipende dal sito scelto per le operazioni di varo, ipotizzando di collocare l'impianto di varo appoggiandolo ad un tratto già esistente di banchina portuale e ancorandolo al fondo non più su pali infissi, ma su una consistente struttura reticolare poggiata su piastre di fondo; soluzione, questa, comunque reputata impraticabile dall'ing. Prosperi nel rilievo che l'appoggio dei binari su struttura metallica con varo dei cassoni a livello di galleggiamento di m. 7,6 m. e non già dei m. 9,7 precedentemente ipotizzati comporterebbe il rovesciamento dei cassoni medesimi, nel mentre collasserebbe l'ipotizzata struttura metallica in relazione alle sollecitazioni ricevute dal carico.

d) in sede di c.t.u. Vittadello ha quindi, per la quarta volta, modificato il sistema di varo al fine di renderlo tecnicamente realizzabile, prevedendo peraltro – come evidenziato innanzi - ulteriori e costose lavorazioni (getto di calcestruzzo sul fondale, dragaggio dell'avanscalo, ecc.) che ben superano nel loro importo l'utile residuo.

2) Per quanto attiene all'attività di dragaggio, dalla stessa documentazione acquisita nel fascicolo processuale di primo grado ben emerge che, nell'offerta presentata in sede di gara, la valutazione di Vittadello era espressa in un unico prezzo che riportava il totale delle ore di manodopera pari a 129.432,00 per un complessivo ammontare di € 3.328.747,73, nonché con una precisa elencazione di mezzi previsti, ma senza alcuna previsione di costi di esplosivo.

Nella verifica di anomalia, l'attività di dragaggio è stata scomposta in tre analisi differenti in cui compaiono previsioni sensibilmente diverse da quelle dell'offerta.

Tra l'altro, il costo complessivo della manodopera assomma a ore 21.846,64 maggiorate di 13.018,13 ore di sommozzatore con motobarca, mai viceversa esposte nell'offerta.

In ragione di ciò, l'importo complessivo del costo della manodopera diventa pari ad € 1.481.192,21 (e, cioè, € 561.851,79 + € 919.340,42 per le prestazioni di sommozzatore con motobarca).

Risulta quindi *ex se* incongrua l'avvenuta esposizione nell'offerta di un dato pari a 129.432,5 ore e corrispondente a € 3.328.747,73 e poi incredibilmente ridotto in sede di verifica di anomalia a 34.864,77 ore, a loro volta pari ad € 1.483,303,95.

Nondimeno, in sede di rinnovo procedimentale conseguito alla decisione di questa Sezione n. 6708 del 2009 Vittadello ha ulteriormente mutato la propria offerta mediante una previsione di 17 unità di mano d'opera rispetto alle 7 per l'innanzi esposte, e ciò con un costo complessivo pari ad

€ 4.972.837,51.

In conseguenza di ciò, quindi, i costi della mano d'opera sono stati da Vittadello esposti in offerta per € 3.328.747,73; quantificati per € 1.483.303,95 in sede di giustificazioni e, da ultimo, rivisti all'innalzamento nelle ultime precisazioni fornite per € 4.972.837,51.

Né può essere condiviso, a quest'ultimo proposito, l'assunto defensionale di Vittadello secondo il quale l'ultima quantificazione degli oneri relativi alla mano d'opera deriverebbe dallo scorporo dei costi del personale che, nelle precedenti giustificazioni, erano stati inclusi nei noli a caldo dei mezzi d'opera.

E' fondata al riguardo la notazione di Fincosit per cui, se ciò fosse, il dato dovrebbe allora ritornare omogeneo a quello dell'offerta originaria: il che non è, posto che la stessa Vittadello aveva avuto modo di evidenziare, nel procedimento qui definito con l'anzidetta sentenza n. 6708 del 2009 ha sostenuto che le 129.432 ore previste nell'offerta originaria erano rimaste invariate, anche nelle giustificazioni, ove si consideri la mano d'opera del personale imbarcato, con la conseguenza per cui, riprendendo l'utilizzo del criterio dell'offerta originaria (ossia l'inclusione del personale compreso nei noli a caldo), anche il relativo onere economico dovrebbe ragguagliarsi all'originario valore di € 3.328.747,73, e non già al ben più elevato importo di € 4.972.837,51.

Né, a ben vedere, risulta fondato lo stesso assunto di Vittadello secondo il quale nelle precedenti giustificazioni i prezzi esposti per i mezzi d'opera comprendevano i noli "a caldo", posto che – ad esempio - il prezzo orario indicato ivi per lo spintore, pari all'importo di € 20,00, ovvero del pontone, a sua volta pari € 50,00, manifestamente non potevano comprendere anche la retribuzione del personale imbarcato su tali mezzi.

6.5. L'insieme delle considerazioni sin qui esposte risulta *ex se* assorbente per la reiezione dell'appello, posto che la stessa oggettività delle circostanze

esposte rende ben evidente che Vittadello ha inammissibilmente – e addirittura per più volte - mutato il contenuto della propria offerta, comunque *ab origine* insostenibile sotto il profilo sia tecnico che finanziario. Come è ben noto la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma persegue il fine di 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 (cfr. sul punto, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 24 agosto 2011 n. 4801).

Nel relativo procedimento non sussistono preclusioni alla presentazione di giustificazioni ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, e – ferma comunque restando l'immodificabilità dell'offerta, a' sensi del generale principio contenuto nell'art. 11, comma 6, del D.L.vo 163 del 2006 - le stesse giustificazioni sono, esse sì, modificabili, essendo in tal senso ammissibili giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione, e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (cfr. *ibidem*).

Tali principi, nel caso di specie, sono stati eclatantemente violati: e in dipendenza di ciò, non può accedersi a qualsivoglia tesi difensiva fatta valere al riguardo da Vittadello, prima tra tutti quella per cui non avrebbe avuto senso riprodurre gli stessi elementi prodotti nella precedente fase della gara, i quali avrebbero appunto dato luogo alla necessità di novazione (in via del tutto paradossale, solo a suo favore) del procedimento; e, semmai, va evidenziato che l'attuale appellante, proprio per aver già giustificato il contenuto della propria offerta, nella successiva fase di esecuzione della statuizione già resa da questo stesso giudice era indefettibilmente tenuta, al fine di consentire alla stazione appaltante quella valutazione più approfondita non effettuata prima, a chiarire le scelte e le

indicazioni in precedenza fornite, e non già ad ulteriormente (ed illegittimamente) a modificarle.

7. Le spese e gli onorari del giudizio seguono la regola della soccombenza, e sono liquidate nel dispositivo.

Va inoltre dichiarato irripetibile il contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante Intercantieri Vittadello S.p.a al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, complessivamente liquidati nella misura di € 20.000,00.- (ventimila/00), di cui € 10.000,00.- (diecimila/00) in favore della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ed € 10.000,00.- (diecimila/00) in favore della parimenti appellata Grandi Lavori Fincosit S.p.a.

Dichiara - altresì - irripetibile il contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gaetano Trotta, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

Oberdan Forlenza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/05/2012

IL SEGRETARIO

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