



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

DECISIONE

sul ricorso iscritto al n. r.g. 9949/2008, proposto da Tecnis s.p.a., in persona
del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato
Gianluigi Pellegrino ed elettivamente domiciliata presso il suo studio, in
Roma, Corso Rinascimento n. 11;

contro

Ing. C. Salini Grandi Lavori s.p.a. (già Salini Locatelli s.r.l., in proprio e
quale capogruppo mandataria della costituenda associazione temporanea di
imprese con A.T.I. (Alte tecnologie ingegneristiche) group s.r.l. e A.T.I.
Alte tecnologie ingegneristiche) group s.r.l., in persona dei rispettivi legali
rappresentanti in carica, rappresentate e difese dagli avvocati Aldo Pezzana,
Guido Cerruti, Raffaella di Tarsia di Belmonte, Aulo Gabriele Gigante, ed
elettivamente domiciliate presso lo studio dell'avv. Cerruti, in Roma, viale
Liegi, n. 34;

e nei confronti di

R.F.I. s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e
difesa dall'avvocato Mario Bucello, ed elettivamente domiciliata presso
Emanuela Quici, in Roma, via della Farnesina, n. 272;
Italferr s.p.a., non costituita,

N. 3146/2009

Reg.Dec.

N. 9949 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo n. 250/2009

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio - Roma, sez. III-ter, 2 luglio 2008 n. 6353.

Visto il ricorso in appello;

visto l'atto di costituzione in giudizio della società appellata e della stazione appaltante;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 24 marzo 2009 il consigliere Rosanna De Nictolis;

uditi, per le parti, gli avvocati Pellegrino, Bucello, Di Tarsia e Pezzana;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con il ricorso di primo grado la società odierna appellata impugnava:

- la determinazione, comunicata con nota Italferr s.p.a., prot. AP.AL.060970.07.U, anticipata a mezzo fax in data 22 giugno 2007, con la quale è stato aggiudicato provvisoriamente alla Tecnis s.p.a. il pubblico incanto, bandito ai sensi della l. n. 109/1994, per l'affidamento di un appalto integrato di progettazione esecutiva e realizzazione della prima fase funzionale della chiusura dell'anello ferroviario di Palermo, in sotterraneo, nel tratto di linea tra la stazione di Palermo Notarbartolo e la fermata Giachery e proseguimento fino a Politeama (PA – 1041);

- il verbale della seduta pubblica della commissione di gara del 21 giugno 2007, con il quale, resi noti gli esiti delle verifiche di congruità, si è dichiarata aggiudicataria provvisoria l'impresa Tecnis s.p.a.;

- la relazione di sintesi, elaborata in data 19 giugno 2007 dalla struttura tecnica di Italferr s.p.a., in ordine alla congruità dell'offerta della Tecnis s.p.a.;

- il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore dell'impresa Tecnis s.p.a.

Lamentava che erroneamente l'amministrazione aveva ritenuto congrua l'offerta aggiudicataria, che presentava invece elementi di anomalia.

1.1. Il Tar adito, con la sentenza in epigrafe, disatteso il ricorso incidentale, accoglieva quello principale, ritenendo che la p.a. avesse erroneamente consentito una integrazione delle giustificazioni che il bando prescriveva, a pena di esclusione, di presentare insieme all'offerta, e che avesse consentito una modifica dell'offerta dopo la sua presentazione.

Ha interposto appello la società Tecnis.

La società controinteressata si è costituita con memoria.

La Sezione, con ordinanza 24 febbraio 2009 n. 1043 ha sospeso l'esecuzione della sentenza appellata.

2. Durante la pubblica udienza di discussione, il difensore della società appellata Ing. C. Salini Grandi Lavori s.p.a. ha depositato un documento.

Parte appellante ha fatto verbalizzare la propria opposizione alla produzione tardiva.

Si può prescindere dalla questione dell'ammissibilità o meno del documento tardivamente depositato, non comunicato tempestivamente a controparte, perché il documento è irrilevante.

Secondo quanto verbalmente dedotto in udienza dal difensore della società appellata, il documento sarebbe costituito da una delibera CIPE che inserisce l'opera pubblica per cui è processo tra le opere strategiche di cui alla c.d. legge obiettivo, con conseguente necessità di applicare la regola giuridica secondo cui il contratto già stipulato non può essere caducato dal giudice e al ricorrente spetta solo la tutela risarcitoria per equivalente.

Questo essendo il contenuto del documento e lo scopo della sua esibizione, il documento è processualmente irrilevante.

Infatti, in punto di fatto, non risulta stipulato alcun contratto di appalto, né con la società ricorrente né con la società appellata: atteso che, paventatosi il pericolo che nelle more del giudizio RFI desse esecuzione alla sentenza di primo grado, aggiudicando l'appalto alla ricorrente vittoriosa in prime cure, in data 24 febbraio 2009 la Sezione ha ritenuto, su istanza di parte appellante, di dover sospendere l'esecuzione della sentenza appellata per non pregiudicare l'esito del giudizio di merito.

Inoltre, in punto di diritto, la regola secondo cui il contratto stipulato non può essere caducato, si riferisce, all'evidenza, al caso in cui l'amministrazione di sua iniziativa stipuli il contratto in esito ad una aggiudicazione che viene giudizialmente contestata; il caso è dunque quello in cui il contratto venga stipulato con l'aggiudicatario e un altro concorrente ricorra al giudice amministrativo.

La regola si riferisce, dunque, al contratto stipulato in esito all'aggiudicazione, e con l'aggiudicatario, per iniziativa della p.a.

Diverso è il caso di specie, in cui la regola viene invocata dal ricorrente in prime cure, a proprio favore, sul presupposto di un'avvenuta stipula del contratto in esecuzione della sentenza del giudice.

Infatti una stipulazione di contratto che avvenga in doverosa ottemperanza ad una sentenza non passata in giudicato, è necessariamente provvisoria e destinata a venir meno se la sentenza viene riformata.

Sicché a siffatta ipotesi non può trovare applicazione l'invocata regola.

3. Tra i motivi di appello è fondato e assorbente il terzo, con cui si lamenta che la verifica di anomalia condotta dalla stazione appaltante si è svolta nel rispetto delle regole procedurali e che legittimo è il giudizio finale di non anomalia dell'offerta Tecnis.

3.1. Il Tar, in accoglimento del ricorso di primo grado, ha ritenuto che:

- il bando prescrivere a pena di esclusione la presentazione di giustificazioni a corredo dell'offerta;
- la stazione appaltante non potesse consentire giustificazioni ulteriori dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte;
- le sottostime dell'offerta avrebbero trovato compensazione in un elemento sopravvenuto, non risultante dall'offerta ma dedotto in sede di giustificazioni, e segnatamente la possibilità di fruire di sgravi di costi per il personale ai sensi della l. n. 407/1990; tale elemento sopravvenuto non avrebbe potuto essere valutato;

- la percentuale di utile atteso sarebbe molto bassa e pertanto anomala.

3.2. Con l'atto di appello si lamenta che:

- le giustificazioni a corredo dell'offerta non sarebbero mai imposte a pena di esclusione dovendosi sempre acconsentire ad una integrazione successiva in sede di contraddittorio;

- non è vero che vi sarebbe stata una modificazione dell'offerta, essendovi solo stata una diversa articolazione delle giustificazioni;

- il margine di utile sarebbe comunque ragionevole.

4. L'appello è fondato.

4.1. Secondo il consolidato orientamento di questo Consesso, la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, 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 (Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2001 n. 6217; Cons. St., sez. V, 29 luglio 2003 n. 4323).

Tale principio, già affermato dalla giurisprudenza nel vigore della l. n. 109/1994 – applicabile *ratione temporis* all'appalto per cui è processo – risulta ora codificato dall'art. 88, co. 7, d.lgs. n. 163/2006.

4.2. Da tale principio, che estrinseca lo scopo della verifica di anomalia, discende che:

- il procedimento di verifica di anomalia è avulso da ogni formalismo inutile ed è invece 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 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.

4.3. Alla luce di tali considerazioni possono essere esaminate le censure dell'appellante.

Quanto alla questione relativa al momento in cui devono essere presentate le giustificazioni, il Collegio ritiene che le clausole del bando che richiedono la presentazione di giustificazioni già a corredo dell'offerta rispondono ad esigenze pratiche di accelerazione e semplificazione del procedimento, ma non possono mai essere intese, pena la loro illegittimità, come prescrizione di un requisito o adempimento a pena di esclusione.

Infatti, secondo il diritto comunitario, la verifica delle offerte anomale avviene in contraddittorio e il contraddittorio deve essere successivo alla presentazione delle offerte. Deve essere sempre consentito all'offerente di presentare le giustificazioni nel momento in cui si svolge la verifica di anomalia.

Nel caso di specie, a fronte di clausole del bando non univoche nel senso di prescrivere la presentazione delle giustificazioni già in sede di

offerta a pena di esclusione, correttamente la stazione appaltante ha seguito un criterio non formalista.

4.4. Quanto alla questione se si potesse acconsentire di giustificare l'offerta con un elemento sopravvenuto e non dedotto in sede di offerta, e segnatamente adducendo la possibilità di fruire di sgravi inerenti il costo del personale, la risposta deve essere affermativa alla luce del consolidato orientamento di questo Consesso.

E' stato già affermato che, fermo restando il principio che l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti, considerato che obiettivo della verifica di anomalia è quello di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso, e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia quelli che militano a favore, sia quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme: deve di conseguenza ritenersi possibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che per converso altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate, e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci. Risulta soddisfatto l'obiettivo dell'amministrazione, di aggiudicare l'appalto ad una offerta affidabile nel suo complesso, e non vi è violazione della *par condicio* perché l'offerta iniziale resta immutata, e ciò che cambia è il costo di singole voci, il che non incide sulla serietà dell'offerta, ma solo sulla gestione interna dell'impresa offerente (Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2000 n. 2908).

Ancora, si è affermato che, ferma restando la immodificabilità dell'offerta nel suo complessivo importo economico, posto che il subprocedimento di verifica dell'anomalia non è vincolato a formalità, non si può escludere la possibilità che nel corso di tale subprocedimento sia modificata la prospettazione delle giustificazioni relative alle varie componenti del prezzo. Si è osservato che è erroneo il presupposto dell'assoluta rigidità ed immodificabilità, nel corso del subprocedimento di verifica dell'anomalia, oltre che dell'offerta nel suo complesso, anche della rappresentazione dei costi delle componenti della stessa. (Cons. St., sez. VI, 26 aprile 2005 n. 1889).

Occorre dunque nettamente distinguere tra modifica dell'offerta nel suo complesso, inammissibile, e modifica delle giustificazioni, invece ammissibile: si è affermato che il contraddittorio successivo (...) non può essere "costretto" (...) nelle maglie dei supporti documentali strettamente collegati alle giustificazioni preventive dell'offerta, dovendosi invece ammettere, con una interpretazione conforme alla normativa comunitaria, un contraddittorio a tutto campo, in cui le imprese, che abbiano presentato offerta in sospetto di anomalia, abbiano la possibilità di far valere le loro ragioni e di chiarire e provare la loro posizione senza alcun limite. Né la presenza, nella fase del contraddittorio successivo, di significativi elementi di novità e di difformità rispetto alla prima e preventiva giustificazione comporta (...) quella "inammissibile possibilità di modificare l'offerta originaria">>, dovendosi distinguere immodificabilità dell'offerta e <<parametri dimostrativi della affidabilità e remuneratività dell'offerta, che non possono certo dirsi predeterminati e fissati una volta per tutte con la

presentazione della stessa, essendo essi influenzati da una molteplicità di elementi per loro natura variabili (condizioni di mercato delle materie prime e dei semilavorati, credito contrattuale, andamento del mercato del lavoro, economie di scala, costi di mano d'opera, legislazione fiscale e previdenziale, ecc.)>> (Cons. St., sez. IV, 14 dicembre 2004 n. 8028).

Nel caso di specie, le sottostime riscontrate in sede di verifica di anomalia hanno trovato ampia compensazione nel risparmio di spesa conseguente alla possibilità di fruire di sgravi in applicazione della l. n. 407/1990.

4.5. Quanto all'utile di impresa, è risultato che l'utile previsto è quasi il 2% del prezzo offerto.

Si tratta di una percentuale ragionevole che non inficia l'affidabilità dell'offerta.

Sotto tale profilo, va ricordato che secondo la giurisprudenza di questo Consesso, nelle gare d'appalto, la possibilità di ribassare la percentuale dell'utile è consentita pur escludendosi che un'impresa possa proporre un'offerta economica sguarnita da qualsiasi previsione di utile, né è possibile fissare una quota di utile rigida al di sotto della quale la proposta dell'appaltatore debba considerarsi per definizione incongrua (Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2005 n. 5315; Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2004 n. 1072; Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 2002 n. 882), assumendo invece rilievo la circostanza che l'offerta si appalesi seria, e cioè non animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali (Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2009 n. 1018).

Solo un utile pari a zero è ingiustificabile (Tar Lazio – Roma, sez. III-ter, 21 febbraio 2007 n. 1527).

5. Il Collegio aggiunge che, a sostegno dell'attendibilità complessiva dell'offerta, emergono ulteriori elementi, che si desumono dal secondo motivo di appello con cui si ripropongono censure di cui al ricorso incidentale di primo grado, non esaminate dal Tar.

5.1. In ordine agli oneri per il conferimento a discarica, nel corso del procedimento di verifica di anomalia l'odierna appellante ha documentalmente dimostrato una economia di 971.661 euro, dovuta alla minor distanza tra cantiere e discarica, rispetto a quella calcolata dall'amministrazione, e che la stazione appaltante ha affermato sussistente ma non valutabile, ritenendo di doversi attenere alle quantità riportate nella lista a base di gara.

Si tratta invece di elemento che andava considerato, in quanto gli offerenti sono tenuti a correggere le quantità erroneamente indicate dalla stazione appaltante, e si tratta di un considerevole risparmio che dimostra in modo chiaro l'affidabilità dell'offerta.

5.2. Analoghe considerazioni vanno svolte in relazione ad altra censura contenuta nel ricorso incidentale di primo grado, inerenti al sovrapprezzo per l'uso della idrofresa.

Anche sotto tale profilo, il quantitativo indicato dalla stazione appaltante era sovrastimato e la concorrente ha indicato la quantità esatta e il conseguente risparmio di euro 1.459.797.

Le giustificazioni per tali due elementi consentono un risparmio di quasi 2.400.000 euro, e confermano la complessiva attendibilità dell'offerta dell'aggiudicataria.

6. In conclusione l'appello merita accoglimento.

La complessità delle questioni giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 24 marzo 2009, con la partecipazione di:

Giovanni Ruoppolo	- Presidente
Rosanna De Nictolis	- Consigliere relatore ed estensore
Domenico Cafini	- Consigliere
Roberto Chieppa	- Consigliere
Bruno Rosario Polito	- Consigliere

Presidente

Giovanni Ruoppolo

Consigliere

Rosanna De Nictolis

Segretario

Giovanni Ceci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....21.05.2009
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria