



**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 NRG 9530/2008, proposto da Rete Ferroviaria Italiana RFI s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Molé ed elettivamente domiciliata presso lo studio del medesimo, in Roma, via della Farnesina n. 272;

***contro***

Salini Costruttori s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaele Izzo e dall'avvocato Guido Cerruti, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, viale Liegi, n. 34;

***e nei confronti di***

Italferr s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

Astaldi s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in appello.

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio - Roma, sez. III-ter, 23 luglio 2008 n. 7279.

Visto il ricorso in appello;

***N.2384/2009***

***Reg.Dec.***

***N. 9530 Reg.Ric.***

***ANNO 2008***

***Disp.vo 205/2009***

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata e l'appello incidentale proposto;

vista l'ordinanza 19 dicembre 2008 n. 6851 con cui è stata fissata per la decisione del merito l'udienza del 10 marzo 2009;

visti gli atti tutti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 10 marzo 2009 il consigliere Rosanna De Nictolis;

uditi gli avvocati Molé, Izzo, nonché Tarsia Di Belmonte su delega di Cerruti per le parti;

ritenuto e considerato quanto segue:

### **FATTO E DIRITTO**

1. Con il ricorso di primo grado e successivi motivi aggiunti la società odierna appellata ha impugnato:

- la determinazione, comunicata con nota Italferr, prot. n. DNC.AP.AL 174/05/U, del 25/3/2005, con la quale è stata aggiudicata provvisoriamente alla Astaldi s.p.a. la licitazione privata indetta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di raddoppio della linea ferroviaria Parma - La Spezia nel tratto compreso tra la stazione di Solignano e il P.d.M. di Osteriazza (PA-833), nonché della predetta nota;

- il verbale della seduta pubblica della Commissione di gara del 24/3/2005, con il quale, preso atto delle risultanze istruttorie, si è dichiarata aggiudicataria provvisoria l'impresa Astaldi S.p.a.;

- la nota DNC.AP 42/05/U del 21/3/2005 con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alla Commissione di gara l'esito delle verifiche di congruità;

- la nota, prot. n. DNC.AP.VA 7/05/U, del 21/3/2005 e relativi allegati, con la quale la Struttura tecnica di Italferr comunica al Responsabile del procedimento le risultanze della verifica di congruità;

- la relazione di “sintesi dell’istruttoria Tecnico - Economica” condotta sull’offerta presentata dall’impresa Astaldi dalla predetta Struttura tecnica in data 21/3/2005;

- la nota, prot. n. DAL.AP 27/05/U, del 28/1/2005 con cui il Responsabile del procedimento per la procedura di verifica della congruità dei prezzi, trasmette alla Struttura tecnica le buste “C” “Giustificazioni voci di prezzo più significative” delle imprese sospette di anomalia per la verifica di congruità;

- l’eventuale provvedimento, non conosciuto, di aggiudicazione definitiva a favore dell’impresa Astaldi;

- in quanto di ragione, il bando di gara della licitazione privata di cui è causa, pubblicato su Foglio delle Inserzioni della G.U. n. 48 in data 27/2/2004, e della lettera di invito.

Ha chiesto altresì il risarcimento del danno.

**1.1.** Il Tar adito con sentenza parziale e interlocutoria n. 14347/2005 ha respinto il ricorso principale, ed, al contempo, disposto, in relazione alle censure svolte nei primi e nei secondi motivi aggiunti, una verifica tecnica sulla correttezza logica del giudizio di non anomalia dell’offerta Astaldi espresso dalla stazione appaltante.

Con successiva ordinanza n. 506/2006 il Tar Lazio sostituiva l’originario verificatore, indisponibile, affidando l’attività istruttoria al

S.I.I.T. (Servizi Integrati Infrastrutture e Trasporti) del Lazio - Abruzzo - Sardegna, ufficio decentrato del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Con ordinanza n. 125/2007 il Tar, rilevato, su eccezione delle parti resistenti, che la verifica non era stata realizzata nel pieno contraddittorio tra le parti, ordinava la rinnovazione dell'incombente istruttorio.

**1.2.** Sulla scorta delle risultanze della verifica il Tar Lazio, in accoglimento dei motivi aggiunti di ricorso, ha ritenuto anomala l'offerta della aggiudicataria Astaldi s.p.a.

Per l'effetto, ha accolto in parte la domanda di risarcimento del danno per equivalente, non potendosi procedere a caducazione del contratto in applicazione dell'art. 246, d.lgs. n. 163/2006.

In applicazione dell'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, la sentenza del Tar Lazio ha dettato i criteri per la liquidazione del danno, come segue:

- non sono risarcibili i costi sostenuti per la partecipazione alla gara;
- quanto al lucro cessante da mancata aggiudicazione, da identificare con il mancato utile, la base di calcolo del risarcimento deve essere non il prezzo posto nel bando a base di gara, ma il prezzo offerto dalla ricorrente; la percentuale di mancato utile non è quella forfetaria del 10%, bensì la percentuale di effettivo utile atteso dalla ricorrente, come desumibile dalla sua offerta in gara, pari al 4%;
- tale misura del risarcimento assorbe anche il c.d. danno curricolare;
- va escluso perché non comprovato il danno esistenziale e il danno all'immagine professionale;

- sull'importo del risarcimento sono dovuti interessi e rivalutazione monetaria; quest'ultima dalla data dell'aggiudicazione definitiva e fino alla data della sentenza di primo grado; sulla somma totale così rivalutata sono dovuti gli interessi dalla data di deposito della sentenza e fino al soddisfo.

**2.** Contro tale sentenza ha proposto appello principale Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., e appello incidentale la Salini Costruttori s.p.a.

**2.1.** Sia l'appello principale che quello incidentale sono stati notificati e depositati nel rispetto dei termini di rito.

**2.2.** La causa è stata chiamata all'udienza cautelare del 19 dicembre 2008.

In applicazione dell'art. 23-bis, l. Tar, la Sezione, con ordinanza 19 dicembre 2008 n. 6851 ha fissato l'udienza di merito per il 10 marzo 2009.

**3.** In rito, vanno dichiarate inammissibili le memorie depositate dalle parti il 4 marzo 2009, cinque giorni liberi prima dell'udienza di merito del 10 marzo 2009.

E, invero, ai sensi dell'art. 23-bis, co. 3 e 4, l. Tar, quando l'udienza di merito viene fissata con ordinanza presa nell'udienza cautelare, <<le parti possono depositare documenti entro il termine di quindici giorni dal deposito o dal ricevimento delle ordinanze (...)e possono depositare memorie entro i successivi dieci giorni>>.

La legge, dunque, stabilisce termini puntuali per il deposito di documenti e memorie, calcolandoli in avanti rispetto al deposito dell'ordinanza che fissa l'udienza di merito.

Pertanto, tali termini non possono essere sostituiti e doppiati da un diverso termine calcolato a ritroso con decorrenza dalla data dell'udienza di merito.

Invero, i termini di deposito di documenti e memorie, calcolati a ritroso dalla data dell'udienza di merito (e nel rito dell'art. 23-*bis* dimezzati rispetto agli ordinari termini di 20 e 10 giorni), si applicano quando la data di udienza viene fissata con decreto presidenziale, fuori udienza, e non anche quando, come nella specie, l'udienza viene fissata con ordinanza collegiale, resa in udienza camerale.

In sintesi, l'art. 23-*bis*, l. Tar, in deroga alla regola ordinaria secondo cui i termini per deposito di memorie e documenti si calcolano a ritroso dalla data dell'udienza di merito, ha previsto un diverso meccanismo processuale nel caso di fissazione dell'udienza di merito con ordinanza collegiale resa nell'udienza cautelare. In tal caso la tempistica di deposito di memorie e documenti è scandita dall'esistenza dell'ordinanza collegiale, e i termini si calcolano in avanti con decorrenza dal deposito dell'ordinanza.

Nel caso di specie, essendo stata l'ordinanza depositata il 19 dicembre 2008, i documenti andavano depositati entro i successivi 15 giorni, e dunque entro il 5 gennaio 2009 (essendo il 3 e il 4 gennaio sabato e domenica), mentre le memorie andavano depositate entro i 10 giorni successivi alla scadenza del termine di deposito dei documenti, e dunque entro il 15 gennaio 2009.

Le memorie depositate solo in data 4 marzo 2009 sono pertanto tardive.

La Sezione aderisce all'orientamento, più volte espresso da questo Consesso, secondo cui il termine prescritto per il deposito di memorie, è perentorio, e non può subire deroghe nemmeno con il consenso delle parti, essendo esso previsto non solo a tutela del contraddittorio tra le parti, ma anche a tutela del corretto svolgimento del processo e della adeguata e tempestiva conoscenza degli atti di causa da parte del collegio giudicante (Cons. St., sez. IV, 8 agosto 2008 n. 3930; Cons. giust. sic., 4 luglio 2008 n. 574; Cons. St., sez. V, 28 settembre 2007 n. 4974; Cons. St., sez. IV, 21 luglio 2000 n. 4078).

**4.** Passando all'esame dell'appello principale, con esso si lamenta, in sintesi, che il compito del verificatore avrebbe dovuto limitarsi al controllo della correttezza logica del procedimento di verifica seguito dall'amministrazione.

Invece, il verificatore si sarebbe sostituito inammissibilmente all'amministrazione, dando rilevanza a elementi e criteri non previsti dagli atti di gara.

Inoltre il verificatore avrebbe difettato di imparzialità, non avendo dato adeguatamente conto delle deduzioni dell'appellante e del suo consulente di parte.

Da un lato, le singole voci di prezzo giudicate inattendibili dal verificatore sarebbero invece congrue.

Dall'altro lato, non sarebbe affatto dimostrata la complessiva inattendibilità dell'offerta.

Parte appellante fornisce poi puntuali elementi volti a contestare le risultanze della verifica.

Quanto al riconosciuto risarcimento del danno, parte appellante osserva che il Tar ha dettato per la quantificazione del danno criteri che si fondano sul presupposto che la Salini Costruttori sarebbe risultata senz'altro aggiudicataria, una volta esclusa, per anomalia, la Astaldi.

Così invece non sarebbe, perché anche l'offerta della Salini Costruttori sarebbe stata sottoposta a verifica di anomalia (il bando prevedeva espressamente la facoltà per la stazione appaltante di sottoporre a verifica anche le offerte, come quella della Salini Costruttori, che si collocassero al di sotto della soglia di anomalia calcolata con il metodo matematico di cui all'art. 21, l. n. 109/1994, applicabile *ratione temporis* all'appalto per cui è processo).

La verifica si sarebbe pertanto dovuta estendere anche all'accertamento della congruità dell'offerta della Salini Costruttori, al fine della quantificazione del danno.

Se, poi, per la verifica di anomalia dell'offerta della Salini Costruttori si fossero utilizzati i medesimi criteri impiegati dal verificatore nei confronti dell'offerta di Astaldi, ne sarebbe emersa l'anomalia anche dell'offerta della Salini Costruttori.

Inoltre, contraddittoriamente il Tar, da un lato ha ritenuto che l'offerta della Salini Costruttori non andasse sottoposta a verifica di anomalia e che non trovassero ingresso nel processo i documenti di cui alla busta C presentata in gara dalla Salini Costruttori (busta contenente le giustificazioni delle voci di prezzo più significative), e dall'altro lato ha enucleato dalla busta C le giustificazioni dell'offerta della Salini Costruttori



per desumerne l'utile atteso del 4%, sulla base del quale quantificare il risarcimento del danno.

**4.1.** L'appellante incidentale contesta solo il capo di sentenza relativo al risarcimento del danno lamentando che:

- avrebbe dovuto essere risarcito anche il danno emergente pari ai costi di preparazione dell'offerta e partecipazione alla gara;

- non potendo avere ingresso nel giudizio la busta C contenente le giustificazioni dell'offerta, per quantificare il danno non si sarebbe potuto tener conto dell'utile atteso pari al 4%, ma dell'utile forfetario del 10%;

- avrebbe dovuto essere autonomamente liquidato il danno curricolare;

- erroneamente non sarebbe stato riconosciuto il danno esistenziale e segnatamente il danno all'immagine professionale;

- si sarebbe dovuto tener conto del danno da perdita di *chance* in quanto per partecipare alla gara di appalto per cui è processo, la ricorrente ha rinunciato a partecipare ad altre coeve gare di appalto in cui avrebbe avuto *chance* di vittoria.

**5.** L'appello principale è fondato e quello incidentale diviene improcedibile per effetto dell'accoglimento dell'appello principale.

**5.1.** 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.

Sempre secondo un condivisibile orientamento di questo Consesso, mentre il provvedimento amministrativo che ritiene l'offerta anomala deve essere puntualmente motivato, quello che ritiene l'offerta non anomala non abbisogna di una motivazione analitica, essendo sufficiente anche un rinvio alle argomentazioni e giustificazioni della parte che ha formulato l'offerta sottoposta a verifica con esito positivo (Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2002 n. 1853; Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2004 n. 1080; Cons. giust. sic., 29 gennaio 2007 n. 5).

**5.2.** Va poi osservato che, implicando il giudizio di anomalia valutazioni di carattere tecnico, tale giudizio ben può essere sindacato dal giudice, anche con il supporto di un c.t.u. o di un verificatore, onde verificare la correttezza dell'iter logico, dell'impianto motivazionale, l'esattezza dei presupposti di fatto e dell'applicazione delle regole tecniche (Cons. St., sez. V, 5 aprile 2005 n. 1563).

Ove, tuttavia, la regola tecnica non sia univoca, essendo altrettanto valide diverse soluzioni tecniche, il giudice e il c.t.u. (o verificatore) non possono sostituirsi all'amministrazione che sia pervenuta ad una soluzione tecnica che, ancorché opinabile, sia tuttavia accettabile secondo lo stato dell'arte e della tecnica (Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2002 n. 2334; Cons. St., sez. IV, 21 maggio 2008 n. 2404).

Il Collegio ritiene di dover aggiungere che a fronte di un giudizio tecnico espresso dalla stazione appaltante sotto la propria consapevole responsabilità, anche penale e contabile, per sconfessare tale giudizio non è sufficiente sostituire un giudizio opinabile con uno altrettanto opinabile; o avanzare dubbi o elementi di incertezza, dovendosi invece dimostrare, con dati numerici certi, quali sono gli errori oggettivamente commessi dalla stazione appaltante, e quale è l'esatto importo delle voci di prezzo anomale, e la loro percentuale di incidenza sull'importo complessivo dell'appalto. La dedotta inattendibilità complessiva dell'offerta, deve essere dimostrata in termini chiari, comprensibili, e immediatamente percepibili, e non in via di mere presunzioni.

Laddove si produca una consulenza di parte, o si utilizzi una consulenza di ufficio o una verifica, compito del consulente/verificatore è fare chiarezza, illuminare, con la propria competenza tecnica, il giudice che tecnico non è, fornendo cifre numeriche e dati oggettivi chiari, univoci, comprensibili.

Se poi il verificatore/consulente ritiene di dover utilizzare criteri diversi da quelli seguiti dalla stazione appaltante – ferma restando la valutazione, riservata al giudice, circa l'ammissibilità di un siffatto *modus procedendi* – deve mettere tutte le parti, ivi compresa quella che ha formulato l'offerta già verificata – in condizione di fornire gli elementi giustificativi secondo i diversi criteri voluti dal verificatore/consulente.

**5.3.** Tanto premesso, ad avviso del Collegio la verifica disposta dal giudice di primo grado, da un lato utilizza parametri di accertamento diversi da quelli prescritti dalla legge di gara, incentrandosi su elementi

diversi da quelli ivi richiesti, e dall'altro lato al più evidenzia singole inesattezze, in numero limitato rispetto all'elevato numero di voci oggetto della verifica di anomalia, ma non dimostra la complessiva inattendibilità dell'offerta.

**5.4.** Ciò considerato, il giudizio di non anomalia dell'offerta Astaldi, cui era pervenuta la stazione appaltante, non poteva essere sostituito con un giudizio di anomalia privo di adeguato riscontro.

**6.** Venendo, in particolare, ai singoli elementi considerati dalla verifica, si osserva quanto segue.

La relazione di verifica considera anzitutto elemento di anomalia l'insufficienza delle cave per la produzione di inerti; sarebbe non valutabile l'approvvigionamento di inerti da un cantiere di Astaldi in Brescia, attesi gli elevati costi di trasporto. In particolare, il quantitativo di inerti complessivamente necessario sarebbe pari a 700.000 metri cubi circa, di cui Astaldi non avrebbe dimostrato la disponibilità. Pertanto non sarebbero congrui i prezzi indicati per la fornitura di materiale per rilevati, per un totale di oltre 4 milioni di euro.

Con tali valutazioni la verifica utilizza per la verifica di anomalia elementi estranei al concetto logico di <<verifica di anomalia>>, e in ogni caso non richiesti dalla legge di gara.

Sotto il primo profilo, va considerato che la verifica di anomalia ha per oggetto <<prezzi>> e dunque elementi quantitativi: mira ad accertare che i prezzi siano ragionevoli e non invece eccessivamente bassi. Esula dalla nozione giuridica di verifica di anomalia ogni indagine qualitativa, vertente, cioè, sull'attendibilità dell'offerta sotto il profilo tecnico.

La disponibilità delle cave di inerti è concetto qualitativo, che non ha a che vedere con la congruità dei prezzi degli inerti, e che può essere o meno preteso dalla stazione appaltante, ma sotto profilo diverso e esterno alla verifica di anomalia.

Sotto il secondo profilo, come dedotto da parte appellante, il bando di gara e la lettera invito non richiedevano in modo chiaro e univoco la prova della capacità estrattiva attuale delle cave indicate e della disponibilità attuale del materiale di cava, ma solo di accompagnare i giustificativi dei costi degli inerti con le autorizzazioni alla coltivazione delle cave (all'ovvio scopo di scongiurare prezzi bassi imputabili all'utilizzo di cave non autorizzate), e di indicare il numero di cave a disposizione.

E tanto si spiega perché già Italferr aveva preventivamente valutato la disponibilità di cave di produzione di materiali inerti ubicate in aree limitrofe a quelle oggetto di intervento, con una potenzialità estrattiva pari al doppio del quantitativo necessario per l'appalto. A sua volta Astaldi in sede di offerta e di giustificazioni aveva indicato tre ulteriori cave rispetto a quelle indicate da Italferr, con una potenzialità estrattiva superiore ad un terzo del materiale oggetto dell'intervento.

Va poi considerato che il costo di fornitura degli inerti indicato da Astaldi era superiore a quello medio di mercato e a quello previsto dalla stazione appaltante. E non è contestato che il costo unitario sia stato moltiplicato per l'intero fabbisogno di 700.000 mc., per desumerne il costo complessivo.

Alla luce di tali elementi, da un lato non era illogico che la stazione appaltante non sottoponesse a verifica un prezzo che non risultava anomalo,

e dall'altro lato non era illogico che la stazione appaltante non sollevasse la questione della non disponibilità, in capo a Astaldi, del materiale di cava in quantità sufficiente, essendo a monte già stati acclarati sia la esistenza di cave disponibili nella zona, sia il prezzo medio di mercato e quello calcolato da Astaldi.

La non illogicità dell'interpretazione data alla lettera invito dalla stazione appaltante, inteso nel senso della non necessità di fornire, in sede di offerta e di relative giustificazioni, la prova della disponibilità attuale di cave per tutto il quantitativo di inerti necessario per l'esecuzione dell'intero appalto, si desume dalla circostanza che in tal senso la lettera invito è stata intesa non solo dalla stazione appaltante, ma anche dalla Astaldi, e dalla stessa odierna appellata.

Come dedotto da parte appellante e non contestato, anche le giustificazioni fornite da Salini Costruttori non comprovano la disponibilità attuale di cave la cui estrazione copra l'intero fabbisogno di inerti.

Sicché, ove si fosse in sede di verifica di anomalia ritenuto necessario andare a verificare la disponibilità di cave per l'intero fabbisogno, era necessario integrare l'istruttoria, chiedendo alle imprese di fornire tale prova e i relativi costi, onde acclarare se vi fossero costi aggiuntivi.

Ma si tratta di un elemento aggiuntivo che la stazione appaltante non ha ritenuto di verificare, e se lo si verifica ex post in sede di verifica giudiziale, allora le parti vanno messe in condizione di fornire giustificazioni ulteriori, a suo tempo non fornite perché non richieste.

Sicché, al più in sede di verifica occorre accertare se la Astaldi era in grado di procurarsi la disponibilità di cave ulteriori, e i relativi costi, onde acclarare se ne derivasse un aumento rispetto ai costi dichiarati.

Va poi osservato che il costo di fornitura di inerti ammonta a euro 4.334.675,36, corrispondenti al 2,7% del valore complessivo dell'offerta di Astaldi.

Singolarmente preso, pertanto, tale elemento, anche ove fosse stato anomalo, era inidoneo a rendere l'offerta inattendibile nel suo complesso.

7. La verifica considera poi anomala l'offerta di prezzo relativa al calcestruzzo: sarebbe dimostrata la disponibilità solo dell'8% del materiale complessivamente necessario.

Valgono le precedenti osservazioni, circa la non necessità di dimostrare, in sede di giustificazioni, la attuale disponibilità del materiale, ma solo il prezzo praticato dai fornitori.

Inoltre Astaldi aveva dimostrato sia la capacità di produrre in proprio, sia l'esistenza di reali e validi fornitori alternativi.

8. La verifica considera anomale le indicazioni relative alla curva della manodopera.

In particolare la verifica ravvisa la incongruenza dei dati relativi alla incidenza della manodopera, in particolare rileva una discrasia tra i dati forniti in sede di offerta e di giustificazione e i dati forniti in sede di verifica.

Nella verifica c'è un prospetto comparato della incidenza della mano d'opera secondo la ricostruzione di Astaldi, di Italferr e di Salini

Costruttori, calcolandosi distintamente la incidenza della manodopera per le opere di cui all'allegato 5-a e di cui all'allegato 5-b.

Tale ricostruzione si presta all'obiezione critica che sono stati confrontati, immotivatamente, due dati non omogenei, da un lato il montante complessivo della mano d'opera, dall'altro il montante parziale dei lavori per le opere di cui all'allegato 5-b). Sul punto la verifica non chiarisce perché dalle opere di cui all'allegato 5-b) andrebbero detratte le opere, e relativi costi, di WBS (*work breakdown structure*).

Va poi considerato che non è quantificato, nella verifica, il margine di incongruità, la sua percentuale e la sua cifra assoluta, e dunque non è dato sapere in che modo una presunta incongruità incida sulla complessiva affidabilità dell'offerta.

Tale margine di incongruità avrebbe dovuto essere chiarito dalla verifica, specie a fronte della scarsa comprensibilità della portata delle censure contenute, sul punto, nei motivi aggiunti del ricorso di primo grado.

Invero, si contestava con tali motivi che, calcolando esattamente il costo delle opere dell'allegato 5-b e il costo della manodopera necessaria per tali opere, ne risultava un tasso di incidenza della manodopera superiore al 39%.

Ma secondo un d.m. ordinariamente applicato da Italferr, il tasso di incidenza della manodopera è del 24%. Pertanto il tasso di incidenza della manodopera indicato da Astaldi sarebbe sovrastimato del 15%, e sarebbe in realtà volto a mascherare un tasso di incidenza della manodopera, reale, di poco più del 20%, e dunque inferiore al tasso medio del 24%.



Tale censura è rimasta indimostrata: infatti se il tasso di incidenza della manodopera è maggiore di quello medio, non vi è offerta eccessivamente bassa, ma al contrario offerta gonfiata, si esula perciò dal tema dell'offerta anomala. Se poi si assume che la sovrastima in realtà nasconde una sottostima, occorre sia dimostrare come e perché, sia dimostrare che a sua volta un tasso di incidenza della manodopera inferiore di circa 4 punti rispetto al tasso medio sia anomalo.

A tali interrogativi la verifica non dà risposta, perché si limita a riferire le percentuali di incidenza della manodopera per le opere dell'allegato 5-a e per le opere dell'allegato 5-b, secondo le indicazioni fornite dalle parti (Astaldi, Italferr, Salini Costruttori), ma né perviene ad una propria autonoma ricostruzione, né chiarisce, al di là di una generica indicazione di incongruenza, dove sarebbe l'anomalia.

Anche a voler aderire alla ricostruzione di Salini Costruttori, secondo cui la percentuale di incidenza della manodopera per le opere dell'allegato 5-b sarebbe del 39,16% e per le opere dell'allegato 5-a sarebbe del 20,96%, non risulta dimostrato, al di là della dedotta incongruenza, quale sarebbe la puntuale ragione dell'anomalia.

9. La verifica osserva poi che nel procedimento di verifica la stazione appaltante avrebbe dovuto confrontare i ribassi praticati per le voci soggette a verifica di anomalia, pari a poco più del 75% del totale delle voci, con i ribassi praticati per le voci non soggette a verifica di anomalia, rientranti nel residuo 25% del totale.

I ribassi praticati sulle voci non soggette a verifica sarebbero, a dire della verifica, molto più elevati e avrebbero dovuto essere sottoposti a verifica.

Tali osservazioni della verifica comportano una inammissibile sostituzione dell'amministrazione.

Invero, il bando prescriveva, in conformità alla legge all'epoca vigente (art. 21, co. 1-bis, l. n. 109/1994), la verifica di poco più del 75% delle voci complessive, e non la verifica del 100%.

Correttamente, pertanto, in sede di verifica, la stazione appaltante ha seguito il metodo di verificare solo il 75%.

Inoltre il verificatore si limita ad affermare che per le voci del restante 25% ci sono ribassi elevati, ma né indica analiticamente quali sarebbero, né afferma l'anomalia di tali ribassi. Sicché, il carattere elevato di determinati ribassi, in difetto di obbligatorietà di verifica degli stessi, e in difetto di prova di anomalia, non inficia l'attendibilità complessiva dell'offerta.

**10.** La verifica considera incongrue le giustificazioni relative alla produzione di avanzamento della Galleria Marta Giulia: nelle giustificazioni esibite in gara sarebbero stati esposti valori di 30 metri cubi orari per le lavorazioni di cui alla voce AP.97.GC.04D e 28 metri cubi orari per le lavorazioni di cui alla voce AP.97.GC.04.E, mentre in sede di contraddittorio valori ridotti rispettivamente a 20 metri cubi orari e 18,7 metri cubi orari.

A parte che tale dato è contestato dal documento prodotto da Astaldi alla stazione appaltante durante la verifica in contraddittorio, in ogni caso

non è chiarito dalla verifica se e in che misura tale elemento incide sulla complessiva affidabilità dell'offerta.

**11.** La verifica afferma che l'utile di impresa, che dall'offerta risulta pari al 4%, risulterebbe ridotto a valori non accettabili, a seguito delle correzioni apportate da Italferr in sede di verifica.

Sul punto si denota l'incompletezza della verifica, che non indica quale sarebbe l'utile effettivo dopo la riduzione; sicché non si può ritenere inaccettabile un utile di cui non si conosce l'entità.

Inoltre, specie in appalti di importo elevato e di rilevante importanza tecnologica, anche un utile inferiore al 4% può essere ritenuto congruo e non anomalo.

E, invero, 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).

**12.** Alla luce di quanto esposto, l'appello principale merita accoglimento, con conseguente reviviscenza di tutti gli atti impugnati che il Tar ha annullato.

Dalla legittimità dell'operato della stazione appaltante consegue la non debenza del risarcimento del danno, e dunque la integrale riforma del capo di sentenza che ha accordato il risarcimento del danno. Ne deriva, non essendovi materia di *an* del risarcimento, anche l'improcedibilità dell'appello incidentale che è circoscritto alla misura del risarcimento stesso.

**13.** Le spese di lite possono essere compensate in relazione al doppio grado di giudizio, attesa la complessità delle questioni. La compensazione ha per oggetto anche le spese di verifica, nella misura liquidata dal primo giudice (misura su cui non c'è contestazione), spese di verifica che vanno poste a carico di Salini Costruttori e di RFI nella misura del 50% ciascuna e non solidalmente.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sull'appello principale e sull'appello incidentale in epigrafe:

accoglie l'appello principale e per l'effetto dichiara improcedibile quello incidentale;

spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 10 marzo 2009,  
con la partecipazione di:

Claudio Varrone	- Presidente
Paolo Buonvino	- Consigliere
Aldo Fera	- Consigliere
Rosanna De Nictolis	- Consigliere relatore ed estensore
Domenico Cafini	- Consigliere

**Presidente**

**Claudio Varrone**

**Consigliere**

Rosanna De Nictolis

**Segretario**

Glauco Simonini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...20/04/2009  
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)  
Il Direttore della Sezione  
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO  
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....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