



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1416 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

FIMET Grandi Lavori S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo Coppetti e Ercole Romano nel cui studio in Milano, viale Bianca Maria 23 è elettivamente domiciliata

contro

Cepav Due - Consorzio Eni per l'Alta Velocita', rappresentato e difeso dagli avv.ti Alfredo Biagini, Andrea Giuman e Stefano Cassamagnaghi nel cui studio in Milano, via Monte Napoleone, 18 è elettivamente domiciliato

nei confronti di

Co.Ge.Fa. S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Emilio Magnoni, Alessandro Mazza e Manuela Sanvido, con domicilio eletto presso il primo in Milano, largo Augusto, 3;

Serenissima Costruzioni S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Biondaro e Roberto Invernizzi nel cui studio in Milano, via Monti 41 è elettivamente domiciliata;

Gruppo Papa S.r.l.

per l'annullamento

della deliberazione del consiglio direttivo del Consorzio CEPAV Due del 18.4.2012, comunicata ex art. 79 del D.lgs. n. 163/06 con nota prot. 799/12 in data 24.4.2012, recante l'aggiudicazione definitiva a favore dell'impresa CO.GE.FA. S.p.A. della procedura aperta per l'affidamento dei lavori relativi alla costruzione delle opere civili "interferenti e rilevati ferroviari della linea ferroviaria AV/AC Treviglio - Brescia, Lotto Costruttivo 1 - Appalto Interconnessione Brescia Ovest", indetta con bando di gara spedito all'Ufficio pubblicazioni CEE in data 22.12.2011; delle operazioni di verifica dell'anomalia delle offerte con valutazione espressa dal Responsabile unico del procedimento con nota del 12.4.2012; del giudizio di complessiva congruità dell'offerta del 23.2.2012; del verbale di aggiudicazione provvisoria del 13.4.2012; della nota prot. n.835/12 del 2.5.2012; di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso, ancorchè allo stato ignoto, nonché per la reintegrazione in forma specifica mediante condanna di CEPAV 2 alla rinnovazione e prosecuzione delle operazioni di verifica delle offerte anomale, previa declaratoria di inefficacia del contratto che fosse medio tempore stipulato, o della condanna del predetto Consorzio al risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cepav Due - Consorzio Eni per l'Alta Velocita' e di Co.Ge.Fa. S.p.A. e di

Serenissima Costruzioni S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

FIMET Grandi Lavori S.r.l., premette in fatto:

- di aver partecipato alla procedura aperta indetta dal Consorzio CEPAV Due per l'aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante prezzi unitari dell'appalto relativo ai lavori relativi alla costruzione di parte delle opere civili interferenti e rilevati ferroviari della linea AV/AC Treviglio - Brescia;
- che a seguito dell'espletamento della gara la graduatoria provvisoria risultava formata dalle società: Consorzio Stabile Roma con un ribasso del 36,999%; CO.GE.FA S.p.A. con un ribasso del 36,130%; RTI Serenissima Costruzioni S.p.A. con un ribasso del 32,491%; FIMET Grandi lavori S.r.l. con un ribasso del 30,52%.
- che tutte le predette offerte sono state sottoposte a verifica di anomalia da parte del RUP;
- che l'offerta presentata dal Consorzio Stabile Roma non superava la verifica di anomalia e veniva, perciò, esclusa dalla gara;
- che il RUP, nel corso della verifica della offerta successiva, presentata da CO.GE.FA., chiedeva ripetutamente alla stessa chiarimenti inerenti alle spese generali e ai costi delle attrezzature, mezzi e manodopera relativamente alle voci di prezzo più significative;
- che, nonostante le giustificazioni fornite dalla predetta società fossero del tutto lacunose e, anzi, in alcuni casi la predetta avesse ammesso di aver operato delle sottostime, il RUP riteneva che l'offerta da essa presentata fosse nel suo complesso congrua senza fornire in proposito ulteriori spiegazioni;
- che l'appalto veniva, perciò, aggiudicato a CO.GE.FA.

Premesso tutto ciò FIMET, assumendo l'erroneità formale e sostanziale della valutazione compiuta dal RUP, afferma di avere interesse ad impugnare la aggiudicazione disposta a favore di CO.GE.FA nonostante il posto da essa ricoperto nella graduatoria non sia quello immediatamente successivo a quello della Società aggiudicataria. Il bene a cui essa aspira si sostanzierebbe nella chance di aggiudicarsi l'appalto che potrebbe sussistere nell'eventualità che la p.a., una volta esclusa la prima classificata, procedesse nella valutazione delle offerte successive e riscontrasse elementi di anomalia anche nell'offerta della seconda graduata.

Con ordinanza n. 839/12 in data 14/6/2012 il Collegio, dato atto della sussistenza del fumus boni juris in relazione alla censura di difetto di motivazione della valutazione di non anomalia della offerta presentata dalla aggiudicataria e, ritenendo, contestualmente di chiedere all'amministrazione chiarimenti in ordine alle ragioni per cui l'offerta di CO.GE.FA dovrebbe ritenersi congrua, tenuto conto di tutti i profili problematici evidenziati da FIMET, reputando, altresì, necessario effettuare una valutazione di congruità della offerta presentata dalla seconda classificata Serenissima Costruzioni S.p.A.; a tal fine sospendeva il provvedimento impugnato e disponeva i predetti incumbenti istruttori.

In adempimento della predetta ordinanza CEPAV Due depositava in data 13/7/2012 due distinte relazioni, una contenente le motivazioni relative alla positiva valutazione delle giustificazioni addotte da CO.GE.FA. per sostenere la congruità della propria offerta e l'altra attinente alla valutazione di anomalia dell'offerta presentata da Serenissima Costruzioni.

Chiamato nuovamente a pronunciarsi sulla istanza cautelare nella camera di consiglio del 25 luglio 2012 il

Collegio la respingeva, ritenendo che il contenuto delle relazioni depositate da CEPAV Due avrebbe potuto essere esaminato solo in sede di discussione del merito alla luce della eventuale proposizione di motivi aggiunti da parte della ricorrente, motivi che venivano successivamente notificati in data 2 agosto 2012.

Il ricorso veniva, quindi, chiamato per la discussione alla udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2013 nella quale, relatore il dott. Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale, è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il Collegio deve preliminarmente farsi carico delle eccezioni processuali formulate dalle parti resistenti.

Viene innanzitutto dedotto che il ricorso avrebbe dovuto essere presentato innanzi alla Sezione distaccata di Brescia del TAR Lombardia in quanto le opere affidate dovrebbero essere realizzate nel territorio appartenente alla relativa circoscrizione.

L'eccezione è priva di pregio.

Infatti, nel caso di specie, non si controverte della esecuzione del contratto d'appalto, ma della gara preordinata al suo affidamento i cui effetti, riguardando l'individuazione del contraente, non possono ritenersi localizzati in un preciso ambito territoriale con conseguente applicazione del criterio primario di attribuzione della competenza territoriale che è dato dalla sede della Stazione appaltante.

L'Amministrazione eccepisce, inoltre, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in quanto FIMET avrebbe dovuto impugnare la determinazione con cui il RUP, una volta stabilito che l'offerta presentata dalla seconda classificata doveva ritenersi congrua, ha deciso di non sottoporre a verifica anche quelle successive.

L'eccezione è, parimenti, infondata.

Nel caso in cui il bando di gara stabilisca che la stazione appaltante procederà alla valutazione di anomalia di tutte le migliori offerte (non oltre la quinta), una volta che il RUP abbia verificato la congruità di una di esse, non sussiste l'obbligo di vagliare anche quelle successive.

I principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa impongono, infatti, di evitare attività lunghe e dispendiose che non siano necessarie per la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito; interesse che, nel caso delle procedure ad evidenza pubblica, deve ritenersi integralmente soddisfatto con l'individuazione del miglior offerente.

Ne consegue che, una volta accertato che la proposta contrattuale da questi presentata non è anomala, non vi è ragione di operare un analogo sindacato sulle offerte presentate da imprese che lo seguono in graduatoria.

La mancata verifica del RUP sulla offerta presentata da FIMET non produce, quindi, alcun effetto lesivo, tantomeno quello di rendere la stessa anomala.

Al contrario, deve ritenersi che FIMET, avendo partecipato alla gara e non essendone mai stata formalmente esclusa, possiede la titolarità di una posizione legittimante che la abilita a contestare gli esiti in funzione dell'interesse strumentale a rimettere in moto il procedimento di verifica delle anomalie attraverso la dimostrazione che le giustificazioni presentate dall'impresa aggiudicataria non avrebbero potuto considerarsi attendibili.

Peraltro, alla luce di quanto si dirà in sede di esame dei motivi di ricorso, non si tratta di un interesse meramente formale e privo di concreta consistenza, atteso che sussistono fondati elementi per ritenere che anche l'offerta presentata dalla seconda classificata presenti rilevanti sospetti di anomalia.

Può, quindi, affermarsi che l'iniziativa giudiziale intrapresa da FIMET appare sorretta da una seria e concreta chance di potersi aggiudicare la commessa, qualora la Stazione appaltante proceda ad una corretta riedizione del potere di verifica delle due offerte anomale, che precedono in graduatoria la ricorrente.

Nelle memorie depositate in vista della udienza di discussione del ricorso le parti resistenti hanno altresì eccepito la

sopravvenuta improcedibilità delle domande finalizzate alla tutela in forma specifica della ricorrente, atteso che, trattandosi di lavori di interesse strategico, l'intervenuta stipulazione del contratto precluderebbe, ai sensi dell'art. 125 c.p.a., la relativa declaratoria di inefficacia.

Anche tale eccezione deve essere disattesa, potendosi ravvisare nel caso di specie una violazione dell'obbligo di rispetto del termine sostanziale di stand still; violazione che, ai sensi dell'art. 125, comma 3 c.p.a., può essere sanzionata con la dichiarazione di inefficacia anche qualora il contratto abbia ad oggetto la realizzazione di infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale.

In proposito il Collegio osserva che la valutazione del RUP riguardante la congruità dell'offerta di CO.GE.FA. era del tutto carente di motivazione.

Alla mancata manifestazione delle ragioni sottese al giudizio di non anomalia non poteva, infatti, come di consueto, attribuirsi il valore di un implicito recepimento delle giustificazioni offerte dall'Impresa, poichè lo stesso RUP, nel corso della istruttoria scritta e della audizione orale, aveva sollevato rilievi su numerosi aspetti delle giustificazioni presentate dalla aggiudicataria. Era, quindi, lecito attendersi che lo stesso individuasse poi i motivi per cui aveva ritenuto superate le perplessità manifestate nel corso del procedimento o per i quali aveva reputato che le carenze riscontrate non fossero tali da minare la complessiva attendibilità dell'offerta.

Le predette motivazioni sono, poi, emerse solo in corso di giudizio allorchè il Tribunale, al fine di contenere la materia del contendere sugli aspetti sostanziali della controversia senza fermarsi a quelli meramente formali, ha ordinato alla Stazione appaltante di chiarire gli elementi su cui si fondava il giudizio di congruità espresso nel provvedimento impugnato.

I chiarimenti, infatti, sono stati resi con il deposito di una relazione in data 13 luglio 2012.

Il Collegio ritiene che da tale data abbia ripreso nuovamente a decorrere il termine sostanziale di stand still per la stipulazione del contratto.

Occorre, in proposito ricordare lo stretto legame che, nel rito speciale degli appalti, avvince la piena conoscenza dei motivi della aggiudicazione, il diritto di azione ed il termine di stand still.

Il predetto termine, infatti, protegge il diritto del soggetto leso da un illegittimo provvedimento di aggiudicazione a che la sua domanda giudiziale possa essere vagliata, almeno in fase cautelare, quando ancora sia possibile un'immediata ed effettiva tutela e il contratto non sia ancora stato stipulato.

A tutela del diritto dell'interessato di far valere "tutte le sue ragioni" nell'ambito del giudizio cautelare la legge pone a carico dell'amministrazione particolari doveri informativi consistenti in primo luogo nel costituire in capo a ogni interessato la piena conoscenza degli atti adottati nel corso della gara, allegando alla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione copia del provvedimento e degli atti da cui possa desumersi la relativa motivazione (art. 79, comma 5 bis del D.Lgs. 163/2006) e, in secondo luogo, nel garantire all'interessato il completo accesso al fascicolo nel caso in cui egli si avvalga della facoltà prevista dal successivo comma 5 quater.

Qualora tali doveri informativi non siano correttamente espletati, anche a causa della mancata o incompleta estenzione dei motivi che sorreggono l'aggiudicazione o gli atti da essa presupposti, si verifica un vulnus al diritto di azione del soggetto leso al quale viene in tal modo sottratta la facoltà di far valere già nella fase cautelare tutte le possibili ragioni che portebbero comportare l'interdizione della stipula del contratto; vulnus a cui non potrebbe porre rimedio la successiva proposizione di motivi aggiunti qualora si ritenesse che la sopravvenienza di nuovi elementi – dovuta ad un negligente o malizioso assolvimento degli obblighi informativi e motivazionali della p.a. - non incida anche sul meccanismo dello stand stand still (se il contratto non è ancora stato stipulato) o (in caso contrario) sui presupposti per pronunciare l'inefficacia del contratto.

Quanto sopra affermato appare coerente con l'orientamento giurisprudenziale, oramai prevalente nelle controversie

in materia di appalti pubblici, secondo cui il termine di impugnazione, ex art. 120, comma 5, c.p.a. decorre effettivamente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, solo se quest'ultima, come previsto dal quinto comma, sia accompagnata dal provvedimento lesivo e dalla sua motivazione (Consiglio di Stato sez. V, 08 novembre 2012 n. 5681).

Infatti, se si afferma che la mancanza di motivazione impedisce la decorrenza del termine per impugnare, deve anche ammettersi che se l'impresa non aggiudicataria, per tuziorismo difensivo, ritenga di promuovere il ricorso, pur non avendo un quadro completo dei possibili vizi che inficiano il provvedimento che conclude la gara, ciò non può menomare il suo diritto di chiedere l'interdizione della stipula del contratto in relazione a quegli elementi di cui sia venuta a conoscenza solo in corso di giudizio.

Nel caso di specie, come si è detto, la ricorrente ha potuto conoscere i motivi per cui il RUP, nonostante i rilievi mossi nel corso del procedimento, ha ritenuto complessivamente congrua l'offerta di CO.GE.FA solo con il deposito della relazione in data 13 luglio 2012. Ed è per questo che il Collegio ritiene che da tale data abbia comunque preso nuovamente a decorrere, ove ciò in precedenza sia avvenuto in esito alla mera comunicazione ex art. 79 del codice, il termine dilatorio di 35 giorni atto a mantenere impregiudicata la situazione di fatto in funzione della proposizione di eventuali motivi aggiunti e dunque di una persistente effettiva tutela.

In senso contrario non si potrebbe ritenere che la stipulazione del contratto prima della decorrenza di tale termine non abbia comunque privato la ricorrente della possibilità di tutelare le sue ragioni e, quindi, risulti ininfluenza ai fini della eventuale declaratoria di inefficacia del contratto in forza di quanto prevede l'art. 121, comma 1 lett. c) del c.p.a., atteso che FIMET già nella memoria depositata in vista della camera di consiglio del 25 luglio 2012 aveva già confutato le motivazioni contenute nella relazione depositata dalla stazione appaltante il precedente 13 luglio.

Il fatto che la ricorrente abbia deciso di anticipare le proprie contestazioni in una memoria depositata prima della scadenza del termine per la proposizione dei motivi aggiunti non può comportare, infatti, una compressione del suo diritto di impugnare ritualmente, nei più ampi termini previsti dall'ordinamento, le nuove motivazioni senza subire gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla stipulazione del contratto.

Il che, poi, trova conferma nel fatto che fra le motivazioni che hanno indotto il Collegio a non confermare l'istanza cautelare vi era la circostanza che nel momento in cui si è tenuta la camera di consiglio le nuove censure della ricorrente non erano ancora state ritualmente formulate con motivi aggiunti.

Chiarito quanto precede il ricorso è parzialmente fondato nei termini che seguono.

FIMET contesta in primo luogo l'attendibilità della giustificazione fornita dall'aggiudicataria con riguardo al costo delle forniture in calcestruzzo. Essa afferma, infatti, che CO.GE.FA avrebbe prodotto in sede di confronto con il RUP un preventivo della Società Holcim il quale recava, tuttavia, prezzi superiori a quelli indicati dalla concorrente nelle proprie analisi dei prezzi. La differenza sarebbe stata giustificata in base alla disponibilità della società fornitrice a praticare un ulteriore (non quantificato) sconto in caso di tempestività dei pagamenti. Tale sconto era stato però arbitrariamente quantificato dal CO.GE.FA nella misura del 4% e, comunque, era subordinato ad una condizione di non certa verificabilità. I prezzi dell'offerta di Holcim erano, inoltre, bloccati fino al mese di giugno 2012, data dalla quale la stessa fornitrice affermava che si sarebbero verificati adeguamenti in relazione all'andamento del mercato.

Secondo FIMET la Stazione appaltante, pur avendo rilevato le sopra indicate manchevolezze delle giustificazioni rese da CO.GE.FA sul punto in esame, non ne avrebbe poi tratto le debite conseguenze nel giudizio finale.

Nei chiarimenti depositati il 13 luglio 2012 il RUP afferma che la possibilità di un ulteriore sconto del 4% sui prezzi indicati nel preventivo di Holcim era stata effettivamente considerata nella valutazione di congruità

dell'offerta e che la stessa Holcim aveva poi confermato la sua disponibilità a ridurre il prezzo iniziale redigendo un nuovo preventivo recante prezzi ancora più bassi di quelli indicati nella analisi dei costi prodotta dall'impresa concorrente.

Il modo di procedere del RUP è stato contestato da CO.GE.FA nei suoi motivi aggiunti, ove si lamenta che egli avrebbe dovuto limitarsi a motivare il giudizio di congruità sulla base degli atti e dei documenti prodotti in sede procedimentale, senza poter tenere in considerazione elementi successivi addirittura alla introduzione del giudizio. La vista censura non è fondata.

La verifica di anomalia, infatti, 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. Per questo il relativo procedimento non è connotato da preclusioni dal momento che ad essere immodificabile è l'offerta e non le relative giustificazioni (Consiglio di Stato sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206).

Se ciò che conta è, quindi, stabilire se l'analisi dei prezzi indicati dall'impresa in ordine alla fornitura dei calcestruzzi potesse o meno avere una base reale, non si vede perché il RUP, che già aveva ritenuto attendibile lo sconto ulteriore del 4%, non potesse trarre conferma del proprio convincimento da un documento successivo dal quale si evinceva la disponibilità della ditta fornitrice ad abbassare ulteriormente i costi del materiale.

Fondata è, invece, la parte della censura con cui FIMET rileva che il RUP avrebbe dovuto tener conto delle maggiorazioni dei prezzi già preannunciate da Holcim nel suo preventivo a decorrere da una certa data. Infatti, la coerenza fra i prezzi indicati nell'analisi prodotta da CO.GE.FA e i relativi preventivi doveva essere assicurata per tutta la durata dell'appalto e non solo per un periodo di tempo limitato.

FIMET contesta, inoltre, la attendibilità delle giustificazioni fornite dal CO.GE.FA con riguardo alle spese assicurative.

Il capitolato speciale prevedeva che l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto farsi carico di quota parte del premio della polizza assicurativa decennale postuma stipulata dalla Stazione appaltante per una somma pari ad Euro 355.000,00.

Oltre a ciò il medesimo capitolato prevedeva che l'appaltatore avrebbe dovuto stipulare altre polizze assicurative per rischi relativi ad infortuni sul lavoro (a copertura di eventuali rivalse dell'INAIL), alla circolazione dei veicoli, per perdite o danni ai materiali di cantiere e per responsabilità nei confronti di terzi.

La somma preventivata dall'impresa per far fronte a tutte le spese assicurative era di soli Euro 205.000,00.

Nei suoi chiarimenti il RUP ha ritenuto sussistente una sottostima di Euro 100.000,00 con riguardo alla quota parte della polizza decennale e di altri Euro 100.000,00 con riferimento alla cauzione definitiva.

Con riferimento alle altre polizze previste dal capitolato il RUP ha ritenuto che i relativi oneri fossero ricompresi nei costi della polizza generale dell'impresa.

Come rileva FIMET nei suoi motivi aggiunti l'asserzione del RUP è apodittica e priva di riscontro, in quanto essa non indica in quale delle voci di spesa contenute nell'analisi dei costi troverebbe copertura la polizza generale dell'impresa e, comunque, ipotizza, senza dare ulteriori spiegazioni, che la somma di Euro 205.000,00 indicata dalla stessa CO.GE.FA quale importo stanziato per far fronte alle polizze previste dal capitolato fosse, in realtà, comprensiva solo di una parte dei relativi costi.

Sul punto occorrerà, quindi, verificare se in altri punti delle giustificazioni dell'impresa fossero espressamente previsti (ed adeguatamente computati) gli oneri relativi alla polizza generale menzionata dal RUP e, in caso contrario, quantificare un ulteriore sottostima, tenendo conto dei costi di mercato.

Appaiono, invece, convincenti e non efficacemente contrastate le spiegazioni date dal RUP in ordine alla congruità delle spese relative alla stipula del contratto che, diversamente da quanto affermato da FIMET, non richiede

l'intervento di un ufficiale rogante.

Il Collegio ritiene che vadano esenti da censura anche le considerazioni effettuate dal RUP con riguardo al costo delle travi prefabbricate. Infatti, non è necessario che il contraddittorio fra stazione appaltante e impresa debba svolgersi anche su voci di prezzo non aventi una significativa incidenza sull'ammontare complessivo dell'appalto (nel caso di specie si discute di Euro 25.000,00 su un importo complessivo di centinaia di migliaia di Euro); e correlativamente anche le contestazioni che le altre imprese concorrenti possono muovere alla valutazione di anomalia compiuta dalla Stazione appaltante devono investire aspetti qualificanti dell'offerta tale da poterne mettere in discussione la complessiva affidabilità.

Le ulteriori censure di FIMET si appuntano sul fatto che le giustificazioni rese da CO.GE.FA. relativamente all'acquisto dei materiali da cava non dimostrerebbero la sua capacità di comprare ai prezzi indicati tutta la quantità del materiale necessario, in quanto la ditta fornitrice avrebbe assicurato la consegna di 200.000 tonnellate di inerti a fronte di una necessità preventivata di 248.000 tonnellate.

Sul punto il RUP ha affermato che, tenendo conto dei dati inerenti al recupero dei materiali terrosi previsti dal progetto di gestione delle terre e rocce redatto in base allo studio di impatto ambientale sottoposto a VIA, e dell'esperienza dei lavori attualmente in corso per la realizzazione di altre tratte della linea Treviglio – Brescia, la quantità di materiale da cava recuperabile dalle stesse lavorazioni di scavo effettuate durante i lavori consentirebbe non solo di compensare la quantità di 48.000 tonnellate che secondo FIMET non sarebbe stata giustificata, ma altresì di ridurre il fabbisogno e, quindi, i costi, preventivati dall'Impresa la quale verrebbe, così, a beneficiare di un risparmio di Euro 749.787,27 (che da costi si trasformerebbero in utili).

Il ragionamento del RUP è stato, tuttavia, efficacemente e puntualmente contrastato nel ricorso per motivi aggiunti di FIMET nel quale si osserva che:

a) nel progetto di gestione delle terre e rocce menzionato dal RUP si afferma, in realtà, che nel lotto n. 1 della tratta Treviglio Brescia (nel quale rientrano i lavori di cui qui si discute) solo il 50% del materiale da scavo potrà essere riutilizzato nell'ambito dei cantieri con un conseguente bisogno di apporti esterni per un ammontare di 1.004.69 tonnellate;

b) ma ciò che più conta è che tale dato, che riguarda in via generale tutti i lavori rientranti nel primo lotto costruttivo, non trova riscontro nelle analisi dei fabbisogni di materiale inerte compiute dalla stessa stazione appaltante negli elaborati relativi agli specifici lavori di cui all'appalto oggetto di ricorso (segnatamente nella lista delle lavorazioni e forniture) dai quali emerge la necessità di approvvigionamento per materiali da cava per complessivi metri cubi 153.321,52 ai quali corrisponde, appunto, (secondo la proporzione di 1,62 ton/mc indicata dallo stesso RUP), il peso di circa 248.000 tonnellate.

Di fronte a tale dato a nulla rilevano i report di caratterizzazione delle terre prodotti dalla Stazione appaltante che indicherebbero una possibilità di riutilizzo maggiore di quella che emerge dagli elaborati progettuali posti a base di gara, posto che, nella predisposizione delle offerte, è al progetto che le imprese dovevano necessariamente fare riferimento.

Se i dati progettuali fossero davvero errati la stazione appaltante non potrebbe certo giovarsi per giustificare a cose fatte l'avvenuta aggiudicazione, ma dovrebbe trarne le debite conseguenze ai fini della autotutela in relazione alle conseguenze che tali presunti errori potrebbero aver prodotto nella determinazione dell'importo a base d'asta.

Alla luce di quanto sopra non può negarsi che il preventivo prodotto da CO.GE.FA in sede di procedimento di verifica della anomalia non indicasse modalità e prezzi di approvvigionamento per una quantità di circa 48.000 tonnellate.

CO.GE.FA afferma che tale quantità avrebbe potuto essere reperita agli stessi prezzi da altre cave appartenenti al

medesimo fornitore o da altri fornitori. Ma la consistenza di tali affermazioni potrà essere vagliata dal RUP in sede di riedizione della valutazione.

Le sottostime computate dal RUP in relazione ai costi per scavi di sbancamento, emulsione, sub ballast e calo di compattazione – in larga parte conformi alle prospettazioni iniziali di FIMET - non sono state sottoposte a censura e, quindi, possono darsi per incontroverse.

Passando alle censure proposte contro la valutazione di congruità dell'offerta di Serenissima costruzioni, il Collegio, per quanto riguarda il calcolo dei materiali di scavo recuperabili deve richiamarsi a quanto già affermato in relazione alla erroneità di un computo che non tenga conto degli specifici fabbisogni previsti dagli elaborati progettuali (lista delle lavorazioni e forniture).

Le restanti censure proposte avverso le valutazioni compiute dal RUP non paiono, invece, fondate.

In particolare, per ciò che riguarda l'apprezzamento dei tempi di carico e scarico delle merci e della velocità degli automezzi di trasporto, reputa il Collegio che si tratti di valutazioni comportanti un inevitabile margine soggettivo di apprezzamento che può essere contestato solo ove si dimostri, attraverso puntuali dati statistici, la assoluta irragionevolezza della stima compiuta dall'Amministrazione. Il che, nella specie, non è avvenuto.

Per quanto riguarda, invece, il costo per la fornitura e posa dell'acciaio per barre di fondazione ed elevazione, che sarebbe stato giustificato da Serenissima attraverso il riferimento alle voci previste dal listino della locale Camera di commercio relativamente ai prezzi dell'acciaio non lavorato, senza considerare gli ulteriori oneri relativi al taglio, lavorazione e sagomatura, appare del tutto corretto il ragionamento compiuto dalla Stazione appaltante che, sulla base delle analisi dei prezzi dell'acciaio lavorato desunte dai propri rapporti commerciali, ha giudicato congrui i valori indicati dall'Impresa. Non è vero, infatti, che l'Amministrazione nel procedimento di valutazione della anomalia delle offerte non possa utilizzare dati in proprio possesso (qualora pertinenti, specifici e documentati) per riscontrare la congruità di talune voci di costo, specie nei casi in cui le giustificazioni dell'Impresa non si basino su specifici preventivi (che rappresentano il prezzo che essa riesce in concreto a spuntare sul mercato) ma su bollettini o mercuriali che sono indicativi di valori meramente presuntivi.

In conclusione, risultando il giudizio di congruità espresso dal RUP sulle giustificazioni presentate da CO.GE.FA e Serenissima Costruzioni inficiato dai vizi sopra rilevati, l'impugnato provvedimento di aggiudicazione deve essere annullato.

In esecuzione del giudicato CEPAV Due dovrà effettuare una nuova valutazione di congruità delle due offerte che, ferme restando le sottostime già accertate, dovrà essere compiuto tenendo conto dei rilievi sopra formulati.

Con riguardo alla declaratoria di inefficacia del contratto, il Collegio ha già rappresentato i motivi per cui ritiene che la sua stipula sia avvenuta in violazione del termine dilatorio stabilito dall'art. 11, comma 10 del D.Lgs. 163 del 2006, termine che deve essere fatto decorrere dal momento in cui la p.a. ha effettivamente adempiuto agli oneri di informazione e motivazione sulle ragioni della aggiudicazione.

Chiarito ciò non sussistono e, comunque, non sono state prospettate, esigenze imperative connesse ad un interesse generale che possano ostare alla declaratoria di inefficacia, tenuto conto che il contratto è stato stipulato solo da pochi mesi e che la riedizione del procedimento di valutazione delle offerte anomale, limitatamente agli specifici punti investiti dal giudicato, non sembra richiedere tempi particolarmente lunghi.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

a) annulla il provvedimento impugnato;

- b) dichiara ab origine inefficace il contratto stipulato fra la Stazione appaltante e CO.GE.FA;
- c) ordina alla Stazione appaltante il rinnovo della valutazione circa l'anomalia delle offerte della prima e seconda classificata (a seguito della esclusione del Consorzio Stabile Roma) in conformità ai criteri stabiliti in motivazione;
- d) condanna la Stazione appaltante e la controinteressata in via fra loro solidale alla refusione delle spese di lite che quantifica in Euro 14.000,00, oltre IVA e c.p.a.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisoni, Primo Referendario, Estensore

Roberto Lombardi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/02/2013

IL SEGRETARIO

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